

# Un Derecho Penal conciliador

ANTONIO BERISTAIN, S. J.

Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Deusto, Bilbao

Acepto muy gustoso la invitación —inmerecida, y por eso más vinculante— de mi Maestro, don Juan del Rosal, para colaborar en el tan justo homenaje al eminente penalista, recientemente fallecido, don Antonio Quintano Ripollés. Ante la imposibilidad de aportar un artículo digno del homenajeado, aprovecho la ocasión para enhebrar sencillamente un par de recuerdos que brotan de mi interior cuando, con frecuencia rememoro su personalidad amable y culta, o releo sus publicaciones.

Estos recuerdos, si logro exponerlos con fidelidad, podrán —por ser de Quintano Ripollés— introducir al lector en uno de los problemas más extensos e intensos, más reconfortantes o ruinosos (según sea la solución) del moderno Derecho penal.

Casi siempre que tuve la dicha de encontrarme con él en Madrid (en el Instituto de Estudios Jurídicos y en la Universidad) o en el extranjero (en Bolonia-Bressanone, con motivo del *Symposium* internacional Sul problema della rieducazione del condannato, en Frigurgo con motivo del Coloquio internacional sobre “los efectos internacionales de la sentencia penal”, en La Haya con motivo del IX Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho Penal...), disfruté con verdadera fruición de su amistad inteligente y bondadosa; saboreé con gozo su acogida abierta, alegre... y tentadora. Me incitaba con fuerza aquella su apertura a todos los campos y a todos los rumbos de la cultura; de literatura, de pintura, de arte y de otros muchos temas conversaba con casi mayor autoridad que de Derecho. Me incitaba a manifestarle abiertamente mis puntos de vista, aunque se opusieran frontalmente a los suyos. Discutíamos con frecuencia, y discutíamos apasionadamente. Al final de la discusión, unas veces cada uno seguía con su opinión, aunque más matizada; otras veces, yo tenía que reconocer la mayor fuerza, razón y experiencia de sus puntos de vista; sobre todo temía yo las argumentaciones que seguían a los esmerosos repuestos de tabaco hasta el tope de su pipa...

Pero, siempre, siempre terminábamos más amigos que al comienzo de nuestra conversación y discusión.

En estas páginas quiero recordar —sólo recordar, no desarrollar— uno de los temas favoritos de nuestras discusiones; tema en el que él

amablemente me “motejaba” de conciliador. En realidad tal epíteto, en su mejor sentido, le correspondía a él como al analogatum princeps. De todas las lecciones que aprendí a su vera, ésta de la conciliación —conciliación de investigación y dinámica sintética, no de debilidad escéptica— destaca sobre todas las demás.

*El presente: dos concepciones opuestas.*

Quintano Ripollés fue un hombre conciliador y un penalista conciliador debido, en parte, a que conoció y experimentó el peligro del sectarismo orgulloso y organizado. Pero, por eso mismo, algunas de sus actuaciones y algunas de sus publicaciones pueden dar una primera impresión contraria. Comprobó y demostró con tal amplitud y claridad la pugna mortal entre los ejércitos de los hombres científicos enfrentados, entre las tendencias jurídico-penales contrapuestas, que, a veces, parece que considera imposible la concordancia, parece que profetiza una guerra irresoluble e interminable, o aniquiladora. Sobre todo en las épocas juveniles de su vida, en las que quizás vio y manifestó el peligro caótico más que la posibilidad de la conciliación, su pupila penetrante y perspicaz captó con evidencia la realidad del mundo científico actual seccionado sociológica y jurídicamente en dos bloques opuestos, mortalmente opuestos.

En esta verificación fenomenológica no vaciló nunca; con el transcurso del tiempo fue madurando y completando más el análisis y la comprensión de esta dicotomía intelectual. En sus estudios juveniles, como en los trabajos de recolección otoñal siempre denunció con amargo realismo que “en un siglo como el nuestro, que ha asistido y asiste cada día al derrumbamiento de los valores absolutos más sólidos, o tenidos por tales, incluso los de la Matemática y la Física, parecen la mayor de las petulancias seguir hablando de un Derecho natural único y perenne. Cada cultura, más o menos completa, tiene propiamente el suyo, con concepciones que unas veces coinciden pero que otras muchas pugnan, entre sí. Por no referirme a cuestiones exóticas baste aducir el ejemplo tan vivo e innegable de la visión filosófico-jurídica soviética, en abierta escisión con la cristiana-occidental, y responsable principalísima de la catastrófica especie de hemiplejía que adolece la comunidad internacional esterilizando los mejores proyectos. Más atrás se ha hecho mérito a la fragmentación de la Comunidad internacional y a la política e ideología de bloques y regionalismos, reducibles a la, al parecer, irresoluble pugna de Oriente y Occidente” (1).

En sus años de madurez, en 1963, escribirá uno de sus más característicos artículos sobre *Rieducazione e retribuzione* (2), cuyas ideas

(1) A. QUINTANO RIPOLLÉS, en *Derecho Penal Internacional* (Madrid, 1955, Instituto Francisco de Vitoria), I, 39 y ss.

(2) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Rieducazione e retribuzione, en Sul problema della Rieducazione del condannato*. (Padova, 1964, Cedam), 141-158.

había insinuado ya antes (3) y volverá a repetir después. Quintano deplorará con insistencia que actualmente se encuentran en lucha mortal dos concepciones opuestas del Derecho penal (la tradicional culpabilista-retribucionista, y la moderna defensorista-reeducativa) tan opuestas que una de ellas pretende consciente o inconscientemente, con demolidoras piquetas, privar al Derecho penal de su contenido y de su fundamento —no antiguo ni moderno— sino esencial e insustituible. Estas dos concepciones opuestas ponen en marcha movimientos con ímpetu arrollador de tendencias iconoclastas, frente a las cuales él se cree obligado a adoptar posturas de combate para mantener valores capitales en trance de parecer ahogados, frente a los penalistas que, en suma, niegan la existencia del Derecho penal, o reclaman abiertamente su pronta desaparición... proclaman unos sistemas que resultan efectivamente intolerables, no sólo en el terreno de la lógica sino también en el del sentido común (4).

No parece necesario aducir más testimonios para mostrar al lector la postura de Quintano Ripollés. Esta postura a mí, como a multitud de penalistas, me satisface plenamente en cuanto descubre y manifiesta la situación real de oposición —de vida o muerte— entre las actuales cosmovisiones jurídico-penales. Únicamente no estoy de acuerdo en cuanto a ciertas valoraciones de cada una de esas tendencias.

Basta leer varias páginas de cualquiera de las obras de Quintano Ripollés para reconocer cuán ocupado y preocupado vivió siempre por la dicotomía que divide el mundo jurídico penal, y cuán íntimamente sintió su extrema gravedad.

La gravedad de esta tensión, de esta guerra fría intelectual, merece reflexiones serias y detenidas que no podemos hacer aquí. Ahora nos limitamos a una insinuación. En la actualidad se niegan y se rechazan frontalmente —con aplauso numeroso y decidido de primeras personalidades y amplios sectores de la opinión pública (5) los principios

(3) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *La evolución del Derecho penal moderno* (contra corriente), en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* (1957), 283-298.

(4) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Rieducazione e retribuzione*, en *Sul problema della rieducazione del condannato*. (Padova, 1964, Cedam), 147 y ss.

(5) La bibliografía sobre estos temas es inabarcable. Aquí espumamos, sin pretensión valorativa, algunos trabajos a modo de pequeña muestra inicial: M. PORZIO, *Il nuovo sistema punitivo sovietico e la critica al diritto penale occidentale*, en *Archivio penale* (1965), 219-257. FERNÁNDEZ ALBOR, *Aportación al estudio comparado de los sistemas penales europeos*, en *Anuario de Derecho penal* (Madrid, 1966), 39-65. JIMÉNEZ ASÚA, *Tendencias actuales del Derecho y de las legislaciones penales*, en el *Criminalista*, tomo VI, serie 2.ª (Buenos Aires, 1964, Zabala, Editor). JEMÉNEZ ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, tomo I, 3.ª edición (Buenos Aires, 1964), 551 y ss., tomo II, 3.ª edic. 163 y ss. H. CLAUDIO FRAGOSO, *El concepto del Delito en el Derecho soviético*, en *Criminalia* (1966), 548-554. A. BERISTAIN, *Fines de la pena*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1961), 595-622 (Reus, separata). A. BERISTAIN, *Análisis crítico de la Nueva Defensa Social*, en *Libro Homenaje al doctor Serrano* (vol. II, Estudios Varios, Valladolid, 1965), 93-106. A. BERISTAIN, *Vers un occuménisme historique en droit pénal*, en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* (1965), 559-582. M. ANCEL, *Introduction Comparative aux Codes Pe-*

fundamentales del Derecho penal tradicional —*nulla poena sine lege, nullum crimen sine culpa, suum cuique tribuere*—, los conceptos básicos de delito y pena, así como los métodos hasta hoy universalmente admitidos —derecho del inculpado al silencio y a la defensa, analogía, irretroactividad de la ley penal—, los fines de la sanción secularmente por todos reconocidos. En resumen, el Derecho penal padece una crisis mortal, honda y extensa, efecto (y parcialmente causa) de una crisis más amplia y profunda. Como atinadamente afirmaba Quintano, haciéndose eco de muchas eminentes personalidades del mundo científico y artístico, los valores que los hombres de autoridad han considerado sagrados durante milenios están siendo rechazados con decidida repulsa por un sector importante y voluminoso (mucho más voluminoso de lo que suele creerse) de la sociedad. Ante tal demolición de las bases y columnas de nuestra tradición parece natural que temblemos.

En este sentido se manifiesta también, entre otros muchos que tratan el tema, el director del Instituto de Derecho Penal de Friburgo, H. H. Jescheck, cuando concluye: “Todo esto muestra que la teoría jurídica del marxismo-leninismo se ha alejado muchísimo de la cultura jurídica europea, que viene determinada por la filosofía griega, el derecho romano y el cristianismo. La idea puramente instrumental del derecho como un medio de coacción siempre a mano para el detentador del poder, es el reverso de una teoría jurídica que se siente ligada a valores materiales de justicia... para un pueblo que ha crecido dentro de la cultura jurídica de Occidente, dos veces y media milenaria y que sus amos comunistas ni siquiera son capaces de comprender, el destino de ser dominado por un “derecho” de ritos marxistas-leninistas constituye una tragedia” (6).

---

*nauis Européens*, en *Les Codes Penaux Européens*, tomo I (París, s. av), 5-67. J. BELLÓN, *Droit pénal Soviétique et Droit pénal Occidental* (París, 1961, Edit. de Navarre). J. N. HAZARD, *Le Droit pénal soviétique et “l’Etat du peuple tout entier”*, en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* (1964), 293-305, 353-357. J. VERIN, *L’orientation actuelle du droit pénal soviétique*, en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* (1964), 341-351. N. MARIE, *Les perspectives de la recherche criminologique en U. R. S. S.*, en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé* (1964), 341-351. N. *legalità nell’ U. R. S. S.*, en *L’Est* (1965, junio, Milano). G. BETTIOL, *L’Odierio Problema del Bene Giuridico*, en *Revista de Diritto e Procedura Penale* (1959), 705-723. A. SANTORO, *Significato politico e valore tecnico del nuovo codice penale sovietico*, en *la Scuola Positiva* (1966), 3-24. H. H. JESCHECK, *Der strafrechtliche Staatsschutz im Ausland*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (1962), 339-359. They LYON, *Der Verbrechensbegriff in der Strafrechtswissenschaft der DDR* (Bonn, 1960, Ludwig Röhrscheid), F. J. FELDRBRUGGE, *Soviet Criminal Law: Thea least six Years*, en *Criminal Law, and Police Science* (1963), 249-266. F. J. FELDRBRUGGE, *Soviet Criminal Law: The General Part* (Leyden, 1964, Sythoff). FU-SHUN LIN, *Communist China’s Emerging Fundamentals of criminal Law*, en *American Journal of Corporative Law* (1964), 80-93.

(6) JESCHECK, *Delito y sanción en la Teoría y en la Realidad del Marxismo-Leninismo*, en *Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa* (Buenos Aires, 1964, Abeledo-Perrot), 87.

Tragedia semejante están sufriendo Alemania Oriental y muchos otros pueblos. Tantos, que ya constituyen, en cierto sentido, mayoría, y ya propagan sus ideologías como banderines libertadores. Entre la juventud reclutan millones de universitarios y no universitarios que se enrolan en sus cuadros con verdadera convicción o fanatismo (y sinceramente me parece que parte de su programa merece plausible aprobación, aprobación en la teoría y en la práctica; la aplicación del Derecho penal sobre la base del marxismo-leninismo para algunos pueblos puede resultar mejor que la corrupción y la arbitrariedad de una clase superior en estado de descomposición como han sido las que, muy frecuentemente, han constituido el escalón previo y la causa inmediata del vuelco al comunismo) (7).

Ahora sólo quiero añadir una consideración. Discrepo de los autores que llevados quizá por elegantes e inteligentes cosmovisiones o por realidades históricas pretéritas, presentan a los lectores oposiciones cosmopolitas, geográficamente distantes; creo que el enfrentamiento, por ejemplo, entre el Derecho penal liberal-cristiano y el Derecho penal marxista va infiltrándose y extendiéndose cada día más en todos los puntos del cosmos; tales avances pueden ser mal interpretados. Concretamente opino que, cuantos creemos que nuestro Derecho penal se opone al Derecho penal marxista y puede ser minado —o fortalecido— por él, debemos actualmente sentirnos más inseguros de lo que parece y aparece. Hoy, según los datos objetivos, la oposición de las dos tendencias se ha extendido geográficamente. En la medida que el muro de Berlín separa, desde el 13 de agosto de 1961, su sector oriental y su sector occidental, puede considerarse prolongado hasta el infinito, dividiendo también en dos sectores todas las grandes comunidades humanas.

Por eso mismo, porque va adquiriendo dimensiones universales opino que va resquebrajándose y dejando brechas abiertas para una superación sincretista; aumenta su extensión, pero disminuye su cohesión y su intensidad.

Pero esto merece párrafo aparte.

*El futuro: unidad universal.*

Aunque a primera vista parezca lo contrario, la progresiva y creciente expansión universal de las opuestas tendencias penales debe darnos a todos una gran esperanza de lograr —relativamente pronto— una mixtura, una síntesis que satisfaga las aspiraciones principales —sólo las principales— de ambos ejércitos en lucha académica.

Como antes indiqué, Quintano Ripollés me apellidaba el conciliador, y tal epíteto se debía a mis frecuentes manifestaciones sincretistas ex-

(7) JESCHECK, *Ibidem*, G. GIRALDI, *Marxismo e Cristianesimo* (Assisi, 1966, Cittadella edit.), 14 y ss. BERISTAIN, *La inhabilitación penal ayer, hoy y mañana* (Madrid, 1966 Reus), 5 41 y ss. cfr. Revista General de Legislación y Jurisprudencia (septiembre, 1966), 249 y ss.

puestas de palabra en mis conversaciones con él, y por escrito en algunas de mis reducidas publicaciones.

El Catedrático de la Universidad Central en sus exposiciones orales gustaba de subrayar, más si cabe que en sus escritos, la divergencia frontal entre sus colegas de todo el orbe. Siempre que le oí hablar de este tema, le manifesté mi parcial, pero importante—disconformidad valorativa. Yo estaba de acuerdo con su verificación de la pugna presente, no estaba de acuerdo con sus presagios pesimistas, trágicos, del futuro.

Con gran satisfacción he leído en una de sus postreras publicaciones.—su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, sobre el tema “El Derecho, valor de cultura” (8)—, elocuentes páginas en las que, después de exponer las descripciones ya clásicas en él de las dos cosmovisiones diametralmente opuestas (en este discurso el análisis se extiende apoyándose en amplísima y profunda erudición a decisivas facetas culturales iusnaturalismo-positivismo, judicialismo-legalismo, individualismo-socialismo, capitalismo-comunismo), aboga decididamente por la tarea conciliadora y expresa repetidamente su esperanza en un posible y futuro sincretismo.

Reconoce Quintano Ripollés —a la luz de uno de mis colegas del Claustro Deustense, Pablo Lucas Verdú— que hoy la labor asignada a la “intelligentsia” es de integración y de endopatía para compensar los desniveles en los planos intelectuales. Y añade, refiriéndose concretamente a la función asignada al Derecho penal, que los juristas debemos acelerar con paso seguro el sincretismo, que nos lleve a la unidad jurídica en direcciones de coincidencia o al menos de integración, atribuyendo al hombre un puesto unitario sobre la naturaleza cósmica y espiritual concebida cristianamente como “centro de los centros en Cristo” (9), atreviéndose a vislumbrar incipientes corrientes de concordia que puede desembocar en un sincretismo que resuelva las actuales contradicciones.

Aunque los existentes e innegables signos de ambigüedad pueden abocar en un caos internacional, sin embargo Quintano Ripollés, en el zénit de su existencia, los contempla como símbolo de optimismo que pueden interpretarse a modo de esperanzador acercamiento en concepciones opuestas (10).

Con nuestro llorado amigo, opino que nuestra milenaria cultura occidental posee en su seno potencialidad capaz de coordinar y superar la dicotomía actual. La lucha por esta conciliación debe espolear a todo intelectual y a todo hombre de buena voluntad para aunar nuestras energías en pro de una justicia internacional y universal que

---

(8) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *El Derecho, Valor de Cultura*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1966), 321-372 (Separata, Reus).

(9) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *El Derecho, Valor de Cultura*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1966), 346.

(10) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *El Derecho, Valor de Cultura*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1966) 370 y s.

continúe y perfeccionar las líneas diseñadas por nuestros clásicos. Claramente indican Suárez, Lugo, Covarrubias, etcétera, que las legislaciones humanas han de diversificarse por su origen, contenido, finalidad, etcétera (11), pero esto no obsta para suponer y exigir que contengan y conserven una cierta coincidencia universal, distinta de la ley natural, apoyada en la relativa (ni completa, ni absoluta, ni inmutable) semejanza de todas las personas y de la naturaleza de las cosas (12).

Miremos con realismo al presente; el sein, el ser de hoy entraña en su seno ideas trágicamente enfrentadas. Pero, miremos con entusiasmo e idealismo el futuro; el sollen, el deber ser de mañana encierra fuerzas germinales que pueden deparar una concordia en las líneas básicas de nuestra ideología, de nuestra justicia. La esperanza optimista se apoya en sólidas bases teóricas y empíricas. Recordemos en este sentido el reciente diálogo entre cristianos y marxistas celebrando en Marienbad, a finales de abril de este año 1967, en el que las principales figuras de ambos bloques han manifestado repetidamente su coincidencia ideológica y práctica en las coordenadas fundamentales (13).

Respecto a nuestra patria, el distinguido miembro del Partido Comunista español, M. Azcárate, ha expuesto su nuevo ideario capaz en lo fundamental de recibir el nihil obstat de los dirigentes cristianos, Aunque en los detalles sigamos divergentes, todos comprendemos que en lo esencial nos vamos acercando mutuamente. Pero al referirme a lo esencial toco un punto que corresponde al capítulo siguiente, en el que quiero delinear en esquema un puente que apoyándose en la esencia, en la naturaleza de las cosas, logre el encuentro de las hoy distantes orillas. Sólo podremos arribar a la cooperación universal si nos apoyamos todos sobre la esencia de las cosas. El título y el contenido de la obra de Zubiri (como actualizador de nuestros clásicos) puede prestarnos acertada orientación.

### *La ciencia sobre la esencia.*

Lacerados todos por la distinción actual de tan divergentes concepciones jurídicas, la inmensa mayoría de los dedicados a la ciencia del Derecho penal buscamos afanosos la superación de las oposiciones. la elaboración de una dogmática y de una doctrina conciliadora en lo principal. En resumen, todos nos hemos fijado o buscamos una meta común. Pero, con frecuencia, mientras unos siguen una dirección, otros

(11) SUÁREZ, *Tractatus de legibus et legislatore Deo*, Lib. III, de lege positiva humana, Cap. II (Edic. Vives, tomo V, pág. 180 y ss.).

(12) SUÁREZ, *Ibidem*, págs. 8, 170 y ss.

(13) Respecto a los encuentros de años anteriores cfr. H. WULF, *Gespräch zwischen Christen und Marxisten*, en *Stimmen der Zeit* (1965), 228-231. ALVÁREZ BOLADO, *Las conversaciones de Salzburgo*, en *Razón y Fe* (1965), 83-102. ALVÁREZ BOLADO, *Marxistas y cristianos en la "Isla de los Hombres"*, en *Razón y Fe* (junio, 1966), 619-630 y (diciembre, 1966) 81-96. M. AGÚNDEZ, *Humanismo marxista y Humanistas cristiana*, en *Fomneto Social* (1966), 283-306.

andan la opuesta... Parece que muchos pretenden llegar a la unión por un camino errado, por la destrucción del adversario o, menos crudamente, por la observación y crítica de los aspectos negativos de su doctrina.

La solución debe buscarse en sentido contrario. No pretendamos —sería utópico— vencer a los que piensan distinto que nosotros; no pretendamos destruir violentamente el muro del Berlín. Empecemos por observar y criticar nuestra doctrina en sus muchos puntos débiles o equivocados, empecemos por aprovechar la doctrina de nuestros colegas de más allá del telón de acero en sus muchos aspectos acertados y sólidos. Los que piensan y practican un Derecho penal distinto del nuestro poseen también substancia gris en su cerebro y sangre generosa en su corazón que los hacen merecedores no sólo de tolerancia, sino también de respeto; no sólo de atención, sino también de imitación (en los niveles superficiales y en los profundos).

Tenemos que revisar seriamente nuestro Derecho penal anclado con muchas amarras en la concepción napoleónica, individualista, conceptual y capitalista (más o menos popular, pero capitalista). Nuestros Códigos y leyes especiales exigen una pronta y total reestructuración.

Reconozcamos, además, que para poder exigir —y deberemos exigir— ciertas concesiones importantes a los que piensan distinto que nosotros, no basta corregir nuestros anacronismos vetustos, sino que hemos de estar dispuestos nosotros también a hacerles concesiones importantes. Y por aquí debemos iniciar, aunque resulte dolorosa, nuestra marcha al encuentro.

Ello nos piden múltiples modificaciones capitales. Ahora voy a considerar sólo una concreta. Ellos nos piden que prescindamos de las concepciones filosóficas y religiosas que suponemos siempre (más o menos consciente) como base insustituible de nuestro *Ius punitivum*. En los congresos internacionales se observa esta dificultad al tratar cualquiera de los temas centrales dogmáticos y legislativos. Ulteriormente, por ejemplo, he palpado este obstáculo en el Symposium de Bressanone, de 1963, al tratar sobre la reeducación del condenado, en el Congreso de La Haya, de 1964, al estudiar los delitos contra la familia y las buenas costumbres, en el de Estocolmo, de 1965, al exponer las medidas de lucha contra la reincidencia (especialmente en relación con las condiciones adversas de la prisión preventiva y con la desigualdad en la administración de justicia), y en el Congreso de Uppsala, de 1966, al discutir las restricciones legales de las libertades individuales.

En cuanto dialogamos seriamente, en cuanto analizamos nuestras discrepancias, aflora muchas veces la misma raíz de la bifurcación: el diverso sistema filosófico, o el diverso credo religioso.

La dificultad es enorme para todos, y para algunos invencible. Hemos de reconocer que la dogmática penal necesita y refleja un ideario filosófico o religioso. La persona inteligente no puede contentarse

con un Derecho penal reducido a reglas policíacas de mera seguridad externa, sino que exige una dimensión ética (aunque debe evitar la tendencia moralizadora privada). El penalista no puede dejar de ser filosófico. El que prescinde de sistemas ontológicos, reconoce implícitamente que carece de cualidades indispensables en esta profesión.

La dificultad es todavía mayor para todos los que concebimos la religión como algo necesario —en libertad, no por imposición— al hombre y a la sociedad. ¿Podremos nosotros lograr una coincidencia jurídico-penal con quienes detestan la religión como opio del pueblo?

La dificultad puede solucionarse. No se soluciona prescindiendo de la filosofía ni de la religión, sino prescindiendo de ciertas metodologías y de ciertos dogmas. No puede mantenerse un Derecho penal que conculque derechos tan importantes del hombre (derecho a pensar y manifestar unas ideas, derecho a relacionarse comunitariamente con el Supremo) reconocidos en tantas declaraciones nacionales e internacionales.

La solución puede encontrarse buscando alguna conformidad elemental —dentro del pluralismo— en el campo filosófico y religioso. Para esto, todos —nosotros y ellos— habremos de hacer concesiones sangrantes, pero fecundas.

El jurista, en cuanto tal, ha de prescindir de los dogmas filosóficos y religiosos, en cuanto dogmas revelados. Ha de limitarse a aceptar una faceta de la religión apoyada en razones naturales, y reducida a su misión de cooperar al bien común, dentro de los límites de todo Estado de Derecho. Hace ya varios siglos, Suárez reconocía, en cierto sentido, que la legislación estatal puede apartarse en muchos aspectos de las normas religiosas, y corre por órbitas distintas (14). La misión del Estado no es la de inmiscuirse en pedagogías religiosas, ni la de aprovecharse de la religión como arma política, sino únicamente la de per-

---

(14) SUÁREZ, *Tractatus de legibus et legislatoris Deo*, Lib. I, cap. IX "... Haec autem proportio (entre la religión y las leyes positivas) non in alio consistit, nisi in hoc quod non praecipiat quae lex divina prohibet, nec prohibeat quae illa praecipit, et sic etiam idem est esse congruetem religioni, quod esse honestam... Potest enim haec conditio et positive et negative explicari: et licet in quibusdam legibus, prior modus inveniatur, in aliis sufficit posterior, scilicet, ut religioni verae non repugnent..." Ed. Vives, pág. 40. Algunas veces se ha olvidado este criterio suareciano y se ha caído en el defecto denunciado por BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza* (Milano, 1963, Giufrè), de moralizar la legislación y correlativa aunque involuntariamente juridizar la moral. Yo, con los autores aquí indicados, desearía mantener o restaurar la autonomía de la religión. A la clásica separación de actividades ejecutiva, legislativa y judicial se debe añadir una cuarta: la religión. Los encargos de los oficios y de las funciones de la iglesia, deben mantenerse independientes de los otros tres poderes. Esta independencia debe extenderse también —y tocamos un punto sumamente importante de nuestra materia— a los capellanes de las prisiones que nunca, por ningún motivo, pueden informar acerca de sus feligreses a las autoridades no religiosas. Lo contrario sería profanar el sacramento del orden y cerrar, en cierto sentido, la puerta de las instituciones penitenciarias a los sacerdotes de las religiones diversas a las autoridades políticas.

mitir el desarrollo libre de sus miembros —individuos y grupos— en todas sus facetas (también la religiosa).

Limitada así la pretensión religiosa, nadie la repudiará como opio del pueblo. Al menos, nadie rechazará el diálogo acerca de este problema. Así se ha demostrado evidentemente en los recientes diálogos de Marienbad (15).

Respecto al fundamento filosófico subyacente en las construcciones de la justicia, podemos también lograr el mutuo entendimiento, si buscamos una sistemática filosofía, una concepción del hombre, que se apoye no en dogmas intocables (revelados o heredados), sino en datos y criterios objetivos constatables fenomenológicamente, y discutibles en plano de igualdad.

La reestructuración universal del Derecho penal —sin prejuicio alguno dogmático— nos impone a los científicos una tarea ardua e ingente. Pero, con la cooperación de todos (legisladores, criminólogos, biólogos, médicos, antropólogos, sociólogos...) podemos aunar sobre bases racionales una común concepción del hombre y del binomio delito-pena como centro del Ius criminale.

A modo de anteproyecto indicaré ahora por dónde pueden avanzar los estudios programáticos previos para la superación de los actuales conflictos.

Beneméritos especialistas de la ciencia penal y de las ciencias auxiliares (sociología, criminología, penitenciaria...) ofrecen ya hoy —y cada día ofrecerán más— valiosos estudios científicos, que prescindiendo de preconceptos dogmáticos metafísicos, aportan varios datos importantes para el trazado de la imagen del hombre que ha de colocarse en la base del futuro derecho penal conciliador.

La escuela positiva logró colocar en el centro de nuestro Derecho penal al hombre, pero, en la base, seguía todavía el Derecho natural (con su sentido metajurídico). Las escuelas modernas deben procurar sustituir ese Derecho natural por una sociología (16) apoyada en la persona y la naturaleza de las cosas.

Para lograrlo puede ayudar que bosquejemos ahora algunos aspectos fundamentales sobre lo que puede constituirse la imagen del hombre, base y centro del Derecho penal, prescindente de todo preconcepto indiscutible filosófico y religioso.

La ciencia actual puede admitir —al menos como tesis de estudio— cuatro puntos cardinales de la antropología científica. Podemos resumirlos así:

1.º El hombre es un ser *personal*. Debemos considerarlo siempre

(15) Véase también la conversación del P. J. M. González Ruíz y Manuel Azcárate, en *Realidad* (noviembre 1965), 43 y ss.

(16) J. LÉCLERCQ, *Du droit naturel a la sociologie* (París, 1960, Spes.), especialmente, t. II, 107 y ss. En otro sentido, E. SERRANO VILLAFANE, *La aportación del derecho natural al derecho positivo*, en VII Congreso Internacional de Derecho Comparado (Barcelona, 1966), 52-72.

como ser-en-sí y ser-para-sí, como sujeto absoluto, al cual no se debe —por ningún motivo— mediatizar ni cosificar.

2.º El hombre es un ser *comunitario*. Debemos considerarlo siempre como ser-en-otro- y ser-para-otro. Debemos estudiarlo siempre en su biología que es sociología.

3.º El hombre es un ser *libre*. La libertad, y su correlativa responsabilidad, es la esencia de la persona, no una supererogación caprichosa de la autoridad.

4.º El hombre es un ser *transcendente*. La dinamicidad endógena y exógena de la persona coloca su perfección en el servicio horizontal a los demás, y en la apertura vertical al Ser Supremo (17).

De estas cuatro dimensiones del hombre brotan (al menos en germen) los tres conceptos capitales en nuestra ciencia, cuyos rasgos esenciales podemos formular sinópticamente así:

— El delito es la alineación de la persona por la utilidad, la desviación del falso atajo a la posesión egocéntrica.

— La pena es la liberación de la persona por la sociedad, el perdón activo de la víctima, la merma positiva de la reeducación adulta.

— La justicia es el histórico desarrollo recreador del grupo social a través de prevenciones y reconstrucciones interpersonales.

Si los penalistas dialogamos y discutimos acerca de estos conceptos fundamentales con la apertura y seriedad científicas características de Quintano Ripollés, aprovecharemos las tensiones actuales como fermento fecundo para extender sobre todas las fronteras un Derecho penal pluralista conciliador.

---

(17) Esta faceta última de la transcendencia supone los anteriores. Por eso se han ocupado de ella algunos eminentes penalistas: WELZEL: *Von Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft*, Hamburgo, 1966, (Elwerg), 16. GALLAS: *Der Schutz der Persönlichkeit im Entwurf eines Strafgesetzbuches* (E. 1963), en *Probleme der Strafrechtsreform* (Sttugar, 1963, Deutsche Verlag-Anstalt) 163. K. RAHNER: *Schuld-Verantwortung-Strafe in der Sicht der kath. Theologie*, en *Schuld-Verantwortung-Strafe*, hgb. von FREY (Zurich, 1964, Schulthess), 151 y ss. En sentido más amplio: J. DEL ROSAL, *Esquema de un anteproyecto de Código penal Español* (Madrid, 1964), 43 y ss. E. CHAVAZ, *La conception biblique et chrétienne de la responsabilité et de la punition*, en *Revue internationale de Criminologie et de police techniques* (1964), 187-191. En sentido aún más amplio han tratado también el tema Garaudy y Luporini e nlas últimas reuniones internacionales de Marienbad. También se estudio este punto el año 1965, en Salzbrug, cfr. WULF, en *Stimmen der Zeit* (1965), 228 y ss.



# Delitos contra la libertad

Dr. ANTONIO CAMAÑO ROSA  
Fiscal del Crimen (Uruguay)

SUMARIO: PRIMERA PARTE.—I. *Historia*: 1. Dificultades.—2. Reseña.—3. Evolución moderna.—II. *Derecho comparado*: A) En general.—4. Plan.—5. Ubicación.—6. Contenido.—7. Libertad política.—8. Religión.—9. Trabajo.—10. Reunión y prensa.—B) En particular: 11. Código Español 1870.—12. Códigos Uruguayo e Italiano 1889.—13. Código Argentino 1921.—14. Código Italiano 1930.—15. Código Uruguayo 1933.—III. *El bien jurídico protegido y su disponibilidad*: 16. Determinación del concepto. 17. Consentimiento.—IV. *Generalidades*: 18. Funcionarios públicos.—19. Concepto de arma.—20. Forma de persecución.—21. Extradición.—22. Imprenta.—23. Prevención sin prisión.

SEGUNDA PARTE.—I. *Delitos contra la libertad individual*: 24. Clasificación. A) Contra el estado individual de libertad: 25. Reducción a esclavitud, etcétera.—B) Contra la libertad física: a) Cometidos por los particulares: 26. Privación de libertad.—27. Circunstancias.—28. Sustracción o retención de menores.—b) Abusos de los funcionarios públicos: 28. Atentado a la libertad.—30. Abuso de autoridad.—31. Pesquisa.—C) Contra la libertad síquica: 32. Generalidades.—33. Amenazas.—34. Violencia privada.—35. Agravantes.—36. Incapacidad compulsiva.—II. *Delitos contra la inviolabilidad del domicilio*: 37. Violación de domicilio.—38. Agravantes.—III. *Delitos contra la inviolabilidad del secreto*: 39. Clasificación.—A) Relativos a la correspondencia: 40. Objeto material.—a) Intromisión: 41. Violación de correspondencia escrita.—42. Interpretación de noticia.—b) Revelación: 43. Del secreto de la correspondencia.—44. Agravantes.—B) Relativos a otros documentos o situaciones: 45. Objeto material. a) Otros documentos: 46. Conocimiento.—47. Revelación.—b) Otras situaciones: 48. Revelación del secreto profesional.—IV. *Delitos contra la libertad política*: 49. Objeto material.—50. Atentados políticos.—V. *Delitos contra la libertad de cultos y el sentimiento religioso*: 51. Clasificación.—A) Relativos a la libertad de cultos: 52. Generalidades.—53. a) Sobre los actos.—54. b) Sobre las cosas.—55. c) Sobre las personas.—B) Relativos a la piedad de los difuntos: a) Con propósito de vilipendio: 56. De cadáveres.—57. De sepulcros.—b) Sin propósito de vilipendio: 58. De cadáveres..

## PRIMERA PARTE

### I. HISTORIA

I. *Dificultades*.—En la historia del Derecho, más que una simple contribución o un auxilio, se debe reconocer un indispensable criterio explicativo o interpretativo tanto desde el punto de vista evolutivo como bajo el aspecto actual. También son evidentes las relacio-

nes entre la historia civil y política y el Derecho penal: entre las vicisitudes del Derecho y las vicisitudes sociales y políticas hay un estrecho y constante paralelismo (MANZINI).

La dificultad de sistematizar los delitos contra la libertad deriva precisamente de dos circunstancias, una de naturaleza histórica y otra de carácter teórico, como bien señala SOLER, cuyas atinadas conclusiones nos limitamos a resumir.

Históricamente, aunque muchas figuras tengan una dilatada tradición, su autonomía y sistema es obra moderna, dependiente de una serie de presupuestos políticos y sociológicos desarrollados en el curso del siglo pasado. Así veremos cómo en Roma no hay propiamente un sistema, sino equivalentes dispersos de las figuras actuales; ciertos agrupamientos pertenecen más bien a los glosadores.

Teóricamente, la dificultad se explica por la naturaleza proteiforme de la libertad, presupuesto necesario de otros bienes jurídicos, pero posible bien jurídico en sí mismo. Este último concepto se afirma tardíamente en la historia, cuando la libertad fue concebida como un atributo esencial de la persona humana.

Una breve reseña histórica —espigada a través de FLORIÁN y otros autores— nos ayudará a comprender la evolución sufrida.

2. *Reseña.*—En el Derecho romano todos los atentados contra la libertad quedan incluidos en la amplísima noción del *crimen vis*, cuyo concepto esencial se refiere a la violencia o a la prepotencia, distinguiéndose después dos formas: *vis publica*, para reprimir coacciones de ese carácter, como la sedición; *vis privata*, donde quedan comprendidas la cárcel y la violencia privadas. Fue particularmente considerada la figura de amenazas simbólicas o *escopelismo*.

En esta categoría puede ubicarse el delito de *plagium*, con que al principio se castigó cualquier ejercicio indebido del poder del señor sobre los esclavos ajenos, como ofensa a la propiedad, para luego reprimir la sujeción del hombre libre al estado servil, como ofensa a la libertad.

La violación de domicilio se castigaba como injuria real (*domum introire*), o bien era alcanzada como una forma de *furtum*.

La violación del secreto epistolar se persiguió también con las acciones de injurias o de hurto, pero luego muchos hechos quedaron comprendidos en el *crimen falsi* (falsecades).

Entre los delitos políticos figuraba el *ambitus* (de andar, pasearse), que reprimía no sólo la corrupción, sino también otros atentados contra la libertad electoral.

Los delitos contra la religión se confundían con los delitos contra el Estado, y eran castigados como *crimen maiestatis*, correspondiendo al período de intolerancia, negativo de la libertad de conciencia y de culto. La violación de tumbas fue elevada a delito bajo el Imperio (*crimen violati sepulchri*).

El Derecho germánico también castigó el plagio y la violencia pri-