

LA COACTIVIDAD EN EL DERECHO DE LA IGLESIA

La coactividad en el derecho canónico puede verse desde ángulos diversos. Como problema general del derecho constituye una característica suya que presenta en la Iglesia una fisonomía particular. Para estudiarla tendríamos que examinar por qué y cómo la Iglesia puede imponer normas coactivas, lo cual nos obligaría a tratar de la juridicidad del orden canónico, problema muy discutido en los últimos años, sobre el cual nos parece impertinente volver.

En un sentido más restringido la coactividad significa la facultad de imponer sanciones penales. En efecto, aunque el concepto de coactividad no coincide con el concepto de pena, pero es claro que la sanción penal es el más conspicuo y enérgico modo de manifestarse la coacción de la norma legal y por eso hablaremos aquí del derecho penal de la Iglesia, tema acerca del cual cabe discurrir útilmente en la presente coyuntura conciliar fundamentalmente eclesiológica.

Los problemas penales tienen una hondura y una trascendencia humana muy superior a los problemas civiles: el gran maestro Carnelutti ha dicho acertadamente que los problemas civiles pertenecen al orden del tener mientras que la pena, el estar penado, pertenece al orden del ser. Lo civil toca a la cartera, al bolsillo, algo que es extrínseco y accidental a la persona humana: la pena afecta a la persona misma, significa que la conducta y la actitud personal del súbdito es censurable; comporta un repudio moral y la sanción consiste en privaciones de derechos que afectan a la personalidad. Esta consideración, válida en todos los ordenamientos penales, adquiere una particular significación cuando se trata del ordenamiento canónico porque la ciudadanía en la Iglesia está constituida por bienes sobrenaturales y el penado queda en condición de inferioridad con respecto a esos bienes de supremo valor en la vida.

Examinaremos en sendos apartados:

- 1) El concepto de la pena eclesiástica en los canonistas contemporáneos. Crítica.
- 2) El sentido y el fin de la sanción en los primeros siglos de la iglesia española.
- 3) Observaciones a la sistemática penal vigente.

I

La fisonomía del derecho penal eclesiástico tal como aparece dibujada en los tratadistas modernos puede reducirse a estos rasgos principales:

a) Definición del poder coercitivo y en particular del *ius puniendi*.

b) Pruebas bíblicas y demostración histórica por la práctica de la Iglesia. Estas pruebas tienen el inconveniente de ser en gran parte anacrónicas en el sentido de que leen los textos y analizan los sucesos antiguos con ideas modernas, suponiendo falsamente que los antiguos tenían conceptos actuales que jamás pasaron por sus mentes y adaptando a tales ideas los hechos y los dichos en vez de supeditar la mente del lector actual a lo que significan realmente los textos y los acontecimientos pretéritos.

c) Vienen luego las pruebas "a priori" apoyadas siempre en el concepto de *societas perfecta*, a las que se añaden a título de confirmación la consideración de la potestad coercitiva como derivación necesaria del poder legislativo y del judicial.

d) Se examinan luego las diversas teorías sobre el fundamento del *ius puniendi* y sobre los fines esenciales de la pena junto con las consecuencias de cada teoría en el sistema legal de sanciones: la gran mayoría de los escritores propugna las soluciones llamadas absolutas que ponen la justicia en la base de la teoría penal y afirman que, en un concepto correcto de pena, la expiación y la restauración del orden social lesionado son razones fundamentales y básicas sin negar los llamados fines secundarios de la misma, es decir, la ejemplaridad, la corrección del delincuente y la prevención. Para alcanzar este resultado se utiliza el método de raciocinio abstracto partiendo de los conceptos de ley, súbdito, orden social, quebrantamiento del orden por la infracción delictiva, necesidad de la restauración. El planteamiento y la discusión son totalmente modernos y no trascienden de los términos que aparecen en la crisis iluminista del siglo XVIII. Se citan aquí y allá algunos textos de teólogos pero nos faltan estudios serios acerca del pensamiento de los teólogos sobre esta materia; en cuanto a los canonistas, falta la tradición canónica, porque los canonistas antiguos no tratan el tema, el cual ha entrado en la disciplina canónica en época reciente.

Dicha construcción sistemática no tiene en cuenta los datos positivos del ordenamiento canónico; sino que se presenta desligada de él, como un cuerpo extraño en el organismo jurídico penal, porque ni su elaboración se apoya en normas legales ni el comentario de estas normas alude jamás a los conceptos de la misma. Sólo al definir la censura se preocupan de advertir que, aunque el *finis operantis* de la Iglesia al imponer la censura sea la enmienda del delincuente, sin embargo la censura, por ser pena, tiende al castigo del delito que es el fin intrínseco y esencial de toda pena en el fuero externo: "proprie enim ad delicti punitiorem infligitur censura, quamvis directe ac praecipue infligatur ad delinquentis emendationem". Hay sin embargo, algunos autores que se resisten a aceptar en bloque ese cuerpo de doctrina para el ordenamiento canónico y afirman que en la pena eclesiástica el fin correccional tiene siempre la primacía y algunos llegan a decir que en la Iglesia el fin vindica-

¹ BERUTTI, CH: *Institutiones Iuris Canonici*. Vol. VI. *De delictis et poenis*. Turín 1938, n. 41.

tivo no tiene lugar. Esta opinión minoritaria es más una intuición que un resultado del análisis serio y concienzudo del ordenamiento penal canónico y la gran mayoría de los canonistas la rechazan.

Tal concepción acerca del poder punitivo de la Iglesia y del sentido y fin de la sanción penal canónica es criticable desde distintos puntos de vista.

a) Por *a priorismo*. La pena eclesiástica no está considerada como una realidad, un acontecer en la vida de la Iglesia, sino como un concepto extraído de las ideas de culpabilidad, legalidad, perturbación del orden social, necesidad de lograr el bien común, etc. Así, por un método lógico-abstracto se llega a un concepto de la pena y del *ius puniendi*, concepto que se aplica luego al de sociedad perfecta, previa la demostración de que la Iglesia debe entenderse como *societas perfecta*, enfrentada al Estado como lo sacro a lo temporal, como un poder frente a otro poder.

b) Por *falta de perspectiva histórica*. Esa manera de entender el *ius puniendi* de la Iglesia, que hemos descrito en sus rasgos principales, nace de una circunstancia histórica concreta cuya descripción sería muy larga si tuviéramos que explicarla con cierto detalle. Afortunadamente hablo a buenos entendedores y para ellos pocas palabras bastan. Esquemáticamente, la cosa sucedió así:

Todo el mundo sabe que en el siglo XVIII se produce una intensa renovación del derecho penal. La filosofía pone su mano en el derecho penal y se aplica intensamente a examinar el *ius puniendi* y el sentido y el fin de las penas. El por qué de este fenómeno es, como todo cambio histórico, bastante complicado: sin embargo, la clave puede expresarse en tres palabras: absolutismo regio, sistema de penar *ad arbitrium* y sobre todo "ilustración". Lo que se esconde debajo de estas tres palabras, los canonistas lo saben. Los dogmas del derecho penal moderno (*nulla poena sine lege, nullum delictum sine lege, ubi non est lex nec praevaricatio*) nacen en esta coyuntura y encuentran su expresión, incluso su formulación en el libro del marqués de Beccaria *Dei delitti e delle pene*. Beccaria es un hijo de la Ilustración.

Los católicos saltan inmediatamente a la arena, no sólo por necesidad de defenderse, sino porque el planteamiento está hecho a su medida: los hombres de formación escolástica se encuentran en ese género de batalla como el pez en el agua. Por citar un ejemplo típico mencionaremos el nombre del canónigo compostelano Angel Amor Ruibal. Es curioso que, a pesar de su pasmosa erudición, de la que hace gala en su obra "Los problemas fundamentales de la Filosofía y del dogma", en el problema de la naturaleza y el fin de la pena no se le haya ocurrido asomarse a lo que ocurrió en la Iglesia primitiva. Su actitud ante el problema, sus planteamientos, su argumentación, sus conclusiones son las de un hombre de su época: no hay en su horizonte una visión eclesiológica del problema sino sólo una construcción lógico-abstracta apoyada en el concepto del derecho y en el de pena. El argumento histórico-positivo está ausente. Sería exagerado decir que en los autores de la época no existen referencias a las peculiaridades del ordenamiento canónico, pero son parciales e insuficientes, y además prejuiciadas.

c) La tercera crítica que puede hacerse a la sistemática moderna del tema: el ser *prejuiciada y por tanto anacrónica*, porque maneja los datos canónicos con mentalidad del siglo XIX, cualquiera que sea su origen histórico. Las instituciones canónicas tienen siglos sobre sus espaldas y la más torpe falsificación que con ellas puede cometerse consiste en desnudarlas de su sentido primitivo e interpretarlas con nuestros conceptos actuales en vez de ajustar éstos a aquéllas.

En el momento eclesiológico actual esa actitud no es sostenible. Hoy buscamos en todas las instituciones su autenticidad primigenia, el acercamiento a las fuentes, el *ressourcement*. La época de la apologética ha pasado y hoy vivimos la era de la eclesiología. En el problema que nos ocupa el "afontamiento" está por hacer². No pretendo hacerlo yo solo y aquí Pero podemos dar, establecer ciertas líneas esquemáticas, sin pretensión desde luego de originalidad y menos de prioridad.

II

Seguiremos en estas notas como hilo conductor la serie de concilios antiguos españoles recogidos y traducidos en un cómodo volumen por José Vives, Tomás Marín y Gonzalo Martínez³.

Se ha dicho que la Iglesia primitiva no distinguió entre pecados y delitos y que todo pecado comportaba un delito. No pocos han salido a responder a esta objeción, desde luego sin éxito. Es ingenuo suponer que ya desde el principio los cristianos y sus jefes tenían elaborada una doctrina sacramental y penal que desde entonces la Iglesia no ha hecho más que repetir con ligeras variantes.

La iglesia primitiva se sabe poseedora del poder de reconciliar a los que han violado los compromisos bautismales. De estos poderes se hace un uso muy parco porque aquellas iglesias de bautizados en edad adulta tras un catecumenado exigente y una selección rigurosa, se parece poco a la nuestra. El problema se plantea con carácter general o al menos muy difuso con la persecución de Decio y con la cuestión de los relapsos que fueron muchos. Entonces hubo que adoptar decisiones generales. ¿Qué hacer con los numerosos relapsos que cedieron a los embates de la persecución y que pedían luego su readmisión?

La postura rigurosa de Novaciano y sus secuaces suscitó la primera gran herejía. ¿Hay que readmitir a los *lapsi*? ¿Hay pecados irremisibles?

En este marco histórico hay que situar e interpretar los cánones del Iliberitano I, nuestro primer concilio nacional. La mayoría de sus 81 cánones son leyes penales. Pues bien, la única pena que en ellos se prevé para los diversos

² Permítasenos el neologismo, traducción de *ressourcement*; afontamiento de fuente, como afrontar de frente.

³ *Concilios visigodos e hispano-romanos*. Edición preparada por JOSÉ VIVES, con la colaboración de TOMÁS MARÍN y GONZALO MARTÍNEZ, Barcelona-Madrid. 1963.

delitos es la excomunión de cuyo valor y significación nos ocuparemos enseguida. En los cánones citados pueden contarse al menos 58 excomuniones, de los cuales unas 20 son excomuniones perpetuas y absolutas en las que se establece que ni siquiera en la hora de la muerte se dará la comunión, con la fórmula “*nec in finem damdam esse communionen*” u otra parecida (hay alguna fórmula dudosa): entre los delitos que dan lugar a ésta excomunión perpetua están, por ejemplo, la idolatría (can. 3) el adulterio después de haber hecho penitencia por el mismo delito (7), ejercicio del lenocinio (12), violación de la castidad de los obispos presbíteros o diáconos (18), adulterio agravado con aborto “*eo quod geminaverit scelus*” (63), etc. Este rigor de la Iglesia iliberitana tiene que ver sin duda con los movimientos de reacción contra los perdones que se otorgaban en las iglesias y que muchos consideraban ilegítimos, disolventes y contrarios a la santidad de la Iglesia: tal vez hay en él influencia del rigorismo novaciano y de las cuestiones sobre los pecados irremisibles.

En tres casos la excomunión dura de por vida pero a la hora de la muerte se da la comunión (cáns. 3, 9 y 13): en otros muchos la separación de la iglesia dura 10 años, ó 7, ó 5, ó 3, ó un año, o mientras dura la situación anómala del excomulgado, p. ej., “hasta que cumpla la legítima penitencia (31) o durante poco tiempo para que aparezca reprendido “*ut correptus esse videatur*” (21) o hasta que se enmiende (50): para los clérigos se prevé el ser readmitidos tan sólo a la comunión laical (76).

Aparecen otras providencias que pudieran parecer penales pero que no lo son: así las prohibiciones de recibir dádivas de quien no comulga (28), la de ser bautizado (68), de ser contado entre los mártires (60) no deben ser consideradas como penas.

¿Existe en los cánones iliberitanos la pena de privación vindicativa de oficio contra los clérigos? A nuestro modo de ver, *non liquet*. En el can. 51 se establece la prohibición de ordenar a los que proceden de la herejía, y la deposición (“*deponantur*”) de los ya ordenados: en el 20 se habla de degradación (“*degradari et abstineri*”) por el pecado de usura: en el 33 se ordena que los obispos, presbíteros, y diáconos que yacen con sus mujeres “*ab honore clericatus exterminentur*”, pero estas providencias, lo mismo que las de los cánones 24 y 29 deben entenderse según parece, no como sanciones penales sino como requisitos legales de vida clerical encaminados a velar por la pureza y santidad de la clero. Más tarde estas medidas aparecerán como verdaderas penas contra los clérigos, los cuales por otra parte no estarán sometidos a la penitencia canónica. En los cánones de Iliberis no existe esta situación legal privilegiada, sino que son privados de la comunión como todos (cáns. 18, 20, 65), incluso con excomunión perpetua (18, 65): una vez que han hecho penitencia canónica (“*acta poenitentia*”, can. 76), son recibidos a la comunión laica en algunos casos: en otros no consta pero es de creer que siempre que el clérigo se somete a penitencia pierde su clero.

Ahora debemos preguntarnos cuál es el verdadero sentido y significación de esa larga serie de excomuniones que aparecen en los textos del concilio.

Las fórmulas que emplea el concilio son muy varias; *arceri a communione* (40), *privari communione* (53), *cohiberi ab ecclesia* (56), *nec in finem accipere communionem* (1), *proiciantur ab ecclesia* (62), *admitti ad communionem* (14), *in finem danda est communio* (10), *reconciliari* (14), *communioni reconciliari* (72), *suscipi* (62), *communio pacis* (47). En el can. 76 como hemos visto, se habla de *accipere communionem laicam*. En el 61 la readmisión a la comunión se llama *dare pacem* y en el 44 se llama *recipi* (“incunctanter esse recipiendam”): así también en el can. 53 donde se dice *recipiat communionem*. Hay otras varias fórmulas parecidas tanto para expresar la excomunión como el perdón y el reingreso en la *communio*. No hace falta examinarlas todas para que quede patente lo que a primera vista resalta de la simple lectura comparativa de estas expresiones: la palabra *communio* significa el derecho de participar en la asamblea litúrgica y *arceri* o *privari communione* es la privación de ese derecho. He ahí pues la pena que los padres iliberitanos imponen al que no fiel a los compromisos adquiridos en el bautismo: lo apartan de la *ecclesia* de los cristianos en la cual está Cristo. Los crímenes graves apartan de Cristo, luego deben apartar igualmente de la *ecclesia*. Reincorporarse a la asamblea significa y produce la reincorporación a Cristo en ella y por ella. El expulsado, el que ha perdido la *communio* sabe que ha perdido a Cristo y quiere ser reincorporado, pero para ello tiene que realizar las obras satisfactorias, la penitencia canónica. A ella se refiere el concilio sin describirla, dándola como práctica conocida. Para saber en qué consiste tendríamos que explorar en la literatura de la época. El concilio la llama sencillamente “penitencia” (cáns. 7, 13, 22, 59, 69, etc.) o “legítima poenitentia” (3, 5, 14, 31, 64, etc.).

Los teólogos e historiadores han estudiado estos textos desde el ángulo teológico-sacramental. Para el canonista son destacables los siguientes elementos:

1) La gravedad del delito punible: *ruina mortis* (can. 32), *crimen mortis* (76).

2) El elemento subjetivo o intencional. Así el hereje es recibido después de diez años de penitencia. Pero si el tránsito de la herejía se hizo durante la infancia, se le recibe sin penitencia porque no hubo culpa, “quod non suo vicio peccaverint” (can. 21).

3) La proporción entre el delito y la pena, para lo cual se prevén excomuniones perpetuas, de 10, de 7, de 5, de 3 y de 1 años: para el falso testigo no se señala tiempo sino que depende de la gravedad de su delito “prout est crimen” (can. 74) hay un caso de crimen doble, adulterio con muerte del hijo adulterino: la pena es excomunión perpetua “eo quod gemina verit scelus” (can. 63).

4) El superior dotado de poderes punitivos es el Obispo. En caso de urgencia por enfermedad, debe el presbítero llevarle la comunión, y aun el diácono si lo ordenare el Obispo, pero el presbítero no puede imponer la penitencia (32).

5) La reservación de la pena *ferendae sententiae*. Establece el can. 53 que cada cual reciba la comunión precisamente del obispo que lo excomulgó. El que da la paz a súbdito ajeno sin consentimiento del que lo excomulgó tendrá que dar cuenta de su conducta ante el sínodo, con peligro de su grado.

6) Uso de remedios penales. Recuérdese lo que hemos dicho de la *correptio*.

7) La atenuante de confesión espontánea rebaja la pena de cinco años a tres años para el diácono delincuente (76).

8) Dejamos para el final el principal problema: estas sanciones iliberitanas tienen carácter vindicativo o medicinal? Los textos no contienen ninguna indicación explícita al respecto. Observemos ante todo que no existe, que sepamos, ni una sola palabra que nos haga sospechar el carácter vindicativo de las sanciones (ya hemos dicho que “*correptus*” no debe interpretarse como castigado, sino como amonestado o reprendido). Ahora bien, la literatura de la época y los textos conciliares posteriores que veremos nos dicen que el apartamiento del delincuente y la penitencia canónica que ha de cumplir para ser readmitido en la iglesia, lo mismo que la readmisión o reconciliación misma, tienen un doble carácter que se corresponde con la doble vertiente de la Iglesia como sociedad de culto o sociedad de salvación. Cara a Dios la penitencia canónica es expiación del pecado, conversión a Dios, *metanoia* y dolor y lágrimas para aplacar a la Divinidad: en resumen ejercicio de lo que hoy llamamos la virtud de la penitencia. Cara a la asamblea se trata de mostrar que el penitente está verdaderamente arrepentido y es digno de ser readmitido. La reconciliación nunca se plantea en un terreno de justicia vindicativa, sino en un terreno de conversión. Estos dos aspectos, el societario y el ascético se vinculan íntimamente hasta confundirse en la realidad sacramental de la reconciliación, de manera que el *recipi*, el *pacem dare* y las demás expresiones sinónimas del Concilio significan ante todo una reconciliación con la iglesia a través del obispo, pero esta reconciliación es el signo eficaz de la reconciliación con Dios, y el perdón de la Iglesia es el perdón de Dios.

Por tanto en la pena tal como se dibuja en la iglesia primitiva española se busca el arrepentimiento del delincuente por su vuelta a Dios. La satisfacción que a la Iglesia se da parece consistir en este arrepentimiento públicamente comprobado por la penitencia y expresado por el acto de recepción. Sin embargo, esto último no consta en los textos. Parece ser la única interpretación lógica posible, pero no me atrevo a afirmarlo como cosa indudable, porque siempre es peligroso atribuir a los antiguos afirmaciones que a nosotros nos parecerán muy lógicas porque discurrimos con categorías mentales modernas pero que nos ponen en peligro de atribuir a esas épocas primeras de la historia unos conceptos en los cuales no pensaron. Desde luego sería abusivo decir que en la época de Iliberis la infracción o elemento objetivo del delito consistía en el *scandalum* o en el *damnum animarum*, aun cuando eso parezca de-

ducirse de ese concepto más o menos impreciso de excomunión y de penitencia de la época.

* * *

Nos hemos detenido en el concilio de Elvira por varias razones 1) por la importancia de sus cánones penitenciales, de todos reconocida; 2) porque su valor de testimonio no se limita al momento de su celebración (hacia el año 300) sino que traduce una cierta madurez en la que es posible descubrir etapas evolutivas precedentes y como dice Amann, puede considerarse como uno de esos "órganos testigos" de que hablan los biólogos (es decir, órganos o rudimentos de órganos existentes en seres vivos que testifican etapas anteriores de la evolución filogenética); 3) por la influencia que tuvo en la disciplina posterior de la que son testigos el concilio de Arles (a. 314), el de Nice (325), el de Sárdica (a. 347), e incluso en el decreto de Burcardo de Worms en pleno siglo XI y desde luego en las fuentes posteriores españolas, los concilios toledanos, los textos de Baquiario, San Isidoro y San Fructuoso y los penitenciales silense y cordubense⁴. Por esa razón para la exposición de los documentos que siguen nos basaremos en lo que hemos dicho del Iliberitano, señalando la línea evolutiva a partir de él.

* * *

Entre el concilio de Iliberis y el de Zaragoza del 380 tenemos la obra de San Paciano, obispo de Barcelona, de importancia fundamental para nuestro tema. Sus escritos ocupan 45 columnas del tomo 13 de ML. No las comentaremos aquí, porque nuestro tema es ver las leyes penales de los concilios pero no podemos menos de mencionarlo por los esclarecimientos que aporta sobre la penitencia canónica como ordenada al arrepentimiento y al perdón para conseguir la absolución o *venia* y la reintegración simultánea al cuerpo social de la iglesia expresada por *pax* o por *communio* palabra que también significa la Eucaristía: concepto coincidente con la literatura de la época (es sabido que San Paciano depende de S. Cipriano y de Tertuliano, pero separándose de los conceptos erróneos de éste).

* * *

El concilio de Zaragoza del a. 380 no aporta datos importantes para nuestro propósito. Anotemos que el Obispo que recibe a la paz a un excomulgado por otro obispo, queda él también excomulgado (can. V). En el canon siguiente se habla de la excomunión que debe imponerse al clérigo que quiere hacerse monje para vivir licenciosamente, *propter licentiam* (!); debe ser expulsado

⁴ Sobre este aspecto cf. S. GONZÁLEZ RIVAS: *La penitencia en la Iglesia primitiva española*, Salamanca 1949, p. 62.

de la Iglesia y no será readmitido “nisi rogando atque observando plurimis temporibus satisfecerit”.

* * *

Aparte de ciertos puntos doctrinales contra el Priscilianismo y de los artículos de la fe, el Concilio I toledano editó 20 cánones penales, todos menos cinco referentes a delitos de clérigos o de vírgenes consagradas. En lo que a nosotros interesa notaremos lo siguiente:

a) La aparición del término propio “excommunicatus” (can. 11 y 12) junto con los de *abiciatur, non admittatur ad communionem, abstineatur* y los demás que ya conocemos del concilio iliberitano.

b) La carencia de frases de sentido vindicativo. Al contrario leemos frases que nos indican dos aspectos que ya hemos observado en los cánones de Elvira: y que ahora se expresan de un modo explícito: en las excomuniones se señala el fin medicinal, p. ej., tratando del poderoso que despoja a otro de sus bienes se le considera excomulgado hasta que comparezca para restituir “donec audiatur ut reddat aliena” (can. 11) y el que teniendo esposa quiera tener también concubina *abiciatur* “donec desinat et per poenitentiam revertatur” (can. 17).

La pena de los clérigos sigue siendo la privación de oficio y la prohibición del ascenso a órdenes superiores y además la relegación a un grado inferior de la jerarquía. Pero como ya dijimos del concilio de Elvira no consta que en la mente de los Padres estas medidas tengan carácter penal; parecen más bien normas sobre la perfección exigible a los clérigos y a los ordenandos. El canon 4 es muy significativo a este respecto: “el subdiácono que, muerta su esposa se casara con otra, *sea removido* del oficio para el cual fue ordenado y contado entre los ostiarios o entre los lectores de tal modo que no lea el evangelio o la epístola, *para que no parezca que se somete a las necesidades vulgares* aquel que estaba al servicio de la Iglesia (acertada traducción de “ne qui ecclesiae servierit publicis officiis servire videatur” dada por el P. Gonzalo Martínez). Y el que se casara por tercera vez lo cual no debe decirse ni oírse, separado de la comunión (*abstentus*) por dos años, después de reconciliado por la penitencia, comulgue entre los seglares”.

c) Aparecen los llamados efectos civiles de la excomunión que en épocas posteriores alcanzarán gran importancia. De los cuatro cánones toledanos en que aparecen, tres se refieren a mujeres: está prohibido a su padre o a su madre “recibir las en su afecto” (can. 19) nadie puede comer con ellas (16, 18). En el can. 15 se establece de un modo general que si algún seglar está excomulgado, “ad hunc vel ad domum eius, clericorum vel religiosorum nullus accedat”. Y si el excomulgado es clérigo, no sólo “a cléricis evitetur”, sino que si alguno habla con él o se sienta a su mesa queda él también excomulgado, “etiam ipse abstineatur”. Aquí el Toletano I nos presenta el primer texto español de lo que más tarde se llamará excomunión menor.

d) Notemos por fin la fugaz alusión que en el can. 2 se hace a la penitencia como estado “publicam poenitentiam gerens sub cilicio”.

* * *

Los diez obispos reunidos en Tarragona el 516, en los 13 cánones de ese concilio, se preocuparon exclusivamente de la vida y honestidad de sus clérigos. Algunos de estos cánones son penales. Y de nuevo nos asalta la duda acerca del carácter de estas sanciones que como en los concilios anteriores, consisten en la deposición. Deben considerarse como penas vindicativas, como castigos impuestos al delincuente sin otra significación ulterior? Son más bien exigencias de la vida clerical? Examinando los contextos, parece más bien lo segundo. Así p. ej., el can. 2 prohíbe a los clérigos comerciar *emendi vilis vel vendendi carius*. Y la pena es: “certe si hoc voluerit exercere, cohibeatur a clero”. Aquí la deposición aparece como algo que depende de la voluntad del clérigo: él verá; si quiere dedicarse al comercio, que lo haga, pero fuera de la clericatura. Lo mismo se ve en el can. 9: “aut relinquat adulteram (con la cual se ha casado) aut a clero habeatur extraneus”. En el can. 1 se prohíbe a los clérigos visitar a sus consanguíneos si no es observando ciertas cautelas. La pena contra los violadores de la norma es como siempre deposición: y si es monje o religioso, *encierro en su celda a pan y agua*. Esto tiene todas las apariencias de un castigo vindicativo. Veamos sin embargo el texto: “si vero religiosus (sit) vel monachus, in cella monasterii reclusus, *poenitentiae lamentis incumbat* ubi, singulari afflictione, panis et aquae victum ex abbatis ordinatione percipiant”.

* * *

Al año siguiente 517, el 8 de junio, se reunieron en Gerona siete obispos en concilio. De sus actas sólo tiene interés para nosotros el can. 9 en que se establece que el seglar que no ha hecho públicamente penitencia en la iglesia, si no tiene otros obstáculos puede ser admitido en el clero: en el 9-bis se precisa entre otras cosas que aquellos que reciben la penitencia confesando públicamente haber cometido algún pecado mortal no pueden llegar a los grados eclesiásticos “quia se confessione propria notaverunt” (pecado mortal significa en este pasaje alguno de los crímenes que entonces se consideraban especialmente graves, sobre todo idolatría, homicidio y adulterio).

* * *

Los Padres del concilio II Toletano celebrado el 17 de mayo de 527 se ocuparon principalmente de la herejía priscilianista pero dictaron además cinco ordenanzas algunas de las cuales son penales.

De ellas mencionaremos las que interesan a nuestro propósito.

a) En el can. 3 se prohíbe a los clérigos convivir con mujeres extrañas evitando así que puedan caer en el lazo o cargar con mala fama un inocente:

“unde aut laqueum possit incurrere aut noxiali fama innocenti fortasse possit inuri”. Además de la consabida pena de deposición, se establece contra los violadores la excomunión “de todos los católicos, sean clérigos o seglares” (alusión a la excomunión sólo con relación a los clérigos citada arriba en el concilio I de Toledo): esta excomunión produce los efectos civiles de prohibición de confraternizar con el excomulgado, “nulla prorsus nec conloquii consolatione relicta”. La razón de la pena es extirpar esa mala costumbre y evitar que se propague a los sucesores “quatenus malae consuetudinis abrasa rubigo in posteris radicis suae veneno serpire non possit”, lo cual parece indicar que si el clérigo echaba a las mujeres extrañas, la excomunión (después de la penitencia al arbitrio del obispo) era perdonada. En cuanto a la deposición, la fórmula recuerda las anteriores: “si alguno en adelante quisiera gozar de la compañía de las mismas (mujeres)...” será depuesto.

b) El can. 5 se refiere a los matrimonios incestuosos, “de his qui proximis suis se copulant”. Se trata, pues, de laicos, cuya pena única hasta aquí era según hemos visto la excomunión. La curiosa redacción de este texto es interesante porque da por supuesto que pena de laicos es igual a excomunión. Lo citaré por la traducción del P. Martínez: el violador de la norma “entienda que *será castigado* con tanta mayor severidad cuanto mayor se conozca ser el parentesco que tiene con la persona con quien se casó y durará tanto más el tiempo de la *citada excomunión* y de la compañía de sus hermanos cuanto más cercano sea el parentesco con el que se ha contaminado”.

c) Los obispos se comprometen a hacer observar esta norma de los matrimonios incestuosos. Pena contra los violadores de este compromiso: “totius fraternae karitatis aliquando habeatur extraneus”. Estas palabras traducen una antigua institución que con conceptos modernos no podría llamarse penal pero que con tal carácter la vemos utilizada desde el período primitivo.

Los Obispos están en ciertas materias bajo la ley penal general y en otras, bajo leyes especiales, sobre todo de deposición. Pero en algunas tienen que dar cuenta ante el concilio el cual puede imponerles una especie de excomunión con respecto al mismo, es decir a los demás obispos. Se alude ya a esta situación en el concilio de Elvira, can. 53 como sanción contra aquel obispo que recibiera en su comunión al excomulgado por otro obispo. En el de Tarragona de 516 al Obispo que, citado por su metropolitano, no acude al concilio se le amenaza con estas palabras: “usque ad futurum concilium *cunctorum episcoporum communione* privetur” (can. 6), sanción que repite el Bracarense II en su can. 19. No es otro el sentido de la citada frase: totius fraternae karitatis aliquando habeatur extraneus”.

* * *

En las breves actas del concilio I de Barcelona de 540 sólo hay las siguientes alusiones a la penalidad canónica:

VII. Que los penitentes no asistan a convites ni se dediquen a negocios

prestando y recibiendo, *sino que solamente vivan una vida frugal en sus casas.*

VIII. Respecto de aquellos que estando enfermos, piden la penitencia y la reciben del obispo y después convalecieron, con excepción de la imposición de las manos, deben en todo llevar una *vida de penitencia* apartados de la comunión, *hasta que su obispo tuviera como buena su vida.*

* * *

Seis años más tarde, en 546 se celebra en Lérida un concilio “el año quince del reinado de Teodorico”. Esto no es sólo una indicación cronológica: su mención nos indica que en los concilios siguientes hay un elemento nuevo con el que hay que contar: la unión del altar con el trono, con el consiguiente carácter mixto de las asambleas conciliares y la aparición de ciertas penas que no son exclusivamente eclesiásticas. En los concilios posteriores que nosotros no estudiamos, es un dato muy de tener en cuenta.

La legislación penal del concilio ilderense es bastante abundante y particularmente interesante porque su estilo no participa de la sobriedad de Iliberis y de otros concilios, más parecidos a un código moderno que a una decretal medieval.

Los padres ilderenses, con su estilo amplificado y parenético, no se limitan a establecer penas, sino que con frecuencia nos explican cómo entienden la pena eclesiástica.

El can. 1 prescribe que los que sirven al altar “a sanguine omni se abstineant” aunque se trate de sangre enemiga derramada en los apuros de un asedio. La pena es privación durante dos años del oficio y de la comunión: y el texto añade “ita ut his duobus annis, *vigiliis, ieiuniis, orationibus et elemosynis* pro viribus quas Dominus donaverit expientur”: y si en este plazo fueran negligentes acerca de su salvación “circa salutem suam”, el obispo puede alargarles el tiempo de su penitencia.

A los reos de aborto o de infanticidio de sus hijos concebidos *ex adulterio* se les debe apartar de la comunión durante siete años “ita tamen ut omni tempore vitae suae *fletibus et humilitati* insistant”. A los envenenadores se les dará la comunión al fin de la vida “si facinora sua omni tempore vitae suae *defleverint*” (can. 2).

Al que se juramente a no hacer las paces con un contrario en el pleito se le excomulga para un año y “reatum suum *elemosynis, fletibus et quantis* potuerit *ieiuniis* absolvat: ad caritatem vero quae operit multitudinem peccatorum celeriter festinet venire” (can. 7).

El clérigo que no respeta al refugiado en la iglesia será depuesto “donec digne poeniteat” (can. 8); he aquí la deposición de los clérigos teñida de un matiz medicinal. En el can. 11 se nos da otra explicación interesante para el caso de clérigos que tratan de matarse el uno al otro, “in mutuam caedem prorumperint”: deben ser castigados severamente “prout dignitas officiorum in tali excessu contumeliam pertulerit”. Estos dos textos son importantes

porque interpretan el concepto de las deposiciones y degradaciones de la época que examinadas en textos más escuetos parecen tener sentido meramente vindicativo, pero aquí se ve que la preocupación fundamental es la medicina y el honor del estado eclesiástico, cosa que ya hemos advertido anteriormente.

De los clérigos que viven con mujeres extrañas se establece como en concilios anteriores la privación de oficio, pero con la añadidura de "donec in vitio perseverat" (can. 15). El mismo sentido se descubre en el can. 10 referente a aquellos que rehusan aceptar la excomunión que el Obispo les ha impuesto: serán recibidos al perdón con mayor retardo "pro noxa contumaciae".

Por último, una observación terminológica: en el can. 5 hallamos por primera vez el término "suspensión". Se habla de clérigos que "carnis fragilitate conruerint".

El obispo podrá levantar la suspensión a los verdaderamente arrepentidos "vel prolixiori tempore ab ecclesiae corpore segregare". Es decir, la suspensión del caso no es una pena nueva sino la deposición con excomunión, establecida anteriormente para tales casos.

* * *

Las disposiciones penales del Concilio de Valencia del año 549 miran principalmente a evitar las faltas de respeto y los hurtos que se cometen despojando la casa del Obispo difunto. El Concilio da normas acerca de lo que debe hacerse cuando muere un obispo, sobre todo si fallece de muerte repentina, lo cual sucede con frecuencia ("si autem *ut fieri solet* antestitis obitu repentinu discesserit" (can. 4). El can. 3 prevé pena de excomunión contra aquellos que ocupen las pertenencias del muerto, porque puede haber entre ellas bienes de la Iglesia. La excomunión es medicinal: *nisi forte spiritu meliori correptus dum ad (a) praesumptione cessaverit, recuperat indulgentiam*).

Del canon 2 se desprende que para ser recibidos a la comunión tienen que restituir.

Además de esta sanción penal, el Concilio establece otra en el can. 5; al clérigo errabundo y desobediente que no sirve asiduamente en la Iglesia que se le ha encomendado, el Concilio le conmina con excomunión y deposición para que se enmiende: *quosque in vitio permanserit, et communione et honore privetur*. Como se ve también estas penas son medicinales.

* * *

Con esto estamos en la mitad del siglo VI. Y aquí termina nuestro recorrido por más de una razón. Porque el espacio examinado es muy suficiente para hablar de un afrontamiento. Porque no es nuestro intento hacer historia de la significación de la pena eclesiástica: tarea que está esperando su realizador.

Porque hemos entrado en una época nueva⁵ en la que la investigación tendría que tener en cuenta una serie de datos interpretadores de la pena, a saber, comienzan a redactarse los libros penitenciales y las asambleas conciliares toledanas comienzan a ser mixtas a causa de la unión de la Iglesia española con el trono visigodo, anticipando así, en cierto modo el fenómeno del *ius commune*.

El resultado que rinde nuestro somero recorrido puede resumirse así:

1) La pena única de la Iglesia en la época aludida es para los laicos la excomunión.

2) Han creído algunos que la excomunión en los 5 primeros siglos era siempre vindicativa⁶. Tal opinión es insostenible. Nosotros hemos mencionado numerosos casos en los que del modo más explícito se establece lo contrario. Y aunque en esta época no hay huellas de reflexión filosófica ni jurídica sobre la pena y la distinción entre lo vindicativo y lo medicinal sea absolutamente desconocida, el contexto y los elementos identificados nos llevan a la conclusión de que la pena en la época precitada es medicinal a) por su carácter litúrgico y sacramental; b) porque va acompañada de obras satisfactorias que, a la vez aplacan a Dios, exteriorizan ante la iglesia el arrepentimiento del delincuente y su merecimiento de ser readmitido a la comunión en su doble vertiente eucarística o sacramental y clesialístico-social; c) porque la recepción o perdón del penitente tiene también un doble aspecto, ante Dios (recuperación de la gracia) y ante la iglesia (recuperación de la "communio").

3) No hay por tanto distinción entre pecado y delito. Todo pecado grave (con el concepto de gravedad de la época, que no es el de los teólogos modernos) y externo a la vez que compromete la conciencia, lesiona los intereses de la comunidad de salvación y hace indigno a su autor de participar en la vida comunitaria eclesial. El doble aspecto escatológico-jurídico de la Iglesia se manifiesta en esta época en una vinculación y simbiosis perfecta.

4) Tratándose de clérigos la sanción típica es la deposición y como for-

⁵ Al Concilio de Valencia del 549 siguen por orden cronológico los de Braga I (a. 561) y II (a. 572) y el Toletano III de 589. La simple lectura de las normas penales dictadas por estos concilios (y por los siguientes de la segunda mitad del s. VI) revela elementos nuevos y nueva mentalidad y ambiente en aplicación de ciertas penas. Así en Braga I aparece la privación de sepultura eclesiástica (can. 16). Una deposición de presbítero que debe considerarse como vindicativa, porque no se refiere a vida y honestidad de los clérigos, sino a abusos en el ejercicio del cargo aparece en el can. 19; cf también can. 20; aparece también una excomunión contra los priscilianistas con efectos civiles de prohibición de trato con el penado y con excomunión derivada contra el que trata con el excomulgado. En el toletano III vemos a los obispos colaborando con los jueces civiles nombrados por Recaredo para descubrir y castigar a los padres reos de parricidio.

⁶ "Au début l'Eglise n'eut que des peines vindicatives, et avant toutes, l'excommunication prononcée pour toujours". KAHN L. *Etude su le délit et la peine en droit canon*. Nancy 1898, pág. 80.

mas imperfectas de ella, la relajación a grados inferiores, la prohibición de recibir órdenes superiores y la admisión a la comunión laical. Aunque nuestra mentalidad actual propenda a atribuir a estas penas un neto carácter vindicativo, razones contextuales aconsejan interpretarlas ya con carácter medicinal ya principalmente como criterio de indignidad en el sentido de que los autores de faltas penadas revelan no llenar las condiciones de la vida de perfección cristiana que exige el estado clerical.

III

No hemos hallado explicitada la idea de justicia (ni menos la de restauración del derecho lesionado) como legitimación de la pena canónica. Habría mos de proseguir nuestra indagación para descubrirla en sus comienzos y en su camino hasta que la reflexión teológica y jurídica la impone, sin olvidar los presupuestos históricos y eclesiásticos-sociales bajo los cuales se desarrolla.

Saltando esos siglos vamos a considerar esa idea en su perfil teórico y en las normas del código actual, con el fin de orientarnos acerca de lo que la pena canónica es, lo que significa en la Iglesia y lo que con ella se pretende. No ignoramos que es un tema general de trascendental importancia y que lo que de él digamos afecta a todo el orden penal canónico.

CONSIDERACIONES GENERALES

Aunque con frecuencia el hecho delictivo causa un perjuicio privado de diversa índole y de diversa gravedad, pero el delito no se entiende sin una referencia esencial a la sociedad. La verdadera víctima del delincuente no es la persona particular cuyos intereses han quedado lesionados, sino el orden social constituido, la sociedad misma. El delito se define como un hecho antisocial que vulnera o pone en peligro el orden social entero. Hasta aquí todos estamos de acuerdo. También estamos de acuerdo al decir que la pena comporta una conexión esencial con el delito del cual es secuela: una pena sin delito no tiene explicación ni justificación posible. La relación delito-sociedad y la relación delito-pena son indiscutibles. Existe también una cierta relación entre la sociedad y la pena. La oscuridad y la controversia comienzan cuando intentamos analizar y comprender el sentido de estas relaciones. En teoría, las distintas soluciones doctrinales que se ofrecen al problema del *ius puniendi* y del concepto y fin de la pena dependen del contenido y de la importancia que atribuyamos a esas relaciones.

Un grupo de grandes pensadores creen ver entre el delito y la pena una relación esencial que se realiza en el plano de la trascendencia, de modo que la pena sigue al delito como una secuela fatal. En su libro "Prolegomenos a cualquier metafísica futura" Kant dice que en el orden ético la pena tiene que seguir al delito fatalmente como un fenómeno físico sigue a otro

en virtud de una ley mecánica: "So ist eine Analogie zwischen dem rechtlichen Verhältnisse menschlicher Handlungen und der mechanischen Verhältnisse der bewegender Kräfte" (§ 58). Leibnitz habla de una necesidad estética, Hegel de una necesidad dialéctica.

Muchos escolásticos ven asimismo una relación esencial entre el delito y la pena basada en el orden trascendente de la justicia. La fórmula es: *punitur quia peccatum est*. Se castiga al delincuente porque el castigo es una exigencia de la justicia, por eso dicen que la censura no realiza en cuanto censura la verdadera idea de la pena y para salvar ese concepto esencial de pena asegura que la censura por ver verdadera pena tiene *natura sua* un fin retributivo y vindicativo aun cuando el *finis operantis* de la Iglesia sea el arrepentimiento del delincuente y el quebrantamiento de su contumacia.

Para formarnos un juicio acerca de esta postura que es corrientísima entre los canonistas, tratemos ante todo de entenderla. El fundamento de la pena es su justicia: he ahí el *ius puniendi*. En consecuencia pena tiene como misión realizar la justicia. La injusticia del delito consistió en enturbiar el orden social, por tanto la pena se impone para restaurar ese orden.

El delito tiene dos vertientes: en el delincuente es un acto injusto: en la sociedad es una perturbación. La pena por tanto en el delincuente es un mal con el que justamente se le retribuye (vindicta) y en la sociedad es un acto restaurador del orden vulnerado. Por tanto, estas palabras, *retribución, vindicta, restauración del orden*, aunque connotan conceptos diversos, pero la una lleva a la otra y no pueden separarse en la teoría que estamos exponiendo. El problema del *ius puniendi* y el del fin de la pena son tan contiguos que en realidad no son sino dos caras del mismo asunto.

Nuestra crítica tiene que atender por tanto a las dos caras. Lado social: ¿es cierto que la pena busca la restauración del orden social perturbado por el delito?

Mi respuesta es negativa. Un terrorista ha puesto un explosivo en la estación de autobuses: hay muertos, heridos, destrozos. Colguémoslo. Se ha restaurado algo? No se ha restaurado nada, ni el orden físico ni el jurídico. Los muertos no han resucitado, los heridos están en el hospital, la estación continua destrozada y en cuanto al hecho antijurídico no hay posibilidad metafísica de borrarlo. *Quod factum est infectum fieri nequit*. Si me decís que la pena ha servido para que otro terrorista que pensaba colocar una bomba en el puente se retraiga de ponerla por miedo al garrote, os salís de la cuestión y estáis hablando de los llamados fines secundarios de la pena, la ejemplaridad, la intimidación, la prevención.

Veamos el lado individual, la justicia esencial y trascendente de la pena. Tampoco este aspecto resulta convincente.

Lo primero que acude a la mente cuando se reflexiona sobre ello, es que si la pena está exigida ineludiblemente por el delito, la misma razón exigiría que cada vez que alguien realiza un acto abnegado y meritorio se le diera ineludiblemente un premio; y junto al libro V "de delictis et poenis" tendríamos que codificar un libro VI "de meritis et praemiis". Ahora bien, esa

exigencia ineludible no existe. Y la razón es porque la facultad derivada de una relación de justicia es por su misma naturaleza renunciabile. Si los códigos establecen que la acción penal es irrenunciable, ello no depende de la naturaleza de la acción ni de las exigencias del orden trascendente de la justicia, sino de la disposición positiva de las leyes. El ejercicio de la amnistía es una prueba de ello. Ni siquiera en el orden teológico de la justicia divina aparece esta vinculación metafísica necesaria entre el delito y la pena, pues Dios perdona constantemente y aun en el mismo infierno, según dicen los teólogos, Dios castiga "citra condignum", y eso sin violar la justicia. Como dice Sto. Tomás, "quicumque homo remittit offensam in se commisit absque satisfactione misericorditer et non iniuste agit (S. Th. III, 46, 2 ad 3).

Es más, no solo la pena no es una exigencia absoluta de la justicia sino que a mi entender ni siquiera es justicia estricta. Es extraño que los canonistas que discuten esta materia se hayan olvidado de una doctrina conocida entre los moralistas católicos (que puede verse en cualquier manual) sobre la restitución con bienes de índole diversa de la de los bienes lesionados. Se trata por ejemplo de resarcir por daños de la vida, de la libertad, del honor, del pudor. La respuesta más aceptable es que en estos casos no cabe retribución porque no pueden compensarse ajustadamente con los bienes que podrían ofrecerse en compensación. Como observa ZALBA, "probabiliter non existit obligatio naturalis compensandi bona unius ordinis per bona alterius, v. gr., famam per pecuniam"⁷. Hay sí, cierta obligación de equidad de compensar como se pueda, por aquello de que los duelos con pan son menos, pero eso no es una obligación de justicia porque no podemos retribuir tantas lágrimas de duelo con tantos kilos de pan. Lo mismo cabe decir en el orden penal. El desorden social producido por el delito no puede compensarse con tantos azotes o tantos días de cárcel o tantas pesetas de multa, porque el desorden social y la pena son entidades heterogéneas y no existe medio alguno para ajustar la una a la otra, y por tanto la una no puede ser precio justo de la otra resultando así que el adagio clásico "poena pretium delicti" no puede ser verdadero⁸.

⁷ ZALBA: *Theologiae moralis compendium*, vol. I, n. 2487.

⁸ A esto se puede objetar que hay en todo hombre honrado un elemental sentido de justicia que reclama pena para los delitos a este sentido de justicia alude sin duda AMOR RUIBAL *Derecho Penal de la Iglesia Católica*, vol. I, pág. 36, cuando dice que es una profunda verdad psicológica y jurídica que el delincuente es reputado merecedor de la pena antes de que se piense en sacar de ésta ningún provecho ni para el delincuente ni para los demás. Todos los educadores saben que poniendo en juego de un modo inteligente los recursos psicológicos para hacer caer en la cuenta a un muchacho de que ha cometido falta, no sólo acepta el castigo de buen grado, sino que lo reclama. Los directores de ejercicios espirituales y los confesores tienen esa misma experiencia con respecto a sus dirigidos o confesados. Dicho sentimiento existe con la misma intensidad en el ámbito social y se manifiesta p. e. en la expresión popular "el que la hace la paga".

Ahora bien, la interpretación de ese sentimiento y su traducción al vocabulario jurídico está muy lejos de ser evidente y en modo alguno puede presentarse como un apoyo de las teorías absolutas o de los conceptos retributivos de la pena. Demuestran, sí, una conexión entre el delito y la pena, pero en modo alguno iluminan la clase de relación que entre ellos existe, y no hay inconveniente en interpretarlos en un plano

Por otra parte es sabido que el argumento de la justicia vindicativa lleva a consecuencias que la conciencia cristiana de hoy rechaza, p. e. el derecho de la iglesia a imponer la pena de muerte, la tortura, las penas de mutilación, el derecho de la iglesia a tener ejércitos propios⁹.

Y esto nos lleva al problema que nos interesa. Las anteriores reflexiones son generales y pueden valer para cualquier pena aunque nosotros las hemos hecho pensando siempre en el derecho de la Iglesia. Tenemos ahora que hablar de la Iglesia.

CONSIDERACIONES BASADAS EN LAS NORMAS DEL CÓDIGO

Hay muchas normas en el Código que no responden a la teoría de la pena como realización de la justicia. Veamos algunas.

El can. 2223 atribuye a los jueces unos poderes en la imposición de las penas que son desconocidos en los ordenamientos estatales. La misión que estos adscriben a los jueces seculares es la de imponer la pena establecida en las leyes, sin margen alguno de opción. En la ley canónica no es así: el juez según su conciencia y su prudencia puede abstenerse de imponer pena o imponerle más benigna si el reo ha demostrado estar suficientemente arrepentido, y esto aunque se trata de pena vindicativa: puede diferir la aplicación de la misma si considera que el castigo inmediato traería inconvenientes para el penado. Es decir, de dos delincuentes que han cometido el mismo delito, puede el juez castigar a uno y no al otro, ser más benigno con uno que con otro según la disposición del que delinquirió. Eso en términos de justicia estricta no es comprensible, pues siendo el mismo el delito uno y otro merecen igual trato. Ahora bien, si suponemos

de enmienda y de ejemplaridad. Quien teniendo conciencia de su delito acepta la pena e incluso la reclama, no está diciendo distintamente que la pena es un precio del delito. Y así como del fenómeno del enamoramiento no se puede extraer una doctrina jurídica acerca del matrimonio, así tampoco sobre este sentimiento del merecimiento de castigo puede montarse una teoría penal. Los sentimientos son oscuros y no acontecen en la zona clara del intelecto; su estudio es de los psicólogos y para el jurista no pueden tener otro valor que el de un simple dato.

⁹ Constituye una interesante experiencia la lectura de autores que, como OTTAVIANI, fundan el *ius puniendi* en la justicia vindicativa o retributiva, pero rechazan la doctrina (predominante en los siglos XVII y XVIII) del *ius gladii* de la Iglesia. La incongruencia de ambas posturas se patentiza de un modo claro en las argumentaciones empleadas para demostrar una y otra afirmación; el contraste es tan fuerte que el lector queda maravillado y duda de que sea el mismo autor el que habla en uno y otro pasaje.

Es aleccionador a este propósito leer dos artículos casi contiguos y muy relacionados entre sí del *Dictionnaire de Théologie Catholique* que manifiestan de un modo estridente este defecto de planteamiento de la doctrina canónica. El primero es el artículo intitulado "Peines ecclésiastiques" cuyo autor es un canonista recientemente fallecido, A. BRIDE. El otro es el titulado "Penitence" es de un teólogo moderno que ha superado la concepción estrecha de los manuales y presenta un amplio panorama de la institución desde la época arcaica. Su autor es E. AMANN. El contraste entre uno y otro no puede ser más ostensible. La documentación recogida por Amann es masiva y de sus ideas nos hemos servido en esta ponencia.

que la *ratio peccati*, la *iustitia supernaturalis* el comportamiento cristiano del delincuente juega en el asunto, no hay razón para extrañarse.

Otro aspecto que merece la atención es la división de penas en medicinales y vindicativas. Es corriente decir que la distinción entre estos dos grupos de penas se funda en que en las primeras se pretende el arrepentimiento del delincuente, y en las vindicativas, que son propiamente hablando las únicas penas verdaderas, el fin pretendido por el legislador es la expiación del delito y el castigo del delincuente (cfr. c. 2286). Ahora bien las leyes penales señalan varias penas vindicativas que funcionan como censuras porque se imponen para quebrantar la contumacia del reo (cc. 1475 § 2, 2313, 2359, 2375, 2381, 1.º; 2394, 2.º; 2398, 2401, 2403, 2357 § 2). De donde se deduce que la división entre penas medicinales y penas vindicativas no la basa en el fin de la pena; es más bien una división técnica en cuanto que las censuras se extinguen por absolucón requiriéndose normalmente que el censurado dé las satisfacciones que se le pidan para demostrar su arrepentimiento, mientras que la pena vindicativa cesa por expiación o dispensa, sin necesidad legal de que el reo realice actos encaminados a que conste su buena voluntad y la purgación de su contumacia.

Otro aspecto que no debe silenciarse es la posibilidad de castigar al delincuente oculto. La Iglesia no castiga a quien viola la ley por actos meramente internos. Pero siendo externos caen bajo la ley penal aunque no sean públicos, sino realizados en privado. Por otra parte, cualquier conducta privada, inconveniente desde el punto de vista cristiano, puede ser convertida en delictiva en virtud del precepto penal particular, por el que se prescribe o se prohíbe algo a un cristiano particular bajo amenaza de sanción penal, que bien puede ser vindicativa, incluso automática. Ahora bien, en estos casos no cabe hablar de restauración del orden vulnerado, porque por un acto privado y oculto no puede producirse la perturbación del orden, la antisocialidad de la infracción. En el orden secular, violación delictiva, antijuridicidad, antisocialidad del hecho penado son notas equivalentes: en el orden canónico no lo son.

Es interesante observar a este propósito que Sto. Tomás no pone la justicia vindicativa entre las partes subjetivas de la justicia, sino que sólo la considera como una parte potencial de la misma. Los conocedores de la terminología escolástica saben que lo que con esto se quiere expresar es que el acto vindicativo no es propiamente un acto de justicia. Puede ser un acto virtuoso, pero la virtud en él implicada no es la virtud que llamamos justicia, sino otra virtud distinta aneja a ella, porque si bien reúne alguna de las notas típicas de la justicia, pero carece de otras. En concreto, Santo Tomás considera que ni el premio ni el castigo son justicia por falta del débito estricto, "in quantum deficit a ratione debiti"¹⁰.

¹⁰ *Summa theologiae* II-II q. 80 art. 1. De un modo más general se puede afirmar que el derecho, lo mismo el sustantivo que el punitivo, no tiene como misión hacer justicia, sino mantener la paz social. Hacer justicia sólo es de Dios; "mihi vindicta, Ego retribuam, dicit Dominus" (palabras del Deut. 32, 35 que cita San Pablo en

Tal vez la razón suprema que demuestra que la imposición de pena canónica no puede reducirse a un acto de justicia está en que, en la situación del delincuente, él no puede ajustarse a la penalización que la ley le impone, porque esta situación no pertenece al orden del *quantum*, sino al orden del *quale*. Lo que ha hecho el delincuente es violar su deber de cristiano abusando de su libertad y causando un daño a sí mismo y un mal ejemplo a los demás. La pena pretende remediar esos daños. En el orden civil el daño inferido a otro es dinero o cosa reducible a dinero, es decir cosa *quanta*. Se paga ese cuanto y el asunto de justicia está terminado. No es así el delito. El delincuente por su acción ha renegado de su ser de cristiano, no de su tener, sino de su ser. La pena es para devolverlo a ese grado perdido de entidad cristiana. Por eso me parece que en el orden canónico es absolutamente repudiable la conocida definición grociana de la pena: "malum passionis propter malum actionis". Admito lo del *malum actionis*, que es un mal moral. El *malum passionis* en cambio es inaceptable porque, si es un mal físico no puede curar ni arreglar nada, y si es un mal moral, no se conseguirá con ello sino añadir un mal a otro mal. Si la pena ha de arreglar algo, sólo puede ser un bien porque el mal sólo con el bien se cura. En el orden canónico, una pena que se agota en la aflicción impuesta al pecador por haber pecado me parece un expediente vacío de sentido. Si al contrario consideramos la pena como un remedio para que el delincuente vuelva sobre sí y se convierta y los demás escarmienten en cabeza ajena y detesten las culpas, la pena aparece como una luminosa vuelta al orden del amor cristiano y cobra plena significación.

ENTRONQUE ECLESIOLOGICO

Estas observaciones, que no son de detalle, sino de carácter general y que afectan por tanto a todo el orden penal eclesiástico, no pueden desvincularse del concepto de Iglesia en el que se afanan los eclesiólogos modernos

Rom. 12-16 y en Hebr. 10, 30). Esta observación es muy antigua; Santo Tomás la ha formulado repetidas veces, y también la recuerdan algunos autores modernos. Santo Tomás se expresa así:

"Per amicitiam videntur conservari civitates unde legis latores magis student ad amicitiam conservandam inter cives quam etiam ad iustitiam quam quandoque intermittunt, puta in poenis inferendis, ne dissensio oriatur; et hoc patet per hoc quod concordia assimilatur amicitiae quam quidem concordiam legislatores maxime appetunt, contentionem autem civium maxime expellunt quasi inimicam salutis civitatis, quia tota moralis philosophia videtur ordinari ad bonum civile" SANTO TOMAS *in lib. X Ethic. ad Nicomachum* lib. VIII lect. 1. En la misma obra, glosando Santo Tomás las primeras palabras de la *lectio* VII del libro III de Aristóteles dice: "Definiunt autem ista [la oligarquía y la democracia] per iustum, quia politia est ordo inhabitantium in civitate et iste ordo attenditur *secundum aliquam iustitiam...*, et quia antiqui istas politias distinxerunt per iustum, vult determinare [Aristóteles] quod huiusmodi iustum est *secundum quid et non simpliciter*". Dice a este propósito GRANERIS: *Contributi tomistici alla filosofia del diritto*. Turin 1940, p. 64; "la giustizia pura non rappresenta esattamente il dover essere del diritto, il vero dover essere del diritto è invece l'accordo tra la giustizia e l'ordine; è la ragionevole mediazione tra la giustizia pura e le esigenze della vita umana associata, come il dover essere dell'uomo ne è la pura razionalità del razionalismo ne la pura animalità del sensualismo, ma la mediazione fra i due termini".

y que está en el primer plano de la atención conciliar. El tema tiene para los canonistas un interés superlativo, porque el derecho canónico es el instrumento jurídico que ordena la vida de la Iglesia. Hoy es voz común que en los últimos siglos la Iglesia ha acentuado su orden jurídico con mengua de su fundamental carácter de comunidad de culto y de salvación. Parece ser que el aparato jurídico, ligeramente hipertrofiado, ha contribuido a velar el rostro verdadero de la Iglesia. Para redescubrirlo, los teólogos, los pastoralistas, los eclesiólogos buscan el "afontamiento", y trabajan sobre documentos de la Iglesia primitiva.

Nosotros hemos hecho algo de eso con los cánones de la iglesia española y ya hemos visto el resultado: lo que se busca con la pena es no *primariamente* el mantener el orden jurídico, sino conseguir que el reo vuelva al buen camino y que la conducta de la *ecclesia* sea la de un auténtico servicio a la doctrina y a la Persona de Jesucristo. Como dice BIDAGOR "es ley fundamental de la Iglesia, que vive del Espíritu Santo, derramar, difundir entre los hombres aquella vida sobrenatural que los santifique con los medios que Dios les dio. Entre estos medios está también la constitución de la sociedad visible"¹¹.

En la alocución de 29 septiembre 1963, pedía el Papa actual un esclarecimiento mayor y más profundo de la Iglesia y decía que uno de los fines del Concilio que se está celebrando es el de iluminar la "notio vel si magis id placet, conscientia Ecclesiae"; idea que Pablo VI explica en estos términos: "Nobis prorsus videtur advenisse nunc tempus, quo circa Ecclesiam Christi veritas magis magisque explorari, digeri, exprimi debeat... Putamus hoc auspicio fore, ut Spiritus veritatis in hoc Oecumenico Concilio sacris Ordinibus Ecclesiae docentis radiantiorum lucem afferat, et evidentiorum proponat doctrinam de eiusdem Ecclesiae natura; atque perinde contingat, ut quasi Sponsa Christi in Ipso imaginem suam inquirat, et in Ipso, flagrantissimo motu amore, studeat propriam detegere formam, pulchritudinem scilicet, quam Ipse vult in Ecclesia sua elucentem"¹².

Esta doctrina más clara acerca de la Iglesia, que el Papa pide al Concilio, necesariamente tiene que afectar también al orden canónico, porque la vertiente social y jurídica de la Iglesia forma parte esencial de su estructura. El Papa quiere que redescubramos la verdadera cara de la Iglesia. Hoy se acusa al derecho de la Iglesia y a los juristas que lo cultivan de ser ellos precisamente quienes han desfigurado el rostro verdadero de la Iglesia. Se dicen a este propósito cosas gravísimas y evidentemente exageradas. Pero no hay que llamarse a engaño; la exageración es amplificar algo que no es exageración. Cultivador fervoroso de la forma y de la técnica, el canonista corre el riesgo de cierto narcisismo intelectual que, atento a su propio pulimento,

¹¹ R. BIDAGOR: *El espíritu del Derecho Canónico*. Revista Española de Derecho Canónico, 12 (1958) 8.

¹² AAS 55 (1963) 894.

olvida la esencial referencia de su quehacer a los fines santificadores de la Iglesia.

Pío XII, que fue un perspicaz observador de su contorno y un intelectual finísimo, se dio cuenta de este ambiente acusador y no dejó de calibrar la parte de verdad que aporta y por eso, en repetidas ocasiones, insistió en que toda la disciplina canónica ha de tender a que los hombres vivan en gracia y se salven¹³. En particular expresó su pensamiento sobre las penas en un largo discurso dirigido a los juristas italianos el 5 feb. 1955; es lamentable que este importante documento no haya encontrado resonancias sino que la pereza y la inercia de los teóricos lo haya preterido totalmente. En él sienta el Papa la tesis de que la función de la pena es redimir al culpable mediante la penitencia y que la pena propiamente dicha no puede tener otro sentido y otra finalidad que el de reinstalar nuevamente en el orden al violador del derecho que se había apartado de él¹⁴.

De todo lo dicho se desprende que en la Iglesia no puede concebirse una lesión de los bienes jurídicos que no envuelva una lesión de la vida de santidad que es fin de la Iglesia y que la pena en la Iglesia no puede entenderse sin una referencia a la ley del amor que es la entraña del cristianismo. La justicia estricta no es explicación suficiente para la sanción penal eclesiástica. Añadiremos aún una consideración que confirma y completa las anteriores y es que el pago de lo que se debe en justicia no hace mejor al que paga. Si yo debo cinco, pagando cinco he satisfecho a la justicia, aunque pague con la peor de las intenciones, aunque mi ánimo no esté bien dispuesto en orden a la ley cristiana que me exige el pago. El que pague la pena como *precio del delito* no por ello se haría mejor: por eso a las cárceles inspiradas en el

¹³ "Etiam iuris canonici disciplina ad animarum salutem dirigitur et omnibus normis legibusque suis in id denique potissimumque tendit, ut homines gratia Dei sancti effecti vivant et moriantur". Discurso de Pío XII a los alumnos de seminarios y colegios clericales 24 junio 1939: AAS 31 (1939) 248. "Nella nostra Enciclica sul Corpo mistico di Cristo abbiamo esposto come la cosiddetta "Chiesa giuridica" è bensì di origine divina, ma non è tutta la Chiesa; come essa in qualche modo rappresenta soltanto il corpo, che deve essere vivificato dallo spirito, vale a dire dallo Spirito Santo e dalla sua grazia. Nella stessa Enciclica spiegavamo altresì come tutta la Chiesa e nel suo corpo e nella sua anima, quanto alla partecipazione dei beni e al profitto che ne deriva, e costituita esclusivamente per la "salvezza delle anime" secondo la parola dell'Apostolo: "omnia vestra sunt" (I Cor. 3, 22). Con ciò è indicata la superiore unità ed il superiore scopo, cui sono destinata e si dirigono la vita giuridica e ogni giuridica funzione nella Chiesa. Ne segue anche il pensiero, il volere e l'opera personale nell'esercizio di una tale attività debbono tendere al fine proprio della Chiesa: la salute delle anime. In altri termini, il fine superiore, il principio superiore, l'unità superiore non dice altro che "cura delle anime", come tutta l'opera di Cristo sulla terra fu cura delle anime, e cura delle anime fu ed è tutta l'azione della Chiesa". Allocución a la Rota Romana 2 octubre, 1944: AAS 36 (1944) 288.

¹⁴ Discurso "Accogliete, illustri" 15 febrero, 1955; AAS 47 (1955) 60-85. Hay que advertir que en este documento el Papa se refiere a la pena en general, sin distinguir la canónica de la estatal, aunque todo el contexto se refiere a la pena secular, como lo exige el auditorio al que va destinado; excusado es decir que sus razonamientos valen *a fortiori* para la pena canónica. Hemos recogido algunos pasajes más característicos de dicho discurso en nuestro trabajo *La sanción penal de las personas jurídicas como acto administrativo*, en Revista Española de Derecho canónico 17 (1962) 742.

concepto retributivo y restaurador se las ha llamado "universidades del delito", porque, lejos de mejorar al delincuente, lo hacían peor hombre y peor ciudadano. Huelga decir que este concepto del penar no tiene cabida en el orden canónico. La pena está hecha para curar el delito. Y en la Iglesia el delito es ante todo un pecado, una violación de la ley del amor. En el orden canónico el cumplimiento material de la norma jurídica sin la caridad es una cosa fría y estéril, es la letra que mata si no insuflamos en ella el espíritu que vivifica. La pena está hecha para curar el delito. Si el delito en la Iglesia, en su significación honda, no puede reducirse a una mera entidad jurídica consistente en la infracción voluntaria de una norma, y si la pena ha de ser algo más que una mera secuela jurídica fatal del delito, la pena en la Iglesia no puede tener otro sentido que el de reconducir al delincuente a su liberación interior y reintegrarlo a la ley del amor.

Creo que con lo dicho están ya recogidos los principales datos que hay que tener en cuenta para una teoría de la pena canónica. Sin embargo, nada más difícil que formular esa teoría. Los variadísimos puntos de vista que manifiestan los escritores que se han enfrentado con el tema, desalientan al más animoso. Creo que en el estado actual de la ciencia canónica no es posible todavía alcanzar esa visión plena de la pena canónica. Hay una serie previa de interrogantes que esperan al hombre capaz de darles respuesta clara y completa. Estos interrogantes serían, entre otros:

En qué consiste la especial socialidad de la Iglesia comparada con la socialidad natural que encuentra su manifestación en las sociedades naturales sobre todo en la familia y en el Estado?

Qué es exactamente el *bonum commune* de la Iglesia en comparación con el de la sociedad civil?

Todos entrevemos que el individuo tiene un relieve especial en el orden canónico en razón de los bienes sobrenaturales que la Iglesia le procura; pero en qué consiste exactamente y en qué se funda ese relieve especial en cuanto distinto de la persona de los ordenamientos seculares¹⁵.

Se han señalado distintos caracteres diferenciales del ordenamiento canónico sobre todo la sobrenaturalidad que sin duda es la raíz de todos ellos, pero cómo operan estos caracteres en la fisonomía de las instituciones, en nuestro caso, en la significación de la pena?

La pena pertenece, según los autores, al derecho público de la Iglesia: pero qué es exactamente el orden público y el privado en la Iglesia?

¹⁵ Con estos interrogantes no pretendo infravalorar los intentos de solución que se vienen realizando, ciertamente valiosos. Me parece en particular muy destacable el libro de M. USEROS: "*Statuta Ecclesiae*" et "*sacramenta Ecclesiae*" en la *Eclesiología de Santo Tomás*, Roma 1962; cf. las páginas 231 ss. y 295. Pero es indudable que no se ha hecho más que comenzar. La discusión y redacción definitiva del esquema de *Ecclesia* que esperamos de la tercera sesión del Concilio Vaticano II que estos días comienza, y los comentarios que se seguirán, darán sin duda mucha luz sobre estos problemas, cuya solución, hoy inmadura, traerá aportaciones de grande alcance para la teoría general de Derecho canónico y es de prever que los canonistas futuros alcanzarán una visión más clara y auténtica del derecho de la Iglesia que la que hoy se tiene.

Mucho se ha hablado de estos temas en los últimos veinte años. Se han dicho muchas cosas con más erudición y difusión que profundidad: no ha salido de las discusiones el libro sólido, constructivo, ordenador y señero. No lo digo en son de crítica: sólo quiero resaltar que el problema de la pena menos tal vez que otro ninguno puede desvincularse una teoría general del derecho canónico.

Yo voy a hacer un leve intento de aportación positiva, pero con las mayores reservas, debido a las razones apuntadas.

A mi me parece que no hay en el Código una noción unívoca de delito y por tanto no todas las penas tienen la misma finalidad y el mismo sentido. El legislador apunta a dos categorías delictivas cuando habla de la eximente del miedo. Esta eximente se convierte en mera atenuante cuando se trata de un delito que "vergit in contemptum fidei vel ecclesiasticae auctoritatis vel in publicum animarum damnum" (cc. 2205, § 3 y 2229, § 3, 3.º). Este tipo de delitos no se distingue de los demás por su gravedad, sino por su especial fisonomía *de lesa Iglesia*. Considérese p. ej., la diferencia entre la lectura de libros prohibidos (c. 2318) y el obstaculizar el ejercicio de la jurisdicción eclesiástica recurriendo a la autoridad laica (2333). En el primer caso, el delincuente sólo se daña a sí mismo. En el segundo, está atacando a la autoridad de la Iglesia, a la entraña misma de su estructura jurídica: es un delito de lesa Iglesia. Este tipo de delitos tiene cierta correspondencia aproximada con lo que los penalistas seculares llaman delitos contra la seguridad del Estado. En el orden canónico estos delitos se encuentran con preferencia en los tres primeros títulos de la parte especial: delitos contra la fe y la unidad de la Iglesia, contra la religión, contra la autoridad, las personas y las cosas eclesiásticas: pero existen también en otros títulos. Como el interés jurídico protegido es la salvaguarda de la organización y del funcionamiento de la Iglesia, las penas tienen aquí el carácter principal de medidas de seguridad, son como órganos de defensa que la Iglesia posee para protegerse de quien la ataca, o impide su funcionamiento normal. Tales penas tienen como finalidad primera la prevención del delito y la ejemplaridad: en ellas prima el carácter social de la sanción, aun cuando sean censuras y la rehabilitación del delincuente queda postergada al último lugar.

Los demás delitos, los que no atacan a la Iglesia en su constitución y funcionamiento, aunque coincidan con los anteriores en la noción abstracta (puramente técnica) del delito del c. 2195, son en realidad otra cosa distinta. En estas violaciones la Iglesia no es objeto directo de la violación delictiva; lo que las caracteriza y las da su significación es el exceso y desarreglo de la conducta del cristiano que no cumple con el deber y profesión de su bautismo. El delincuente es un enfermo se ceguera, de apasionamiento, de torpeza a quien hay que curar. Aquí la pena es medicinal. Sin embargo, el delito no carece de reflejos sociales (con tal de que sea público) lo mismo que la pena correspondiente, porque toda actividad pública está operando socialmente con influencias oscuras e indeterminadas que sin mucha precisión científica llamamos el mal ejemplo. Tam-

bién este mal ejemplo hay que curarlo, a costa de quien lo dio por la misma razón por la que un mandato o una instigación para delinquir deben ser retractados hasta suprimir la influencia maléfica. El delito es para los demás al menos para los débiles, que son mayoría, como una invitación a delinquir. Por eso el Código llama a la infracción delictiva *scandalum* y *animarum damnium*. La pena, además de su misión medicinal, tiene también que remover el *scandalum*, funciona como un medio de disuasión. Pero esto en la pena canónica es secundario. Tan secundario que, aun sin pena ninguna, el arrepentimiento público del reo produce ese efecto beneficioso, y tanto mayor cuanto fue mayor su desvío y peor su mal ejemplo.

TOMÁS G. BARBERENA