

El P. Jerónimo Montes en la penología española

POR

JOSÉ MARÍA LÓPEZ-RÍOCERREZO, O. S. A.

XII*

El sistema inquisitivo.

Entre los dos sistemas o procedimientos procesales penales, el P. Montes se inclina, apoyándose en nuestros juristas y tribunales de la Inquisición, por el *Sistema Inquisitivo* (1), al cual parece vuelven los ojos gran parte de los juristas modernos, entre ellos, Félix Aramburu, Dorado Montero, Pietro Ellero, e incluso, penalistas tan opuestos al espíritu que informó el origen y desarrollo de este procedimiento, tales como Garófalo y Ferri.

El sistema inquisitivo es de origen canónico. Como tribunal especial, tuvo su principio en los primeros años del siglo XIII, con ocasión de la herejía albigense, extendiéndose luego a los tribunales civiles de casi todos los pueblos cristianos.

(*) Véase ARCHIVO AGUSTINIANO, mayo-agosto, 1955, págs. 151-167.

(1) No perdamos de vista que el P. Montes detesta «el juicio oral con sus escándalos y enredos, y el Jurado, que sobre todo en los Estados latinos, es lo más contrario a la administración de justicia que se ha podido inventar». Obr. cit. *Precursores de la Ciencia penal en España*.

«Este sistema inquisitivo —dice Aramburu, reproduciendo ideas de Boys— significó a su hora un adelanto, y pudo ser visto como servidor de la justicia y aún de la libertad». Con el sistema acusatorio, a los débiles no les quedaba otro remedio ni recurso que llorar en silencio los atropellos de los poderosos, y los mayores crímenes quedaban impunes. «El derecho eclesiástico, oponiendo al procedimiento acusatorio un procedimiento reservado en que no era preciso que los quejosos se dieran a conocer, ni aun los que depusieran a su favor, hubo de convertirse en protector de la debilidad perseguida y en adversario de la fuerza tiranizadora» (1).

No es posible recoger todas las falsas imputaciones que se han hecho contra el procedimiento inquisitivo, y singularmente contra la Inquisición, por «odio a la cual se juzga casi siempre de los procedimientos inquisitoriales a *priori* y sin conocerlos, o conociéndolos sólo por impresión, al través de un libelo cualquiera o de prevenções personales muy alejadas de la realidad» (2).

Dorado Montero, en su obra *Problemas sociales* (páginas 54-55), refiriéndose a los procedimientos criminales, dice lo siguiente: «Al actual sistema dominante, o sea, al que se llama *acusatorio o mixto*, tan recomendado por los autores que parten del principio que la pena es un mal, habrá de sustituirlo el proscrito y odiado sistema *inquisitivo*, aun cuando con sentido totalmente opuesto al que tenía cuando se hallaba en vigor». «Este *sentido totalmente opuesto*, a que se refiere el ilustre criminalista, no es otro que de haberse empleado el procedimiento inquisitivo para castigar y deberse emplear en el futuro para procurar la curación o el bien del mismo reo. Lo cual podrá ser cierto respecto de los tribunales civiles, pero no lo es respecto de los tribunales eclesiásticos, y los jueces de la Inquisición, como debía saber muy bien el señor Dora-

(1) Aramburu, Félix: La nueva ciencia penal, 1887, pág. 275.

(2) Montes, P. Jerónimo, O. S. A.: El crimen de herejía, capítulo XI.

do. Y si no lo sabía, no tenía más que leer cualquier Directorio, cualquier tratado jurídico acerca de la Inquisición o la herejía, y encontraría con asombro repetidas en un centenar de veces sus utópicas ideas, esto es, que todo proceso inquisitorial tiende a obtener la confesión del reo, *no para castigarle, sino para perdonarle y someterle a un régimen de curación* (1); que las penitencias y privaciones impuestas por el tribunal de la Inquisición *no son propiamente penas, sino medicinas, cuyo fin principal es la salud espiritual del reo*. Hasta en las fórmulas de las sentencias se procuraba distinguir entre la pena y la penitencia saludable. He aquí una muestra: «Te talem, hic in nostra praesentia personaliter constitutum, per modum qui sequitur condemnamus, sententiamus, seu potius poenitentiamus» (2).

Que dicho tribunal, o *no admitía abogados defensores, o los concedía* sólo como colaboradores del juez. Absque advocatorum ac judiciorum strepitu et figura —decía una Constitución de Bonifacio VIII (3)— y en el mismo concepto intervenían los consultores, calificadores y peritos (4). ¿No son éstas las ideas acariciadas por Dorado Montero? Sea como quiera, nos interesa consignar aquí estos dos hechos y las cinco conclusiones siguientes tomadas del volumen segundo del texto de Derecho Penal del P. Montes en su segunda edición: 1.º Que muchos criminalistas vuelven hoy los ojos a aquel antiguo procedimiento inquisitivo usado por la institución que llevó su

(1) Montes, P. Jerónimo, O. S. A.: El crimen de herejía, capítulo XI.

(2) Eymeric: Directorium, parte 3.ª, núm. 165.

(3) Montes, P. Jerónimo, O. S. A.: obr. cit., pág. 165.

(4) Ya en el 1779, proponía Bernardo Ward que «se publicase una relación auténtica del modo de tratar a los reos y juzgar sus causas en el Tribunal de la Inquisición; para quitar las impresiones infundadas que tienen, así católicos como protestantes, en todos los países extranjeros; donde no conocen este Tribunal sino por las relaciones falsas que ha esparcido los holandeses contra la Inquisición de Goa. Si supiesen la verdad del modo con que procede en España el Santo Oficio, a ningún católico le causaría miedo, y mucho menos aquel horror que ahora tienen muchos». Proyecto económico, parte I, capt. XVIII. «Esto, que entonces —nos dirá nuestro P. Montes— sólo hacía falta decirselo a los extranjeros, después hubo que decirselo también a los españoles».

nombre, porque, como dice el célebre penalista italiano Pietro Ellero, la investigación imparcial de la verdad, que es el fin propio del proceso legítimo, sólo se realiza en el sistema inquisitorio, a pesar de su odiosa memoria (1); 2.º Que los ideales de Dorado Montero sobre este punto han tenido una realización práctica en la historia de la penalidad, que el P. Montes desearía ver implantada de nuevo en nuestro Código vigente en sustitución del sistema mixto generalmente admitido y que sigue nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Conclusión 1.ª—Que el procedimiento inquisitivo era el que se seguía por todos los tribunales de la época.

2.ª—Que la justicia de la Inquisición española fue la más inflexible, la más igual (2), y a la vez la más benigna que entonces se usaba.

3.ª—Que fue el primer tribunal que suprimió ciertas prácticas penitenciales de carácter infamante, y el primero que abolió la prueba judicial de la tortura, mucho antes que los tribunales civiles de España y fuera de España.

4.ª—Que las cárceles inquisitoriales, a pesar de cuanto han dicho los que han ido a informarse en libros extranjeros, enemigos de España, eran incomparablemente más cómodas y humanas que las demás prisiones civiles, y finalmente.

5.ª—Que las penas que imponía o podía imponer el Tribunal de la Inquisición eran las penas canónicas, las más suaves que entonces se conocían, y las más conformes con el fin racional de la pena (3).

«La Inquisición religiosa —dice Quintiliano Saldaña—

(1) Ellero, Pietro: «*Origini storiche del diritto de punire*». Opusculi criminali, 1881, pág. 18.

(2) «*Aquí no hay temor que impida justicia —decla un escritor del siglo XVI, aludiendo a la Inquisición—, ni menos el amor es parte para que no haya castigo; el mismo rostro se le hace al amigo que al enemigo, al natural que al extranjero, y al pariente como al que no lo es*». Pedro de Acevedo: Alivio de pestilencia e otros males, y reprehensión de astrología judicial, 1570, aviso II.

(3) Montes, P. Jerónimo, O. S. A.: Derecho español, edición 2.ª, volumen II, páginas 418 419.

no encendió las célebres hogueras. Establecida por la legislación civil la pena de fuego a los herejes, ella se limitó a declarar incursos en herejía, como hace hoy y como hará siempre, a los que sustentaban de palabra o por escrito doctrinas heréticas. Cuando la herejía era ante las leyes civiles un delito, era deber de la Iglesia —y aquí terminaba la función penal de la Inquisición, porque su jurisdicción no llegaba a ejecutar, sino a *inquirir*— juzgar según las leyes. De lo que ocurría después no era ya culpable» (1).

La individualización penal.

La idea de que la pena debe estar en relación con el delincuente, lo que se denomina *individualización penal*, ha adquirido profundo arraigo en el momento actual y es una de las aspiraciones de la ciencia penal moderna.

La idea de la individualización ya fue practicada en el antiguo Derecho sobre bases completamente distintas a las hoy propuestas (2). El criterio de la individualización de la pena se concilia perfectamente con la concepción clásica del Derecho penal basada en la responsabilidad. La escuela clásica ha estudiado, como ninguna otra, las condiciones personales del delincuente: «Desde que no se contenta con medir la pena atendiendo solamente a la gravedad del delito, al daño causado y a la impresión causada por el hecho, sino que se preocupa asimismo de la culpabilidad teniendo en cuenta su elemento psíquico, se impone el deber de tomar en cuenta la personalidad del

(1) Adiciones a la traducción del Tratado de Listz, I, pág. 333.

(2) ¿Sobre qué bases debe hacerse la individualización de la pena? Esta cuestión implica otra que la va íntimamente unida: ¿Por quién debe hacerse la individualización de la pena? ¿Es por la ley? Sistema de individualización legal. ¿Es, al contrario, por el juez? Sistema de individualización judicial. ¿Habrà, por último, que ir más lejos dejándola a la administración penitenciaria? Sistema de la individualización administrativa.

delincuente, produciendo, en cierta medida, la individualización de la penalidad que haya de imponerse» (1).

Este ha sido precisamente uno de los progresos más claros y firmes del Derecho penal bajo la época clásica, pues como dice Saleilles, es una escuela audazmente subjetiva, concentrada en la consideración del individuo, dando la máxima importancia al elemento subjetivo o culpabilidad, aunque sin borrar nunca el influjo de los resultados, sin cuyo reconocimiento el Derecho penal se identificaría con la moral. El instrumento por medio del cual entró en la práctica este perfeccionamiento fueron las circunstancias atenuantes y agravantes, cuya función, en la mayor parte de las legislaciones, es hacer descender o subir la pena por bajo o por encima respectivamente del mínimo establecido en la ley. De este modo se consiguió —afirman los señores Antón Oneca y Rodríguez Muñoz (2)— un sistema bastante ponderado, con garantías de seguridad jurídica, y un cierto margen al arbitrio judicial que consintiera hasta cierto punto la individualización de la pena, según las circunstancias del caso concreto, que hoy trata de ceñirse en la fórmula de la sentencia o condena indeterminada (3).

Llenando a su vez las aspiraciones de la política criminal, ideal de nuestros juristas y sociólogos modernos, sobre todo, a partir de Fierbach que es el primero que emplea este término, en la crítica y arte de la legislación, y cuya misión es adaptar la pena a las condiciones de la naturaleza del culpable, suponiendo, ante todo, el reconocimiento de que para administrar justicia, no basta con saber la ley y poseer el sentido de lo justo, sino que es preciso, además, según el criminólogo y penalista, profe-

(1) Cuello Calón: *Derecho penal, volumen I, Barcelona, 1948, página 589, nota núm. 12*

(2) Antón Oneca y Rodríguez-Muñoz: *Derecho penal, vol. I, parte gen., Madrid, 1949, pág. 545.*

(3) Antón Oneca y Rodríguez Muñoz: *obr. cit.*

sor de la Universidad de Oviedo, don Félix de Aramburu, la ciencia de la naturaleza humana (1).

Los que dan a la pena un fin exclusivamente *preventivo*, sea el de la defensa social contra el crimen, sea el de la reforma del penado, establecen la relación cualitativa y cuantitativa, no entre la pena y el delito, o la culpabilidad que supone, como hace la escuela clásica y han hecho muchas legislaciones (2), sino entre la pena o el tratamiento penal y el delincuente.

Aquella debe adaptarse a las condiciones y necesidades de éste; el delito sólo tiene un valor sintomático, es uno de los datos que revelan el carácter criminal o antisocial del delincuente, y sólo bajo este aspecto tiene interés para la penalidad. Proporcionar, pues, y adaptar la pena a las condiciones personales del culpable, a sus sentimientos, a su temperamento criminal, a la necesidad en que se encuentra de tutela, curación o reforma, es lo que constituye la teoría de la *individualización de la pena*. ¿Cómo se ha llegado hasta aquí? ¿Por qué progresión histórica —preguntamos con el Profesor de la Universidad de París señor Saleilles— se ha llegado a esta construcción artificial y ficticia del Derecho penal? Desde luego, si bien es cierto que la tendencia del Derecho penal hacia la individualización de la pena se acentúa a partir de 1898, sin embargo, no se la puede considerar como una invención de los tiempos modernos, como lo prueba magistralmente el sabio agustino P. Jerónimo Montes. Desde luego se ve que está modelada por el castigo familiar y cuasi-familiar, y como sistema de penalidad jurídica tiene su origen en el Derecho canónico. «No solamente las penas canónicas son humanas y han sido establecidas para la enmienda del culpable, sino que, atendiendo al delincuente más que al delito, se aplican del mejor modo posi-

(1) Aramburu, Félix: Discurso leído en el acto de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1910, pág. 36.

(2) Montes, P. Jerónimo, O. S. A.: Derecho penal español, vol. II, págs. 254-255.

ble para lograr aquel fin, haciendo variar la naturaleza e intensidad según el carácter, el temperamento, la individualidad de cada culpable: *La práctica canónica realiza desde los primeros momentos la actual individualización de la pena*» (1). «A lo menos ante ciertos tribunales eclesiásticos —agrega otro ilustre penalista— bajo el punto de vista subjetivo, que era el alma del Derecho canónico, se hacía muy frecuentemente individualización a la moderna. El tribunal eclesiástico era una jurisdicción de disciplina que quería ir al fondo de las conciencias y llegar al alma para reformarla y disciplinarla» (2).

La obra de individualización penal ha sido realizada seguramente desde remotos tiempos por los mismos tribunales civiles (3): pero quienes de un modo más sistemático la practicaron fueron los tribunales inquisitoriales, tan calumniados e incomprensidos por la incultura histórica de los tiempos posteriores. «Los jueces de la Inquisición, creadores de normas e instituciones penales que han merecido la consagración de la ciencia y las legislaciones modernas gozaron, como se ha dicho, de facultades arbitrales mucho más amplias que los demás jueces en la elección del tratamiento penal de los reos sometidos a su

(1) Vidal: Cours de droit criminale et de science pénitentiaire, etc., edición de 1911, pág. 19. «Se repite hasta la saciedad que fue un progreso de la filosofía del siglo XVIII haber hecho un delito especial y sumamente atenuado, del infanticidio que comete la madre natural que, por el móvil de ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido, y que nuestro Código vigente recoge en el artículo 410. Tendencia moderna, sin duda. Sin embargo, la encontramos desde el siglo IV en un concilio de Ancyra de 314, e inspira luego todos los penitenciales llegados hasta nuestros días. Al principio se había pegado fuerte; se había asimilado al infanticidio al homicidio, porque había que reaccionar contra costumbres paganas inveteradas. Pero el concilio de Ancyra se preocupa de la madre ilegítima que quiere ocultar su falta; y para ella solamente —como se ve, es el punto de vista moderno, si bien nuestra actual legislación amplía dicha atenuación a los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito— en vez de la penitencia de por vida, que era la pena del homicidio se reduce la pena a diez años, por razón de humanidad, dicen los textos. Y, en efecto, ¿qué punto de vista puede concebirse más humano, más individual, más subjetivo? No es ya el punto de vista del delito, sino únicamente el del delincuente. Individualización subjetiva cubierta por una tarifa legal objetiva. Individualización subjetiva que deriva de la idea de responsabilidad y de libertad». Vid. Saleilles: Individualización de la pena, trad. esp. 1914.

(2) Saleilles, Individualización de la pena, trad. esp. 1914, pág. 83.

(3) Montes, P. Jerónimo, O. S. A : Derecho penal español, vol. II, pág. 257.

jurisdicción (1), debido esto a que, por una parte, no imponían penas propiamente dichas, esto es *penas vindicativas* de la culpa sino *penitencias medicinales*, y por otra parte, a que perseguían, como fin directo e inmediato, la enmienda, el arrepentimiento, el bien espiritual del culpable, cuyo ejemplo ha servido para desarrollar el sentido correccionalista asignado por el Derecho moderno a las privativas de libertad. Precedentes, a su vez, de varias instituciones contemporáneas de sentido individualizador, como la condena condicional, el perdón judicial, la sentencia indeterminada, etc., las cuales se encuentran ya en el Derecho penal de la Iglesia (2).

Con la mente fija en esta finalidad de la pena, claro es que habían de erigirse aquellos medios correctivos que creyeran más adecuados para lograrla, y esto sólo podía hacerlo el juez, en vista de los precedentes del reo, sus sentimientos, sus disposiciones, sus condiciones personales y demás circunstancias particulares de su vida, llegando —por primera vez en la historia de la penalidad, a lo menos de un modo sistemático y consciente— hasta la *sentencia indeterminada*, de que trataremos luego (3).

El autor presenta pruebas numerosas de que así lo hacían los jueces de la Inquisición, y nos basta saber que así lo preceptuaban las leyes y los directorios que les servían de norma práctica para la aplicación de las penas.

La frase *juxta qualitates personarum et delicti* era un axioma y parecía estereotipada por lo repetida, ya que a cada paso se encuentran en los tratados ideas como éstas de Páramo: «Es necesario que los inquisidores consideren, con pura y sincera intención, las personas de los reos, sus acciones, ingenio y estudios a que se dedican, antes de proceder a su condenación» (4). Por lo mismo reconoz-

(1) Está admitido, sin que necesite demostración, que el juez es el único capaz de conocer al agente y de darse cuenta de lo que es.

(2) Montes, P. Jerónimo, O. S. A.: El crimen de herejía, Madrid, 1918.

(3) Montes, P. Jerónimo, O. S. A.: El arbitrio judicial, pág. 19.

(4) Páramo: De origine et progressu officii S. Inquisitionis, libro II, capt. IV.

co con el señor Saleilles que el verdadero momento de la individualización de la pena, es el de la *individualización judicial*, no pudiendo operarse legalmente, sino a través de los juzgadores, que determinarán, si la ley lo permite, la clase de pena y, en todo caso, su duración. En este mismo espíritu se inspira también el voto acordado por el Congreso Penitenciario Internacional de Londres (agosto de 1925) a favor de la individualización judicial, científica si se quiere, pero incompleta a su vez, si se considera que el juez termina su cometido dictando la sentencia.

• Partiendo del principio de que la pena no debe ir más allá de la necesidad; debe durar todo el tiempo necesario y sólo el tiempo necesario hasta lograr la reforma del culpable, y como esto no puede saberse *a priori*, es absurdo fijar en la sentencia una pena que haya de durar tantos o cuantos meses o años y haya de terminar en tal o cual día, no queda otro recurso que el de someter la solución del problema a la administración penitenciaria, quien, según el ilustre catedrático señor Sánchez-Tejerina, de acuerdo con los juzgadores y otras personas, en vista de los resultados de la pena y las disposiciones y cambios del penado, decidirá del momento en que la pena debe terminar por haber cumplido su misión (1).

Es de advertir, finalmente, que la individualización pretendida por los tratadistas y realizada por los jueces antiguos, según demuestra el P. Montes, no es exactamente la misma que defienden algunos penalistas modernos. Aquellos no llegaron jamás al desatino de prescindir en absoluto del delito para fijarse sólo en el delincuente, como hacen hoy la escuela positivista, que prescinde de toda idea de culpa, y la llamada de la *Política criminal*, que, sin deferir de la anterior en cuanto a la relación entre la pena y la culpa, tiene más de pedantería que de subs-

(1) Montes, P. Jerónimo, O. S. A.: Derecho penal español, 2.^a edición, volumen II, página 469.

tancia filosófico-científica... (1), pudiendo llegar con el señor Saleilles a esta conclusión que nos parece aceptable como fórmula general: «*La pena, fundada en la idea de libertad y responsabilidad, principio de la escuela clásica; pero aplicada teniendo en cuenta el valor psicológico del individuo, principio de la escuela italiana* (antropológica). O lo que es lo mismo: «*La responsabilidad, fundamento de la pena; la individualización, el criterio de su aplicación*» (2).

El arbitrio judicial.

Escalonada a la idea de la individualización de la pena, y consecuencia de la misma, es la cuestión del *arbitrio judicial*.

Sabido es que «en los tiempos anteriores a la codificación del Derecho penal y a la reacción antiarbitrarista en que se inspiraron los códigos penales de Europa hasta las vísperas del siglo XIX, el arbitrio judicial había llegado a ser, de hecho, casi la única norma de la penalidad; y prácticamente, por tanto, la fuente predominante del Derecho penal, a pesar de las protestas de todos los moralistas y de todos los jurisconsultos de nota, anteriores a la citada época codificadora» (3).

Desde esos momentos, «la reacción contra el antiguo arbitrio judicial cayó en el extremo opuesto; reclamó el dominio exclusivo y absoluto de la ley y redujo la función del juez a un puro mecanismo aplicador de las reglas inflexibles que la ley previamente había dictado. Todos los códigos penales, con accidentales diferencias, siguieron este sistema antiarbitrista, y como consecuencia de él determinaron taxativamente la clase y cantidad de pena

(1) Montes, P. Jerónimo, O. S. A.: *Ibid*, págs. 215 y 230.

(2) Montes, P. Jerónimo, O. S. A.: *Ibid*, obr. cit., vol. II, pág. 51.

(3) Montes, P. Jerónimo, O. S. A.: *El arbitrio judicial. Precedentes doctrinales y crítica*, 1926.

que procedía imponer por cada delito; catalogaron las circunstancias atenuantes y agravantes que el juez había de tener en cuenta y formularon reglas precisas para la aplicación de las penas según aquellas circunstancias modificativas y según las diversas formas de la delincuencia. El juez no tenía que hacer otra cosa que conocerlas y aplicarlas, ya había terminado su misión» (1). Con saber leer para ver contra qué título o tipo de delitos había delinquido el reo, y las penas correspondientes a los mismos marcadas por la ley tenía suficiente para desempeñar su cometido. Tal hizo el primer Código francés de 1791, reflejando el sentir del momento, enemigo de la arbitrariedad antes reinante.

Pero si reprochable es un sistema de penalidad que nada o casi nada deja al prudente arbitrio del juez; sin embargo, un arbitrio absoluto sólo como ideal teórico puede defenderse, ya que ofrece graves inconvenientes. Ahora bien, ¿compensan estos inconvenientes la ventaja de poder individualizar mejor la pena, dejando al juez la elección y determinación de la misma?

La historia del arbitrio judicial —nos dice el P. Montes— no abona una contestación afirmativa. Desde muy antiguo fue universalmente reprobado, como fuente de innumerables abusos... pensar hoy, a lo menos entre nosotros, en semejante arbitrio, hasta la nota exagerada, de querer hacerlo ilimitado y sin trabas, hasta la supresión de los códigos penales o la derogación de su fuerza obligatoria para los jueces como han querido algunos penalistas contemporáneos, tales como Dorado Montero, según el cual, «los jueces deben gozar de una amplitud ilimitada para el ejercicio de su función, que no podrá ser odiosa, como lo es hasta ahora, sino altamente amable para todos los ciudadanos, para el delincuente mismo tanto como para los demás... Tales jueces no deben tener otras limi-

(1) Montes, P. Jerónimo, O. S. A.: El arbitrio judicial. Precedentes doctrinales y crítica, 1926

taciones (como no las tienen los médicos) que las que les dicten su prudencia, su honradez y su competencia científica, que deberán ser grandes» (1). Y agrega en otra parte: «La sociología criminal debe tener como una de sus más firmes y constantes aspiraciones el devolver a los referidos jueces la libertad y amplitud que los códigos les han quitado, el *suprimir* estos códigos, como obligatorios al menos, el entronizar nuevamente el procristo arbitrio judicial, pero no el antiguo arbitrio caprichoso, por virtud del cual los tribunales podrían aumentar o disminuir, según lo tuvieran por conveniente (2), la pena, el castigo, el *mal* que hubiera de imponerse al reo, sino el *arbitrio* ilustrado y racional, etc.» (3), creemos que es desconocer por completo la realidad.

Necesitarían los jueces una preparación especial, que no existe; necesitarían mucho más aún, ser hombres de rectísimo criterio, de honradez intachable, bien penetrados de su misión social, inflexibles en el cumplimiento de su deber ante la amistad, la influencia, la amenaza y los propios sentimientos de hombres, etc. (4). En su pureza, ninguno de los dos sistemas ha prevalecido y las legislaciones se inclinan por una solución intermedia, aunque con propensión cada vez más acentuada, así en la ciencia penal como en los códigos y proyectos más recientes, a favor de un arbitrio judicial más amplio que el aprisionado en los estrechos límites de los viejos códigos por imperativos de la prevención especial; y si este es hoy una aspiración de todas las escuelas o direcciones científicas —valgan de ejemplo las palabras del docto señor Sánchez-Tejerina—, el cual, al hablarnos de la individualización penal y reconociendo que el arbitrio judicial es tan necesario como los dogmas *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, nos dice: «lo que no es posible al legislador, lo es, en

(1) Dorado Montero: Derecho penal preventivo, 1891. pág. 108.

(2) Dorado Montero: obr. citd., 1891.

(3) Dorado Montero: *Ibid.*, págs. 306-307.

(4) P. Montes: Derecho penal español, 2.ª edición, vol. II, pág. 468.

cambio al juez. Este tiene ante sí al reo; con los conocimientos que el juzgador puede y debe tener, la tarea individualizadora es, si no fácil, posible y humana. Para ello hay que reconocerle un amplio arbitrio, confiar en él y no sujetarle con reglas jurídicas que le coloquen en el trance de ver la justicia y no poder aplicarla. Toda la responsabilidad para sus errores evitables, para sus prevaricaciones; pero toda la libertad que la justicia penal exige para ser administrada científicamente (1), ya que proporcionan a la administración de justicia penal, que por definición lleva en sí los más graves ataques a la libertad, al honor, al patrimonio, incluso a la vida de los ciudadanos, el fundamento legal único que soporta nuestra ciencia jurídica (2), es una consecuencia lógica, una necesidad del sistema para todas las teorías penales que señalan a la pena una función esencialmente preventiva, ya consista ésta en la defensa social contra el peligro que representa el delincuente, ya en la corrección, reforma o adaptación a la vida social del reo (3).

Modernamente no se concibe un Código, fuera del soviético de 1927 (arts. 6.º y 16), el de Dinamarca (art. 1.º) y el alemán del tiempo de la guerra última, aunque en este último han recuperado validez los dogmas penales al quedar derogada la ley de 28 de junio de 1935, que introdujo aquella innovación por la ley II del Consejo de Control, que no permite al juzgador libertad en su criterio para encuadrar una conducta humana en el artículo correspondiente. Claro está que ello afecta a la interpretación, «que va más allá de los límites del texto y trata de descubrir los fines de la ley misma» (4), los cuales son vivientes

(1) Sánchez-Tejerina, *Isaías: Derechopenal español*, 5.ª edic., vol I, Madrid, 1950, página 425.

(2) Sánchez-Tejerina: *Nuevos problemas de Derecho penal*, en «*Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales*», t. I, f. II, mayo-agosto, 1948, pág. 239.

(3) P. Montes: *El arbitrio judicial*.

(4) Mezger: *Tratado de Derecho penal, traduc. de Rodríguez Muñoz, edit. «Rev. de Derecho privado»*, Madrid, t. I, pág. 148.

y, por tanto, mudables y requieren, en su virtud, una ininterrumpida acomodación a las exigencias del momento. Pero sin la movilidad de criterio que esta empresa lleva aparejada, y que hay que calificar como un arbitrio — de ahí el riesgo de incurrir en analogías —, no sería factible aclarar las imprecisiones legales. Sirvan, entre otros muchos, los ejemplos siguientes, bien reveladores de que al poner en contacto la ley con la realidad hay matices de aquélla que están reservados, escuetamente, a las declaraciones del juzgador: el alcance de la nocturnidad, de la premeditación y de la obediencia debida, la fijación del estado de necesidad sobre la base de los requisitos que la configuran, la racionalidad del medio empleado en la legítima defensa, encomendada por Pacheco a los Tribunales y que, según del Rosal, «concede anchuroso margen» a su prudente arbitrio (1), la línea divisoria entre la consumación y frustración en el delito (2), etc.

Para darnos una idea de la amplitud y ancho campo de acción que tenían los jueces y magistrados de los siglos anteriores a la codificación, basta recordar las ideas y razonamientos de aquellos antiguos tratadistas, ya que apenas hay un teólogo moralista que no se haga cargo de la cuestión. Citaremos solamente las siguientes palabras del también agustino célebre P. Juan Márquez: «Cuestión antigua fue, entre los más sabios filósofos, si sería más acertado gobernar sin leyes escritas y remitirlo todo al arbitrio de los magistrados. No se puede negar que trajera esto segundo una grande utilidad, porque las sentencias se cortarán más a la medida de los hechos, habiéndose de hacer ley particular para cada uno que juzgándolos por las comunes, hechas tanto tiempo atrás con que es imposible comprenderlas cabalmente, como dice la ley civil. La variedad de las circunstancias es tan grande que, si se consideran atentamente, apenas se hallará caso que

(1) *Del Rosal, Juan: Estudios penales, Madrid, 1948, páginas 230 y 242.*

(2) *González Gracia, V.: El arbitrio judicial y el Código penal vigente, «Anuario de Derecho penal y Ciencias penales», t. IV, fascículo II, mayo-agosto, 1951, pág. 259.*

esté en todo conforme con otro, y un accidente muy pequeño a los ojos del vulgo, suele hacer la causa de diferente naturaleza al parecer de los sabios» (1).

Con ser tan extenso el antiguo arbitrio judicial, lo era aún más el de los jueces de la Inquisición, según los tratadistas, según los comentaristas y las leyes, en la aplicación del tratamiento penitencial a los reconciliados. «*Inquistores, in remittendis poenis et temperandis, ampliam quam ceteri quincumque iudices habent potestatem*—dice Peña, el comentarista del *Directorium* de Eymeric— *secundum personae merita et qualitatem excessus, poenam poterit iudicantis discretio moderari*. Constitución de Inocencio III.

Las Instrucciones de la Inquisición española dejaban a la prudencia de los jueces todo aquello, que no estaba expresado en las leyes (2).

Nuestra *ley penal*, aun cuando determina de un modo preciso la sanción, sin embargo, la reforma del año 44 ha dado paso a una mayor y más amplia libertad judicial a los juzgadores para determinar las penas, unas veces sin indicar cómo debe administrarse el arbitrio, y otras con alguna orientación, aunque siempre moviéndose entre ciertos límites. A este respecto, son interesantes los artículos 2.º (relativo a un hecho no penado o penado excesivamente), el 8.º, párrafo 2.º (internamiento del enajenado); 20, párrafo 2.º de la regla 2.ª (señalamiento por el tribunal, *según su prudente arbitrio* de la cuota proporcional de que cada interesado deba responder); 30 (referente a la fijación del tiempo de duración de la caución, que deja al Tribunal la determinación, señalando tan sólo el límite máximo, exceder de seis años); 44, párrafo 2.º (determinación de la cuantía de la fianza, *según su prudente arbitrio*); 52 (determinación de la pena de tentativa, según arbitrio del Tribunal); y estos otros preceptos pro-

(1) Márquez, P. Juan, O. S. A.: El gobernador cristiano, 1615, libro I, cap. XVI, 52.

(2) P. Montes: El crimen de herejía, página 157.

cedentes de la nueva redacción del Código, donde aparece junto a la gravedad del hecho o las circunstancias, el elemento subjetivo o la personalidad del reo. Las fórmulas son: naturaleza y circunstancias del delito y del culpable (regla 2.^a del art. 61), gravedad del hecho y personalidad del delincuente (regla 4.^a del art. 61), circunstancias del menor y del hecho (art. 65), gravedad de los hechos y peligro que el delincuente represente (art. 67); otra disposición, también ajena al castigo y que, como las precedentes, es una innovación en el Código, es la del párrafo 2.^o del número 5.^o del art. 112, pudiendo igualmente citar el párrafo final del artículo 258, etc., etc., pudiendo vislumbrar en estos nuevos preceptos un criterio ecléctico análogo al del Código italiano.

Pero todas estas aspiraciones y corrientes nuevas por aumentar este arbitrio judicial fueron llevadas a la práctica como nadie por las leyes reguladoras del Santo Oficio y los procedimientos inquisitoriales, que como hemos dicho, dejaban un ancho campo al arbitrio judicial, especialmente respecto de la gravedad, clase y duración de las penitencias. «La facultad de aumentar o disminuir la pena podía ejercitarse aún después de la sentencia, según el comportamiento del reo; y he aquí practicadas hace tanto tiempo por la Inquisición cosas que hoy se consideran como un notable progreso de la ciencia penal, o constituyen todavía una generosa aspiración por cuya realización se lucha contra el demoledor individualismo infiltrado en el derecho desde la revolución francesa... y continúa dos páginas más adelante. Entre las cosas que la ley deja al arbitrio del inquisidor advierte que no debe entenderse este arbitrio en el sentido de caprichoso o gustoso, sino según el espíritu del derecho, ni tampoco según su conciencia en absoluto, sino según la conciencia informada por las leyes, lo que nuestro Código civil ha traducido por *principios generales del derecho* (art. 6.^o) (1).

(1) P. Montes: *El crimen de herejía*, Madrid, 1918, páginas 156 y 159.

La sentencia indeterminada

Es una consecuencia legítima de la individualización de la pena, o más bien, una de sus formas. Hemos indicado que fue aplicada por primera vez en la historia de la penalidad por los jueces de la Inquisición a los reconciliados y penitenciados (1).

El odio a las instituciones antiguas la cubrió con el manto del olvido, y después de algunos siglos resucita, como uno de los más hermosos ideales de la ciencia penal moderna.

Para demostrar el hecho de la sentencia indeterminada en las leyes de la Inquisición y su práctica constante en los procesos contra los delitos religiosos, no encuentro otra cosa mejor que reproducir algo de lo que el sabio investigador P. Jerónimo Montes, escribió, en su interesantísimo y en extremo curioso libro *El crimen de herejía*.

«La sentencia indeterminada, que hoy constituye un ideal —nos dice el autor—, una generosa aspiración para muchos penalistas y es objeto de discusión en los congresos Penitenciarios y en las obras científicas, fué un hecho real en los procedimientos inquisitoriales y en la penalidad de los crímenes de herejía; y este hecho se fundaba en los mismos principios que hoy se invocan por sus defensores para llevarle a las legislaciones penales y a la práctica penitenciaria» (2).

La sentencia indeterminada, gracias a la tenacidad del célebre penitenciarista Brockway, primero y principal apóstol de la misma en los Estados Unidos, por cuya propaganda y después de algún ligero ensayo, consiguió fuera admitida en el Congreso Penitenciario de Cincinnati (1870), llegó a tener fuerza legal en el Estado de Nueva York al crearse por ley de 1876 el Reformatorio de Elmira

(1) Para algunos, los antecedentes históricos de la sentencia indeterminada, arrancan de ciertos pasajes de Platón y Paulo: más tarde el derecho eclesiástico descubrió y practicó dicha sentencia (Daclín).

(2) Cuello Calón: Derecho penal español, edición 6.ª, vol. I. página 601.

para jóvenes delincuentes, bajo el régimen de sentencia indeterminada, y del que fue su primer director, adoptándose la siguiente conclusión: «Las sentencias fijas deben ser reemplazadas por sentencias indeterminadas. La pena no debe terminar a causa de la expiración de un lapso de tiempo, sino mediante la prueba suficiente de la reforma social del penado.

Más tarde fué rechazada como peligrosa en el de Stokolmo (1878) (1) y en el de Bruselas, 1900, que dió la pauta declarando inadmisibile la sentencia indeterminada en materia penal y admitiéndola con restricciones en las medidas de seguridad. Vuelta la cuestión al ambiente americano en el Congreso de Wáshington de 1910, triunfó la sentencia indeterminada, aprobándose como principio científico y siendo recomendada, sobre todo para los jóvenes. No obstante, como institución legal sólo existe en los Estados Unidos, donde fue aplicada primeramente en Michigán (Reformatorio de Elvíra) y vigorosamente propugnada por el ya citado Brockway con relación a los delincuentes jóvenes primero, y más tarde con carácter general, si bien limitada por un tiempo máximo y otro mínimo que la desnaturalizan. En el Congreso de Londres de 1925 volvió a plantearse el problema, pero sólo con relación a los reincidentes.

Estamos de acuerdo con el erudito profesor señor Cuello Calón, al titular de errónea la opinión de no pocos penalistas que creen ver la primera manifestación de la sentencia indeterminada en los Estados Unidos en el citado Congreso Penitenciario de Cincinatti, pues aparte de ser un hecho real en la penalidad y en la práctica procesal de la Inquisición durante los pasados siglos, como veremos luego por los textos irrefutables de los jueces del Santo Oficio. Un decreto de Carlos V (1532) establece el encarcelamiento indefinido hasta que el peligro cese, para seguri-

(1) En este Congreso, España tuvo digna representación en una mujer, doña Concepción Arenal, que combatió valientemente la sentencia indeterminada.

dad de las personas. Contra los profesionales del crimen establecía la *Theresiana* (1768), una verdadera sentencia indeterminada, y por la misma fecha se prohibió en España la práctica de condenar por tiempo limitado a lugares de corrección, hospicios y otros destinos y establecimientos, a ociosos y vagabundos, lo cual demuestra que esta práctica existía aunque no esté claro que se refiriese a verdaderas penas.

De idéntico modo se expresa la *Constitutio criminalis Carolina*. También en Francia, las *Lettres de Cachet* tenían este carácter. Podemos encontrar algunos precedentes de la misma en nuestro primer Código penal de 1822 que, en sus artículos 144 al 158 establecía la disminución y rehabilitación del condenado como premio o su corrección y arrepentimiento, con una virtualidad que no puede menos de causar gratísima sorpresa a cuantos entienden de estas cosas.

En idéntico sentido se expresaban las Ordenanzas de presidios de 1834, y con mucha mayor anterioridad, en nuestro antiguo Derecho, tenemos el valioso precedente de la Pragmática de 1771, que fijaba los diez años como máximo de duración de la pena en los presidios y arsenales y se completaba en la llamada *cláusula de retención*, que permitía prolongar la pena en caso necesario y con el carácter de medida accesoria posterior al cumplimiento de la condena hasta el máximo de los diez años.

Las Instrucciones españolas de 1561, número 41, prescribían que, cuando los jueces creyeran que la duración de la pena carcelaria debía ser por tiempo indefinido, lo expresaran en la sentencia, dejando el término de la pena a la voluntad de los inquisidores.

La sentencia, efectivamente, contenía esta cláusula final en los casos en que procedía: «reservándonos deliberada y expresamente, como nos lo conceden las prescripciones canónicas, la facultad de mitigar, agravar,

cambiar y remitir, en todo o en parte, dicha penitencia, cuantas veces nos pareciere que debe hacerse» (1).

«Pueden los jueces —dice Eymeric— refiriéndose especialmente a los penitenciados por hechos que les hacían vehemente sospechosos, declarar el encarcelamiento por tiempo determinado, o condenarles a él simplemente, y después, según parezca conveniente, dispensarle» (2). Y agrega poco después que, publicada la sentencia «podrá el inquisidor amonestar al sentenciado y penitenciado, animándole a la resignación y haciéndole saber públicamente que, si sufre con paciencia la pena y da muestras de verdadero penitente, él y el obispo están dispuestos a mitigar dicha penitencia, y así lo harán en efecto» (3).

El comentarista de Eymeric, Francisco Peña, después de consignar la misma facultad de los jueces —la de reservarse en la sentencia el derecho de modificar o extinguir la pena— habla más detalladamente de las causas por las cuales procedería hacerlo. «Queda al prudente arbitrio del juez —dice— aumentar, atenuar o perdonar totalmente la pena después de la sentencia, atendidas las condiciones, naturaleza y humildad de los penitentes o convertidos» (4).

Procede atenuarla o perdonarla, ya por razón de una salud quebrantada, ya por una conversión extraordinaria y notable; «porque hay algunos, efectivamente, que, después de la caída, de tal modo detestan sus pasados crímenes que se someten a penitencias voluntarias más graves aún que las que les han sido impuestas, y a éstos se les puede atenuar la penitencia, conmutársela por otra más leve o perdonársela en absoluto» (5). En cambio, puede aumentarse la pena «por la indevoción de los convertidos, por su malicia, su afición a riñas y contiendas y otras

(1) *Eymeric: Directorium, part. 3.º núm. 179.*

(2) *Eymeric: Directorium, part. 3.º núm. 172.*

(3) *Ibid., obr. cit., núm. 180.*

(4) *Coment. 44, parte 3.ª del Directorium.*

(5) *Ibid.*

cosas semejantes, que indican un ánimo poco sumiso a la ley de Dios y a los mandatos que se les ha impuesto» (1). En una palabra —podía haber añadido— porque representan un peligro criminal.

Creo que lo dicho es suficiente para demostrar que la *sentencia indeterminada*, a la cual trata de volver el Derecho moderno, fué un hecho real, hace algunos siglos, en la práctica procesal de la Inquisición. No es, por tanto, una novedad de nuestros días, sino una institución vieja y olvidada que resucita y rejuvenece, merced a la labor asidua y afortunada de este buceador, o mejor dicho, de este buscador de perlas, en el riquísimo mar que representan los numerosos, gruesos y apergaminados volúmenes impresos a dos columnas y escritos antes con pluma de ave por aquellos hombres extraordinarios que, llamándose teólogos, se produjeron en sus obras como profundos psicólogos, sabios legisladores, atinados juriscultos y verdaderos enciclopedistas.

En la legislación española todavía no está admitida la condena indeterminada; sin embargo esperamos que, sometida a atenta prueba y prudentes progresos, podrá ser, no tardando, una institución de pronta y feliz virtud, ya que la libertad condicional que es un paso hacia la condena o sentencia relativamente indeterminada y que había venido regulándose por la ley de 23 de julio de 1914, tiene ya favorable acogida en nuestro Código vigente reformado, tratando de esta materia, en los artículos 98 y 99, que dicen así:

Art. 98. Se establece la libertad condicional para los sentenciados a más de un año de privación de libertad, en quienes concurren las siguientes circunstancias:

- 1.^a Que se encuentren en el último período de condena.
- 2.^a Que hayan extinguido las tres cuartas partes de ésta.

1) *Ibid.*

3.^a Que merezcan dicho beneficio por su intachable conducta; y

4.^a Que ofrezcan garantías de hacer vida honrada en libertad.

Art. 99. El período de libertad condicional durará todo el tiempo que falta al liberado para cumplir su condena. Si en dicho período vuelve a delinquir, u observa mala conducta, se revocará la libertad concedida y el penado volverá a su situación anterior, reingresando en prisión y en el período penitenciario que corresponda, según las circunstancias».

La reincidencia o reiteración en el delito llevarán aparejadas la pérdida del tiempo pasado en libertad condicional. «Estas condiciones legalmente establecidas para la concesión del beneficio a que nos referimos — nos dice el ilustre y sabio penalista señor Ferrer Sama— han de ser apreciadas por la «comisión de libertad condicional» establecidas para cada provincia por el artículo 2.º de la ley de 23 de julio de 1914, y que han de estar constituidas en la forma que indica el artículo 50 del Reglamento de 14 de noviembre de 1930 (con algunas modificaciones introducidas por el decreto de 9 de junio de 1939)» (1).

Para ello se necesita una Política judicial apta, como se precisa también de funcionarios de la administración penitenciaria que sean competentes y honrados en el cumplimiento de su cargo; de otro modo, esta institución, al igual que la sentencia indeterminada, están condenadas al fracaso, pues si bien es cierto que la justicia humana no es aquella de quien se dice sin vacilaciones *vera et justa judicium tua*, sin embargo, bien está mantener en toda su propia integridad el sustantivo valor que representa cuanto afecta a la elevación y mejora del personal que interviene en el funcionamiento de la justicia punitiva, pues según expresó el ilustre Ortolán y recogió más tarde el célebre magistrado del Tribunal Supremo señor Aram-

(1) Ferrer Sama, Antonio: Comentarios al Código penal, 1947, volumen II, pág. 352.

buro: «Es preferible tener malas leyes penales y un buen régimen procesal, a tener un Código perfecto y un orden de enjuiciar defectuoso, porque, al cabo, en esto último, que es donde obra la acción dinámica personal, la vida jurídica halla términos hábiles de manifestación racional y eficacia satisfactoria». Porque si la intensidad del esfuerzo y el alcance de tales ideas han de medirse por las necesidades presentes y los deseos de solucionarlas, a la cuestión estudiada, como a otros problemas de la vida contemporánea, cabe referir esto que tan firmemente expresó Musset: *tout ce qui était n'est plus; tout ce qui sera, n'est pas encore*; y, finalmente, porque siempre habrá tiempo para exclamar con el personaje de Shakespeare: «Si fuera tan fácil hacer lo que se dice como decir lo que se debe hacer, las ermitas serían catedrales y las chozas de los pobres palacios de príncipes».

El perdón judicial

Consiste en la facultad concedida a los Tribunales, para que en casos sumamente leves, y una vez comprobado el delito y la culpabilidad del reo, remitan la pena fijada legalmente a la infracción, en atención a las excepcionales circunstancias concurrentes en el caso particular y concreto. Institución parecida al indulto, aunque más científica y justa, ya que nadie mejor que el juez para conocer las razones especiales y circunstancias particularísimas que abogan en pro de dicho perdón. El perdón, en cuanto va precedido de una declaración de culpabilidad, constituye, en rigor, vaya o no acompañado de una leve amonestación o reprensión, una sanción moral.

Generalmente, la mayoría de los autores acogen esta medida con gran simpatía para infracciones de escasa gravedad; incluso en el momento presente comienza a hacer su aparición en las distintas legislaciones y pro-

yectos. El Código italiano lo autoriza para los menores de dieciocho años (1); el uruguayo (art 36 y siguientes); en el danés (art. 85, 1.º); en el colombiano (art. 364); en Francia se presentaron varios proyectos que si bien no llegaron a ser ley, el proyecto último de revisión del Código penal lo admite para los menores de dieciocho años. Los proyectos austríaco y alemán, polaco y suizo lo establecieron también para determinados delitos autorizando al juez para eximir, conforme a su arbitrio, totalmente de pena al acusado. Nuestro Código vigente en España no admite el perdón judicial. Los precedentes de este perdón en ninguna otra parte se encuentran más claros y elevados que en la doctrina y espíritu de los Evangelios. Nadie ignora que la «ley del perdón» se ha cumplido, antes y mejor que en ningún otro Derecho, en el Derecho penal canónico desde los primeros tiempos de la Iglesia en conformidad con el indicado espíritu Evangélico, que es ley de perdón y de amor.

«El arrepentimiento del reo tenía un valor decisivo en casi todas las sentencias inquisitoriales, lo que no ocurre en los tribunales civiles, por el carácter eminentemente represivo y vindicativo de las penas. En los demás juicios criminales —observan todos los autores y muchas leyes— la confesión del crimen y el arrepentimiento del reo no suelen aprovechar para obtener perdón ni librarse de la pena legal; los jueces ordinarios están ligados a la ley, y tienen que cumplirla. Sólo a los poderes supremos les es dado otorgar gracia y usar de clemencia, que se obtiene más fácilmente por la influencia de la nobleza y dignidad de los reos o de los allegados y amigos, que por la humilde confesión y el sincero arrepentimiento. Mas en las causas criminales de la Inquisición las cosas son al revés: aquí tiene lugar el derecho de clemencia y de depreciación, y en cambio, de nada sirven los méritos personales,

(1) *Duni*: Il perdono giudiziale, *Turin*, 1941. *Battaglia*: Il perdono giudiziale, en *Scuola Positiva*, 1933, núms. 11 y 12.

la nobleza, la dignidad, los parientes y los amigos, sino sólo *la humilde contrición, la confesión justa y la esperanza de que el reo haya de vivir honradamente en el futuro*».

Estas palabras, que nos recuerdan el fundamento y el espíritu de la moderna institución de la *condena condicional* — admitida ya por el nuevo Código canónico en su canon 2.288, para los reos que delinquen por primera vez, después de haber llevado una vida ejemplar e intachable, así como en el párrafo 3.º del canon 2.233, en cuya legislación de ambos cánones se aprecia bien el espíritu de benignidad con que procede, aun en nuestros días, la Iglesia en el ejercicio de su potestad punitiva— se encuentran repetidas por otros muchos tratadistas acerca del crimen de herejía.

Alfonso de Castro, refiriéndose a la reconciliación del que confiesa el delito después de acusado y citado, dice que «debe ser recibido a misericordia, si el juez advierte en él *dolor por el pecado cometido y tiene fundada esperanza de su enmienda*».

Sigue nuestro autor indicándonos la influencia que dicha práctica tuvo en las leyes civiles de otros tiempos. «La ley del perdón a los herejes penitentes — dice — pasó del Derecho canónico a las leyes civiles que penaban la herejía. En el Código teodosiano y el de Justiniano se prescribía la admisión y el perdón de los herejes que confesaban la fe católica, por muchos y graves que fueran sus crímenes, y aunque hubieran permanecido tiempo y con plena deliberación en el mal. Sólo estaban exceptuados los relapsos» (1).

El perdón judicial tiene en el actual Derecho su expresión más importante en la llamada *Condena condicional*. Empleamos esta denominación por ser la consagrada por el uso, sin dejar de reconocer la impropiedad de la expresión, dada la forma que la institución ha adoptado

(1) Montes, P. Jerónimo, O. S. A.: *El crimen de herejía*, Madrid, 1918, p. 281 a 283.

en casi todos los países de Europa. No es la condena lo condicional, sino la ejecución de la sentencia y la remisión de la pena. Esta, una vez impuesta, se perdona o se suspende, pero a condición de que el penado no delinqua de nuevo dentro del plazo que se le señala; si no se cumple esta condición, la condena se ejecuta» (1).

El delito —dice Bernaldo de Quirós— es probado y atribuido a quien le cometió; reconócese su culpabilidad y su sentencia. Todo marcha hasta este momento con el funcionamiento ordinario de las leyes penales y procesales. Pero cuando se ha determinado la pena, de improviso queda detenida su ejecución. Entonces el delincuente es puesto en libertad, advertido de que a la primera reincidencia en que incurra en un plazo determinado, como indicamos en las líneas anteriores, la pena caerá sobre él con la agravación consiguiente a la recaída...

Según Prins, esta institución tiene remotos precedentes en la *Frank pledge* del Derecho anglosajón, y por lo que se refiere al continente europeo en el antiguo Derecho francés, según el cual el soberano a los jueces podían detener el curso de cualquier proceso (Ordenanza de 1670), resultando de este acto el perdón del reo, arbitrio judicial que fue derogado por la Revolución para resucitar un siglo más tarde transformado en la *ley del perdón y en la condena condicional* (1885-1891).

Pero en opinión del ilustre investigador Loeffler (2), evidenciada veinte años más tarde por los textos irrefutables de nuestro P. Montes en su obra maestra: *El Crimen de Herejía*, fueron las prácticas penales canónicas y el espíritu de la Iglesia, que ha sido siempre de indulgencia para la primera falta, sobre todo, cuando a ella se sigue o hay esperanza de que se siga el arrepentimiento, quienes la aplicaban a través de los Tribunales de la Inquisición, según se desprende de los *Comentarios de*

(1) P. Montes. Derecho penal español, volumen II, pág. 186.

(2) Bulletin de l'Union intern de Droit pénal, 1893, pág. 66.

Bartolo y algún texto de Aretino, si bien no era tampoco desconocida por los jurisconsultos del siglo XVI.

Asimismo, podemos incluir entre los precedentes de esta institución aquellos cánones de los Concilios de Toledo que ordenaban la extinción de la pena por la enmienda del culpable, las leyes civiles que prescribían cosa parecida con su sistema de rebaja de penas y rehabilitación del reo, otorgadas por el mismo tribunal sentenciador en vista del buen comportamiento del penado, nos ofrece uno de los más notables precedentes de la condena condicional (arts. 144-146), y, finalmente la presentación espontánea al juez, si se trata del primer delito, como se practicaba por los jueces de la Inquisición.»

Cuando la Inquisición iba encaminada a investigar el estado de una localidad, región o colectividad en materia de fe (*inquisición general*), se publicaba un edicto en que se excitaba a todos los que se juzgasen culpables de herejía a presentarse ante los inquisidores y confesar sus culpas, con promesa de perdón para los que lo hiciesen dentro del plazo que se fijaba, que solía ser de treinta días, cuarenta o más, a juicio de los inquisidores. Los que se presentaban durante ese plazo, que se llamó de gracia (*tempus gratiae*), eran absueltos y reconciliados, con una leve penitencia, que solía consistir en alguna obra de devoción o un pequeño sacrificio pecuniario, según el delito y la condición de las personas... estaban excluidos de esta gracia especial, tanto los relapsos, como los que ya habían gozado otra vez del mismo beneficio (1).

El perdón concedido al primer delito, o sea, al hereje primario que se arrepentía, y negado al reincidente era, en sustancia, nuestra *condena condicional*, aplicada a una penalidad más grave. También el tribunal de la Inquisición remitía la pena legal al que, condenado por primera vez, quería aprovecharse de este beneficio; pero *con-*

(1) P. Montes, P. Jerónimo, O. S. A.: El crimen de herejía, Madrid, 1918, págs. 182-183.

dicionalmente, haciéndole saber que si reincidía, ya no había remisión para él, y no podía librarse, por sincero que fuera su arrepentimiento, de la pena de muerte con que las leyes civiles castigaban el crimen de herejía (1).

No obstante, la institución, tal como hoy existe, es de origen americano. Se aplicó por primera vez en el Estado norteamericano de Massachusetts (1869), época en la que sólo se aplicaba a los delincuentes menores, haciéndose extensiva años más tarde (1879) en Boston, por primera vez, a los delincuentes adultos, y en el 1902 se hace objeto de una ley federal para todos los Estados de la Unión.

La institución de la pena condicional es recogida en Inglaterra en las leyes de 1879 y 1887. En el continente europeo, si bien presentando un matiz distinto del adoptado por los Estados Unidos, se puso en vigor primeramente en Neuchâtel; luego en Bélgica y en Francia (por la ley de 1891); en el cantón de Ginebra (ley 29 octubre 1892); en Portugal (ley 6 junio 1893); en el Gran Ducado de Luxemburgo (ley 10 mayo 1892); en Italia (ley Rouchetti 26 junio 1904); en Alemania adquirió forma peculiar, peculiar, pues no eran los jueces quienes la aplicaban, sino los Gobiernos de los Lander los que concedían el indulto condicionándolo por un período de prueba (2).

La condena condicional es una de las instituciones penales que ha alcanzado mayor éxito a la vez que difusión. En España el Código de 1882 — primer Código español—, con su sistema de rebaja de penas y rehabilitación del reo anteriormente indicadas, tras algunos proyectos, fué adoptada y reglamentada tomando carta de naturaleza por ley de 17 de marzo de 1908, que en su artículo primero facultaba a los Tribunales para otorgar motivadamente por sí o aplicar por ministerio de la ley, la condena condicional por plazo de tres a seis años, autorizando dicha condena condicional para las penas

(1) P. Montes: *Ibid. obr. cit.*, pág. 426.

(2) Antón Oneca y Rodríguez Muñoz: *Derecho penal, vol. I, Madrid 1949*, pág. 526.

privativas de libertad que no excedan del año; a su vez establecía importantes excenciones por la naturaleza del delito.

Sus principales preceptos fueron incluidos en el Código de 1932, si bien adoptando un criterio más subjetivo, que luego ha mantenido el vigente de 1944, en sus artículos 92 al 97, ambos inclusive, introduciendo dos importantes modificaciones: extender la suspensión a las penas de dos años (como el Código de 1928), si bien con carácter excepcional, y ampliarla a las faltas. Son requisitos legales indispensables para la concesión del beneficio: 1.º «Que el reo haya delinquido por primera vez. 2.º Que no haya sido declarado en rebeldía. 3.º Que la pena consista en privación de libertad, cuya duración no exceda de un año y esté impuesta como principal del delito o falta o como subsidiaria por insolvencia en caso de multa».

El Código del 44 ha seguido una línea media entre el límite de un año de la ley de 1908 y del Código de 1932, y los dos años del Código de la Dictadura, y sólo de modo excepcional acepta este último para el caso de alguna atenuante muy calificada. La condena condicional no será extensiva a las penas accesorias ni alcanzará a las responsabilidades civiles (art. 97).

En vista de los precedentes de la condena condicional que quedan apuntados y que pueden estudiarse ampliamente en el interesantísimo y único libro en su género: *El Crimen de herejía*, bien podemos afirmar que, si la institución es nueva en cuanto al nombre y la reglamentación, es muy vieja en cuanto a su esencia y al espíritu que la informa.

Finalmente, el arresto en casa, que es hoy uno de los substitutivos penales, o sea, uno de los medios ideados en los tiempos modernos para evitar los desastrosos efectos que suelen producir las penas carcelarias de corta duración, está indicado para hechos de ínfima gravedad y significa una privación de libertad, con la ventaja sobre la

prisión de no arrancar al reo de su ambiente familiar. Sin embargo, hasta el presente ha tenido escasa aceptación y raras son las legislaciones que lo han aceptado (Código austriaco, el argentino sólo para mujeres honestas y personas mayores de sesenta años o valetudinarias, art. 10), por la dificultad de fiscalizar su cumplimiento, sobre todo, en las grandes ciudades, y el perjuicio económico que su ocio forzoso produce para los familiares que viven de su salario (1).

En virtud de la ley de 3 de enero de 1907, quedó admitida esta forma de cumplirse el arresto menor — hasta treinta días — en nuestro Código penal de 1870. Si la pena no pasa de cinco días puede cumplirse en la propia casa, y si ésta es de más duración en la Casa consistorial u otra del Ayuntamiento en que se hubiere realizado el hecho que se pena (art. 119 del citado Código).

El Código de 1928 concedía al tribunal sentenciador la facultad de «autorizar al reo, cuando no se trataba de faltas de hurto o estafa, cumplir el arresto que no excedía de quince días en su domicilio (art. 178), y el del 32 ponía por límites, que no excediera de diez días y la condena no se hubiere impuesto por falta de hurto o defraudación. La redacción del artículo 85 correspondiente a nuestro actual Código vigente de 1944, hace desaparecer el tope de los cinco o diez días, e incorpora el criterio de los motivos. Dice así: «el Tribunal podrá autorizar al reo para que cumpla en su propio domicilio el arresto menor, siempre que la falta castigada no tuviere un motivo deshonroso ni fuere por hurto o defraudación» (art. 85).

«El arresto en la propia casa se practicó ya — como tantas otras cosas que desaparecieron y vuelven a ponerse de moda — por los Tribunales de la Inquisición, y aun por los tribunales civiles. La propia casa por cárcel se aplicó ordinariamente a la prisión de custodia o preventiva; pero al menos en la Inquisición española se exten-

(1) *Antón Oneca y Rodríguez Muñoz: Derecho penal, vol. I, página 524.*

dió también a la prisión penal respecto de los penitenciados, como disponían las instrucciones de 1488, no siempre como un ideal, sino más bien por la insuficiencia de establecimientos adecuados. Sea como quiera, la idea de la prisión en el propio penado no fué desconocida para los legisladores y los jueces de la Inquisición (1).

Pero los *terribles* tribunales del Santo Oficio no se contentaron con las mezquinas aspiraciones de los penalistas modernos en este punto. «Cuando el condenado a cárcel perpetua —que era más bien por tiempo *indefinido*, y solía indultársele a los tres años— era casado, se permitía libre entrada de la mujer en la celda del marido, y lo mismo éste cuando la mujer era la penitenciada (2). Se llegó a más en este último caso, y fué el asignar por cárcel a la mujer la casa propia del marido, para que, como dicen los autores, les sea posible la cohabitación, y se cumplan las palabras de la Escritura (Mat. XIX, 6): *quod Deus conjunxit homo non separet*. Y me parece muy justo —agrega el comentarista Eymeric— que cuando la mujer, convertida de la herejía, haya sido condenada a la perpetua reclusión, se la designe por cárcel la casa del marido, para que puedan más cómodamente vivir juntos (3).

Como precedente doctrinal de esta institución o reforma, son dignas de transcribirse estas palabras del abate Hervás y Panduro, escritor del siglo XVIII, que fué mucho más allá que todas las aspiraciones antiguas y modernas. «Limitadísimas son —dice— las vistas de la legislación presente que no han sabido encontrar el modo de castigar al artesano en su tienda o taller, y al labrador arando... Vístanse los legisladores de humanidad, y ésta

(1) Montes, P. Jerónimo, O. S. A., El crimen de herejía, pág. 343.

(2) Ya en el Concilio de Béziers (1246) se había ordenado así: «*Sit autem liber accessus uxoris ad virum immutatum, et e converso, ne cohabitatio degenetur eisdem, sive ambo immurati fuerint, sive alter*». El crimen de herejía, págs. 355-356.

(3) Coment. 142 de la 3.^a parte del Directorium.

les suministrará castigos útiles y racionales en lugar de hediondos calabozos, pesados cepos y cadenas y crueles tormentos .. El buen legislador debe castigar a los reos, mas no castigue en ellos a la sociedad, por que se castigará a sí mismo. Piense en dar aquellos castigos de que resulte el bien de todos, y de este modo, a excepción de la pequeña cárcel que se necesita para los homicidas, indignos de perdón alguno, no *tendrá más cárceles, calabozos, cepos, etc., que su casa propia* y las casas de sus súbditos» (1).

(1) *Hervás y Panduro: Historia de la vida del hombre, 1786, libro IV, cap. IV.*