

EDUARDO NOVOA MONREAL

# CURSO DE DERECHO PENAL CHILENO

PARTE GENERAL

Tomo I

INTRODUCCION

LA LEY PENAL

EL DELITO Y LAS EXIMENTES  
DE RESPONSABILIDAD PENAL

Tercera edición

Texto original con notas de actualización legal



CAPITULO VI

## DESARROLLO HISTORICO DE LA LEGISLACION PENAL

38. *Tiempos primitivos.* 39. *Las prácticas penales.* 40. *Antiguo Oriente.* 41. *Grecia antigua.* 42. *Derecho Penal Romano.* 43. *Derecho Penal Germánico.* 44. *Derecho Penal Canónico.* 45. *La Edad Media y la Recepción.* 46. *Progreso histórico del Derecho Penal.*

### 38. *Tiempos primitivos*

Estudios etnológicos practicados a base de las costumbres de algunas agrupaciones salvajes actuales, condujeron –especialmente bajo el influjo de la escuela sociológica francesa (Durkheim, Habert, Levy-Bruhl)– a la creencia de que ellas reproducían las del hombre primitivo y que, por consiguiente, en los primeros tiempos de la vida humana la conducta social se había regido conforme a un animismo mágico, conectado con un conjunto de prohibiciones irracionales faltas de toda base causal o en las que la relación causal se establecía arbitrariamente. La desobediencia de estas prohibiciones supersticiosas, que constituyen el *tabú*, acarrea desgracias, puesto que privaba de la protección de la divinidad; de allí surgía la necesidad de que el violador del *tabú* se sujetara a una expiación que purificara el ambiente del maleficio. En estas reglas se pensó que debía encontrarse el más remoto origen de las normas prohibitivas que más adelante se han mantenido en toda sociedad humana y que constituye parte importante del Derecho en general y de las leyes penales en especial. Estas ideas, fruto de la influencia del evolucionismo sobre la etnología, partían del supuesto de que el origen de las grandes realidades culturales de nuestra época –religión, moral, derecho, familia– fueron arbitrarias y groseras nociones germinadas en mentes ignaras, que un desarrollo evolutivo progresivo fue elevando gradualmente hasta colocarlas en su actual estado.<sup>1</sup>

Más recientes investigaciones –debidas principalmente a la escuela histórico-cultural de Wilhelm Schmidt, M. Gusinde, Koppen y otros– llegan

<sup>1</sup> Esta posición es aceptada por Soler y por Jiménez de Asúa.

a diferente conclusión. Buscando entre los pueblos que actualmente subsisten y que representan el grado más ínfimo y rudimentario del desarrollo humano (pigmeos del Africa ecuatorial y Nueva Guinea, bosquimanos de Africa del Sur, fueguinos, etc.) se ha podido comprobar que no obstante su estado, que representa el más grande retraso en lo material y cultural, no practican la antropofagia, ni los sacrificios humanos, ni la esclavitud, ni la promiscuidad sexual, sino que poseen suficientes nociones de moral, religiones sencillas, monoteístas, liberadas de magia, familias monógamas y estables, gran sentido de cooperación con los viejos, débiles y enfermos y ciertas formas de derecho de propiedad. Por ello se niega que los pueblos verdaderamente primitivos puedan encuadrarse en el esquema de la escuela sociológica francesa y se sostiene que las prácticas supersticiosas y principios animistas y mágicos, así como las demás costumbres y nociones atribuidas equivocadamente por ella a pueblos primitivos, corresponden más bien a grupos humanos que alcanzan un grado primario de civilización.<sup>2</sup>

### 39. Las prácticas penales

La circunstancia de que en las costumbres antiguas de numerosos pueblos de civilización primaria,<sup>3</sup> que aún no han alcanzado una concepción jurídica de las sanciones sociales, se presenten persistentemente muy semejantes formas primitivas de reacción contra los más graves hechos antisociales, ha llevado a agrupar esas formas de reacción con el nombre de "prácticas penales".

Estas prácticas penales consisten principalmente en: a) la venganza colectiva; b) la expulsión de la paz; c) la composición, y d) el talión.

La *venganza colectiva* es la reacción que pone por obra la tribu a que pertenece el perjudicado, contra la tribu de que forma parte el infractor. Asume ella la forma de un combate de tribu con tribu, que en ocasiones concluye con el exterminio de una de ellas. Esta venganza tiene un carácter aniquilador y no está enmarcada en ninguna medida o proporción con la falta cometida, a ella sigue un estado de enemistad más o menos permanente entre las tribus, llamado *faida*. Atendido el carácter familiar de las tribus, se le denomina también venganza de la sangre.

El deseo de la tribu a que pertenece el transgresor de no quedar sujeta a la venganza colectiva del grupo del ofendido, la determinó a expeler de su seno a aquél, dejándolo librado a él solo a la violenta reacción punitiva (abandono noxal). También esta expulsión fue usada para castigar al miembro de la propia tribu que había incurrido en una transgresión que afecta-

<sup>2</sup> Jaime Eyzaguirre, "Apuntes de Historia del Derecho".

<sup>3</sup> Se trata de pueblos cazadores, agricultores o pastores.

ba a otro miembro de ella. Esta *expulsión de la paz* constituyó en su época una sanción gravísima, porque el individuo aislado quedaba privado de la protección que le brindaba su tribu y expuesto a toda clase de amenazas o violencias de parte de extraños. En tal caso, el ofendido y sus parientes más próximos, si aquél pertenecía a la misma tribu que el castigado, o toda la tribu contraria, si era extraño, acosaban al expulsado para hacerlo víctima de todo género de violencias.

La *composición* (de *componere*, que significa arreglar, conciliar), es el medio por el cual se acuerda la paz al que ha perturbado las normas; consiste en una prestación en dinero que éste debe hacer (dinero de la paz). Con ella se pone fin a la venganza colectiva entre tribus y mediante ella el expulsado de la paz recobra el derecho de retornar.

En la composición puede distinguirse el dinero que se paga a la tribu que expulsó, para recobrar su protección, el dinero que se paga a la tribu ofendida para que cese su venganza y el que se da al ofendido para reparar el daño.

Gradualmente se va produciendo una mayor intervención de la autoridad de los grupos frente a los hechos que perturban su paz. Un principio limitativo importante para la reacción exasperada del ofendido es el *talión*, que se expresa con la frase "ojo por ojo, diente por diente"; él impone una proporción de igualdad entre el daño causado por el delincuente y el mal con que se permite reaccionar. En un comienzo esta limitación fue únicamente objetiva e impedía que por vía de reacción se ejecutaran hechos de mayor gravedad que los sufridos por la víctima; más adelante la limitación fue también personal, pues sólo se admitió que se reaccionara contra la persona del infractor y no contra su familia o su tribu, poniéndose término con ello a la "mancomunidad penal" primitiva, o responsabilidad colectiva que dominó en los primeros tiempos.

### 40. Antiguo Oriente

La legislación penal de los antiguos pueblos orientales está confundida y mezclada con sus preceptos religiosos. No se encuentran allí códigos penales en el sentido en que hoy los concebimos, sino preceptos penales incorporados en libros sagrados e imbuidos de espíritu religioso. Los principios que rigen se inspiran en la venganza, algunas veces moderada por medidas tacionales; las penas son de extremada crueldad.

Excepción hace el Código del rey Hammurabi, que gobernó en Babilonia unos dos milenios antes de Nuestra Era y que constituye la más antigua legislación conocida. Es un bloque de piedra cubierto de inscripciones que contienen únicamente preceptos legales (hoy lo conserva el Museo de Louvre). Sus disposiciones reconocen el carácter público del Derecho Penal, rechazan la venganza y admiten ampliamente el talión. Uno de sus preceptos establece que si un arquitecto construye mal una casa y por su derrumbe pere-

cen el dueño y su hijo, debe morir el arquitecto y su hijo. Es importante que este Código distingue entre actos intencionales, actos negligentes y casos fortuitos.

El Código de Manú (más o menos siglo XII A. C.) es en materia penal el más completo y ordenado de los orientales. Concede gran importancia a lo subjetivo del delito, distinguiendo los actos imprudentes de los intencionales y considerando la índole de los motivos que impulsaron al delincuente. El rey es delegado de Brahma y castiga en nombre de éste. Desgraciadamente la división en castas de la sociedad indú lleva a este código a establecer notorias e injustas diferencias en las disposiciones penales, según la casta a que pertenezca el transgresor.

Por lo que se refiere a Israel, su legislación, fuertemente inspirada por el espíritu religioso de su pueblo, aparece en el Pentateuco (especialmente Exodo, Levítico y Deuteronomio). El delito es ofensa a Dios y la pena se impone para expiación e intimidación. El talión tiene cabida amplia, hasta en el homicidio.<sup>4</sup> También distingue entre el homicidio intencional y el perpetrado por imprudencia.

#### 41. Grecia antigua

Se ha considerado a la legislación griega antigua como el tránsito del Derecho Oriental al Occidental.

Como fue diferente en los varios estados que formaban Grecia, solamente nos referimos a las leyes de Atenas, por su mayor importancia.

No mezclaron los atenienses su legislación penal, que siempre reconoció claramente el predominio del Estado, con sus ideas y prácticas religiosas. Carecían de una taxativa enumeración de hechos punibles, lo que permitía al juez castigar también hechos no previstos en la ley. La responsabilidad penal, que en un comienzo fue colectiva, porque las penas recaían no sólo en el autor sino también en toda su familia, fue gradualmente reconociéndose como estrictamente personal. También se admitía la igualdad ante la ley penal.

Dracón introdujo en Atenas leyes de tal severidad que se afirmó que no existía culpa, por pequeña que fuera, que no estuviese sancionada con la muerte. Solón derogó esas leyes y acabó con tan inhumana severidad.

La verdad es que muy poco sabemos hoy de la legislación penal griega. Solamente nos han llegado informaciones confusas e incompletas, que no permiten formarse un cabal concepto de ella.

<sup>4</sup> Antiguo Testamento, Libro del Exodo, Cap. XXI, versículo 24, Libro Levítico, Cap. XXIV, versículos 19 a 21, Deuteronomio, Cap. XIX, versículo 21.

#### 42. Derecho Penal Romano

El derecho romano primitivo aceptó la venganza, la expulsión de la paz, el talión y la composición.

Los delitos de *perduellio* (traición) y *parricidium* (originalmente la muerte del *paterfamilias* y luego el homicidio intencional) inician las figuras punibles contempladas en su legislación, a los que luego agregan el incendio, el perjurio, el prevaricato, el hurto flagrante, las reuniones nocturnas y la hechicería. Con ello el delito adquiere fisonomía de ofensa pública y la pena el carácter de reacción social contra el mismo, reconociéndose en ella la expresión de la autoridad del Estado.

Luego se distinguen los *crimina publica*, constituidos por hechos previstos en leyes especiales, para los cuales estaba asignada una pena legítima, perseguibles por cualquiera del pueblo, de los *delicta privata*, ofensas a particulares, perseguibles a instancias de éstos por medio de un proceso civil que les determinaba una indemnización (*furtum, injuria*).

Posteriormente aparece una figura intermedia entre los anteriores, constituida por los *crimina extraordinaria*, que requieren la denuncia del ofendido, pero que están entregados a la jurisdicción penal y que son sancionados con penas que determina el libre arbitrio judicial. Estos *crimina extraordinaria* ensancharon considerablemente el campo delictual, introduciendo nuevos tipos de delitos.

El derecho romano no reconoció sino ocasionalmente el principio de la legalidad de los delitos y de las penas y admitió la aplicación de penas por analogía.

De los cincuenta libros de que consta el Digesto, solamente dos, los 47 y 48 se destinan a materia penal y reciben el nombre de *libri terribiles*.

El desarrollo que alcanzó el Derecho Penal en Roma no puede ser comparado con la perfección a que llegó su Derecho Privado. Ello llevó a Carrara a afirmar que los romanos fueron "gigantes en el Derecho Civil, pigmeos en el Derecho Penal". No obstante debe reconocerse a los romanos el haber destacado el elemento subjetivo del delito y haber desenvuelto la doctrina de la culpabilidad.

Tanta fue la importancia asignada a la voluntad del delincuente, que llegó a equiparar la penalidad del homicidio tentado a la del consumado.

#### 43. Derecho Penal Germánico

El primitivo Derecho Germánico, exclusivamente basado en las costumbres, reproduce casi una a una las que denominamos prácticas penales.

El pueblo germano consideró la mayoría de los delitos como asunto de interés privado que autorizaba y obligaba a la familia ofendida a la venganza de la sangre (*Blutrache*); esta lucha colectiva solamente concluía por un convenio de reparación. Excepcionalmente se dio carácter de ofensa pú-

blica a delitos como la traición, la desertión y el perjurio, sancionados con la expulsión de la paz (*Friedlosigkeit*), lo que implica que el delincuente podía ser muerto por cualquiera sin reparación alguna.

La venganza de la sangre, a cargo de la familia del ofendido (*Sippe*), da origen a un estado de enemistad (*Fehde*).

Con el contacto que los germanos tuvieron con pueblos civilizados y cristianos, se afirmó el poder del Estado y la concesión de paz, antes mera facultad del ofendido, pasó a ser obligatoria, correspondiendo a la autoridad fijar sus condiciones y garantizar el respeto de ella. La composición reemplazó de este modo a la venganza de la sangre, estableciéndose minuciosas tarifas para diferentes ofensas.

En la composición se distinguen las sumas que se pagan a la víctima a título de reparación (*Wergeld*), las que se abonan por concepto de pena al mismo ofendido (*Busse*) y las que deben darse a la comunidad como precio de la paz (*Friedensgeld* o *Fredus*).

Gradualmente, sin embargo, empiezan a aparecer, cada vez en mayor número, hechos delictuosos amenazados con una pena pública (muerte, destierro, etc.).

Durante mucho tiempo los germanos, al igual que muchos pueblos primitivos, concibieron el delito desde un aspecto exclusivamente objetivo, midiéndolo por el daño externo, sin considerar la culpabilidad del autor. A causa de ello, la gravedad de la pena estaba directamente relacionada con la extensión del daño, prescindiendo de que el causante de éste hubiere actuado intencionalmente o no, y no se establecía sanción para la tentativa. Sin embargo, para ciertos delitos que revelaban bajeza moral (*Neidingswerke*) hubo una sanción más severa.

Originariamente, la única fuente del Derecho estuvo en la costumbre, que desde el siglo VI se concretó en los derechos del pueblo, como la *lex sálica*. En la época de los francos se agregó el derecho real escrito (*capitulares*), aun cuando paralelamente se aplicó siempre el derecho no escrito.

Además de la prueba testimonial los germanos introdujeron los llamados "juicios de Dios" u ordalías, institución que tuvo acogida en los países europeos a que llegó su influencia. Para decidir el juicio se apelaba a la Divinidad mediante un duelo judicial o por las pruebas del agua caliente o del hierro candente. En la última, el reo debía llevar en la mano por un espacio de nueve pies un hierro enrojecido al fuego, después de lo cual se le liaba la mano bajo sellos; si al cabo de tres días se encontraba la llaga en vías de curación se le consideraba triunfante en la prueba.

#### 44. Derecho Penal Canónico

"El papel del Derecho Penal de la Iglesia Católica —ha dicho Jiménez de Asúa— fue de suma importancia por dos grandes razones: la primera porque hizo encarnar a través de largos años de esfuerzos, la norma jurídica

romana en la vida social de Occidente; la segunda, porque, en máxima escala, contribuyó a civilizar la brutal práctica germánica adaptándola a la vida pública".

La legislación penal canónica no quedó circunscrita en su aplicación a los eclesiásticos, sino que también rigió para los laicos, puesto que su jurisdicción no solamente obligó por razón de las personas sino también por razón de la materia, lo que originó que tratándose de ciertos delitos quedarán sujetos a sus preceptos quienquiera los hubiese cometido (perjurio, usura, sacrilegio, herejía), aun cuando para el efecto de la aplicación de las penas el tribunal canónico entregaba el delincuente al "brazo secular" (autoridad civil).

El Derecho Canónico reconoció el carácter público del Derecho Penal, rechazando la venganza, proclamando que la persecución del delito es deber del Príncipe y del Magistrado y reservando exclusivamente a la jurisdicción correspondiente la aplicación de las penas. Hizo una distinción nítida entre los conceptos de delito y pecado tan confundidos en las legislaciones de índole teocrática.

Reaccionó enérgicamente contra la concepción objetiva del delito, predominante en el Derecho Germánico, y concedió especial relieve al elemento subjetivo, desarrollando la doctrina de la imputabilidad, exigiendo la concurrencia del *animus* en todo delito y estableciendo sanción para la tentativa.

Los delitos fueron clasificados en *delicta eclesiástica*, que eran los que transgredían las leyes divinas, *delicta mere secularia* que solamente perturbaban el orden humano y *delicta mixta* que participaban de uno y otro carácter. Los primeros eran de competencia exclusiva de la Iglesia y se castigaban con penas canónicas; los segundos eran sancionados penalmente por el "brazo secular", y los últimos podían ser juzgados por una o por otra autoridad.

Las penas se imponen con carácter vindicativo o con carácter medicinal o correccional. José Anton Oneca expresa que "precedentes de varias instituciones contemporáneas de sentido individualizador, como la condena condicional, el perdón judicial, la sentencia indeterminada, etc., se encuentran en el derecho penal de la Iglesia" (Derecho Penal, tomo I, pág. 44).

Uno de los aspectos más importantes y prácticos de la influencia de la legislación canónica fue que contribuyó a la benignidad del Derecho Penal y a moderar la represión, tan dura y cruelmente ejercida en la Edad Media, oponiéndose a la atrocidad de las penas y prohibiendo las "ordalías" (duelos judiciales, juicios de Dios). Asimismo, con instituciones como la Tregua de Dios y el Derecho de Asilo, moderó las guerras privadas y sus trajo numerosos delincuentes de la persecución de la justicia secular.

A comienzos del siglo XIII se establecen en los distintos países europeos tribunales canónicos del Santo Oficio, para combatir la herejía de los albigenses, secta que no solamente atentaba contra la fe, sino también contra la organización política de la época. Estos tribunales fueron conocidos con el nombre de Inquisición.

En España, la Inquisición se estableció, durante la Edad Media, en Aragón. Pero bajo los Reyes Católicos (fines del siglo XV) se creó en Castilla, dándosele al fin una organización que abarcó toda la península.

Como por pasión ideológica y política se han deformado sus actuaciones, es conveniente restituir los hechos a la verdad en forma objetiva.

No olvidemos, en primer lugar, que en esa época Iglesia y Estado guardaban estrecha relación y recíprocamente se reconocían la validez de sus leyes.

La Inquisición era un tribunal canónico cuya jurisdicción se extendía solamente a bautizados y que tenía por función decidir si el reo era o no culpable de ciertos delitos reservados a su conocimiento, especialmente herejía, hechicería, blasfemia, etc. Para ello empleaba un procedimiento secreto, de mucha eficacia para el esclarecimiento de los hechos, pero que, por obligar a la delación, reducir algunas veces a los acusados a celda solitaria, privándolos de contacto con sus parientes, negar al reo el conocimiento de su proceso original para su defensa y no manifestarle el nombre de los testigos que habían depuesto en su contra, impidiéndole tachar a los inhábiles, resulta incompatible con nuestros actuales conceptos relativos a las debidas garantías del imputado. La Inquisición procuraba la retractación o arrepentimiento de los culpables y si éstos reconocían su error los reconciliaba con la Iglesia, aplicándoles solamente sanciones medicinales (penitencia). El culpable que persistía en el delito era entregado a la justicia real ordinaria, o brazo secular, como se la denominaba.

El Auto de Fe era el acto solemne en que se daba lectura a la sentencia del Santo Oficio, destinado únicamente a adjuración de reos conversos y a la entrega de los demás al brazo secular. Con esta entrega o relajación concluía la función de la Inquisición.

La legislación estatal (y no canónica) de la época era la que establecía la pena de hoguera para los herejes (Partida 7ª, Título 26, Ley 2; Fuero Real de Alfonso El Sabio, L. IV, Título I, Ley 1ª y 2), y eran los tribunales seculares los que habían de juzgar conforme a sus propias leyes al hereje, para luego condenarlo o absolverlo. A estos tribunales entregaba la Inquisición a los que había declarado culpables, para su juzgamiento civil y subsiguiente ejecución de la pena que al delito imponía el poder civil, si era encontrado culpable. La Inquisición hacía expresa recomendación de que conservasen intactos su vida y sus miembros, pero esta recomendación, conocidas las disposiciones legales vigentes, no pasaba de ser un formulismo.

Desafortunadamente los reyes utilizaron a la Inquisición como instrumento político y la institución es culpable de haberse prestado para ello en varios casos.

Respecto de la crueldad de procedimientos y prisiones impuestos por la Inquisición, es preciso tener presente la dureza de la época, reflejada en el extremado rigor de las penas de todas las legislaciones de entonces. No obstante, se han atribuido a la Inquisición tratos inhumanos que no son de cargo suyo. Ella reglamentó y limitó el tormento como medio investigatorio<sup>5</sup> y sus cárceles eran tan benignas en relación con las otras, que muchos procesados por la justicia civil se inculparon falsamente de delitos sometidos a la Inquisición para ser puestos bajo la jurisdicción de ésta. El Papa Sixto IV condenó la crueldad de los primeros inquisidores españoles y exigió que el proceso inquisitivo se sujetara a una reglamentación civil, lo que hizo el Inquisidor General Fray Tomás de Torquemada, a quien con ligereza se han atribuido culpas que son de cargo de otros.

<sup>5</sup> La Inquisición introdujo las siguientes limitaciones al tormento admitido por la legislación común de la época: a) podía ser aplicado solamente una vez en todo el curso del proceso; b) debía ser acordado por la unanimidad del tribunal y la resolución correspondiente era apelable; c) antes de aplicarlo debía practicarse un examen médico al inculcado; d) mediante el tormento sólo podía provocarse dolor físico al reo, sin desgarramientos ni lesiones en su cuerpo, y e) un médico debía presenciar su aplicación.

#### 45. La Edad Media y la Recepción

Durante la Edad Media los países europeos estuvieron sujetos a una legislación penal desorganizada y confusa, que obtenía sus elementos de las leyes penales romanas, germánicas y canónicas. Es imposible encontrar en esta época rasgos o características comunes que permitan presentar conjuntamente el curso de las normas penales en esos países. Las únicas notas generales podrían hallarse en la crueldad excesiva de las penas, en la desigualdad que existía para su aplicación a los diversos individuos según su situación social, en el empleo legalizado del tormento para obtener la confesión, "reina de las pruebas" (que se prefería porque permitía al juzgador mantener su conciencia tranquila) (?) y en la utilización de las ordalías como medio de decidir las contiendas judiciales.

La crueldad de las penas medioevales tendía a la evitación de los delitos mediante una intimidación por el terror. Aun el simple hurto era a veces sancionado con la muerte y para los delitos graves ésta se imponía con atroces suplicios. En Francia se aplicaron como formas de pena capital el fuego, el descuartizamiento, la horca, el degollamiento y la rueda. Esta última quebrantaba los huesos del condenado y atado a ella quedaba hasta su muerte. Los más graves delitos eran los de herejía, sancionado con la hoguera, y el regicidio, que exponía a su autor a lo siguiente: se le ataba a la mano el arma con que había cumplido el atentado y luego se la quemaba con azufre, se le arrancaban trozos de carne de diversas partes del cuerpo mediante tenazas y se le rociaba la herida con plomo, aceite, pez, resina y azufre; luego se le amarraban las piernas y brazos con cuerdas unidas a cuatro caballos que tiraban con fuerza en cuatro direcciones y en cruz para dislocar y arrancar las extremidades; finalmente se quemaban los restos y se esparcían al viento las cenizas.

Las penas eran preferentemente corporales, muerte, mutilación, azotes, envío a galeras, o bien, infamantes, como marca, exposición. Las reclusiones en establecimientos carcelarios por vía de pena, no se conocieron hasta el siglo XVI, en que se estableció la Zuchthaus en Amsterdam.<sup>6</sup>

La represión no solamente alcanzaba al culpable, sino también a miembros de su familia, especialmente a los hijos, para así apartar a los padres de la tentación de cometer delitos. No fueron escasos los juicios penales que se siguieron contra bestias y aun objetos inanimados.

La condición social del culpable determinaba la severidad de la pena que había de imponérsele. El siervo o el hombre vil recibían tormentos y penas que no se aplicaban a los nobles.

No obstante que diversas leyes señalaban la penalidad aplicable a ciertos delitos, ello no excluía la facultad del juez de agravar la pena a su arbitrio si lo juzgaba conveniente, atendida la gravedad del hecho o la necesidad del escarmiento.

Los fueros municipales en España, los estatutos comunales en Italia, las *coutumes* en Francia y los derechos de los pueblos alemanes son ejemplos de legislaciones locales múltiples, contradictorias y anárquicas, de origen consuetudinario.

<sup>6</sup> A pesar de que ya en el Antiguo Testamento, Libro del Génesis, Historia de José, se hace referencia a establecimientos carcelarios existentes en el antiguo Egipto.

En España, desde mediados del siglo VII existió el Libro de los Jueces (conocido como Fuero Juzgo, en su traducción al romance hecha en el siglo XIII), compuesto de doce libros, de los cuales eran penales del 6º al 9º. Sin embargo, durante el período de la Reconquista en la lucha contra los moros, disminuye gradualmente la aplicación a ese Código y cede su sitio a la legislación local de los fueros municipales, inspirados en las costumbres romano vulgares y germánicas.

Los fueros municipales constituyen una abigarrada legislación en la que junto a instituciones que representaban un progreso (eximentes, agravantes, atenuantes) se mantienen las prácticas primitivas (venganza de la sangre, expulsión de la paz, composición, talión, responsabilidad colectiva) y penas crueles o inhumanas (despeñamiento, entierro vivo, lapidamiento, horca, hoguera). Es particularmente chocante su falta absoluta de uniformidad; así, mientras conforme al Fuero de Cáceres, se aplicaba la horca para el que hurtaba uvas en la noche, según el Fuero de Logroño el homicidio solamente era sancionado con una multa de 500 sueldos.

Se denomina "Recepción" aquella etapa del desarrollo jurídico en que aquella legislación medioeval, influida por costumbres primitivas y bárbaras, acoge el ordenamiento jurídico romano y canónico e inicia su sistematización.

En España la Recepción se produce con las Siete Partidas (1267) dictadas por Alfonso X El Sabio, de las cuales la séptima se ocupa de las leyes penales. Aun cuando en muchos aspectos ellas importan un retroceso respecto de los principios establecidos por el Libro de los Jueces (se suprimen las garantías del tormento, se declara transmisible a los hijos la pena del padre) se divisan en sus preceptos, si bien muy rudimentariamente, algunas nociones penales generales relativas al delito y a la pena; también se reconocen algunas eximentes, se legisla sobre imputabilidad y se consignan atenuantes y agravantes. Se mantienen algunas penas tan bárbaras como el *acculeus*, de origen romano, que consiste en encerrar al condenado en un saco de cuero juntamente con un gallo, un perro, una culebra y un mono para arrojarlo luego al mar.<sup>7</sup>

Alemania conoció ya en el siglo XIII diversos intentos de recoger en un solo texto los preceptos vigentes en varias de sus regiones (Espejo de Sajonia, Espejo de los alemanes, Espejo de Suabia), pero la Recepción se advierte en la *Constitutio Criminalis Bambergensis* (1507), redactada por Juan de Schwarzenberg, que se propone dar certidumbre al ordenamiento penal entonces vigente, y llega a su plenitud en la *Constitutio Criminalis Carolina* (1532), que rigió durante más de tres siglos, comúnmente llamada la Carolina (debe su nombre al Emperador Carlos V). Este es un cuerpo legal que consta de 219 artículos de los cuales sólo una tercera parte se dedica al Derecho Penal sustantivo. Se impone en él definitivamente el principio

<sup>7</sup> En la Partida Setenta, Tít. 8, Ley 12, se prescribe esa pena para el parricida.

de la voluntad, reservando la sanción sólo para el delito doloso y penando generalmente la tentativa. Prodigia la pena de muerte y las penas corporales. Por principio el juez está ligado a la ley, pero puede resolver mediante la analogía las lagunas legales. El posterior fraccionamiento del imperio alemán hace reaparecer parcialmente los derechos particulares, hasta que en 1751 aparece el *Codex Juris Bavarici*, legislación unificada para Baviera y en 1768 la *Constitutio Criminalis Theresiana*, codificación penal para Austria.

En Francia se dictaron varias Ordenanzas sobre materia criminal, entre las que sobresale la Ordenanza Criminal de Luis XIV de 1670.

#### 46. Progreso histórico del Derecho Penal

En el curso de la evolución histórica de la legislación penal que hemos esbozado en forma tan sumaria, puede observarse que ella fue incorporando muy lentamente principios que hoy día se reconocen como características fundamentales del Derecho Penal científico. Ellos son: a) reconocimiento del carácter público del Derecho Penal, su aplicación exclusiva por el Estado para defensa de los intereses de la sociedad toda; b) la personalización de las penas, que únicamente pueden recaer en el individuo que incurrió en el delito; c) la importancia penal de lo subjetivo del delincuente, tanto para determinar sobre quienes puede pesar la sanción penal (imputables), como para excluir los hechos no intencionales, aligerar la responsabilidad de los hechos cometidos con mera negligencia y para considerar la punibilidad de aquellos hechos que, sin llegar a consumación, pusieron de manifiesto el propósito delictivo, y d) la reducción de la crueldad de las penas. Otro de los principios fundamentales del Derecho Penal de nuestros días, la legalidad de los delitos y de las penas, no había que imponerse sino con el movimiento filosófico liberal que se conoce como la Epoca de las Luces.

DESARROLLO HISTORICO  
DE LAS TEORIAS PENALES

47. Período antiguo. 48. Edad Media. 49. Los glosadores y los prácticos. 50. Influencia filosófica en el Derecho Penal. 51. La llamada Epoca de las Luces. 52. Los reformadores. Beccaria. 53. Howard. 54. El llamado período científico. 55. Los clásicos. 56. La "Escuela Clásica". 57. La Escuela Positiva. César Lombroso. 58. Enrique Ferri. 59. Rafael Garófalo. 60. Síntesis de la Escuela Positiva. 61. La Escuela Positiva y su suerte. 62. Las tendencias eclécticas. 63. La Escuela Técnico-jurídica. 64. El Neoclasicismo. 65. Otras escuelas y tendencias penales. 66. Noticia sobre doctrina penal.

## 47. Período antiguo

Carece la antigüedad de juristas que hicieran un estudio más o menos completo del Derecho Penal o que desarrollaran teorías penales. Solamente en los filósofos encontramos referencias a algunas instituciones penales y principalmente opiniones respecto del fundamento y fin de la pena y del derecho de penar. No obstante que todo lo relativo a la pena y al *jus puniendi* será tratado en la Quinta Parte de este curso relativa a las sanciones, en forma muy general, señalaremos algunas de esas opiniones.

Platón, en la "República" y en "Gorgias" sostiene que la pena es una medicina del alma, a la que el reo tiene derecho, aun cuando en "Las Leyes" se inclina por la teoría de la prevención, al decir que el delincuente debe ser castigado, no porque haya pecado sino para que no peque.

Aristóteles estima la pena como medicina por virtud de los contrarios, necesaria para que la multitud obedezca más al temor que a la razón.

Séneca, en su tratado "De Ira", declara a esta pasión la causa del delito, en cuanto produce el deseo de vengar y de volver mal por mal; pero también señala el factor delictivo que se contiene en la fatiga, el hambre, la sed y toda excitación. Defiende la eliminación penal, propiciando la supresión de los incorregibles. En cuanto a la finalidad de la pena, imitando a Platón, afirma que debe aplicarse al delincuente "no porque pecó, sino para que no peque".

San Pablo (Rom. XIII) recomienda la obediencia a la autoridad civil (potestades) a la cual no debe temer el que obra bien; pero el que obra mal debe temblar "porque no en vano se ciñe la espada, siendo como es ministro de Dios, para ejercer su justicia castigando al que obra mal". Por ello pide que se le esté sujeto, no sólo por temor del castigo, sino también por obligación de conciencia.

48. *Edad Media*

Bajo la influencia del cristianismo de los primeros siglos, el concepto de expiación sustituye al de venganza, el delito asume un carácter de falta moral y la pena, en lugar de expresar el desahogo del odio o la reacción violenta del grupo, pasa a ser la expiación del pecado.

San Agustín reconoce al emperador el derecho de castigar para gobernar y defender la República y al juez el derecho de aplicar la pena. Es contrario a la pena de muerte, que quita la posibilidad de arrepentimiento y también combate la tortura.

Santo Tomás de Aquino funda el derecho de penar en la justicia conmutativa y su medida la establece en "una compensación de sufrimiento igual a la acción precedente".

49. *Los glosadores y los prácticos*

En la Edad Media se produce en Italia un poderoso resurgimiento del Derecho romano que apaga las disquisiciones filosóficas e impone un método exegético de los textos legales, especialmente del Digesto, con una base enteramente casuística. Los glosadores ilustran sutilmente mediante sus glosas, el sentido de las leyes. Entre ellos pueden citarse a Guido de Suzzara († 1283), Alberto Gandino († 1300), a quien se debe un tratado sistemático de Derecho Penal llamado "*Tractatus de maleficiis*", Bartolo da Sassoferrato († 1357) y Baldo da Ubaldis († 1400).

En los siglos posteriores descuellan los prácticos, así llamados por aplicar al estudio del Derecho Penal un criterio práctico y empírico, sin sistematización y con abandono de los principios generales. Culmina en Italia el período de los prácticos con el más célebre de ellos, Julio Claro († 1575), quien se esforzó en su obra "*Práctica Civilis et Criminalis*", cuyo libro V trata de las leyes penales, por estructurar sistemáticamente el Derecho Penal con un criterio teórico notable para su tiempo. También debe citarse Próspero Farinaccio († 1618), que con su obra "*Praxis et Theorica Criminalis*", trata de hacer una compilación completa de todo el derecho Criminal de su tiempo.

Después de estos autores, todos ellos italianos, pierde fuerza en la península el estudio del Derecho Penal.

En Alemania deben mencionarse como prácticos de valer a Matías Berlich († 1638) y al juez y profesor Benedicto Carpzovio († 1666), cuyas obras sirvieron de texto en ese país hasta el siglo XVIII. Tras ellos sobresale J.S.F. Böhmer († 1772), a quien se debe una obra en que se trata con claridad y método la teoría general del delito.

Dentro de España sobresalen en esta época varios teólogos y prácticos.

Notable es Alfonso de Castro (1495-1558), monje franciscano, profesor de Teología de la Universidad de Salamanca, autor de "*De potestate legis poenalis*", que es la primera exposición sistemática sobre el delito y la pena. Considera delito a todo acto desordenado y pena, al dolor o pasión que infiere daño al que lo padece o que, al menos, tiene eficacia para inferirlo.

La pena es restauración del orden perturbado y no constituye compensación a la víctima sino a la injuria hecha al legislador. Respecto de sus fines, distingue el momento de la amenaza y el de la ejecución, estableciendo que el primero se ordena a prevenir los delitos con el temor, refiriéndose en ello a todos los delincuentes sin distinción y, el segundo, se refiere al que delinquirá, para que conozca el mal que hizo y se aparte del pecado, y a los demás, para que huyan de cometer actos semejantes. Señala entre los fines del castigo que el delincuente se corrija y mude la condición de vida.

El legislador es quien debe determinar las penas y cuidar de que no sean atroces ni crueles y de que no excedan de los delitos, sino, al contrario, que sean menores que ésta. El juez debe disponer de facultad para disminuir la pena, según las circunstancias que concurran en el delito y en el delincuente y también para aumen-

tarla cuando sobrepase la medida del delito, pero si el aumento excede la medida del delito, ya no tendrá la pena razón de castigo sino de medicina. Rechaza la retroactividad de la ley penal y mantiene la pena de muerte solamente para los más graves delitos que pueden perjudicar de manera vehemente a la República.

Diego Covarrubias (1512-1577), Obispo de Segovia e insigne jurisconsulto, autor de muchas obras jurídicas y filosóficas, es mencionado como precursor de Grocio en la elaboración del Derecho Natural e inspirador de Carpzovio y de otros criminalistas alemanes. Su copiosa producción alcanzó a vastos conocimientos de muchas ramas del saber. En materia penal escribió sobre el dolo, la culpabilidad, la legítima defensa en el homicidio, las injurias, el falso juramento, la blasfemia y la falsedad.

50. *Influencia filosófica en el Derecho Penal*

Los glosadores y los prácticos habían mantenido al Derecho Penal en un plano estacionario de mera exégesis y de estudio casuístico. Fueron los impulsos filosóficos los que lo sacaron de allí y lo llevaron a su ulterior desarrollo científico.

Uno de esos impulsos lo dio la escuela del Derecho Natural, puesto que suscitaba controversias con el Derecho Positivo y estimulaba a que el último fuera acomodándose a construcciones sistemáticas más racionales. También esa escuela contribuyó a que se hiciera la debida separación entre Derecho, por una parte, y Moral y Religión, por la otra, lo que facilitó el desarrollo del Derecho como ciencia autónoma. Finalmente, la escuela del Derecho Natural esclareció las soluciones en difíciles problemas del Derecho Penal (imputabilidad, causas de justificación, etc.), con lo que perfeccionó y decantó su teoría. Son los principales representantes de esta escuela, Hugo Grocio, Samuel Pufendorf, Thomas Hobbes, Baruc Espinosa y John Locke.

El otro impulso de mayor fuerza y resonancia histórica, lo dio el movimiento filosófico que se ha denominado el Iluminismo o la Ilustración (*Aufklärung* para los alemanes) y que también se conoce como Epoca de las Luces.

51. *La llamada Epoca de las Luces*

La crueldad del sistema punitivo del antiguo régimen y la inhumana aplicación del tormento como medio de investigación de los delitos venía despertando protestas en los más cultos países europeos desde hacía varios siglos. Hemos señalado ya la influencia que la acción de la Iglesia Católica y las normas del Derecho Canónico tuvieron en la moderación de ese tipo de castigos. Pero hubo muchos hombres que, en nombre de principios religiosos o, simplemente, humanitarios, hicieron oír su voz. Esta reacción fue particularmente notable en España, donde una pléyade de escritores centraron sus ataques en tan bárbara forma de represión. Combaten el tormento Juan Luis Vives, Alfonso de Acevedo y el Padre Feijóo; fray Martín de Sarmiento se alza contra la pena de muerte; Cristóbal de Chaves, Tomás Cerdan de Tallada y el Padre Bernardino de Sandoval se ocupan de humanizar las cárceles. En Inglaterra clama contra el excesivo rigor penal Santo Tomás Moro en su obra "Utopía". En Francia, La Bruyere y el Abate Fleury contribuyen también con su protesta.

Pero iba a ser el movimiento ideológico promovido por el despertar intelectual y libertario del siglo XVIII el que había de concluir, en el curso de los años, por abrir paso a la reforma penal.

Montesquieu († 1755), en "*Esprit de lois*", hace un estudio histórico y político de las leyes penales, demostrando que la severidad del castigo no es necesaria frente a individuos culturalmente desarrollados. Voltaire († 1778), anatemia a los tribunales



franceses por la muerte del hugonote Juan Calas, injustamente condenado a morir en la rueda por filicidio. Rousseau († 1788), en su "Contrato Social", teoriza sobre la pena, derivándola del contrato social y buscando en éste sus límites. Los enciclopedistas (Diderot, D'Alembert, Holbach y Helvetius) ven en la pena un recurso para la seguridad y tranquilidad de la sociedad y exigen justa proporción para ella.

En Alemania, la figura cumbre de Immanuel Kant († 1804), proyecta los haces luminosos de su saber filosófico hasta el Derecho Penal; niega el contrato social, afirma el carácter público del Derecho Penal; trata de rehabilitar éticamente la pena, señalándola como un imperativo categórico destinado a negar el delito con una acción igual y contraria que reintegra el orden moral y fija su medida en la igualdad con la culpa que ella niega. Con Kant adquiere nuevo brillo la teoría absoluta de la pena, que considera a ésta un fin en sí misma y no un simple medio para alcanzar otros objetivos.

Gaetano Filangieri († 1788), señala en Italia, que para no caer en tiranía deben adoptarse sólo penas que con el menor tormento posible del reo produzcan el mayor horror por el delito; lo que implica la aceptación del fin preventivo de ella.

David Hume († 1776), marca el interés de los británicos por los problemas criminales, especialmente sobre fundamento y fin de la pena, los que explica conforme a los principios utilitarios; por este motivo, Hume, junto con Filangieri, queda incorporado a las teorías relativas de la pena.

### 52. Los reformadores. Beccaria

Muchos pensadores habían preparado el camino a las ideas de reforma; el ambiente era propicio, solamente faltaba que alguien profiriera el grito en el que se fundiera el clamor de toda la opinión pública.

Fue César Bonesana, Marqués de Beccaria, nacido en Milán en 1738, hombre formado en las ideas del enciclopedismo, el que en 1764, a la temprana edad de 25 años, publica sin nombre de autor y sin pie de imprenta un pequeño libro "*Dei delitti e delle pene*" (De los delitos y de las penas).

La publicación maravilló al público y obtuvo la más repentina notoriedad. Beccaria no era un jurista y tampoco había recibido una formación filosófica particularmente sólida, pero la forma clara y sencilla como atacó valerosamente los abusos de la práctica criminal imperante y la oportunidad de la aparición de su pequeño libro, en un momento en que sus ideas eran vivamente sentidas, lo transformó en un verdadero símbolo, por haber recogido la protesta general que buscaba expresión.

Para Beccaria el Derecho Penal tiene su origen en el Contrato Social y el derecho de castigar se fundamenta en la necesidad de defender la seguridad pública. Los tribunales sólo pueden imponer penas determinadas por la ley, aplicando ésta literalmente y sin interpretarla. Las penas han de ser iguales para todos, proporcionadas a los delitos, medidas por la ofensa social y no por la intención del culpable. La finalidad de la pena no es el castigo, sino impedir nuevos delitos por parte del culpable y disuadir de cometerlos a los demás ciudadanos. Los juicios criminales han de ser públicos y debe repudiarse la aplicación del tormento; las penas aplicadas deben ejecutarse prontamente. La certidumbre de la imposición de la pena hará a ésta más eficaz que su rigor. Rechaza la pena de muerte, salvo casos en que no haya otro medio de contener un crimen o que la haga necesaria la salud de la nación en momentos de anarquía o convulsiones internas.

Beccaria ha sido objeto de muy encontradas apreciaciones. Incluso, se ha llegado hasta a negar su paternidad sobre "*De los delitos y de las penas*", atribuyéndosela a Pe-

dro Verri, que con su hermano Alejandro tenía un gran prestigio intelectual en Milán. Pero es el hecho que el propio Verri admitió que Beccaria había escrito la obra, aun cuando desarrollando en buena parte ideas de los dos hermanos.

Se ha sostenido que falta en la obra toda originalidad, pues trata de ideas que flotaban en el ambiente de la época e incluso un siciliano, Tomás Natale, escribió un libro muy semejante. La verdad es que si bien Natale preparó antes su libro, sólo vino a publicarlo varios años después de salir a luz la obra de Beccaria. En años posteriores, aparecieron otros trabajos de inspiración análoga al de Beccaria, como uno de Paolo Risi (1776), y el famoso "Discurso sobre las penas" (1782), de Manuel de Lardizábal, pero Beccaria los aventajó en el tiempo, en la oportunidad política y en el inflamado sentimiento con que redactó su libro.

La crítica que señala la falta de rigor científico del libro de Beccaria, porque en él se reúnen ideas filosóficas de Montesquieu, Rousseau, Hobbes, Locke, Condillac y otros, no siempre concordes y a veces inconciliables, es exacta, pero para enjuiciarlo con justicia es preciso considerarlo como lo que en realidad fue: un afortunado heraldo de las ideas de reformas, que tuvo enorme difusión y que ejerció positiva influencia en la modificación de varias legislaciones penales. Es así como Catalina de Rusia instruye a la Comisión designada para elaborar las leyes penales, transcribiendo páginas enteras de Beccaria y Leopoldo de Toscana, invocándolo, suprime la pena de muerte, la tortura y las penas infamantes y crueles. Por influjo de Beccaria, Federico de Prusia y José II de Austria introducen importantes reformas legislativas.

En 1794 murió Beccaria sin haber escrito otra obra que la que le diera celebridad, tras una opaca vida funcionaria.

### 53. Howard

John Howard, nacido en un suburbio de Londres en 1726, fue otro gran reformador, que dirigió sus afanes a las materias penitenciarias.

De espíritu profundamente religioso, Howard fue hecho prisionero de los franceses cuando volvía de un viaje a Portugal y conoció durante varios meses los horrores de las prisiones de su época. Una vez libre fue designado *sheriff* del condado de Bedford y en tal calidad debió desempeñarse como visitador de prisiones. La honda impresión que la miseria material y moral que anidaba en ellas causó a su humanitario espíritu lo decidió a dedicar su vida a eliminar esas lacras. Fue así como movió al Parlamento inglés a aprobar una ley que organizara la libertad condicional y aboliera tasas que debían pagar los presos.

Viajó por casi todos los países de Europa, recorriendo sus establecimientos carcelarios. Las infectas prisiones europeas, sucias, sin luz, sin aire, en manos de carceleros crueles o venales, que corrompían a los presos cuando no los maltrataban, le causaron horror. Vio en ellas poblaciones penales enfermas, mal alimentadas, aglomeradas y viciosas que conmovieron sus filantrópicos sentimientos y lo determinaron a estudiar la forma de mejorar su trato y de procurar su regeneración.

Todas sus críticas y censuras, como asimismo sus propuestas de reforma se condensaron en su libro *State of prisons*, publicado en 1777. Aunque referido solamente a los establecimientos de Inglaterra y Gales, sus ideas son de aplicación universal. Sus bases para reformar el régimen penitenciario fueron: 1º Higiene y alimentación suficiente; 2º Disciplina diferente para los detenidos y los condenados; 3º Educación moral y religiosa; 4º Trabajo; 5º Aislamiento individual relativo.

Se hallaba Howard en Crimea, en 1790, para conocer sus cárceles cuando falleció víctima del contagio de la fiebre carcelaria (tifus exantemático).

Su obra tuvo gran difusión en los países cultos y por la influencia de su prédica introdujéronse importantes mejoramientos en varias prisiones de Europa.

#### 54. El llamado período científico

Las nuevas ideas difundidas por el iluminismo, los nuevos conceptos políticos introducidos por la Revolución Francesa y la labor de los reformadores, orientan al Derecho Penal a nuevas vías por las cuales se procura darle mejor expresión jurídica y asegurar mejor el respeto de las garantías individuales.

Giandoménico Romagnosi († 1835) en Italia, Jeremías Bentham († 1832) en Inglaterra y Anselmo von Feuerbach († 1833) en Alemania, se esfuerzan en esta tarea, como avanzadas del período científico del Derecho Penal.

Romagnosi, en su "Génesis de Derecho Penal", presenta un estudio penal, en que se advierte ponderable método dogmático y en que analiza conceptos jurídicos de la trascendencia de la imputabilidad, el concurso de delincuentes, el delito frustrado, el daño y otros.

Considera el delito como un acto hecho con inteligencia y libertad ejecutiva y basa la responsabilidad penal en la imputabilidad moral. Para explicar la pena acude a los motivos psicológicos que mueven al delincuente, presentándola como el contraimpulso que refrena el impulso delictivo. En su obra asoma la concepción del Derecho Penal como medio de defensa social.

Bentham justifica la pena por su utilidad o, mejor dicho, por su necesidad, y cifra su fin principal en la prevención general de los delitos; también propugna un sistema remuneratorio, que, a diferencia de la pena, otorgue recompensa a los que se sujetan a las leyes.

Feuerbach, padre del moderno Derecho Penal alemán, de formación filosófica kantiana, a quien se atribuye la formulación del principio *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, afirma la legalidad del Derecho Penal. Su tratado se caracteriza por la nitidez de los conceptos y la bondad de su sistemática. Respecto de la pena, se separa de la teoría kantiana de la retribución y defiende la teoría de la prevención por medio de la coacción psicológica, cuya virtud permite que el delincuente pueda reprimir su inclinación delictuosa.

#### 55. Los clásicos

Pellegrino Rossi (1787-1848), italiano naturalizado francés, que tuvo influencia en España a través de Pacheco, es autor de un "Tratado de Derecho Penal", concebido conforme a un riguroso sistema, en el que examina los fundamentos del Derecho Penal, del delito, la pena y la ley penal. Juan Carmignani (1768-1847), a quien Carrara llamó su maestro, dedica sus esfuerzos a la construcción jurídica del Derecho Penal, de la que puede ser considerado precursor.

Pero es Francisco Carrara, estimado como el más grande de todos los penalistas, el que puede ser llamado clásico por excelencia. Nació en 1805 en Lucca, ciudad en la que también murió en 1888. Fue profesor de Derecho Penal, de Derecho Civil y de Derecho Natural, adquiriendo pronto enorme prestigio que se difundió por todo el mundo.

Vierte las enseñanzas que tantos años impartiera sobre Derecho Penal en su monumental "Programa del Curso de Derecho Criminal" en 9 volúmenes (1859); allí sienta las bases completas de un Derecho Penal teórico que no se ciñe a ninguna legislación positiva vigente, con lo que demuestra el vigor y organización de su pensamiento filosófico penal.

Carrara edifica la ciencia criminal sobre la base del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre, sin las cuales —dice— no podría construirse. Toda su teoría del Derecho, del delito y de la pena tiene fundamento estrictamente jurídico, aun cuando sin desconocer que el Derecho es dado a la humanidad por Dios y es un orden de razón que emana de la ley moral jurídica.

Su más alta cumbre la alcanza con la doctrina del delito como ente jurídico, que considera como la fórmula sacramental de que emanan, una a una, toda las grandes verdades del Derecho Penal. La exacta noción constituyente del delito la expresa diciendo: el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico, porque su esencia debe consistir necesariamente en la violación de un derecho. Este ente jurídico para existir necesita de elementos materiales y morales cuyo conjunto le da unidad, pero lo que completa su esencia es la contradicción de sus precedentes con la ley jurídica.

El derecho de castigar que corresponde al hombre, emana de la ley eterna del orden y no está basado únicamente en la justicia, como el de Dios, sino que se fundamenta en la necesidad de la defensa, en cuanto es necesario para la conservación de los derechos de la Humanidad, pero siempre subordinado a las normas de la justicia. Dentro de su régimen de la "tutela jurídica" la necesidad de la prohibición deriva de la necesidad de proteger el Derecho; la pena se justifica por la defensa del Derecho y la medida de ella se encuentra en la importancia del derecho que protege. La pena es un mal que restablece el orden externo de la sociedad conmovido por el

desorden del delito; su resultado es el aterrorizamiento de los malos y la tranquilidad de los buenos.

Carrara se propuso estructurar un Derecho Penal basado en principios jurídicos que desterraran los errores dejados por las doctrinas teológicas y metafísicas que, sucesivamente, se adueñaron de él en las etapas históricas anteriores de su desenvolvimiento. Por ello, hace una clara distinción entre pecado y delito, así como entre sacrificio y pena y repugna las ideas indefinidas.

La ciencia del Derecho criminal queda reconocida como un orden racional, preexistente a los pareceres de los legisladores humanos. Ella constituye el supremo código de la libertad, que sustrae al hombre de la tiranía de los otros y lo ayuda a liberarse de la tiranía de sus pasiones.

Aspira a dar al Derecho Penal un contenido necesario y eterno. Para ello acude a la doctrina matemática que tras el establecimiento por la ontología de las nociones exactas de los entes jurídicos, define los criterios esenciales y los criterios mensuradores de todo delito concreto. Se apoya en un sistema de fuerzas que integrarían el delito y la pena y en las medidas de esas fuerzas, expresadas en las fórmulas carmignianas de la cualidad, la cantidad y el grado.

No puede haber delito sino en lo que amenaza u ofende los derechos de los coasociados, derechos que no pueden ser agredidos sino por actos exteriores procedentes de una voluntad inteligente y libre. Esto conduce a considerar la objetividad y la subjetividad de todo delito, o sea, las dos fuerzas concurrentes en él, la física y la moral, necesarias, puesto que el delito consiste en un choque entre un hecho humano y un derecho.

Los delitos se distinguen y clasifican según la diversa especie e importancia del derecho agredido y también por su cualidad, cantidad y grado. La cualidad designa el título criminoso que constituye el delito; la cantidad señala la relación de más o menos del delito, atendida la gravedad de los males que causa; el grado está referido a las diversas fases internas o externas del delito.

Las penas se regulan por criterios jurídicos que fijan su cualidad y su cantidad, proporcionalmente al daño o peligro corrido por el derecho, como, asimismo, a las condiciones de lugar, tiempo y persona. También hay en ellas dos fuerzas, física y moral, correlativas a las fuerzas análogas que se encontraron en el delito.

Carrara es el padre de la concepción jurídica del Derecho Penal; mediante razonamientos lógico-abstractos logra una construcción jurídica admirable por su armonía, cohesión y solidez. La obra citada es, hasta hoy, obligado texto de consulta de todo penalista.

Enrique Pessina (1828-1916) cierra el ciclo de los grandes clásicos. Considera que el Derecho negado por el delito (mal jurídico), debe ser reafirmado, y la sociedad humana, al negar con la pena la negación del Derecho contenida en el delito, cumple el deber de reafirmar el Derecho mismo.

#### 56. La "Escuela Clásica"

Los clásicos no constituyen un grupo de penalistas que sigan uniformemente un conjunto de principios comunes y que pudieran ser agrupados por la homogeneidad de sus doctrinas. El principal nexo que existió entre ellos fue su dedicación al estudio jurídico del Derecho Penal sobre bases racio-

nales y con severa aplicación del método lógico. Discrepan en cambio muy hondamente en lo que se refiere al fundamento del derecho de penar e incluso de la responsabilidad penal. Ellos mismos se combatieron entre sí y nunca se sintieron formando parte de una sola escuela. Fueron los positivistas los que, en tono despectivo y queriéndolos señalar como los caducos o retrógrados, los denominaron "clásicos", para agrupar a todos aquellos que para el estudio del Derecho empleaban la filosofía y el método lógico en lugar de las ciencias causal explicativas y el método experimental.

No obstante —y más por contraposición frente a los positivistas que por haberlos expresado ellos reflexivamente en forma explícita— es posible señalar varios aspectos, todos centrados alrededor de la ideología de Carrara, en que existe cierta unidad y que por ello son presentados, principalmente con finalidades docentes, como los postulados de la Escuela Clásica.

Estos postulados son los siguientes.

1º El delito es un ente jurídico. Esto significa que el hecho delictivo es considerado fundamentalmente desde el ángulo jurídico y no como suceso natural. Lo que interesa en él al jurista es su contradicción con el Derecho (noción abstracta) y bajo este aspecto se formula su concepto;

2º La responsabilidad penal se asienta en el libre albedrío y tiene, por consiguiente, un fundamento análogo a la responsabilidad moral. Solamente es responsable el que pudo actuar libremente y porque libremente eligió lo ilícito;

3º La pena es un mal y se justifica por la tutela jurídica, ya que es necesaria para proteger el Derecho. Su medida la fija la importancia del derecho que se protege y por eso debe ser estrictamente proporcionada al delito. En lo relativo al fundamento de la pena es donde se produce menos uniformidad entre los clásicos, pues mientras para algunos ese fundamento es absoluto (se pena porque así queda restablecido el orden jurídico), para otros es relativo (se pena para que no se vuelva a delinquir), suscitándose muchas variedades dentro de cada posición;

4º El delincuente es un elemento del delito que se considera sólo en cuanto pone la fuerza física subjetiva del delito (movimiento corporal) y la fuerza moral subjetiva (concurso intelectual y concurso de la voluntad). Sin embargo, se supone que todos los hombres mentalmente sanos y de pleno desarrollo, actúan libremente, a no ser que una circunstancia excepcional los prive de su libertad. Tal conclusión deriva de la pura deducción, puesto que el hombre es un ser racional que goza de libre albedrío;

5º Existe un Derecho Natural aplicable a todos los tiempos y lugares, que es el que se funda en la naturaleza racional del hombre;

6º Las concepciones jurídicas se obtienen del puro razonamiento; el Derecho Penal se estudia con el método lógico-abstracto.

La Escuela Clásica tuvo señalada importancia para el Derecho Penal, tanto en un aspecto puramente especulativo, como en el de las consecuencias prácticas que de ella derivaron. A ella se debe la elaboración del Dere-

cho Penal como ciencia, pues destacó los principios generales en que ha de apoyarse; además, le dio una sistemática y le señaló el método apropiado para su estudio. Impuso el legalismo del Derecho Penal exigiendo que los delitos y las penas fueran determinados previamente por el legislador como medio de dar garantía a los derechos del hombre y evitar arbitrariedades de los jueces. Desarrolló el humanitarismo, estableciendo que la pena debe limitarse a lo estrictamente necesario. Su influjo sobre la legislación positiva fue enorme e inspiró directamente la casi totalidad de los Códigos penales que se dictaron en el mundo en el curso del siglo pasado.

### 57. *La Escuela Positiva. César Lombroso*

César Lombroso Levi nació en Verona en 1835. Fue médico y desde muy joven demostró excepcionales condiciones para los trabajos de investigación. Después de haber servido como médico militar, inicia estudios antropológicos en la Universidad de Pavía. Posteriormente es designado Director del Manicomio de Pésaro (se desempeñó también como médico carcelario) y más tarde es Profesor de Medicina Legal y después Profesor de Psiquiatría en la Universidad de Turín, en la que más adelante enseñó Antropología Criminal.

Lombroso, muere en 1909 en Turín.

Es útil conocer el curso de las investigaciones de Lombroso para captar mejor el desarrollo de sus ideas antropológicas.

Buscando establecer diferencias entre locos y criminales, se sorprendió de encontrar numerosas similitudes, que lo llevaron a pensar que entre ambos no hay diferencias de calidad, sino de intensidad y lo movieron a ensayar con los últimos tratamientos parecidos a los de aquellos. Una autopsia realizada al famoso bandido Vilella le permite encontrar en su cráneo lo que llamó la "foseta occipital media", muy rara en el hombre pero muy frecuente en seres inferiores, como los peces; de aquí le sobreviene, como un chispazo, la idea de que el delincuente reproduce al hombre primitivo por atavismo que a veces se remonta en la escala zoológica a los seres inferiores; este atavismo se origina por una detención en su desarrollo físico y psíquico. La observación de un soldado con manifestaciones epilépticas llamado Misdea, que había dado muerte a varias personas, iluminó para él la solución: esa detención en el desarrollo del delincuente se debía a la epilepsia. Esta no fue, sin embargo, solución única, porque también la atribuyó a degeneración morbosa y más adelante explicó que la epilepsia puede causar una erosión psíco-física que dé origen a la locura moral (ausencia de sentido ético). Aparte de ello, había estudiado el delito en las plantas, los animales y los niños, lo que le confirmaba en sus teorías atávicas.

En 1876 publica la primera edición de la obra en que vació todas sus observaciones antropológicas sobre los criminales, llamada "El Hombre

Delincuente", que después había de conocer hasta una quinta edición, en varias de las cuales introdujo cambios y nuevas tesis.

Lombroso ve en el delincuente un tipo humano especial, con peculiaridades somáticas inconfundibles y congénitas, que lo hacen diferente de los demás hombres, con una inclinación natural al delito, al que denomina criminal nato. El criminal nato presenta pómulos y mandíbulas muy desarrolladas y prominentes, resalte de los arcos superciliares, orejas en asa, fuerte pigmentación, escasa pilosidad en el cuerpo; su capacidad craneana es escasa, su cabello es espeso y rizado; es de gran fuerza corporal y muy ágil, por lo general zurdo; manifiesta insensibilidad para el dolor y está dominado por la pereza, el egoísmo, la vanidad y los vicios; le gustan los tatuajes y emplea un lenguaje especial; se observa en él precocidad sexual, etc. Más adelante, Lombroso admitió también la existencia de algunos factores externos que favorecían la comisión de delitos, como ser el clima, la cultura, el alcohol y las condiciones económicas, entre otros.

Paul Näke ha sintetizado muy concisamente la doctrina de Lombroso en el siguiente enunciado: a) criminal propiamente dicho es nato; b) idéntico al loco moral; c) con base epiléptica; d) explicable especialmente por el atavismo, y e) forma un tipo biológico y anatómico especial.

Lombroso tiene el inmenso mérito de haber abordado el estudio del hombre que delinque, para intentar científicamente un conocimiento directo de él. Los penalistas clásicos, sumergidos en puras especulaciones abstractas, no vieron sino nociones jurídicas centradas alrededor del concepto abstracto de delito y dejaron en la penumbra al delincuente. Para ellos todo delincuente, salvo situaciones graves y excepcionales que consideraron eximentes de responsabilidad, era un ser racional plenamente responsable que debía ser juzgado conforme a reglas generales fijas. Desconocieron la enorme variedad psicológica, temperamental, constitucional y cultural que se da en el ser humano y el sinnúmero de factores ambientales que pueden influir en su conducta. Las ideas de Lombroso forzaron a los científicos a abordar estos aspectos.

Lombroso es, además, el creador de la Antropología Criminal, ciencia causal explicativa que, despojada de los errores, exageraciones y aventuradas suposiciones de Lombroso, presta hoy útiles servicios en la lucha contra el delito. Nadie cree hoy en el criminal nato de Lombroso, mucho menos si se le caracteriza por el tamaño de su mandíbula, la forma de sus orejas o demás descripciones lombrosianas, pero sí se admite que, en razón de características constitucionales o psicológicas especiales, en muchos individuos pueden presentarse predisposiciones para el delito.

Los españoles reivindican para el médico Mariano Cubí y Soler (1801-1875), el mérito de ser precursor de la Antropología Criminal y antecesor de Lombroso, por sus investigaciones frenológicas de vasto alcance. Incluso, afirman que fue Cubí y Soler el que antes que Lombroso usó el nombre de "delincuente nato". Pero todavía se remontan más atrás, para exhibir al sacerdote Esteban Pujasol, que en 1637 hace descripciones muy semejantes a las de Lombroso y al Padre Éximenés, que en una obra publicada

en 1889 puntualiza la relación que existe entre determinados estigmas físicos y las aptitudes delictivas.<sup>1</sup>

### 58. Enrique Ferri

Nacido cerca de Mantúa en 1856, Enrique Ferri obtiene su título de abogado con una tesis sobre la imputabilidad en que niega el libre albedrío. Toma contacto con Lombroso y después alcanza la cátedra de Derecho Penal en Bologna. Posteriormente enseña en Siena, Pisa y Roma. Actuó en política como socialista, al igual que Lombroso, pero ante el fascismo dobló la cerviz. Fue orador formidable y recorrió Europa y América dictando conferencias. Escribió numerosas obras jurídicas y sociológicas. Falleció en 1929.

Ferri es el más brillante expositor de la Escuela Positiva; fue él quien organizó sus doctrinas, les dio coherencia en el campo jurídico y dirigió el combate contra los "clásicos".

En su obra capital "Sociología Criminal" (1881) sienta las bases de la *Scuola*.

Ferri quiso convertir la ciencia de los delitos y de las penas, de una doctrina de exposición de silogismos que hasta entonces había sido (ya había exclamado: "¡Abajo el silogismo!"), en una ciencia de observación positiva. Valiéndose de la Antropología, de la Psicología, de la Estadística Criminal, del Derecho Penal y de las Disciplinas Penitenciarias, cree descubrir una ciencia sintética que denomina "Sociología Criminal", que abarcaría todos los conocimientos sobre los delitos y las penas, de la que el Derecho Penal sería un mero capítulo, transformado en una especie de terapéutica social.

La etiología de los delitos ha de hallarse principalmente en los factores sociales que lo determinan (condiciones económicas, políticas, culturales, etc.), sin desconocer con ello el valor de los factores individuales o antropológicos y el de los factores físicos (clima, temperatura, etc.).

La responsabilidad social y no la responsabilidad moral es la base de la sanción. El hombre está fatalmente determinado a cometer el delito (determinismo) en virtud de los diversos factores ya enunciados, pero también la sociedad está determinada a defender las condiciones de su existencia. Por ello se defiende de las agresiones del delincuente tan pronto se dan las condiciones de la imputabilidad física. El hombre es responsable de sus acciones exteriormente delictivas, sólo porque vive en sociedad y mientras vive en ella (responsabilidad social).

Dentro de este criterio, no cabe considerar a los enajenados mentales como seres al margen del Derecho Penal. A los que delinquen, tanto normales como locos, habrá de aplicarse la segregación en establecimientos

de diverso régimen, y allí se les aplicará un tratamiento, como ocurre ahora con los enfermos en los hospitales.

Ferri comparte el principio de Lombroso de que el delincuente es un ser anormal, pero desarrolla el principio, aumentando las categorías. Por ello clasifica los delincuentes en natos, locos, habituales, ocasionales y pasionales.

Enuncia también la ley de la saturación criminal, conforme a la cual "como en un volumen determinado de agua a una temperatura dada se debe disolver una determinada cantidad de substancia química, ni una molécula más, ni una molécula menos; así en un ambiente social dado, en condiciones individuales y físicas dadas, se debe cometer un determinado número de delitos, ni uno más ni uno menos".

Sostenía Ferri la insuficiencia de la pena para combatir el delito y por ello propone que, en ataque de flanco, se reduzcan todos aquellos factores que él estima que lo producen, lo que se obtiene mediante los *substitutivos penales*, de muy variado orden y que deben actuar mejorando las condiciones de la vida social. Por ejemplo, en el orden educativo, abolir espectáculos y publicaciones crueles o inmorales, suprimir casas de juego, mejorar la educación y proporcionar diversiones higiénicas y gimnásticas; en el orden familiar, admitir el divorcio, prohibir el matrimonio a ciertas personas, reglamentar la prostitución; en el orden político, dar plena libertad de opiniones, buen sistema electoral; en el orden social, imponer el libre cambio, restringir la producción y venta de alcohol, construir calles espaciosas con buen alumbrado público, establecer seguros mutuos y protección de ancianos e inválidos, conceder premios a la buena conducta; en el orden religioso, prohibir las procesiones, suprimir los conventos y abolir el celibato eclesiástico; en el orden administrativo y civil, recoger las armas, simplificar la legislación, establecer la baratura y facilidad de la justicia civil, mantener buenas instituciones notariales y de registro civil; en el orden científico, mecanismo contra ladrones, buenos medios para descubrir delitos, etc.

El principal mérito de Ferri consiste en haber concedido importancia al ambiente y condiciones sociales, como factores etiológicos del delito (medicina criminal). Muy estimables, con la debida depuración crítica, son sus ideas sobre los substitutivos penales.

### 59. Rafael Garófalo

Rafael Garófalo (1851-1934) magistrado de Nápoles, es el tercer alto exponente de la Escuela Positiva, la que debe haberle proporcionado apoyo jurídico para sus construcciones. Su obra fundamental es la "Criminología" (1885).

La Escuela Positiva tomaba como objeto directo de su estudio al delincuente, esto es, al que comete delitos, pero como repudiaba los conceptos

<sup>1</sup> Ver Jiménez de Asúa, Tratado, tomo I, párrafo 278 (pág. 788), y párrafo 293 (pág. 807).

abstractos emitidos por los clásicos, carecía de una noción de delito, lo que impedía fijar lógicamente el concepto de delincuente.

Garófalo colmó este vacío definiendo el *delito natural*, el que conceptualizó como “la lesión de aquella parte de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad o de probidad, en la medida media en que son poseídos por una comunidad y que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad”. Con ello obtuvo un concepto sociológico del delito.

Una idea genial de Garófalo, que no fue debidamente aprovechada en su tiempo, fue el fundamento que dio a la represión penal, asentándolo en la “temibilidad”.

La temibilidad o perversidad constante y activa del delincuente, es la cantidad de mal que hay que temer del delincuente. Esta noción, transformada posteriormente en “peligrosidad”, fue desenvuelta con éxito por seguidores del positivismo y tendencias eclécticas, al extremo que hoy es el fundamento de las medidas de seguridad, y en tal forma ha sido incorporada a la mayor parte de las legislaciones penales, incluso a la chilena (ver art. 34 de la Ley N° 11.625, de 1954, sobre Estados Antisociales).

Garófalo propicia sanciones extremas contra los delincuentes, negando que los criminales sean semejantes a nosotros; entre ellas la pena de muerte y la relegación en islas o colonias a perpetuidad o por largo tiempo.

Se debe a Garófalo y a su preocupación por la suerte de las víctimas de los delincuentes, el haber tratado del resarcimiento del daño causado a los ofendidos, como uno de los asuntos de interés público que conciernen al Derecho Penal, proponiendo diversas medidas para evitar que una frecuente insolencia haga ineficaz la condena a indemnización de perjuicios.

#### 60. *Síntesis de la Escuela Positiva*

El carácter de Escuela organizada que tiene la Escuela Positiva y las obras fundamentales de sus tres más altos exponentes: Lombroso, Ferri y Garófalo, permiten presentar con bastante precisión, sus siguientes postulados:

1º El delito debe ser estudiado como fenómeno natural desde los aspectos individual y social; su importancia para la ley penal estriba en que revela la peligrosidad del delincuente.

2º No existe el libre albedrío. El delincuente actúa determinado por factores antropológicos, físicos y sociales. Contra su actuación antisocial se produce la defensa de la sociedad, la cual reacciona contra él porque vive en sociedad y con prescindencia de valores ético-jurídicos. Su responsabilidad es, consiguientemente, social y adquiere carácter objetivo.

3º La pena no es un castigo (por ello se emplea, en lugar de pena, la palabra “sanción”), sino un medio de defensa social. Su medida ha de hallarse en la peligrosidad del delincuente y no en la gravedad objetiva del

delito. Su naturaleza ha de ser tal que sirva para readaptar al delincuente a la vida en sociedad. La sanción debe adaptarse al delincuente; el juez debe aplicarla por un plazo indeterminado, hasta que cese la peligrosidad del reo.

4º El delincuente es un ser anormal y en él deben centrarse tanto el estudio científico, como las medidas legales que se adopten para combatir el delito. No se distingue entre imputables y no imputables.

5º La prevención del delito es más importante que la represión.

6º No existe el Derecho Natural.

7º El método aplicable al estudio del delito y del delincuente es el experimental; el exacto conocimiento de los mismos lo proporcionan las ciencias causal-explicativas.

Para concretar en pocas palabras la diferente posición científica adoptada por las escuelas Clásica y Positiva, nada más gráfico que la ingeniosa frase del penalista holandés Van Hamel, cuando dijo: “La Escuela Clásica exhorta a los hombres a conocer la justicia; la Escuela Positiva exhorta a la justicia a conocer a los hombres”.

#### 61. *La Escuela Positiva y su suerte*

La Escuela Positiva nació a impulsos de la influencia casi incontrastable que en la segunda mitad del siglo XIX adquirió el positivismo filosófico y científico y del violento auge que experimentaron las ciencias naturales en la misma época. Una conciencia colectiva cansada de un exceso de metafísica que no se detenía a observar la realidad, y deslumbrada por el rápido avance de la técnica y el cientismo, dio espaldas a las lucubraciones teóricas, para aplaudir indiscriminadamente cuanto le ofrecían las disciplinas experimentales y de observación. Floreció con ello el materialismo más intransigente, que creía encontrar la explicación universal en la materia y en su energía. Comte y Spencer como filósofos; Darwin, Haeckel y Lamarck como científicos, influyeron decisivamente en la *Scuola*, no obstante que lo hayan negado sus exponentes.

Criterios más serenos, en el orden filosófico y científico, se han encargado posteriormente de equilibrar las posiciones, concediendo a la materia y al tecnicismo lo que les corresponde y reconociendo al espíritu y a sus valores el alto sitio que les toca.

El éxito inicial de la Escuela Positiva fue arrollador, especialmente en Italia, España y países latinoamericanos; ella dominó prácticamente sin contrapeso en la mayoría de las cátedras universitarias de estos países hasta hace pocos años. Hoy día, sin embargo, la situación ha cambiado; el estudio del Derecho Penal, ciencia normativa y de valores, se hace conforme al método abstracto que le corresponde, pero apreciando en su valor lo que significan los aportes que como ciencia auxiliar proporciona la Criminología; agrupa ésta, como lo expusimos, todas las ciencias causal-explicativas del

delito y ofrece los elementos de hecho que debe considerar el legislador positivo al elaborar las leyes penales. Quedan algunos positivistas, pero no de aquellos que querían desplazar el Derecho a un papel secundario en las ciencias del delito, sino juristas de mérito que siguen el viejo derrotero que conduce a un Derecho Penal lógicamente concebido y eminentemente situado entre las disciplinas que tratan del delito, del delincuente y de las sanciones.

Como lo veremos más adelante, la Escuela Positiva no ha logrado la dición de un Código Penal que se ajuste enteramente a sus principios.

### 62. *Las tendencias eclécticas*

Las fundadas críticas que muy luego surgieron contra la Escuela Positiva, originaron el nacimiento de tendencias eclécticas que procuraban hallar una posición equidistante de las dos ideologías contrapuestas, que permitiera recoger las verdades que en ambas pudieran encontrarse y repudiar sus errores. Algunos han denominado a estas tendencias "Positivism Crítico".

Estas escuelas intermedias adquieren un carácter nacional bastante marcado, que obliga a exponerlas separadamente.

En Italia, bajo el impulso de Manuel Carnevale y Bernardino Alimena, nace la llamada *Terza Scuola* (Tercera Escuela), con pretensiones de unificar las dos anteriores. Esta Escuela declara que debe mantenerse la personalidad del Derecho Penal y la importancia de la Filosofía del Derecho, pero abriendo paso a la indagación antropológica del delito; que no puede admitirse la fatalidad del delito, ni el delincuente nato, ni la imputabilidad física, pero que, sin acudir al libre albedrío, debe fundarse la imputabilidad en la dirigibilidad del sujeto, o sea, su aptitud para sentir la coacción psíquica; que la pena se justifica por una necesidad política y social, en virtud de su eficacia preventiva.

En Alemania brota pujante la Escuela de la Política Criminal, cuyo fundador indiscutido es el gran penalista Franz von Liszt (1851-1919). Más que fundar una nueva escuela, quiso Von Liszt proponer una tregua entre clásicos y positivistas y buscar en terreno práctico puntos de colaboración y concordia, sobre la base de perseguir una lucha eficaz contra el delito, con los medios más apropiados. Sin embargo, resultó una tendencia de tal vitalidad y eficacia, que es la que inspira a la mayor parte de los modernos códigos penales. Para aunar voluntades en torno a ella, Von Liszt quiso eliminar las cuestiones filosóficas de más hondura (como la cuestión del determinismo o libre albedrío) y dar soluciones prácticas y ponderadas que orillaran las divergencias. Así se explica que individuos de variada condición ideológica se hayan plegado a ella. Aparte del belga Adolfo Prins y del holandés Gerardo van Hamel, que conjuntamente con Von Liszt habían creado en 1888 la Unión Internacional de Derecho Penal,

pueden considerarse como afiliados a ella, entre otros, al suizo Carlos Stoops y al sueco Juan C. Guillermo Thyren. Sus principios pueden concretarse en los puntos siguientes:

1º El Derecho Penal es ciencia independiente que se ocupa de la exposición dogmática del Derecho vigente y emplea el método lógico abstracto. La Criminología, la Penología y la Política Criminal, aunque ligadas al Derecho Penal, son ciencias autónomas y aplican el método experimental.

2º Se admite la imputabilidad como base de la responsabilidad penal y, sin entrar en la cuestión del libre albedrío o determinismo, se declara imputables a los que tienen capacidad de conducirse socialmente. Para alguna clase de delincuentes, no obstante, el criterio de las medidas aplicables residirá en su peligrosidad.

3º El delito es considerado simultáneamente como concepto jurídico, proporcionado por el Derecho Penal, y como fenómeno natural, susceptible de estudios criminológicos en cuanto a su etiología y formas de presentación.

4º La lucha contra el delito debe encararse tanto mediante las penas como mediante las medidas de seguridad.

### 63. *La Escuela Técnico-jurídica*

La Escuela Técnico-jurídica se ha desarrollado en Italia y tiene sus jefes más preclaros en Vicente Manzini (1872-1957) autor de un "Tratado de Derecho Penal" y Arturo Rocco, principal autor del C. Penal italiano de 1930. En mayor o menor grado se mantienen dentro de ella los penalistas Battaglini, Petrocelli, Delitala y Vannini.

Se caracteriza por su aversión a la Filosofía y por estimar que la función del Derecho Penal no pasa más allá de hacer la exégesis del Derecho positivo. Nace como reacción a la crisis que en Italia originó el positivismo, con su afán de subordinar nuestra disciplina a las investigaciones criminológicas. Por ello se rebela contra la metafísica por una parte, y contra las infiltraciones criminológicas por la otra, y quiere consagrarse a la investigación jurídica entendida como el análisis del Derecho positivo vigente, único objeto que puede tener, en su criterio, una ciencia jurídica. Toda labor jurídica técnica, sea de exégesis, de dogmática o de crítica, no puede salir de los límites del Derecho vigente.

Respecto del delito, esta escuela ha acogido las ideas de la ciencia jurídica alemana que distinguen en el delito, aparte del hecho, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad.

Se ha criticado a esta Escuela que con su estricto apego a la ley positiva, cierra el paso al estudio racional y hondo del Derecho Penal, transformándolo en "un estéril verbalismo". También se atribuye a sus miembros ser "meros gramáticos del Derecho".

64. *El Neoclasicismo*

Nunca hizo fortuna en Alemania la Escuela Positiva; en ese país la mayor intromisión de ciencias causal-explicativas en el Derecho Penal fue debida al ecléctico Franz von Liszt. Por ello los penalistas alemanes no abandonaron el estudio del Derecho Penal como ciencia normativa, con ayuda del método dogmático y la Filosofía jurídica. La capacidad analítica y profundidad de pensamiento de los juristas alemanes no solamente mantuvo en alto nivel científico al Derecho Penal, sino que lo enriqueció con nuevos conceptos, levantándolo a un elevado grado de perfección técnica. Particularmente digna de mención es la estructuración de la noción jurídica del delito realizada por la ciencia penal alemana.

A los penalistas que han permanecido fieles al estudio filosófico jurídico de nuestro ramo, con depurada técnica y adecuado método, puede denominárseles con toda propiedad neoclásicos. En este sentido, son neoclásicos Ernesto Beling (1866-1932), autor de la doctrina del tipo delictivo; Max Ernesto Mayer, autor de la teoría de las Normas de Cultura; Edmundo Mezger (1883-hoy fallecido), profesor de Derecho Penal de la Universidad de Munich y autor de un Tratado de Derecho Penal de extraordinario valor. Por cierto que estos magníficos juristas no han quedado al margen del progreso de las ciencias criminológicas; ya hemos dicho que a Mezger se debe una espléndida obra de Criminología (Política Criminal). Pero ellos han distinguido claramente entre Derecho Penal y ciencias naturalistas.

Muchas veces se incluye a los autores recién mencionados en la Escuela Técnico-Jurídica o se les menciona como pertenecientes a la "Escuela Dogmática". Luis Jiménez de Asúa, ha aclarado que la Escuela Técnico-Jurídica es originaria de Italia y que sostiene el criterio que a ella atribuímos (ver N<sup>o</sup> 63), distinto del concepto jurídico penal de los aludidos penalistas alemanes. También ha precisado Jiménez de Asúa que la Dogmática no es una Escuela, sino un método para el estudio de una disciplina jurídica, razón por la cual resulta impropio hablar de una "Escuela Dogmática".

65. *Otras escuelas y tendencias penales*

Las posiciones doctrinales en la ciencia jurídico-penal, admiten gran variedad en esencia y en matices. Hemos explicado anteriormente las más caracterizadas, pero podrían distinguirse muchas otras.

Juzgamos que la finalidad de este texto no requiere una minuciosa exposición de todas las diferentes tendencias doctrinales, aparte de aquellas que han marcado o marcan rumbos en la legislación penal universal. Por ello, nos limitaremos a enunciar otras tendencias, designadas por algunos con el pomposo nombre de "escuelas", aun cuando en oportunidades no tienen seguidores y constan sólo de su "maestro".

Vicente Lanza crea su Escuela Penal Humanista, basada en los sentimientos morales del hombre, a los que coloca como fundamento de las instituciones penales.

Luis Perego funda el Derecho Penal en una interpretación del intuicionismo de Bergson. Se habla de la Escuela Intuicionista.

El idealismo de Benedetto Croce llega al Derecho Penal al través de varios penalistas. Otros, como José Maggiore, iniciados como filósofos del Derecho, posteriormente pasan a penalistas, introduciendo en nuestro ramo sus concepciones idealistas. Por ello, se habla de escuelas idealistas, neo-idealistas, idealismos actualistas o activistas, etc.

No han faltado los que, abandonando principios filosóficos, se encastillan en un empirismo práctico, del que se supone surgen escuelas del empirismo y pragmatismo (Saldaña, James).

También se habla de las Escuelas del Subjetivismo, del Escepticismo Crítico, Cristiana y Unitaria (ver Jiménez de Asúa, tomo II, págs. 95 y sig.).

La llamada tendencia dualista, que propicia la separación legislativa de las medidas de prevención y represión de los delitos, de modo que existan códigos separados sobre estados peligrosos y medidas de seguridad y sobre delitos y penas (Birkmeyer), no debe ser estimada sino un matiz del eclecticismo penal.

La influencia de concepciones políticas se ha hecho sentir también en nuestra ciencia, originando lo que algunos designan como el Derecho Penal Autoritario (desarrollado en Alemania nazi, Italia fascista y España franquista). Debido al esfuerzo de algunos penalistas de nota, que cedieron ante esa influencia, han surgido algunas nuevas doctrinas en determinadas materias penales. Entre ellas pueden mencionarse: a) concepción del delito como "lesión del deber" y violación de la "obligación hacia la comunidad popular", en lugar de ataque a un bien jurídicamente protegido; b) el voluntarismo, que hace primar la voluntad del agente sobre el acto y sus efectos para los fines de la sanción penal; sostiene que la raíz de la actividad criminal es la voluntad criminal y es allí donde debe atacar el Derecho Penal; c) el "tipo de autor", emanado directamente de ese voluntarismo, que lleva a valuar no los hechos objetivos, sino los delinquentes como base de la incriminación; los preceptos penales no han de referirse a los tipos de homicidio, usura, falsificación, por ejemplo, sino al homicida, al usurero y al falsificador (Derecho Penal de Autor); d) defensa prevalente del Estado y del régimen político imperante, como consecuencia de la preeminencia que se concede al Estado sobre el individuo, y e) la intensificación de las penas, las cuales se aumentan en severidad, sin escatimar la sanción máxima. Toda la concepción jurídico-penal queda orientada por y subordinada a "el espíritu y sentimiento del pueblo"; el principio jurídico básico pasa a ser el deber de fidelidad del individuo a la comunidad, representada excluyentemente por el Estado; se subestima o se desecha el principio de legalidad. La posición extrema de esta tendencia la constituyó la llamada "Escuela de Kiel", que tuvo a Georg Dahm y a Frederich Schaffstein como principales representantes.

66. *Noticia sobre doctrina penal*

Queremos proporcionar una esquemática información sobre las obras generales de Derecho Penal de más reconocida importancia, dando preferencia a aquellos que tienen versión castellana y circulan en nuestro país.

Obra fundamental ha sido y será siempre el "Programa del Curso de Derecho Criminal", de Francisco Carrara, de la cual existe excelente traducción dirigida por Sebastián Soler. Enrique Pessina ha sido traducido en sus "Elementos de Derecho Penal".

Los llamados tres evangelistas de la Escuela Positiva, Lombroso, Ferri y Garófalo, son leídos con más interés histórico que científico en sus principales obras que revolucionaron nuestra disciplina. En cambio, son de valor jurídico las obras de sus discípulos Eugenio Florián (1869-1945), que dirigió un Tratado completo, realizado con colaboración de distinguidos juristas, tomando él a su cargo la Parte General, y Felipe Grispigni (1884-1955) autor del "Derecho Penal Italiano", vertido parcialmente al castellano.



La obra de Vicente Manzini, "Tratado de Derecho Penal Italiano" (9 volúmenes), ha sido traducida, en parte, en Argentina. También se ha publicado en nuestro idioma el "Derecho Penal" (5 volúmenes), de José Maggiore (1882-1955), jurista de combativo espiritualismo.

El procesalista Francisco Carnelutti también ha hecho incursiones en el Derecho Penal, al que trata con criterio muy influido por el privatismo. Su "Teoría del Delito" está traducida al castellano.

De los penalistas alemanes hay traducción del "Derecho Penal", de Adolfo Merkel; del "Tratado de Derecho Penal", de Franz von Liszt, traducido y adicionado por Luis Jiménez de Asúa y Quintiliano Saldaña; del "Esquema de Derecho Penal" y de "Doctrina del delito tipo", ambas de Ernesto Beling; del "Tratado de Derecho Penal", de Edmundo Mezger, adicionado con interesantes notas del traductor José A. Rodríguez, y del "Libro de Estudio", del mismo autor; del "Derecho Penal", de Hans Welzel, moderno autor, que enfoca los problemas penales desde novedoso ángulo y que se apoya en su teoría de la acción finalista, materia sobre la cual ha escrito otra obra, también traducida, y de Guillermo Sauer, cuyo "Derecho Penal" ha traducido el profesor español Juan del Rosal. Recientemente se ha publicado una traducción de la obra de Graf zu Dohna, "La estructura de la teoría del delito", debida a Carlos Fontán B.

No ha tenido el Derecho Penal, en Francia, el desenvolvimiento e importancia adquiridos en Alemania e Italia. Dejando de mano textos antiguos de corte casuístico, que se leen principalmente con interés histórico, deben citarse el "Tratado Teórico y Práctico de Derecho Penal" (6 volúmenes), de René Garraud; el "Curso de Derecho Criminal y Ciencia Penitenciaria", de Jorge Vidal; el "Curso de Derecho Penal y de Procedimiento Penal", de J. A. Roux; el "Tratado Elemental de Derecho Criminal", de Henri Donnedieu de Vabre, y el "Manual de Derecho Penal", de Robert Vouin.

De las obras españolas debe citarse, en primer término, "El Código Penal Comentado y Concordado", de Joaquín Francisco Pacheco, en razón de la influencia que tuvo sobre los redactores de nuestro C. Penal. Entre las obras modernas deben citarse el "Derecho Penal", de Eugenio Cuello Calón, útil texto, con abundantes citas de jurisprudencia y de legislación extranjera; "Principios de Derecho Penal", por Juan del Rosal, en que se advierte influjo de la tendencia que se ha dado en llamar del "Derecho Penal Autoritario"; "Derecho Penal", por José Antón Oneca (autor de la parte general) y J. A. Rodríguez Muñoz, y "Compendio de Derecho Penal", de Antonio Quintano Ripollés; también autor del "Derecho Penal de la Culpa".

Párrafo aparte merece el "Tratado de Derecho Penal", del eminente profesor español, en exilio, Luis Jiménez de Asúa, uno de los más fecundos escritores que haya tenido nuestra disciplina. En el Tratado, su obra cumbre (planeada en ocho volúmenes de los cuales han aparecido cinco, de más de mil páginas cada uno), se reúne tan erudito acopio de datos e información científica y se aborda la parte general del Derecho Penal con tan riguroso método y profundo conocimiento, que se transforma en la obligada fuente de consulta para cualquier tema de esa parte de nuestra disciplina.

En Ibero-América se ha dado últimamente una muy estimable producción científico-penal. La encabeza Argentina, con el "Tratado de Derecho Penal" (6 volúmenes), de Eusebio Gómez, quien procura ajustarse a su filiación positivista en tarea que acomete con recomendable espíritu jurídico; el "Derecho Penal Argentino" (5 volúmenes), del profesor de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires Sebastián Soler, obra dogmática que es exponente del muy alto valer intelectual y jurídico de su autor y que enorgullece legítimamente a todos los penalistas de nuestro continente; el "Manual de Derecho Penal", de Carlos Fontán Balestra, y el "Derecho Penal", de R. Núñez.

Uruguay aporta la valiosa literatura jurídica de su insigne penalista José Irureta Goyena (1873-1947), versión de conferencias (relativas a delitos especiales), y México, el "Derecho Penal Mexicano", de Raúl Carrancá Trujillo, uno de los buenos tratados escritos en lengua española. En Brasil, se editan los "Comentarios al Código Penal de

1940", de su máximo penalista Nelson Hungría. No ha llegado hasta nosotros el "Curso de Derecho Penal Venezolano", del jurista José Rafael Mendoza, conceptuada como una de las obras americanas más completas.

La producción penal chilena es escasa. Raimundo del Río, a quien debemos toda una vida entusiastamente dedicada casi por entero al Derecho Penal, ha publicado 4 obras generales: Derecho Penal, Elementos de Derecho Penal, Manual de Derecho Penal y Explicaciones de Derecho Penal; desafortunadamente ha quedado interrumpida en su segundo tomo la última, que prometió caracteres de gran Tratado; Pedro Ortiz Muñoz, divulgador entre nosotros de la dogmática alemana, escribió: "Nociones Generales de Derecho Penal" y "Curso breve de Derecho Penal". El "Derecho Penal", de Gustavo Labatut, útil obra de carácter docente, es el último de los textos generales que podemos citar. De valor exegético es la antigua "Concordancias y Comentarios del Código Penal Chileno", de Alejandro Fuensalida.