

LAS FACULTADES ESPIRITUALES EN EL SISTEMA PENAL

(ASPECTOS ACTUALES Y DE JURISTAS CLASICOS ESPAÑOLES, PRINCIPALMENTE CANONISTAS)

Sin duda, el retraso tan lamentable de España en el progreso científico de los siglos XVII y XVIII, que no deberá nunca exagerarse, nos ha salvado de errores en algunos campos de la ciencia, y acaso en el Derecho penal, en algunos puntos se puede encontrar el fruto más sano que en otras partes; uno de cuyos aspectos queremos considerar en estas líneas.

Una moderada presentación de caracteres criminológicos, de circunstancias personales y ajenas, de elementos fisiológicos y psicológicos, que aporten su luz a los problemas penales, debe ser tan atendible que lo contrario equivaldría a colocarse en un campo extraterreno y extrahumano, y, por tanto, inválido ante la condición del hombre. Es esto un postulado de la ciencia y un resultado satisfactorio, como a nadie se oculta, de investigaciones obtenidas tras duras experiencias y estudios. Merece este avance en llegar en el campo penal a la más profunda raíz del hombre todo el caluroso aplauso que deba tributarse a lo más noble. Sin embargo, el llegar a una grave extralimitación en ese mismo terreno, atribuyendo la acción humana a una mera conclusión de una psicopatía más o menos acentuada—pongo por caso—sería tal vez ir a parar al extremo contrario de haberse quedado en la superficie sin llegar a la verdad principal del hombre.

La Filosofía clásica, bajo los fríos y añejos pergaminos, llenos de sabios principios, a través de años y siglos ha conservado como invulnerables los dos puntos-ejes del ser racional: inteligencia y voluntad. Nadie negará que podrán éstos estar desquiciados no raras veces, ni se negarán tampoco otras anormalidades no infrecuentes en los mismos; pero sería absurdo pensar que la mayoría de las veces carecen de sus fundamentos esenciales.

Presupuestos.

Acotemos en seguida el punto de vista que aquí se considera con dos o tres observaciones.

1. En el primer Congreso Hispano-luso-americano Penal y Penitenciario, recientemente celebrado en Madrid (6-11 de julio de 1952), se ha hablado, entre otras cosas, de la importancia y sistemas de disminución y curación de la criminalidad. Problema, se dice, hoy día desoladoramente agravado por las dificultades presentes. No es objeto añadir aquí observación alguna a este problema, sobre el que todo el mundo está tan de acuerdo, al menos en la finalidad que se persigue, si no en los métodos.

2. También se habló del valor del diagnóstico psicomédico en lo criminal, con relación a lo cual, si no se pretende aquí considerarlo desde un punto de vista que podría llamarse técnico, que requeriría una auténtica especialización, si pretendemos presentar un matiz preliminar que ha de tenerse en cuenta antes de entrar a valorar ese diagnóstico. Nuestra tesis se refiere a ciertas corrientes actuales y a un parangón con principios fundamentales que nunca conviene olvidar y de los que, como veremos ahora, a veces no se hace debido caso. Ni se ha de creer que vale esto sólo en el estadio de la criminalidad, aunque allí se encuentre su momento más acusado, sino que se ha de llevar a dondequiera que se trate de imponer una pena, haya crimen o no. Por lo demás, la mejor orientación para el lector será tal vez el mismo título con que encabezamos estas líneas.

3. Como hemos insinuado, son, sin duda, los canonistas los que tal vez con más atinada orientación dan la pauta sobre este punto, aunque no sean precisamente quienes más necesiten recordar esos principios. Ni se quiere propugnar esta doctrina porque lo digan nuestros clásicos, lo dice la razón natural y la más elemental filosofía, sino que acudimos a ellos por encontrar allí en toda su pureza este criterio general para toda mente libre de prejuicios.

4. Existen unas líneas del P. M. THIEFRY, jesuíta, con las que termina uno de sus artículos, cuya lectura será útil y orientadora: "La tentación de mecanizar el Derecho penal—dice—es grande para los juristas, para los médicos, economistas, industriales, hombres de Estado, escamoteando su alma y su libertad. La hora 25 de la inutilidad y del absurdo—añade—no debe llegar. Continúa en pie nuestra libertad y nuestra responsabilidad" (1). El P. THIEFRY se refería en su artículo a los exagerados extremos a que se ha llegado con el positivismo y negación práctica de la libertad humana, y a ese irresistible determinismo al que muchos penalistas han sacrificado la responsabilidad humana.

(1) THIEFRY: *La justice doit-elle cesser de punir?* "Nouvelle Revue Theologique" (1951), p. 466, ss.

I. *Neopositivismo*

Como resonancia exacta de esas palabras del P. THIEFRY, podríamos decir que la postura vencida del crudo positivismo penal de LOMBROSO (1909) y FERRI (1929) está a veces expuesta a dar nuevos brotes en injerencias excesivas de médicos y psiquiatras, que sin tener suficientemente en cuenta aspectos jurídicos e incluso plenamente filosóficos, irían llevando a un terreno meramente patológico lo que en realidad podría y debería ser solucionado desde el punto de vista jurídico.

A) En 1948, el profesor OLOF KIMBERG, de Estocolmo (comenzamos un ligero recorrido por los extremos neopositivistas más actuales), en el Congreso de agosto de ese año, explica su tesis determinista rechazando todo criterio de imputabilidad, llegando a afirmaciones indudablemente exageradas de que sólo existen voliciones aisladas, de que la concepción del libre albedrío como derivada de una culpabilidad moral es en sí misma imaginaria y especulativa, y de que, admitiendo que todo acto humano es el resultado de condiciones cerebrales reales y de influencias ambientales en el momento del acto, todo acto es la prueba de que los impulsos que lo han determinado son irresistibles (2). Incluso—añade—intervienen fuerzas bio-psíquicas irresistibles, y todavía no se ha encontrado alguna fuerza espiritual especial, independiente del organismo, capaz de resistir.

Un año antes, el doctor MELITTA SCHIMEDEBERG, del Instituto para el tratamiento científico de la delincuencia en Londres, en su libro sobre factores psicológicos determinantes de la delincuencia psiquiátrica, distingue como cinco categorías de delincuentes casi todas desprovistas del principal factor al que siempre debe hacerse referencia en esto: la libertad. La primera categoría la constituyen delincuentes normales llevados al crimen por poderosas circunstancias externas. En la segunda coloca a los aparentemente normales, pero en realidad movidos por impulsos irresistibles. Tercera: criminales neuróticos impulsados igualmente por fuerzas irresistibles, pero inconscientes. Cuarta: criminales verdaderos que se enorgullecen de las fechorías con que manifiestan sus conductas antisociales. Y quinta: criminales por deficiencias mentales o enfermedades orgánicas (3). Interesa también decir que el autor, llegando a formular la pregunta de si todos los criminales padecen conflictos inconscientes, psicosis latentes, aunque no se decide a responder de modo categórico, confiesa que todos los delincuentes por él examinados se hallaban en semejantes condiciones.

(2) "Revue de Sciences criminelles et de Droit penal comparé" (1940), p. 514 ss.

(3) MELITTA SCHIMEDEBERG: *Psychological Factors Underlying criminal Behavior*, 1947; cfr. reseña en "Anuario de Derecho penal y Ciencias penales", 1948, p. 161, ss.

No pretendemos quitar un ápice a la autenticidad de las observaciones realizadas por tan esclarecido autor, pero sí hemos querido hacer constar esto aquí para que se pueda comparar con el criterio tradicional de nuestros juristas, que o no considerarían a esos sujetos como delincuentes, o de lo contrario se apartarían un tanto de la división propuesta por el mencionado autor.

El mismo P. THIEFRY recuerda otra grave circunstancia, que es la de aquellos que no niegan, pero sí omiten, el problema de la responsabilidad en la composición y aplicación del Derecho penal (como puede verse en OCTAVE PICARD en su estudio sobre la composición y arreglo entre el positivismo y el libre albedrío) (4). Es una postura tan peligrosa o más que la anterior, pues precisamente con su no negación del libre albedrío por una parte, pero su omisión por otra, podría volver a introducir tendencias que calladamente, pero con paso firme, irían caminando por la senda de un descarado positivismo. Según esos extremos, el juez no será más que un médico psiquiatra, un psicólogo, un penólogo; no juzgará de la responsabilidad, sino sólo de la materialidad de los hechos y, sobre todo, del estado biopsíquico del reo. Después, no sancionará al delincuente, sino sólo escogerá y recetará el tratamiento social apropiado. En una palabra: la obra de la justicia nada tendrá que ver con la justicia.

B) Esto, por lo que se refiere a la responsabilidad y consiguientemente libertad después de cometido el delito o la inobservancia jurídica, pero existe también el riesgo de omitir esta consideración de lo espiritual y voluntario si se pretende castigar o corregir antes de la comisión del delito, como sucede en la cuestión de la "peligrosidad", hasta cierto punto justificable y hasta cierto punto inconsiderada. Principio de peligrosidad, expuesto con no escasa claridad por el profesor JIMÉNEZ ASÚA: "fórmula moderna —dice— con la cual se trata de sustituir en materia de responsabilidad criminal los viejos e infecundos conceptos de imputabilidad moral y de libre albedrío" (5). El grado de peligrosidad, por tanto, que el individuo puede presentar para la sociedad sería la verdadera medida, se dice, del derecho de punir; pudiéndose llegar con ello a tan extremadas posiciones como la de aplicar una pena que podrá denominarse con el eufemismo de medida de seguridad, aunque el individuo no haya cometido ningún acto criminal, si resulta cierta su peligrosidad (6). Respecto a estas medidas de

(4) THIEFRY, lugar citado. OCTAVE PICARD: *Essai de conciliation du libre arbitre et de la théorie positive*, 1926.

(5) Citado por JUAN DEL ROBAL: *Derecho Penal*, Valladolid, 1945, p. 623.

(6) JUAN DEL ROBAL: *Derecho Penal*, p. 623. "Es singularísima con respecto a las demás legislaciones extranjeras la Ley de Vagos y maleantes de 4 de agosto de 1933. Representa

seguridad, que hoy día han penetrado en casi todos los sistemas penales positivos (7), nada menos digno de consideración que la importantísima función social que pueden cumplir—como alguien dice—si se aplican a una persona auténticamente peligrosa, evitando la comisión de delitos, etc. El esperar, por otra parte, a que se cometa el delito, cuando hay mil probabilidades de que se realice debido a esa cierta peligrosidad de un sujeto, sería proceder neciamente, exagerando más de lo debido el respeto a los derechos individuales y a las garantías penales. Y aunque puede haber errores en las apreciaciones de tal estado de peligro, la sociedad, en cambio, tiene que organizarse y perfeccionarse a pesar de eso (8).

Dos cosas ocurre advertir, respecto a esta manera de pensar. Primero, que ni ese estado de peligrosidad, ni las medidas de seguridad correspondientes entran de suyo en el campo del Derecho penal, como fácilmente puede deducir de que no se exige delito alguno para la aplicación de las mismas, ni acaso una concreta responsabilidad. Y segundo, que, aun fuera del campo penal, difícil y arriesgado será prescindir de ese factor espiritual, que puede indicar el modo de aplicación de la norma de seguridad, o, si tuviera el carácter de castigo en algún caso, la medida del mismo.

C) Si se atiende a las fuentes del delito, también hay explicaciones numerosas que pueden pecar de cierto neopositivismo.

A cuatro escuelas reduce el doctor VERSELE, Juez de instrucción de Lovaina y Secretario general adjunto de la Sociedad Internacional de Defensa Social, las distintas modalidades que han surgido de tipo criminológico:

“La escuela antropológica, prolongándose mucho más allá del lombrosismo, cree poder probar que el delito encuentra su fuente en las derivaciones y deformaciones de orden anatómico, fisiológico y psicológico que ella descubre en tantos criminales. Se le deben innumerables ensayos—prosigue el mismo autor—de clasificación biotipológica y algunas fantasías sobre la “moral glandular”. La escuela sociológica, con sus tendencias diversas inauguradas por QUÉTELET, FERRI y LACASSAGNE, intenta convencer de que el delito debe ser atribuido al medio, a las condiciones sociales de la existencia. Se le deben unas estadísticas a veces “solicitadas”, algunas antífrasis pseudocientíficas y algunas tesis divertidas, como las que imputan el crimen a la ciudad o a las influencias telúricas. La tercera escuela, de positivismo crítico.

esta Ley, según opinión de uno de sus redactores, el profesor Jiménez de Asúa, un ensayo de legislación sobre estado peligroso sin delito, pues la peligrosidad delictiva, a que se refieren el artículo 3 y los incorrectos párrafos del 9, sólo figura en ellos eventualmente. Y es un ensayo que por primera vez en el mundo de las Leyes pone en marcha España”.

DEI ROSAL, l. c., p. 624.

(7) JUAN DEL ROSAL: *Derecho Penal*, Valladolid, 1945, p. 584.

(8) SÁNCHEZ TEJERINA, ISAIAS: *Derecho Penal Español*, Madrid, 1950, p. 488.

fundada por CARNEVALE y ALIMENA, admitiendo la importancia capital de los factores biológicos y mesológicos, rechaza la acción incoercible y enseña que en la mayor parte de los casos y mediante las técnicas apropiadas, el delincuente puede enmendarse y ser socialmente recuperado. La escuela psicoanalítica, esclavizada al error de FREUD, donde exagerándolo todavía, quiere explicarlo todo por retrocesos y complejos. Conduce a explicaciones y experiencias curiosas que no carecen, sin embargo, de peligro, tanto para el psiquismo de los pacientes como el del curador" (9).

Una cita más queremos añadir que también se refiere a las fuentes del delito, y que si en parte explica una de las causas posibles del mismo, convendrá, sin embargo, atender a ella con cierta precaución para evitar tendencias positivistas. Nos referimos a lo que dice el criminólogo DAVID ABRAHANSEN, quien en su obra *Delito y psique*, escrita en 1946, tratando de los supuestos psiquiátrico-psicológicos del homicidio, hace especial mención de que en la mayoría de los casos se trata de una anormalidad en la estructura psíquica, la que lleva a estos delincuentes a la realización del hecho antisocial; "esas tendencias antisociales—dice—se provocan más fácilmente cuando originalmente existen anormalidades en la estructura de la personalidad. Las actividades criminales y las patológicas mentales—explica—son como dos plantas que derivan su alimento del mismo suelo. Las frecuencias de las anomalías mentales crasas en los delincuentes apoyan esta semejanza" (10).

Finalmente—terminamos esta rapidísima y deslavazada ojeada—existen ciertas circunstancias exteriores, que han podido influir en la formación de esa mentalidad un tanto neopositivista, y a las que hace alusión otro insigne penalista, el doctor BETTIOL. Con frase dura ha pintado éste ciertas posturas positivistas actualizadas con las circunstancias bélicas de estos últimos años: y, en efecto, es cosa bien sabida que así como la política de guerra ha influido en numerosos sectores, uno de ellos es indudablemente el campo penal. "Bajo la primera guerra mundial—decía en 1949 en "*Rivista Italiana de Diritto Penale*" (11)—la situación (se refiere a la humanización del Derecho penal) se ha modificado en varios países, mientras la crisis ha finalizado violentamente durante la segunda guerra, cuando el Derecho de policía

(9) SEVERIN C. VERSELE: *Hacia un Derecho criminológico de protección y defensa social*, "Astrea", Revista de la Abogacía y de la Toga, octubre-diciembre, 1951.

(10) DAVID ABRAHANSEN: *Delito y psique*, Fondo de cultura económica, México, 1946. Citado por JUAN DEL ROSAL: *Estimación de la teoría del "tipo de autor" en la legislación española*, "Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales", serie 1.ª, n. 2, 1948, t. I, pp. 51-52, nota 44.

(11) G. BETTIOL: *Sull'umanizzazione del Diritto penale*, "Rivista Italiana di Diritto penale" (1949), p. 2.

ha querido suplantar al Derecho penal tal como se había consolidado durante el curso de más de un siglo. Institutos sepultados han sido reavivados; medios inhumanos, adoptados; todo escrúpulo moral, superado. Por esto se presenta hoy en todo su valor el problema de la humanización del Derecho penal". Con mucha mayor razón se podrían hacer estas afirmaciones desde nuestro punto de vista.

II. *Tendencia contraria*

Es cierto que distan mucho esos extremos de aquellos caracteres anatómicos, funcionales y psíquicos con los que LOMBROSO, o mejor aún MARIO CARRARA, explicaba que la política criminal dependía casi por completo de la estatura, peso, cráneo, apéndices cutáneos... de la disvulnerabilidad o menor participación del organismo en los procesos morbosos, mayor sensibilidad magnética, alteraciones olfativas, auditivas, visuales... y de la insensibilidad moral, impulsibilidad o pereza, etc. También es cierto, y todo el mundo reconoce, diremos nuevamente, que las anomalías en la vida de la persona son demasiado frecuentes; tan frecuentes, que no es difícil encontrar en grandes profesores frases de este o parecido contenido: el hombre absolutamente normal quizá no existe, siendo desde este punto de vista lo anormal lo más normal (12). Es cierto que esas anomalías tienen influencia en la inteligencia y voluntad del hombre, y que pueden disminuir y quitar la responsabilidad de los hechos. Finalmente, es principio por todos reconocido el que el juez, al determinar la clase de pena y cantidad de la misma que deba imponer a un delincuente, debe estudiar junto con otros caracteres las disposiciones subjetivas en que el reo se encontraba al cometer el delito. Pero de ahí a suprimir de un plumazo la libre actuación humana, como prácticamente puede llegarse a hacer con tendencias positivistas, hay un grande abismo que no deberá traspasarse. Serían muchos los testimonios que cualquiera podría aportar para probar esta aseveración, y que ahora no hará falta aducir, tanto más cuanto que en el fondo es un principio que hasta los mismos adversarios parecen reconocer.

Se han escrito muchas páginas sobre esta materia y con un doble carácter negativo y positivo; negativo en cuanto tienden a rechazar más o menos abiertamente semejantes proposiciones; pero también positivo en cuanto se intenta construir, tomando incluso los elementos aprovechables de esas teorías, un orden penal auténticamente jurídico, humano y adaptado a las modernas circunstancias.

(12) SÁNCHEZ TEJERINA: *Derecho Penal Español*, I, Madrid, 1950, p. 85.

Los profesores CUELLO CALÓN (13), FEDERICO CASTEJÓN (14), JUAN DEL ROSAL (15), QUINTANO RIPOLLÉS (16), MENÉU MONLEÓN (17) y tantos otros entre los españoles adoptan más o menos directamente en sus escritos una postura más humanizadora no ya sólo en el sentido de atender a tantos elementos subjetivos atendibles en la técnica penal, ciertamente no olvidados por los neopositivistas, sino, al contrario, llevados hasta un extremo exagerado, sino también y principalmente en cuanto desean conservar y que se respete ese otro principio clásico que toca la libertad del hombre. También con esa pléyade ha podido llegar el P. AGOSTINO GEMELLI a las siguientes conclusiones, entre otras: que las ciencias que tienen por objeto el estudio de la delincuencia no deben partir del presupuesto de que en todos los delincuentes el delito está causado—dice—por factores endógenos o exógenos o por ambas especies de factores; que tampoco existen estigmas biológicos o patológicos del delito; que no basta comprobar que un delincuente presenta una constitución morbosa o una enfermedad para afirmar que la acción delictuosa se encuentra en relación causal con ella; que el delito no es sólo una acción propia de sujetos enfermos, sino que puede ser también el episodio final de una cadena de procesos cuya conexión debemos investigar (18).

Todas estas conclusiones, como se ve, giran en torno al misterio del imperio de la voluntad, tanto más misterio cuanto más se desea llegar a conocer sus límites. Pero no es esto razón para prescindir de la misma en cuestiones que dependen especialmente de ella.

Por muy grande que sea el influjo de causas extrínsecas, es preciso reconocer la gran fuerza de la voluntad y su amplio límite, "por consiguien-

(13) CUELLO CALÓN: *Derecho Penal*, t. 1.º, 10 ed., 1951; t. 2.º, 7.ª ed., 1949. Cfr. *Penología*, Madrid, 1920.

(14) FEDERICO CASTEJÓN sostiene un punto de vista subjetivo en el Código Penal en cuanto comprende la adaptación de la objetividad del hecho delictivo a las exigencias de los sujetos, debido—repite con el famoso jurista GRAMATICA—al creciente dominio que asume el espíritu y el individuo en la sociedad moderna. Sostiene también en la punibilidad de una infracción la razón de defensa social contra el delincuente en cuanto resulta peligroso para la sociedad. *Hacia un Código Penal subjetivo*, "Estudios jurídicos", 4 (1944), 3-128; cfr. especialmente primeras páginas. *Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944*, "Revista de Legislación y Jurisprudencia" (1945), pp. 170 y s., 237 y s., 157 y s., 634 y s.

(15) JUAN DEL ROSAL: *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, Valladolid, 1949; cfr. otras numerosas publicaciones suyas sobre estos mismos aspectos.

(16) QUINTANO RIPOLLÉS: cfr., entre otros escritos, *La motivación moral en el Derecho Penal*, Madrid, 1949.

(17) MENÉU MONLEÓN: *La personnalité et la défense sociales dans l'École Pénale Espagnole du XIX au XX siècle* (Archivos del II Congreso de Defensa Social, Lieja, 1949). Citado por SEVERIN VERSELE: *Hacia un Derecho criminológico de protección y defensa social*, "Astrea", octubre-diciembre, 1951.

(18) AGOSTINO GEMELLI: *La personalità del delinquente...*, Milano, 1948. Amplia recensión sobre esta obra, por el catedrático de Derecho penal en Barcelona OCTAVIO PÉREZ VICTORIA. "Anuario de Derecho penal y Ciencias penales" (1949), pp. 578-589.

te—observa el mismo P. GEMELLI—, no basta para afirmar la irresponsabilidad del hombre el hecho demostrado de la influencia ejercida sobre el mismo del ambiente físico y social en que vive, o comprobar el imperio de los instintos y de los impulsos o la manifestación impetuosa de las diversas tendencias. Es preciso demostrar que la voluntad no ha podido dominar este mundo borrascoso que vive en el profundo “yo” de cada uno y que imprime a nuestra personalidad una fisonomía característica (19).

Semejantes observaciones de tendencia contraria a esa postura neopositivista podrían aducirse también de otros países distintos del español y el italiano.

III. *Mirada retrospectiva en algunos autores*

Ahora bien, si lanzamos una mirada retrospectiva al mundo jurídico penal español anterior a nuestros tiempos, podrá observarse, como vemos ahora rápidamente, la existencia de un núcleo espiritualista (le llamamos así en contraposición con el positivismo), más o menos favorecido con las teorías penales de otras naciones, que si no constituye una doctrina infalible o inmodificable, sí, en cambio, es básico en la literatura clásica penal española, especialmente canonista. Veamos esto a través de dos o tres autores más recientes, primero, y luego atenderemos a los mismos clásicos.

No son exhaustivos, según parece, los puntos propuestos por JERÓNIMO MONTES (20), aunque sí dan una gran orientación esencial en cuanto al pensamiento de los clásicos en lo penal; ni van a ser completas estas líneas, aunque intentan dar un enfoque luminoso, según el cual el aspecto medicinal, el vindicativo y el restaurador que se ha atribuido a la pena, según luego decimos, representa la más noble garantía de los principios humanos salvaguardados en la imposición de la pena. No sería difícil componer una lista de esos autores que vienen considerándose como clásicos y fácilmente se encuentran citados acá y allá (21). Pero como, según puede comprobarse, vienen a coincidir en la misma idea fundamental, propuesta a veces en formas distintas, será mejor sin duda fijar la atención en alguno que otro que refleje la mentalidad de los demás.

Para HINOJOSA, desde un punto de vista genérico, la influencia que tuvieron tales juristas y teólogos españoles en el Derecho penal y procesal,

(19) AGOSTINO GEMELLI: l. c., p. 587.

(20) P. JERÓNIMO MONTES: *Principios de Derecho penal*, Madrid, 1903.

(21) Véanse, por ejemplo, JERÓNIMO MONTES: *Principios de Derecho penal*, Madrid, 1903, últimas páginas. EDUARDO HINOJOSA: *Influencia que tuvieron en el Derecho público de su país, y singularmente en el Derecho penal, los filósofos y teólogos españoles anteriores a nuestro siglo*, Madrid, 1890, y otras obras de Historia del Derecho penal.

consiste más que en introducir y acreditar instituciones nuevas, de lo cual —dice—no podría encontrarse quizá ni un solo ejemplo, en haber contribuido a consolidar y arraigar las procedentes del Derecho romano y canónico. “Justo será—añade—reconocerles la [gloria] de haber abogado por una aplicación menos severa de las penas, de haber robustecido la autoridad y eficacia de las leyes presentando la sumisión como un deber de conciencia, y de no haberse opuesto a que se introdujeran en las leyes ideas más humanitarias” (22). Ha visto, por tanto, HINOJOSA en su estudio sobre esos juristas ideas que salvaguardan la parte espiritual y libre del hombre, y también la proyección de esas mismas ideas en el Derecho posterior a ellos.

El penalista BENITO GUTIÉRREZ, en su obra *Examen histórico del Derecho penal*, escrita en la segunda mitad del siglo pasado, además de hablar de la notable influencia canónica que en la Edad Media se dejó sentir en la legislación del Imperio, se inclina también a reconocer en los juristas, principalmente canonistas, acaso un tanto extremosamente, el aspecto que mantiene en pie la libertad del individuo, al afirmar que la Iglesia se proponía como fin principal la enmienda del culpable “bajo el supuesto—son sus palabras—de que el reconocimiento de un delito arranca al culpable el asentimiento y la conformidad con la pena” (23). Con más exactitud podría decirse que la enmienda está, según los canonistas, entre los fines primarios de la pena, y que aunque la Iglesia atienda mucho a tal enmienda, también sabe prescindir a veces—como asimismo lo advierte B. GUTIÉRREZ—del gusto o disgusto del delincuente (penas vindicativas).

A la misma conclusión llegan otros canonistas, entre los que destaca el P. JERÓNIMO MONTES en su obra, ya citada, en la parte dedicada a los principios penales de los juristas del siglo XVI. Observemos que el P. MONTES escribe su obra *Principios de Derecho penal* el año 1903, y que habla de un positivismo en su forma más cruda, recordando principios que si tenían gran valor entonces, acaso no hayan perdido ninguna actualidad para nuestros días. Pues bien, de la lectura de sus páginas se desprende que los grandes teólogos y moralistas, y fácilmente pueden introducirse también los canonistas, del siglo XVI: a) no intentaron hablar, ni acaso conocieron

(22) EDUARDO HINOJOSA: *Influencia...*, ed. c., pp. 175-176.

(23) BENITO GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Examen histórico del Derecho penal*, Madrid, 1866, p. 92. Examina también el autor en su obra el sistema penal a través de los escritos de filósofos y de otros autores: Cicerón, Séneca, Santo Tomás, Alfonso de Castro, Grocio, Beccaria, etc. Únicamente recogemos con relación a este último una especie de conclusión, que sería de desear fuese observada en las legislaciones y doctrinas penales de nuestros días: “Las penas—dice—serán tanto más justas cuanto mejor sepan mantener al mismo tiempo que la seguridad inviolable y sagrada, la más grande suma de libertad posible.”

el estudio separado del delincuente considerado como un ser excepcional, llevado al crimen por fuerzas irresistibles; b) que estudiaron profundamente el corazón del hombre y dejaron escritos luminosos sobre la influencia que ejercen en la voluntad humana "las pasiones, el carácter, el temperamento, los hábitos, la educación" y otras cosas muy dignas de tenerse en cuenta; c) pero que no dieron importancia alguna "a la longitud de los brazos, la configuración de la nariz, la prolongación de las mandíbulas, el color del pelo y las prominencias del cráneo" (24). Por esto llega a concluir que si es grave estudiar al hombre sin tener en cuenta al delincuente, peor es estudiar, como lo hacen los modernos antropólogos, al delincuente—dice—sin estudiar al hombre". Es más; tampoco estudian al delincuente, pues le despojan de una condición esencial para poder delinquir: prescinden de su libertad de acción, y queda reducido a un ser puramente pasivo" (25).

Queremos también subrayar una grandiosa idea, atribuida a aquellos filósofos antiguos Solón y Demócates, de que el castigo y el premio son quienes mueven al hombre (26).

IV. *Postura humanitaria de los juristas clásicos*

Esta visión de lo clásico a través de estos autores que acabamos de citar quisiéramos exponerla un poco más concretamente, aduciendo algunas ideas peculiares de los canonistas o juristas españoles de ese mismo siglo XVI. Idea acaso no suficientemente expuesta y que puede explicar o, si se quiere, ser una consecuencia de la mentalidad de dichos juristas en torno al problema positivista o neopositivista. Lo cual, por otra parte, no será inútil apreciar, ya que siempre puede ser fructuosa la comparación de ideas añejas con problemas nuevos. En efecto, idea añeja puede considerarse la cuestión del fin de la pena, que no deja de ser, sin embargo, cuestión fundamental, y que puede iluminar la crítica del neopositivismo.

Sabido es cómo son admitidas como principales tres finalidades en la pena: la reordinativa del orden social violado, la vindicativa y la de enmendación o medicinal. Podremos fijarnos, únicamente, en esta última, que es donde mejor aparece la postura espiritualista o humanitaria.

(24) J. MONTES: o. c., p. 16.

(25) J. MONTES: o. c., p. 17.

(26) "El premio y la pena son dos astros divinos que gobiernan el universo". Soro: *De iustitia et iure*, I, q. 2, n. 2. Con ello se apropia, dice HINOJOSA (*Influencia que tuvieron en el Derecho público...*, p. 153, nota 2) el dicho atribuido a Solón y Demócates: "*Duo divina lumina cuncta gubernant: proemium scilicet et poena*". Algo semejante afirma SAN ISIDORO: *Etimologías*, I, 5, c. 19, ed. de la B. A. C., 1951, p. 115.

a) *Principio fundamental.*

El principio es éste: que el fin medicinal considera la pena como elemento para la curación del delincuente; supone, por tanto, una desviación de la voluntad libre; por eso, como veremos ahora, se da tanta parte en el sistema penal canónico, o penal en general, a los actos del entendimiento y voluntad. De ninguna manera, sin embargo, según creemos, puede encontrarse semejante finalidad en la pena si es que se presupone una exigencia ciega que lleva al delito irresistiblemente por constitución física o patológica; pues, propiamente hablando, ni habrá pena, ni sería medicinal, ni se trataría de un auténtico delincuente. No hay pena, porque presupone la culpa, la cual, por hipótesis, no se da en tal caso; ni sería pena medicinal, pues ésta busca una corrección consciente y deliberadamente querida por el reo, lo cual tampoco tiene aquí aplicación; ni se trataría de auténtico delincuente, por faltar la culpa en el hecho antijurídico. Será más bien curación médica que propiamente jurídica o penal. Tanto más cuanto que si se trata de algo patológico irremediable, nunca tal tratamiento podrá llegar a la curación. En cambio, en la concepción clásica del delito y de la pena, el margen de libertad y voluntariedad admite ese concepto de fin medicinal, ya que se basa no en cosas de necesidad, sino en algo que está en manos del reo.

b) *Las nociones.*

En la noción del delito se encuentra la salvaguardia de ese principio de voluntariedad. No es raro que estudiasen tales autores en la perpetración del delito tres elementos constitutivos: "*animus, factum et delictum*" (27), que vienen a resultar trilogía imprescindible en la técnica penal. En una definición general, según los canonistas del XVI, presentada por JERÓNIMO MONTES, "todo acto voluntario injusto y perjudicial a otros que por su naturaleza e importancia exige una sanción penal" (28), existe como primera preocupación la de salvar ese primer elemento, "*animus*", con esas tres primeras palabras: "todo acto voluntario".

De la noción de la pena que daban esos mismos autores ha de presuponerse, lógicamente, si son consecuentes con su noción, el elemento voluntad, ya que la noción de pena, como acabamos de decir, estrictamente hablando, no puede darse sin la noción de culpa, y la noción de culpa presupone la libre determinación y realización del hecho delictivo. De ahí que la pena

(27) ANTONIO GÓMEZ: *Commentarium de delictis*, cap. III.

(28) J. MONTES: *Principios de Derecho penal*, Madrid, 1903, p. 29.

deba proporcionarse a la gravedad de la culpa, y no deban tenerse en cuenta, como observa JERÓNIMO MONTES en otra obra suya (29), y habría que recordar en el susodicho neopositivismo, las condiciones personales que no influyan en la culpabilidad.

Más fácil resulta probar este principio con respecto a las principales penas eclesiásticas: las censuras canónicas, de que tanto se ocuparon dichos canonistas. Las pocas palabras que emplea SUÁREZ para la noción de la censura (30) llevan condensado de modo maravilloso el carácter medicinal, de enmendación, que especifican esta clase de penas. Aunque imperfecta en relación con esta de SUÁREZ, la noción dada por el doctor NAVARRO MARTÍN DE AZPILCUETA (31), podría llevar a la misma consecuencia.

Una última noción, la de ley penal, daría un resultado semejante. ALFONSO DE CASTRO distingue en su obra *De potestate Legis poenalis* (32) cinco clases de leyes, según el objeto sobre que versan, entre las que se encuentran las penales; y todas esas cinco formas suponen el asentimiento, es decir, la libre acción del súbdito para someterse a ellas. Toda ley tiene como efecto primario y necesario alguna obligación. SUÁREZ dice que ley sin obligación no se puede concebir (33). Ahora bien, ese efecto de la ley no puede ser, como alguien dice (34), una necesitación física ni una mera inclinación moral (que lo confundiría con el consejo), sino ha de ser una obligación moral, es decir, una vinculación de la voluntad, externa y compatible con su libertad física. En la ley penal, por tanto, también existirá esa naturaleza de obligación en aceptar la pena en caso de incumplimiento, lo cual supone la libre verificación de la acción delictuosa.

c) *Otras propiedades y el libre albedrío.*

Si la noción de algunos elementos penales aparece dentro de la línea de una sabia protección de las facultades espirituales en sentido contrario a cualquier positivismo, otro tanto o más habrá que afirmar con relación a otras propiedades anejas.

No de cualquier clase de penas podrá afirmarse lo mismo; pero, tratándose de la censura eclesiástica, sí es posible formarse una idea del punto al

(29) J. MONTES: *El crimen de herejía*, Madrid, 1919, p. 391.

(30) "*Censura est poena spiritalis et medicinalis privans usu aliquorum spiritalium bonorum, per Ecclesiasticam auctoritatem ita imposita, ut per eandem ordinarie absolvi possit*". SUÁREZ: *De censuris*, disp. I, sect. 1, n. 5: *Opera omnia*, ed. Vives, t. 2 (Parisii, 1866), p. 2.

(31) M. DE AZPILCUETA: *Manuale Confessoriorum et poenitentium*, cap. 27, n. 1.

(32) *De potestate legis poenalis*, Antverpiae, 1568, f. 80 v.

(33) SUÁREZ: *De legibus*, disp. III, sec. 20, n. 5 (ed. Vives, V, p. 254).

(34) A. DE MAÑARICÚA: *La obligatoriedad de la ley penal en Alfonso de Castro*, REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANÓNICO, I (1949), pp. 38-40.

que llegaban nuestros canonistas cuando entraba en juego el salvar la voluntariedad del individuo.

Sabido es que la censura ha tenido un sentido vindicativo en los primeros tiempos de la Iglesia (35), según el cual el delincuente era castigado, se arrepintiese o no se arrepintiese; esta forma de pena, si bien no prescinde de la voluntariedad con que se haya podido cometer el delito, no aporta claridad alguna especial en nuestro problema; pero después, al adquirir la censura una forma y naturaleza medicinal, según la cual el fin más caracterizado de esta pena es la enmienda del delincuente, se acentúa la evolución de la intención de la Iglesia y sus canonistas hacia un criterio, si se quiere, más espiritual, relacionado con las cualidades del sujeto, especialmente en lo que se refiere al libre albedrío.

Tres o cuatro conclusiones proponemos ahora de algo sobre lo cual, aunque considerado desde otro punto de vista diferente, ya hemos escrito en otro número de esta misma publicación (36).

Del estudio de las obras de los españoles MARTÍN DE AZPILCUETA (37), DIEGO COVARRUBIAS (38), ALFONSO DE CASTRO (39), SUÁREZ, principalmente (40), y otros, deducimos que la censura era tenida en el siglo XVI como pena medicinal en el sentido explicado.

1) Con sentido delicado, espiritualista diríamos, explican que la censura es "*veluti quaedam medicina animae*", que su fin es "*mederi peccatori*", "*enmendatio*", "*medicinalis*"... (41). Ahora bien, del contexto en que aparecen esas frases fácilmente se puede deducir que no se trata ahí de almas con anomalías patológicas en el sentido del que hablan los profesores SEVERIN C. VERSELE, MELITTA SCHIMEDEBERG u otros, según las tendencias que hemos llamado neopositivistas, sino que, por el contrario, esa medicina del alma y ese curarse el pecador suponen una herida voluntaria y no causada por fuerzas patológicas.

2) Otra conclusión interesante aquí es que todos se refieren a lo que llaman contumacia (inobediencia del reo premeditada, hablando en términos generales) como una de las principales causas, siempre existentes, por las

(35) Cfr. nuestro artículo *Fin medicinal de la censura hasta Suárez*, REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO CANÓNICO, II (1951).

(36) Nota anterior.

(37) *Constitutionum et responsorum quae in quinque libris iuxta numerum et titulos Decretorum distribuitur tomi duo*, 2.^a ed., Lugduni, 1594, l. V, p. 246: *De sententia excomm.*, IX, 10; 1, III, p. 177: *De rebus ecclesiasticis alienandis*, cons. XIX, n. 3.

(38) DIEGO COVARRUBIAS: *Opera omnia* (Antverplae, 1610), vol. I, § 9, 4, p. 460 ss.

(39) ALFONSO DE CASTRO: *De potestate legis poenalis*, Antverplae, 1568.

(40) FRANCISCO SUÁREZ: *De censuris, Opera omnia*, ed. Vives.

(41) Para una más detallada especificación de testimonios y autores, remitimos al lector a nuestro citado artículo

cuales se impone la censura al delincuente. En efecto: la contumacia es la causa subjetiva en el reo, que da pie para imponerle tal pena. ¿Qué mayor garantía de la voluntariedad del mismo reo puede darse?

3) A esto mismo tienden claramente todas las explicaciones que hacen, y bien extensamente por cierto, sobre otro punto, llamado la admonición. Advertir al delincuente una, dos y hasta tres veces que cese en su mala voluntad y vuelva al buen camino antes de llegar a las penas, es, sin duda, un ratificarse en la libre inobediencia del reo, y es tener muy presente que no se va buscando una mera venganza, para lo cual no se esperaría a admoniciones, pues la misma ley exigiría el castigo a la primera inobservancia, sino un fin de enmienda que atiende tan minuciosamente a la libre moción de la voluntad.

4) Con relativa frecuencia, diremos finalmente, dentro de la sobriedad con que hablan de estas cuestiones, hacen referencia a que las censuras no se deben aplicar por un delito futuro, es decir, no cometido todavía; la pena medicinal, en efecto, supone, en cuanto tal, la existencia de un delito y una culpa, que sean algo así como la enfermedad que hay que curar, y la medicina en tanto se emplea en cuanto existe esa enfermedad.

d) *Suárez.*

Si atendiéramos a SUÁREZ únicamente, veríamos la gran precisión con que apunta al papel de las facultades espirituales en el sistema penal. Bastará referirse solamente a que él señaló—luego se dirá una palabra de otros autores—una serie de delimitaciones relativas, principalmente, al tiempo que dura la censura, esto es, que no se puede imponer perpetuamente. Lo explica con la comparación de la medicina corporal; comparación que no debe urgirse excesivamente, pues podría llevar a verdaderas inexactitudes. Se trata, dice, de una pena medicinal; ahora bien, algo propio de una medicina es que no se aplique perpetuamente al enfermo, sino sólo hasta cuando dura la enfermedad; de lo contrario podría ser contraproducente. Hay una gran diferencia en esta comparación—y aquí reside, principalmente, su valor para nuestro caso—, y es que la eficacia de la medicina corporal no depende, por regla general, de las facultades espirituales del enfermo; en cambio, en esta otra medicina penal depende casi exclusivamente de las mismas. Encontramos afirmaciones como éstas: la censura, como pena medicinal que es, no puede ser impuesta perpetuamente, pues de lo contrario perdería la naturaleza o razón medicinal (42); la censura en tanto es medicinal en

(42) SUÁREZ. *De censuris*, d'isp. I, sec. 1, n. 8, ed. cit., p. 3.

cuanto que con su gravamen, es decir, con lo enojoso de la pena, induce al arrepentimiento, al cual, ciertamente, no llegaría el reo si tuviera que renunciar a la esperanza de la absolución, o, lo que es igual, si la censura fuera perpetua (43).

Del hecho de que tampoco pueda ser impuesta esta pena para una determinada duración encuentra SUÁREZ una razón interesante para nuestro caso, y es que la duración de la pena medicinal depende de causas morales que no pueden ser reducidas fácilmente a exactitud matemática de tiempo (44); pero sí deberá imponerse esta pena con una cierta dependencia de la voluntad del culpable—dice SUÁREZ—cuya enmienda se va buscando (45).

Es, pues, fundamental la función de la voluntad en cuanto al término cronológico de la contumacia; como también es esencial para el mismo la conexión entre censura y contumacia, de suerte que, una vez desaparecida ésta, debe cesar también la primera (46).

Obsérvese aquí, y hasta este punto queríamos hacer llegar la comparación del neopositivismo con la doctrina clásica, cómo en esta literatura canónica citada se han traído siempre, a través de una atmósfera espiritual con la debida salvación del libre albedrío, los distintos términos por los que hemos ido pasando: comisión del delito, imposición de la pena y término de la misma.

De tal manera depende esa cesación de la pena, de la voluntad del delincuente, que no sólo, cuando ya está impuesta, cesa cuando él quiera, sino que, aun antes, cesa todo derecho a imponerla, si es que ha habido de parte del mismo delincuente una voluntad de enmendación (47). Acaso no se conculcan todas estas doctrinas en la línea positivista; pero, desde luego, no se las favorece y corren grave riesgo.

e) *Otros autores.*

Será preciso terminar este parangón aduciendo, brevemente al menos, el testimonio de alguno de los numerosos seguidores o precursores de la misma posición doctrinal, que estudian el papel de esas facultades espirituales no sólo en la censura eclesiástica, sino también en otras clases de penas, y—lo que más interesa ahora—en el culpable en el momento del delito. ALFONSO

(43) Id. id., disp. II, sec. 1, n. 8, ed. c., p. 4; cfr. disp. IV, sec. 5, n. 12, p. 104.

(44) Id. id., disp. VI, sec. 1, n. 5, ed. c., p. 176; disp. VII, sec. 1, n. 9, p. 192.

(45) "Cum censura feratur ad reprimendam contumaciam, sicut contumaciae ablatio vel duratio non habet definitum tempus, sed pendet ex libera voluntate peccatoris, ita effectus censurae per se non habet temporis limitem", *De censuris*, disp. VI, sec. 1, n. 8, p. 176.

(46) Id. id., disp. XIX, sec. 1, n. 2, p. 479.

(47) Id. id., disp. III, sec. 10, n. 2, p. 59.

DE CASTRO, que mostraba sumo interés en que ningún juez humano castigara a uno en lugar de otro, aunque reconoce que en las condiciones humanas más de una vez puede acontecer eso, aun dentro del camino de la justicia (48), establece, juntamente, el principio de que ha de ser castigado el verdaderamente culpable. ¿Y cómo ha de llamarse culpable al que involuntariamente es conducido al hecho delictivo?

LUIS DE MOLINA recoge estos mismos principios, y ya en la misma noción de culpa alude a la "voluntaria desviación" que se requiere cuando se trata de culpa en sentido teológico y a la humana diligencia con que debe evitarse la culpa en sentido jurídico, de suerte que si sucede de modo imprevisto o inevitable, más bien habría de llamarse caso fortuito, o de otro modo, que verdadera culpa (49). Cita a otros jurisconsultos y entre ellos al doctor NAVARRO MARTÍN DE AZPILCUETA (*Manuale confessarium et poenitentium*, c. 17, nn. 177 y 178). El mismo MOLINA habla con gran claridad de la proporcionalidad que ha de tener la pena con relación a todas las circunstancias atenuantes o agravantes del sujeto delincuente (50).

Las largas disertaciones sobre la edad de la responsabilidad, sobre la locura y toda enfermedad mental que impida el ejercicio normal de la inteligencia, la embriaguez, las pasiones, arrebatos de ira, la ignorancia, estudiadas entre otros jurisconsultos por LUIS MOLINA (51), ANTONIO GÓMEZ (52), DIEGO COVARRUBIAS (53), PEDRO PLAZA DE MORAZA (54), DIEGO DE LA CANTERA (55), cuya doctrina ha sido sumariamente recopilada por JERÓNIMO MONTES (por lo que no nos detenemos en ella), demuestran bien palmariamente el sentido de protección que daban a la voluntariedad en la persona del delincuente, y que podrían proponerse como contrarias a toda corriente positivista.

El estudio, por tanto, del fin de enmendación que tan señaladamente se especifica en alguna clase de las penas como las censuras eclesiásticas, que entra de alguna manera en la imposición de cualquier pena, y al que se refieren hasta cierto punto las corrientes positivistas, aunque, según creemos, descaminadamente, conduce a pensar que es una verdadera proyección de

(48) ALFONSO DE CASTRO: *De iuxta haereticorum punitione*, l. II, cap. 6.

(49) LUIS DE MOLINA: *Los seis libros de la Justicia y el Derecho*, traducción de Manuel Fraga Iribarne, t. II, vol. I (Madrid, 1943), p. 615 s.

(50) LUIS DE MOLINA: *Ib.*, t. I, vol. I, pp. 184-185.

(51) LUIS DE MOLINA: o. c., tract. III, disp. 36.

(52) ANTONIO GÓMEZ: *Commentaria*, pars III, "de Delictis", cap. III.

(53) P. COVARRUBIAS: *Relectio in Clement.*, V, Constit.

(54) PEDRO PLAZA: *Epitomes delictorum*, cap. 29.

(55) DIEGO DE LA CANTERA: *Quaestiones criminales*, De quaestione tangente punitionem delictorum Proömium.

los elementos subjetivos valorados según el principio del libre albedrío y responsabilidad.

f) El problema del libre albedrío, que siempre debe quedar a salvo, no es incompatible, sino todo lo contrario, con esas otras dos finalidades de la pena, a las que antes se hizo alusión: la reordinativa del orden social violado y la vindicativa. Existe ciertamente, digamos al menos esta sencilla idea, el principio del bien común en ellas, que ha de ser la norma número uno por encima de cualquier finalidad en toda imposición de penas; y eso es suficiente para ver que se debe dar a la voluntad el conveniente lugar que le corresponda, pues el bien común debe seguir la norma de la justicia, y la justicia requiere que a nadie se imponga un deber o una carga que no le corresponda. Nos adherimos en esto y por completo a una frase del P. J. MONTES, que podría considerarse aquí conclusión: "El fin esencial de la pena es (según los juristas del XVI) la satisfacción de una necesidad social, regulada por los principios de la justicia" (56).

V. Conclusión

Como conclusión de estas líneas que preceden, habríamos de señalar la orientación espiritualista que en ciertos sectores se va dando a la técnica penal, en oposición a otras posiciones positivistas imperantes, en el sentido de humanizar convenientemente la imposición de las penas al mismo tiempo que se salvaguarda el principio de voluntariedad y responsabilidad del delincuente. Esta orientación está muy en consonancia con la doctrina de los clásicos españoles, especialmente canonistas, quienes a través de los fines perseguidos con todo el orden penal, y en especial el fin de enmendación, llegaron a expresar de muy distinta manera que los secuaces de cualquier clase de positivismo, el valor humano del delincuente. La humanización del sistema penal no debe desviarse de los principios fundamentales de la persona humana. La anfibología que puede darse al tratar de buscar una finalidad social y humanitaria sólo admite un extremo cierto e incompatible con el otro: a unos, en efecto, ha llevado a la negación práctica del libre albedrío, mientras que los otros, por el contrario, han tenido a éste como norma invulnerable.

José Luis SANTOS DIEZ, Pbro.

(56) JERÓNIMO MONTES: *Principios de Derecho penal* (Madrid, 1903), p. 54, n. 37.