

El P. Jerónimo Montes en la penología española

POR

JOSE MARIA LOPEZ RIOCEREZO, O. S. A.

V (*)

Formación y desarrollo de la ciencia penal.

El P. Jerónimo Montes dedica parte del capítulo cuarto de su obra el estudio y desarrollo de la ciencia penal (1), en el que, después de indicar los precedentes de la misma en los pueblos de la antigüedad, detiene su atención en el influjo saludable y benéfico, ejercido por la doctrina regeneradora del Evangelio y por la filosofía cristiana en la elaboración de esta ciencia. La Iglesia en sus múltiples y variadísimos aspectos contribuyó poderosamente

(*) Véase ARCHIVO AGUSTINIANO, mayo-agosto, 1953, págs. 196-214.

(1) El Derecho penal es, sin duda, instrumento de defensa social. La sociedad mediante la ley penal trata de conservar su existencia; pero a la vez es reparación de un orden de derecho indispensable para que la sociedad exista, reflejo de la ley eterna en la vida social, refutación del mal y del desorden, restauración del imperio de la justicia. No hay que cansarse de repetirlo.

samente, sobre todo con sus instituciones benéficas, con las obras de los Santos Padres, teólogos, moralistas y escritores cristianos, con los libros penitenciales y el Derecho canónico al desarrollo y desenvolvimiento de los estudios penales haciéndolos entrar en sus propios y naturales cauces.

Pone luego de manifiesto la influencia debida al milanés César Beccaria Bonesana, marqués de Beccaria (2): *Dei delitti e delle pene*, primer tratado de Derecho penal que escribió a los veinticinco años de edad y publicó, como anónimo, en julio de 1764, en Liorna, a instancias del conde Verri, a quien desagradó que su autor, «por amor a la reputación literaria y a la libertad», le publicara ocultamente. Beccaria, hombre pacífico y hasta tímido, no creía conveniente sacrificar su tranquilidad y la de su familia a la verdad, tal como la comprendía su amigo. La obra era una osadía muy expuesta. El antiguo aforismo *primum vivere, deinde philosophari*, tuvo aquí más que cumplida confirmación.

Grandes elogios tributaron a este libro los enciclopedistas franceses, en cuyas corrientes se había formado el autor, especialmente Voltaire y Diderot (3), lo que bastó

(2) Sin llegar al extremo—muy corriente, por cierto—de creer que hasta él sólo hubo pobres glosadores de las leyes penales. Un ejemplo, entre otros muchos, de esa creencia y error, nos lo ofrece el señor Bernaldo de Quirós, el cual en el «Apéndice a los Prolegómenos de Derecho penal», por Emilio Brusa, dice: «Y, realmente, la historia del pensamiento humano, reflexivo y científico, sobre el crimen y la pena, empieza, sino de modo absoluto, por lo menos desde que el hecho adquiere tamaño relieve que lo hace perceptible a la simple vista, a fines del siglo XVIII.» Según esto, la ciencia penal de los anteriores a esta época, la ciencia de un Alfonso de Castro, de un Antonio Gómez, de un Carpzowio, de un Farinacci, de un Diego de Covarrubias y Leiva, de un Julio Claro y Huarte de San Juan, etcétera, era una ciencia *no perceptible a la simple vista*, es decir, una ciencia microscópica. Vid. Amor y Neveiro, Constante: *Bibliografía de los Estudios Penales*, Madrid, 1918, págs. 16 y 17, nota 7.^a

(3) D'Elille le llama «bella obra», D'Alembert «breviario de los soberanos y legisladores», y Voltaire dijo de él que «era en la moral lo que en la medicina aquellos pocos remedios que curan nuestros males».

para que no sólo en Italia, donde había pasado casi inadvertido, sino en las demás naciones, empezara a ser conocido y traducido en poco tiempo a una larga veintena de idiomas, que despertó apasionadas controversias en las Universidades y produjo un gran movimiento científico, rápidamente propagado por todas partes (4), llegando hasta las alturas del Poder y provocando radicales reformas en la legislación de varios Estados.

Es, sin embargo, un libro carente de originalidad en sus teorías. El mismo se confiesa seguidor de Montesquieu, Helvetius, Condillac, Rousseau, y la crítica de la justicia penal del antiguo régimen había sido hecha ya por el mismo Voltaire en su campaña sobre el proceso Calas. Pero el autor supo aprovechar la oportunidad para escribir su libro, y a esto fué debido el éxito del mismo; y así este pequeño volumen, refutado por Muyart de Vouglans (5) y por Jousse (6) y por Rousseeau de la Combe, con tartufismo inaguantable, produjo enorme efecto en el mundo.

La revolución francesa vino a favorecer de una manera decisiva el movimiento de reforma penal que Beccaria iniciara. La nueva Francia inspiró en las páginas del gran italiano y en el *Contrato Social*, de Rousseau, sus Códigos penales: el del 21 de enero de 1791, el de 3 de brumario del año IV (25 de octubre de 1795) que preparó y redactó Merlin, votado en dos secciones por la Convención, donde por vez primera se adopta el sistema de artículos comprendiendo 646.

Tuvo escasa vida legal, y el de 1810, llamado de Napoleón, que tiene fuerza obligatoria desde el 1 de enero de 1811, y cuya vigencia alcanza a los días de la Francia

(4) Al año siguiente de su publicación, en octubre de 1765, la Sociedad Patriótica de Berna le asignaba una medalla de oro, ignorando aún quién fuera su autor.

(5) Réfutation du «Traité des délits et des Péines».

(6) *Traité de Justice criminelle*, t. I, pág. 64.

de hoy, salvo las innumerables modificaciones, y que tanto contribuyó a promover la codificación penal en Europa, explica, junto con aquella dulce conmoción que despertó en pro de la mitigación de las penas la difusión e importancia del libro. Casi todas sus propuestas pasaron a las legislaciones. Según Ellero setenta de las ochenta proposiciones contenidas en aquél han sido llevadas a la práctica, y muchas perduran en la actualidad (7).

El derecho penal estaba en su tiempo muy atrasado aún. Sentíase la necesidad de su reforma; su teoría se basaba en una sentimental compasión hacia el delincuente, y al enaltecer la personalidad de los malhechores disminuía la de la autoridad encargada de mirar por la observancia de las leyes, todo lo cual, unido al humanitarismo enciclopedista de la época, hace que el autor someta a severa crítica el derecho penal existente, abogando, en nombre de la dignidad humana, por la supresión de ciertas penas, como la de muerte (admitida, sin embargo, en casos de excepción), y la disminución de todas, hasta el extremo de conseguir la popularidad para su obra, no obstante los muchos errores que en la misma existen.

Tres veces fué condenada por la Inquisición de Roma, y en España fué prohibida por edicto de 20 de junio de 1777. Más tarde se hacen varias traducciones anónimas por temor a la citada Inquisición, hasta que en el año 1821 es traducida, primero por Juan Rivera y más tarde, en el año 1879, por Pascual Vincent, conforme al texto publicado en Florencia por César Cantú.

El penalista escurialense, al igual que el jeronimo P. Fernando Ceballos en el siglo XVIII (8), examina tan

(7) Jiménez de Asúa, Luis: *Tratado de Derecho penal*, t. I, Buenos Aires, Edit. Losada, S. A., 1950, págs. 216-221.

(8) El P. Fernando de Ceballos, en algunos pasajes de los tomos IV y V de su obra *La falsa filosofía convencida de crimen de Estado*, verdadera enciclopedia, censura acremente el libro intitulado *De los Delitos y de las Penas*, al que califica de impío contra la

minuciosamente en sus principios y derivaciones este libro de Beccaria, que nos haríamos interminables y no sería propio del fin propuesto al encabezamiento de este capítulo.

Los continuadores de Beccaria, entre los que se destacan Romagnosi y Carrara, dedicaron sus esfuerzos a robustecer los débiles fundamentos de la obra del maestro hasta completar, con sus valiosas aportaciones, el espléndido monumento jurídico que se llama *escuela clásica italiana*, denominada por primera vez «Escuela Clásica Criminal», por Enrique Ferri, en su discurso sobre «Los nuevos horizontes del Derecho y procedimiento penal», pronunciado en la Universidad de Bolonia en 1880 (9), la cual, a pesar de los violentos ataques de sus adversarios y de haberla derrumbado tantas veces con la pluma continúa en pie, dispuesta a desafiar las injurias de los hombres y las inclemencias del tiempo (10).

Fueron iniciadores de esta escuela los llamados fundadores de la ciencia penal: Beccaria (11), Filangieri (12)

Religión cristiana, de sedicioso contra la soberanía y la autoridad, de escandaloso, subversivo del orden público y de la obediencia que deben todos los súbditos, y se compromete a demostrarlo.

A ese fin debió de escribir el P. Ceballos la siguiente obra, hasta el presente inédita, y que tal vez fuera destinada a formar parte de la *Falsa filosofía*, titulada *Análisis del libro de los delitos y de las penas*, con la refutación del sistema criminal trazado en él para la república de los materialistas, en 4 de diciembre de 1776, por el R. P. Fr. Fernando de Ceballos.

Para que nadie gratuitamente suponga que el P. Ceballos trata asuntos extraños a su profesión, y *a priori* le niegue competencia en ellos, debemos advertir que, antes de entrar en el convento de San Isidro del Campo, perteneciente a la Orden de San Jerónimo, se graduó a los veintidós años en Teología, Derecho y Cánones por la Universidad de Sevilla, que le reputa como una de sus preclaras glorias, y a cuya Iglesia con gran acuerdo, al lado de otros célebres escritores andaluces, fueron trasladados sus restos el año 1863, que yacían en su derruido convento.

(9) Clásico significa lo consagrado, lo ilustre, lo excelso.

(10) García, P. Esteban, O. S. A.: «Labor jurídico penal del Padre J. Montes», *Rev. Religión y Cultura*, vol. XVIII, págs. 18-22.

(11) Beccaria: «Dei delitti e della pena», 1764.

(12) Filangieri (1752-1788), autor de «*Scienza della legislazione*», Nápoles, 1780-1785.

Romagnosi (13), autores de fines del siglo XVIII. Pero quienes levantaron las paredes maestras de la doctrina clásica italiana fueron: Rossi (14), Carminagni (15) y Carrara (16). El monumental *Programa* de este último es la obra cumbre de la escuela. Más tarde sostuvieron los principios tradicionales de la escuela frente al positivismo: Pessina (17) y Lucchini (18). Los criterios dominantes de esta escuela clásica o indeterminista que en el terreno del Derecho penal dominó hasta mediados del pasado siglo, se pueden sintetizar en los apartados siguientes, atendiendo al *método, a las bases de responsabilidad, al delito y a la pena*: A) Método esencialmente racionalista. B) Responsabilidad moral, basada en el libre albedrío. El hombre, según esta escuela, goza de verdadera libertad, es dueño de sus actos, y en consecuencia se le pueden imputar para premio o para pena, exigiéndole la responsabilidad de los mismos. C) El estudio preponderante de la acción criminal teniendo, no obstante, en cuenta las pasiones humanas y demás circunstancias de tipo subjetivo para atenuar o agravar la responsabilidad. D) El sentido retributivo de la pena, cuyo fin primario es la reparación y seguridad del orden jurídico perturbado a causa del crimen, sin abandonar por eso el aspecto preventivo del Derecho penal. E) Admisión del principio de legalidad, o sea que el delito o acción antijurídica es la transgresión libre de la ley, la cual regula detalladamente la función punitiva para que

(13) Romagnosi (1761-1835), *Genesis del diritto penale*, 1791. Es, según los italianos, el fundador de la Sociología criminal.

(14) Rossi (1787-1848) publicó en francés su *Traité de droit pénal*, 1829.

(15) Carminagni (1768-1847), *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa, 1831.

(16) Carrara (1805-1888). Sus obras principales son: *Programma del corso di diritto criminale*, 9 vol., publicado de 1861 a 1870; *Opuscoli di diritto criminale*, 5 vols., Luca, 1870.

(17) Pessina (1828-1916), *Elementi di diritto penale*, 1872.

(18) Lucchini, su obra más conocida es el alegato contra la escuela positivista: *I Semplicisti. Antropologia, Psicologia e Sociologia del Diritto penale*, Turín, Unione Tipografico-Editrice, 1886.

el individuo quede a salvo de las arbitrariedades de los jueces; y la dulcificación y humanización de las penas esto, la pena, debe limitarse, a lo estrictamente necesario.

A lo largo del siglo XIX aparecen multitud de teorías penales, secuela y aplicación de los sistemas filosóficos dominantes en cada país. Así, en Inglaterra, por efecto de las doctrinas de Bentham adquiere carta de naturaleza la escuela utilitaria; en Alemania están en boga las teorías de la justicia absoluta y de la reafirmación del derecho, por influjo de Kant y Hegel, según el cual la pena se justifica en sí misma en ser retribución del delito realizado; en Francia lo llena todo la doctrina de Pellegrino Rossi, influida tanto por el eclecticismo filosófico de Cousin y De Broglie, como por las enseñanzas de Guizot y Lucas, y que en unión de Trebutien, Ortolan y Milinier constituyen la *communis opinio* de la escuela francesa; España, a pesar de tener tradiciones y materiales dignos de la mayor estima, tardó en entrar en el movimiento de la reforma. Hubo esfuerzos aislados, como el de Lardizábal—y algunos otros—que, con su *Discurso* sobre las penas..., trató de conseguir la humanización de las prácticas penales en uso; pero sin lograr despertar afición a estos estudios ni menos formar escuela.

El clasicismo en su doctrina ecléctica francesa, tomada de Rossi, tuvo un convencido propagandista en Pacheco, que con elocuencia persuasiva expuso sus ideas con gran éxito en el Ateneo de Madrid en los años 1839 y 1840 con sus célebres *Lecciones de Derecho penal*, publicadas luego en dos volúmenes, bajo el título de *Estudios del Derecho penal* (Madrid, 1843-1843) y que produjeron enorme sensación en su época.

Su trabajo no resultó estéril, ya que arraigaron fuertemente entre nosotros, e informaron el Código de 1848, pues es bien conocida la parte destacada que este insigne político del partido conservador tomó en la confección del

citado Código, «obra capital—nos dirá su biógrafo señor Valdés Rubio—de don Joaquín Francisco Pacheco, y que ha sido tenido en cuenta por casi todos los legisladores y reproducido en los Estados del Centro y del Sur de América, debiendo atribuirsele influencia tan sorprendente a la justicia de muchas de sus disposiciones». En realidad, en su parte fundamental, y salvo extensas modificaciones, siguen sus normas y disposiciones vigentes en el Código penal de hoy.

Pacheco combate los sistemas utilitarios divulgados en España por los seguidores de Bentham y acepta, en cambio, el principio de la retribución moderado por el de la utilidad. «Mal por mal—dice—es el principio que satisface nuestra conciencia; su conveniencia es la regla que al legislador indicará cómo y hasta dónde ha de llegar, sin que jamás sea causa suficiente para llevar los castigos más allá de lo que en absoluto autoriza al derecho» (19).

Así, Pacheco, como buen ecléctico, concilia los fines individuales y sociales de la pena. Los primeros son: *la expiación y la corrección*. Los segundos: *la intimidación y la ejemplaridad*.

La *escuela clásica* alcanza su punto culminante hacia la mitad del siglo XIX, al ver la luz el Programa del célebre criminalista Francisco Carrara, con razón llamado por uno de sus contemporáneos y compatriotas el Nestor de los criminalistas italianos. Su proyección reviste tan esplendoroso auge, que apenas si existe cabida para otra concepción que no sea la suya; por esto sus contemporáneos, como Tolomei, Buccellati, Brusa y otros, expresan con algunas variantes los supuestos formulados por aquél, y que a pesar de la gran variedad de matices de los doctrinarios del clasicismo, se observan en ellos los principios

(19) Pacheco: *Estudios de Derecho penal*, 5.ª edic., Madrid, 1887, págs. 242-243. Romero Girón: *Pacheco y el movimiento de la legislación penal en España en el presente siglo*. Conferencia en el Ateneo de Madrid: en *La España del siglo XIX*, tomo III.

comunes que acabamos de enumerar más éste del empleo del método lógico abstracto como base del razonamiento.

Diametralmente opuesta a la anterior está la *escuela positivista* (20) que, aparte de su carácter unitario, presenta la característica común de utilizar el método experimental, dando la impresión por momentos, de que los problemas penales van solucionándose a fuerza de medir y contar.

Esta escuela tiene su origen en los estudios realizados por Lombroso y sus discípulos sobre el crimen, y más especialmente sobre el criminal, de la cual afirma un notable escritor, parece tuvo por misión destruir las antiguas bases del Derecho penal y sustituir el sistema clásico de las penas por otro enteramente nuevo, apoyado en *más sólidos cimientos*. Dichos cimientos, más sólidos por ser científicos, se reducen a los siguientes:

a) Método experimental (este método fué empleado ya con anterioridad a la escuela por Giuliano, Cataneo, etcétera).

b) Negación del libre albedrío y absoluta imposibilidad de fundar sobre él la ciencia penal.

c) El criminal es arrastrado fatalmente al crimen y constituye un *tipo* reconocible por ciertos caracteres anatómicos, fisiológicos y biológicos.

d) El crimen no encierra culpabilidad porque no es otra cosa que el resultado y efecto necesario de anomalías orgánicas y biológicas (degeneración, atavismo, herencia, locura, etc.), combinadas con influencias del ambiente social.

(20) El inventor de la Sociología, Augusto Comte, el filósofo Spencer y el italiano Ardigó fueron los maestros de los penalistas italianos fundadores de la *Escuela positiva*, el médico Lombroso, el magistrado Garófalo y el abogado Ferri. Al frente de la literatura de la escuela están los tan conocidos libros de estos tres penalistas: *El hombre delincuente*, *La Criminología* y *Los nuevos horizontes del Derecho y del procedimiento penal*, respectivamente. Posteriormente, el estudio de Alfredo Frassati *La nueva escuela penal en Italia y en el extranjero* (1891), suministra abundantes noticias de dicho movimiento.

e) Como el crimen no implica la idea de culpa, la pena como castigo es inconcebible, y el Derecho penal debe ser puramente represivo y apoyarse en la necesidad de la defensa social. La sociedad puede y debe defenderse contra el criminal por la misma razón y con los mismos medios que emplea contra los locos, contra el perro hidrófobo o contra cualquier otro animal peligroso.

Tales eran los principios capitales de la escuela lombrosiana, cuya teoría del tipo criminal fué ardientemente combatida por otros penalistas, procedentes unos del mismo campo y patria, y otros de frentes y lugares distintos (21), quienes al separarse del maestro o luchar contra el fundador crearon nuevas escuelas que son, respecto de la antropología, como ramas prodecentes de un mismo tronco.

Así, de entre ellas nace igualmente en Italia, como ya había comenzado von Listz en Alemania, la llamada *terza scuola*, «tercera escuela», o positivismo crítico (22), que quiere reducir el Derecho penal a la idea de defensa social y ve en él tan sólo el resultado de la Sociología criminal, y cuyo representante más destacado fué Manuel Carnevale, quien inicia este movimiento ecléctico con su artículo «Una tercera escuela de Derecho penal en Italia» (*Revista Carcelaria*, julio, 1891). A él se unió Bernardino Alimena (muerto en 1915) con las obras *Naturalismo crítico y Derecho penal*, Roma, 1892; *La Escuela Crítica del Dere-*

(21) Tales son como Emilio Brusa, Luis Lucchini; el Padre Agostino Gemelli, en Italia; Gabriel Tarde y el sabio magistrado francés e insigne debelador de la escuela positivista italiana, Luis Proal, en Francia; Félix Aramburu y Quintiliano Saldaña, en España; Sebastián Soler y Ricardo C. Núñez, en la Argentina.

(22) Al *positivismo crítico* corresponde otra tendencia que nace en los países germanos y fué designada con el nombre de *escuela sociológica* o *joven escuela*, ecléctica entre la *retribución clásica* y la *pena de fin* de von Listz.

Su iniciador es Adolgo Merkel, a quien se suman luego Mauricio Liepmann, R. Schmidt, Oetker, van Calker, Stern y otros destacados penalistas alemanes.

cho penal, Nápoles, 1894; y el *Estudio del Derecho penal en las condiciones del saber presente*, 1900, y esta misma tendencia continuaron después el profesor de Catania (Vicente Lanza (23), el magistrado de Roma Silvio Longhi (24), Sabatini (25), etc., y en nuestra patria dió a conocer como nadie el ilustre académico y sabio penalista, catedrático de Madrid, don Eugenio Cuello Calón, que puso al alcance de nuestros penalistas los *Principios de Alimena* (26) y divulgó en España la nueva institución de los tribunales para niños (27).

Esta dirección combate la doctrina lombrosiana en varios puntos esenciales; aboga por la independencia del Derecho penal, señalando los límites a aquellas ciencias que, como la Biología y Sociología, aspiran a suplantarlo. El derecho penal es evidentemente sociología criminal, pero adaptada a las necesidades de la idea de justicia, como dice R. Saleilles, a la idea de la distinción del bien y del mal, y a la idea que de ellas nace la responsabilidad del ser humano: he ahí lo que hay que agregar a la fórmula de la escuela italiana.

Los puntos fundamentales de esta «tercera escuela» o naturalismo crítico son: 1.º Método experimental en las ciencias penales y lógico-jurídico en el Derecho penal; 2.º Respeto de la personalidad y autonomía del Derecho penal en su renovación científica; 3.º Causalidad y no fatalidad del delito y, por tanto, exclusión del tipo criminal antropológico, es decir, el delito como fenómeno natural y como ente jurídico; 4.º Reforma so-

(23) Lanza, Vicente: *El humanismo en el Derecho penal*, Palermo, 1906.

(24) Longhi, Silvio: *Repressione e prevenzione nel Diritto penale attuale*, Milán, 1911.

(25) Sabatini: *Principi di scienza del Diritto penale*, Catanzaro, 1918-1921.

(26) *Principios de Derecho penal*, Madrid, Suárez, 1915.

(27) Cuello Calón, Eugenio: *Tribunales para niños*, Madrid, 1917; *Criminalidad infantil y juvenil*, Barcelona, 1934.

cial, como deber del Estado en la lucha contra el delito.

Esta «tercera escuela» ve también en la *defensa social* la razón y el fundamento del derecho de castigar, único principio que resta cuando todos los demás fracasan, aunque dándole como medida la justicia, y poniéndole como límite el mínimo de sufrimiento individual dentro del máximo de defensa social, y en la pena el fin supremo de aquella defensa; fin que se diversifica en varios: *advertencia, intimidación, corrección e inocuización*. La pena como *amenaza*: advierte e intimida; como *ejecución*: intimida, corrige o inoculiza, según la categoría de los delincuentes. De los datos aportados por la escuela positivista acepta con preferencia los de la Sociología criminal, pero proclamando, a la vez, la autonomía del Derecho penal, como hemos indicado en las líneas anteriores. Uno de los más enconados enemigos de esta tendencia conciliadora fué el viejo profesor de Munich, Karl R. von Birkmeyer, que preguntó a von Listz qué dejaba del Derecho penal (28).

Esta dirección es componedora, de transición y de tipo evidentemente ecléctico, ya que en ella se admiten y barajan principios fundamentales clásicos y positivistas, tales como la visión del delito como fenómeno individual y social, así como la negación del libre albedrío, que la aproximan a la escuela positivista; en tanto que, la distinción entre imputables e inimputables, la emparentan con la escuela clásica. Al lado de las penas proporcionadas a la culpabilidad aparecen las medidas de seguridad en función a la peligrosidad. Ultimamente se tiende, como fase postrera del proceso unitario, a la unificación o a la creación de especies intermedias (29). Sin embar-

(28) Sánchez-Tejerina, Isaías: *Derecho penal español*, 5.^a edic., volumen I, págs. 64 y 65.

(29) Antolisei: *Problemi penali odierni*, Milán, 1940, págs. 161 y siguientes.

go, merced a su activa propaganda—nos dice el P. Esteban García—ha visto cristalizadas en los modernos Códigos y proyectos de Código, muchas de sus aspiraciones, como la supresión de las penas de corta duración, el tratamiento especial de los menores delincuentes, las medidas de seguridad, la condena condicional, el perdón en delitos leves, etc., etc.; si bien conviene hacer destacar que dichas aspiraciones, ni son nuevas ni de su uso exclusivo, no encajan dentro de sus principios básicos, de marcado y reconocido fondo determinista; mientras que, por el contrario, en nada se oponen a la doctrina tradicional, en cuyo campo pueden hallar amplio y completo desarrollo (30).

Luego de haber examinado—acaso con mayor detenimiento que se merece, atendiendo su descrédito científico—la teoría lombrosiana del delito, que incluso en la variedad que pudiéramos llamar sentimental de Garófalo, queda victoriosamente refutada y rebatida la postura incómoda de la «tercera escuela», examina el proceso psicológico interno de la delincuencia con brillante claridad y feliz acierto, aplicando las sólidas doctrinas que con respecto a la teoría de la libertad expusimos anteriormente.

Por último nos habla, ya en pleno siglo xx, de la dirección dogmática alemana, o positivismo jurídico, cuya principal figura es Binding (1814-1920) (31), que repercute más tarde en Italia en la denominada dirección técnico-jurídica, iniciada por Rocco (32) y Manzini (33), y

(30) García, P. Esteban, O. S. A.: *Ob. cit.*

(31) La posición metodológica de Binding está expuesta con la mayor elocuencia en el prólogo al *Gundriss des Deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil*, 8.ª edic., Léipzig, 1913.

(32) La posición metodológica de Rocco está trazada en «Il problema e il metodo della scienza del Diritto penale», en *Rivista di Diritto e procedura penale*, 1910. La obra capital de este autor es *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, vol. I, de *opere giuridiche*, Roma, 1932.

(33) Manzini: *Trattato*, I, págs. 6 y sigs.

es conocida en nuestro país a través de publicaciones de Jiménez de Asúa (34) y de la traducción del Tratado de Mezger, al que Rodríguez Muñoz ha anotado con perfecta asimilación de los métodos germánicos.

Finalmente, ya en nuestros días, se deja sentir la influencia de la escuela de Kiel, enlazando con el subjetivismo positivista, en el proyecto de código penal del cate drático de Sevilla don Federico Castejón (35).

«No es preciso seguir paso a paso al autor—nos indica el ilustre abogado señor Martínez García—en su meritísimo recorrido por los dominios del Derecho penal, cuyos problemas soluciona con gran conocimiento de causa, con erudito acopio de ideas de los más apuestos campos, apreciándolas con severa justicia y con des usada probidad científica.

»Al ocuparse de los grados en la infracción del Derecho, propone que se reduzca a una sola figura jurídica todo el proceso externo del delito, desde los actos preparatorios hasta el término de la acción, conforme insinuaron ya nuestros antiguos jurisconsultos y admitieron más tarde los proyectos de los códigos penales alemán y austríaco, donde con el nombre genérico de tentativa, se comprende, no sólo a ésta propiamente, sino también el delito frustrado, que se llama *tentativa consumada*», y han defendido en época no lejana Filangieri, Puglia, Saleilles, Prins, Alimena y otros muchos autores, si bien este último se muestra un tanto vacilante.

En el primer tratado de la parte general, nuestro profesor de Derecho penal de El Escorial, e investigador incansable del pensamiento jurídico español, lo dedica al estudio del delito y del delincuente.

(34) Jiménez de Asúa: *La teoría jurídica del delito*, discurso en la Universidad Central, Madrid, 1931.

(35) Castejón: «Hacia un Código penal subjetivo», en *Estudios jurídicos, fase de Derecho penal*, núm. 3.

El autor empieza su estudio afirmando la existencia conceptual del delito en todas las sociedades y en los códigos más antiguos que se conocen, después de descartar algunas definiciones por carecer de base metafísica, define el delito, contrastando su concepción con las de otros famosos penalistas, de la manera siguiente: *Una violación voluntaria del Derecho, cuyo restablecimiento exige una sanción penal*, o en otras palabras: *La violación de una norma de conducta, necesaria para la vida social, y cuyo cumplimiento es, o debe ser, exigido bajo la amenaza de una pena, hállese ésta o no establecida, en un pueblo determinado por una ley positiva* (36).

Por lo tanto, la noción del *delito* en nuestro ilustre monje agustino, tiene un carácter netamente jurídico que la distingue por completo, incluso de la tradicional de la escuela clásica.

Se acepte ésta o cualquiera otra definición substancialmente análoga, lo importante—dice—es reconocer en el delito estos dos elementos esenciales: uno *material* o externo, que es la ejecución de los hechos materiales del delito, y otro *moral* o interno, que es la voluntad, la intención, el propósito criminal, apreciación de la culpabilidad. Respecto al primero, considera que el fondo común no es otro que la idea de una utilidad colectiva o social, la cual se lesiona con el delito; en cuanto al segundo, anota que el cristianismo contribuyó en alta escala a su desarrollo. El primero sin el segundo ni infringe la moral, ni el derecho, ni es acto humano siquiera; y el segundo sin el primero, es sólo una infracción del orden moral, pero no del jurídico.

Para el P. Montes, la esencialidad del delito está en la contradicción con el orden natural superior, «¿pues

(36) Montes, P. Jerónimo, O. S. A.: *Derecho penal español*, volumen II, parte general, 2.ª edic., San Lorenzo de El Escorial, 1929, págs. 21 y sigts.

qué es lo que debe prohibir la ley positiva? De no admitirse la existencia de un orden jurídico superior con el cual debe conformarse la ley del Estado», no hallamos criterio posible, viene a decir el citado autor; en tanto que para Rossi y Pacheco consiste en la *infracción de un deber*, para Carrara en la *perturbación de la seguridad social*, o en su carácter antisocial, según Listz, y una nueva posición la ve en la «violación voluntaria de un Derecho».

Sin pretender llegar al fondo del problema que plantea el ilustre jurista agustino, resulta claro que las leyes humanas positivas no pueden poseer tanta certidumbre como las naturales, que la sanción penal sólo alcanza a aquellas cosas que puede evitar la «fragilidad humana» y que los preceptos humanos «deben prohibir, principalmente, aquellos vicios, infamias o delitos que perturban la República en su paz y tranquilidad» (D. de Soto).

Quizá por eso, el Código penal español no quiso, en su día, dar cabida a una definición científica—como dice nuestro autor—que en verdad hubiera sido un desatino. Entre otras muchas razones, nos dirá el señor Del Rosal, «porque las leyes penales sólo deben configurar sus conceptos en vista de su eficacia práctica, y a esto se llega cuando los criterios científicos han ganado una perspectiva de sazón y equilibrio y han remontado la fase polémica de la discusión científica» (37).

Acto seguido, y con datos experimentales y lógicos razonamientos, hace un magistral estudio del delincuente, examinando los principales puntos de la Antropología criminal lombrosiana (38), que fundamentalmente conoce y

(37) Del Rosal, Juan: *Principios de Derecho penal español*, parte general, tomo II, vol. I, Valladolid, 1948, pág. 420.

(38) Lombroso, médico legista, fundador de la Antropología Criminal, publica en el 1876 un libro sobre el hombre delincuente, siendo muchos los errores en él contenidos; su obra, sin embargo, por las polémicas que levantó y la orientación en él marcada, inicia una fase nueva para la ciencia penal.

combate; aquilata el valor científico del supuesto *tipo criminal* (39), al ocuparse de la pretendida anormalidad del delincuente desde los diversos puntos de vista que es sostenida—la degeneración, el atavismo y la locura—, criticando la clasificación que sobre esta base hace Ferri de los criminales, y que traen al recuerdo el *virtus fenomenon* y el *virtus noumenon* de Kant y dos de los términos de la trilogía del insigne sociólogo Ward: *génesis y telexis*; la primera es la de los delincuentes, según finalidad (causa final), en los cuales la conducta criminal es interesada, obedece a un cálculo de utilidades; la segunda clase es la de los delincuentes según causalidad (causas eficiente y material), cuya conducta obedece a un impulso y no a un fin, a una determinación de su temperamento (causa eficiente) o a la fatalidad del medio ambiente (causa material) y no a propósito alguno objetivo de utilidad personal. Finalmente, expone además, la significación de los factores de la delincuencia dentro de la doctrina del libre albedrío, especialmente por lo que se refiere a la herencia y a los temperamentos, indicando el gran poder de la educación para contrarrestar las inclinaciones congénitas» (40).

En el orden a la *responsabilidad criminal*, que concibe como «la necesidad moral y jurídica de atenerse el autor de un delito a las consecuencias de su acción, y rendir cuentas ante el poder social de la violación voluntaria y consciente, dolosa o culpable, de un precepto penal», se ocupa de las circunstancias modificativas de la

(39) El delincuente es para el positivismo, un epiléptico, un impulsivo (Lombroso), un semiloco (Ferri), un inadaptado alas condiciones fundamentales de la existencia del organismo natural de la sociedad, y para el materialismo histórico (Vaccaro) es el tipo verdaderamente normal y sano, que no se adapta a la tiranía de los fuertes, que se rebela frente a la ley arbitraria de un egoísmo de clase. La lógica rigurosa del P. Montes ha encontrado en el fondo de estas concepciones el anarquismo penal.

(40) García, P. Esteban, O. S. A.: *Ob. cit.*

indicada responsabilidad, que no puede identificarse con la de la sociedad, como Ferri y Tarde, entre otros, pretenden en sus tesis de sentencias panteístas; al estudiar las causas de justificación, analiza en distintos lugares (41), con gran acierto, el estado de necesidad, desde varios puntos de vista tratados por teólogos, canonistas y jurisconsultos, y pasado por alto en nuestro Código del 70 respecto al caso, frecuentemente registrado, de la apropiación de cosas ajenas para no morir de hambre. Al igual que los autores más modernos, de entre ellos nuestro sabio maestro, señor Cuello Calón, y en contra de la opinión favorable a la responsabilidad criminal de las personas sociales defendida primero por Gierke y Mestre (42) y más tarde, por Listz (43) y Prins (44), y, posteriormente, por gran número de penalistas, entre ellos, en España, Quintiliano Saldaña (45), resuelve negativamente el problema que plantea acerca de si la persona social puede ser sujeto de responsabilidad criminal.

«No hay responsabilidad criminal—nos dice el ilustre académico, señor Cuello Calón—para las sociedades o entidades; son responsables únicamente los elementos directivos, mandatarios o funcionarios que perpetraron el hecho delictivo.» Y en idéntico sentido se pronuncia el Padre Montes, cuando años antes escribe: «No dudamos en afirmar que la persona jurídica no puede delinquir ni ser sujeto de la responsabilidad criminal. Como estas condiciones de responsabilidad criminal e imputabili-

(41) Montes, P. Jerónimo, O. S. A.: *Ob. cit.*, vol. I, edic. 1.^a, páginas 458 y 528.

(42) Gierke: *Die Genossenschaftstheorie*, Berlín, 1874. Mestre: *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, París, 1889.

(43) Listz: *Lehrbuch*, párrafo 28, nota 3.^a (Cuello Calón, volumen I, pág. 274).

(44) Prins: *Science pénale et droit positif*, Bruselas, 1889, página 118.

(45) Saldaña, Quintiliano: *Capacidad criminal de las personas sociales*, Madrid, 1927.

dad en su autor al tiempo de obrar sólo se dan en el hombre individuo, en la persona física, síguese que sólo el hombre-individuo puede ser sujeto responsable criminalmente, y no pueden serlo, ni los animales ni la persona social» (46).

Con ello, no hace más que afirmar la doctrina más admitida: la incapacidad criminal en las personas morales, y por lo mismo, la afirmación de que sólo el ser individual es sujeto activo del delito.

El Código penal vigente, lo mismo que los anteriores de 1870 y 1932, si bien no regula expresamente este punto, no obstante, existen numerosas sentencias de la jurisprudencia del T. S. (18 enero 1903; 13 y 27 diciembre 1913; 20 febrero 1914, y en análogo sentido, la del 8 de mayo de 1928) más algunos delitos en particular que confirman el carácter individual de la responsabilidad. En caso de asociaciones ilícitas (arts. 172 y 173), son declarados responsables los fundadores, dirigentes y miembros de las mismas (arts. 174 a 176), sin que nada se declare respecto a las asociaciones. Idéntico es el precepto del artículo 238, relativo a la desobediencia de órdenes expresas del Gobierno. Precepto que proviene de los artículos 47 y 48 de la Ley de Seguridad del Estado. Y unos artículos más tarde, en el 265, cuyo antecedente legislativo está en el artículo 9 de la Ley de Tenencia ilícita de armas, hace recaer su responsabilidad penal pura y exclusivamente en los miembros individuales de la persona moral. Y, por último, se puede deducir lo mismo del artículo 4.º (párrafo 2.º) de la ley de 30 de agosto de 1946 sobre abastecimientos.

Así, pues, el Código se asienta sobre la justa doctrina de que no hay pena sin culpabilidad personal y de que contrae su aplicación.

(46) Montes, P. Jerónimo, O. S. A.: *Derecho penal español*, segunda edición, vol. II, San Lorenzo de El Escorial, 1929, pág. 233.

Acto seguido, expone la teoría del concurso de delincuentes en sus diversas formas, la materia de la responsabilidad criminal, y por último, trata de la responsabilidad civil ampliamente, suscitando cuestiones sugestivas en alto grado, como la posibilidad de resarcir los daños ocasionados por delitos contra el honor—problema que entrañaba el entonces célebre asunto de la señorita Musso—y el fundamento que ha podido pretenderse que recaiga sobre el Estado la responsabilidad civil subsidiaria por las infracciones de Derecho cometidas criminalmente por sus funcionarios y subordinados y, aun, por los reos insolventes en general.

«La nueva regulación de esta materia, al par que hace perder su valor a la antigua jurisprudencia que excluía esta responsabilidad subsidiaria a los Ayuntamientos, provincias, Estado, etc.», viene a confirmar la tesis del Padre Montes, sostenida ya unos lustros antes por él.

«Ya bajo la vigencia del Código de 1932, el T. S. sentó la doctrina que en la palabra *persona* va incluida no sólo la física natural, sino también la jurídica, declarando responsable civil subsidiario a un Ayuntamiento por delito cometido en acto de servicio por un dependiente suyo, 18 marzo 1936; también ha declarado que de los términos en que está redactado el artículo 22, surge la base para no excluir al Estado, en sus diversos organismos, ni a las Corporaciones públicas, del alcance de sus prescripciones, 22 noviembre 1947; 12 junio 1948. «Esta responsabilidad es exigible tanto si dimana de un delito doloso o culposo. Es exigible aun cuando el delito de que provenga constituya imprudencia, 5 abril 1886; 13 febrero 1932» (47).

(47) Cuello Calón, Eugenio: *Ob. cit.*, vol. 1, 6.ª edición, páginas 663 y 664.