

EL DISCURSO DE PIO XII A LOS JURISTAS CATOLICOS EN LA DOCTRINA JURIDICO-PENAL

En el pasado diciembre, el Padre Santo se dirigió a los juristas católicos italianos con ocasión de su VI Congreso Nacional de Estudios. La última y tercera parte del discurso se ha hecho pública en el número de 6 de febrero de "L'Osservatore Romano".

Adopta el interesante texto, como tema, la sugerencia de uno de los congresistas, el profesor CARNELUTTI, figura de reputación universal, tanto por su magisterio docente como por la labor que desarrolla en el foro. Es característica muy acusada de su obra la tendencia encaminada a conseguir la unificación de teoría en las distintas ramas jurídicas, y personalmente es bien conocido en España, especialmente a través de las conferencias pronunciadas hace dos años en diferentes Universidades.

"La pena tiende a redimir al culpable", tal es el pensamiento central del discurso. El delito y la pena influyéndose recíprocamente, determinan que la función de la pena se dirija a restaurar el orden alterado por el delincuente con su acción. La enmienda del reo como fin de la pena es puesto de relieve por la escuela llamada correccionalista de Derecho penal con RÖDER como principal representante, cuya doctrina había de ejercer influjo extraordinario en los penalistas españoles. Como se señaló a su debido tiempo, tiene sus antecedentes en la doctrina de la Iglesia, y alcanza en su objetivo a la corrección interior; esto es, la de la conciencia del reo, ya que la otra, la de la conformidad de los actos externos con la doctrina de la ley, debe ser estimada como insuficiente. Esta finalidad de reformar al reo se consigue mediante la imposición de un castigo que supone la privación de un bien y el acarreo de un mal. A la fuerza que impulsa el delito hay que oponer la que envuelve el temor a la pena, según el pensamiento que antiguamente expuso ROMAGNOSI.

Pero el Estado, además de su corrección interior, debe proponerse la adaptación del delincuente al orden social establecido. Siendo, pues, fin de la pena enderezar la voluntad torcida, quien hace mal uso de su libertad no puede ser acreedor a poseerla, y en consecuencia debe ser privado de

ella o al menos se le debe aminorar en la medida necesaria. Tuvo aquí su arranque la original posición de DORADO MONTERO, creador del Derecho protector de los criminales, que había de sustituir con el tiempo al Derecho penal, tratando de llegar en su concepción utópica a ensamblar las corrientes correccionalistas con las positivistas. La pena no tendría así más objeto que cambiar el estado del alma de ciertos individuos cuyas intenciones y hábitos no son socialmente admisibles, y por ello han de ser objeto de tratamiento hasta conseguir su mejoramiento (1).

Requisito necesario de la acción culpable es, en el documento pontificio, la conciencia y libertad del agente, es decir, "aquellos actos que el yo podía poner o no poner y que realiza porque él mismo se ha decidido libremente a ello". Que el agente ha de ser, además de autor material, causa psíquica del delito, se establece en el tratado de la culpabilidad como situación de hecho que reside en el autor. Frente a esta concepción, meramente psicológica, adoptada en el discurso, ha alcanzado modernamente gran predicamento la llamada doctrina normativa de la culpabilidad, por ver, además, en ésta, una valoración a través de la norma: la culpabilidad consiste más bien, se dice, en un juicio por el que viene a ser desaprobado un comportamiento determinado. No había de hacerse esperar la refutación de la nueva doctrina: En el fondo del normativismo, afirma MAGGIORE, uno de sus detractores, late una prevención contra la Psicología, ciencia que estiman naturalista: Psicología, así, viene a ser sinónimo de positivismo y materialismo, lo que es, a juicio nuestro, un concepto enteramente erróneo (2). La tentativa de normativizar la culpabilidad equivale a deshumanizar el Derecho penal, a extender ilimitadamente el postulado de la responsabilidad sin culpa, concluye en otra ocasión el citado autor (3).

En una aspiración armónica, PETROCELLI, profesor universitario en la actualidad, como el anterior, entiende ser dos los elementos de la culpabilidad: uno psicológico, o manifestación de voluntad, y otro normativo, o desobediencia a una norma (4).

Al lado de la "energía criminal" señala el discurso que nos ocupa, como factores contribuyentes a la producción de la culpa que, en mayor o menor grado, cooperan a la resolución del culpable: disposiciones innatas o adquiridas, impulsos, ambiente, educación... Con ello se recoge la tesis que admite, como doctrina enteramente ortodoxa, la de admitir en la etiología del delito, como concausas, factores tan diversos como los que tienen un

(1) *El Derecho y sus sacerdotes* (Madrid, 1909), p. 367.

(2) "Archivio Penale". *Normativismo e antinormativismo ne. Diritto penale* (1949), vol. V

(3) MAGGIORE: *La Colpavolezza* (Palermo, 1950), p. 183.

(4) *La Colpavolezza* (Nápoles, 1948), p. 76.

origen ya sea antropológico, físico o social. De cuál sea la medida y proporción en que ellos han de influir para estimarse coexistentes con los principios básicos de la responsabilidad moral y libre albedrío se ocuparon figuras señeras de nuestra ciencia, antes, alguna, como la del P. JERÓNIMO MONTES, al rebatir las doctrinas lombrosianas (5), y en nuestros días el P. GEMELLI, autoridad bien conocida en materias de Psicología y Biología. Según él, no es discutible la necesidad de hacer psicología diferencial en el estudio del delincuente, para conocer así el desenvolvimiento y ambiente del proceso psicológico en que se madura la acción delictuosa, que no es el fruto de una decisión súbita, sino el resultado de una elaboración interna más o menos larga y compleja. Pero para realizar este análisis y darse cuenta de que la acción delictiva es el último término de un proceso interior con raíces en las fases precedentes de la vida del hombre, es preciso tener un conocimiento profundo de la edad evolutiva, que hoy sólo se posee en grado rudimentario. A este respecto reconoce el sabio franciscano a FREUD el mérito de haber enseñado la técnica para explorar el inconsciente, investigación necesaria para alcanzar un conocimiento real de la personalidad y de la acción humana. La utilidad de su obra no supone, empero, conceder a los psicoanalistas la exclusividad que pretenden para sus métodos, desdeñando los resultados de ciencias como la Antropología, Psicopatología, Biología y Sociología criminales. La objetividad del P. GEMELLI es de tal grado, que llega a reprochar a los criminólogos alemanes el olvido y menosprecio en que tienen a los psicoanalistas, llevados de sus prejuicios racistas, por la naturaleza judía de algunos de sus más caracterizados cultivadores, como FREUD y ADLER, pugnas que estima deben quedar orilladas al margen de la ciencia (6).

En el apartado dedicado a las propuestas de reforma se alude al delicado problema de la legalidad de la pena, extremo que ha dado lugar a encendidas controversias en el ámbito de la ciencia jurídico-penal. Para subvenir a posibles lagunas en la obra legislativa, se defiende, por parte de la doctrina, la oportunidad de acudir a la analogía como fuente supletoria. Los escrúpulos que se oponen a su admisión en el Derecho penal encuentran su fundamento en la necesidad de garantizar al ciudadano contra los abusos del poder que caracterizaron las épocas pasadas. Consistiendo la sanción penal en la privación de bienes jurídicos tan trascendentales como la vida, el honor, la propiedad, la libertad, es natural que esta exigencia de legalidad haya sido largo tiempo defendida como postulado indeclinable, a diferen-

(5) *Precursores de la ciencia penal en España* (Madrid, 1919), p. 63.

(6) *La personalità del delincente* (Milano, 1948), p. 144.

cia de lo que sucede en otras ramas jurídicas, donde pueden ser invocadas junto a la ley, en sentido estricto, fuentes diversas, como el Derecho natural, la costumbre, la opinión de los doctos. Semejante criterio, que pudiéramos llamar tradicional en el Derecho penal, de fidelidad a la ley escrita, no se observa, sin embargo, en los países del sistema anglo-sajón, donde, en cierto sentido, el derecho es creado por el juez, inspirado en la formación consuetudinaria, los principios del Derecho natural y la equidad y, sólo muy parcialmente, en la letra de la ley (7). Y más o menos fugazmente, el principio de la "analogía iuris", que concede amplios poderes discrecionales al juzgador, ha sido aceptado en códigos modernos, como el alemán, ruso y danés. Se ha de aclarar, naturalmente, que los reparos para conceder al juez este medio de interpretación que es la analogía, se refieren, naturalmente, a aquella que se traduce en perjuicio del reo, como es creación de nuevas figuras de delitos, agravación de penas, pues la opuesta no se discute y cualquier cuerpo legal vigente ofrece muestras de ella, como el Código Penal español, que, pese a su contextura clásica, concede amplio margen al juzgador para estimar cualquier atenuante de la pena con sólo que guarde analogía con las expresadas en el texto legal, analogía, naturalmente, que el juez puede conceder con su exclusivo arbitrio. Acertadamente se señalan, a este respecto, los ejemplos que el Derecho canónico ofrece admitiendo la analogía.

Y la posición favorable adoptada en el discurso pontificio, en el flujo y reflujo de las corrientes doctrinales, coincide con autorizadas opiniones del momento científico actual. La analogía, se dice, es el recurso necesario para evitar la contradicción que representan entre sí los principios "nullum crimen sine lege" y el de reciente formulación "nullum crimen sine pena". Por diligente que sea la labor de reforma y adaptación, siempre estará manifiesto el ejemplo de la legislación anacrónica, tanto por parte de los hechos configurados como delitos que ya han dejado de cometerse, como aquella otra serie, más importante aún, de acontecimientos que, por no estar previstos en el catálogo de delitos de la ley positiva vigente, dejan de castigarse, aun a conciencia de su efectiva y constante realidad, como sucede con la incesante gama de nuevas y temibles modalidades del hurto, cuyas formas modernas y refinadas son desconocidas para la ley penal vigente, porque los Códigos son obra de mucho tiempo, y la tarea de sustituirlos requiere largos períodos de preparación; por eso el Código Penal que rige en Suiza necesitó un tiempo de gestación de varios lustros, siquiera el resultado haya sido uno

(7) GRAVEN: "Anuario de Derecho penal". *Los principios de la legalidad en el Derecho penal suizo* (1950), t. III.

de los más perfectos cuerpos legales de la actualidad, y el mismo Código Penal español, que, sin lograr tal rasgo de excelencia, es, sustancialmente, el mismo de 1848. Por todo ello ha podido concluir CARNELUTTI que la analogía es el instituto que armoniza la exigencia de la certeza con la de la integridad jurídica. Sin llegar al extremo del Derecho penal libre, entiende que sólo una superstición puede impedir la aceptación de la analogía en la aplicación de las leyes penales. La desconfianza en la obra del juez no está hoy ya justificada, por lo que respecto al "nullum crimen sine lege" encuentra su razón de ser no en la necesidad de guiar al juez, sino al ciudadano, y si bien la certidumbre puede resultar, en efecto, menoscabada, ello queda suficientemente equilibrado con la ventaja indudable que representa la realidad de ver colmadas las inevitables lagunas de la ley (8).

No constituye, en cambio, violación del repetido principio de legalidad estricta, contra lo que se entendió entonces por algunos escritores, el ejemplo que supuso el proceso seguido en Nuremberg a los llamados criminales de guerra, con ocasión de la legislación dictada al efecto para hacer exigible la posible responsabilidad por la última conflagración mundial. El acuerdo de Londres de 8 de agosto de 1945 y los estatutos de los Tribunales militares de Nuremberg y de Extremo Oriente no constituyen violación del principio de legalidad, como se puso, por fin, de manifiesto en la Conferencia para la Unificación del Derecho Penal, de Bruselas, en 1947, por la razón última de que la criminalidad de guerra no es materia de legislación interna, sino de las internacionales, y, como es sabido, aquí no es de exigencia rigurosa el repetido axioma "nullum crimen sine lege".

En resumen, fácilmente se advierte que la tesis defendida en el discurso, favorable a la admisión de la analogía, aunque no sea la profesada por la mayor parte de los especialistas de nuestra rama, acusa afinidad con la opinión sustentada por alguno de los insignes representantes de la novísima tendencia.

En el mensaje pontificio se reconoce la necesidad del Derecho penal, subrayando cómo el delincuente que ha violado el orden social y jurídico ha de sufrir las consecuencias en forma de pena, lo que representa un bien no ya sólo para la comunidad, sino para el mismo culpable, siquiera éste, naturalmente, no lo reciba como tal y trate de eludirle en lo posible. La ejecución de la pena pone, a su vez, de manifiesto la existencia de una autoridad a la que únicamente pertenece la facultad de definir los delitos, conminar las penas y, llegado el momento, aplicarlas en cada caso concreto.

(8) *El problema de la pena* (Buenos Aires, 1947), p. 79.

Queda de esta forma comprendida la doble función que se asigna a la pena: la prevención general y la prevención especial. La primera se actúa mediante la simple publicación de la ley punitiva, que desde entonces, formula una amenaza a la colectividad advirtiéndole a todos que la desobediencia a la ley lleva implícita la sanción precisa. Pretende evitar el delito con este llamamiento a la totalidad de miembros que integran el grupo social. Al lado de ella, la prevención especial utiliza la pena que ya se ha infligido al autor del delito cometido, para evitar que vuelva a incurrir en la conducta prohibida. A diferencia de la anterior, interesa tan sólo aquí el instante de la ejecución de la pena, en vista de que, en este caso particular, la mera amenaza ha resultado inútil. Ya que no se consiguió evitar el delito, se pretende eliminar la recaída, a cuyo resultado se pretende llegar mediante la intimidación, la corrección o la inocuización. Fácil es deducir que una y otra teoría se presentan combinadas entre sí en el orden práctico, reuniendo en una la prevención general y la especial, porque son, en efecto, inconciliables cuando se interpreta la especial como sistema de reeducación con procedimientos suaves que convierten la pena en tratamiento amable y aun atractivo, mientras, en el otro extremo, la prevención general llega a identificarse con el terror. Uno y otro reproche se hicieron mutuamente los penalistas germanos y los sajones, respectivamente, en el Congreso penal y penitenciario celebrado en 1935, en Berlín. En la tesis alemana, el interés de la comunidad ocupaba el primer plano y a su logro importan la prevención general y la especial, pero dominando la idea del castigo. La pena educadora, según ellos, es solamente útil para algunas clases de delincuentes, desconfiando de las benignidades excesivas. Frente a ellos, el grupo anglo-americano sostenía que la finalidad de la pena es la defensa de la sociedad mediante la readaptación de los condenados, pues, aun en aquellos criminales que no parecen susceptibles de educación, no hay que perder tampoco la esperanza de la enmienda. Entre unos y otros, los italianos se esforzaron en conseguir una solución de armonía, fórmula de concordia que no se consiguió lograr en el Congreso. Pese a esta conclusión desalentadora, en la mayor parte de los problemas concretos no es difícil conseguir un resultado conciliador, como advierte un penalista español (10).

En los mismos preceptos legislativos que rigen en los distintos países se puede observar cómo se van consiguiendo estos resultados, que logran resolver los conflictos entre la prevención general y la especial. Si, de una parte, se trata de orillar la objeción alemana, en el Congreso, de la benignidad,

(10) ANTON ONEGA: *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena* (Salamanca, 1944), p. 99.

nidad excesiva, estableciendo como límite que el penado en ningún caso encuentre en la prisión un nivel de vida que suponga un mejoramiento del que tiene en su propio ambiente y familia, por la otra se ha de reconocer que estamos muy lejos de los regímenes antiguos penitenciarios, en que la dureza del tratamiento parecía presidir un sistema inspirado en la falta de humanitarismo. Las penas especialmente aflictivas, las torturas y suplicios, a menudo acompañamiento indispensable de la privación de la libertad —en estos días informa la Prensa haber quedado suprimida la pesada cadena que en Egipto llevaban todavía los reclusos, acaso uno de sus últimos reductos—, van siendo irradiados. Las penas corporales antes frecuentes, hoy van quedando tan sólo en el recuerdo, con alguna excepción de supervivencia tan expresiva como la que ofrece Inglaterra con su pena de azotes. Las deportaciones en gran escala a lugares inhóspitos, incluso las características de Francia a la Guayana, parecen ir respondiendo a la campaña que en su contra desplegara CONCEPCIÓN ARENAL, nuestra insigne penitenciarista. Las penas perpetuas privativas de libertad ya no lo son más que de nombre, sin hablar de instituciones que reducen notablemente el período de duración, como los indultos y amnistías—que en el campo religioso, según el texto papal, encuentran su parangón en la indulgencia—, y especialmente, la redención de penas por el trabajo, cuya primacía ostenta con orgullo la legislación española que siguió a nuestra guerra civil. Estas y tantas más son pruebas, que ofrecen los cuerpos legales actualmente en vigor, del suavizamiento y sentido humanitario que se va imprimiendo en los sistemas penales de nuestro tiempo. Por lo demás, el discurso recoge esta diversidad de sentido y fines de la pena a que nos venimos refiriendo.

Es muy expresiva la alusión que en el texto comentado se dirige a la teoría retributiva, entendiendo que no sería justo rechazar plenamente la función vindicativa de la pena, ya que ella es compatible con la finalidad de restablecimiento del orden jurídico perturbado, ya señalada como esencia de la pena. Pero ello está muy lejos de proclamarse el principio como exclusivo. De este modo confirma el pensamiento expresado por DELITALA, el profesor de Milán, quien llamó la atención de los juristas católicos sobre lo que denominó excesos del principio retributivo. Decir que la pena se justifica en sí misma, que el hombre se merece una pena independientemente de toda consideración finalista, siendo lo esencial la aflictividad, equivale a negar el perdón y desconocer que el delito, como hecho espiritual, sólo puede encontrar represión en otro hecho espiritual: el arrepentimiento.

Por eso, añade, la exigencia finalista de la pena se impone a los más rigurosos retribucionistas (II).

Y es que, sin duda, el contraste entre los que defienden el concepto de pena-castigo y el de los que sustentan la pena-enmienda, hoy se va atenuando sensiblemente, como un fruto sazonado más que ofrece el avance de la ciencia jurídico-penal.

El principio y consideración finalista, tan en boga hoy en nuestro derecho positivo de las naciones cultas, no pasa desapercibido tampoco en el discurso, siquiera sea de pasada, como no podía ser menos en un documento de su naturaleza, recogiendo al final de esta parte la relación que existe entre el aspecto ético de la pena y sufrimientos a ella inherentes y la finalidad y principios que deben determinar la disposición de la voluntad del condenado.

La tercera parte, que, en opinión de "L'Osservatore", es la más importante, escapa por su contenido a nuestro cometido de simple contemplación desde el ángulo específicamente jurídico, toda vez que, bajo la amplia rúbrica del cese del estado de la culpa y de la pena, se abordan puntos extraño, a la finalidad que nos hemos impuesto, en aplicación de las materias desarrolladas en las partes precedentes.

En sus líneas generales, el discurso confirma los postulados esenciales de la que se viene conociendo en el campo de nuestra disciplina como escuela clásica, como opuesta a los principios de la denominada positivista, toda vez que, en el clasicismo penal, el fundamento de la imputabilidad se encuentra en el libre albedrío, siendo el hombre un ser dotado de la facultad de elegir entre los diferentes motivos de conducta que se le pueden presentar, por lo que el origen del delito debe encontrarse en su voluntad. La pena, repetimos, es un mal que debe aplicarse en retribución al daño cometido y ha de ser concebida, necesariamente, como expiación, y siempre proporcionada a la conducta delictiva de que tuvo su derivación. El gran constructor de la doctrina clásica, FRANCISCO CARRARA, de forma expresa afirmaba lo innecesario de discurrir sobre el problema del determinismo, por ser presupuesto necesario la aceptación del indeterminismo, fuera del cual no existe, decía, posibilidad de edificar la ciencia penal. Admite, asimismo, la existencia de un orden absoluto de justicia superior al orden real de la vida, y el cual debe servir de tipo a la conducta humana con principios eternos que todo hombre lleva en su conciencia y razón.

Sobre esta base, ya queda apuntado, no obstante, que, entre los fines de la pena, en primer término se ha de establecer el de la corrección y la en-

(11) Discurso en el Congreso de juristas católicos celebrado en Roma en octubre de 1950.

mienda del reo, con lo que su filiación es aquí patente con la tendencia científica conocida como correccionalismo penal. Más estrechamente pudiera parecer todavía el parentesco de doctrina con la escuela humanista de LANZA, que tiene como principio básico la identidad entre el orden de la moral y la justicia con el Derecho penal, de tal manera que el delito es, a la vez, un atentado a la Moral y, contrariamente, los hechos que no ofenden nuestros sentimientos morales no deben ser tampoco conceptuados como delictivos. extremo éste que ya tratara extensamente, mucho tiempo antes, ALFONSO DE CASTRO, el predicador de Felipe II, con ocasión de estudiar si delitos de creación artificial, como las infracciones fiscales, obligaban en conciencia. Pero no se ha de ocultar la oposición que la tendencia ha encontrado por algún tratadista moderno de renombre, como PETROCELLI, uno de los artífices de la reforma en gestación del Código penal italiano, quien escribe que la confusión de dominios de la Moral y el Derecho tendría lugar, únicamente, si existiese una coincidencia real entre las valoraciones y sanciones de las dos esferas o cuando se quisiese atribuir al Derecho una finalidad moralizadora que, primordialmente al menos, no le compete, porque una cosa es valorar moralmente un hecho y otra es satisfacer jurídicamente una exigencia moral. No se ha de hablar, pues, de confusiones, añade, aunque sea preciso admitir la compenetración viva y fecunda entre la esfera moral y la jurídica. Se llega de este modo a la conclusión de reconocer la respectiva individualidad y esencia. Cada una de las dos deja a la otra las realizaciones que le son propias, sin que pueda por ello creerse que las valoraciones y exigencias de la esfera moral puedan ser ajenas a la jurídica (12). Con parecidos argumentos se expresó incluso algún escritor patrio, saliendo al paso a la entonces en boga tendencia de los penalistas nazis de llegar a una confusión entre los dominios de la Moral y el Derecho.

No queremos dejar de citar, antes de concluir, la afirmación de HINOJOSA de que los teólogos y jurisconsultos en materia de Derecho penal se inspiraron fundamentalmente en las doctrinas de SANTO TOMÁS (13).

Finalmente, ya se anticipó cómo en la alocución se acogen, al mismo tiempo, doctrinas modernamente surgidas en el campo de la Criminología, de que son buena muestra las enseñanzas del ilustre franciscano que está rigiendo los destinos de la Universidad Católica milanesa, y a las que hicimos referencia más arriba.

ANTONIO PELAEZ DE LAS HERAS

Profesor adjunto de Derecho penal en la Universidad Literaria de Salamanca

(12) *La función de la pena*, en "Scritti in memoria di Massari" (Nápoles, 1938), p. 164.

(13) *Influencia que tuvieron en el Derecho público, singularmente en el penal, los filósofos y teólogos españoles* (Madrid, 1890), p. 152.