

TERESA VITA FALIVENE

La Ciencia Penal Italiana
con referencia especial al
Código Penal último.

Memoria de prueba para optar al
grado de Licenciado en la Facultad
de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad de Chile.

SANTIAGO DE CHILE
IMPRESA "GENERAL DIAZ"
San Gregorio 2507

1938

01-0526-426

REN
TUCH. DEL
V835CP
1938
C.2

TERESA VITA FALIVENE

La Ciencia Penal Italiana con referencia especial al Código Penal último.

Memoria de prueba para optar al
grado de Licenciado en la Facul-
tad de Ciencias Jurídicas y So-
ciales de la Universidad de Chile.

000000

SANTIAGO DE CHILE
IMPRESA "JENERAL DIAZ"
San Gregorio 2897
1938

010103



Donación
Dpto. de Cs.
Penales
05-2022

BIBLIOGRAFIA

- ALIMENA BERNARDINO.—Notas filosóficas de un criminalista. Versión española de José M. Campos y Pulido. Madrid 1913.
- ALIMENA BERNARDINO.—Studio del Diritto Penale nelle condizioni presente del sapere. Editore Vallardi. Milano 1900.
- ALTAVILLA ENRICO.—Lineamenti di Diritto Penale. Editore Morano. Napoli 1931.
- BECCARIA CESARE.—Dei delitti e delle pene. Torino 1874.
- BENTHAM JEREMIAS.—Théories des peines et des récompenses. Editeur Bossaige. Paris 1825.
- BORETTINI ADELMO.—Tutela giuridica e difesa sociale. Editore Vallardi. Milano 1922.
- BOVIO GIOVANNI.—Saggio critico del Diritto Penale. Roma 1894.
- BRANDAU VALENTIN.—La represión y la prevención del delito en Chile. Imprenta La Ilustración. Santiago de Chile 1917.
- CARMIGNANI GIOVANNI.—Teorie delle leggi della sicurezza sociale. Napoli 1843.
- CARRARA FRANCISCO.—Programa del Curso de Derecho Criminal Traducida y adicionada con el D. Penal moderno y español de Jimenez de Asúa. 2.a edición. Madrid 1925.
- CROCE BENEDETTO.—Fisologia della Pratica. Editore Marghieri. Napoli 1923.
- DORADO MONTERO PEDRO.—Sobre la Proporción en Revista de la Leg. y Jurisprudencia. Tomo 129. Año 1916.
- FERRI ENRICO.—Principii di D. Criminale. Unione Tipografico. Editrice Torinese. Torino 1928.
- FERRI ENRICO.—Sociologia Criminale. 4.a edizione. Torino 1900.



- FERRI ENRICO. — Saggio sulla scuola criminale positiva e filosofia idealista en Rivista Positiva, Marzo 1925.
- FERRI ENRICO.—Los nuevos Horizontes del D. Penal. Editor Góngora. Madrid 1887.
- FILANGIERI GAETANO.—Scienza della Legislazione. Parigi 1853.
- FLORIAN EUGENIO.—Fase odierna del D. Penale. Editore Vallardi. Milano 1900.
- FLORIAN EUGENIO.—Trattato di Diritto Penale. 4.a edizione. Editore Vallardi. Milano 1934.
- FONTECILLA RAFAEL.—La pena. Imprenta Cisneros. Santiago de Chile 1931.
- FONTECILLA RAFAEL.—Proyecto de código penal de 1929.
- GAROFALG RAFFAELE.—Criminologia. Unione Tipografico. Editrice Torinese. Torino 1891.
- GARRAUD RENE.—Traité théorique et pratique du droit penal francais. Librairie du Recueil Sirey. Paris 1922.
- GENTILE GIOVANNI.—Origini della Filosofia Contemporanea Italiana. Messina 1923.
- GERHARD DANIEL.—Riforma penale nel Messico e dottrina giuridica italiana. Pretazione di E. Florian. Editore Viillardi. Milano 1932.
- GRISPIGNI FILIPPO.—L'odierna scienza criminale in Italia en Rivista Positiva, Marzo 1909.
- GRSPIGNI FILIPPO.—Corso di D. Penale secondo il Nuovo Codice 1.a edizione. Padova 1932.
- JANITTI PIROMALLO.—Progetto del C. Penale. Tipografia delle Mantellate. Roma 1928.
- LOMBROSO CESARE.—L'uomo delinquente. 5.a edizione. Torino 1897.
- MAGGIORE GIUSEPPE.—Principii di D. Penale. Bologna 1932.
- MAGGIORE GIUSEPPE.—Unità delle Scuole di D. Penale. Palermo 1918.

- MANZINI VINCENZO.—Trattato di D. Penale. Editore Salani. Padova 1933.
- MANZINI VINCENZO.—L'evoluzione e lo stato del D. Penale. Editore Vallardi. Milano 1900.
- MANZINI VINCENZO.—Istituzioni di D. Penale. Unione Tipografica. Editrice Torinese. Torino 1935.
- MASSARI EDUARDO.—Le dottrine generali di D. Penale. Editore Morano. Napoli 1930.
- MARCIANO.—Il nuovo Codice Penale. Editore Marghieri. Napoli 1932.
- PESSINA ENRICO.—Enciclopedia di D. Penale. Vol. II. Milano 1906.
- PESSINA ENRICO.—Elementos de D. Penal. 3.a edición. Editor Reus. Madrid 1919.
- QUIROS BERNALDO DE.—Las nuevas teorías de la criminalidad. Imprenta de la Revista de la Legislación. Madrid 1908.
- RELAZIONE MINISTERIALE e Codice Penale. Editore Salani. Firenze 1931.
- ROCCO ARTURO.—L'oggetto del reato e della tutela giuridica en Opere giuridiche. Editore Vallardi. Milano 1915.
- ROCCO ARTURO.—Il problema e il metodo della Scienza del D. Penale en Rivista di Diritto e Proc. Penale. Vol. I. 1910.
- ROMAGNOSI G. DOMENICO.—Genesi del D. Penale. Editore Marghieri. Napoli 1877.
- ROSSI PELLEGRINO.—Traité de Droit Penal. Editeur Guillaumin. Paris 1855.
- *SPIRITO UGO.—Storia del D. Penale da C. Beccaria ai giorni nostri. Unione Tipografica, Editrice. Torino 1934.
- SPIRITO UGO.—Il nuovo Idealismo. Tipografia delle Mantellate. Roma 1932.
- VANINI OTTORINO.—Lineamenti di D. Penale. Editore Salani. Firenze 1932.
- VIDAL J.—Cours de Droit Criminel.—Librairie Arthur Rousseau. Paris 1928.

Santiago, Abril 30 de 1938.

N.º 70-V.

Señor Decano:

Me es grato informar la Memoria de Prueba de la señorita Teresa Vita Falivene, intitulada "La ciencia penal italiana con especial referencia al código penal último".

De considerable interés, teórico y práctico al mismo tiempo, es la materia elegida por la señorita Vita como tema de su Memoria, sobre todo si se considera que el Código Penal italiano de 1931 constituye una de las fuentes fundamentales del Proyecto cuya redacción acaba de terminar la comisión de que formo parte.

La extraordinaria amplitud de la materia exigía, para ser desarrollada con provecho dentro del reducido marco de una Tesis de Licenciatura, una cuidadosa selección de las materias, a fin de no extenderse demasiado en aquellas de escasa importancia o de sobra conocidas. La falta de práctica en trabajos de esta naturaleza no permitió a la autora cumplir siempre satisfactoriamente esta exigencia.

Por otra parte, la exposición resulta a veces poco clara e imprecisa. En ocasiones, la señorita Vita se inspira muy de cerca en algunas obras penales italianas, sin cuidarse de presentar con claridad el pensamiento de sus autores en los casos en que es obscuro o difuso, como se advierte, por ejemplo, en las páginas que dedica al iluminismo, y en los capítulos consagrados al tecnicismo jurídico y al nuevo idealismo (Caps. IV y V de la Primera Parte).

Consta la Memoria de dos partes. La primera, dividida en cinco capítulos, destinada al estudio de las escuelas penales contemporáneas (Clásica, Positiva, Terza Scuola, Tecnicismo Jurídico, Nuevo Idealismo); la segunda, que comprende nueve capítulos, al estudio de ciertas materias de legislación positiva, en relación con nuestro Código Penal y con el Proyecto Erazo-Fontecilla de 1929. Estimo indispensable suprimir los dos primeros capítulos de la Segunda Parte, que se refieren, respectivamente, al desenvolvimiento histórico de la legislación penal italiana, materia de escaso interés para nosotros; y a la estructura del Código actual, simple transcripción del índice del Código.

Aparte del mérito de dar a conocer interesantes aspectos del libro I del C. P. italiano, esta parte de la Memoria, la más novedosa, por lo demás, nos ofrece un bien trazado paralelo entre la legislación italiana y la nuestra, nos señala las cualidades y defectos de una y otra y nos presenta una meditada crítica de sus disposiciones.

El Director que suscribe aprueba la Memoria de la señorita Teresa Vita Falivene.

Saluda atentamente al señor Decano.

GUSTAVO LABATUT G.,
Director del Seminario de Derecho
Penal y Medicina Legal.

Santiago, 23 de Mayo de 1938.

Señor Decano:

Tengo el agrado de informar a Ud. sobre la Memoria titulada "La ciencia penal italiana con relación al Código Penal último", que ha presentado la señorita Teresa Vita Falivene, para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

El trabajo se divide en dos partes: una que trata de la Escuela Clásica, la Escuela Positiva y de sus continuadores, que comprende la mitad del texto; y otra que se refiere al Código Penal Italiano en actual vigencia.

La **primera parte** representa una exposición más o menos ordenada aunque incompleta, dada su extensión, de las principales doctrinas penales. Su originalidad es muy relativa y sus condiciones de síntesis y redacción pudieron ser mejores.

La **segunda parte**, aunque adolece de análogos defectos, alude en forma interesante a la legislación italiana actual en materia penal, a la estructura del Código vigente, a los principios que lo informan y a algunos de sus aspectos técnicos. La autora revela en algunas materias un criterio unilateral.

Termina la labor con un capítulo de críticas incompletas a algunas disposiciones y conceptos del Código aludido.

A pesar de los defectos señalados, la Memoria de la señorita Vita revela esfuerzo, conocimientos generales y, a juicio del profesor que suscribe, puede ser aprobada.

Quedo del señor Decano A. y S. S.

RAIMUNDO DEL RIO.

INTRODUCCION

Una materia tan vasta y compleja como la que nos ocupa, ofrece un sin número de dificultades. Una de las principales se refiere a nuestro propósito de estudiar estas materias en una forma general, pero más o menos compleja; trabajo difícil de cumplir satisfactoriamente.

Sinceramente declaramos no haber conseguido superar en todo momento esta dificultad y consideramos por ello que ciertas materias no han sido desarrolladas lo suficientemente. Pero creemos haber sentado por lo menos las bases principales de estas materias, de modo que este trabajo pueda servir de base para otros ulteriores, ya que cada capítulo de él podría ser tema de una memoria.

El fin que nos guió al escoger este tema fué dar visión más o menos completa de la ciencia penal italiana y hacer algunas referencias a las principales materias reglamentadas por el nuevo código italiano.

Considerando que estos dos puntos son de muy diversa índole, dividimos el presente trabajo en dos partes: una doctrinaria y la otra de legislación positiva.

La primera trata de las escuelas penales italianas. Consta de cinco capítulos. El primero se refiere a la escuela clásica. El segundo se ocupa de la escuela positiva. El tercero trata de la Terza Scuola. El cuarto se ocupa de la Concepción técnico-jurídica. Y el quinto se refiere al Nuevo Idealismo. Este capítulo contiene al final breves palabras sobre una doctrina de poca importancia, pero que es necesario, por lo menos, citarla. Me refiero a la escuela Humanista.

La segunda parte trata de las principales disposiciones contenidas en el código Rocco. Hemos creído de cierto interés relacionar dichas disposiciones con las correspondientes de nuestro código vigente y con el proyecto de 1929.

Está dividida en nueve capítulos. El primero trata de la Historia de la legislación penal italiana (suprimido). El segundo se ocupa de la estructura del código actual (suprimido). El tercero se refiere a los principales principios que han servido de base al código. El cuarto trata del delito. El quinto dice relación con el sistema penal adoptado por el código. El sexto se ocupa de la imputabilidad y de la responsabilidad. El séptimo trata de la peligrosidad. El octavo se refiere a las medidas administrativas de seguridad. Y en el noveno señalamos las principales críticas que se han formulado a dicho código.

Esperamos haber cumplido, siquiera en parte, el fin que nos proponíamos, ya que indudablemente el tema elegido es de una gran importancia, pues es imposible desconocer la influencia enorme que los tratadistas italianos han aportado al desarrollo del Derecho Penal.



CAPITULO I.

ESCUELA CLASICA

1. Denominación.—2. Origen filosófico de la escuela.—3. Beccaria y su obra.—4. Teorías clásicas acerca del fundamento del derecho de castigar.—5. Orientación y método de la escuela.—6. Libre arbitrio, responsabilidad moral y responsabilidad penal.—7. Concepto del delito.—8. Concepto de la pena.

1. Se denomina escuela clásica aquella que sacó sus principios fundamentales de la obra de Beccaria, principios que se traducen en un conjunto de tendencias humanitarias, a veces antagónicas entre sí y que más o menos después de 100 años, encontraron en Carrara, uno de los más ilustres representantes de esta tendencia, su gran definidor y sistematizador.

Encontramos diversas opiniones acerca del origen de la denominación de "escuela clásica". Hay quienes sostienen que este nombre fué dado por los impugnadores de esta escuela, o sea, por los positivistas, dándole a la palabra "clásica" un sentido despectivo, no el que etimológicamente tiene. Reunieron bajo esta denominación todas las doctrinas formuladas con anterioridad a la aparición de la escuela positiva, para poder así dirigir sus ataques, no separadamente a cada una de estas doctrinas, sino al conjunto de ellas.

Hay otros que dicen que en realidad no ha existido una escuela que pueda designarse bajo esta denominación, porque no sería posible, con las ideas expuestas por los autores que se indican como clásicos, sentar principios uniformes comunes a todos, ya que entre ellos encontramos a menudo diferencias de fondo.

A pesar de estas opiniones, no podemos desconocer que desde Beccaria hasta el nacimiento de la escuela positiva, todos los autores que se preocuparon de problemas de derecho penal, llámense ellos juristas, teólogos, etc., se ciñeron más o menos a normas comunes en cuanto al método por ellos usado, a los fines de la pena, a la naturaleza del delito y al fundamento de la imputabilidad.

Si bien en sus orígenes encontramos doctrinas antagónicas, debemos también recordar que el ilustre Carrara en su "Programma del corso di Diritto Criminale", publicado cuando era profesor de derecho penal en la Universidad de Pisa, reunió en un conjunto sistemático de doctrinas los principios jurídico - filosó-

ficos de la escuela, definiendo así los principios clásicos. Carrara creyó, al publicar su "Programma", que éste sería un resumen de las materias que exponía en su cátedra y resultó, a pesar de todas las críticas que se le han hecho, y que se le puedan hacer, una obra genial. La parte general de la obra fué publicada en 1860.

Hoy día se pueden señalar diversos postulados reconocidos como de la escuela clásica, cualquiera que haya sido el fin con el cual se les ha admitido, sea con fines legislativos o con fines pedagógicos, como opinan algunos autores y cualquiera que hayan sido los filósofos, juristas, etc., que hayan intervenido en su formulación.

2.— La escuela clásica tiene su origen en la antigua filosofía estoica. Dicha filosofía considera que el dogma del valor del hombre es el único principio incontrastable del que se deriva todo derecho y al que se refiere todo deber, que la raíz del derecho social es la voluntad del hombre y que el reconocimiento de la libertad de los demás nos da la medida de nuestros deberes.

Sus principios fueron los mismos que informaron el derecho penal en Roma cuando, pasando éste por las fases de toda penalidad primitiva, la venganza, el talión, la composición, etc., llega al concepto de la pena pública, puesto que en los tres términos de concepción del mal moral, libre arbitrio y responsabilidad está basado el criterio romano. No obstante la rudeza de la época, de él se derivan una multitud de reglas de equidad, entre las cuales podemos citar aquellas de Ulpiano: "Nadie puede ser perseguido por su voluntad de cometer un delito, si esta voluntad no se ha manifestado en actos exteriores". "La pena debe estar en relación con la gravedad del delito". "Vale más absolver a cien culpables que condenar a un inocente", que fueron acogidas ampliamente por los escritores clásicos.

El cristianismo había traído nuevos principios al mundo y al mismo tiempo que afirmaba la responsabilidad moral como base del derecho, proclamaba el principio de la inviolabilidad humana, tratando de substituir, entre otras cosas, la pena de muerte con otras más adecuadas a la reforma del culpable.

Así se explica que durante la Edad Media el derecho eclesiástico penal ejerciera una influencia bienhechora en la sociedad, en cuanto buscaba la conciliación de los principios humanitarios con las leyes represivas. La legislación eclesiástica, en lo que se refiere a los principios y a la aplicación del derecho penal, está casi completamente de acuerdo con las ideas filosóficas modernas. Dicha legislación aceptó la trilogía de los romanos arriba mencionada, pero transformando el sentido y los caracteres y descubriendo una idea que ha sido una de las bases del progreso penal moderno, aquella que la justicia pública no es más que una justicia relativa. Habla también de expiación, concepto ampliamente aceptado por algunas teorías clásicas, pero no como sufrimiento, sino como curación del alma.

El principio de individualidad humana fué llevado más lejos por los escritores del siglo XVI, al sostener que la pena de muerte era contraria al espíritu del Evangelio (ya en la Edad Media Dans Scot combatió esta pena basándose en el mismo argumento); produce su efecto en teólogos y juristas posteriores y constituye una nueva tendencia durante el siglo XVIII con Beccaria y durante el siglo XIX con Carmigiani, Romagnosi, Mancini, Carrara, etc.

Ahora daremos brevemente a conocer la filosofía imperante en el siglo XVIII y su influencia en el derecho penal.

Italia en el siglo XVIII, exceptuando la voz solitaria de Giambattista Vico, no tuvo una filosofía propia, sino que se inspiró en el pensamiento francés que se desarrolló desde Descartes hasta la Revolución Francesa. Descartes, como todos los grandes filósofos, se nos presenta bajo un doble aspecto: fué padre del subjetivismo moderno con la afirmación del yo pienso; pero ligó también su nombre al sistema de la objetividad abstracta, que llegó a ser más tarde la filosofía de la Revolución y que se conoce con el nombre de racionalismo o iluminismo.

El origen de esta contradicción del pensamiento cartesiano se encontraba en la misma concepción insuficiente del "yo pienso"; el sujeto era considerado como una substancia diferente de Dios y diferente también de la material, independiente, aislada, que no tenía relación ni con la naturaleza, ni con los otros sujetos. Estaba entonces en la índole de la filosofía la tendencia de descentrar la realidad del sujeto al objeto, de desviar el proceso de la vida del interior al exterior.

No es fácil determinar con exactitud los motivos muchas veces heterogéneos y antagónicos entre sí de la mentalidad iluminista en general y de las teorías jurídicas que de ella se derivan; pero podemos afirmar que la debilidad especulativa y el contraste de las teorías caracterizan todo el movimiento iluminista.

Podríamos resumir los postulados del iluminismo de la manera siguiente: en metafísica, el dualismo entre substancia pensante y substancia corpórea y, por lo tanto, frente a un mundo ideal encontramos un mundo real; en psicología, la completa pasividad del alma, que recibe sus impresiones sólo del exterior; en moral, el principio de la ley ética es rechazado, la esencia del bien se proyecta en un criterio esencialmente objetivo, el provecho público, la utilidad del mayor número.

La naturaleza, siendo la expresión del mundo exterior, llega a ser el modelo de todo, la inspiradora de la pedagogía, de la política, de la religión. La verdadera educación, el verdadero Estado, el verdadero derecho deben de estar en perfecto acuerdo con la naturaleza; aún la misma religión parece, desvincularse de toda forma histórica para aproximarse a una fé puramente racional (deísmo).

Aún a través de la indeterminación y del conflicto de las teorías de este período, es posible precisar dos corrientes princi-

pales del pensamiento, para nosotros de suma importancia. Se refiere una al racionalismo cartesiano y la otra al sensualismo inglés, una de las cuatro formas bajo las cuales se nos presenta el empirismo en los tiempos modernos.

El racionalismo explica que antes que toda experiencia ya posee el espíritu las nociones fundamentales y, en consecuencia, podemos alcanzar todo cuanto nos es necesario sin intervención de los sentidos. Representantes del racionalismo, en la antigüedad, fueron Platón y Aristóteles. En los tiempos modernos se nos presenta bajo tres formas principales, una de las cuales es el racionalismo cartesiano, que es el que a nosotros nos interesa.

Descartes considera las verdades necesarias, los principios racionales como innatos, son propiedad de la razón, pero no en el sentido de cosas hechas, sino como "una facultad de producirlos". Los racionalistas creen poder dar una explicación total del universo tomando como base ciertas nociones innatas y mediante un procedimiento rigurosamente deductivo.

Para el empirismo, en cambio, el conocimiento se deriva de la experiencia, se va formando progresivamente en el espíritu; aún los principios más generales se fundan en datos empíricos.

Son cuatro las formas principales del empirismo, una de ellas es el sensualismo. La doctrina sensualista sostiene que todo conocimiento, todos los principios de la razón, tienen su origen en la sensación. Puede condensarse en la fórmula aristotélica: "Nada hay en nuestra inteligencia que no haya pasado por nuestros sentidos". Para la teoría empírica, en general, la ciencia, para que tenga un verdadero valor, debe basarse en la experiencia y en la observación de los hechos.

El racionalismo cartesiano da lugar a una moral abstracta de carácter axiomático; y el empirismo, al negar todo concepto de universalidad, llega a una moral individualista y egoísta, o sea, que todos los deberes, todos los derechos de los hombres, tienen su origen en la utilidad individual y también en la utilidad social. Ha sido a las necesidades prácticas del interés individual y colectivo que ha obedecido la creación del derecho. En efecto, la sociedad prohíbe a los individuos aquellos actos que van contra el interés colectivo, al mismo tiempo que garantiza ciertas libertades.

De lo dicho se desprende que el moralismo abstracto y el utilitarismo son los motivos dominantes de toda la filosofía social del iluminismo. Estos conceptos permanecen, a veces, separados y en oposición, pero comunmente se confunden en una sola ideología.

Estas corrientes, transportadas al campo del derecho penal, dan origen, una, a la teoría contractual, y la otra, al derecho natural.

La teoría contractual es consecuencia lógica del empirismo individualista y la afirmación más explícita de su utilitarismo egoísta. Surge para reivindicar la libertad de los individuos; pero

el concepto de libertad que defiende es aquel que resulta de la coexistencia y de la recíproca limitación de los arbitrios.

La teoría del derecho natural es una consecuencia del racionalismo cartesiano. El concepto de derecho natural ha tenido varios significados. El concepto que a nosotros nos interesa es aquel que expresa que él es la afirmación de un derecho ideal de carácter racional y divino, es aquel que lo define como la fé en una justicia que tiene dictámenes eternos y a cuya racionalidad evidentemente debemos someternos. En resumen, el derecho natural es el reconocimiento de un derecho transcendental y completamente independiente de toda contingencia y voluntad humana; es la ley de nuestro ser.

Ambos se presentan con carácter no histórico, ya que el contrato y el derecho natural tienen igualmente carácter estático. El contrato para llegar a los fines que persigue, o sea, para hacer posible la coexistencia de los hombres, debe tender necesariamente a la estaticidad. El derecho natural, siendo la afirmación de un derecho eterno y de carácter divino, no puede presentarse sino bajo el aspecto de aquella abstracta racionalidad que domina los cambios históricos y queda inmutable fuera de la historia; es un derecho que encontramos en Dios y en la razón, que no crea el hombre ni surge por el proceso histórico.

Los principales caracteres de la concepción jurídica del iluminismo y en los que se informan las teorías del derecho penal que en él se basan, son el utilitarismo, el racionalismo abstracto y su carácter no histórico.

Las consecuencias principales en el campo del derecho penal son, naturalmente, aquellas que miran al fin de la pena, que para la teoría contractual será la defensa del contrato social, para salvaguardar así los intereses de los particulares que al contrato se han adherido con el fin de defender sus derechos; y para la teoría del derecho natural, será, en cambio, la defensa de la justicia abstracta, de presunto valor transcendental que, justamente debido a este carácter, termina por transformarse en una ideología retórica.

Cuando el libro de Beccaria, que fué el que inició el ciclo de la escuela clásica, fué publicado, el pensamiento francés sensualista, contractualista, del derecho natural, deísta, antihistórico por excelencia, gobernaba la cultura de la península. Estos principios se difundieron por todo el mundo, gracias a la influencia que tuvo la obra de Beccaria en los demás autores y en la legislación penal de la época, y podemos también agregar que, aún hoy día, los principios fundamentales de la concepción jurídica del iluminismo, si bien esencialmente transformados y corregidos por las nuevas exigencias, se conservan a través de las teorías positivistas modernas, siendo, por lo tanto, base de las investigaciones de derecho penal y de la legislación positiva moderna.

El estudio científico de la justicia punitiva no puede por menos de reflejar, por una parte, las corrientes político-sociales que

dominan en la vida del Estado; y, por otra, las corrientes filosóficas, especialmente las filosófico-jurídicas predominantes en cada período.

La escuela clásica que sigue a la Revolución Francesa tuvo una dirección político-social en plena armonía con las reivindicaciones de los "derechos de los hombres" que se tradujo en tres consecuencias fundamentales: "1.— Cimentó y estableció la razón y los límites del derecho de castigar por parte del Estado. 2.— Se opuso a la barbarie de las penas, invocando y obteniendo la abolición de las penas capitales, corporales e infamantes y consiguió la mitigación general de las penas que se conservaron (carcelarias, restrictivas, pecuniarias y de interdicción). 3.— Reivindicó toda garantía para el sujeto, ya durante el proceso penal, ya en la aplicación de la ley punitiva". (1)

La escuela clásica, por otra parte, como sistematización filosófico-jurídica, estuvo principalmente inspirada por las doctrinas contractuales y por la doctrina del "derecho natural", a la cual ya nos referimos, y se valió del método deductivo entonces imperante.

La labor desarrollada bajo este aspecto será estudiada en el curso de esta explicación.

3.—La obra de Beccaria, "Dei delitti e delle pene", publicada en Milán en 1764, ha tenido una gran repercusión no sólo en Italia, sino que también en el extranjero. Después de su aparición no ha habido estudio de derecho penal que no haya tomado su punto de partida de ella, sea para desarrollar sus ideas, sea para modificarlas o combatirlas.

La mayor importancia de ella resulta no sólo del hecho que contiene la más áspera condena del sistema penal entonces vigente sino especialmente de ser la primera tentativa de una exposición sistemática de los principios fundamentales del derecho penal, que marca el principio de la ciencia y de la filosofía criminalista.

Las condiciones en que se encontraba el derecho penal, no sólo en Italia, sino en todos los estados europeos hacia la mitad del siglo XVIII, eran verdaderamente tristísimas. La legislación anticuada no correspondía ya a las evolucionadas condiciones de la sociedad. Contra el deplorable estado en que se encontraba la administración de la justicia penal, habían levantado la voz, desde diversos puntos de vista, Montesquieu, Voltaire, Rousseau. Pero el escrito que, recogiendo orgánicamente tales nuevas aspiraciones, expresa mejor que ninguno la necesidad imperiosa de una reforma penal, fué, sin duda, como ya lo dijimos, el libro de César Beccaria.

Después de un estudio de su obra, se debe concluir lógicamente que es un corolario de la teoría del contrato social en el

(1) Ferri.— Principios de derecho criminal. Pág. 42.

campo del derecho penal, que es una aplicación coherente de las ideas contractuales a los problemas de dicho derecho, que es la primera construcción sistemática de los principios imperantes en esa época, llevados con gran maestría al campo del derecho criminal.

La primera edición de su libro fué publicada anónima. No hay ningún historiador o biógrafo que haya puesto en duda la perfecta analogía entre el pensamiento de Beccaria y aquel de los enciclopedistas franceses, tanto es así que se dijo que era obra de un francés, rumor que fué desmentido oportunamente. Beccaria mismo reconoce esta analogía en múltiples ocasiones, especialmente en una carta dirigida a Morellet.

Las palabras de Beccaria merecieron más tarde severas críticas de parte de César Cantú, pues ellas expresaban altos elogios para los enciclopedistas y confesaban según Cantú, superioridad de los extranjeros sobre los nacionales.

Además de las teorías de los enciclopedistas, influyeron grandemente en Beccaria el ambiente en que vivió, el círculo de los estudiosos que se había formado alrededor del periódico milanés "Caffé" y, sobre todo, la compañía de los hermanos Pedro y Alejandro Verri.

Según Spirito, la idea del libro nació en el seno del periódico " y la ocasión fué dada ciertamente del hecho que Alejandro Verri desempeñaba en ese tiempo (1763), el cargo de protector de los presos y tenía, por consiguiente, inmediata y dura experiencia de las consecuencias a que conducía el derecho penal y el procedimiento penal entonces dominante". (2)

Este fué el origen del libro, y las ideas en él expresadas, más que el fruto del pensamiento del autor, son el resultado de una íntima colaboración de todos los componentes del grupo del "Caffé", son las conclusiones a que llegaban a través de largas y animadas discusiones, en las cuales el sentimiento mismo y la pasión de Beccaria encontraron su impulso esencial.

Agrega Spirito que "la ayuda de los hermanos Verri no sólo se limitó al libro "Dei delitti e delle pene", sino que continuó y se concretó en una obra que los contemporáneos atribuyeron a Beccaria y que resultó ser, en cambio, obra exclusiva de los Verri, "L'Apologia", en respuesta a "Note ed osservazioni sul libro intitolato Dei delitti e delle pene", de Facchinei. Este, en su libro había tratado de hacer aparecer a Beccaria contrario a la fe y a la soberanía y formuló una acusación tal que pudo haber ocasionado tristes consecuencias. En cuatro días (Enero de 1765) los Verri respondieron; el libro estaba escrito en primera persona y anónimo, al igual que la primera edición de "Dei delitti e delle pene". (3)

(2) Storia del diritto penale da C. Beccaria ai giorni nostri. Pág. 54.

(3) Idem. Pág. 57.

Posteriormente Carlos Vila (1821) afirmó que el libro mencionado era obra de los Verri; Cantú, en 1862, se mostró incrédulo a tal afirmación.

Sin embargo, parece terminar toda duda con la publicación del epistolario de los Verri (especialmente cartas dirigidas a Paolo Frisi), descontentos porque Beccaria no reconocía la participación de ellos y, aún más, por haber afirmado en diversas ocasiones en presencia de ellos, ser autor del libro.

En resumen, sin querer por esto reducir la gloria de Beccaria, me pareció interesante exponer estas ideas, expresadas por varios autores, y especialmente por Spirito, para dar a conocer los verdaderos antecedentes y poder formarse así un concepto más claro sobre los orígenes del libro y, por lo tanto, podríamos decir, si se nos permite la expresión, sobre el origen del derecho penal moderno. Podemos, pues, afirmar que, más que la creación genial de un hombre que abre nuevos caminos a la ciencia, es la expresión de la común mentalidad que dominó en ese tiempo, siendo sí él quien, recogiendo tales nuevas aspiraciones, las expresó de un modo magnífico, haciendo ver la necesidad de una inmediata y radical reforma del derecho penal existente.

Según este autor, las leyes que rigen a los hombres provienen de tres fuentes fundamentales y diversas: de la revelación, de la ley natural y de las conveniencias artificiales. Las dos primeras son de carácter divino e inmutables y la tercera es variable, ya que depende de los hombres. Estas fuentes deben estar en completo acuerdo para que puedan contribuir a la felicidad humana.

El fin de la actividad social y el principio informador de todas las leyes es expresado por Beccaria, con la fórmula: "La mayor utilidad compartida por el mayor número", que abre su libro.

Las leyes, la soberanía, la pena son para él los medios de los cuales los hombres, cansados de vivir en un estado de continuas guerra, se valen para defender y conservar la propia libertad.

Para poder vivir juntos, los hombres, "sacrifican una parte de su libertad para gozar del resto segura y tranquilamente y la suma de estas porciones de libertad sacrificada al bien de cada uno, formó la soberanía de una nación de que es legítimo depositario y administrador el soberano. Más no bastaba formar este depósito: preciso era defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular, que siempre trata, no sólo de tomar del depósito la porción que antes le pertenecía, sino de usurpar también la de los otros. Se requerían motivos sensibles (penas) que bastasen para desviar el ánimo de cada hombre de la idea de sumir nuevamente las leyes de la sociedad en el antiguo caos". (4)

Del concepto utilitario de "felicidad compartida por el mayor número" y del concepto del contrato social, recién expresado,

(4) Dei delitti e delle pene. Pág. 34.

nace el fundamento del derecho de castigar. Beccaria, a este respecto, se expresa de la manera siguiente: "Fué así que la necesidad hizo ceder parte de la propia libertad, pero cada uno pone en el depósito público la mínima porción posible, sólo aquella que basta para inducir a los otros a defenderlo. El agregado de estas mínimas porciones forman el derecho de castigar". (5)

El fin del derecho de castigar es la defensa de los intereses sociales en una sociedad que es un contrato, la defensa social, esto es, la defensa de todos los individuos contra un individuo; he aquí uno de los resúmenes iluministas teorizado por Beccaria y que desarrollado y transformado se mantiene a través de toda la historia del derecho penal.

La escuela positiva habla también de defensa social; pero no es este concepto de defensa social de Beccaria fundado en el contrato, sino una defensa en el sentido de selección natural y conservación de la especie.

La defensa misma es, por otra parte, el límite del derecho de castigar, ya que "la pena que exceda a la necesidad de conservar el depósito de la salud pública es injusta por su naturaleza". (6)

De aquí nace la máxima: "mejor es prevenir los delitos que curarlos".

Encontramos en Beccaria los conceptos de prevención especial y prevención general que serán más tarde ampliamente desarrollados.

Para las teorías de la prevención general, la pena es ejemplarizadora. Se impone, no porque el delito sea un hecho aislado, sino por ser un hecho de incalculable trascendencia, por cuanto otros, rodeados de las mismas circunstancias y en presencia de los mismos motivos, podrían cometerlo.

Beccaria al decir que "el fin de la pena es... apartar a los otros de hacer igual cosa" (7) se perfila como uno de los sostenedores de esta teoría.

Las teorías de la prevención especial miran, no al efecto que produce la pena en los demás individuos que pertenecen al mismo grupo social, sino que al efecto que ella produce sobre el individuo mismo; la prevención especial tiene por objeto, especialmente, evitar la reincidencia y se efectúa imposibilitando materialmente al delincuente.

En Beccaria también encontramos este concepto de prevención especial, cuando dice "el fin de la pena es impedir al reo hacer nuevos daños a sus ciudadanos..." (8)

La misión de la pena es, entonces, para el autor, impedir que los individuos reincidan y evitar que los demás sigan su ejemplo.

(5) Obra citada. Pág. 34.

(6) Obra citada. Pág. 34.

(7) Obra citada. Pág. 94.

(8) Obra citada. Pág. 94.

El único criterio que Beccaria admite para la medida de los delitos es aquel del daño social; “otros criterios, como por ejemplo la intención del delincuente, la gravedad del pecado, la dignidad de la persona ofendida son infundados e imposible de seguirse por ser inescrutable el ánimo o pensamiento íntimo del delincuente”. (9) . Este criterio del daño social es ampliamente acogido por otros escritores clásicos, especialmente por Carrara y, por lo tanto, es principio fundamental de la escuela e indispensable para la determinación de la cuantía de la pena.

Estos conceptos expuestos, aunque someramente, son los centrales y en torno de ellos se desarrollan todas las consecuencias a las cuales llega Beccaria. Extenso sería exponerlas todas. Por eso, antes de concluir, diremos pocas palabras acerca de dos problemas de suma importancia. Ellos son los relativos a la interpretación y aplicación de la ley y a la pena de muerte.

El contrato social representa la voluntad de los individuos que han contratado para defender sus intereses; por lo tanto, su fundamento es particular y debe ser aplicado sólo en caso de absoluta necesidad y universalidad para salvaguardar de este modo la libertad y los derechos de los miembros de la sociedad. Por eso las leyes que emanan del legislador, que representa a la sociedad unida por el contrato, deben obligar a todos igualmente y no deben sufrir modificaciones en ningún caso particular y por ninguna circunstancia. De aquí hace nacer los criterios para la correcta interpretación de las leyes.

“Donde las leyes son claras y precisas, el oficio de un juez no consiste en otra cosa sino que en aceptar un hecho”. (10). No puede el juez ni modificarla ni adaptarla, se debe limitar a la pura y simple aplicación. Más adelante agrega: “En todo delito el juez debe hacer un silogismo. Premisa mayor debe ser la ley general; premisa menor la acción conforme o no a la ley, y la consecuencia debe ser libertad o condena. Cuando es obligado o quiere hacer dos silogismos, se abren las puertas a la incertidumbre”. (11).

La importancia enorme de estas informaciones no puede escapársele a nadie que tenga cierto conocimiento del derecho procesal vigente en ese tiempo. Frente al primitivo predominio y arbitrio, a la negación individual, a la sumisión a una ley de carácter trascendental, Beccaria representa la reivindicación del individuo, de su libertad, la racionalización de la ley a que éste debe someterse.

Son a estas exigencias a las que se dirigen todas las consecuencias que Beccaria ilustra en su libro: universalidad, claridad y precisión de la ley, rigurosa aplicación de ella, publicidad de los

(9) Obra citada. Pág. 140 - 141.

(10) Obra citada. Pág. 53.

(11) Obra citada. Pág. 40—41.

juicios y de las pruebas, eliminación de jueces sospechosos o parciales, carácter de utilidad y necesidad que debe tener la pena.

El nombre de Beccaria es conocido también como defensor de la abolición de la pena de muerte. Se pregunta cuál puede ser el derecho que los hombres se atribuyen para quitarle la vida a sus semejantes. Naturalmente, no puede encontrarlo ni en la soberanía, ni en las leyes, ya que éstas no son sino un conjunto de porciones mínimas de la libertad privada de cada individuo y representan la voluntad general que es la reunión de las voluntades particulares.

Dos objeciones dirige contra la pena de muerte y las basa, una en el contrato social, y la otra en el concepto utilitario.

La primera objeción es la siguiente: “¿Quién sería jamás el que hubiera querido dejar a los demás hombres la libertad de matarle? ¿Cómo puede nunca estar contenido en el sacrificio mínimo de libertad de cada uno, el del mayor de todos los bienes, cuál es la vida? Y si así se hubiera acordado, ¿cómo concertar este principio con el otro que dice que el hombre no es dueño de matarse? Debería serlo sin duda para que pudiera conceder este derecho a otro o a la sociedad entera”. (12).

La otra objeción la basa en el utilitarismo; para ser legal la pena debe ser útil. Dice a este respecto: “La pena de muerte es una guerra de la nación contra un individuo, porque juzga ser su destrucción necesaria o útil. Más si yo demostrase que la muerte no es ni útil ni necesaria habría vencido la causa de la humanidad”. (13).

Sin embargo, Beccaria admite en dos casos la pena de muerte. “En tiempos de anarquía, cuando los desórdenes hacen veces de leyes y cuando al perder o recuperar una nación su libertad, un individuo, aún encontrándose privado de libertad, tenga tales relaciones y poderes que haga peligrar la forma de gobierno establecido. Pero durante el imperio tranquilo de la ley, no veo necesidad alguna de destruir a un ciudadano, fuera del caso en que su muerte hubiera de ser el verdadero y único freno que pudiera apartar a los otros de cometer delitos”. (14).

La aparición del libro de Beccaria trajo consigo una doble consecuencia. Por un lado se publicaron un gran número de artículos que hicieron eco a las ideas reformadoras de la justicia penal y muchas sociedades científicas se dedicaron a estudiar la manera de mejorar las instituciones penales.

Por otro lado, muchos gobiernos se apresuraron a introducir notables reformas en la legislación penal. Catalina II de Rusia, dictó las “Instrucciones” (1767) para la preparación del nuevo

(12) Obra citada. Pág. 99.

(13) Obra citada. Pág. 100.

(14) Obra citada. Pág. 100.

código penal. Especialmente Leopoldo de Toscana, en 1786, abolió la pena de muerte y la tortura y proporcionó la pena a la gravedad de los delitos; limitó los poderes del juez e hizo más expeditos los procesos penales. También en Prusia, Federico el Grande, y en Austria, José II, introdujeron importantes modificaciones en las respectivas legislaciones. Pero, sin duda, la más completa consagración de los principios de Beccaria la encontramos en la "Declaración de los derechos del hombre", y después en el código penal de 1791; en "Código de los delitos y de las penas" de 1795 y finalmente en el código penal de 1810, inspirador de la mayoría de los códigos modernos.

4.—La escuela clásica, en un principio, se ocupó con preferencia de la filosofía del derecho penal. Esta fase de la escuela se llama filosófica. Los autores se dedicaron a especulaciones metafísicas y procuraron así encontrar los fundamentos del derecho de castigar. Dentro de esta tendencia encontramos una multitud de pensamientos diversos y a veces antagónicos que tratan de buscar los fundamentos de este derecho. Esto explica, por una parte, las divergencias entre los escritores clásicos; y, por otra, que en el clasicismo se halle el germen de muchas de las nuevas ideas que informan el derecho penal actual.

Las teorías clásicas a este respecto las podemos dividir en cuatro grandes grupos: las teorías contractuales, las teorías utilitarias, las teorías morales y las teorías eclécticas.

A.—Teorías contractuales.— Las teorías contractuales fundamentan el derecho de castigar en un contrato o convención, o sea, en la abdicación del derecho individual en manos de la sociedad. Aparecieron a fines del siglo XVII, tuvieron su mayor desarrollo durante el siglo XVIII y se mantuvieron hasta principios del siglo XIX. Fueron las que inspiraron la reforma penal de fines del siglo XVIII.

Sostenidas por Hobbes, Grocio, Rousseau, Beccaria y Fichte, etc., se presentan bajo tres formas principales.

De acuerdo con la primera forma, el derecho de castigar no es sino el derecho de defensa que pertenece al individuo y que lo ha cedido a la sociedad en el momento de incorporarse a ella. Según la segunda forma, el individuo posee en estado de naturaleza el derecho de castigar los delitos y ha cedido este derecho a la sociedad. De acuerdo con la tercera, los individuos, comprendiendo que no pueden vivir sin leyes, y que éstas para ser cumplidas necesitan una sanción, otorgaron al poder el derecho de castigar las violaciones al pacto social.

El error de todos estos sistemas está en haber fundamentado el derecho de castigar en la voluntad humana. Sabido es que la vida social no es un hecho de creación convencional; el hombre no tiene por qué consentir en vivir en sociedad, pues, dado su carácter esencialmente sociable, no puede vivir sin ella ni fuera de ella.

La primera de estas formas confunde el derecho de castigar con el derecho de defensa. No toma en consideración que para que este derecho sea legítimo y no degenera en venganza debe ejercitarse en el momento mismo de producirse el ataque y no puede por ningún motivo durar más que el peligro. La segunda, confundiendo el derecho de castigar con el derecho de venganza, desconoce que el derecho de castigar sea una función de la autoridad soberana y que, por lo tanto, no puede ejercitarse por un individuo contra otro individuo. La tercera forma, al sostener que el derecho de castigar es el que cada individuo tiene sobre sí mismo, restringe enormemente la penalidad, ya que este derecho sólo lo transfiere el individuo en el caso que violara las leyes sociales.

El concepto de contrato social fué acogido ampliamente por Beccaria y desarrollado en la forma expuesta anteriormente.

Gaetano Filangieri, autor de "La scienza della legislazione", expone también en forma parecida este concepto. Pero Filangieri no cree en un estado de naturaleza pre-social. El estado originario es para el autor un estado social, de una sociedad sin diferencia de grado ni leyes, sin siervos ni patrones; la única desigualdad era la que nacía de la fuerza de la robustez del cuerpo. Pero esta única desigualdad trajo, naturalmente, un estado de lucha; vino la necesidad de mantener la paz social y se tuvo que renunciar a la independencia, creando una fuerza pública superior y aceptándose la convención que determinaba los derechos de los hombres. Dado este origen, el pacto social no tiene por fin hacer pasar al hombre del estado pre-social a uno social, sino mantener en paz "el estado social natural". (15).

Giovanni Carmignani, en su primera obra "Elementa juris (prudential) Criminalis", publicada en 1808, dice que el fundamento del derecho de castigar se encuentra en la teoría contractual, concepto que es abandonado con la publicación de "Teorie delle leggi della sicurezza" y de "Elementi di diritto penale".

B.— TEORIAS UTILITARIAS.— Estas teorías justifican el derecho de castigar por su necesidad misma.

Se presentan bajo dos formas principales, bajo la forma filosófica y bajo la forma naturalista. Las doctrinas clásicas están comprendidas en el primer grupo.

Principal representante de la forma filosófica de estas doctrinas fué el filósofo inglés Bentham, quien ha resumido así esta teoría. "El origen del derecho de castigar no tiene nada de particular; el derecho de castigar tiene el mismo origen que los otros derechos del estado. Lo que justifica la pena es su utilidad o, para decir mejor, su necesidad. (16).

(15) "Scienza della legislazione". Pág. 21.

(16) Théories des peines et des récompenses. Tomo I. Pág. 8.

La pena para estas teorías es un medio de intimidación y se legítima por el hecho de que es necesaria para la conservación de la sociedad, es necesaria para el mantenimiento del orden social. Ampliando más este concepto, Garraud dice: “Para que el castigo sea legítimo, es necesario y suficiente que el fin perseguido por la sociedad sea legítimo. Si la sociedad usa la pena contra los intereses y los bienes jurídicos, el castigo será ciertamente injusto. Pero si ella la usa para proteger este derecho contra las agresiones criminales el castigo será legítimo. La sociedad no puede actuar injustamente, igual que el individuo, cuando protege el derecho. (17).

Estos sistemas utilitarios son sistemas simples, o sea, que la legitimidad de la represión resulta de la sola responsabilidad criminal; por lo tanto, a ellos no les interesa si el hombre es o no responsable moralmente, si obró o no en virtud de su libre arbitrio.

Principal representante de estas tendencias en Italia es Giandomenico Romagnosi, autor de la célebre teoría de la “spinta” (impulso) y de la “controspinta” (contra impulso) criminal.

Los conceptos fundamentales de Romagnosi son los siguientes: el delito pone en peligro las condiciones de existencia del estado; éste es una persona jurídica y como todas las personas tiene derecho de defenderse contra los ataques de los otros estados y de los individuos; tiene el derecho de defenderse contra el delito y la defensa debe dirigirse especialmente contra el peligro futuro y se efectúa mediante la aplicación de un mal al autor.

“La sociedad tiene el derecho de hacer suceder la pena al delito como un medio necesario para la conservación de sus individuos y del estado. He aquí el origen del derecho penal que en substancia no es sino el derecho de defensa habitual contra una amenaza permanente nacida de la intemperancia. (18).

“El fin de la pena, excluido el concepto de venganza, reposa sobre la necesidad de defender la relación social, infundiendo temor a cada delincuente, para que en el futuro no ofenda a la sociedad y no es su fin el de atormentar o afligir al individuo ni tampoco aquel de satisfacer un sentimiento de venganza; ella obra sólo como “controspinta” (contra impulso) alla “spinta” (impulso) criminal. La pena que no es necesaria como “controspinta”, es injusta. Cuando cesa la necesidad desaparece también el derecho de castigar. La potestad legítima de castigar se extiende hasta donde lo indique la necesidad de usar las penas para la conservación del justo bienestar humano”. (19).

(17) *Traité théorique et pratique du droit penal français*. Tomo I. Párrafo 38.

(18) *Genesi del diritto penale*. Pág. 69.

(19) *Obra citada*. Párrafo 263.

C.— TEORIAS MORALES.— Estas teorías parten de una idea puramente moral y teológica y fundamentan el derecho de castigar exclusivamente sobre la moralidad de las acciones humanas. Estas teorías se denominan también teorías de la retribución, o de la expiación o de la justicia.

Para ellas la necesidad de justicia exige que toda acción culpable sea castigada, que el que comete un delito expíe necesariamente su falta. Tienen por base estas teorías la idea de expiación (*malum actionis propter malum passionis*). Esta idea es muy antigua: la encontramos ya en el *Gorgias*, Diálogo de Platón.

Fué acogida en la Edad Media por el derecho eclesiástico, pero aquí se habla de expiación, no ya en el sentido de una venganza o de un sufrimiento, sino como una curación del alma.

Fué desarrollada en los tiempos modernos por el filósofo Kant. Kant confunde el derecho penal con la moral, vicio en que incurren todos los partidarios de esta teoría y sostiene que la pena es un imperativo categórico y que debe imponerse siempre al culpable, aún cuando para la sociedad fuese dañosa.

Fué sostenida también por Hegel, para quien la pena es la síntesis de la ley y del delito, que es la negación de la ley, y la pena está destinada a reafirmar la justicia, ya que representa precisamente la negación del delito.

La misma idea de castigo o expiación inspira también la obra de Carrara; pero la expiación abandona el lado puramente ético y se transforma en expiación jurídica. Para este autor el derecho de castigar es una delegación divina, un poder recibido de Dios por el hombre.

Igualmente esta idea es inspiradora de la teoría de la retribución jurídica, expuesta por Pessina. Para ella, el fin de la pena es anular el delito. Se presenta aparentemente en forma de dolor para el individuo que la sufre y en la forma de un mal; pero en el fondo es un bien para el individuo, ya que reconcilia la actividad del individuo con el orden, y es un bien para la sociedad humana en cuyo seno la justicia se restaura. Pero para que cumpla este fin es necesario que esté de acuerdo con el mal causado por el delito, “pero no en la forma primitiva en que se concebía esta retribución (talión material), sino compensado con algún bien el mal del delito y haciendo caer sobre el autor del mismo su eficacia de restricción y de dolor”. (20).

D.—TEORIAS ECLECTICAS.— Son aquellas que encuentran el fundamento del derecho de castigar, no en uno de los principios en que están basadas las teorías anteriores, sino que en la fusión de dos o más de ellos.

“Se presentan bajo diversas formas, pero su carácter esencial consiste en explicar y limitar la responsabilidad moral con

(20) Elementos de Derecho penal. Pág. 92.

“ la responsabilidad social y en distinguir el derecho y el poder
“ de castigar. (21).

Entre ellas la más importante es la desenvuelta por el penalista italiano Rossi, en su libro “Tratado de derecho penal”, publicado en francés en 1829.

Trató de armonizar la teoría de la justicia absoluta con las teorías utilitarias.

Dice al respecto: “El derecho social de castigar encuentra su
“ fundamento en la justicia y la medida de su ejercicio en la uti-
“ lidad general. La justicia exige, antes que todo, que la pena
“ sea merecida y es debido a esta condición que la sociedad es-
“ tá autorizada para castigar. En efecto, haciendo abstracción de
“ la responsabilidad moral, la venganza social no es más que el
“ derecho del más fuerte. Pero la sociedad que castiga y que
“ realiza al mismo tiempo un deber de justicia, no la efectuaría
“ y no podría efectuarla si no tuviera como medida de su ejer-
“ cicio la utilidad. Punitur quia peccatum est et ne peccetur”.
(22).

5.— La orientación que presenta la escuela clásica es exclusivamente jurídica, por cuanto busca de un modo absoluto el mantenimiento y la reintegración del orden, constituyendo así el derecho penal una ciencia propia e independiente, aunque basada en los principios universales de moral y justicia, sin tomar en cuenta para nada las ciencias penales.

El derecho es una de las ciencias sociales y una de sus partes está constituida por el derecho penal, que tiene por fin reparar la infracción. De modo que el derecho penal protege y lo sanciona de acuerdo con Carrara, de la manera siguiente: El derecho es un orden universal de la sociedad humana, preexistente al hombre en la mente divina; tiene criterios constantes y absolutos, permanentes, independientes del arbitrio del legislador cuando se perturba surge la necesidad de repararlo y la esencia del derecho penal consiste precisamente en su restauración.

El método que usa esta escuela es lógicamente el método deductivo en boga en los tiempos en que ella se formó.

Veamos la crítica que hace Alemania al método usado por dicha escuela:

“Con el progreso alcanzado por las ciencias, la escuela clásica se mostraba cada día más en desacuerdo con la ciencia moderna. Y este desacuerdo se refiere tanto al método como al contenido.

“De hecho, en la hora presente, no es más lícito obtener la teoría de negligencia punible de sólo el derecho tradicional, cuando por el contrario, los estudios de los psicólogos insignes,

(21) Garraud— *Traité Théorique et pratique du droit pénal français*. Tomo I. Párrafo 41.

(22) *Idem*.

“ permiten obtenerla de la teoría de la desatención, entendida
“ como un corolario de la teoría de la atención. No es más se-
“ rrio estudiar la condición jurídica de los sordomudos con la luz
“ de nuestros antiguos prácticos, cuando en vez de esto podemos
“ estudiarla con los medios que nos ofrece en abundancia la clí-
“ nica otoiátrica (de enfermedades del oído) y de los estudios que
“ los grandes filólogos han hecho sobre el tema difícil de las rela-
“ ciones del pensamiento y la razón. No podríamos limitarnos a
“ la costumbre observada con los menores delincuentes cuando
“ también es clara la psicología del niño y del adolescente”. (23).

Y veamos ahora lo que dice Ferri al respecto. Refiriéndose a los motivos por los cuales la escuela clásica tuvo necesariamente que decaer, dice: “El segundo motivo aparece en razón a que
“ el método deductivo o de lógica abstracta hizo perder de vista
“ al delincuente, mientras en la justicia cotidiana él es el prota-
“ gonista vivo y presente, que se impone a la conciencia del juez
“ antes y más que “las entidades abstractas del delito y de la
“ pena”. (24).

6.—La fórmula de la responsabilidad de la escuela clásica es la siguiente: “La responsabilidad penal deriva de la responsabili-
dad moral del individuo, la cual es, a su vez, una derivación del libre arbitrio”.

La teoría del libre arbitrio, conocida desde la antigüedad, fué ampliamente aceptada por los filósofos y teólogos de la Edad Media y adoptada más tarde por la escuela que nos ocupa. Esta considera el libre arbitrio como eje fundamental de sus doctrinas y de él saca por vía de deducciones todo el organismo del derecho penal, llegando, en consecuencia, como dice Alimena, “a advertir
“ en la pena una necesidad categórica y absoluta independiente
“ de cualquiera experiencia de utilidad social, un sufrimiento que
“ debe retribuir una libre determinación”. (25).

Según la teoría del libre arbitrio, la voluntad es libre y soberana para decidir en un sentido o en otro; es independiente, o, mejor dicho, no obedece a ninguna fuerza, sea externa o interna. De aquí se desprende que los actos humanos son consecuencias de la libre determinación del individuo que los comete. El acto se ejecutó porque el individuo lo quiso, ya que él pudo haberse abstenido de ejecutarlo si esa hubiera sido su voluntad; en otras palabras, el hombre es el centro del universo y es el árbitro de su propio destino.

Criticando este principio del libre arbitrio dice Brandau: “El primero de los principios de que parte nuestro legislador (se refiere al libre arbitrio) y que aplica sin cesar en el articulado
“ del código, es un principio de imposible aplicación racional, re-

(23) Notas filosóficas de un criminalista. Pág. 6.

(24) Principios de derecho criminal. Pág. 44.

(25) Obra citada. Pág. 36.

“ñido con el interés de la sociedad y en contradicción con la
“ciencia, defectos todos a virtud de los cuales debió ser ya aban-
“donado”. (26).

El libre albedrío es un principio de imposible aplicación racional.

En efecto, para medir el grado de responsabilidad de un individuo que ha cometido un delito, es necesario medir primero el grado de libertad moral de que dispuso al ejecutarlo. Prácticamente es imposible efectuar esta medición.

“La ciencia no ha inventado hasta ahora al efecto, ni inventará nunca de seguro, ningún procedimiento, ningún instrumento de que podamos valernos. Hombre alguno que acostumbre subordinar sus juicios a la realidad de las cosas podrá, por eso, decir jamás: “Tú ladrón, o tú homicida, al ejecutar el delito que se te imputa, dispusiste de tal suma de libertad y por consiguiente tal es la responsabilidad que te incumbe y en virtud de la cual te impongo tal castigo.

“Para darse cuenta de cuál ha sido la participación que en la realización del delito corresponde a la libre voluntad del agente y de cuál ha sido la participación que corresponde a las circunstancias de toda índole (antropológicas, físicas y sociales) sería necesario tener presente una multitud crecidísima de factores que en la práctica no pueden menos de escapar sistemáticamente al análisis. Una simple enumeración de estos factores llenaría sin duda muchas páginas, porque en verdad no existe cosa alguna en nuestro propio complejo mecanismo ni en el mundo exterior que, en un instante dado, no sea susceptible de influir en mayor o menor grado en nuestras determinaciones voluntarias.

“Existen incontables circunstancias que formando parte de nuestra estructura mental o actuando sobre ella, pesan sobre nuestra voluntad y tienden a determinarla”. (27).

El libre arbitrio es un principio que está reñido con el interés de la sociedad.

El libre arbitrio, además de ser un principio de imposible aplicación práctica, presenta un inconveniente mucho mayor. Su aplicación conduce a suponer que la mayoría de los criminales escapan a la sanción punitiva. Y precisamente esto sucede en la práctica.

Mirando el problema desde el punto de vista de la integridad y del bienestar sociales, la aplicación del principio del libre arbitrio conduce a graves consecuencias y a grandes absurdos.

Tenemos ejemplos prácticos en casi todas las legislaciones que adoptan este principio. Y es así como ellas declaran irresponsables a los que delinquen bajo el influjo de “una fuerza irresistible

(26) La represión y la prevención del delito en Chile. Pág. 47.

(27) Obra citada. Págs. 19.—20.

ble”, lo que corresponde a sancionar la irresponsabilidad—como muy bien dice Brandau—“sino de todos los criminales, al menos “ de los más empedernidos y feroces”. (28).

Estas legislaciones declaran en segundo lugar la irresponsabilidad de los menores, y, de acuerdo también con este principio del libre arbitrio, la irresponsabilidad moral y penal de los alienados delincuentes.

El principio del libre arbitrio está también en contradicción con el estado actual de las ciencias.

Dice Brandau a este respecto: “La ciencia en nuestros días “ parte de un postulado cuya validez ha sido demostrada a la “ humanidad por una experiencia multiseccular jamás desmentida “ y sin cuya aceptación previa no hay conocimientos posible y “ toda investigación está demás. Tal postulado es el de la cau- “ sación o determinismo universal, según el cual todo fenómeno “ deriva de otro u otros fenómenos anteriores que lo causan o “ determinan”. (29).

La escuela clásica, fundándose en esta teoría, tuvo que ver necesariamente en el delito sólo la manifestación exterior del pensamiento criminal, ver en el delincuente un ser que hace el mal a sabiendas, un ser que, colocado entre dos fuerzas distintas que lo solicitan, se decide por aquella que lo indujo a cometer el delito; y, por consiguiente, todo delincuente debe ser castigado, porque su delito es conciente y voluntario, porque el delincuente por su propia voluntad deseó ejecutarlo.

La escuela clásica, sin embargo, no admitió, como lo veremos a continuación, este principio del libre arbitrio en toda su amplitud.

Dicha escuela hace derivar la responsabilidad penal de la responsabilidad moral del culpable. Estableciendo como base de la responsabilidad penal este principio de la responsabilidad moral o subjetiva, como también se la llama, analiza sobre todo la voluntad del culpable en el momento que se cometió el delito; admite que éste es producto del pensamiento del individuo; ve en el delito una manifestación externa del pensamiento del criminal y lo declara culpable por ser moralmente responsable de su acto y por esto acreedor de una pena, que es la compensación equitativa del delito.

Siendo el hombre el centro del universo y el árbitro de su propio destino, la escuela clásica traza un límite bien claro entre el delincuente normal, responsable y el hombre honesto; cree en el poder infinito de la razón y de la voluntad y proporciona la pena al grado de responsabilidad del culpable.

Dicha escuela sostiene que para aplicar la pena es necesario, en primer término, la imputabilidad física, o sea, la prueba

(28) Obra citada. Pág. 23.

(29) Obra citada. Pág. 43.

de que el delito fué cometido por el agente; en segundo lugar la imputabilidad moral, fundada en la voluntad libre y en la inteligencia del autor; y finalmente, la responsabilidad penal o punibilidad, o, como la llaman algunos escritores clásicos, la imputabilidad política.

Establecido que un hecho es políticamente imputable, o sea, que es punible según los principios establecidos por el legislador, el juez debe necesariamente declarar responsable penalmente al ese individuo si violó la norma con voluntad inteligente. Como dice Carrara: “La ley se dirige al hombre en cuanto es un
“ un ser moralmente libre, de donde se desprende que a nadie
“ puede pedírsele cuenta de un evento del cual haya sido causa
“ puramente física, sin haber sido de ninguna manera causa
“ moral” (30)

“Las condiciones psicológicas del agente son la razón y los
“ fundamentos de la responsabilidad moral. Son condiciones
“ psicológicas: la sensibilidad, de la que nacen los sentimientos
“ de placer y de dolor y, por lo tanto, los afectos y las pasiones,
“ pero como esta facultad o condición no es enteramente libre,
“ no puede ser un elemento de imputabilidad. La inteligencia,
“ que se desenvuelve a través de los tres fenómenos de la percepción,
“ de la reminiscencia y del juicio que tampoco puede
“ ser elemento de imputabilidad por que no depende del hombre.
“ La actividad, que es la facultad de determinarse. La acción por consiguiente se imputa al agente habiéndose éste determinado ejercitando su actividad psicológica. El hombre, entonces, es responsable de su determinación, porque Dios dotó con la razón su actividad psicológica”. (31)

El individuo es sometido a la ley penal en cuanto es un ente dirigible, es sometido a la ley penal por su naturaleza moral, por ser moralmente responsable de sus actos. Para los clásicos todos los hombres nacen con un sentido moral (congénito); por eso es que aún antes de la experiencia social ellos poseen ya un sentimiento de lo justo y de lo injusto que les ha sido procurado por las leyes eternas y absolutas de la ley moral.

La definición de delito dada por Carrara contiene el concepto de la responsabilidad moral. “El delito es la infracción de
“ la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de
“ los ciudadanos, resultante de un acto externo positivo o negativo,
“ moralmente imputable y políticamente dañoso”. (32)

Al hacer derivar la responsabilidad penal de la responsabilidad moral, la escuela clásica, como ya lo dijimos, no imputa un hecho al agente por haber sido la causa material y directa del delito, sino que por haber sido también la causa inteligente

(30) Programma di diritto criminale. Pág. 12.

(31) Boretini Tutela giuridica e difesa sociale. Pág. 109.

(32) Obra citada. Pág. 36.

de, él, por haber comprendido la naturaleza y el alcance del acto que ejecutaba, por haber tenido la intención de cometerlo, por haberlo querido libremente, porque pudiendo haberlo evitado, ha aceptado el riesgo de la condena.

Los elementos esenciales de la responsabilidad moral y, por lo tanto, de la responsabilidad penal son la inteligencia y la libertad.

La inteligencia consiste en haber ejecutado un hecho con conocimiento de parte del que lo realiza, es decir, que el sujeto sabe lo que hace. En otras palabras, consiste en ejecutar un hecho teniendo conocimiento de la ley en general y previendo los efectos que el hecho puede producir.

La libertad consiste en haber ejecutado el acto sin coacción extraña alguna, ni física ni moral. En otras palabras, consiste en haber ejecutado el hecho estando en posesión de la libertad de elección y de la voluntad de actuar.

Sin inteligencia y sin libertad el hombre no es más que una máquina movida por una fuerza independiente de él e irresistible; no podría ser responsable de sus actos.

Porque no se llenan estas condiciones, la ley no castiga al niño ni al loco; pero los autores clásicos están de acuerdo en que se deben tomar respecto de ellos, en interés de la seguridad colectiva, medidas coercitivas que, aunque le privan de su libertad, no tienen para ellos el carácter de pena.

Es por la misma razón que el que ha sido obligado a cometer una acción criminal por una fuerza, violencia física o moral, a la cual no ha podido resistir, no puede ser declarado culpable penalmente. Lo mismo sucederá respecto de aquel que pueda justificarse por una ignorancia tal que excluya en él toda intención culpable, salvo, naturalmente, las restricciones relativas a la ignorancia de derecho y a las distinciones que se hacen en la admisión del error de hecho.

Dijimos anteriormente que los clásicos no admiten una libertad moral absoluta. Reconocen en ciertas circunstancias la concurrencia de causas que influyendo en el ánimo del individuo, disminuyen o hacen que la voluntad concurra a la comisión del delito más aumentada. En otras palabras, los clásicos afirman que la libertad y la inteligencia son susceptible de diversos grados, pudiendo la voluntad y la inteligencia sufrir alteraciones. Basándose en estos principios, que la voluntad sin ser enteramente suprimida, ha sido disminuída o aumentada, explica la escuela clásica la doble teoría de las circunstancias atenuantes y agravantes.

En efecto, la idea del libre arbitrio ha comenzado ya a ser abandonada por los filósofos, que la han restringido a una libertad moral indefinida; y por los criminalistas modernos pertenecientes a la E. Clásica, que a la idea absoluta de un libre arbitrio, base y condición de la imputabilidad moral del hombre,

han substituído una libertad moral limitada, con la que corresponde una imputabilidad moral limitada o relativa.

Ya Romagnosi con su teoría del impulso (*spinta*) y del contra impulso (*controspinta*) había negado de una manera implícita el libre arbitrio. A pesar de que el cap. IX del libro I de la parte tercera de "La Genesi del diritto Penale" lo dedica a demostrar la conexión invariable que existe entre la energía de los motivos y las deliberaciones de la voluntad, Romagnosi no se atreve a negar abiertamente el libre arbitrio en sus relaciones con la imputabilidad.

Carrara admite una imputabilidad absoluta donde existe concurso de la inteligencia y de la voluntad para cometer una acción criminal, pero luego agrega que siempre que ésta no sea atenuada por causas físicas, intelectuales y morales.

Posteriormente, algunos de los más autorizados criminalistas clásicos italianos, han querido fundar una teoría de la imputabilidad sin recurrir al criterio del libre arbitrio, como es el caso de Lucchini. Otros han reconocido en el hombre la existencia, no de una libertad moral absoluta, sino de una libertad moral más o menos limitada por alguna circunstancia y que existe en cada acción. Es el caso de Canonico, Ellero, Brusa, Buccellati, que declara que en el estado actual de la ciencia no es exageración afirmar que la plena imputación, en sentido estricto, es prácticamente imposible, y de Enrico Pessina.

Pessina afirmaba que la persona que quiere y ejecuta un delito debe responder ante la justicia; que el acto de querer no admite gradaciones intrínsecas. Sin embargo, en su escrito "La libertà del volere", publicado en 1899 en "Discorsi Inaugurali", afirma que de las acciones voluntarias y libres es necesario abstraer una serie de circunstancias que a continuación indicaremos. En otras palabras, admite varios grupos de causas que determinan la producción de los delitos. Ellas son la constitución física del individuo, las condiciones climatológicas, el estado económico, la cultura intelectual, la educación, el ambiente intelectual y moral que rodea nuestra existencia, las condiciones morales de la sociedad doméstica a la que pertenece el individuo los alimentos, las costumbres, las instituciones sociales. Agrega que estos grupos de causas son coeficientes que, regidos por leyes constantes, deben dar resultados constantes y uniformes, como se prueba en la constancia y uniformidad de los números recogidos por las estadísticas.

Alimena, comentando esta afirmación de Pessina, dice:
" Ahora—y mi maestro (del que tanto me duele el deberme ale-
" jar) me perdone—yo pregunto ¿qué queda prácticamente del
" libre albedrío cuando hayamos sustraído todo lo que se debe
" a tales causas? ¿Qué juez pretenderá encontrar una pena que
" valga para retribuir tanto mal como ha sido producido por el

“ libre arbitrio, sin castigar todo lo que resta y que ha sido
“ producido por causas extrañas?” (33)

Admitida la libertad humana, surgen en la práctica contradicciones. Dice a este respecto Ferri: “Por una parte el derecho
“ criminal proclama que el hombre es responsable de sus deli-
“ tos en tanto cuanto es libre moralmente en el momento de
“ cometerlos, por otra parte los datos innegables de los nuevos
“ conocimientos científicos hacen ver que es imposible al jurista
“ y al juez penetrar en la íntima conciencia del individuo y
“ apreciar el grado de su libertad”. (34)

Ferri critica a los clásicos por haber tomado en cuenta sólo la edad, el sueño, la sordo-mudez, la locura, la embriaguez como causas que pueden influir sobre la libertad moral.

“Dice al respecto. Y en efecto, ¿por qué razón en este
“ pretendido juicio sobre la libertad moral del delincuente no
“ se han de hacer otras observaciones que las admitidas hasta
“ ahora, porque son consideradas las más evidentes por la cien-
“ cia tradicional?

¿Y por qué razón, en efecto, si vosotros tenéis en cuenta
“ la edad, el sueño, la sordo-mudez, la locura, la embriaguez,
“ rehusáis de tomar en cuenta los grados de instrucción y edu-
“ cación, la profesión, el estado civil, el domicilio, la situación
“ económica, el temperamento sanguíneo o nervioso del que ha
“ de ser juzgado? ¿Son por ventura solamente estas cuatro o
“ cinco circunstancias clásicas que aparecen a la vista las únicas
“ que pueden influir sobre la libertad moral y por consiguiente
“ sobre la culpabilidad moral? Y si, por consiguiente, se tienen
“ en cuenta estos factores individuales, ¿por qué no tener en
“ cuenta las demás causas externas, físicas y sociales? ¿Por
“ qué no se deberá tener en cuenta la raza, el clima, las estacio-
“ nes, la temperatura, las condiciones agrícolas, industriales y
“ políticas de la sociedad en que vive el delincuente? Y si hay
“ que considerar estas circunstancias, ¿qué queda entonces de
“ aquel residuo de libertad moral que se cree indispensable pa-
“ ra fundar jurídicamente la responsabilidad humana? ¿Y cómo
“ dado este sistema de la mayor o menor imputabilidad moral,
“ podrá el juez no perderse en este laberinto sin salida?” (35)

Los clásicos, entonces, afirman que si una causa interna o externa actúa sobre el individuo y ejerce un impulso sobre su determinación, su voluntad es menos espontánea, porque el libre arbitrio ha sido alterado en el momento de su determinación y puede que esta causa se traduzca en un aumento de su voluntad, caso en que también el libre arbitrio es alterado.

(33) Obra citad. Pág. 38.

(34) Los nuevos horizontes del derecho Penal. Pág. 40.

(35) Sociología criminal. Pág. 337.

Los clásicos admiten que la falta de edad lleva consigo una atenuación en la penalidad, que la provocación sea una causa atenuante, mientras que la premeditación, la calidad de funcionario u oficial encargado de vigilar o reprimir los delitos, la reincidencia, etc., sean circunstancias agravantes.

Tratándose de las circunstancias agravantes, los clásicos no las dejan jamás al arbitrio del juez. Las únicas circunstancias agravantes que el juez puede tener en cuenta son las que expresamente la ley ha previsto como tales. Pueden haber circunstancias que a juicio del juez sean agravantes en un delito dado, pero que no aparezcan expresamente indicadas en la ley como tales; en ese caso el juez no podrá tomarlas en consideración. En lo que se refiere a las circunstancias atenuantes, podemos decir que siendo imposible al legislador prever y determinar de antemano todos los sucesos y todas las circunstancias que pueden influir sobre la penalidad, los autores clásicos están de acuerdo en confiar al juez el cuidado de rebajar las penas en cada caso y siempre que lo crea necesario por medio de la declaración de circunstancias atenuantes no señaladas expresamente por el legislador (art. 65 del Código francés, art. 9 N. 9 del código español) y dejadas a su criterio.

7. La escuela clásica, esencialmente objetiva, parte del principio que el delito es un atentado contra el orden jurídico existente. Interesándole únicamente el resultado material del delito, deja relegado a segundo término el delincuente. Considera el delito como una entidad jurídica, aislada, tanto del hombre que delinque como del ambiente en que éste vive, y al que lógicamente debe volver una vez que el individuo haya cumplido su condena.

Con el solo auxilio de la lógica abstracta y apriorística en que consiste el método deductivo usado por esta escuela, realiza una admirable anatomía de los delitos contruidos impecablemente por el legislador y agrupados en categorías según el daño sufrido por el derecho o el peligro corrido por el mismo debido a la acción criminal.

El delito para la escuela clásica es “un ente jurídico”. La importancia de esta fórmula es enorme. Veamos lo que dice Carrara en el Prefacio de su obra: “Toda la variedad inmensa de reglas que, al definir la suprema razón de evitar, de reprimir, y de juzgar las acciones de los ciudadanos, circunscriben dentro de los debidos confines la potestad legislativa y judicial, debe (a mi modo de ver) referirse, como a la raíz principal del árbol, a una verdad fundamental.

“Se trataba de encontrar la fórmula que expresase este principio, a la que se ajustasen y de la cual se dedujesen cada uno de los preceptos que debían servir de constante guía en esta importante materia. Este fórmula debía contener en sí misma el germen de todas las verdades en que había llegado a compendiarse la ciencia del derecho criminal, en sus particulares desenvolvimientos y aplicaciones. Yo he creído haber

“ encontrado esta fórmula sacramental; y me pareció que de ella
“ emanarían una a una todas las grandes verdades que el dere-
“ cho penal de los pueblos cultos ha reconocido y proclamado
“ actualmente en las cátedras, en las academias y en el foro.
“ Semejante fórmula me pareció que debía estar en la exacta
“ noción constituyente del delito. Esta se expresa diciendo:
“ el delito no es un ente de hecho, sino un ente jurídico. Con
“ tal proposición me pareció que se abría el camino a la evolu-
“ ción espontánea de todo el Derecho Criminal, en virtud de
“ un orden lógico e imprescindible”. (36)

El delito, para la escuela que nos ocupa, es esencialmente un ente jurídico y es debido a este carácter que se le persigue y no en cuanto supone un hecho simplemente material, porque como tal hecho podría tener por objeto el hombre o la cosa, pero como ente jurídico, como dice Carrara “no puede tener por objeto sino una idea, la del derecho violado. (37)

Al definir el delito como un ente jurídico, estableció la escuela clásica el límite de lo prohibido y de este modo sólo se pueden considerar como delitos aquellas acciones que ofenden o amenazan los derechos de los individuos.

“La ciencia criminal, bien entendida, escribe Carrara, es, “ pues, el supremo código de la libertad, que tiene por objeto “ librar al hombre de la tiranía de los demás, ayudarle a librarse “ de la tiranía de sí mismo y de sus propias pasiones”. (38)

Carrara al afirmar que la ciencia penal tiene por misión moderar los abusos de la autoridad, representa el espíritu de reacción en nombre de la libertad individual contra la teoría medioeval, espíritu que inspiró la obra de Beccaria, como también aquella de sus sucesores, proclamando la necesidad que sea respetada también la persona del delincuente.

“Puesto que el delito consiste en un conflicto entre un hecho “ humano y un derecho es necesario encontrar en él el concurso “ de dos fuerzas. Estas dos fuerzas que constituyen su esencia “ política, son ambas indispensables para que un hecho del “ hombre pueda serle reprochado como delito: fuerza moral y “ fuerza física. Las dos fuerzas que la naturaleza ha dado al “ hombre y cuyo conjunto constituye su personalidad, deben “ concurrir en un hecho para que sea acto humano y pueda “ llamarse delito”. (39)

El delito, entonces, está integrado por dos elementos, uno material u objetivo y uno moral o subjetivo.

El elemento objetivo estriba en la negación del derecho, según Hegel, o en la infracción de la ley del estado, según Ca-

(36) Obra citada. Prefacio. Pág. XII.

(37) Obra citada. Pág. 46.

(38) Obra citada. Prefacio. Pág. XIII.

(39) Obra citada. Párrafo 54.

rrara (40), o bien en la violación de un deber exigible en sí y útil a la sociedad en cuanto conserva el orden jurídico, como expresa Rossi (41) o, como manifiesta Romagnosi, en un acto nocivo para los demás e injusto (42), que es el mismo concepto de la acción dañosa expuesto por Beccaria y Filangieri.

En virtud de esta nota objetiva, la escuela clásica establece la distinción entre tentativa (delito frustrado) y delito consumado.

Se dice que el delito es consumado cuando el hecho ha alcanzado su objetividad jurídica, es decir, cuando ha violado el derecho protegido por la ley penal. Cuando el hecho no ha producido la violación del derecho y sólo lo ha agredido y lo ha puesto en peligro hay también un delito, pero éste se denomina delito imperfecto. “La perfección del delito, escribe Carrara, se determina por su naturaleza de ente jurídico”. (43)

El delito imperfecto puede tomar las formas de tentativa o de delito frustrado.

La distinción entre delito consumado y tentativa (delito frustrado) lleva consigo la aplicación de penas diferentes. Ejemplo típico a este respecto es nuestro Código Penal, que en el párrafo IV del título III del libro I, que trata de la aplicación de las penas, da reglas a este respecto y señala para los autores de crimen o simple delito frustrado un grado menos que para el autor de crimen o simple delito consumado; y al autor de tentativa de crimen o simple delito se le impone una pena inferior a dos grados a los que señala la ley para el crimen o simple delito. Pero no basta esto para considerar un hecho como delito. Al lado de este aspecto material del delito, como requisito indispensable se exige la coexistencia del elemento subjetivo del delito, o fuerza moral subjetiva, que consiste en la voluntad inteligente del hombre. Por eso se le denomina también fuerza interna, fuerza activa. Su resultado moral (o la fuerza moral del delito considerada objetivamente) es la intimidación y el mal ejemplo que el delito produce en los ciudadanos, o sea, el daño moral del delito.

Este elemento es el que constituye la moralidad de las acciones y nace del concurso de la inteligencia, o sea, del conocimiento de la ley en general y de la previsión de los efectos que va a producir este hecho; y de la voluntad, o sea, de la libertad de actuar.

La inteligencia y la voluntad reunidas dan nacimiento a la intención, que es definida por los clásicos, en general, como un esfuerzo de la voluntad hacia cierto fin; y, en particular, como un esfuerzo de la voluntad hacia el delito.

(40) Obra citada. Pág. 36.

(41) *Traité de Droit pénal*. Pág. 244.

(42) Obra citada. Pág. 176.

(43) Obra citada. Párrafo 49.

La intención puede ser perfecta o imperfecta.

La intención será perfecta si la inteligencia y la voluntad se encuentran en su plenitud; y será imperfecta si una causa cualquiera disminuye o anula la facultad intelectual o volitiva del agente.

Si una u otra, o ambas a la vez, faltan totalmente al agente, la intención no se produce y no puede haber, por lo tanto, imputabilidad. Si están únicamente aminoradas, subsiste la intención, pero imperfecta; hay entonces imputabilidad, pero, en este caso, atenuada.

La intención puede ser también directa e indirecta. El fundamento de esta distinción debe deducirse, según Carrara, no tanto de los medios como del estado de ánimo del sujeto. La intención es directa cuando el efecto culpable se había previsto por el agente y se había querido. Es indirecta, cuando el efecto fué solamente una consecuencia posible de sus actos, no prevista o prevista sin quererla. Cuando los efectos fueron previstos, y a pesar de tal previsión se han querido los medios aunque no se quisieran precisamente los efectos, la intención directa se llama positiva. Pero cuando el efecto posible no sólo no se quiso, sino que tampoco se previó, la intención se llama negativa.

La intención directa y la indirecta positiva hacen surgir el dolo. "El dolo es la intención más o menos perfecta de realizar un acto que se sabe que es contrario a la ley". (44).

La intención indirecta negativa hace surgir la culpa o el caso fortuito, según haya sido el criterio de la previsibilidad.

Si la consecuencia no prevista ni querida era, sin embargo, previsible, hay culpa. Si no fué prevista ni querida y si tampoco era previsible, tenemos el caso fortuito.

8.— La pena es para los clásicos, igual que el delito, una entidad jurídica abstracta. La escuela clásica construye todo un sistema de normas represivas que corresponden exactamente a los delitos fijados por el legislador.

Siendo la pena para los clásicos, una emanación del derecho, no puede ser regulada por el arbitrio del legislador, sino que debe necesariamente someterse a los criterios jurídicos infalibles que regulan su cantidad y calidad proporcionalmente al daño sufrido por el derecho o al peligro corrido por el mismo, o sea, que al delito corresponde una pena que debe ser proporcionada a la gravedad objetiva del delito, al daño causado por éste. Esto importa una serie de proporciones por las cuales el derecho penal aparece como una ciencia matemática de cantidad y medida y el delito y la pena como figuras geométricas.

La escuela clásica determina la pena estableciendo una proporción entre ésta y el delito. Esta proporción es de dos clases: cualitativa, o sea, que los delitos de diversa naturaleza deben ser

(44) Obra citada, Párrafo 69.

castigados con distintas penas; y cuantitativa, o sea, que a cada delito se le aplica la pena correspondiente en mayor o menor grado, según la mayor o menor criminalidad del hecho.

Como consecuencia de estos principios, la E. Clásica afirma: I.— “Los delitos no deben ser castigados todos con las mismas clases de penas; aquí aparecen diversas penas; las de privación de libertad, de ciertos derechos; otras recaen sobre la propiedad. II.— Es preciso establecer una gradación entre los delitos en atención a su gravedad y en correspondencia con esta gradación crear las escalas de penas, de tal modo que haya un paralelismo entre los delitos y las penas. III.— Las diversas clases de penas deben ser divisibles y graduables para que puedan seguir la variedad de delito en todas sus posibles graduaciones de aumento y disminución. (45).

Dice Pessina: “La pena debe ser cualitativamente correspondiente al delito y, por lo tanto, debe negar la actividad en cuanto se ha abusado de la misma al delinquir. Esta correspondencia entre la pena y el delito se ha creído por muchos que no podía ser posible sino del lado del paralelismo, porque se ha considerado que para tener como justa una pena asignada en el código a un delito dado, no hay criterio que nazca de aquel delito y aquella pena, sino que, a lo más puede considerarse como justa una pena y aquel sobre determinado delito, cuando se miran aquella pena y aquel delito en sus relaciones con todo el sistema de penalidad, esto es, con los otros delitos y las otras penas. Ciertamente que hay algo de relativo en la elección de las penas y en la designación del qué y del cuanto para los delitos particulares, pero de esto no se deduce que no haya ninguna relación intrínseca entre una pena dada y un delito dado.

Más adelante agrega: “El principio de la proporcionalidad se presenta bajo la forma de la cualidad y de la cantidad. La proporción cualitativa y la proporción cuantitativa vienen en cierto modo a compenetrarse la una en la otra, en cuanto que una cualidad de pena puede presentar una cantidad mayor o menor de castigo y la cantidad es también una de las cualidades de la punición. Y la proporcionalidad, no consistiendo en imitar el hecho criminoso, significa que los delitos de diversa naturaleza deben ser castigados con diferentes clases de penas y que a cada delito se aplique la pena, según todas las posibles graduaciones internas”. (46).

Los penalistas partidarios de la corriente moderna del derecho penal niegan la posibilidad de tal proporción entre delito y pena.

(45) Pessina.— Elementos de derecho penal. Con adiciones por E. Cuello Calón. Pág. 682.

(46) Elementos de derecho penal. Pág. 651 - 652.

Ya en la antigüedad, Platón afirmaba que la pena estaba en relación con la perversidad de los instintos del delincuente y Aristóteles demostraba la inconmensurabilidad entre la pena y el delito.

Brovio, precursor de la escuela positiva italiana, ha sostenido también que dicha proporción es imposible, como lo veremos más adelante con más detalle.

Dorado Montero, combatiendo esta misma idea, dice: “Se comienza por no fijar con precisión uno de los términos de la relación: el delito. Se dice que un acto para ser delito, debe reunir un elemento material, el daño y un elemento interno, el dolo. Ahora hay muchos delitos, como los actos de tentativa, en los que falta el elemento externo, el daño. Así, no fijando con precisión uno de los términos que deben servir de tipo para la adecuación o proporción de la pena, el problema de dicha proporción tiene que ser vacilante. Pero demos por supuesto que para que el delito exista se precise la producción de un efecto tangible, de un daño valorable. Entonces resulta:

“1.— El delito en cuanto daño, puede apreciarse muy bien para los efectos de la responsabilidad civil, puede muy bien servir de base y de medida para la reparación civil. Pero, ¿puede decirse esto mismo con relación a la pena? Desde hace mucho, los penalistas proclaman como una de las condiciones de la pena la analogía con el delito. Más, ¿qué analogía, dicen, puede haber entre el homicidio y la reclusión, la falsificación de monedas y la cárcel, el hurto y los azotes, etc? Cabalmente la mayor analogía o proporción entre el delito y la pena es la dada por el talión, más la rechazan por injusta y bárbara. (Kant, por el contrario, retribucionista lógico, veía en el talión la verdadera forma de la pena justa). Para salir del atolladero, dicen que la proporción entre delito y pena ha de ser, no materialmente exacta, sino idealmente equivalente; así unos dicen que esa proporción ha de buscarse entre la pena y la causa del delito (dolo, culpa o intención) y desarrollando este criterio sostienen que como la causa del delito es el abuso de su actividad, la pena para responder a esa analogía ha de consistir en una privación o restricción de la actividad del agente, lo cual llevaría a reducir las escalas penales, meramente a penas de privación o restricción de libertad.

“2.— Concebida la pena como medio restaurador del derecho lesionado por el acto dañoso, o delito objetivo, prescindiendo de todo elemento subjetivo, sería menester imponerla proporcionalmente, de un modo equivalente al daño sufrido. Entonces la pena sería la misma para el hecho del cuerdo, que del loco, que del menor. Además se equipararía dos homicidios diferentes: uno doloso y otro culposo.

“3.— Para los retribucionistas que miran el daño, aspecto objetivo del delito, no podrá imponerse pena en el caso en que el delito no cause daño alguno, como en los casos del delito

“ frustrado, tentativa, etc., en los casos que no hay daños que pagar y retribuir.

“4.— ¿Cual será la pena exactamente justa o proporcionada, cuando habiendo un solo daño, hay varios delincuentes o, cuando al contrario varios delincuentes han causado varios daños? En cuanto a la reparación civil no hay duda alguna, pero en cuanto a la aplicación de la pena el asunto se embrolla y no saben que partido tomar”. (47).

Alimena dice: “Han pasado 22 siglos del día en que Aristóteles demostraba la absoluta inconmensurabilidad del delito y de la pena. En efecto, mientras es imposible determinar la cantidad de pena que deba absolutamente retribuir a un especial delito es bien posible determinar una calidad o pena, que por lo que nos dice la experiencia sea un nuevo elemento que combinándose con otros dé un resultado compuesto que valga para remover la medida de los hombres al cometerlo. El delito y la pena son cantidades inconmensurables por ser heterogéneas”. (48).

La escuela clásica después de haber afirmado como condición sine qua non de la justicia penal, la proporcionalidad entre el delito y la pena, no ha podido encontrar después un criterio justo y definido para establecer dicha proporción.

Por eso algunos clásicos, como Pedro Ellero, Rafael Conforti y Tissot, confesaron explícitamente la imposibilidad de proporcionar la pena al delito. La pena es usada por los clásicos para restaurar el derecho.

Si el delito es la negación del derecho, la pena, como antítesis buscada de propósito, no puede ser otra que su reafirmación más inmediata.

Según Hegel es “la negación de la negación”, o sea, la negación del delito en el sentido que anula la contradicción entre la actividad individual y la autoridad del derecho, gracias a la restauración del derecho violado.

Por eso Grocio definió: “Malum pasions quod infligitur ob malum actionis”, (49); y Pessina: “Una retorsión del derecho por obra del Estado, sobre la individualidad humana con ocasión del delito, por ella perpetrado, consistente en hacer sufrir alguna privación en nombre del derecho y encaminada a reconstituir la violada soberanía del mismo como elemento esencial del organismo ético de la sociedad”. (50).

En otros términos, así como el delito produce un mal a la sociedad, ésta tiene que reaccionar, produciendo otro mal análogo.

(47) “Sobre la proporción” en Revista de legislación y jurisprudencia. Tomo 129. Pág. I y siguientes. Año 1916.

(48) Obra citada. Pág. 36.

(49) De iure belli. Libro II. Cap. XX.

(50) Obra citada. Pág. 649.

go que, compensándose con el primero, neutralice su efecto y traiga en consecuencia la restauración del orden jurídico, que vuelve a quedar de este modo en su estado normal, exactamente igual que si no se hubiese alterado. Y esto se realiza mediante la expiación, en opinión de Kant, Hencke, Pacheco; o bien mediante la intimidación, como afirman Fuerbach y Romagnosi.

También para Carrara el fin principal de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad. En efecto, que la justicia sea hecha o que el ofendido sea vengado o que sea resarcido el daño por él sufrido o el que los demás individuos se atemoricen, o que el individuo expíe su falta, o se obtenga la enmienda del culpable, son para Carrara consecuencias accesorias a las que les niega su importancia; pero aun cuando estas consecuencias no se realizaran, la pena siempre sería legítima si cumpliera el fin primario de restablecer el orden de la sociedad.

La mayor gloria de la escuela clásica, en general, y en modo especial de Carrara, fué el haber concebido la pena como un medio de tutela jurídica.

Escribe Carrara en el Prefacio de su Obra: "Si el delito tiene su
" esencia en la violación del derecho, resulta de ello la legiti-
" dad de la represión por el concurso de dos verdades superiores,
" convergentes a este fin. La primera demuestra, con respecto a
" la razón, que todo derecho debe tener por contenido necesario
" la facultad de su propia defensa; de lo contrario, no sería un
" derecho sino una irrisión. Por eso, la prohibición se decretaría
" vanamente sino tuviese detrás una fuerza capaz de producir su
" observancia. La segunda verdad, relativa al hecho, consiste en
" la imposibilidad de ejercer constantemente una defensa coerci-
" tiva directa, suficiente para impedir la violación del derecho.
" Estas dos verdades son contradichas, combinadas entre sí, con-
" ducen a la necesidad de una coacción moral que, mediante la
" amenaza de infligir un mal a los violadores del derecho, sirva
" para hacerles desistir de la agresión y sea la protección de
" aquél. Y he aquí que rechazadas las ideas utópicas y vejatorias
" del correccionalismo y del ascetismo y la fórmula arbitraria y
" prepostera de la defensa social, se encuentra tanto en el argu-
" mento de la represión como en el de la prohibición, el eje fun-
" damental del derecho criminal en la tutela jurídica". (51).

La fórmula de la tutela jurídica es para Carrara la síntesis de todos los conceptos que la ciencia penal debe desenvolver y demostrar, es el resumen de su obra, a la que dió el nombre de "Programma".

La tutela del derecho no es para Carrara la consecuencia de una necesidad política, según la fórmula de Carmignani, porque este concepto significa necesidad del Estado, y el delincuente que

(51) Obra citada. Prefacio. Pág. XIV.

se somete a una pena podría, en un momento dado, desconocer la razón de ser de este Estado.

No es tampoco un derecho de defensa social, ya que esta fórmula da al castigo un principio material y lo deja en manos de las arbitrarias y mudables de lo útil.

Por el contrario, en la fórmula de la tutela jurídica el límite de la justicia es congénito, intrínseco, inseparable, porque cuando se dice que es la autoridad la que debe defender el derecho, se quiere manifestar que ella lo debe defender tanto en el ofendido como en el ofensor, esto es, debe castigar al culpable para defender a aquél, pero no puede en ningún caso castigarlo más de lo que sea necesario para que tal defensa se opere, porque si se excediera, vendría a violar el derecho del ofensor y la pena sería de este modo injusta por ser excesiva; no sería en este caso protectora del derecho, sino que se convertiría a su vez en violadora de él, por haber traspasado las necesidades de la tutela. La misma fórmula de tutela jurídica obliga al juez a proteger los derechos de las partes durante el juicio. No sólo se deben respetar los derechos de la parte ofendida que pide el castigo del culpable, sino que debe también respetar aquellos de la parte que va a ser juzgada, que naturalmente no quiere ni debe ser castigada con un mal mayor que aquél que le corresponde, castigo que debe ser impuesto después de haberse comprobado exactamente el hecho criminal y proporcionando la pena al daño causado con el delito.

De este modo el derecho penal no sólo sirve a la parte ofendida en cuanto le ayuda a descubrir a los delincuentes, sino que ayuda también a los que violan los preceptos legales, en cuanto los protege de la imposibilidad de ser víctimas de los errores judiciales; y en cuanto impide que se les imponga un castigo que, al traspasar la medida debida, se convierte en un hecho antijurídico.

La fórmula de la tutela jurídica libra, entonces, al derecho penal de todo peligro de arbitrariedad colocándolo sobre los siguientes principios:

La autoridad social no puede decretar una prohibición restrictiva de la libertad, salvo donde vea una agresión al derecho y la autoridad debe infligir penas proporcionadas a las necesidades de la tutela.



CAPITULO II

ESCUELA POSITIVA

9.— Orígenes de la Escuela.— I.— La filosofía del materialismo. La filosofía del positivismo. II.— Los nuevos estudios en el campo de las ciencias sociales. III.— Las nuevas ideas políticas. 10.— Giovanni Bovio, principal precursor de la escuela positiva. II.— Rerepresentantes.— 12.— Lombroso. Orígenes de la Antropología. Teoría lombrosiana. Evolución que experimentó su primitivo concepto de antropología. La pena. Medios de combatir el delito. 13.— Ferri. Puntos de partida de sus investigaciones. Factores del delito. Ley de saturación criminal. Clasificación de los delincuentes. Concepto de la responsabilidad social. Sistema penal: Medidas represivas y medidas preventivas. 14.— Garofalo. Delito natural. Clasificación de los delincuentes. Sistema represivo. Reparación del daño. La temibilidad del delincuente.

9.—En el quinquenio 1876 - 1880, se tienen las primeras manifestaciones de una nueva orientación, que atacaba a la escuela clásica. Proponía un sistema de represión penal que destruía completamente los principios fundamentales sobre los cuales la escuela clásica se apoyaba. Surgía la escuela positiva. Desde este período hasta hoy, la historia del derecho penal está caracterizada por la lucha entre la nueva y la vieja escuela. La escuela clásica ha ido poco a poco perdiendo su influencia y los principios sustentados por la escuela positiva van encontrando acogida en las nuevas legislaciones penales.

Las corrientes de pensamiento de las cuales deriva la nueva escuela son de tres especies:

I.— La filosofía del materialismo surgió como una violenta reacción contra la debilidad especulativa de la filosofía idealista. Para esta filosofía todo era idea. Al contrario, la filosofía materialista afirma sólo la existencia de la materia. Los fenómenos espirituales no son más que productos o formas de los procesos materiales. La misma vida surge como una manifestación de la materia bruta y el pensamiento como manifestación de la materia organizada. El materialismo moderno no aspira a ser otra cosa que la simple consecuencia de los avances realizados en las ciencias naturales, que ya habían enunciado la teoría de la conservación de la materia y de la energía, las que a los ojos de los materialista contienen nuestra concepción del mundo integral.

Entre los representantes del materialismo debemos citar especialmente a Moleschott, naturalista holandés llamado por el gobierno italiano para enseñar fisiología en la Universidad de Turín. Su credo materialista fué formulado en 1852 en el libro "Die Kreislauf des Lebens" ("La circulación de la vida"). Después de haber estudiado la vida fisiológica del hombre, llegaba a la conclusión que el pensamiento, la voluntad son reductibles a la materia, son nada más que movimientos de la materia.

Llegado a esta conclusión, trata de demostrar la falsedad de las objeciones dirigidas a su materialismo absoluto y se ocupa de las consecuencias que de él derivan para el derecho penal.

Parte del absoluto determinismo y fija los postulados de la nueva escuela. La responsabilidad moral es sustituida por aquella que será llamada responsabilidad social y a la pena es dada la única finalidad de la defensa social, entendida en el sentido natural de defensa de la especie. La obra de Moleschott nos explica, históricamente la concepción materialista de Lombroso y por esto lo hemos citado particularmente, como fuente de la cual Lombroso y toda la escuela positiva se ha servido para llegar a sus conclusiones.

El positivismo filosófico ha tenido por patria a Francia e Inglaterra. Sus principales representantes son Augusto Comte, uno de los filósofos más originales, cuyo sistema está desarrollado en su "Curso de filosofía positiva", Spencer y Ardigó. Este último fué profesor de Ferri y combatió especialmente a Hegel y a la indagación metafísica.

El positivismo fué una consecuencia necesaria de la evolución realizada por las ciencias experimentales en los últimos siglos, principalmente la química y la fisiología. No admite esta filosofía otro conocimiento que el que está en concordancia con los hechos y con las leyes de estos hechos demostrados por la experiencia. Rechaza, por lo tanto, toda metafísica, toda investigación de las causas primeras y finales. Considera que en la concepción de la vida y del mundo no deben emplearse más que las ideas que la ciencia positiva puede reconocer y ratificar. La época teológica y de la especulación pura ha pasado.

II.—Citaremos especialmente a Quetelet (1796-1874), uno de los fundadores de la estadística, ciencia a la cual este autor había dado el nombre de física social. Constató el aumento de la criminalidad, especialmente en la forma de reincidencia, en todos los países europeos.

Contemporáneamente a él, Guerry, autor de una obra titulada "Statistique comparée de l'état et du nombre des crimes", sometió a estudios estadísticos los diversos fenómenos sociales y entre estos también a la criminalidad. Mediante estos estudios, llegó a igual que Quetelet, a la conclusión que en los delitos reinaban también la unidad, la regularidad, la relación con otros hechos sociales, lo que les hizo afirmar que era posible formular leyes para

el crimen, análogas a las que se habían formulado para las relaciones económicas.

Finalmente Comte aplicó el método positivo, esto es, el método de las ciencias a los fenómenos sociales y creó de este modo la sociología, entendida como ciencia natural.

III.—Las nuevas ideas políticas inducían al estado a no limitarse solamente a las funciones meramente negativas de impedir lo ilícito, sino que a asumir una función positiva de cumplimiento de tareas sociales, especialmente de asistencia y de beneficencia. Reconocían también que el Estado, para resguardar los intereses de la colectividad, debía ejercer una tutela más enérgica y eficaz.

10.—Con Giovanni Bovio (1841-1903) se inicia la nueva época del derecho penal italiano.

Ya Cattaneo había constatado, de un modo fragmentario y vago, la exigencia de una reforma del derecho penal, al expresar que era necesario estudiar el delito en relación con el ambiente en el cual éste se produce.

Si bien en Bovio no podemos encontrar la iniciación explícita de los principios afirmados más tarde por los penalistas positivistas, se revelan en él, sin embargo, las nuevas exigencias de carácter positivista. Bovio se había acercado a los estudios de derecho penal con una mentalidad completamente diversa de aquella del jurista y con un sentido muy vivo de los problemas filosóficos y más que todo de la realidad humana y social. Bovio admite el derecho penal sólo por ser una realidad histórica, necesaria para el mantenimiento de la vida social. Con esta convicción, Bovio no puede darnos un verdadero sistema de derecho penal. Se limita a criticarlo; pero en esta crítica encontramos ya en germen los principios que serán después enunciados por la nueva teoría.

Problema fundamental que plantea en el "Saggio critico del Diritto Penale", único escrito que habla de derecho penal, es aquel de la imposibilidad de una relación lógica entre el crimen y la pena. Dicha relación, dice, es un absurdo, porque es imposible igualar dos entidades absolutamente heterogéneas, como son el hecho criminal del delincuente y el hecho social del castigo que se infiere al delincuente. Los legisladores, pues, son obligados a recurrir a conceptos convencionales, a medidas de conjunto, que no pueden responder a la realidad de las cosas, porque no hay ningún término medio que haga posible la comparación entre las varias especies de delitos y las varias especies de pena. Pero no se detiene aquí Bovio.

Dice que "en el delito entran como cómplices, además de la " voluntad individual, la naturaleza, la sociedad y la historia. No " puede el hombre ser considerado aisladamente, por sí sólo, sin " relación a ninguna persona o cosa, sino que como el punto de " confluencia de una necesidad material, de una necesidad histó- " rica, de una necesidad social y a la cual se agrega la voluntad " individual como factor entre factores.

“Podrá combatir y disminuir estas causas, pero no logrará jamás vencerlas. Ahora, ¿qué parte del crimen es propiamente imputable al individuo y cuál a la fuerza excesiva de la naturaleza y de la sociedad? El crimen no es algo extrínseco, medible, sino que es un mal que se puede medir sólo en la intimidad del alma del delincuente”. (52).

Al sentar este principio, plantea el problema fundamental, que será el centro de las investigaciones de la nueva escuela, pero no supo sacar las consecuencias lógicas que de él fluyen.

Tiene, en resumen, el mérito de haber establecido como fundamento del problema del derecho penal la persona del reo en su individualidad, en su libertad y en unión con todo el mundo natural y social.

II.—Los principales representantes de esta escuela son Lombroso, Ferri y Garofalo.

Lombroso es el fundador de la escuela y el antropólogo. Estableció la verdadera distinción entre el crimen y el criminal, creando el tipo criminal, base de su teoría, desarrollando la teoría de los equivalentes criminales, de la mujer prostituta y delincuente. Expuso sus principios en su célebre obra “L’ uomo delinquente in rapporto alla antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie”, publicada en 1876.

Esta obra fué ampliada, integrada y corregida y alcanzó hasta la 5.ª edición (1896-1897).

Ferri es el sociólogo de la escuela. A él se debe la teoría de los factores del delito, la clasificación de los delincuentes, la negación del libre arbitrio, la responsabilidad social, la necesidad de aplicar los sustitutivos penales. Sus principios están expuestos en su famosa obra “Sociologia Criminale”, cuya primera edición se publicó en 1881 con el título de “Nuovi Orizzonti del Diritto Penale”.

Garofalo es el jurista de la escuela. Explicó el concepto de delito natural, demostró la importancia de la temibilidad del agente y se ocupó del resarcimiento a la víctima del delito. Sus principios se encuentran expuestos en su obra “Criminologia” (1886).

En un principio estos tres autores no estuvieron de acuerdo, porque cada uno ponía en relieve un lado de los diversos aspectos: antropológicos, sociológicos y jurídicos. Más tarde este acuerdo se logró gracias a las influencias recíprocas que estos escritores ejercieron unos sobre otros y especialmente debido a que Lombroso atenuó y redujo a límites más precisos sus primitivas afirmaciones antropológicas.

12.—Así como el libro de Beccaria inició el ciclo de la escuela clásica, “L’ uomo delinquente” de Lombroso, abrió los horizontes de la escuela positiva italiana.

(52) Saggio critico del Diritto Penale. Págs. 77—78.

El desarrollo de algunas ciencias, especialmente de la fisiognomía y de la frenología, el desarrollo de la psiquiatría que permitió formular las teorías sobre la degeneración y la locura moral, contribuyeron de un modo especial, o, más bien, diremos que fueron los orígenes de la antropología.

La fisiognomía, en sentido estricto, se concreta a estudiar la conexión real o supuesta entre la índole o psicología de una persona y su fisonomía propiamente tal, consistente en rasgos fisonómicos y demás cualidades del rostro.

Refiriéndose a la fisiognomía, dice Bernaldo de Quirós: “entre aquellas ciencias, que fueron tantas como los varios órganos y funciones, un vago prejuicio que hace del rostro la parte más noble y digna de expresar el alma, mantuvo por selección natural la fisiognomía”. (53).

La frenología es la ciencia que trata de los cráneos y establece algunas relaciones entre las formas del cráneo y ciertas expresiones de orden psíquico. Es muy antigua, como que se remonta a Platón y Aristóteles. Pero el primero que hizo estudios científicos sobre frenología fué Gall, (1758-1828) para quién existe una relación íntima entre las formas craneales del individuo y su temperamento psicológico; así, por ejemplo, hace residir el instinto del hurto en ciertas conformaciones del hueso frontal.

Un discípulo de Gall, Lauvergne (1796-1859), después de estudiar a los individuos sometidos a trabajos forzados en Tolón, llegó a la conclusión que los instintos criminales eran consecuencia del desarrollo excesivo de una parte del cerebelo. Describió el tipo del delincuente, que el llama “asesino frío”, con rasgos análogos a los que empleó Lombroso para su criminal nato.

Antes que Lauvergne, el filósofo Carus (1789-1869) había dado a conocer ciertos rasgos que aseguraban en la persona que los poseía su calidad de delincuente. Y así podríamos seguir citando numerosos ejemplos.

La psiquiatría fué otro de los elementos que contribuyeron a la formación de la antropología. En efecto, gracias a los estudios realizados por Morel, Despine, Maudsley, se formularon las teorías de la degeneración y de la locura moral, que tanta influencia tuvieron en César Lombroso.

Morel (1809-1873) hace un estudio detallado, a través de todas las generaciones, de la evolución del proceso psicopático; estudia el papel que le puede caber a la herencia y llega así a establecer las relaciones entre la criminalidad y la degeneración.

Despine, en Francia, se preocupó especialmente de estudiar el lado psicológico del criminal y llegó a la conclusión que el delincuente habitual sufre una anomalía moral que está caracterizada por la falta de remordimiento.

(53) Las nuevas teorías de la criminalidad. Pág. 16

En Inglaterra los estudios psicológicos del criminal alcanzaron gran desarrollo y culminaron con la teoría de Maudsley, autor de una obra titulada "Mental responsibility", publicada en 1873, cuyos rasgos más característicos son haber expresado que el delincuente es un loco moral y haber demostrado la existencia de una zona intermedia entre la sanidad mental y la locura. La locura moral es un trastorno psíquico que recae única y exclusivamente sobre la vida afectiva del individuo y que consiste en la privación del sentido moral.

Fué Pritchard quien creó este término, pero en Maudsley asume un carácter particular. Este autor la combina con una segunda teoría denominada *borderland* o zona media y llega así a reconocer entre la sanidad mental y la locura la existencia de una zona intermedia. En uno de los extremos de esta zona se advierte poca locura y mucha perversidad y en el otro mucha locura y poca perversidad.

Hacia más de un decenio que Lombroso se ocupaba del estudio de los locos y del delito. En 1869 tuvo la idea de trazar un paralelo entre el hombre enajenado, el prehistórico, el salvaje y el hombre normal de su tiempo. En 1870 este propósito se aclaró cuando, abriendo el cráneo del bandido Villela, campesino que había sido condenado tres veces por hurto e incendio, encontró en su base y precisamente en el sitio de la cresta occipital, una foseta que sólo se encuentra en algunos cuadrumanos.

La suposición que el delincuente fuese un ser atávico, había llegado a ser certidumbre para Lombroso. Llegó a la conclusión de que el delincuente, anormal moralmente, debía también serlo físicamente. Afirmó que el delincuente constituye un tipo especial antropológico y de esta afirmación nació la nueva ciencia de la antropología criminal.

Lombroso estudia el crimen en los organismos inferiores, advirtiéndolo aún en los vegetales y en los animales y dentro de la especie humana en el niño y en el salvaje.

La actividad criminal que desarrollan los animales y los vegetales se observaría también en el hombre, si no fuera porque éste posee y se le ha desarrollado el sentido moral. Pero no siempre el nacimiento y el desarrollo del sentido moral se produce en el hombre, ya sea porque su organismo se detiene en su proceso evolutivo por herencia atávica o patológica, ya sea por influencias del medio social en que el individuo vive.

Lombroso se preocupó especialmente del estudio de los factores individuales que dan origen a la delincuencia congénita y dió sucesivamente diversas explicaciones, que expondremos a continuación.

La primera explicación de la delincuencia congénita fué para Lombroso la del atavismo. El atavismo se caracteriza por la reaparición de rasgos que no presentan los ascendientes más inmediatos, sino que son propios de tipos muy lejanos, tipos primitivos y prehumanos. En efecto, Lombroso se convenció de que la anor-

malidad del tipo antropológico del delincuente consiste en la detención del desarrollo físico y, correlativamente, del desarrollo psíquico, en un grado prehumano o humano primitivo.

Esto lo demuestra Lombroso ampliamente con el examen de la estructura anatómica y psicológica del delincuente y además con el hecho de que el género de los delitos cometidos por los criminales natos y sobre todo el modo de efectuarlos, recuerdan instintos y necesidades de los animales y de los salvajes. El tipo a que vuelve el delincuente, entonces, es el del salvaje.

Haciendo la comparación orgánica y psíquica del delincuente actual con el salvaje y el hombre primitivo, encontró en el criminal nato numerosos caracteres anatómicos (principalmente craneológicos), fisiológicos y psíquicos, que hacen recordar la estructura y modo de ser de los seres primitivos.

Tales caracteres serían: “la poca capacidad craneana, la frente prominente, los senos frontales muy desarrollados, gran frecuencia de las suturas medio frontales, de la foseta media de la cresta occipital y de los huesos vomianos, sinostosis precoces, especialmente de la frente, salida de la línea arqueada del temporal, sencillez de las suturas, el mayor espesor de los huesos craneales, el desarrollo enorme de las mandíbulas y póniulos, oblicuidad y gran capacidad de las órbitas, escasez de la barba, la piel más oscura, la cabellera más espesa, las orejas voluminosas, sensibilidad obtusa, disvulnerabilidad y longevidad, por consecuencia, ausencia de reacciones vasculares, manciniismo, anomalías táctiles y dolóricas, anomalías del oído, insensibilidad moral y afectiva, pereza, ausencia de remordimientos, imprevisión, impulsividad, pasión por el juego, las pasiones generalmente tan violentas como fugaces, superstición exagerada, precocidad en los placeres venéreos, en el vino y pasión exagerada por ellos, mayor analogía entre los dos sexos, menor corregibilidad de la mujer, susceptibilidad exagerada del propio yo y el concepto relativo de la divinidad y de la moralidad”. (54).

Por todos estos caracteres, el tipo del delincuente nato reproducía la morfología del salvaje. Quedaban, sin embargo, algunos estigmas que no podían llamarse atávicos y que Lombroso los consideró como productos de enfermedades fetales.

Lombroso dice que más tarde se dió cuenta que todos estos caracteres coincidían con los que se asignaban al loco moral, individuo caracterizado por una profunda alteración de su sentido moral, pero que conserva, real o aparentemente, la integridad de sus facultades intelectuales.

Cuando hacía los estudios correspondientes al delincuente epiléptico que fueron publicados en la tercera edición de su obra,

(54) L' uomo delinquente. Vol. III. Págs. 503—504.

Lombroso vió que en la familia de los epilépticos entraba perfectamente el criminal nato.

Encontró, entonces, la explicación de la delincuencia congénita en la epilepsia, pero no abandonó su primitiva idea del atavismo, ya que la epilepsia reúne, a un mismo tiempo, mejor que cualquiera otra enfermedad, fenómenos morbosos y atávicos. En los epilépticos se hallan, según Lombroso, todas las características comunes a los criminales natos. Sostiene que, además de los casos en que la epilepsia es fácilmente reconocible por señas exteriores, hay otros casos en que queda oculta, epilepsia larvada, para estallar algunas veces en la forma aparente del delito. Según esta explicación, el criminal nato sería un epiléptico, en quien la epilepsia se manifiesta generando la forma exterior y las apariencias de la delincuencia.

La doctrina de Lombroso sobre el criminal nato es llamada tríptica, por estar compuesta especialmente por los tres términos: atavismo, locura moral y epilepsia.

Un criminalista alemán Näcke, ha resumido con bastante exactitud la teoría de Lombroso. "Su punto de vista se resume en las siguientes conclusiones: a) El criminal propiamente dicho es nato; b) idéntico al loco moral; c) con base epiléptica; d) explicable principalmente por atavismo, y e) forma un tipo biológico y anatómico especial". (55).

El delincuente, por lo tanto, no es tal en cuanto libremente lo quiere, sino que es empujado al delito por una necesidad natural, propia del organismo físico y fisiológico, que la lleva desde su nacimiento como herencia de especies prehumanas.

"El delito, dice Lombroso, aparece, tanto por la estadística, como por el examen antropológico, como un fenómeno natural, un fenómeno dirían algunos filósofos, necesario como el nacimiento, la muerte". (56).

El concepto de delincuente nato se va poco a poco limitando con la exclusión de gran número de delincuentes, y el primitivo concepto de antropología ha ido evolucionando hacia aquel de sociología, como se puede constatar en su quinta edición. Esto se debe, como ya lo dijimos, a la influencia de sus discípulos, Garofalo y Ferri; influencia que es por todos admitida y reconocida por Lombroso mismo. Profundizó el estudio de otras causas, no sólo antropológicas, sino psicológicas y sociológicas del delito, llegando a ser el estudio de los caracteres morfológicos o anatómicos sólo uno de los aspectos y tal vez no el más importante. En cambio, gran importancia adquirió aquel que Lombroso llamó "eziológico" del delito, por el cual la acción humana es vista en función de los meteoros, del clima, de la geología, de la orografía, de las

(55) Näcke.—Lombroso y la antropología criminal de hoy (en la *Zeitschrift für Kriminal anthropologie*. Berlín 1897.

(56) Obra citada. Vol. III. Pág. 518.

razas, de la densidad, de la alimentación, de la natalidad, del alcoholismo, de la instrucción, de la influencia económica, de la religiosa, de la educación, del estado civil, de las cárceles, etc.

Admitida la necesidad natural del delito, deduce la misma necesidad natural para la pena. Criticando el concepto de responsabilidad moral, afirma la absoluta determinación de la acción delictuosa; el fin de la pena no es ni el de venganza, ni el de castigo, ni el de justicia absoluta, sino que aquel de la defensa social; pero no el concepto de defensa social de Beccaria, Romagnosi o Carmignani, fundado en el contrato social, etc., sino que de una defensa en el sentido de selección natural y conservación de la especie.

Concebido el delito como anormalidad o morbosidad, es deber de la sociedad de curar el reo. Combate el sistema de la pena única para todos los delitos, que es necesariamente dañosa para algunos delincuentes; la cárcel, los manicomios, el aislamiento, la libertad condicional son toda una serie de sistemas penales que se aplicarán según el carácter del delincuente. En 1888 publicó un estudio llamado "Troppo presto" (un comentario al proyecto del nuevo código, en contra del proyecto de Zanardelli), en que combate el criterio de la unidad geográfica del código penal.

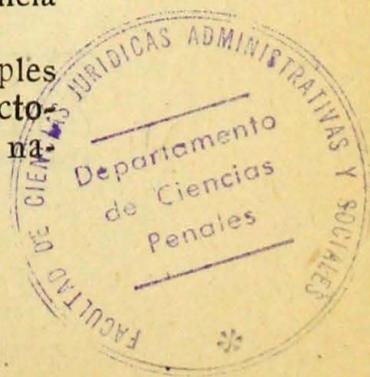
Para combatir el delito (profilassi eterapia del delito, como él la llama), propone un sistema que va de la prevención a la represión y que comprende un análisis de todos los factores antropológicos, psicológicos y sociológicos del delito.

En cuanto a los estudios carcelarios, es notable su actividad; fué el primero en proponer la institución de los manicomios criminales en Italia, al publicar su estudio "Sulla Istituzione dei manicomii provinciali", publicado en 1872 en "Rendiconti dell' Istituto Lombardo".

13.—Con Ferri, la escuela positiva no estudia el delito en relación a ciertos fenómenos de la vida social, sino que en relación a toda la vida, a toda la realidad.

Criterios fundamentales de los cuales parte en sus indagaciones son aquellos de la antropología y de la estadística. Con la primera demuestra la anormalidad del delincuente, que deriva de factores orgánicos y psíquicos, hereditarios y adquiridos, y con la estadística demuestra como es insuficiente la pena para combatir el delito. A través de estas dos series de investigaciones se desenvuelven todos los principios de la sociología criminal. Se determinan los factores del delito, se enuncia la ley de la saturación criminal, se establece la clasificación de los delincuentes, se formula la teoría de la responsabilidad social, se pone en evidencia la necesidad de crear los sustitutivos penales.

El delito, como toda acción humana, es efecto de múltiples causas, que Ferri agrupa en tres categorías. Y así distingue factores individuales o antropológicos del delito, factores físicos o naturales y factores sociales.



Son factores antropológicos los inherentes a la persona del delincuente y miran en primer lugar a la constitución orgánica del delincuente (anomalías orgánicas del cráneo, del cerebro, de las vísceras, de la sensibilidad y de la actividad refleja y todos los caracteres somáticos en general); en segundo lugar, a la constitución psíquica (anormalidad de la inteligencia y de los sentimientos); y en tercer lugar, a los caracteres personales (condiciones biológicas: raza, edad, sexo; condiciones biológico-sociales: estado civil, profesión, domicilio, condición social, instrucción, educación).

Los factores físicos, naturales o cosmotelúricos pertenecen al ambiente físico. Entre otros tenemos el clima, la fertilidad y la naturaleza del suelo, cambios diurnos y nocturnos, temperatura anual, condiciones meteóricas, producción agrícola, estaciones.

Son factores sociales los que resultan del ambiente social y están constituidos principalmente por la densidad de la población, la emigración, las costumbres, la religión, la opinión pública, la familia, la educación, la producción agrícola e industrial, el orden público, financiero y comercial, en lo que se refiere a la seguridad pública, a la instrucción pública y educación, a la beneficencia pública y la legislación en general, civil y penal. (57).

A estos factores se pueden agregar otros y otros, sin agotarlos jamás, pues son todos los que en el Universo existen, sin que se pierda nunca ni una palabra ni un gesto. Lo que sí conviene añadir, es que en su conjunto determinan la ley de la saturación criminal. “Del mismo modo que en un volumen determinado de agua a cierta temperatura se debe disolver una determinada cantidad de sustancia química, ni una molécula más, ni una molécula menos, así, en un ambiente social con determinadas condiciones físicas o individuales, se debe cometer un determinado número de delitos, ni más ni menos”. (58).

Al explicar el origen de la ley de la saturación criminal, dice Ferri, que Quetelet, examinando las estadísticas criminales francesas de 5 años había llegado a la conclusión famosa de que “el contingente de delito es un tributo que se paga todos los años con mayor regularidad que otro cualquiera y se puede, por lo tanto, calcular cuántos individuos verterán la sangre de sus semejantes, cuántos serán envenenadores, cuántos falsarios, etc., porque los crímenes se reproducen anualmente en el mismo número, provocando las mismas penas en idénticas proporciones”. (59).

El concepto era substancialmente verdadero, pero la forma estática era inexacta y ello se debió a la brevedad del período examinado. Ferri demostró por medio de la estadística efectuada por

(57) Sociologia criminale. Págs. 299—300.

(58) Los nuevos horizontes del derecho penal. Pág. 227.

(59) Física social. Lib. IV. Párrafo 8.

espacio de medio siglo (1826-1878) de la criminalidad en Francia que el balance anual de los delitos en cada país varía, dentro de ciertos límites de aumento y de disminución, a consecuencia de las alteraciones sufridas, sobre todo, por los factores sociales más variable (condiciones económicas, políticas, etc.).

De aquí sacó Ferri la ley de la saturación criminal.

Dos son las consecuencias principales de esta ley, en lo que se refiere a la sociología criminal.

De acuerdo con la primera se demuestra que no es exacta la regularidad de los fenómenos criminales, que después de Quetelet se ha exagerado mucho. En cambio, es positivo que el nivel de la delincuencia está determinado por aquel complejo de causas que se llama ambiente social y varía con él.

“Efectivamente, dice Ferri, si el nivel de la criminalidad está “ determinado necesariamente por el ambiente físico y social, “ ¿cómo podría permanecer constante e inalterable en medio “ de las continuas y a menudo grandísimas variaciones “ de este mismo ambiente? Será constante la proporción entre “ un determinado ambiente y el número de los delitos, y, esto es, “ lo que constituye la ley de la saturación pero precisamente por “ esto no será jamás igual todo los años; ¿existirá, como dice “ Messedaglia y repite Poletti, la regularidad dinámica, pero no la “ estática”. (60).

La segunda consecuencia de la ley de la saturación criminal y que tiene, por cierto, gran importancia teórica y práctica, consiste en la demostración de que las penas consideradas hasta hace poco como los mejores remedios contra el delito, no tienen la eficacia que se les atribuía; porque los delitos aumentan o disminuyen por otras razones que no son las penas escritas por el legislador y aplicadas por los jueces.

Podemos decir que el delito, para Ferri, es un fenómeno de origen complejo, a la vez biológico, físico y social. Si bien la influencia preponderante de tal o cual factor determina las variedades bio-sociológicas del criminal, todo delito y todo delincuente es siempre el producto de la acción simultánea de condiciones biológicas, físicas y sociales.

Además de la teoría de los factores del delito y de la ley de la saturación criminal, es mérito de Ferri el haber establecido una clasificación de los delincuentes, de acuerdo con la cual se establecen los medios represivos, distintos según sea la categoría de delincuentes.

Ferri toma como punto de partida para la clasificación la existencia a priori de dos grandes clases suficientemente conocida de todos. Ellas sirven de base para efectuar distinciones ulteriores. Son las clases de los habituales y los ocasionales.

(60) Los nuevos horizontes del derecho penal. Pág. 232.

Entre los habituales hay que separar aquellos individuos que, sin ser enajenados, son física y moralmente degenerados desde su nacimiento, que viven en el delito por una necesidad congénita y psíquica. Forman una clase completamente diferente de todo otro delincuente habitual. En ellos se ha unido a su desgraciada constitución orgánica y física, el ambiente social en que han vivido. Son individuos que una vez llegados al estado crónico del delito son incorregibles, como todos los delincuentes habituales, pero que antes de haber cometido un delito podrían haber sido salvados por instituciones previsoras y por un ambiente menos viciado. Son individuos predispuestos a la delincuencia y que pueden pasar toda su vida sin cometer ningún delito, si el ambiente social que los rodea les es favorable. Son los delincuentes llamados natos.

En el grupo de los ocasionales se distinguen una categoría especial de delincuentes, caracterizados por la exageración típica de sus caracteres orgánicos y psíquicos. Son arrastrados al delito, no por una tendencia innata sino que por el impulso de las ocasiones; pero mientras en la mayor parte de estos delincuentes la ocasión determinante es un estímulo bastante común, en otros es el ímpetu extraordinario de una pasión, es un huracán psicológico, para emplear la expresión de Ferri, lo que únicamente puede arrastrarles al delito. Son individuos que se hallan próximos al grupo de los individuos locos, no por padecer una forma permanente de enajenación, sino por un desequilibrio psíquico que más o menos latente antes, estalla por fin en la forma de delito. Son los delincuentes pasionales.

De esto se desprende que Ferri clasifica los delincuentes en 5 clases.

Y, en efecto, dice: "He aquí que toda la multitud de los delincuentes viene a clasificarse en 5 categorías que yo he llamado:

"De los delincuentes locos.

"De los delincuentes natos incorregibles.

"De los delincuentes habituales o por hábito adquirido.

"De los delincuentes de ocasión; y

"De los delincuentes por pasión". (61)

La primera clase, la más saliente y discutida es la de los delincuentes natos. Para Ferri la raza y el temperamento, combinados con la degeneración, son los factores principales de esta delincuencia. Tienen estos delincuentes caracteres distintivos o estigmas degenerativos que pueden ser de tres clases: anatómicos, biológicos y psicológicos y que ya los hemos anotado al reproducir la descripción que Lombroso hace del criminal nato. Una condición hereditaria suprime o atrofia en ellos el sentido moral. Generalmente sus facultades intelectuales no sufren alteraciones y pasan la medida media. Es bajo la presión del am-

(61) Principii di Diritto criminale. Pág. 260.

biente social que se desarrolla su enorme poder agresivo, el cual no es siempre feroz, brutal y violento.

El delincuente loco es el que delinque bajo un estado de enajenación mental. El delito del loco se caracteriza por sus formas marcadas y llamativas: delirio violento, ferocidad, multiplicidad de las agresiones.

La premeditación no existe en la mayoría de los casos; sólo contadas veces tienen cómplices, pero, en cambio, es frecuente en ellos las formas colectiva de delincuencia, llamada muchedumbre delincuente. La víctima pertenece o al medio social más íntimo del loco (familia, amistades, compañeros) o al más extraño (al primero que encuentra). Finalmente, la actitud después del atentado es de estupor o imbecilidad, indiferente, sin recuerdo. Se le ha criticado a Ferri por haber considerado delincuente a los locos. Pero este autor, partiendo del principio de la defensa social, considerando que todo individuo es responsable por solo hecho de vivir en sociedad, ya que para ésta es tan peligroso el acto que ejecuta un loco como el que ejecuta un individuo cualquiera, debía llegar necesariamente a considerar al loco como delincuente.

Grandes analogías unen al delincuente pasional con el delincuente loco.

Como él no tiene cómplices, ni premedita su delito, su víctima es casi siempre una persona íntima. También sufren un **arrebato instantáneo de su personalidad**. Esta nota de arrebato lo caracteriza, mejor aún que la misma pasión, ya que para que el delincuente pasional exista es menester que la pasión se manifieste de un modo agudo. Los verdaderos delincuentes pasionales son, por esto, escasos, ya que no todo el que delinque bajo el impulso de una pasión puede considerarse como un delincuente pasional.

Según Ferri, los criminalistas clásicos no llegaron a resolver el problema de las relaciones entre la pasión y el delito y su correspondiente responsabilidad, porque, en primer término, se atuvieron al criterio de considerar las pasiones según su intensidad y posteriormente, siguiendo a Carrara, las clasificaron en ciegas y razonadas. Ferri piensa que es preciso tener en cuenta que toda pasión puede, en los diversos individuos, según su carácter y temperamento, alcanzar el más alto grado de vehemencia o permanecer en un estado atenuado, y que las llamadas pasiones ciegas (honor, amor, etc.) así como las denominadas razonadas (afán de lucro, venganza, ambición, odio, etc.) no existen por sí solas, sino en relación al temperamento y carácter de cada individuo; a consecuencia de ello en algunos delincuentes la venganza llega a ser una pasión tan ciega como el honor o el amor en otros sujetos. Por este motivo, Ferri hace una clasificación, atendiendo a la diferenciación cualitativa de las pasiones. En efecto, las dividió en dos grupos: útiles y dañosas, favorables y contrarias a las condiciones de existencia social, y

llamó sociales y anti-sociales a las que desde un punto de vista ético serían pasiones morales e inmorales y desde un punto de vista jurídico, jurídicas y anti-jurídicas. El honor, el amor, el afecto familiar, el sentimiento patriótico, la ambición, etc. son sentimientos y pasiones útiles a la sociedad. “Sólo a consecuencia
“ de una aberración extraordinaria pueden estos sentimientos y
“ pasiones arrastrar al sujeto al delito, pero en estos casos la
“ justicia penal no puede menos que tener en cuenta la naturaleza
“ de la pasión impulsadora, porque demuestra un grado menor
“ de anti-socialidad y, por lo tanto, de peligrosidad en la perso-
“ na del delincuente. Cuando un sujeto delinque, incluso llegando
“ al homicidio, a causa de haber sido ofendido en su honra, por
“ contrariedades amorosas o por afecto paterno, la alarma
“ que en la sociedad se produce es mucho menor que cuando el
“ agente delinque por motivo de lucro, por odio o por vengan-
“ za; y ello, porque en los primeros casos todo el mundo piensa
“ que la agresión criminal ha sido provocada a causa de las re-
“ laciones especiales entre la víctima y el sujeto activo del delito,
“ mientras en los otros casos, todo ciudadano sin estar en rela-
“ ción ninguna con el delincuente se halla expuesto a la agre-
“ sión del homicida que comete el delito para robar, a la del
“ incendiario, a la del ladrón, a la del falsificador, a la del esta-
“ fador, a la del salteador de caminos, etc. (62)

Por lo tanto, es sólo delincuente pasional el que comete un delito impulsado por una pasión social. También un delincuente nato o un delincuente habitual pueden delinquir por honor ofendido o amor contrariado y, sin embargo, no por ello son delincuentes pasionales.

Nada anormal descubre la anatomía en estos delincuentes. Sólo cierta debilidad nerviosa y excesiva sensibilidad, parecen ser sus caracteres fisiológicos. Su fisonomía y su cuerpo darían más bien el tipo anti-criminal. La causa que los indujo al delito suele ser muy reciente. Cuando es lejana una agitación extraordinaria ocupa todo el tiempo que separa la causa del atentado. Pero en este intermedio nada se premedita, ni se escoje el arma, ni se busca la complicidad. El crimen sobreviene en pleno día, ante testigos, en lugares públicos. Generalmente es uno el golpe, pero otras veces su ensañamiento y multiplicidad recuerdan al criminal epiléptico. Pero esta analogía se borra inmediatamente al sobrevenir una reacción brusca, que pasando por diferentes matices, va desde el suicidio hasta la espontánea y leal confesión de hecho. Por último, el deseo de la pena, el arrepentimiento y la enmienda son otras de las características que presentan estos criminales.

Ferri distingue tres tipos de individuos pasionales.

“Hay que distinguir dos tipos psicológicos, el del delincuente pasional, según las observaciones de Severi, Bonanno y Renda, esto es, el del delincuente por emoción en el raptus vertiginoso de una emoción en estado agudo, y el del delincuente por pasión, en estado crónico de una pasión insistente, que precisamente porque es crónica no excluye la posibilidad de premeditación del delito, aún cuando su preparación es muy rara.

“Otra variedad del delincuente emotivo o pasional es el político-social, el que comete un delito esencialmente político o de índole económico-social o de un delito común (homicidio, hurto), pero no por motivo de utilidad o ventaja egoísta, sino más bien por aberración de los sentimientos nobles o en el tumulto de una insurrección”. (63)

Los delincuentes habituales no presentan los caracteres físicos de los criminales natos. Su inclinación al delito se debe a las influencias del medio que los rodea. Una vez que cometen un delito contraen el hábito crónico del delito y se convierten en profesionales.

Dice Vidal: “gran parte de la culpa de estos recae sobre la sociedad misma, una de las causas más importantes de la reincidencia es la llamada complicidad social. La prisión en común los ha corrompido, el alcoholismo los embruteció y la sociedad al rechazarlos cuando egresan de la prisión los ha condenado a la ociosidad, a la miseria, al vicio, no los ha ayudado a reabilitarse para que vuelvan a reintegrarse en el cuadro social”. (64)

La actividad criminal de los delincuentes ocasionales, se debe fundamentalmente a circunstancias exteriores, a condiciones de medio, a necesidades personales o familiares; pero indudablemente poseen una menor fuerza de repulsión al delito que la que tienen los hombres normales corrientemente. Cometan delitos de poca gravedad, vagancia, hurtos, etc. Son los delincuentes menos peligrosos, los más fáciles de corregirse y de rehabilitarse. Ferri dice que entre los delincuentes habituales y estos delincuentes ocasionales no se encuentra otro carácter distintivo que el de una menor precosidad que presentan los delincuentes ocasionales.

Y Bernaldo de Quirós dice: “Mientras en la clase de los delincuentes habituales es el mismo delincuente quien obra sobre el medio para producir la ocasión y repetirla, en la de los ocasionales, es la ocasión la que obra sobre el culpable intermitente y extraordinariamente para motivar el delito”. (65)

La escuela positiva desde su nacimiento había negado la

(63) *Principii di Diritto Criminale*. Pág. 273.

(64) *Cours de Droit criminel*. Pág. 56.

(65) *Las nuevas teorías de la criminalidad*. Págs. 35-36.

libertad y había precisado el mecanismo de la acción humana; pero con Ferri, debido al mayor desenvolvimiento que alcanzó el concepto de sociología criminal, se precisaron también más estos conceptos y estudiando los hechos en relación a todo el Universo, debía llegar forzosamente al determinismo absoluto.

Ferri critica el concepto amplio del libre arbitrio de la escuela clásica. Los clásicos tienen en cuenta ciertos factores que influyen sobre el individuo y que determinan una ausencia total o parcial de la libertad; ahora, dice, ¿por qué no tener en cuenta también las circunstancias externas o físicas?

Con el determinismo absoluto, dice Ferri, no desaparece sino que se precisa mejor el concepto de responsabilidad. Al no existir la libertad humana, no existe tampoco la responsabilidad moral; queda, eso sí, la imputabilidad física, que basta para producir la responsabilidad penal o punibilidad del delincuente. Condición suficiente para la pena es la imputabilidad; se hace abstracción de todo criterio de libertad o voluntariedad.

Ferri niega toda distinción entre acción de la cual se es irresponsable y acción de la cual se es responsable, entre acción libre o necesitada y acción voluntaria o involuntaria. Esto es, no hay límite entre normalidad de la cual se es responsable, y anormalidad de la cual se es irresponsable; entre desgraciados y delincuentes. Todos caen bajo el dominio del derecho penal; sólo el modo de reacción varía, como veremos a continuación. El fundamento de la responsabilidad penal es la responsabilidad social, según la cual todo hombre es penalmente responsable de sus actos delictuosos por el hecho de vivir en sociedad.

Ferri, y con él toda la escuela positiva, consideran necesario cambiar el sistema penal existente y su aplicación, introduciendo en la legislación nuevos medios represivos y modificando la aplicación de las penas, que se deben imponer de acuerdo con la categoría de los delincuentes.

Pero no bastan los medios represivos; es necesario aplicar otros medios destinados a evitar posibles delitos futuros, haciendo innecesarias a la larga las penas. Es menester completar los medios de lucha contra la criminalidad con instituciones preventivas que tengan por fin evitar las ocasiones y las tentaciones y que Ferri llamó "Sustitutivos penales".

Los sustitutivos penales son aquellos remedios que usados a tiempo eliminan la razón de la pena, eliminando las razones mismas del delito. La teoría de los sustitutivos penales es el mayor mérito de la escuela positiva y de Ferri en particular. La pena es reducida a uno de los tantos medios para combatir el delito; ya no se aplica de acuerdo con el daño causado por él, sino que se la hace variar con el delincuente, dando de este modo nacimiento a la idea de la individualización de la pena. El sistema represivo de la escuela positiva comprende medidas reparatorias, represivas y eliminatorias.

Las medidas reparatorias son las que tienen por objeto hacer cesar los efectos del hecho anti-jurídico y reparar los perjuicios que éste ha causado.

Las medidas represivas causan al individuo que se les aplican un daño físico, moral o pecuniario. Están constituidas por las penas que contempla la escuela clásica; pero, según la teoría positiva, para que surtan efecto debe dárseles el carácter de indeterminadas. Ferri conservó la prisión, las colonias penales, la suspensión del ejercicio de cargos y profesiones liberales.

Las medidas eliminatorias tienen por objeto hacer imposible la reincidencia. En cuanto a estas medidas, no todos los autores de la escuela positiva tienen una misma opinión. Garofalo admite la pena de muerte; pero los otros autores no son partidarios de ella y piden sólo la eliminación del individuo inadaptable a la vida social por medio de su internación en un reformatorio o relegándolo a una colonia agrícola.

Estas medidas se aplican a los delincuentes según sea la categoría a que pertenece, del modo que indicaremos a continuación.

A los delincuentes locos se les interna en manicomios o asilos especiales para locos criminales.

A los criminales natos incorregibles se les aplican las medidas eliminatorias; esto es, la pena de muerte (Garofalo), la deportación perpetua o la internación por un tiempo indeterminado (Ferri), pero no ya en una prisión celular, que el autor llama una de las aberraciones del siglo pasado, sino en una colonia agrícola o minera. O sea, se envía a estos delincuentes a colonias penales, situadas generalmente en terrenos aún no cultivados, para que los trabajen.

A los delincuentes habituales, considerándoseles incapaces de enmienda, se les trata como aquellos que por su ingénita degeneración no son enmendables, pero con la diferencia que estas penas eliminatorias, que al criminal nato se les aplican generalmente al cometer el primer delito grave, a los delincuentes habituales se les aplican sólo después de un cierto número de reincidencias.

Tratándose de delincuentes ocasionales, el legislador debe impedir que ellos se conviertan en criminales habituales y para alcanzar este fin debe estudiar prolijamente el sistema penitenciario aplicable. Los medios que deben emplearse son diversos, según se trate de niños o adultos. Para los niños se recomienda enviarlos a casa de familias honestas o internarlos por un tiempo indeterminado en colonias agrícolas. Se recomienda, además el aislamiento nocturno y el trabajo al aire libre durante el día. Para los adultos, habiéndose suprimido las penas cortas de prisión, se les obliga a reparar el daño causado a la víctima, pero si esta pena pareciera insuficiente, se les aleja por un tiempo del lugar donde cometieron el delito. Si se trata de delitos graves, se les interna por un tiempo indeterminado en una colonia agrícola, bajo disciplinas menos severas que aquella a la cual están sometidos los crimina-

les habituales y natos, y con la posibilidad de obtener a breve plazo la libertad condicional.

En cuanto a los delincuentes pasionales, ninguna pena les es aplicable. El remordimiento probado por el criminal hace innecesaria toda pena, a no ser que su estado patológico requiera el internamiento en un manicomio. Tiene solamente la obligación de reparar el daño causado a la víctima. Ahora, si se trata de individuos que tienen los caracteres psicológicos y fisiológicos del verdadero criminal, puede ser también ordenado el alejamiento del lugar del crimen y del lugar donde residan la víctima o sus parientes.

Junto a estas medidas represivas, es tarea del legislador y del jurista concentrar todos sus esfuerzos y cuidados sobre la prevención de la acción criminal, y para ello deben estudiar el origen y la génesis del delito.

Ferri propone para este efecto los "sustitutivos penales", que son medidas de diversos órdenes: económico, político, científico, religioso, familiar, educativo. Constituyen un conjunto de correctivos contra los factores físicos, individuales y sociales del delito.

Son normas de índole económica, la libertad de comercio, que evita el alza anormal de los precios de las especies alimenticias, con lo cual previenen muchas agitaciones criminales; la abolición de los monopolios, que no sólo evitan el contrabando, sino también otras clases de delitos; la libertad de emigración; la abolición de ciertos impuestos que son una causa constante de agitación un buen sistema tributario para evitar fraudes e irregularidades; la sustitución del oro y la plata a los billetes de banco; la construcción de casas baratas para obreros para evitar promiscuidades que son causas muchas veces de delitos sexuales; las instituciones de previsión y auxilio para inválidos; las cajas de ahorros y las cooperativas de consumo que, mejorando la situación de los pobres, hacen disminuir los delitos contra la propiedad; las instituciones de crédito popular, como un antídoto contra la usura; la apertura de refugios nocturnos para vagabundos que evita atentados contra las personas, las buenas costumbres y la propiedad; la construcción de calles anchas en las ciudades y el mejoramiento del alumbrado nocturno, que dificultan los robos y otros atentados; el desarrollo de las vías de comunicación; los trabajos públicos en tiempos de miseria; el desarrollo de las vías de comunicación; la limitación de la producción del alcohol, los fuertes impuestos al mismo; la limitación racional de las horas de trabajo; el salario suficiente a los empleados; y, en general, una buena legislación social.

Son normas de índole política la absoluta libertad de imprenta, como necesaria para garantizar la defensa de los individuos, si bien, por otra parte, contribuye a la comisión de otros delitos; la existencia de gobiernos respetuosos de las libertades; la buena concepción de las leyes electorales que con la cooperación de au-

toridades honestas pueden prevenir los delitos que se cometen en las elecciones y que son factor de intranquilidad social.

Son normas de índole científica el uso de los elementos modernos de investigación de los delitos y pesquisa de los delincuentes, la prensa, la fotografía de los presos, el telégrafo, los ferrocarriles; el uso de los sistemas y aparatos de alarma, cerraduras, controles, etc., que evitan un gran número de robos.

Son normas de orden civil, comercial y administrativo, la existencia de buenas leyes civiles sobre sucesión, matrimonio, reconocimiento de hijos naturales, investigación de la paternidad, obligación de resarcimiento por promesa de matrimonio; la dictación de legislaciones simples que estén al alcance de toda clase de personas; la dictación de buenas leyes mercantiles sobre la responsabilidad de los administradores de una sociedad, sobre el procedimiento de las quiebras, sobre las rehabilitaciones, para hacer así menos frecuentes las quiebras; el establecimiento de jurados de honor contra el duelo; las instituciones de sujeción a la vigilancia de la autoridad y determinación de domicilio la buena organización de las notarías, de los registros públicos, que evitan la falsificación de documentos.

Son normas de orden religioso la abolición de las peregrinaciones y romerías; la supresión de conventos; la abolición de muchas fiestas; el matrimonio de los eclesiásticos.

Son normas de índole familiar la enseñanza de las leyes de Malthus, que harían disminuir los abortos e infanticidios; el divorcio, excelente antídoto contra el concubinato, el adulterio, la bigamia, el uxoricidio; la precedencia del matrimonio civil al religioso la prohibición del matrimonio en ciertos casos.

Son normas de orden educativo la institución de ejercicios higiénicos; los baños públicos; los teatros, pero prohibiendo los espectáculos crueles; la prohibición de las publicaciones contrarias a las buenas costumbres; los asilos para niños abandonados; el desarrollo de la instrucción; la prohibición de las publicaciones de procesos célebres. (66).

14.— El nombre de Garofalo está ligado a la teoría del criterio positivo de la penalidad, que fué insinuado en su primer escrito "Studi recenti di penalità" (Giornale Napoletano, 1878); fué después precisado en "Studio di un criterio positivo di penalità" (Napoli 1880); y, finalmente, tratado ampliamente en su "Criminología".

Es el primer partidario de la escuela positiva que trata de dar envoltura jurídica a las nuevas teorías criminológicas.

Uno de los primeros conceptos que Garofalo trata de determinar es aquel del delito natural, como hecho psicológico inconfundible con cualquier otro.

Garofalo, que deseaba sistematizar las nuevas teorías, debía

definir el delito, aunque el centro de las investigaciones se cambiaba del delito al delincuente, la necesidad de una noción de delito, en función del cual es sólo posible hablar de delincuente era indispensable. En otras palabras, Garofalo, y los positivistas en general, al afirmar la existencia de individuos condenados casi fatalmente a delinquir, debían admitir y establecer un concepto natural y constante del delito. Trata Garofalo de determinar los elementos característicos del delito natural, diferenciándolo del delito legal, para llegar al concepto constante del primero, en oposición al segundo que es variable. Hace un examen minucioso de diversos conceptos, especialmente del bien y del mal, y ve que son relativos según los tiempos y lugares. En vista de que con el análisis de los hechos no podía llegar a dar un concepto de delito natural, abandona el examen de ellos para emprender el análisis de los sentimientos humanos. Los reduce a dos sentimientos fundamentales, de piedad y probidad.

De la violación de estos sentimientos generalísimos hace brotar la noción de delito natural, que consiste en aquel hecho que ofende los sentimientos de piedad y probidad, sentimientos comunes a toda la sociedad humana.

“Delito natural o social es una lesión de aquella parte del sentimiento moral, que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales (piedad y probidad), según la medida media en que éstos se encuentran en las razas humanas superiores, medida necesaria para la adaptación del delincuente”. (67).

Esta teoría natural es la base de todas las ideas de Garofalo. De ella deriva la nueva clasificación de los delincuentes y la determinación de los nuevos medios de represión del delito.

De acuerdo con ella, los delincuentes se clasifican, ante todo, en dos categorías: la de los asesinos (delincuentes impíos) y la de los ladrones (delincuentes improbos). El autor ha añadido otros dos términos: el de los cínicos (para los reos sexuales) y el de los violentos.

La causa de la delincuencia la atribuye Garofalo a una anomalía no patológica del sentido moral, comparable a una degeneración ética por efecto de una selección al revés, que hizo perder al hombre sus mejores cualidades adquiridas lentamente por una evolución que duró muchos siglos. Frente a estas dos categorías principales de delincuentes, estableció dos categorías principales de delitos y dos categorías de penas.

Dos categorías de delito una más grave, y la otra menos grave, el homicidio y el robo. El homicidio ofende al sentimiento de piedad y el robo es una ofensa al sentimiento de probidad.

Dos categorías de penas, eliminación absoluta y eliminación parcial y condicionada. (68).

(67) Criminología. Pág. 30.

(68) Obra citada. Pág. 421.

La doctrina de la represión ocupa la mayor parte del libro. La ley de la selección es la base del sistema represivo y se efectúa mediante la eliminación. La sociedad debe de efectuar artificialmente una selección análoga a la que de manera espontánea se realiza en el orden biológico. Se llega a ella matando a los reos inadaptables al medio social o expulsando del territorio, de un grupo profesional o funcional, a aquellos cuyos defectos de piedad sean menos sensibles. Como máxima ofensa al sentimiento de piedad es puesto el homicidio, que merece también el máximo de la pena, esto es, la pena de muerte.

Dice que hay delitos, como el homicidio, que revelan al individuo inadaptable a la vida social y de una crueldad innata tal; que sólo pueden ser cometidos por quien posea una profunda anomalía psíquica. Defendiéndose de las múltiples objeciones que trajeron consigo estos principios, trata de demostrar su tesis basándose en la reincidencia y haciendo notar que los individuos que cometen los delitos que él castiga con la pena de muerte, puestos en libertad, ejecutan los mismos delitos u otros análogos.

Siendo el derecho penal una función social que tiene por fin eliminar los elementos antisociales, la represión o reacción debe excluir de la vida social a aquel miembro cuya adaptación a las condiciones del ambiente no ha sido posible. Y no mostrándose partidario de la pena perpetua, por los gastos innecesarios que se causa a la colectividad, adopta la pena de muerte.

Tratándose de individuos no delincuentes en el verdadero sentido de la palabra, sino de dementes, basta su eliminación en un asilo de alienados, en un manicomio.

Pero junto a este procedimiento de eliminación, con sus dos formas absoluta y relativa, propone otro, la reparación del daño. Este procedimiento lo señala para los reos de delitos menos graves que no revelan en quien los comete anomalías del sentimiento moral.

En su Criminología y en su estudio especial llamado "*Riparazione alle Vittime dei delitti*" (Turín 1887), expone un sistema que consiste en emplear lo que él llama "constreñimiento riguroso a la reparación del daño", como único medio represivo de ciertos delitos leves cometidos por delincuentes que, por su conducta y condiciones, no puede temerse una reincidencia.

Para ellos bastaría una multa doble, la una en beneficio del Estado como reparación de la perturbación causada y como resarcimiento de gastos, y la otra en beneficio de la parte perjudicada por el delito.

Para hacer efectivas estas reparaciones, Garofalo da reglas según se trate de personas solventes, insolventes o de personas que no tengan ningún medio para hacer ahorros.

Con respecto a los primeros, aconseja emplear una extrema severidad. La parte perjudicada debería tener hipoteca sobre los bienes inmuebles y un crédito privilegiado sobre los demás bienes, y esto no desde que se dicte sentencia, sino que desde que empie-

za el juicio para evitar que el individuo haga desaparecer sus bienes. En caso de renuncia de la parte ofendida se debe obligar al delincuente a que entregue la cantidad que a aquella corresponda a una caja de multas que tenga por objeto hacer anticipos a las personas indigentes que hayan sufrido algún daño a consecuencia de un delito.

Con respecto a los segundos, se les debería obligar a entregar, en beneficio del estado y de la parte ofendida, o en caso de renuncia de ésta última, en beneficio de una caja de multas, la parte de sus ganancias que exceda de lo que es absolutamente indispensable para las primeras necesidades de la vida, es decir, el alojamiento y la alimentación, calculados en la medida de lo estrictamente necesario para no morir de hambre. Cuando se trata de obreros de fábricas, la dirección de éstas debería retener al obrero condenado la parte excedente de lo estrictamente necesario.

Por último, los que no tienen medio alguno para hacer ahorros, deben ser incluidos en una compañía de obreros que trabajen por cuenta del Estado, por un salario nominal muy inferior al de los hombres libres. No se les entregaría más que lo que se juzgue necesario para subvenir a sus necesidades y a las de su familia y el resto se entregaría a la caja de multas, la que indemnizaría a la parte dañada.

Además de la teoría del delito natural y de la reglamentación del resarcimiento de los daños causados por el delito, es mérito de Garofalo haber enunciado la teoría de la temibilita.

La sanción penal, independiente de toda preocupación de libertad y de responsabilidad moral, debe graduarse de acuerdo con lo que Garofalo llama "temibilitá" del delincuente, expresión reemplazada después por la de peligrosidad o estado peligroso del delincuente.

"Temibilitá es la perversidad constante y activa del delincuente y cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente". (69).

La temibilidad debe determinarse por la posibilidad de adaptación al medio social. Es entonces el peligro que presenta el individuo para la sociedad. Ella depende de la clase de delincuente a la cual pertenece el individuo y sirve para fijar la naturaleza de los medios que deben emplearse.

Pero junto a este elemento, indicado por Garofalo, juega un rol importante en la apreciación del grado de responsabilidad del delincuente, otro elemento subjetivo, la calidad más o menos antisocial de los motivos que han inducido al delincuente a cometer el delito. La criminalidad del acto varía con el grado de antisocialidad de los motivos y la pena debe variar también; el mismo acto, homicidio, por ejemplo, cambia de naturaleza con los motivos

(69) Criminología. Pág. 405.

que lo han inspirado, odio, venganza (motivos esencialmente antisociales), defensa del honor perdido (motivos menos antisociales), legítima defensa o estado de necesidad (motivos legítimos o sociales). Este elemento subjetivo fué desarrollado por Ferri (70).

El punto más importante del problema penal actual es el establecer las condiciones mínimas necesarias desde el punto de vista subjetivo para que el hombre sea penalmente imputable. A la doctrina positiva sólo le interesa la defensa social. Siendo así, se declara imputable cualquier autor de delito. Pero para llegar a ser responsables, en el sentido de poder ser sometidos a los medios defensivos penales, es necesario establecer la calidad más o menos antisocial del agente, o sea, su peligrosidad.

Responsable es, entonces, cualquier autor de delito que se manifieste socialmente peligroso, cualquiera que sea la razón. Por eso la escuela positiva distingue ahora la peligrosidad de la temibilidad. La peligrosidad es una característica personal individual, y la temibilidad es la repercusión de tal estado del individuo en la sociedad.

La responsabilidad debe orientarse por el grado de peligrosidad del agente. Su no imputabilidad debe coincidir sólo con la completa falta de peligrosidad. La sanción criminal que se aplica, debe ser proporcionada a la peligrosidad del delincuente sin variar, como la hemos visto, según sea la categoría de los delincuentes.

(70) Sociología criminal. Pág. 688 y siguientes.



CAPITULO III

TERZA SCUOLA

15.— Aparición. Fundamentos y representantes. 16.— Fundamento de la imputabilidad. 17.— Factores del delito. Abandono del tipo antropológico. 18.— La pena y las medidas de seguridad.

15.— El conflicto entre la escuela clásica y la escuela positiva cesó, en parte, con el nacimiento de las escuelas eclécticas.

En el período de 1889-1891, hace su aparición en el campo del derecho penal italiano la llamada Terza Scuola, o, como la llamaron Alimena y Carnevale del "Positivismo Crítico".

Sus fundadores y jefes son los penalistas ya nombrados. Sin embargo, no ha sido posible llegar a un acuerdo unánime cuando se trata de precisar que otros autores pertenecen a esta escuela. Penalistas que son considerados como clásicos por algunos, son contados por otros como partidarios de esta escuela.

Fué Carnevale quien inició este movimiento ecléctico con su artículo "Una tercera escuela de derecho penal en Italia" (publicado en la Revista Carceraria de Julio de 1891). A él se unió Alimena con las obras "Naturalismo Crítico y Derecho Penal", (Roma 1892), "La escuela crítica del derecho penal" (Nápoles 1894) y "El estudio del Derecho Penal en las condiciones del saber presente" (1900).

Como dijimos, es una escuela ecléctica que tiene puntos de contacto con ambas escuelas. Todas las deducciones arbitrarias de los positivistas fueron sometidas a críticas y se ha dado lugar a algunas exigencias primordiales de los clásicos.

Dice Alimena: "Nuestra escuela se aleja, en primer lugar, de la escuela clásica que parte de la metafísica idealista, y de la escuela antropológica, que tiende a la metafísica materialista, porque nosotros nos enlazamos al tronco filosófico del positivismo crítico; y en segundo lugar se aleja de la escuela clásica, porque, conformándonos con el método de todas las ciencias, queremos seguir el método positivo, porque reconocemos la necesidad de una verdadera historia natural del delito y del delincuente y porque queremos dar al derecho penal una base bien diversa de todo esquema místico y trascendental; y se aleja de la escuela antropológica porque cree que el delito, por obra de variaciones individuales, puede nacer fuera de la morbosidad,

“ porque rechaza los tipos criminales, porque cree que el delito
“ es un fenómeno preponderantemente social y porque reputa ur-
“ gente la separación del derecho penal de la sociología crimi-
“ nal”. (71).

Eugenio Florian cree “que esta escuela carece de caracterís-
“ ticas propias sobresalientes para hacer de ella una es-
“ cuela y que si bien en sus orígenes pudo responder a una ne-
“ cesidad, hoy no tiene razón de ser, dada la índole jurídica de la
“ escuela positiva y también dadas las distinciones y diferencia-
“ ciones que se han operado en la escuela clásica”. (72).

Por lo demás, agrega que uno de sus fundadores, Carneva-
le, afirmaba que la escuela había nacido por una necesidad de
distinción, aún cuando esta necesidad fuera transitoria.

16.— La Terza Scuola no acepta que el libre albedrío sirva
de base a la imputabilidad.

“En verdad, el libre arbitrio no encuentra ninguna mejor si-
“ tuación en el campo de la psicología, de tal suerte que ofrece,
“ aunque no sea otra cosa, por lo menos la duda, de que no se
“ funde sobre él una función cotidiana tan práctica, una función
“ tan necesaria como es la función de la pena. No sólo, aunque
“ se admita la existencia del libre arbitrio, libre y cierto — y sus
“ mismos fautores lo reconocen—él es limitado, estrechado,
“ movido, compelido y engañado por tantas y tantas causas in-
“ ternas y externas que lo modifican y le limitan de tal modo,
“ que aunque se admitiera su certeza teórica, prácticamente es-
“ taría como una mosca prisionera en la tela de araña de la cau-
“ salidad.

“Ni basta para que sea admitida tal hipótesis cualquier cau-
“ sa que, influyendo sobre el ánimo y disminuyendo el arbitrio ven-
“ ga a ser una causa excusante. De aquí surge una contradicción
“ grayísima que se enuncia así: de una parte no existía tal imputa-
“ bilidad completa y perfecta, sino cuando faltare cualquier cau-
“ sa que venga a turbar nuestra conciencia; mientras que de otra,
“ y esto es obvio, no existe allí una sola acción humana que no
“ dependa de múltiples causas eficientes y que no esté ligada a
“ innumerables condiciones perturbadoras.

“Así, admitido el libre arbitrio para la imputabilidad que de-
“ riva del delito (a parte de las causas morbosas), sería necesá-
“ rio sustraer todo aquello que en nosotros es la obra de nues-
“ tros abuelos, de nuestros progenitores, de nuestra educación,
“ de nuestros amigos, de las personas con las que convivimos, y
“ después de las condiciones sociales, del clima, de la raza. De
“ aquí que para tener la imputabilidad normal, lo repito, debería-
“ mos encontrar un hombre puesto fuera de todas estas condicio-

(71) Notas filosóficas de un criminalista. Pág. 23.

(72) Trattato di diritto penale. Tomo I. Pág. 42.

“ nes que representan toda la vida; deberíamos encontrar una vo-
“ lición no determinada por causas eficientes, lo que es un ab-
“ surdo teórico, o tales causas eficientes deberían volver a ser
“ las mismas que las causas discriminantes o excusantes lo que es
“ un absurdo práctico, porque no pudiendo nacer todo delito sin
“ una causa, habría siempre una excusa”. (73).

La imputabilidad, rehusado el fundamento (por lo menos discutible y dudoso) del libre arbitrio, se basa sobre una concepción de determinismo psicológico. En otras palabras, surge sobre el fundamento cierto de la voluntad y de los motivos que la determinan.

La imputabilidad es definida como “la actitud para sentir la
“ coacción psicológica, despertando al mismo tiempo en la con-
“ ciencia colectiva el sentimiento de la sanción”. (74).

De aquí que cuando nos encontramos frente a individuos que no sean capaces de sentir la coacción psicológica ni de despertar en la conciencia colectiva el sentimiento de la sanción, nos encontramos frente a individuos inimputables, a los que no se les aplican penas, que quedan fuera del derecho penal. Sin embargo, esta escuela da al juez la facultad de ocuparse de estos individuos aplicándoles otros procedimientos (medidas de seguridad).

Mantiene entonces, la distinción entre imputables y no imputables.

“Para nosotros — dice Almena — la clasificación de los
“ hombres nocivos es muy sencilla y breve, hombres imputables
“ de los que la sociedad se defiende mediante la pena e inimputa-
“ bles de los que la sociedad se defiende con medidas de seguri-
“ dad”. (75).

17.— El delito está constituido por factores biológicos, sociales y cósmicos; y mientras antes era sobre todo un fenómeno biológico y cósmico, para ellos es sobre todo un fenómeno social. Pero el delito es debido también a un elemento que se encuentra en la índole particular de cada uno y que es uno de los efectos de las variaciones individuales. Y así como todo hombre es física y psicológicamente distinto de cualquier otro hombre (sin tomar en cuenta el enfermo) y sus funciones físicas y psíquicas están sujetas a las más grandes variaciones, así también el sentido moral debe variar y (aparte de los enfermos) hay hombres delincuentes y honestos. Pero esto no excluye que haya hombres llevados al mal por enfermedad. También reconocen que entre los delincuentes son muy abundantes los degenerados; pero los delincuentes degenerados no se distinguen físicamente de los otros (abandono total del tipo antropológico). Si se logra distinguir un delincuente de un hombre honesto, es debido a caracteres mímicos y fisonómicos

(73) Notas filosóficas de un criminalista. Pág. 7.

(74) Idem. Pág. 49.

(75) Obra citada. Pág. 50.

producidos por la repetición de ciertas emociones especiales, a caracteres profesionales formados en el oficio delictuoso y a caracteres de semejanzas, formados por la vida de la prisión. En resumen, rechaza la igualación del delincuente y del alienado y no hay tampoco para la escuela el tipo del delincuente nato.

18.— La pena es un medio de defensa social que actúa mediante la coacción psicológica y es sentida por los asociados como sanción. Pero mira también a la intimidación, a la expiación, a la reparación, a la enmienda de los culpables. Para conseguir estos fines, es necesario que la pena sea individualizada, esto es, adaptada a las exigencias que resultan de las condiciones personales y sociales del delincuente.

Admite la existencia de seres anormales, que sin ser dementes, tienen necesidad de un tratamiento especial que los ponga en condiciones de no poder dañar los legítimos intereses individuales y sociales. De aquí se desprende, que para ellos existen dos clases de sanciones criminales: la pena para los delincuentes imputables y las medidas de seguridad para los delincuentes no imputables peligrosos.



CAPITULO IV.

ESCUELA DEL TECNICISMO JURIDICO O CONCEPCION TECNICO - JURIDICA

19.— Nacimiento. 20.— Sus fines. 21.— La dogmática jurídica. 22.— El método jurídico. La lógica jurídica.

19.— Entre las escuelas eclécticas debemos citar especialmente el tecnicismo jurídico, doctrina que surgió en los primeros años del siglo XX. Esta corriente, llamada también neo-clásica, fué seguida primero por los tratadistas de derecho privado, posteriormente por los tratadistas de derecho público interno o administrativo y por los tratadistas de derecho procesal civil, y, finalmente, adoptada por los tratadistas de derecho penal.

Se afirma ampliamente con el discurso pronunciado por Arturo Rocco el 15 de Enero de 1910, al iniciar el curso de derecho penal y de procedimiento penal en la Universidad de Sassari (Cerdeña). Sin duda este autor es, entre los neo-clásicos, el de mayor fuerza y autoridad y el que revela tendencias innegables de pensamientos realistas.

La doctrina neoclásica se encuentra expuesta especialmente en su grueso volumen, publicado en 1913, bajo el título de "L'oggetto del reato e della tutela giurídica penale".

Según Florian, sería una fase progresiva de la escuela clásica, y Ferri afirma que tiene grandes relaciones con la corriente crítico-forense de esa escuela, pero que sobre todo presenta grandes analogías, o, mejor dicho, considera que es una derivación o imitación de la escuela Político criminal alemana que tiene como jefe y fundador a Franz Von Liszt.

20.— Punto de partida de los tecnicistas fué la justa constatación de la crisis por la cual atraviesa el derecho penal.

Era necesario, según ellos, tomar el punto de partida de la escuela clásica y de la escuela positiva, para criticarlas y reabsorberlas en un sistema científico más firme que las substrajese de los errores de sus respectivos fundamentos. Pero parece que más que a reabsorberlas, han tratado de negarlas y de poner en relieve sus errores y sus contradicciones. La preocupación de los partidarios de la nueva doctrina es difundir el estudio del derecho penal vigente. En otras palabras, afirman que el único objeto de estudio para el criminalista debe constituirlo la ley penal vigente de cada

país por ser ésta la “sola realidad positiva” (empleando la expresión de Rocco) para el jurista Este estudio debe confiarse a la lógica abstracta llamada por ellos “lógica jurídica”.

De aquí que critiquen a los clásicos y a los positivistas por haber introducido el derecho natural en el campo del derecho penal, por haber dado mucha importancia a la filosofía, a la metafísica, a la antropología, a la sociología.

La acusación fundamental que se hace a la escuela clásica, ha sido aquella del derecho natural.

Rocco tiene duras palabras contra ella, por haber pretendido estudiar un derecho penal fuera del derecho positivo, un derecho penal fuera de aquel consagrado en las leyes positivas del Estado, un derecho penal de carácter absolutamente inmutable, universal, cuyo origen fué hallado en la divinidad, en las leyes de la naturaleza o en las leyes del pensamiento y de las ideas (Pessina).

No diferentes a las de Rocco son las críticas de Manzini. “Y el buscar los fundamentos y la noción de derecho en creídas revelaciones divinas, en verdades absolutas humanamente imposibles, en un fantástico derecho natural o en otra cosa de parecido, hoy no es ya permitido a una disciplina eminentemente social positiva y de buen sentido, cual es la nuestra”. (76).

Eduardo Massari inicia su volumen “Las doctrinas generales de derecho penal”, diciendo: “La ciencia del derecho penal tiene por objeto el estudio sistemático del derecho penal vigente, o sea, el derecho positivo. No existe otro derecho penal, fuera de aquel contemplado en las leyes del Estado”. (77)

En la crítica que hacen a la escuela clásica, niegan todo esfuerzo especulativo que mire a la comprensión de los principios esenciales del derecho penal y llegan, como hace Manzini, a proferir frases groseras contra toda indagación de carácter filosófico.

Este autor atribuye a la filosofía la razón de los progresos relativamente escasos alcanzados por la ciencia del derecho penal, frente a otras disciplinas del derecho público y especialmente de aquellas de derecho privado. Dice: “La humanidad afortunadamente tiene bastante que hacer para perder el tiempo en la fantasía filosófica. Sólo pocos doctos con temperamento místico y obedientes a la tradición se afanan de verdad para comprender y meditar las innumerables y antagónicas verdades de la filosofía, hasta ahora escogidas para justificación metafísica del derecho penal, y pierden el seso para crear otras, para arrojar un nuevo puñado de arena en el árido y movable banco de arena de las teorías filosóficas penales”. (78).

(76) Trattato di Diritto penale. Tomo I. Pág. 5.

(77) Las doctrinas generales del derecho penal. Pág. 4.

(78) Obra citada. Pág. 7.

Spirito, criticándolos, dice: “Apurados por librarse de un bulto para ellos muy fastidioso, falsean el significado de la misma crítica y poniendo juntos equivocadamente los adjetivos natural, racional, ideal, proclaman con fe tan absoluta como ciega que un derecho en tal sentido no se puede admitir y no existe. Pero si ellos, lejos de sentenciar dogmáticamente, se hubiesen preguntado seriamente la razón que hace ya inadmisibile el derecho natural, habrían comprendido que el derecho no puede ser natural, sólo porque no tiene otra realidad que aquella verdaderamente racional o ideal”. (79-.

No menos dogmática que la crítica de la escuela clásica, es la que hacen de la escuela positiva. Si la culpa de los clásicos consiste en introducir en el derecho positivo el inexistente derecho natural, racional o ideal y, por consiguiente, en llenar las ciencias jurídicas con vacías abstracciones y vagas teorías metafísicas, la culpa de los positivistas se quiere ver en la ilícita introducción en el campo de la ciencia del derecho penal de disciplinas extrañas, a lo más auxiliares, como la antropología, la sociología, la política. No porque tales disciplinas sean erradas en sus fundamentos o conduzcan a resultados inatendibles, sino sólo en cuanto no son de derecho y desvían las investigaciones hacia la antropología y sociología.

Rocco dice: “La escuela positiva se proponía purgar el viejo organismo científico del derecho penal de las incrustaciones metafísicas que lo cubrían, pero en su manía destructiva ha destruído aún lo que no debía destruir y ha olvidado el fin principal que lo movía: la renovación de la ciencia penal mediante la adopción del método de la filosofía experimental y positiva sobre la base de los datos ofrecidos por la antropología y la sociología, para detenerse exclusivamente sobre los medios, esto es, en el estudio de la antropología y de la sociología. Y la consecuencia es que si bien ha tenido innegables méritos, ha acumulado alrededor de sí un montón de ruinas jurídicas sin haber hecho nada para sacar de ellas, no digo el nuevo edificio legislativo, sino al menos científico del derecho penal, que había predicado de querer construir. Así, demoliendo sin edificar, ha terminado con limitarse a la tarea que es relativamente la más fácil, la tarea crítica negativa y ha llegado en un último análisis a un derecho objetivo”. (80).

Sin duda alguna es gran mérito de los tecnicistas el haber insistido en la necesidad y en la obligación que tiene el criminalista de conocer técnicamente las leyes penales vigentes, pero debemos también reconocer que de este modo se reduce toda la ciencia penal al conocimiento más o menos sistemático de las leyes vigentes.

(79) Storia del Diritto penale. Pág. 213.

(80) Oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Pág. 100.

“Ello será cómodo, dice Ferri, para los menos, al objeto de eximirse del estudio y de la utilización de los datos científicos sobre el delito y el delincuente, diversos de los silogismos jurídicos, pero constituye, por otra parte, un abandono de las tradiciones gloriosas de la misma escuela clásica italiana y una deserción del deber del criminalista de indicar al legislador el camino que debe seguir para mejorar—según la observación metódica y de experiencia de los hechos—los ordenamientos y medidas propias de la justicia penal”. (81).

21.—Según los neo-clásicos, la ciencia penal debe limitarse a estudiar el delito y la pena bajo un aspecto puramente jurídico y debe elaborar técnicamente los principios de derecho criminal.

Pero reconocen en la técnica jurídica tres momentos: la exégesis, la dogmática y la crítica. Sin embargo, la crítica de las leyes vigentes es por ellos muy poco usada, es casi olvidada, del mismo modo que olvidan por completo los datos que le pueden proporcionar las ciencias auxiliares.

Mayor importancia que a la crítica es dada a la exégesis, o sea, a la interpretación de las leyes, estudio al que se han dedicado siempre los comentaristas de los códigos ayudados por las sentencias de los tribunales.

Todo el esfuerzo de los tecnicistas se dirige a la dogmática, o sea, a la construcción sistemática de las instituciones de derecho penal.

Según Crispigni la dogmática “es la disciplina que estudia el contenido de aquellas disposiciones que en el ordenamiento jurídico constituyen el derecho penal”. (82).

Rocco afirma que “el criterio primero y más general que puede suministrarse para un estudio técnico del derecho penal positivo (que quiere ser útil a la ciencia y a la vida—consiste en seguir la vía segura y firme recorrida primero por los cultivadores del derecho privado y después magistralmente seguida por los del derecho administrativo y procesal (vía por la que parece también encaminarse hoy con paso seguro el derecho constitucional y el derecho internacional) apropiándose a un tiempo de los procedimientos propios de aquellas ciencias que como el derecho privado, constituyen ejemplos evidentes de perfeccionada técnica del derecho”. (83).

Es precisamente en esto donde está el error fundamental de esta dirección. El derecho penal es esencialmente variable, está en continuo movimiento, influenciado por las condiciones económicas, sociales y políticas. La dogmática puede ser utilizada de este modo tan riguroso en otras ramas del derecho, especialmente en aquellas que forman parte del derecho privado, donde hay una

(81) Principios de derecho criminal. Pág. 64.

(82) Corso di diritto penale secondo il nuovo codice. Pág. 5.

(83) El problema y el método en la ciencia del derecho penal. Pág. 26.

gran cantidad de principios generales, donde el objeto está sólo formado por vínculos jurídicos.

El derecho privado y algunas ramas del derecho público estudian y regulan las relaciones jurídicas con independencia de las personas que las realizan y suponen siempre formas diversas de actividad normal. El derecho civil, en general, prescinde de la persona; en el derecho penal la consideración de la persona es fundamental. Excepto algunos casos aislados, como por ej., en la violencia, en el fraude, en el error, en la incapacidad, las legislaciones civiles establecen principios estables, fijos, cualquiera que sea la persona que realiza el acto, independientes de las características de los autores; otro tanto podría decirse de las relaciones jurídicas que surgen entre los ciudadanos y el estado en las otras ramas del derecho público.

Pero en el derecho penal, además de existir este vínculo jurídico, existe el delincuente que es el centro de gravedad del moderno derecho penal y al cual debe aplicarse la sanción para así alcanzar los fines de seguridad y de protección de la sociedad. En el derecho penal las relaciones jurídicas que surgen entre el estado y el delincuente representan siempre formas de actividad anormal y anti-social y, por lo tanto, como muy bien dice Ferri, “los delitos en vez de ser atribuidos a un “hombre medio” como ocurre en los contratos, en los testamentos, en el voto, etc., se deben siempre observar y regular en relación inseparable con la persona del delincuente”. (84).

Por lo tanto, es inatendible que el sistema dogmático sea el único del que pueda disponer el derecho penal; más aún, teniendo presente que el derecho penal, como los proclaman especialmente los positivistas, no es una cosa aislada, independiente, sino que se desenvuelve ayudado por los datos que le suministran la antropología, la sociología y en general todas las ciencias auxiliares del derecho penal.

El derecho, como estudio científico de las normas de conducta social, debe servir a la vida práctica y cotidiana.

Ferri dice a este respecto: “Hé aquí verdaderamente una dirección científica que no aporta contribución alguna apreciable a la justicia penal diaria y a la reforma legislativa de nuestro país ni de ningún otro. Hasta tal punto es cierto lo que afirmo, que en la comisión que redactó el proyecto del código penal italiano (1921), formada también por magistrados y criminalistas ilustres, no pudimos jamás obtener de los volúmenes y opúsculos de tal dogmática jurídica ningún criterio o dato positivo para formular prácticamente una norma legislativa, por ej., sobre el delito, sobre la pena o sobre los delitos en particular, mientras con más frecuencia y gran ventaja recurrimos a las conclusiones y propuestas de los grandes clásicos como Ca-

(84) Principios de derecho criminal. Pág. 69.

“ rra, Pessina o Mori, Niccolini o Puccioni entre los comentaristas”. (85).

La verdad es que el derecho visto sólo como hecho o dato legislativo es muy difícil de comprender. Para comprenderlo seriamente y para poder sistematizarlo es necesario estudiarlo en relación con otras ciencias que tienen con él relación directa. Proceder a su reconstrucción, en virtud de un criterio que está en la ley, dar sistematización científica a la ley positiva partiendo de ella, significa o repetirla o parafrasearla o elaborarla desde un punto de vista formal o verbal.

No queremos insinuar con esto que el tecnicismo jurídico sea de desterrar, ni que la exigencia expresada por la dogmática jurídica “de una sistematización que sea intrínseca a la realidad misma del derecho positivo” sea de repudiar, sino que simplemente no se acepta, porque de este modo se separa el derecho penal de la realidad viva de los problemas.

Se quiere sistematizar el derecho considerándolo solamente como un dato aislado independiente del ambiente del cual ha salido y en el cual continuamente debe resolverse.

Para los técnico-jurídicos la consideración formal prevalece siempre; así es que entre el problema humano de las penas, de la responsabilidad, del delito, del delincuente y el problema jurídico relativo a tales conceptos, no titubean en prestar su atención a este último, separándolo por completo del primero, que consideran metafísico e ideológico.

22.—Esta concepción está caracterizada por estudiar el derecho penal vigente con criterio lógico-jurídico, con el fin de darle una sistematización y obtener nociones más seguras de derecho penal.

Con el fin de legitimar esta dirección de dogmática jurídica, sus partidarios opinan que no pueden existir escuelas diversas en el derecho penal, ya que en él no es posible más que un sólo método: el método jurídico.

Declaran los tecnicistas que la exigencia que los mueve en la elaboración de sus doctrinas es esencialmente positivista, pero no de aquel positivismo que caracteriza a Lombroso y a toda la escuela positiva.

Rocco dice que “habiendo fallado la escuela positiva, ya que su campo de aplicación se extendía hacia horizontes sin confines, con las nuevas investigaciones de la antropología, de la sociología, los estudios de la nueva ciencia social positiva, la concepción técnico-jurídica, o sea, el nuevo positivismo se limita al derecho penal positivo, el único que existe y el único que puede ser objeto de una ciencia jurídica especial”. (86).

Las ventajas de este nuevo positivismo parecen a ellos evi-

(85) Principios de derecho criminal. Pág. 66.

(86) L' oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Pág. 83.

dentés. Si por las investigaciones antropológicas y sociológicas el penalista era fatalmente conducido a trascender el problema específico del delito y de la represión jurídica, por la investigación estrictamente jurídica es inducido a precisar con rigor los confines de ellas y a no perderse en una multitud de problemas colaterales que nada parecen tener que hacer con la realidad específica del derecho.

Bajo la bandera de "el trabajo y la autonomía de la ciencia jurídica", los nuevos positivistas rehusan ir más allá de las específicas normas sancionadas por el legislador, o como dicen, ir más allá "de aquella única realidad de hecho que lleva el nombre de derecho penal".

Sin embargo, esta afirmación (que el único método posible es el jurídico parece a Ferri inaceptable. Hace una crítica a este método jurídico, concebida más o menos en la forma siguiente.

Si esta afirmación fuera verdadera, sería necesario admitir un método especial para cada orden de ciencia. Y sabido es que no existen sino dos métodos, el método deductivo o apriorístico o de lógica abstracta, como también se le llama, y el método inductivo o de experimentación. Estos dos métodos se han empleado siempre en toda investigación científica, porque, aún cuando se adopte el método deductivo, es necesario tener en cuenta de algún modo la realidad e igualmente cuando se adopta el método inductivo es necesario para comprobar o para probar los hechos acudir al razonamiento lógico, generalizando lo que hay de común entre ellos y deduciendo algunas consecuencias de las premisas ya sentadas. La diferencia radica en el predominio y en la precedencia de un método sobre otro.

Cuando se emplea el método inductivo se puede acudir a procedimientos especiales de investigación y examen de los datos del hecho, ya sea por medio de experimentos de laboratorio, por las observaciones o investigaciones personales o por las afirmaciones estadísticas y cálculos matemáticos; pero no por ello podría hablarse de un método estadístico o de un método matemático.

Igualmente en la ciencia jurídica y, por lo tanto, en el derecho penal, pueden estudiarse la delincuencia y el ordenamiento jurídico de la defensa de la sociedad o con el método inductivo (escuela positiva) o con el método deductivo (escuela clásica).

Por lo tanto, hablar de un método jurídico es erróneo. (87).

Maggiore crítica igualmente tal afirmación, y después de haber revelado el error que representa la separación que quiere establecerse entre una ciencia jurídica del derecho penal y todas las demás ciencias no jurídicas de carácter natural y social, como la antropología, la psicología, la sociología criminal y el error de considerar que el único derecho existente sea el derecho positivo

(87) Principios de derecho criminal. Págs. 73, 74 y 75.

o ley escrita, concluye: “A fuerza de querer un derecho penal absolutamente puro, desprovisto de aquellas supérfluas vestiduras que serían la antropología, la psicología, la sociología, la historia y la filosofía, los ultrajuristas corren el riesgo de que les quede entre las manos sólo lo que queda de una cebolla a la que que se le han ido quitando todas las telas: absolutamente nada”. (88).

Otro tanto puede decirse de la lógica jurídica.

“La lógica, que fija las leyes por medio de las cuales se puede llegar, sin error, de un conocimiento establecido a uno buscado, es una ciencia indispensable para el derecho. La lógica general se subdivide en tantas ramas cuantos son los ramos del saber humano; así para las disciplinas de derecho se hace necesario la lógica jurídica”. (89-).

Ferri declara inaceptable tal conclusión y en tono irónico dice: “Habría, por tanto, y lo más extraño es que no nos habíamos dado cuenta, una lógica química, una lógica meteorológica, una lógica zoológica y así sucesivamente.

“La lógica es un procedimiento mental que desde Aristóteles tiene como forma característica el silogismo y que sirve para cualquiera rama del saber humano. Los objetos de estudio (fenómenos químicos, meteorológicos, psíquicos, etc.), varían con las diversas ciencias, pero no varía la lógica.

“Hablar, por tanto, de una lógica (como de un método jurídico) constituye un error elemental, aunque sea expresión común”. (90).

Maggiore confirma que “toda la doctrina del método jurídico que lleva el sello de un abstractismo que no es realidad, es impotente, tal como es para regir la vida del derecho y la naturaleza histórica del mismo. Precisamente en orden al derecho penal destaca el estado de inquietud que atraviesa esta disciplina, debido a los excesos en que han caído los escritores más extremistas partidarios del jurismo puro. La insuficiencia del método jurídico abstracto se siente por los más conspicuos cultivadores del derecho criminal y el puro tecnicismo y dogmatismo jurídico, tal vez más que en cualquier otro terreno, necesita aquí de una revisión crítica”. (91).

Las ventajas de esta nueva concepción son evidentes para quien considere el problema a primera vista. Sin duda alguna garantiza el carácter científico del derecho y da fundamentos seguros y fija los límites precisos a una disciplina que, como el derecho penal, fácilmente es inducida a desviarse de su camino.

Pero estudiado el problema con más detención, vemos que es inaceptable el método propuesto por esta dirección. Quiere ex-

(88) Funciones y límites de la dogmática en el derecho penal. Pág. 18.

(89) Manzini. Trattato di Diritto penale. Tomo I. Págs. 33—34.

(90) Principii di Diritto criminale. Pág. 74.

plicar un hecho con el hecho mismo, el objeto con sí mismo y no asume nunca otro criterio que no sea aquel inherente a la realidad misma.

La tarea de los técnico-juristas es precisamente la de explicar el derecho con el derecho, las normas jurídicas vigentes en sí mismo y en relación con todo el sistema de derecho del que forma parte.

Sin embargo, encontramos en Rocco un párrafo en que atenua un poco las conclusiones a que habían llegado los partidarios de esta doctrina, al decir: “Es necesario también que la deducción lógica se reintegre y complete dentro de ciertos límites con la inducción experimental y de ella reciba alma y movimiento y así dar vida a un procedimiento científico que, obedeciendo a leyes fundamentales de los dos métodos, merezca con razón el nombre de método verdadero y seriamente positivo. Las fuentes de las cuales saca alimento la inducción experimental, que puede servir como medio para los fines científicos del derecho penal, se reducen a tres: la antropología (comprendida la psicología) y sociología, la historia y el derecho comparado; de donde tenemos tres formas de inducción: la inducción antropológica y sociológica, la inducción histórica y la inducción comparada”. (92).

El tecnicismo jurídico, si bien no tuvo influencia alguna en la elaboración del proyecto Ferri (1921) tuvo papel importantísimo en la gestación del actual código fascista, como tendremos ocasión de ver más adelante. Por ahora sólo diremos que en la redacción del actual código tomaron parte, entre otros, Arturo Rocco, Manzini y Massari, todos representantes de esta tendencia.

(91) La doctrina del método jurídico y su revisión crítica. Pág. 372.

(92) El problema y el método en la ciencia del derecho penal. Pág. 33.



CAPITULO V

EL NUEVO IDEALISMO

23.—Representantes. 24.—Concepto de libertad. 25.—¿Qué se entiende por sujeto del delito?. 26.—Imputabilidad y responsabilidad. 27.—Penalidad. 28.—Concepto de la antropología y de la sociología.

23.—Los partidarios de esta doctrina, que hoy tiene gran resonancia en Italia, entre los cuales citaremos especialmente a Maggiore, Costa y Spirito, partiendo de puntos de vista opuestos a los positivistas, concuerdan, sin embargo, en algunas importantes aplicaciones prácticas.

Escribe Ferri: “La diferencia entre idealismo y positivismo, no está sino en los principios y estos aún cuando distintos, dan lugar a las mismas consecuencias prácticas; no nos preocupamos, por lo tanto, de ellos y miramos positivamente los hechos”. (93).

Y Grispigni agrega: “La escuela positiva no está ya aislada. Los partidarios de la doctrina filosófica que hoy tiene una gran importancia en nuestro país, esto es, el idealismo actual, se han hecho propagandistas de una doctrina penal que, a pesar de ser sus premisas teóricas distintas a las nuestras, llega a conclusiones prácticas sustancialmente idénticas”. (94).

El idealismo ha hecho de la reivindicación del concepto de libertad el primer fundamento de su crítica. Al positivismo que negaba la libertad en el determinismo y a la concepción de libre arbitrio que afirmaba la libertad, los principales filósofos idealistas, Croce y Gentile, oponen la teoría de la síntesis de libertad-necesidad. La acción no se reduce a una simple resultante de las causas que la han determinado, ni nace de la nada, prescindiendo en absoluto de la situación en que se realiza, ella es necesitada y libre al mismo tiempo.

En efecto, “la volición nace no ya en el vacío, sino por una situación determinada con datos históricos e ineliminables, los que después que han sucedido son necesarios. A aquella situa-

(93) Saggio sulla scuola criminale positiva e filosofia idealista en Rivista positiva. I de Marzo de 1925.

(94) Corso di Diritto penale. Pág. 108.

“ ción la volición es correlativa y separarla sería empresa vana:
“ variando la situación varía la volición; a tal situación, tal voli-
“ ción. Y esto importa que ella sea necesitada, o sea, que es con-
“ dicionada siempre a una situación y de la cual precisamente na-
“ ce. Pero esto importa al mismo tiempo que la volición es libre.
“ Porque si la situación de hecho es la condición, la voluntad en
“ cuanto tal, no es la condición sino el condicionado y no se de-
“ tiene en esta situación de hecho, ni la repite. La voluntad pro-
“ duce algo distinto, esto es, algo nuevo que antes no existía y
“ ahora existe, y es iniciativa, creación, acto de libertad. Si así
“ no fuese, la voluntad no sería voluntad y la realidad no cam-
“ biaría”. (95).

En este concepto de libertad como unidad de libertad y necesidad, el determinismo absoluto del positivismo es superado, la resolución completa del hecho en sus causas es negada y es explícita la afirmación del espíritu como creador de la realidad. En otras palabras, la solución del positivismo, que hacía desaparecer el individuo en el todo, resolviendo la acción individual en el sistema de las causas es combatida. Se demuestra, en cambio, la espiritualidad de la naturaleza y se supera de este modo la causalidad mecánica.

Los penalistas de esta tendencia acogen la investigación filosófica en el campo del derecho penal. Prescinden del libre arbitrio en el sentido tradicional y llegan a un concepto propio de libertad, basado en el que acabamos de exponer.

Maggiore, colocado entre el determinismo y el indeterminismo, “repudia ambos y adopta, explica y desarrolla un concepto de libertad en el sentido de una autodeterminación humana y de la determinación del mundo histórico y natural en que el hombre actúa”. (96).

La libertad se refleja en la acción y ésta es el signo visible de nuestra libertad. La acción es nuestra esencia espiritual, es la prolongación de nuestra personalidad; nosotros no existimos primero y después actuamos, sino que existimos actuando y actuando existimos; nuestro ser es un continuo actuar.

De este concepto de libertad y del nuevo concepto del sujeto del delito que tiene esta escuela y que estudiaremos a continuación, nace el nuevo concepto de imputabilidad.

25.—La escuela clásica se preocupó del delito, esto es, del hecho del delincuente. La escuela positiva miró a los factores del delito, pero ninguna de las dos se preocupó del delincuente; el sujeto según los idealistas no ha sido aún alcanzado. Se preguntan ¿qué cosa es el sujeto? Si no es ni sus factores ni sus hechos, ¿dónde debemos encontrarlo? No es posible, dicen, hallarlo ni en los factores ni en los hechos, porque estos están contenido en él.

(95) Croce. *Filosofia della Pratica*. Págs. 113—114.

(96) Florian. *Trattato di Diritto penale*. Tomo I. Pág. 47.

Del concepto de sociología (escuela positiva) es necesario pasar a aquel de historia. Para la sociología la realidad es todo objeto; sus determinaciones son aquellas de la naturaleza de la cual los hombres forman parte, igual que las plantas, los animales, etc.

Dicen los idealistas que si el hombre es nada más que naturaleza, el concepto de su individualización y el valor de ella desaparece. Sociológicamente los positivistas han reunido el hombre a la naturaleza, pero al precio de su individualización y de su valor ético; lo han reunido, pero negando el espíritu de la naturaleza.

El idealismo, en cambio—según ellos—ha demostrado que no es concebible una naturaleza que sea sólo tal. Reconocen que en toda acción humana entra todo el universo, pero no como condición o causa determinante que lo trasciende, sino más bien como productor del acto mismo, o mejor dicho aún, como producto y productor al mismo tiempo, como el universo en su actuarse libremente, en su auto-conciencia, en su auto-creación.

Si la historia no constituye el precedente del hombre, sino su realidad; si el universo no es el "prius" del acto, sino el acto mismo; es lógico que el individuo llega a ser verdaderamente sujeto, esto es, autor de su acto y asume por eso la responsabilidad individual y universal del acto. Se delinea de este modo un nuevo concepto de responsabilidad.

26.—En sentido especulativo no sólo el hombre y el hombre sano es imputable, o el niño, o el enajenado mental, o el ebrio, sino que también los animales, las plantas, las piedras son capaces de imputabilidad.

Donde hay acción hay necesariamente un agente que la ha ejecutado y, por consiguiente, al ser cosa suya debe serle atribuída. De este modo se enuncia el principio de la imputabilidad universal.

El derecho de castigar toma un valor bastante más amplio. Sus confines son llevados más allá de un simple sistema de reglas encaminadas a la represión del delito. Cualquiera norma jurídica encaminada a hacer caer sobre el sujeto las consecuencias de su propia acción, entra en su círculo. De manera que no queda fuera ni aún el mismo concepto de obligación en general.

De la concepción de libertad y del concepto del sujeto del delito nace, como dijimos, el nuevo concepto de responsabilidad.

La escuela positiva comprendió que el problema del derecho penal estaba en la relación del individuo con el mundo, pero resolvió el problema reduciendo el individuo al mundo y el espíritu a la naturaleza y, por lo tanto, el concepto de responsabilidad desaparece, ya que quien obra es la naturaleza y el individuo es irresponsable. De aquí la inmoralidad de la escuela positiva.

Pero esta escuela, al combatir a la clásica, ha abierto un nuevo camino. Del delito, ha dicho la escuela positiva, es responsable la sociedad; pero la responsabilidad de todos como la con-

cibe la escuela positiva es la responsabilidad de nadie, porque en el fondo todos son irresponsables de sí mismos; obra la naturaleza, que los arrastra irremisiblemente hacia lo desconocido. Responsabilidad e imputabilidad se identifican, todo hombre debe responder de su delito aún cuando sea cometido involuntariamente o sin libertad.

El idealismo, imputabilidad y responsabilidad también se identifican, pero no en el sentido de una reducción de la responsabilidad a la imputabilidad, sino en el opuesto de una elevación del concepto de imputabilidad a aquel de responsabilidad moral. El hombre es responsable de todo, porque no es algo distinto del todo, sino el mismo todo. Para el idealismo, entonces, las expresiones dolo, culpa, fuerza mayor no son tres términos sino uno sólo, aquel en que la voluntad humana se despliega en su libertad y en su pleno conocimiento y, por consiguiente, en su absoluta responsabilidad.

La responsabilidad de un individuo no es sino una forma de responsabilidad universal. El individuo no es para el idealismo un fenómeno particular sobre el cual el universo influye, como sobre todas las mismas partes que lo componen, sino que es la unidad que piensa y obra, es la realidad concreta del universo. Esto, que podría llamarse orgullo, es interpretado por ellos con un acto de humildad, como un acto de amor y de renuncia al egoísmo y a las particularidades. Es necesario, dicen, saber renunciar al vano orgullo de diferenciarse de los ignorantes y de los malvados, es necesario saber ver en la culpa del prójimo una culpa de todos los hombres.

El delincuente no es un ser distinto del honesto y no debe quedar fuera ni contra la sociedad, sino que en la sociedad misma; ven en la deficiencia del delincuente una deficiencia nuestra y, por consiguiente, debe de ponérsele reparo. Queda así fundado un nuevo concepto de responsabilidad universal. Y este concepto de universalidad no consiste en dar una igual retribución jurídica a todos los hechos, sino que en no dejar ningún hecho sin retribución.

“Las exigencias históricas y sociales pueden sacar algunos hechos de al zona de la imputabilidad genérica o moral y traerlos al campo de la imputabilidad específica del derecho, precisamente porque necesitan una más enérgica retribución. Una sola cosa es la importante, que ningún hecho quede sin sanción y que no crean ciertos individuos que están protegidos por las prerrogativas de la no imputabilidad. Lo que la ciencia desdeñosamente repudia es la categoría del irresponsable”. (97).

27.—La pena es considerada como aquella que el individuo voluntariamente se inflinge a sí mismo para llegar a ser más hombre, es enmienda necesaria a su redención, es obra esencial de auto-educación.

(97) Maggiore. L' unità delle scuole di diritto penale. Pág. 49.

La enmienda de que habla el idealismo es proceso en el que el hombre desarrolla y se mejora así mismo, desarrollando toda la realidad, sin diferencia entre el mundo del espíritu y el mundo de la naturaleza, entre hechos físicos y psíquicos. No es el concepto de enmienda de los correccionalistas, según el cual la educación era entendida en el sentido de una enmienda del individuo particular.

El concepto de penalidad es universal, igual que aquel de imputabilidad. Nadie puede sustraerse a él. "Todo ser lleva la pena de las faltas suyas, la de sus abuelos y aquellas del mundo en que vive precisamente, porque su subjetividad es inseparable de la subjetividad universal, porque el acto del cosmo es su acto". (98).

La imputabilidad es la categoría universal y no es posible hablar de causas que la excluyan o la atenúen. Esto no impide que la sanción debe variar al aplicarse a cada caso concreto y, aún más, esta es una exigencia del idealismo. Ella debe ser apropiada al loco, al ebrio, al niño, al criminal, ya que sus actividades son ciertamente desiguales, como también es desigual su capacidad para reeducarse.

Rechazan categóricamente la distinción entre penas y medidas de seguridad. "Nada hay más peligroso que introducir una distinción entre penas verdaderas y propias (medidas de represión) que deben inflingirse a los hombres normales; y procedimientos de seguridad (medidas de prevención), que serían adaptadas a los seres desprovistos de voluntad". (99).

Consiben sólo la pena; pero dan a esta palabra un sentido amplio que comprende no sólo las penas propiamente tales, sino que también las llamadas medidas de seguridad. Entran en este concepto todas las medidas represivas que se aplican a los irresponsables, manicomios criminales, casas de corrección, etc. Es necesario que todo delincuente, sea responsable o irresponsable, cualquiera que sea el nombre que se les dé y cualquiera que sea la acción delictuosa que cometa, encuentre su sanción.

Uno de los principales partidarios de la unificación de las penas y medidas de seguridad fué Maggiore; pero, según Florian, si bien conserva aún su concepto de imputabilidad universal, repudia actualmente la unificación de las penas con las medidas de seguridad y adhiere a las tesis de la distinción entre ellas.

"La pena es la responsabilidad en acto, la especificación histórica del principio universal de la imputabilidad. No es la vieja idea de la retribución; no es concebida como una cuenta por saldar, sino como un deber que nos liga a un poder extrínseco y nos dá el precio de nuestra obra; la responsabilidad deducida del sujeto no implica una relación con un orden extra-

(98) Idem. Pág. 51.

(99) Idem. Pág. 52.

“ ño, sino del yo con sí mismo, denota una mayor unión del espíritu en su intimidad, la presencia del autor en su obra. La sociedad y Dios en este proceso han desaparecido como términos que trascienden al sujeto. La pena, pues, en este sistema, da mejor la figura de un derecho subjetivo que de un derecho “ objetivo”. (100).

La pena es proporcionada, no sólo a la gravedad del delito, sino que también a la naturaleza del culpable.

Podemos concluir diciendo que los idealistas aspiran a una completa individualización de la pena, aspiración que es común a la mayoría de los actuales criminalistas.

28.—A la luz de los conceptos fundamentales del mundo como sujeto y de la pena como auto-educación universal, los conceptos de antropología y sociología adquieren otro valor.

Hoy no se puede hablar de un verdadero y propio tipo antropológico criminal y sólo se puede afirmar una mayor frecuencia en los criminales de algunas características morfológicas, físicas, y patológicas. El idealismo no niega esta conclusión; sólo niega la interpretación determinista del hecho y la consecuencia de la irresponsabilidad del delincuente.

¿En qué sentido debe entenderse la existencia de algunos caracteres antropológicos en algunos criminales. El idealismo no prescinde del problema del cuerpo. Por el contrario, dice que todo individuo debe tener una fisonomía antropológica correspondiente a su personalidad espiritual, que es tal en cuanto también es cuerpo. Por lo tanto, no debe considerarse irresponsable a un individuo por el hecho de poseer ciertas degeneraciones orgánicas.

¿Cuál es la tarea de la antropología? Para ellos no debe ya dedicarse a buscar los factores antropológicos del delito, sino que a individualizar la personalidad antropológica del delincuente para los fines de la valorización y educación de su persona. La antropología debe de comprender la personalidad del delincuente, a través de la expresión de su vida.

Ella, dicen, había reducido el individuo a un fenómeno natural. Ha tratado en vano de formular leyes de carácter absoluto; no ha podido encontrar determinados caracteres antropológicos y determinadas especies de delitos, porque aquella relación habría implicado necesariamente su carácter de causalidad natural; existe aquella relación, pero ella tiene un carácter espiritual y, por lo tanto, completamente individual. Los esquemas y clasificaciones deben dar lugar a una mayor complejidad y variedad de observaciones, a una misión siempre más extensa de los elementos constitutivos de un hecho individual, a una representación más personal y concreta de los delincuentes. No esperan llegar a leyes fijas, pero sí a una comprensión más profunda de

los delincuentes, porque se acercan a ellos con una experiencia histórica siempre mayor y más particular, más variadas, más compleja y, por lo tanto, más adecuada para coger los caracteres más individuales.

Observaciones semejantes hacen de la sociología. El idealismo no niega que los fenómenos geológicos, climáticos y sociales sean estudiados en relación con el delito; pero niega que éstos puedan ser estudiados como factores de él. También a los sociólogos se les culpa de prescindir en sus estudios del verdadero concepto de la personalidad del delincuente, porque estudian a éste en función de los factores sociales y no estos en función de aquel. Los factores sociales son para ellos meras expresiones de nuestra culpa y no responden a necesidades naturales; ni son causas fatales del delito. Sus investigaciones, repetimos, deberían siempre tener como mira la personalidad del delincuente..

Merece breve mención, porque parece no destinada ha sobrevivir a su fundador, a pesar del esfuerzo de discípulos de gran valor, la escuela humanista de Vincenzo Lanza. Es una tentativa que está en desacuerdo con toda la realidad histórica; hace coincidir la acción punible con la acción inmoral, la imputabilidad con la educación. El delito es concebido como una violación a la moral social y la pena como educación. El derecho penal llega a ser de esta manera enmendativo y educativo y la pena no tiene carácter aflictivo, no es un mal que se hace al delincuente, sino un bien. Siendo imputable sólo aquel que es capaz de ser educado, se delinea claramente la distinción entre imputables y no imputables que deben quedar fuera del derecho penal, comprendiéndose en esta categoría, además de los enfermos mentales, los delincuentes incorregibles, habituales, por no ser susceptibles de educación.

Mantiene también la distinción entre pena y medida de seguridad.

Se asemeja a la escuela clásica, a la escuela positiva y a la terza scuola por admitir las indagaciones filosóficas en el campo del derecho penal. Coincide además con la escuela positiva, porque toma en consideración especialmente la persona del delincuente y se propone enmendarlo, y está de acuerdo con la escuela clásica al mantener la diferencia entre las penas y las medidas de seguridad. Pero esta escuela va contra todas las demás al subordinar el derecho penal a la moral.



SEGUNDA PARTE

CAPITULO I

PRINCIPIOS INFORMADORES DEL NUEVO CODIGO

- 1.—Someras nociones acerca del fascismo.—2. Relaciones existentes entre el sistema del nuevo Código Penal y la filosofía social, política y jurídica del fascismo.— 3. Posición del Código frente a las escuelas de derecho penal.— 4. Principio de defensa social: a) Defensa preventiva. b) Diferencias entre las medidas de policía y las medidas de seguridad administrativa. c) Defensa represiva y sus diferencias con la defensa preventiva. d) Diferencias entre las medidas administrativas de seguridad y las sanciones jurídicas. e) Casos en que se aplican las medidas de seguridad. f) Conclusión.— 5. Otros principios informadores.

1.—El fascismo tiene principal importancia desde el aspecto social, porque la razón determinante de su éxito fué su campaña contra el comunismo, que llevaba a Italia a la ruina a causa de los desórdenes y de las frecuentes huelgas. Ante la impotencia del Gobierno para dominar la situación, los elementos burgueses miraron con simpatías las asociaciones fascistas que con su violencia dominaban la violencia comunista. El advenimiento del fascismo al poder ha terminado con los movimientos sociales, se han prohibido las huelgas y en la actualidad reina en Italia tranquilidad social y el trabajo no sufre interrupciones.

Es interesante anotar los radicales cambios de opinión de Benito Mussolini; en su juventud fué socialista exaltado, a quien se expulsó de Suiza y Austria por sus ideas extremistas; más tarde, en 1914, como director del diario socialista "Avanti", defendió la neutralidad de Italia; sin embargo, poco después en el mismo año fundaba "Il Popolo d'Italia" y desde sus columnas predicaba la intervención de Italia en la guerra; una vez declarada ésta, combatió como soldado y fué herido. De 1919 hacia adelante, el ex-socialista se transformó en el jefe de los grupos fascistas ultranacionalistas y anti-socialistas y el 30 de Octubre de 1922, fecha memorable, comienzo de una era para Italia, marcha sobre Roma a la cabeza de sus legionarios de ca-

misas negras, entra a la capital y exige del Rey y del Parlamento la entrega del Gobierno. Aquel afortunado golpe revolucionario destruyó en Italia el Estado democrático y desde entonces Mussolini ejerce una dictadura absoluta y ha ahogado, sirviéndose de la violencia, todas las opiniones contrarias al régimen fascista.

En Italia no puede haber oposición y el Parlamento que conservó el fascismo, guardando su apariencia constitucional, obedecía a las órdenes del Duce y del Gran Consejo Fascista; el Parlamento elegido en 1929 lo ha sido a base corporativa. El electorado no hizo sino pronunciarse sobre la aceptación de una lista de 400 nombres, elegidos por el Gran Consejo Fascista, entre los mil indicados por las grandes asociaciones de las diversas actividades nacionales; el electorado por 13 millones de votos afirmativos, contra poco más de 100,000 negativos, aceptó la lista propuesta.

Es curioso anotar los elementos de origen tan opuestos que existen en el fascismo; su doctrina política es de negación de la democracia y del liberalismo, de un exaltado nacionalismo, de dictadura violenta y representa una novísima forma del Estado autoritario definida por Mussolini al expresar: “La idea central de nuestro movimiento es el Estado. El Estado es la organización política y jurídica de la sociedad nacional y se exterioriza en una serie de instituciones de diverso orden. Nuestra fórmula es esta: todo en el Estado; nada fuera del Estado y nada contra el Estado”. (101)

En cambio, su doctrina social es manifiestamente avanzada. Establece la asociación sindical con funciones públicas, crea la Magistratura del Trabajo, reforma las asambleas legislativas de una manera gremial e implanta el estado corporativo.

Estas teorías sociales del fascismo no son, sin embargo, originales. Algunas vienen del régimen corporativo de las ciudades italianas de la E. Media, y han llegado al fascismo a través de las doctrinas católico-sociales del Partido Popular Italiano, y otras han sido tomadas del socialismo por el ex-socialista Mussolini, a pesar de la violencia con que el fascismo ha combatido al socialismo. El fascismo se ha servido de sus teorías sociales no sólo para organizar el trabajo, sino también para ejercitar la dictadura sobre las clases trabajadoras. El sindicato fascista es el único que tiene privilegios y el obrero que quiera ser amparado forzosamente tiene que hacerse fascista.

Las ideas esenciales del Fascismo como régimen político y social se encuentran establecidas en la Carta del Trabajo (Carta di Lavoro), que, según los autores y juristas italianos, sus principios jurídicos son “los elementos fundamentales del fascismo” y el punto de partida de un nuevo derecho: el derecho corporativo.

(101) Il pensiero di Benito Mussolini. Pág. 42.

Además, el Gran Consejo Nacional Fascista, al promulgarse la Carta del Trabajo, el 21 de Abril de 1927 publicó la siguiente declaración:

“El G. C. N. F. declara que es un documento fundamental de la revolución fascista en cuanto establece los deberes y derechos de todas las fuerzas de la producción. Tiende a elevar el nivel moral y material de las clases más numerosas de la sociedad, que han entrado de derecho y de hecho concientemente en la órbita del estado fascista.

“La Carta del Trabajo reafirma el desarrollo de la legislación sobre la disciplina jurídica de las relaciones colectivas del trabajo y sobre la organización corporativa del Estado”. (102)

El G. C. N. F. termina pidiendo que dentro del año 1927 se concluyan, se renueven o modifiquen los contratos colectivos del trabajo conforme a las bases contenidas en la Carta.

La Carta del Trabajo contiene una larga serie de declaraciones, en número de treinta que se inspiran en los siguientes principios básicos que equivalen a los Derechos del Hombre de la Revolución Francesa y a los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado, de la Revolución Rusa.

Estos principios básicos que son los siete siguientes, forman los que los italianos llaman “I Diritti della Nazione” (los derechos de la nación).

1.º La nación no es un conjunto numérico de individuos, sino una unidad moral, política y económica de carácter histórico.

2.º El trabajo es un deber social.

3.º El interés individual está subordinado al interés general de la colectividad.

4.º El Estado tiene el derecho de imponer a los individuos una disciplina colectiva, sea moral o económica, la cual indica los límites de la libertad individual en interés de la nación.

5.º Solidaridad de los varios elementos patronales, obreros y técnicos frente a la producción.

6.º Solidaridad de todos los ciudadanos frente al interés supremo de la nación.

7.º Igualdad jurídica y política de todas las clases sociales, las cuales son representadas en manera igual frente al Estado y dentro del Estado por sus organizaciones gremiales.

De todo lo dicho se desprende perfectamente las características siguientes del régimen fascista:

1.—Un Estado fuerte, con dominio absoluto “sobre todo y sobre todos”.

2.—Subordinación, en consecuencia, de todas las fuerzas individuales y sociales al Estado en interés de la nación, coordinándolas y armonizándolas.

(102) Il gran Consiglio nei primi cinque anni dell' Era fascista.

3.—Limitación de los derechos e intereses del individuo debiendo prevalecer los intereses de la colectividad, esto es, en consecuencia, sustitución de la nación al individuo; deja el Estado de preocuparse de un individuo provisto de determinados derechos que garantizar, y se preocupa del individuo como componente o parte de un armonioso conjunto: la nación.

4.—Reforzamiento en alto grado del predominio del ejecutivo sobre los demás poderes y limitación de la omnipotencia del Legislativo.

5.—Incorporación de todas las fuerzas y grupos sociales en el Estado, mediante la ordenación corporativa de él, esto es, el gobierno por los representantes de las corporaciones.

Por esto llámase Estado Corporativo, así como el Estado de los Soviets de trabajadores y campesinos, se llama soviético.

6.—En consecuencia, caduca el principio de la soberanía del pueblo y de la nación sobre la base del sufragio universal, y se proclama un verdadero principio nuevo, que nosotros llamaríamos la soberanía de los elementos productores de la nación, representados en los gremios, la soberanía profesional-económica.

Esto quiere decir que el Parlamento Corporativo del Estado Fascista, no es ya la representación del pueblo o de la nación, “sino que representa a la producción, al pueblo que produce”.

7.—Abolición de la lucha de clases, que aquí se reemplaza por el principio de la “solidaridad de los diversos grupos sociales” en interés de la colectividad y mediante la incorporación de todas estas fuerzas en el Estado.

Por medio de los sindicatos fascistas procura ponerse en contacto directo con los obreros y llama la atención a las clases proletarias hacia el sentido de su responsabilidad, las llama a la paz social con los patrones para hacer frente a la concurrencia extranjera.

8.—La base y los detalles de todos estos principios se consagran en las leyes del Estado Fascista conformadas a estas aspiraciones, o sea, el derecho corporativo que se está formando con la obra del tiempo.

Este Estado Fascista no es, pues, ni un Estado democrático-liberal, ni un Estado soviético; tiene caracteres del primero y tiene caracteres del segundo, pero de ambos se aparta, como hemos visto, fundamentalmente en muchos puntos.

2.—Con la llegada del fascismo al poder no hubo un simple cambio de gobierno, sino que se operó una transformación profunda y substancial del Estado. Para el fascismo, el Estado es concebido como un organismo a un mismo tiempo económico y social, político y jurídico, ético y religioso. “Como organismo económico y social aparece, no como la suma de los individuos que lo componen, sino como la resultante, las síntesis o composición de los individuos, de las categorías y de las clases. “ Tiene fines propios, vida propia, necesidades e intereses pro-

“ pios, que trascienden en extensión y duración a la vida misma
“ de los individuos, de las categorías y de las clases y se extienden
“ a todas las generaciones pasadas, presentes y futuras.

“ Como organismo político-jurídico, es concebido como la
“ población de un territorio determinado, organizada política y
“ jurídicamente bajo un poder supremo, de manera tal, que ad-
“ quiera la capacidad de querer y actuar como un todo, para
“ conseguir sus fines colectivos y así una personalidad distinta
“ y autónoma, social, política y jurídica a un tiempo.

“ Concebido como organismo ético y religioso, aparece como
“ la nación misma en él organizada, o sea, como una unidad, no
“ sólo social, sino también étnica, ligada por los vínculos de la
“ raza, del idioma, de las costumbres, de las tradiciones históri-
“ cas, de la moral, de la religión, y que vive no solamente de
“ necesidades materiales y económicas, sino que también y sobre
“ todo de necesidades psicológicas o espirituales, sean ellas in-
“ telectuales, morales o religiosas”. (103)

Tal concepción política, social y ética del Estado, que es propia del régimen fascista, ejerció una influencia manifiesta en los principios filosóficos en los cuales inspiróse la reforma de la legislación penal.

La filosofía jurídica-penal que inspira la nueva legislación es derivación de la filosofía jurídica general del fascismo, filosofía totalmente diversa de aquella de los enciclopedistas franceses, que fué el fundamento de los códigos anteriores y aún del mismo código de 1889.

Presentan ambas características totalmente diversas.

La filosofía de los enciclopedistas franceses es esencialmente individualista; la filosofía jurídica general del fascismo es esencialmente social, colectiva o estatal, y aún cuando también tutela los intereses de la libertad individual, “subordina tal interés al interés supremo de la existencia y de la conservación del Estado e impide que la libertad de los individuos trascienda en licencia o arbitrio”. (104)

El derecho de castigar, según la concepción filosófica individualista, que fué derivación del iluminismo francés, se concebía en manos del Estado como una derivación natural del individuo, transmitido al Estado por medio de la enajenación o cesión hecha en el llamado contrato social.

Para la filosofía jurídica penal del fascismo el derecho de castigar es nada más que un derecho de conservación y de defensa propio del Estado (Carmignani y Romagnosi), que nace con él y que tiene analogías, pero que es substancialmente distinto del derecho de defensa del individuo, y que tiene por fin asegurar y garantizar las condiciones fundamentales e indispensables de la

(103) Relazione Ministeriale. Pág. 11.

(104) Relazione Ministeriale. Pág. 12.

vida común. “Pero una defensa no contra el peligro de la reincidencia del reo, como la concibe la escuela positiva, sino de-
fensa de la sociedad contra el peligro de crímenes o de nuevos
crímenes de parte de todos y contra todos, o sea, contra el
peligro de la criminalidad como fenómeno social”. (105)

3.—La Relazione Ministeriale empieza así: “En los mensajes y discursos parlamentarios observé que para la reforma del C. P. era necesario, más bien integrar o completar las normas del código de 1889 que suprimir o modificar radicalmente las mismas; de manera de dejar inmutable el sistema e inalterable la fisonomía general de aquel código, junto con los principios y con los caracteres fundamentales de las instituciones penales. En efecto, así ha sucedido, de modo que la esencia del derecho penal italiano queda intacta; mientras que la reforma consiste en la aplicación de principios más previsores de política legislativa penal, en nuevas instituciones, en perfeccionamientos técnicos, que aún cuando importantes, no modifican las bases históricas tradicionales de nuestro derecho penal, ni los principios científicos en que él se inspira. (Así por ej. el concepto de responsabilidad jurídica penal)”.

Más adelante se lee: “La obra de reformas se cumple no en virtud y en contemplación de distinciones filosóficas y teorías abstractas, sino que en vista o consideración de las necesidades reales de la vida colectiva, o sea, de las exigencias sociales y de la oportunidad y conveniencia política. El legislador no tiene necesidad de profesar un determinado credo filosófico o doctrina, sino buscar los medios técnico-legales aptos para satisfacer tales necesidades y exigencias, **tomando de cada escuela lo que en ella hay de bueno y verdadero** y preocupándose de formar un sistema que se componga de todas las escuelas, en la unidad de un organismo superior”. (106)

Podemos de aquí deducir el carácter fundamental que distingue el nuevo código y que es el siguiente: Un compromiso entre los principios de la escuela clásica y aquellos de la escuela positiva, más bien una tentativa para superar las dos doctrinas en lucha, en el sentido de acoger ambas en sus partes más vitales.

4.—El código parte, como ya lo hemos insinuado, de la afirmación que el fin del derecho de castigar es justificado por la necesidad de defender la existencia, la conservación del Estado contra los peligros de la criminalidad mirada como fenómeno social general. Tal afirmación, pues, implica repudio a la doctrina de la justicia absoluta y retributiva y la aceptación de aquella relativa al utilitarismo de Benthan y Romagnosi. La proclamación de la defensa social como base, fundamento y legiti-

(105) Relazione Ministeriale. Pág. 12.

(106) Relazione Ministeriale. Pág. 10.

mación del derecho de castigar asume un relieve especial, en cuanto ha sido hecha oficialmente por el Ministro de Justicia en la Relazione Ministeriale.

“El aumento de la delincuencia después de la guerra, especialmente de los delincuentes habituales, de los menores y delincuentes anormales peligrosos hizo necesario preparar medios de lucha legislativa más aptos en contra de la delincuencia y, en efecto, el nuevo código no sólo ha reforzado el sistema de las penas principales y accesorias, sino que ha introducido el sistema de las medidas de seguridad, que aún conservando su carácter esencialmente administrativo, en cuanto son de naturaleza preventiva y no punitiva, concurren con la pena en la lucha contra el delito”. (107)

a) Tenemos, entonces, que la defensa interna del Estado no actúa sólo por vía de las penas; el sistema penal del código comprende el sistema general de los medios preventivos y represivos con los cuales se verifica la lucha del Estado contra la delincuencia.

La defensa del Estado es ya represiva, ya preventiva.

La defensa preventiva es la lucha contra las causas generales o especiales de los delitos y la defensa represiva es la lucha contra los efectos dañosos o peligrosos, inmediatos o mediatos de los delitos.

La prevención se dirige, ya contra las causas generales (sociales, económicas y políticas) en un cierto tiempo, en una dada sociedad; ya contra las causas particulares, esto es, individuales del delito, o sea, de un delito particularmente determinado. “El derecho penal no se puede ocupar de la organización de los medios de defensa preventiva del Estado contra las causas generales, que es trabajo de la legislación social. Menos aún de las causas particulares del delito que pertenecen a la así llamada policía administrativa de seguridad, que está reglamentada por la ley de seguridad pública de 1926. Hay medidas de defensa preventiva del Estado contra las causas individuales de los delitos, que consisten en medidas administrativas de policía, no sustancialmente distintas de aquellas disciplinadas por la ley de seguridad pública, que han sido reglamentadas por la ley penal propiamente dicha en los más recientes proyectos, y que ahora han sido introducida en este código. Estas medidas de seguridad tienen caracteres comunes con las medidas ordinarias de policía, porque ambas son medios preventivos y no represivos; o sea, son medios de lucha contra las causas”. (108)

Las medidas de policía, reguladas por la ley de seguridad pública, actúan ante-factum (Prius quam peccatum est), o sea,

(107) Relazione Ministeriale. Pág. 13.

(108) Relazione Ministeriale. Pág. 14.

antes que el delito se haya cometido; y las medidas de seguridad actúan post factum, después que el delito ha sucedido (post quam peccatum est).

Las medidas de seguridad son, según Rocco y el código, posteriores siempre al daño de peligro causado, sea a la persona ofendida por el delito, sea a la sociedad, por los delitos particulares ya cometidos. Pero de otro lado, dicen, son medidas de tutela preexistentes al peligro de la reincidencia, esto es, al peligro de nuevos delitos de parte del autor del hecho, peligro posible que no es ni presente ni pasado.

b) Podrían anotarse varias diferencias entre ellas. Las principales serían:

1.—Las medidas de policías son preventivas en doble sentido; tienden a impedir el delito, antes que él sea cometido. En cambio, las medidas de seguridad son preventivas en el sentido de que tienden a prevenir el delito, actuando sobre las causas individuales y particulares de ellos, pero después que ha sido cometido. Son medios más bien que de prevención de delitos no cometidos aún, de prevención de nuevos delitos por parte de los antiguos delincuentes. Son, por esto, medios de defensa contra el peligro de la reincidencia, habitualidad y profesionalidad criminal.

2.—Atendiendo a las relaciones de ellas con las sanciones penales propiamente dichas, encontramos otra diferencia. Las medidas de policía no tienen ninguna relación con las sanciones penales; en cambio, las medidas de seguridad son accesorias o subrogatorias de la pena.

3.—Las medidas de policía son medios generales. No van dirigidos sólo contra los delitos sino contra cualquier acto ilícito que se deba a las fuerzas vivas de la naturaleza, más bien que a la obra del hombre. Las medidas de seguridad, en cambio, son medios de prevención criminal únicamente, es decir, sólo de prevención de los delitos, eso sí que sin distinguir si el delito ha sido ejecutado por personas imputables o responsables.

4.—Una última diferencia podría encontrarse atendiendo a las autoridades competentes para aplicarlas. Las medidas policiales son de competencia de las autoridades administrativas y precisamente de las autoridades encargadas de la seguridad pública. Las medidas de seguridad, en cambio, son de competencia y son aplicadas con la intervención de la autoridad judicial penal.

c).—La tutela preventiva tiende a eliminar las causas del peligro y del daño; la tutela represiva tiende a eliminar los efectos de tales causas, esto es, el daño o el peligro que derivan del crimen.

Las medidas de seguridad son medidas de tutela que actúan eliminando las causas psicológicas que determinan el delito; son medios de "liberación psicológica", de "estados de necesidad psicológica" criminalmente peligrosos. "Actúan mediante sustracción de los motivos, por lo tanto mediante transformación del

“ carácter (medidas correctivas o enmendadoras), mediante eliminación de estados psico-fisiológicos (medidas curativas o terapéuticas); en todo caso son medios de liberación psicológica, nunca medios de coacción psicológica, porque ellos no actúan mediante adición a los motivos anticriminales de un nuevo motivo; esto es, del motivo que deriva del temor al mal de las medidas de seguridad”. (109).

Estas ideas son sostenidas por Rocco en su obra y reafirmadas después en el Parlamento. Han merecido críticas por parte de los idealistas formuladas más o menos de la manera siguiente:

Al atribuir una finalidad educativa a las medidas de seguridad, niega esta finalidad a la pena, que teniendo para Rocco un valor ético, debe actuar mediante coacción psicológicas meramente intimidativa, llegando así al absurdo que las medidas de seguridad, que están privadas de valor ético y carácter moral, actúan mediante formación del carácter o transformación del mismo y la pena que tiene precisamente una finalidad ética, actúa con la fuerza del miedo (coacción y no liberación, represión y no reeducación).

Las medidas de seguridad son medidas administrativas, según Rocco, porque están fuera de la moral; las penas, en cambio, son sanciones jurídicas, en cuanto tienen el fin de efectuar la justicia moral. Ellas tienen por objeto:

1.— En el momento de la amenaza, una intimidación y por lo tanto una coacción psicológica social en la masa de los ciudadanos, con el fin ulterior de prevenir el peligro de posibles acciones futuras dañosas e ilícitas y, por consiguiente, asegurar a todos los individuos contra tales peligros (prevención social mediante coacción psico-social y mediante aseguración social).

2.— En el momento de la aplicación judicial y de la ejecución administrativa, las medidas de tutela represiva en cuanto son sanciones jurídicas, tienen siempre por fin:

1o.— Una intimidación y una coacción psicológica individual sobre la persona del autor de la acción ilícita dañosa, con el fin último de prevenir el peligro de nuevas acciones ilícitas y dañosas de su parte (prevención individual mediante intimidación y coacción psicológica individual).

2o.— Satisfacer el resentimiento del dañado con el fin último de prevenir el peligro de la venganza privada (prevención individual mediante satisfacción individual).

3o.— Ejecutar gracias a este ejemplo una intimidación y una coacción psicológica social en la masa de los ciudadanos con el fin último de prevenir el peligro de la imitación, esto es, de nuevas acciones ilícitas y dañosas de parte de terceros (prevención social mediante intimidación y coacción psicosocial).

(109) L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Pág. 180.

4o.— Satisfacer el resentimiento de la sociedad, con el fin último de prevenir el peligro de las represalias públicas y de la justicia humana (prevención social mediante satisfacción social).

5o.— Asegurar al dañado contra el peligro de nuevas acciones ilícitas y dañosas, sea de parte de terceros, sea de parte del autor del daño, con el fin último de prevenir el peligro de la defensa privada de parte del dañado (prevención individual mediante aseguración individual).

6o.— Asegurar la sociedad contra el peligro de las represalias públicas y de la justicia humana, esto es, de nuevas acciones ilícitas y dañosas, sea de parte del autor del daño, sea de parte del dañado, sea de parte de terceros (prevención social mediante aseguración social).

Siendo el miedo y la venganza los fines de la justicia moral, el dualismo de las sanciones aparece como inevitable; se eleva a dignidad ética penal y se deja en el campo de la oportunidad y de la utilidad social las medidas de seguridad.

Por lo tanto, a los positivistas y a los idealistas, que querían unificar las penas y las medidas de seguridad, los técnico-juristas encabezados por Rocco, han contestado con tono escandalizado reivindicando el valor moral de la pena, la voluntariedad y la responsabilidad del acto que se castiga. Se evitó de este modo la reforma inspirada en los principios de la escuela positiva.

De todo lo dicho se desprende que al lado de las medidas de seguridad, tenemos la defensa cumplida en vía colateral por las sanciones jurídicas con finalidad ética, que no mira y no debe mirar a la liberación psicológica, sino a la coacción; no a redimir sino a intimidar; no a vencer el mal con el bien, sino más bien a retribuir el mal con el mal y a satisfacer el placer que pueda causar al ofendido el mal inflingido al ofensor. Conservando los sentimientos de miedo y venganza, dicen los que critican estos conceptos creyeron haber salvado el principio ético de la justicia, poniendo una vez más como fundamento del código penal el tradicional concepto de responsabilidad.

d) Más verbalista es aún la distinción que se hace entre sanciones jurídicas y medidas administrativas.

Las medidas de tutela preventiva, según Rocco, no son sanciones jurídicas, aunque aparentemente tengan todos los caracteres de éstas. Pueden ser establecidas por el legislador mediante leyes, pero leyes formales, no substanciales. Substancialmente son actos administrativos. También las medidas de tutela preventiva, aún siendo generalmente aplicadas por la autoridad administrativa mediante actos administrativos, pueden excepcionalmente ser aplicadas por el juez, mediante actos jurisdiccionales, pero formales, no substanciales.

En conclusión, la actividad por la cual las medidas de tutela preventiva son establecidas, aplicadas, ejecutadas, es siempre en el fondo una actividad administrativa. Puede asumir también, la forma de ley, de sentencia o de orden del juez.

Ahora, en el código las medidas de seguridad tienen precisamente las cualidades formales de las sanciones jurídicas, pero en su esencia, son, para ellos, medidas administrativas.

e) El código ha hecho un uso mayor de las medidas de seguridad que el código del 89, en el cual aparecían de un modo vago e incierto.

En el nuevo código las medidas de seguridad, sirven en los casos en que las penas serían por sí solas insuficientes para los fines de la defensa social. Ej. en los casos de delincuentes menores cuando son imputables; cuando se trata de delincuentes habituales, profesionales, delincuentes semi-enfermos mentales. Y, en los casos en que la pena es un medio de defensa social incapaz para cumplir los fines de ésta. Ej. Casos de delincuentes menores no imputables, enfermos totales de mente.

De aquí que el código reglamenta dos categorías de medidas de seguridad:

1.— Accesorias de las penas, que coexisten con ellas y le siguen a ella, y 2.— Subrogatorias, que excluyen la aplicación contemporánea de la pena y la substituyen.

f) La defensa social ha ensanchado sus límites tradicionales, llegando a ser no solo defensa represiva, sea penal o civil, sino más bien defensa preventiva y tal vez más eficaz que la misma represiva. Pero el campo verdaderamente propio de la ley penal es siempre la defensa represiva contra la delincuencia; aquella confiada a las sanciones jurídicas, públicas o privadas, penales o civiles, que la ley impone como reacciones contra las acciones anti-sociales y antijurídicas, o sea, contra los delitos. Las sanciones penales conservan el carácter de reacciones a los efectos inmediatos o mediatos, materiales o psicológicos, individuales o sociales, dañosos o peligrosos, de los delitos.

“Efectos inmediatos son las consecuencias materiales del delito, o sea, el daño. Efectos mediatos, son los efectos psicológicos individuales y sociales, en otras palabras, el peligro de nuevos delitos sea de parte del reo, de la persona ofendida, o del público en general”. (110).

A través de este estudio hemos podido notar que el código rechaza dos puntos fundamentales de la escuela positiva. Ellos son: unidad de las sanciones criminales y responsabilidad legal.

Pero el rechazo de la unidad de las medidas de seguridad tiene más bien un valor ideal o teórico, porque en el fondo son las mismas medidas pedidas por la escuela positiva, como lo veremos al tratar de las disposiciones del código al respecto; especialmente en lo que se refiere a su aplicación, según sea la clase y los tipos de los delincuentes, a su duración indeterminada, y a que tienen su base en la peligrosidad del delincuente.

5.— Son en su mayor parte de sabor positivista. Estos principios serán tratados aquí en forma somera. Serán expuestos con mayor amplitud al tratar las disposiciones del código sobre estas materias.

A cada momento el código habla de valor sintomático del delito, de la peligrosidad del delincuente, de la personalidad del mismo, de la individualización de la pena. También da importancia a los móviles y motivos que inducen a delinquir y al modo de comportarse el reo después de cometido el delito.

Se limita la no imputabilidad a las enfermedades de la inteligencia y de la voluntad y nada dice acerca de las enfermedades del sentimiento. En este punto se nota la influencia de Patrizi (posterior a Lombroso), que considerará la criminalidad como una anomalía del sentimiento. Tal doctrina cae bajo la órbita de la doctrina positiva que está en absoluto contraste con las doctrinas espiritualistas, por las cuales el delito no deriva de una anomalía del sentimiento, sino más bien de la voluntad depravada que libremente escoge el mal.

Se distingue a los delincuentes en varias categorías, entre ellas tenemos la de los delincuentes habituales y profesionales. Se introduce la categoría del delincuente por tendencia, que en el proyecto de Ferri era concebida con caracteres más netos.

Se favorece a los reos ocasionales. Se aumentan los casos en que la pena es suspendida. Se introduce el perdón judicial para los menores. Se intensifica la represión de los delincuentes más peligrosos.

Se conceden al juez amplios poderes para adaptar la pena al reo, y la pena misma es asignada según la capacidad para delinquir del culpable. Se enumera entre las circunstancias atenuantes, el hecho de haber actuado por sugestión de una multitud (art. 61 n. 3). Del mismo modo el hecho de haber reparado el daño es una causa atenuante de la responsabilidad.

En lo que se refiere a la pena, se ha dispuesto el "lavoro all'aperto" para los condenados y el aislamiento nocturno no sólo para la pena de reclusión, sino también para la pena de presidio perpétuo (art. 22 y 23). Se instituye la "Cassa delle Ammende". La ejecución de la pena se pone bajo la vigilancia de un juez. Se remunera el trabajo de los condenados en igual forma que el trabajo de los libres, y una parte del pago se determina al resarcimiento del daño; y se llega de este modo a disciplinar en el código mismo el resarcimiento del daño derivado del delito. Estos puntos fueron tratados con bastante amplitud al referirnos a Garofalo. Se puede decir que el código, aparte de las dos afirmaciones teóricas ya mencionadas (contrarias a los dos máximos postulados de la escuela positiva) representa de hecho la aplicación de una parte notable de las exigencias de estas escuelas. Los positivistas consideran el nuevo código como un gran progreso en la evolución del derecho penal y al mismo tiempo tienen que reconocer que las reformas introducidas por el nuevo código están

inspirada en sus principios; si bien hay que agregar que ellos han sido en parte atenuados o modificados.

Antes de entrar al estudio de las disposiciones del código, transcribiremos algunos juicios emitidos sobre él y nos referiremos también a sus características más sobresalientes.

Los positivistas interpretan el nuevo código como un puente de pasaje hacia el positivismo integral; no se puede negar que tengan en cierto modo razón, ya que la mayor parte de las innovaciones tienen, como ya lo hemos dicho anteriormente, sabor positivista.

Según Crispigni “el código, considerado en su conjunto, es una obra legislativa que constituye un título de honor para la ciencia jurídica italiana. Grandes méritos son: la precisión de los conceptos, el cuidado con que han sido reguladas todas las instituciones, especialmente la introducción de nuevas medidas, que habían sido propuestas por las más recientes aspiraciones doctrinales. En la parte especial son notables las nuevas creaciones de delitos con el fin de extender y reforzar la tutela penal de la nación entendida como unidad orgánica y espiritual, en sus intereses políticos y económicos más fundamentales y especialmente para proteger la institución de la familia y salvaguardar la salud física y psíquica de la estirpe”. (111).

Los técnicos - juristas declaran que el código de Rocco debe llegar a ser el principio de la nueva ciencia penal.

Manzini dice que “el código de 1930 es un organismo autónomo, completo, sistemático. Conforme a las enseñanzas más modernas de la ciencia italiana y de la técnica legislativa sigue el sistema de la bipartición de los crímenes”. (112).

Los idealistas, por su parte, dicen: “el legislador ha comprendido la necesidad de abandonar el viejo dualismo del código de Zanardelli y contemplar en el nuevo código los delitos de los responsables y de los irresponsables, pero después no ha tenido la suficiente fuerza para llegar hasta el fin y ha restablecido el dualismo en el código, distinguiendo las penas de las medidas de seguridad. Se ha dado un gran paso adelante, pero se ha tenido y caído en el eclecticismo”. (113).

Daremos ahora la opinión de un abogado, Marciano, autor de “Il nuovo codice penale”, el que trata de las principales reformas introducidas por el nuevo código: “La marca esencialmente doctrinal del nuevo código, las definiciones en ciertos casos no requeridas, tal vez científicamente impecables, pero prácticamente

(111) Trattato di Diritto penale. Pág. 180.

(112) Trattato di Diritto penale. Pág. 28.

(113) Storia del Diritto penale italiano. Pág. 230.



“ incomprensibles, la estructura jurídica algo obstrusa de algunos delitos; el método de reservar a la relazione, la explicación de los conceptos, que habrían sido mejor expresados al dictarse la ley, el uso frecuente de locuciones cuyo significado no es comprensible, todo esto hace necesario en el intérprete un esfuerzo de aplicación a menudo tormentoso. El nuevo código constituye un complicado mecanismo, que no puede sin un estudio usarse con éxito”. Más adelante, dice: “Indudablemente, como toda obra legislativa importante, el nuevo código tiene muchos méritos y muchas deficiencias”. (114).

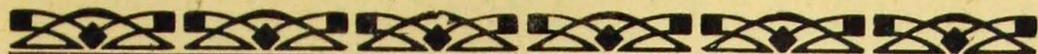
El nuevo código es de un contenido vasto. La parte más característica está, sin duda, constituida por la adopción de las medidas de seguridad. Según todo lo dicho anteriormente y de acuerdo con la relazione ministeriale, el código corresponde a la tendencia modernista de combinar en la práctica, los principios clásicos y positivistas, o sea, combinar el estudio del delito y del delincuente, la imputabilidad moral y la peligrosidad, la pena y las medidas de seguridad.

Por otra parte, el código muestra clara la influencia del tecnicismo jurídico, consecuencia lógica de formar parte de la comisión redactora Arturo Rocco, principal representante de esta tendencia, Massari y Manzini, quien, si bien no formó parte de ella, fué encargado de la redacción de la relazione ministeriale.

La introducción de los siguientes principios: la defensa social; el método de la prevención y de la represión penal combinados; la valorización de la personalidad del delincuente y la clasificación de los mismos; la mayor severidad de las penas, temperadas con una ampliación de las facultades que se han conferido al juez entre un máximum y un mínimum señalado casi siempre por la ley; los cuidados especiales para los menores, han contribuído a darle al nuevo código una fisonomía particular. También es característica sobresaliente del nuevo código la tutela más amplia e intensa para ciertas instituciones o bienes, como el Estado y sus órganos y funciones; la estirpe (lib. II, tít. X); la familia (lib. II, tít. XI); la religión del Estado (lib. II, tít. II), etc.

Al principio del interés colectivo se le ha dedicado una especial atención, pero también el interés individual es protegido en forma que a veces parece excesiva.

Podemos concluir diciendo que el código posee ciertos méritos innegables y que se nota una gran diferencia entre la parte vieja que comprende los delitos y las penas, que son resíduos del código de 1889, que quedó en el fondo casi inalterable, a pesar de habérsela reformado en apariencias; y la parte nueva que comprende la peligrosidad y las medidas de seguridad, que contiene principios y gérmenes que en el futuro y una vez desarrollados alcanzarán valor inestimable.



CAPITULO II

EL DELITO

6.— Noción legal y clasificación. 7.— Relación de causalidad material y relación de causalidad psíquica. 8.— Elemento psicológico del delito. 9.— Circunstancias del delito. Atenuantes y agravantes. Objetivas, subjetivas e inherentes a la persona.

6.—El derecho penal tiene un doble objetivo: el delito y el delincuente. El reconocimiento de esta verdad, derivada del proyecto Ferri, representa uno de los mayores progresos del código Rocco. La nueva ley ha reconocido la anticipación hecha por Ferri en su proyecto de hacer del delincuente el protagonista de la justicia penal; pero, al mismo tiempo, concuerda con las tradiciones clásicas al hacer una impecable construcción de normas objetivas.

El Art. 10., dice: “Nadie puede ser castigado por un hecho que no esté previsto como delito por la ley y con penas que no están establecidas por ella”.

La noción legal se limita a establecer la relación de contradicción entre el hecho mismo y la ley, sin detenerse a considerar los elementos componentes del crimen.

Nuestro código define el delito en su art. 1, diciendo: “Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”. Es una definición de carácter formal. En realidad no merece el nombre de definición ya que sólo se limita a afirmar el carácter legalista del derecho penal y a insistir en la exigencia de la voluntariedad del acto.

El proyecto de 1929, de acuerdo con casi todos los códigos modernos, no define el delito. Se ha considerado innecesario y aún más, puede presentar inconvenientes si ella es inexacta o incompleta.

Dice el art. 1: “Sólo serán sancionados como hechos constitutivos de delitos o faltas, las acciones u omisiones que importen infracción de la ley penal vigente en el momento en que fueren ejecutados”.

Fontecilla, comentando este artículo, dice: “Suprimido en parte el art. 1 del código se elimina la noción de la voluntariedad y corta de plano las estériles discusiones sobre el libre albedrío y determinismo, controversia ésta que corresponde más bien a la filosofía que al derecho penal, donde ha sido comple-

“ tamente estéril. Al derecho penal de hoy no le interesa saber si
“ la voluntad es libre o determinada. Lo que le importa es la pe-
“ ligrosidad del sujeto, sea loco o normal. Es por eso que con
“ sobrada razón, se pretende sustituir los viejos conceptos de la
“ responsabilidad e imputabilidad moral por el de responsabilidad
“ social, para formular así este conocido postulado moderno de
“ defensa: “Todos los hombres, sanos o enfermos mentales, son
“ socialmente responsables”. (115).

El art. 39 clasifica las infracciones en delitos y contraven-
ciones, según la especie de pena establecidas para ellas por el có-
digo.

Adopta por lo tanto, el código de Rocco la división bipartita,
de acuerdo con los principales códigos modernos.

Nuestro código, en cambio, consagra la división tripartita,
división que es abandonada por el proyecto de 1929 que acoge la
bipartita.

La distinción de crímenes y simple delito está demás. Con ra-
zón sostiene Dorado Montero, refiriéndose a la división tripartita
del código español, “que aún cuando el legislador hubiera pres-
“ cindido completamente de ella, nadie la hubiera echado de me-
“ nos, ni la armoniosa arquitectura exterior y el valor interno de
“ la obra legislativa hubiera padecido absolutamente nada”.

La división tripartita, llamada también francesa, es hoy viva-
mente criticada y abandonada por las legislaciones. Se le hacen nu-
merosas críticas que no transcribiremos por ser materia que no
nos incumbe directamente.

7.— En todo delito se distingue: la causalidad física (art.
40) de la causalidad psíquica (art. 42).

El código reglamenta por primera vez la relación o nexo de
causalidad física y material que debe existir entre la acción u omi-
sión y el evento. Y al efecto, dispone el art. 40: “Nadie puede ser
“ castigado, por un hecho previsto por la ley como delito, si el
“ evento dañoso o peligroso del cual depende la existencia del
“ delito no es consecuencia de su acción u omisión”. Por lo tan-
to, para que exista delito, el hecho que lo constituye debe antes
de todo ser causado materialmente por el agente; esta relación de
causalidad material es enunciada como base de la punibilidad con
relación al hecho que constituye el delito.

Pero para que haya delito no basta la existencia de un even-
to dañoso o peligroso que provenga de una acción humana, sino
que ésta debe además, ser conciente y voluntaria. El art. 42, en
su inc. I, dispone: “Nadie puede ser castigado por una acción u
“ omisión prevista por la ley como delito, sino la ha cometido
“ con conciencia y voluntad”. Debe entonces el delito además,
ser causado también psicológicamente por el agente.

(115) La pena. Págs. 207 - 208.

En nuestro código no encontramos ninguna disposición al respecto. Sólo hace excepción el art. 479 al reglamentar el delito de incendio. En efecto, dicho artículo dispone: “Cuando el fuego se
“ comunicare **del objeto que el culpable se propuso quemar**, la
“ otro u otros cuya destrucción, por su naturaleza o consecuencias,
“ debe pensarse con mayor severidad, se aplicará la pena
“ más grave, siempre que los objetos incendiados estuvieren co-
“ locados de tal modo que el fuego haya debido comunicarse de
“ uno a otros, atendidas las circunstancias del caso”.

8.—El código contempla también, el elemento psicológico del delito en la triple forma de dolo, culpa y preterintención.

“El delito es doloso, o conforme a la intención, cuando el
“ evento dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción u
“ omisión y de la cual la ley hace depender la existencia del de-
“ lito, es previsto y querido por el agente, como consecuencia de
“ la propia acción u omisión (art. 43, inc. 1).

“El delito es preterintencional, o sea, va más allá de la intén-
“ ción, cuando de la acción u omisión deriva un evento dañoso
“ o peligroso más grave que aquel querido (art. 43, inc. 2).

“El delito es culposo, o sea, contra la intención, cuando el
“ evento, aunque previsto, no ha sido querido por el agente, y se
“ verifica a causa de negligencia o inexperiencia o bien por in-
“ observancia de la ley, reglamentos, órdenes o disciplinas (art 43
“ inc. 3).

En nuestro código sólo encontramos disposiciones que reglamentan el dolo y la culpa. Nada dice acerca del delito preterintencional, concepto nuevo del derecho penal y acogido sólo en legislaciones modernas.

Nuestro código no habla de dolo. Solo hace excepción al art. 11. Emplea la palabra malicia o intención (dolo genérico). El dolo que se refiere en varias de sus disposiciones es al dolo específico y entonces emplea la palabra maliciosamente. No encontramos en el código ninguna disposición que nos defina este concepto.

La ley vigente carece también de una noción general de la negligencia. Salvo el caso del art. 11 el código no habla de culpa sino que usa la palabra imprudencia o negligencia.

En el proyecto del año 1929 encontramos bien precisado el concepto de dolo, consecuencia necesaria de la supresión del principio de la voluntariedad del acto como elemento de la definición del delito.

Dispone en su art. 8: “Es punible el agente de infracción co-
“ metida con dolo. Obra con dolo el que conociendo las circuns-
“ tancias de hecho necesarias para la existencia del delito, reali-
“ za la acción u omisión, queriendo el resultado constitutivo del
“ mismo, o aún sin querer éste, pero representándose como po-
“ sible y conformándose con que llegue a producirse”.

Se considera también la figura del dolo eventual en el inciso final del precepto. “Obra con dolo eventual el que, sin querer el

“ resultado de su acción, pero representádoselo como posible, se conforma con que llegue a producirse”.

El art. 9 del proyecto se refiere a la culpa o negligencia. Castiga al agente de un delito culposo en los casos de delitos contra la vida o salud de las personas. En caso de excepción se aplica por delitos contra la propiedad; casos que están expresamente señalados por la ley.

“Obra con negligencia el que no observa el cuidado a que es obligado y a que es capaz según las circunstancias y condiciones personales, y por esto, no prevé que los hechos constitutivos del delito pueden realizarse, y el que considerando posible su realización confía temerariamente en que no hubieren de producirse”.

De aquí se desprende que para la punibilidad de la negligencia son necesarios dos requisitos:

1.— Que el agente haya omitido prestar la atención que las circunstancias exigían. La observancia de este cuidado debe estar en cada caso particular en armonía con su capacidad y sus condiciones personales.

2.— Que se trate de hechos que afecten a la vida o a la salud de las personas. Sólo por excepción se extiende a los delitos contra la propiedad.

En la parte final del artículo 9, se contempla el caso de una especie de negligencia eventual; por ej., el que confiado en su gran destreza para dirigir un vehículo, se lanza por una plaza concurrida, a gran velocidad y ocasiona un accidente.

Nuestro código llama cuasi-delito al delito de culpa y el proyecto lo denomina delitos culposos, obedeciendo a razones de doctrina y de técnica. El título 10 del libro II del Código se denomina “De los cuasi-delitos”. Distingue tres clases de imprudencias: La imprudencia temeraria, la negligencia culpable y la mera imprudencia o negligencia. (arts. 490, 491 y 492).

9.— El capítulo II del título III del libro I del código italiano se denomina “De las circunstancias del delito”.

Las “*circumstantiae delictorum*” tienen por consecuencia jurídica la agravación o la atenuación de la pena. Ellas no son elementos esenciales, sino accidentales de la acción u omisión. El código penal italiano para el efecto de su valorización no exige como regla el que sean conocidas por el autor del hecho.

El art. 59, inc. 1, en efecto, dispone: “Salvo que la ley disponga de otro modo, las circunstancias que agravan o bien que atenúan o excluyen la pena, son valorizadas, respectivamente, a favor o en contra del agente, aunque no sean conocidas por él o por un error suyo sean consideradas como inexistentes”.

El código distingue circunstancias agravantes y atenuantes.

Las circunstancias agravantes comunes están indicadas en el art. 61 que dice así:

“Agravan el delito, cuando no son elementos constitutivos o circunstancias agravantes especiales, las circunstancias siguientes:

“1o.— Haber actuado por motivos viles o fútiles.

“2o.— Haber cometido el delito para ejecutar u ocultar otro, o bien para conseguir o asegurar para sí o para otro el producto, el provecho, o el precio, o bien la impunidad de otro delito.

“3o.— Haber, en los delitos culposos, actuado no obstante la previsión del evento.

“4o.— Haber usado servicia o haber actuado con crueldad en las personas.

“5o.— Haberse aprovechado de circunstancias de tiempo, lugar o persona, para obstaculizar la defensa pública o privada.

“6o.— Haber el culpable cometido el delito durante el tiempo en que se ha substraído voluntariamente a la ejecución de un mandato o de una orden de arresto, de captura o de encarcamiento, pronunciada para un delito precedente.

“7o.— Haber, en los delitos contra el patrimonio o que de alguna manera ofendan el patrimonio o bien en los delitos determinados por motivos de lucro, causado a la persona ofendida por el delito, un daño patrimonial de gravedad notable.

“8o.— Haber agravado o tentado de agravar las consecuencias del delito cometido.

“9o.— Haber cometido el hecho con abusos de poderes o con violación de los deberes inherentes a una función, a un servicio público, o bien a la calidad de ministro de culto.

“10o.— Haber cometido el hecho contra un funcionario público o persona encargada de un servicio público o revestida de la calidad de ministro del culto católico o de culto admitido por el Estado, o bien contra agentes diplomáticos o consulares de un Estado extranjero, durante el ejercicio o a causa del cumplimiento de las funciones o del servicio.

“11o.— Haber cometido el hecho con abuso de autoridad o de relaciones domésticas o bien con abuso de relación de oficio, de prestación de servicios, de cohabitación o de hospitalidad”.

Circunstancias atenuantes.— El nuevo código ha abolido las circunstancias atenuantes no definidas por el código y confiadas a la discreción del juez, como se disponía en el código de 1889.

Están enumeradas en el artículo 62, que dispone:

“Atenúan el delito, cuando no son elementos constitutivos o circunstancias atenuantes especiales, las circunstancias siguientes:

“1o.— Haber actuado por motivos de particular valor moral o social.

“2o.— Haber reaccionado en estado de ira, determinado por un hecho injusto de otra persona.

“3o.— Haber actuado por sujeción de una muchedumbre,
“ cuando no se trata de reuniones prohibidas por la ley o por la
“ autoridad, y el culpable no es delincuente o contraventor habi-
“ tual, profesional o delincuente por tendencia.

4o.— Haber, en los delitos contra el patrimonio o que de al-
“ gún modo ofendan al patrimonio, causado a la persona ofendi-
“ da por el delito, un daño patrimonial muy leve.

“5o.— Haber concurrido a determinar el evento, junto con la
“ acción u omisión del culpable, el hecho doloso de la persona
“ ofendida.

“6o.— Haber, antes del juicio, reparado enteramente el daño,
“ mediante el resarcimiento de él y cuando sea posible mediante
“ la restitución, o haberse antes del juicio preocupado espontá-
“ nea y eficazmente de eludir o atenuar las circunstancias dañó-
“ sas y peligrosas del delito”.

En el art. 70, el legislador hace otra clasificación de las cir-
cunstancias para los efectos de la pena: las divide en objetivas,
subjetivas e inherentes a la persona del culpable.

Son circunstancias objetivas las que se refieren a la naturale-
za o especie del crimen; a los medios (instrumento para come-
terlos); al objeto; al tiempo, al lugar y a toda otra modalidad de
la acción; a la gravedad del daño o peligro; a las condiciones o
calidades personales del ofendido.

Son circunstancias subjetivas las que se refieren a la inten-
sidad del dolo; al grado de la culpa; a las condiciones y calidades
personales del culpable; a las relaciones entre el culpable y el
ofensor.

Son inherentes a la persona del culpable las circunstancias
que se relacionan con la imputabilidad y con la reincidencia.

Nuestro código penal reglamenta las circunstancias que agrava-
van la responsabilidad en su artículo 12 y las circunstancias que
la atenúan en su art. 11. Las circunstancias atenuantes y agravan-
tes de la responsabilidad son eliminadas por el proyecto de 1929.
Esta es una de las principales novedades.

Se ha seguido en este punto la opinión que sostiene que es
imposible catalogar las circunstancias que atenúan o agravan la
responsabilidad, porque son infinitas. Es por eso que se las ha
reemplazado por fórmulas de grandes amplitudes de modo que
puedan encuadrarse en todos los casos que de ordinario se presen-
tan en la vida.

Como consecuencia lógica de la eliminación de tales circuns-
tancias han desaparecido las escalas graduales que aplica el juez
para medir la pena.



CAPITULO III

SISTEMA PENAL ADOPTADO POR EL CODIGO

10.— Clasificación de las penas.— 11.— Penas principales. a) Pena de muerte. b) Presidio perpétuo. c) Reclusión. d) Pena de arresto. e) Penas pecuniarias. 12.— Penas accesorias. a) Inhabilitación de oficios públicos. b- Inhabilitación de una profesión o arte. c) Pérdida o suspensión de la patria potestad y de la potestad marital. d) Suspensión de una profesión o arte. 13.— Modificación y aplicación de las penas. Poderes discrecionales y facultades del juez. Otras disposiciones acerca de la aplicación de las penas. 14.— Ejecución de las penas detentivas. Para adultos. Para menores. Remuneración de los condenados. 15.— Extinción de la pena. 16.— Sanciones civiles.

El nuevo código, además de haber introducido las medidas de seguridad, ensanchando así el campo de la defensa social, ha reforzado y reformado en parte las penas, introduciendo modificaciones importantes, que veremos a continuación. Pero el campo propio de la legislación penal queda siempre confiado a la defensa represiva contra la delincuencia.

10.— El código clasifica las penas en principales y accesorias.

Las primeras las podemos dividir en: penas principales establecidas para los delitos y que son, de acuerdo con el art. 17: la pena de muerte, el presidio perpétuo, la reclusión y la multa; y penas principales para las contravenciones, que son: el arresto y la multa (ammenda).

Las penas principales de presidio perpétuo, reclusión y arresto se denominan penas restrictivas de la libertad personal; la multa, para los delitos y la multa para las faltas se denominan pecuniarias.

Las penas accesorias, podemos también dividir las en penas accesorias para los delitos: inhabilitación para oficios públicos; inhabilitación para una profesión o arte; inhabilitación legal; pérdida de la capacidad de testar y la nulidad del testamento hecho con anterioridad a la condena; pérdida y suspensión de la patria potestad o de la potestad marital.

Pena accesoria para las contravenciones es la suspensión del ejercicio de una profesión o de un arte.

Pena común para los delitos y contravenciones es la publicación de la sentencia penal condenatoria. (Art. 19).

En nuestro código encontramos varias divisiones de penas. Una de ellas es la división de las penas en principales y accesorias.

El art. 21, en concordancia con el art. 3 que consagra la división tripartita de las infracciones, las divide en penas de crímenes, de simples delitos y de faltas. Se diferencia en esto con el código italiano y el proyecto del 29, que sólo reconocen penas de delitos y penas de faltas.

Las penas principales de crímenes para el código son la pena de muerte; las penas perpetuas: presidio, reclusión y relegación perpétuas; las penas temporales mayores: presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación mayores.

Las penas principales de simple delito son las penas temporales menores: presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores; y el destierro.

La pena principal de falta es la prisión.

Las penas accesorias de crímenes son las penas privativas de derechos, o sea, la inhabilitación absoluta y especial, perpétua y temporal.

La pena accesoria para simple delito es la suspensión de cargo u oficio público o profesión titular.

Estas penas que hemos clasificado como accesorias, según el art. 21 del código, se imponen también en calidad de penas principales, pero lo más frecuente es que sean accesorias.

También en el art. 21 el código señala la pena de cadena o grillete, celda solitaria e incomunicación con personas extrañas al establecimiento penal. Estas penas, a pesar de ser accesorias, no van unidas a una principal sino que se aplican, de acuerdo con el art. 90, en el caso de quebrantamiento de la condena.

Penas comunes a las tres clases anteriores son la pena de multa y el comiso.

Nuestro código admite otras clasificaciones que no trataremos aquí por no poderlas relacionar con el código italiano que no las contempla.

El proyecto del 29 denomina el título VII "Represión" y en el art. 31 dispone que las penas establecidas para los delitos son: presidio, reclusión, prisión, relegación, inhabilitación y multa y las penas correspondientes a las faltas son el arresto y la multa. Y cita el comiso, la publicación de la sentencia condenatoria y la inhabilitación en su caso, como penas accesorias comunes a los delitos y a las faltas.

11.—a) **Pena de muerte**—Es la pena capital. El código de 1889 abolió dicha pena. Fué restablecida por una ley especial del año 1926 para los delitos políticos (atentados contra el rey, el primer Ministro, o miembros de la familia real). No se puede decir, por lo tanto, que el código la haya introducido en la legislación italiana, sino que más bien extendió el campo de aplicación

de los delitos políticos a los delitos comunes más graves. Sin duda alguna en esta ley, como ley de defensa del Estado, la pena de muerte tenía un carácter temporal y excepcional; en cambio, en el código fué introducida con carácter permanente; igual carácter tenía y tiene en la legislación militar, sea para tiempo de paz o de guerra, y en la legislación colonial.

El ministro Rocco en la Relazione Ministeriale dice “que el problema de la pena de muerte no es sólo un problema de filosofía. Es principalmente un problema de política social”. (116).

La historia de la pena de muerte en las naciones más civilizadas se ha caracterizado siempre por una serie de aboliciones y restablecimientos.

Al tratar de la historia de la legislación penal italiana nos referimos especialmente a este punto. Se interpretó la introducción de la pena de muerte como un retroceso de la legislación penal, crítica que el ministro Rocco combate ampliamente.

Como ya vimos, el código la enumera entre las penas principales establecidas para los delitos. Todo condenado a la pena de muerte, de acuerdo con el art. 21, es fusilado en los establecimientos penitenciarios, salvo que el ministro de Justicia indique otro lugar.

La condición jurídica del condenado a muerte, antes de cumplirse la sentencia, es igual a la del condenado a presidio perpetuo, de acuerdo con el art. 38.

La sentencia condenatoria a muerte es publicada por medio de fijación de carteles en la comuna donde fué pronunciada, en aquella donde se cometió el delito y en aquella donde el condenado tenía la última residencia. Se publica además, un extracto de la sentencia por una sola vez en uno o más periódicos designados por el juez, salvo que éste ordene la publicación íntegra de la sentencia. Es hecho de oficio y los gastos son de cuenta del condenado.

La pena de muerte es contemplada en nuestra legislación y se aplica en 4 casos: como pena única: 1.—Art. 91 inc. 2. Caso del nuevo delinquirimiento durante el cumplimiento de la condena, si el reo cumplía una pena de presidio y reclusión perpetua y el nuevo delito que comete está penado también con la misma pena.

2.—Art. 106. Caso de delito de traición a la patria cuando se han seguido hostilidades.

3.—Art. 326. Accidente ferroviario cuando se causa la muerte de una persona.

4.—Art. 390. Caso de parricidio.

Hay algunos otros casos en que la pena de muerte es el último grado de una pena compuesta. Ej: Art. 391 No. 1. Caso

de homicidio calificado. Art. 474. Caso de delito de incendio. Art. 433. Caso de robo con violencia o intimidación en las personas.

De acuerdo con el art. 82 todo condenado a muerte es fusilado. La ejecución tiene lugar de acuerdo con el art. 9 del reglamento de la ley del 3 de Agosto de 1876, en las penitenciarías donde las hay o, en caso contrario, la ejecución tiene lugar en las cárceles y presidios cuando lo permiten sus condiciones.

Esta pena se ejecuta tres días después de notificado al reo el cúmplase de la sentencia ejecutoria. Los arts. 83, 84 y 85 del código contienen otras disposiciones acerca de la pena de muerte que el código penal italiano no contempla y que por eso no trataremos.

b) **Presidio perpetuo.**—El nuevo código conserva esta pena, pero se le han introducido varias modificaciones; la más importante es, sin duda, la abolición de la segregación continua celular, esto es, diurna y nocturna, disponiendo a este respecto el art. 22 que “esta pena que es perpétua, se cumple en establecimientos destinados para este objeto con obligación de trabajo y con aislamiento nocturno”.

Se ha demostrado que el aislamiento continuo es más bien fuente de enbrutecimiento que de redención moral y causa de debilitamiento de las fuerzas físicas, de la inteligencia y de la moral; el aislamiento nocturno se mantiene como medio para evitar la inmoralidad, los vicios y el contagio criminal. En el proyecto preliminar y en el proyecto definitivo del código se contemplaba el aislamiento diurno y nocturno, dando facultad para agregarlo a la pena de cadena perpétua, por un tiempo no inferior a seis meses ni superior a dos años. La comisión parlamentaria propuso la supresión del aislamiento diurno.

El código también dispone que el que ha cumplido tres años de la pena, puede ser admitido al “lavoro all' aperto”. Es facultad del Ministro de Justicia disponer que la pena sea cumplida en una colonia; en este caso puede ser el condenado admitido al “lavoro all' aperto” antes de transcurrir el plazo de 3 años.

De acuerdo con el artículo 32, inc. 1 y 2, el condenado a presidio perpetuo se encuentra en estado de inhabilitación legal; pierde la patria potestad y la potestad marital y la capacidad de testar, declarándose nulo también el testamento hecho antes de la condena.

Lo dicho para la publicación de la pena de muerte es aplicable a la publicación de la sentencia condenatoria a presidio perpetuo.

Nuestro código contempla tres clases de penas perpetuas: el presidio, la reclusión y la relegación perpetuas. El presidio y la reclusión están definidas en el art. 32 del código penal; la diferencia que existe entre estas dos penas es que la de presidio obliga al reo al trabajo y la de reclusión no le impone dicha obligación.

La relegación está definida en el art. 35. Consiste en la traslación del reo a un punto habitado del territorio de la República con prohibición de salir de él, pero permaneciendo en libertad.

Como ya vimos, el código italiano contempla sólo el presidio como pena perpetua. La reclusión sólo es contemplada como pena temporal y la relegación no es tratada en el código.

El proyecto de 1929 no contempla ninguna pena perpetua. La pena de presidio tiene duración indeterminada con mínimum de 15 años, según lo dispuesto en el art. 32 inc. 2. Esta pena reemplaza a la pena de muerte y a las penas perpetuas que contempla al código vigente.

De acuerdo con el art. 27 del código penal, la pena de presidio lleva como pena accesoria la inhabilitación absoluta. Igual cosa dispone el art. 38, agregando que en tal caso se produce además la interdicción civil, o sea, la privación de la patria potestad y de la representación marital.

c) **Pena de reclusión.**—Es una pena carcelaria temporal que contemplaba el código de 1889, junto con la detención, que ha sido suprimida en el nuevo código por considerársele como un duplicado inútil de la reclusión. Está reglamentada en el art. 23. Esta pena fluctúa entre 15 días y 24 años; se cumple en establecimientos destinados para este objeto con la obligación de trabajar y con aislamiento nocturno.

También en el proyecto del 27 se concedía al juez la facultad para agregar a esta pena el aislamiento continuado por un plazo no inferior a una tercera parte de la pena inflingida ni superior a un año; la comisión parlamentaria también en este caso abogó por la supresión.

El que ha cumplido un año de la condena puede ser admitido al lavoro all' aperto", e igual que en el caso de presidio perpetuo, puede el Ministro de Justicia disponer su cumplimiento en colonias agrícolas.

La reclusión por un tiempo superior a 5 años lleva como pena accesoria la inhabilitación legal y la suspensión del ejercicio de la patria potestad y de la potestad marital, salvo que el juez disponga de otro modo, (art. 32, inc. 3).

La pena de reclusión corresponde a las penas temporales mayores que contempla nuestro código y que duran hasta 20 años, de acuerdo con el art. 25. Ellas son: :presidio, reclusión, confinamiento, extranamiento y relegación mayores.

Ya sabemos en qué consisten las tres primeras.

El confinamiento es la expulsión del reo del territorio de la República con residencia forzosa en un lugar determinado (art. 33).

El extrañamiento, de acuerdo con el art. 34, es la expulsión del reo del territorio de la República al lugar de su elección.

Estas penas llevan como accesoria la inhabilitación absoluta de acuerdo con el art. 28.

La pena de reclusión contemplada en el proyecto de 1929 viene a reemplazar a las penas mayores de nuestro Código Penal. Tiene una duración máxima de 20 años y es indeterminada desde el mínimun de 5 años.

No contempla el proyecto ni el confinamiento ni el entañamiento. Sólo conserva la relegación. De acuerdo con el art. 34, su duración es determinada por el juez entre uno y 10 años. La aplicación de esta pena se ha reservado para los casos en que la peligrosidad sea compatible con la libertad del sujeto, como, por ejemplo, en los delitos políticos.

De acuerdo con el art. 38, esta pena lleva como accesoria la inhabilitación absoluta y produce además la interdicción civil, esto es, la privación de la patria potestad y de la representación marital.

d) **Pena de arresto.**—Es la última de las penas principales restrictivas de libertad que contempla el código. Esta pena fluctúa, de acuerdo con el art. 25, entre 5 días y tres años y se cumple en establecimientos especiales o en secciones especiales de establecimientos de reclusión, con obligación de trabajo y aislamiento nocturno.

Tratándose de esta pena el código dispone expresamente que puede el reo dedicarse a trabajos distintos de aquellos organizados en el establecimiento de acuerdo con sus aptitudes.

La pena de arresto corresponde a las penas temporales menores contempladas por nuestro código penal. Duran de 61 días a 5 años.

De acuerdo con el art. 29 y 30 del código, estas penas llevan consigo la de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y la suspensión de cargo u oficio público, según sea el grado de la pena.

El proyecto contempla la pena que llama de prisión y que reemplaza a las anteriores nombradas. Tiene, de acuerdo con el inc. 4 del art. 32, duración indeterminada entre el mínimun y el máximun fijados por la ley para el delito. Si la ley no señala especialmente el mínimun o el máximun se entiende que el primero es de 6 meses y el segundo de 5 años.

El código chileno contempla para las faltas la pena que llama de prisión y que dura de 1 a 60 días; el proyecto le da el nombre de arresto y tiene igual duración.

Es la única pena que no es indeterminada en el proyecto y la razón es que se trata de casos de insignificante peligrosidad y de una pena de escasa duración.

e) **Penas pecuniarias.**—Particular reglamentación encuentra en el nuevo código las penas pecuniarias. El código faculta al juez para proporcionar esta pena, no sólo a la gravedad del delito, sino que a las diversas condiciones económicas del culpable y en los delitos determinados por motivos de lucro, la facultad de agregar a la pena detentiva establecida por la ley, una pena pecuniaria, dentro de los límites establecidos por ella.

La multa es la pena establecida para los delitos, que consiste en el pago de una suma no inferior a 50 liras ni superior a 50,000 liras.

Cuando un delito particular es castigado exclusivamente o alternativamente con multa, disposiciones especiales determinan el máximo y el mínimo especial de tal pena para esos determinados delitos.

El art. 24 inc. 3, da poderes al juez para aumentar la pena al triple cuando por la condición económica del reo, la multa prevista por la ley para un delito determinado puede presumirse ineficaz, aunque sea aplicada en el máximo; el mismo artículo faculta al juez en el inc. 2 para agregar a la pena de reclusión establecida por la ley una multa que varía entre 50 a 20,000 liras, para aquellos delitos cometidos con motivo de lucro.

La ammenda (multa), contemplada en el art. 26 como pena principal para las contravenciones, consiste en el pago al Estado de una suma no inferior a 20 liras ni superior a 10,000; igualmente, el código faculta al juez en este caso para aumentarla al triple, si dadas las condiciones económicas del reo, la multa prevista por la ley resulta ineficaz.

Las penas pecuniarias pueden ser fijas y proporcionales. Estos caracteres están determinados especialmente por la ley. Las penas pecuniarias proporcionales no tienen un límite máximo.

La multa es la pena pecuniaria por excelencia. La cuantía de la multa está señalada en el art. 25 inc. 6 del código penal.

Tratándose de crímenes no puede exceder de \$ 5,000; tratándose de simple delitos no puede exceder de \$ 1,000 y tratándose de faltas no puede exceder de \$ 100.

La cuantía de la multa en las faltas ha sido modificada en parte por el Dto. Ley No. 26, de 14 de Junio de 1932, que eleva la multa hasta \$ 200, tratándose de los hechos penados en los arts. 494 No. 19 y 495 Nos. 21 y 22 del código penal.

De acuerdo con el art. 49, cuando el penado no tiene bienes para satisfacer la multa, se le aplica la pena de reclusión, regulándose un día por cada peso; pero de todas maneras la pena de reclusión no puede exceder nunca de dos años.

El proyecto de 1929 reglamenta la multa en sus arts. 44 y 45.

De acuerdo con el art. 44, la pena de multa consiste en el pago de una cantidad de dinero que fijará el tribunal, de acuerdo con la renta diaria probable del condenado, y dentro de los límites establecidos por la ley.

El proyecto y el código chileno (art. 70) en esta materia tienen puntos de contacto con el código italiano, ya que ambos facultan al tribunal para imponer la multa, de acuerdo con las condiciones económicas del culpable.

También el proyecto fija los límites de la multa cuando la ley no se ha referido a un caso determinado.

El art. 44 en sus incisos 2, 3 y 4, dispone al respecto:

“Dichos límites cuando la ley no señale especialmente otros, serán dos unidades como mínimum y noventa como máximun.

“El monto de la renta diaria que constituirá la unidad de multa se determinará prudencialmente con el mérito de los antecedentes, atendiendo a la fortuna, rentas y cargos del penado en el momento del juzgamiento o en el de la ejecución del hecho.

“La unidad de multa no podrá ser inferior a la suma de dos pesos”.

El art. 45 faculta al juez para que conceda un plazo que no puede ser mayor de 2 meses para el pago de la multa; puede también disponer que él se haga por cuotas, de acuerdo con las necesidades del penado y su familia (inc. 1).

Si no se paga la multa al vencimiento del plazo, ella se hace efectiva sobre los bienes, sueldos u otras entradas del penado y en caso de no tenerlas, la multa se paga con el producto del trabajo a que se obliga al reo (inc. 2).

Puede, además, pagarse en cualquier momento y lógicamente entonces, cesar las medidas que se hubiesen adoptado (inc. 4).

Y, por último, la ley faculta al juez para perdonar la multa cuando atendidas la edad, la salud y el sexo del culpable esté imposibilitado físicamente para el trabajo.

12.—El nuevo código ha contrapuesto al sistema de las penas principales, el sistema de las penas accesorias, que, conservando el carácter de tales, se distinguen de las principales en que no son infringidas en la sentencia condenatoria sino que les siguen de derecho, como efectos penales de ellas. Por lo tanto, no son sólo penas complementarias y accesorias, sino que consecuencias de las penas principales.

a) **Inhabilitación para oficios públicos.**—Según el art. 28, la inhabilitación es perpetua o temporal.

La perpetua priva al condenado, salvo disposición expresa de la ley:

10.—Del derecho de elegir y ser elegido y de todo otro derecho político.

20.—De todo empleo público, de todo cargo público, y de la calidad de empleados públicos.

30.—Del cargo de tutor o curador, aún provisorio y de toda otra carga que se refiera a la tutela o curatela.

40.—De los grados, dignidades académicas, de los títulos, de las condecoraciones y de otros honores públicos.

50.—Del sueldo, pensiones y de las asignaciones que estén a cargo del Estado o de otra entidad pública.

60.—De todo derecho honorífico inherente a cualquiera de los cargos, servicios, grados o títulos y de las dignidades, calidades y condecoraciones indicadas en los números precedentes.

7o.—De la capacidad de asumir o adquirir cualquier derecho, cargo, servicio, calidad, grado, título, dignidad, condecoración o insignias honoríficas indicadas en los números precedentes.

La pena de presidio perpétuo y la condena a reclusión por un tiempo no inferior a 5 años importan la inhabilitación perpetua del condenado para los cargos públicos (art. 29 inc. 1).

La inhabilitación temporal, priva al condenado de la capacidad de adquirir, de ejercitar o de gozar durante ella, de los derechos, de los cargos, de los servicios, de las calidades, de los grados, de los títulos y de los honores ya mencionados.

No puede durar menos de un año ni más de 5 años. La condena a reclusión por un tiempo no inferior a 3 años importa la inhabilitación para los cargos públicos por el plazo de 5 años.

El art. 31 dispone: “Toda condena por delitos cometidos con abuso de poderes o con violación de los deberes inherentes a una función o cargo público, o al cargo de tutor o curador, o bien con abuso de una profesión, arte, industria, comercio u oficio, o con violación de los deberes inherentes a ellos, importa la interdicción temporal de uno a cinco años de los cargos públicos, de la profesión o arte, de la industria, comercio u oficio”.

La comisión había propuesto fijar para esta pena un plazo menor. También proponía que ella no fuese obligatoria, sino facultativa.

Según nuestro código, las penas de inhabilitación pueden imponerse como penas principales, de acuerdo con el art. 21. En virtud del art. 25, inc. 2 las penas de inhabilitación temporales duran de 3 años y 1 día a 10 años.

Pero más comunmente estas penas se imponen como accesorias.

Los efectos de dichas penas están reglamentados en los arts. 38 y 39 del Código.

De acuerdo con el primero, la pena de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares y la inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos y profesiones titulares, producen:

1o.—La privación de todos los honores, cargos, empleos y oficios públicos y profesiones titulares de que estuviere en posesión el penado, aún cuando sean de elección popular.

2o.—La privación de todos los derechos políticos activos y pasivos y la incapacidad perpetua para obtenerlos.

3o.—La incapacidad para obtener los honores, cargos, empleos, oficios y profesiones mencionados, perpetuamente si la inhabilitación es perpetua y durante el tiempo de la condena si es temporal.

4o.—La pérdida de todo derecho para obtener jubilación u otra pensión por los empleos servidos con anterioridad.

De acuerdo con el art. 39, las inhabilitaciones especiales, sean perpetuas o temporales, producen:

1o.—La privación del cargo, empleo, oficio o profesión sobre que recaen y la de los honores anexos a el, perpetuamente si la inhabilitación es perpetua y por el tiempo de la condena si es temporal.

2o.—La incapacidad para obtener dicho cargo, empleo, oficio o profesión u otros en la misma carrera, perpetuamente cuando la inhabilitación es perpetua y por el tiempo de la condena cuando es temporal.

Según el proyecto, la pena de inhabilitación puede ser principal o accesoria, absoluta o relativa. No dice nada acerca de la perpetuidad de ellas, ya que según el proyecto no hay ninguna pena perpetua.

Como pena principal dura de 1 a 10 años; como accesoria puede excepcionalmente extenderse hasta 3 años más allá del máximun fijado por la ley si el tribunal lo estima conveniente.

Los efectos de la inhabilitación absoluta están indicados en el art. 35 del proyecto.

Los tres primeros efectos corresponden a los Nos. 1, 2 y 4 del art. 38, del código vigente y agrega la incapacidad para ejercer por su cuenta o la de otro ciertas profesiones, industrias o comercio que se especificarán en la sentencia.

Los efectos de la inhabilitación relativa están reglamentados en el art. 37 y son las mismas que el código fija para las inhabilitaciones especiales.

b) **Inhabilitación para una profesión o arte.**—Esta pena ha sido introducida por el nuevo código; no se contemplaba en el del 89. Está reglamentada en el art. 30, que dispone que: “Esta
“ pena priva al condenado de la capacidad de ejercitar, durante
“ la inhabilitación una profesión, arte, industria, comercio u ofi-
“ cio, para los cuales sea necesario un permiso o una habilitación
“ especial, o una autorización o licencia de la autoridad, e im-
“ porta la caducidad de dicho permiso o habilitación, autoriza-
“ ción, o licencia”.

Su duración, salvo los casos expresamente establecidos por la ley, fluctúa entre 1 mes y 5 años.

Como pudimos ya constatarlo, tanto el código como el proyecto tratan conjuntamente la inhabilitación para cargos públicos y para una profesión o arte. No se refieren a ellos en artículos separados, como lo hace el código italiano.

c). **Pérdida de la patria potestad y de la potestad marital.**— El art. 34 contempla la pena accesoria establecida para los delitos consistente en la pérdida de la patria potestad o de la potestad marital, o bien la suspensión del ejercicio de ella.

La ley determina expresamente los casos en que la condena lleva consigo la pérdida de la patria potestad o de la potestad marital, que importa, de acuerdo con el inc. 3, la privación de todo derecho que al marido o a los padres, le correspondan sobre los bienes de su mujer o de sus hijos.

La suspensión de ellos importa también la suspensión de los derechos ya mencionados, de acuerdo con el inc. 4 del art. 34.

Contempla el inc. 2 el caso de condena por delitos cometidos con abuso de la patria potestad o de la potestad marital, disponiendo para estos casos la suspensión del ejercicio de estos poderes por un período de tiempo igual al doble de la pena inflingida.

El código nada dice acerca de la pérdida de la patria potestad y de la potestad marital; en el proyecto, en cambio, encontramos el art. 39 que dispone al respecto:

“La pena de inhabilitación sea absoluta o relativa privará de
“ la patria potestad o de la guarda siempre que el delito se ha-
“ ya cometido contra los hijos o pupilos del condenado, o en
“ perjuicio de los mismos, o en concurrencia con los hijos o pu-
“ pilos, o que se trate de delitos contra la honestidad, las per-
“ sonas o la propiedad o que al cometerse el delito se hayan in-
“ fringido los deberes de la patria potestad o de la guarda, salvo
“ lo que este código disponga en casos especiales”.

“En los casos de este artículo, el juez agregará la inhabili-
“ tación relativa, con los efectos señalados, aunque no lo esta-
“ blezca la ley”.

d) **Pena accesoria para las contravenciones.**—La única pena accesoria establecida para las contravenciones es la suspensión del ejercicio de una profesión o de un arte, que, de acuerdo con el inc. 3 del art. 35, va unida a toda condena por contravención cometida por abuso de la profesión, arte, industria, del comercio u oficio, o bien, con violación de los deberes inherentes a ellas, siempre que la pena inflingida no sea inferior a un año de arresto. La suspensión no puede ser inferior a 15 días ni superior a 2 años y priva al condenado durante ella de la capacidad de ejercitar una profesión, una industria, arte, comercio u oficio para los cuales sea necesario un permiso o habilitación especial o una autorización o permiso de la autoridad.

Una regla general para las penas accesorias es la contenida en el art. 37. Dicho artículo reglamenta el caso en que la duración de una pena accesoria temporal no está determinada por la ley. En ellos, la duración es igual a la de la pena principal. Sin embargo, por ningún motivo puede sobrepasar el mínimo y el máximo establecido para cada especie de pena accesoria.

13.—El título V del libro 1, trata de la modificación, aplicación y ejecución de la pena.

En la aplicación judicial y en la ejecución de las penas, ha introducido el nuevo código el principio de la individualización judicial y administrativa de la pena, lo que ha tenido que llevar consigo una mayor extensión a los poderes del juez.

Reconoce además, la necesidad de un control y de una vigilancia en la ejecución administrativa de la pena y ha creado para tal fin un órgano jurisdiccional que lleva el nombre de “juez de

vigilancia". No ha dado tal facultad a los órganos de la administración penitenciaria.

Al respecto el art. 144, dispone: "la ejecución de la pena detentiva es vigilada por el juez. El decide acerca de la admisión al "lavoro all' aperto" y da su opinión sobre la admisión a la libertad condicional".

Para evitar los excesos que se puedan cometer con el principio de la individualización de la pena, el código no ha acogido la institución de la pena indeterminada, ya que el Ministro y los redactores consideran que ella, por su naturaleza, debe ser determinada.

Pero las facultades del juez se han ampliado considerablemente y puede moverse entre un mínimun y un máximun establecido por la ley.

El art. 132, dispone:

"En los límites fijados por la ley, el juez aplica la pena discrecionalmente; debe indicar los motivos que justifican el uso de tal poder discrecional.

"En el aumento o en la disminución de la pena no se pueden sobrepasar los límites establecidos para cada especie de pena, salvo los casos expresamente determinados por la ley".

Y el art. 133 agrega:

"En el ejercicio del poder discrecional indicado en el artículo precedente, el juez debe tener en cuenta la gravedad del delito, deducida:

"1o.—De la naturaleza, de la especie, de los medios, del objeto, del tiempo, del lugar y de toda otra modalidad de la acción;

"2o.—De la gravedad del daño o del peligro causado a la persona ofendida por el delito;

"3o.—De la intensidad del dolo o del grado de la culpa.

"El juez debe tener en cuenta, también, la capacidad para delinquir del culpable, deducida:

"1o.—De los motivos que tuvo para delinquir y del carácter del reo;

"2o.—De los antecedentes penales y judiciales y, en general, de la conducta y de la vida del reo, anteriores al delito;

3o.—De la conducta contemporánea y posterior al delito;

"4o.—De las condiciones de vida individual, familiar y social del reo".

Otras facultades otorgadas por la ley al juez son: sustituir una pena por otra (en las penas determinadas); agregar una pena a otra; eximir de la aplicación de la pena, por medio del perdón judicial o de la libertad condicional; y, finalmente, la facultad que se da al juez en la aplicación de las medidas de seguridad, como veremos más adelante.

Se puede afirmar que en la nueva legislación el juez no está ligado a la aplicación y ejecución de las medidas establecidas por

la ley, sino que es dueño de su juicio y libre para inspirarlo en los principios de la equidad humana.

Nuestro código, código clásico, sigue lógicamente en este punto a la escuela clásica. Ella sostiene que si bien la legislación debe determinar la clase y duración de la pena correspondiente a cada delito, debe, sin embargo, dejarse cierta latitud al juez para que éste, al fijar la pena, pueda tomar en consideración las circunstancias agravantes o atenuantes que concurren en el delito. Por esto las penas correspondientes a los delitos se fijan dentro de un mínimum y un máximun para que puedan apreciarse las circunstancias ya mencionadas que están taxativamente enumeradas en el código.

Con respecto a las circunstancias atenuantes hay diferencias entre la escuela clásica y nuestro código, ya que la primera afirma que hay ciertas atenuantes que si bien no figuran enumeradas en el código, puede el juez, a pesar de ello, tomarlas en cuenta.

Es innovación del proyecto, por lo tanto, la aceptación franca del sistema denominado de "penas fijadas a posteriori" vulgarmente conocido con el nombre de "sentencia indeterminada".

El proyecto adopta tres clases de indeterminación.

El sistema de indeterminación absoluta en el caso de internamiento motivado por el estado peligroso.

El sistema de indeterminación relativa es adoptada en las penas de presidio y en los casos de reincidencia, más allá de un mínimum de 15 años.

Y, por último, se establece un tercer tipo de indeterminación, con fijación de mínimum y máximun (penas de reclusión y prisión).

El título VIII del proyecto se denomina "Aplicación de las penas".

El art. 50 enumera una serie de circunstancias que el juez deberá tomar en cuenta al aplicar las penas. Debemos dejar establecido que la enumeración es sólo por vía de ejemplo, pues queda abierta para aceptar los infinitos casos que ofrece a diario la psiquis del delincuente. Este artículo guarda armonía con el art. 52, que trataremos más adelante, en el que se dan reglas para la apreciación de la peligrosidad predelictual. Podemos, si, desde luego, afirmar que un mismo espíritu anima a ambos preceptos, la atención preponderante del actor sobre el acto, del móvil sobre el daño. El objeto práctico de esta disposición, que ordena al juez estudiar la peligrosidad del sujeto, es facilitar el tratamiento penal.

El art. 50 dice así:

"Al imponerse la pena, el juez apreciará la peligrosidad del agente, tomando principalmente en consideración:

"1o., los móviles y los impulsos que hubieren atraído a la ejecución del hecho, el fin perseguido, la persistencia de la voluntad gastada, los medios empleados, el modo de ejecución y la pluralidad de agentes;;

“2o., las consecuencias del hecho imputables al agente y la existencia de vínculos o relaciones entre el ofensor y el ofendido;”

“3o., el grado de conciencia del agente y la influencia de las perturbaciones morbosas, u otras análogas, sobre la voluntad;

“4o., la edad del sujeto, su educación, su vida personal, familiar y social anterior al delito, su situación económica en el momento de la ejecución del hecho y en el de ser juzgado y sus antecedentes judiciales y penales;

“5o., el comportamiento posterior al hecho y, especialmente, si ha procurado reparar los daños que de él provienen y la confesión sincera antes de haber sido descubierto;

“6o., en los delitos culposos, el mayor o menor grado de negligencia del hechor”.

El art. 51 contiene una regla de gran arbitrio judicial.

Dispone en su inc. 1 que en el caso de que las circunstancias fueren manifiestamente favorables al culpable, el juez puede imponer las penas de duración determinada o indeterminada reducidas hasta la mitad del mínimum que corresponde en cada caso. Y cuando se trata de la pena de prisión con mínimum inferior a 5 años puede sustituirla por multa de 10 a 90 unidades.

El inc. 2 da reglas para el caso contrario, o sea, cuando las circunstancias que concurren son manifiestamente contrarias al reo. En tal caso, el juez puede imponer la pena privativa de libertad correspondiente al delito con calidad de indeterminada, o sea, sin sujetarse al máximun que le fija la ley. Esta medida se justifica ampliamente, pues si las circunstancias enumeradas en el art. 50 llegan a prevalecer en contra del reo, quiere decir que éste es de una gran peligrosidad.

Otras disposiciones acerca de la aplicación de las penas. De gran importancia práctica son las disposiciones, contempladas en el art. 135, que se refiere a la proporción que debe existir entre penas de distinta naturaleza, y el art. 136, que trata de la conversión de las penas restrictivas en penas pecuniarias.

La proporción entre las penas pecuniarias y las penas restrictivas es, de acuerdo con el art. 135, de un día de pena detentiva por 50 liras o fracción de 50 liras.

Si las penas de multa y ammenda (multa) no son ejecutadas por insolvencia del condenado, se convierten, respectivamente, en reclusión que puede fluctuar entre 15 días y tres años, y arresto por un período de 5 días a 2 años. El condenado puede hacer cesar la pena, pagando la multa o ammenda, deduciendo la suma correspondiente a la duración de la pena ya cumplida.

14.—El cap. 2 del título V se ocupa de la ejecución de las penas.

Con respecto a la ejecución de las penas detentivas, hay que distinguir según los condenados sean hombres, mujeres o niños.

El art. 41 dispone:

“La pena detentiva para los delitos, se cumple en establecimientos especiales, para cada una de las siguientes categorías de condenados:

1o., delincuentes habituales, profesionales o por tendencia;
2o., condenados a penas disminuídas por enfermedad psíquica, por sordomudez, por intoxicación crónica de alcohol o por sustancias estupefacientes; ebrios habituales y personas dedicadas al uso de sustancias estupefacientes.

Estos son sometidos a un régimen curativo cuando ello es necesario.

La pena restrictiva, establecida para las contravenciones, esto es, el arresto, se cumple en secciones especiales de los establecimientos destinados a la ejecución de las penas ya mencionadas.

Tratándose de mujeres las penas detentivas se cumplen en establecimientos diferentes de aquellos destinados a los hombres (art. 141, inc. 5).

Una reglamentación especial dedica el código en el art. 142 a la ejecución de las penas detentivas aplicables a los menores.

Debemos distinguir, a este respecto, entre menores de 18 años y mayores de esta edad.

Los menores de 18 años cumplen sus penas en establecimientos separados de aquellos de los adultos, o bien en secciones separadas de los establecimientos para adultos. Pueden ser admitidos al “lavoro all’ aperto” antes de haber cumplido tres años de la pena que es la regla general.

En las horas no destinadas al trabajo, se les da una instrucción que tiene como fin especialmente la reeducación moral (inc. 1).

Cuando los menores delincuentes han cumplido 18 años, y la pena por cumplir es superior a 3 años, se les envía a los establecimientos dedicados a los adultos (art. 142, inc. 4).

Los arts. 86 y 87 del código penal indican los establecimientos carcelarios en que se cumplen las diferentes penas. Estos dos artículos hay que relacionarlos con el artículo 1 del reglamento carcelario de 30 de Abril de 1928, que dice: “que las prisiones de la República se clasifican en penitenciarías, prisiones, cárceles, casas de corrección para las mujeres y establecimientos especiales para los menores”.

En nuestro país tenemos, por lo tanto, 5 clases de establecimientos carcelarios.

1o.—Las penitenciarías donde cumplirán la condena los condenados a presidio perpetuo, reclusión perpetua, presidio mayor y reclusión mayor (art. 86).

2o.—Los presidios para los condenados a presidio menor y reclusión menor (art. 87).

3o.—Las cárceles para los condenados a prisión (art. 87).

4o.—La casa correccional para las mujeres (art. 86 y art. 1 del reglamento).

5o.—Los establecimientos especiales de menores (art. 87 y art. 1 del reglamento).

El proyecto no establece nada sobre la forma como deben ser cumplidas las diferentes penas. Es materia que compete exclusivamente al reglamento carcelario.

Remuneración de los condenados.—El trabajo de los condenados, en los establecimientos penitenciarios, es remunerado, de acuerdo con el art. 145.

De esta remuneración se deducen en el siguiente orden:

1o.—Las sumas debidas a título de resarcimiento del daño;

2o.—Los gastos que el estado sostiene para el mantenimiento del condenado;

3o.—Las sumas debidas a título de reembolso de los gastos del procedimiento. De todos modos, debe ser reservada una cuota igual a la tercera parte de la remuneración, en favor del condenado, la que no está sujeta a pignoración o secuestro.

El art. 88 del Código Penal reglamenta el destino que debe darse al producto del trabajo de los condenados a presidio y, en efecto, dispone que debe destinarse a indemnizar al establecimiento de los gastos que ocasione el penado; a proporcionarle, en caso que lo merezca, alguna ventaja o alivio durante su detención; a hacer efectiva la responsabilidad civil y a formarles un fondo de reserva que se les entrega a la salida del establecimiento penal.

En este punto el código, no establece la cuota destinada para este efecto como lo hace el código italiano.

Una innovación importantísima y digna de toda alabanza es sin duda, la creación del Consejo de Patronato y de la Caja de las multas. (117).

El art. 149 dispone que en todo tribunal debe estar constituido un Consejo de Patronato que tiene las siguientes atribuciones: 1) prestar asistencia a los que han cumplido la condena y quedan en libertad, para facilitarles la búsqueda de trabajo, y 2) prestar asistencia de cualquier clase a la familia de los detenidos y excepcionalmente ayudarlos con dinero.

Los gastos que se hacen por estas obras de asistencia por parte del Consejo de Patronato, son proveídos por la Caja de Multas.

15.—En el cap. 2 del título VI, se encuentra reglamentada la extinción de la pena.

Ella se extingue:

1o.—Por la muerte del reo, acaecida después de la condena (art. 171; art. 93 No. 1 del código chileno).

2o.—Por la prescripción de la acción penal. Ella prescribe en un plazo igual al doble de la pena inflingida y que, en todo caso, no puede ser superior a 30 años ni inferior a 10 años tratán-

(117) Véase págs. 63 y 64.

dose de los delitos que la ley sanciona con reclusión (art. 172 in. 1); en 10 años tratándose de la multa (art. 172 inc. 2); y tratándose de arresto y ammenda (multa) en el término de 5 años (art. 173 inc. 1).

El proyecto en el art. 73 trata de la prescripción de la acción penal. De acuerdo con este artículo, la acción prescribe en 20 años, respecto de los delitos que la ley sanciona con reclusión y presidio; en 10 años, respecto de los demás delitos; y en 6 meses, respecto de las faltas.

El código en el art. 94 trata de esta materia. Establece casos análogos a los indicados en el proyecto. Sólo agregaremos que con respecto de los crímenes el código hace la siguiente distinción tratándose de crímenes a los que la ley impone la pena de muerte o las penas perpetuas la acción penal prescribe en 20 años y tratándose de los demás crímenes a los 15.

3.o Por indulto o gracia (art. 174 y art. 93 N.o 4 del código chileno).

4.o Por la libertad condicional cuando se trata de condenados a pena restrictiva de libertad por un tiempo superior a 5 años y que han ya cumplido la mitad o las tres cuartas partes de la pena si es reincidente. (Art. 176).

5.o Por rehabilitación del condenado (penas accesorias u otros efectos penales). (Art. 178).

16.—Se conservan en el nuevo código las sanciones civiles, pero ellas reciben una especial reglamentación. Están contempladas en el título VII del libro 1.

Se ha tenido especial cuidado de asegurar la realización forzada de las sanciones civiles, sea devolviendo en provecho de la víctima de los delitos parte del peculio a título de ahorro del condenado, sea haciendo posible a la víctima aprovecharse de la hipoteca legal del Estado sobre los bienes del condenado (art. 189 N.o 5), sea, sobre todo, reforzando las garantías del cumplimiento de las obligaciones civiles mediante la institución de la revocación de los actos fraudulentos ejecutados en perjuicio de los acreedores (arts. 192, 193 y 194).

CAPITULO IV

IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD

17. Fundamento de la imputabilidad en el código derogado, en el proyecto Ferri y en el código actual.—18. Fórmula de la imputabilidad en el código Rocco.—19. Capacidad de entender.—20. Capacidad de querer.—21. Requisitos generales de la imputabilidad.—22. Responsabilidad.—23. Causas de inimputabilidad. 1.º por falta de madurez a) menor edad. b) sordomudez; 2.º por enfermedad mental y estados psíquicos equivalentes a) enfermedad mental, b) embriaguez accidental, c) uso accidental de substancias estupefacientes, intoxicación crónica por alcohol o substancias estupefacientes.—24. Causas de justificación a) legítima defensa, b) estado de necesidad, c) otras causas de justificación.

17.—Del estudio de los trabajos preparatorios y de las disposiciones del código de 1889 se desprende que el libre arbitrio no fué considerado como fundamento de la imputabilidad. En efecto, aquel código se contaba entre los que prescindían de la cuestión del libre arbitrio. Dice Zanardelli: “el libre arbitrio “había sido dejado aparte como una cuestión muy abstracta, muy discutida, muy controvertida para que pudiera ser puesta “como piedra angular de la responsabilidad penal”. (118)

Algunos afirmaron que el artículo 46 del código de 1889 que dispone que se debía absolver al imputado que “en el momento en que había cometido el hecho estaba en tal estado de enfermedad mental que le quitaba la conciencia o la libertad de los propios actos”, venía a destruir lo arriba dicho. Pero, como muy bien dice Florian, la libertad debía entenderse aquí en sentido puramente psicológico.

Este código había acogido el concepto de la voluntad del acto. En efecto, dice el artículo 45: “Nadie puede ser castigado por un delito, si no ha querido el hecho que lo constituye...”

Explicando tal concepto, dice el Ministro Villa: “La doctrina de la voluntad hace consistir el eje de la imputabilidad en “la voluntad del hecho, independientemente del libre arbitrio: “éste ella no lo niega, sino que lo considera extraño a las re-

“ laciones jurídicas. A la sociedad interesa sobre todo la obje-
“ “ tividad y la exterioridad de los hechos y sólo debe investi-
“ garse si la voluntad humana los ha determinado...” (119)

El proyecto Ferri, como ya tuvimos ocasión de decirlo, en su artículo 18 acoge y sanciona el principio de la imputabilidad de todos los autores de delito.

El código Rocco abandona en este punto al proyecto y en él la imputabilidad está fundada en un elemento que queda fuera del libre arbitrio y que es aquel de la voluntad y conciencia (arts. 85, 42 y 88).

Comparando el código Rocco con el código Zanardelli puede observarse que las cosas no cambian substancialmente.

18.—El código actual, alejándose de la mayoría de los códigos que no definen la imputabilidad, dicta su fórmula en el artículo 85 inciso 2.

“Es imputable quien tiene la capacidad de entender y de querer”.

“El artículo 85 reglamenta la capacidad genérica de actuar
“ en el campo penal sin referirse al hecho concreto, esto es,
“ la capacidad de querer del individuo, de discernir y de seleccio-
“ nar conscientemente los motivos de inhibirse; da, en otras pa-
“ labras, la noción de la personalidad del derecho penal, defi-
“ niendo la persona a la cual la ley puede ser aplicada”. (120)

Pero para la imputabilidad concreta es necesaria una acción y una omisión con conciencia y voluntad, como lo indica el artículo 42 inciso 1.

La persona capaz de Derecho Penal y por consiguiente hipotéticamente imputable, esto es “quien tiene capacidad de entender y de querer” (art. 85 inc. 2), no puede llegar a ser concretamente imputable y punible por una acción u omisión prevista por la ley como delito, si no la ha cometido con conciencia y voluntad (art. 42 inc. 1).

La diferencia entre el artículo 85 y el artículo 42 está en que hay personas abstractamente imputables, esto es, capaces de derecho penal, pero que en el caso concreto, es decir, con respecto a un determinado hecho, no responden penalmente de su acción, como, por ejemplo, cuando una persona sana de mente y madura de edad ha incurrido en un error de hecho. La capacidad de entender y de querer debe subsistir en el individuo en el momento mismo en que ha cometido el hecho. Esto lo dice el artículo 85 en su inciso 1. “Nadie puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito, si, en el momento en que lo ha cometido, no era imputable”. Salvo, naturalmente, excepciones precisas, como, por ejemplo, la indicada en el artículo 87. Dice este artículo: “La disposición de la primera parte del

(119) Relazione Ministeriale Pág. 66.

(120) Relazione Ministeriale Pág. 29.

artículo 85 no se aplica a quien se ha puesto en estado de incapacidad de entender o de querer con el fin de cometer el delito, o de prepararse una excusa”.

19.—La Relazione Ministeriale explica muy claramente este concepto de la capacidad de querer adoptado por el código de Rocco, al decir: “La verdad es que el querer del hombre sufre
“ también la ley de la casualidad, igual que todo otro fenómeno,
“ pero esta causalidad no es ni física ni material y ni tampoco
“ fisiológica; es, en cambio, conforme a la naturaleza psicológica
“ ca del fenómeno que ella está llamada a regular, una causalidad
“ meramente psicológica; esto es, un determinismo que no
“ es ni físico, ni mecánico, ni fisiológico, sino meramente psicológico”.

Más adelante agrega: “En otros términos, la voluntad humana está también “ determinada, pero esta determinación no
“ es sino una auto determinación, esto es, una facultad de determinarse
“ por motivos concientes en conformidad al carácter individual de cada uno. Esta doctrina del determinismo psicológico en el sentido antes mencionado, y que el nuevo código
“ adopta, no sólo no destruye la ley moral y jurídica y, en modo particular, la ley penal, sino que es, más bien, la única
“ que puede conciliarse con la existencia de la moral, del derecho en general penal en especial. (121).

De aquí se desprende que la capacidad de querer es la capacidad psíquica de determinarse según los propios motivos.

Como dice Florian: “La voluntad se debe tomar en un sentido psíquico: “voluntad que surge, se elabora y se expresa
“ según los motivos. En substancia, es el concepto de la auto-determinación según los motivos y en relación con el carácter
“ y la personalidad del individuo”. (122).

20.—A pesar de algunas opiniones que pedían que se excluyera del nuevo código la capacidad de entender, esta fué mantenida.

Como Florian lo indica, se presenta un problema de mucha importancia y es el que se refiere a determinar si dentro del sistema del nuevo código la capacidad de entender llega a tomarse en el sentido de capacidad intelectual, esto es, capacidad para prever las consecuencias físicas del propio acto o en el sentido de capacidad para valorar ética y socialmente la propia conducta.

Transcribiremos a continuación dos trozos de la Relazione Ministeriale, de los que aparece claramente confirmada la opinión que la capacidad debe entenderse en el sentido de capacidad intelectual.

(121) Relazione Ministeriale Pág. 18.

(122) Obra citada. Tomo I Pág. 235.

“El Proyecto pone como base de la imputabilidad la capacidad de entender y de querer, pero en ningún caso pide en el agente la conciencia de los principios morales y sociales”. (123).

“Ya que la imputabilidad consiste simplemente en la capacidad de entender, y de querer, ella, prescinde de la valoración ética de la propia acción, o sea de la valoración de la conciencia que se tenga de su moralidad o inmoralidad; esta valoración es, por lo tanto, jurídicamente sin importancia para los fines de la comprobación de la capacidad de entender y de querer”. (124).

O sea, que según lo arriba expuesto, la capacidad de entender se reduce al conocimiento de la acción u omisión y de sus consecuencias objetivas. Pero cuando se profundiza el problema y cuando se estudia en relación con los cinco casos de imputabilidad que la ley señala y que son: 1.º el menor mayor de 14 y menor de 18 años; 2.º la enfermedad mental (art. 88); 3.º la intoxicación crónica por alcohol (art. 95); 4.º la embriaguez/no querida (art. 91) y, 5.º la sordomudez (art. 96), se ve que resulta insuficiente tomar la capacidad de entender en el sentido de capacidad para prever las consecuencias físicas del propio actuar. Y a esto se puede agregar que se ha comprobado que la capacidad del sentimiento alcanza su desarrollo más pronto que la capacidad intelectual y que la primera nombrada es la que sirve al individuo para valorar su conducta ético-social.

Después de un estudio detallado de este importantísimo problema, Florian llega a la conclusión y creemos sea la más acertada, que en el sistema del código la capacidad de entender comprende: 1.º el conocimiento de las consecuencias que se derivarán del acto (consecuencias físicas) y 2.º el conocimiento de que el acto ejecutado es contrario a la moral social (consecuencia moral y civil). Cree que no se deba exigir el conocimiento de que el acto es contrario al derecho, pues ello sería una exigencia excesiva. (125).

21.—Para que surja la imputabilidad se necesita cierta madurez psico-física en el individuo, lo que lleva a determinar el límite mínimo de edad, que el código Rocco fija a los 14 años cumplidos y a exigir en el hombre maduro el requisito subjetivo de la capacidad de entender y de querer.

En otras palabras, las condiciones generales de imputabilidad son dos: “1.º Un cierto grado de madurez, que se identifica con un mínimo de edad (años 14-18).

“2.º El requisito subjetivo de la capacidad de entender y

(123) Relazione Ministeriale Pág. 3.

(124) Relazione Ministeriale Pág. 31.

(125) Obra citada. Tomo I, Pág. 313.

“ de querer, y, por lo tanto, una cierta sanidad mental”. (126).

Estos dos requisitos deben existir necesariamente, como ya lo hemos indicado, en el momento de cometerse el delito.

22.—Como dice Florian: “También en el sistema del código la responsabilidad comprende el estado de completa o incompleta imputabilidad en relación a un determinado individuo, por el cual él debe responder frente a la ley penal por los actos ejecutados como autor o partícipe de un delito, siempre que no intervenga ningún motivo legítimo que excluya tal relación”. (127).

En efecto, dice la Relazione: “La responsabilidad penal está confiada al principio de la imputabilidad psíquica y moral del hombre, fundada a su vez en la capacidad normal y, por consiguiente, en la libertad de entender y de querer”. (128).

Tenemos, entonces, que es necesario la concurrencia de las dos condiciones generales, arriba indicadas, para que surja la imputabilidad; pero es necesario agregar que no siempre ellas bastan por sí solas para que surja también la responsabilidad.

La imputabilidad y la responsabilidad no siempre coinciden, ya que aún cuando se establezca la imputabilidad, en ciertos casos surgen condiciones especiales que son aptas para excluir la responsabilidad.

En resumen, la responsabilidad implica la concurrencia de estas dos condiciones indicadas, pero no coincide con las mismas.

23.—Como vimos en el número anterior, los requisitos generales de la imputabilidad son dos:

1.º El requisito físico de la edad mínima (14 años cumplidos);

2.º El requisito psicológico de la capacidad de entender y de querer.

De aquí se desprende que la imputabilidad puede no surgir por razón de edad o por faltar el requisito de la capacidad de entender y de querer. En cuanto al primero, sólo puede faltar cuando al mínimo de edad no se acompaña la capacidad de entender y de querer.

Podemos decir que el problema se reduce a la falta del segundo de los requisitos nombrados.

Este puede faltar por dos especies de causas:

a) por falta de madurez: 1.º pasado los 14 años y hasta los 18; 2.º por sordomudez; y

b) por enfermedad mental y por estados psíquicos que la ley equipara a la enfermedad mental y que prevé taxativamente.

Ellos son:

1.º Enfermedad mental;

(126) Obra citada. Tomo I, Pág. 315.

(127) Obra citada. Tomo I, Pág. 315.

(128) Relazione Ministeriale Pág. 33.

2.º Embriaguez por caso fortuito o fuerza mayor;

3.º Estado de inconciencia producido por el uso de estupefacientes (por caso fortuito o fuerza mayor);

4.º Intoxicación crónica por alcohol o estupefacientes.

Todas estas causas señaladas se pueden agrupar bajo el nombre de causas de inimputabilidad, como se las llama en doctrina.

El código italiano no las ha agrupado en un sólo artículo, como lo hacen la mayoría de los códigos (incluso el nuestro y el Proyecto de 1929), sino que trata de cada una de ellas en un artículo separado.

Por razón de método y para hacer más clara la exposición, hemos agrupado estas causas de la manera arriba indicada siguiendo en este punto a Florian.

Nuestro código bajo la denominación "de las circunstancias que eximen de responsabilidad penal" comprendió en su artículo 10 no tan sólo las causas de inimputabilidad, sino también las causas de justificación.

El Proyecto de 1929 se aparta en este punto completamente del código, y, de acuerdo con los principios técnicos modernos, no reúne indistintamente las diferentes categorías de circunstancias eximentes, sino que, calificándolas expresamente, las agrupa según su naturaleza jurídica.

Las causas de inimputabilidad están tratadas en el artículo 7 y las causas de justificación en el artículo 12.

Abandona también la expresión "circunstancias que eximen de responsabilidad" expresión duramente criticada por los tratadistas y llama simplemente a este título 2.º "Responsabilidad".

A continuación pasaremos a estudiar cada una de estas causas según lo que dispone el código italiano y las relacionaremos al mismo tiempo con las disposiciones de nuestro código y del Proyecto de 1929.

Vimos que la capacidad de entender y de querer podía faltar: a) por falta de madurez y b) por enfermedad mental y por estados psíquicos equivalentes.

A.—Por falta de madurez.

Esta puede deberse a dos causas: 1.º a la edad; 2.º a la sordomudez.

1.º Con respecto a la menor edad debemos contemplar varios casos.

El niño menor de 14 años y que de acuerdo con el artículo 97 es inimputable.

El niño mayor de 14 y menor de 18 que, de acuerdo con el artículo 98, es imputable siempre que goce en el momento de cometer el delito de la capacidad de entender y de querer; pero en este caso la pena es disminuida.

Y el individuo mayor de 18 años que es imputable y no sufre disminución alguna de la pena, cuando se comprueba que

ha actuado con capacidad de entender y de querer. Esta debe ser comprobada en cada caso particular.

Este elemento psicológico es tan importante que, de acuerdo con el código italiano la imputabilidad surge sólo cuando él está bien comprobado.

La capacidad de entender y de querer exigida aquí para que el menor sea imputable reemplaza al discernimiento del código derogado.

La cuestión del discernimiento es una de las más debatidas en derecho penal.

Jiménez de Asúa dice que hay tres conceptos acerca de él.

Un concepto que podríamos llamar moral y que es sostenido por Carrara, Rossi, Ortolan, Chauveau y Hélie, etc. Estos autores piensan que el discernimiento consiste en la distinción del bien y del mal, en el concepto de moralidad y responsabilidad moral.

Un concepto jurídico seguido por Le-Sellyer, Nyples, Berner, von Liszt, etc. Estos autores radican el discernimiento en la inteligencia de la antijuricidad del acto, en la conciencia necesaria para el conocimiento de su punibilidad, en la noción de la responsabilidad penal y de sus consecuencias.

Un concepto que podríamos llamar mixto y que es seguido por Haus y algún otro escritor. Distinguen los delitos naturales e inmorales y los puramente positivos o de simple conveniencia política; para los primeros el discernimiento estriba en la inteligencia del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto y para los segundos, en la facultad de comprender la ilegalidad del acto. (129).

Como acabamos de decirlo, la capacidad de entender y de querer exigida para que el menor sea imputable reemplaza al discernimiento. Ahora bien, ¿en cuál de los tres grupos arriba mencionados podría quedar comprendida la capacidad de entender y de querer? Creemos que ella no pueda comprenderse en ninguno de ellos, ya que, como explicamos anteriormente, la capacidad de entender y de querer no es ni una capacidad jurídica, ni moral, ni mixta. Nos remitimos a lo ya expuesto.

El artículo 10 del código en sus números 2 y 3 se refiere a los menores. Estos números están reformados por los artículos 38 y 39 de la ley 4447 de 23 de Diciembre de 1928 sobre protección de menores, disposiciones respecto de las cuales el Proyecto no innovó.

La Ley de Menores fija dos períodos de menor edad penal. El primero hasta los 16 años, durante el cual exige absoluta inimputabilidad. Supone la ley que el niño menor de 16 años no tiene discernimiento, es decir, que no posee las facultades psíquicas suficientes para comprender que la ley prohíbe ejecutar

un hecho que constituye delito. El segundo período comprende de los 16 a los 20 años, límite este último de la menor edad penal. Durante este período el menor se encuentra en una situación dudosa que exige el examen del discernimiento. Si ha obrado sin él es inimputable, la ley lo equipara al menor de 16 años; pero si ha obrado con discernimiento es imputable, pero con responsabilidad atenuada. El Proyecto del 29 adopta en el artículo 7 inciso 1 y 2 la legislación penal vigente.

La cuestión del discernimiento está hoy abandonada. Los menores son siempre incapaces del derecho penal, no porque carezcan del discernimiento, sino por la ineficacia de la pena.

2.º El código Rocco ha abolido toda presunción de inferioridad del sordomudo. Sólo exige que se compruebe en cada caso particular la capacidad de entender y de querer.

En cuanto a la noción del sordo mudo, se comprende tanto al sordo mudo congénito como aquel a quien le sobreviene la mudez más tarde.

No distingue tampoco el código en cuanto a la edad. Deben entonces aplicarse las reglas generales. Por lo tanto, el sordo mudo que no ha cumplido 14 años no es imputable. Pasada dicha edad es imputable, siempre que haya actuado con la capacidad de entender y de querer. Por consiguiente, la imputabilidad del sordo mudo que ha pasado los 14 años es siempre condicional.

Repetimos que con respecto al sordo mudo no opera ninguna presunción y el juez en cada caso debe verificar si el requisito arriba mencionado concurre o no.

La incapacidad del sordo mudo está contemplada por primera vez en nuestro Derecho Penal en el Proyecto de 1929.

Siendo muy difícil establecer una norma general acerca de la imputabilidad del sordo mudo, el Proyecto declara su inimputabilidad siempre que concurren las condiciones siguientes:

1.º Incapacidad de apreciar el carácter de ilicitud del hecho o de obrar con esa apreciación.

2.º Retraso de su desarrollo mental por sordo mudez.

B.—Por enfermedad mental y estados psíquicos equivalentes.

La ley prevé taxativamente estos casos que ya hemos enumerado más arriba.

a) **Enfermedad mental.**—El código en el artículo 88 habla de “vizio totale di mente”. Sin embargo, en otras disposiciones usa también la expresión “enfermedad psíquica”, comprendiendo la parcial (art. 219) y la total (art. 222).

La disposición del código actual es casi análoga a la disposición del código derogado (art. 46); pero es bastante más clara.

Como dice Florian ella debe entenderse “en el sentido de “ enfermedad y debe atacar la psiquis del individuo; trátase de “ una enfermedad física que determine perturbaciones menta-

“ les (delirio en fiebre alta) o de manifestaciones de intoxicación (no de alcohol o de estupefacientes) o de una verdadera y propia enfermedad mental en sentido clínico y médico psiquiátrico. La enfermedad mental puede ser cualquiera, transitoria repentina, permanente”. (130).

La enfermedad mental para que produzca el efecto de eximente debe actuar sobre determinadas facultades, esto es debe actuar sobre la conciencia o sobre la voluntad, suprimiendo la capacidad de entender y de querer.

Contempla el código “el vizio totale di mente” en el artículo 88 y en tal caso existe absoluta inimputabilidad.

Pero también reglamenta el código en el artículo 89 el “vizio parziale di mente”. Y en tal caso la pena es disminuida.

El código nuestro trata de los enfermos mentales en su artículo 10 N.º 1. En virtud de él queda exento de responsabilidad el enajenado y el que por otra causa (independiente de su voluntad) se halla privado totalmente de razón. Pero en ella se reglamenta tanto el caso del individuo que de una manera más o menos duradera se encuentra privado de sus facultades psíquicas (se trata en este caso del enfermo propiamente tal), como del que no padeciendo de demencia, no está en posesión de su razón por otra causa (se trata aquí del caso del hipnotizado, intoxicado, etc.)

Hemos dado a esta disposición una interpretación amplia, pues según su tenor literal las enfermedades mentales se reducirían a la locura y a la demencia.

El Proyecto abandona la antigua fórmula del Código Penal y usa una expresión amplia que permite comprender en ella a cualquier enfermo mental.

El artículo 7 N.º 3 contempla el caso de insuficiencia mental, ya sea momentánea (“a causa de trastornos del conocimiento”), o bien, más o menos duradera (“perturbación morbosa de sus facultades mentales o debilidad mental”).

Con respecto a los disminuidos mentales, el código chileno, de acuerdo con la escuela clásica, y al igual que el código italiano, dispone que la pena sea atenuada. El Proyecto, en cambio, en su artículo 54 N.º 2 los declara peligrosos y, por lo tanto, quedan internados indefinidamente hasta su completa mejoría.

b) **Embriaguez accidental.**—En el sistema del código de 1889 la eficacia de la embriaguez sobre la imputabilidad era considerada con los mismos criterios que regían la enfermedad mental. La regla general era que existiese siempre una presunción favorable al reo, salvo el caso de la embriaguez preordenada.

También en el código actual la embriaguez es asimilada bajo un cierto aspecto a la enfermedad mental.

Distingue el código la embriaguez derivada del caso fortuito o fuerza mayor (art. 91) la embriaguez voluntaria o culposa (art. 92), la embriaguez preordenada (art. 92 inc. 2.º) y la embriaguez habitual (art. 94).

Excluye la imputabilidad solamente la embriaguez accidental, o sea, la derivada de caso fortuito o fuerza mayor. La culposa o voluntaria no excluye ni disminuye la imputabilidad. La preordenada y la habitual aumentan la pena.

El artículo 94 inciso 2.º da la definición de ebrio habitual y dice:

“Para los efectos de la ley penal es considerado ebrio habitual quien consume corrientemente bebidas alcohólicas y esté en estado frecuente de ebriedad”.

La embriaguez está reglamentada en el código con un criterio análogo a la enfermedad mental. Es decir, que la embriaguez tiene efectos sobre la imputabilidad siempre que excluya o disminuya en el individuo la capacidad de entender y de querer, y los efectos jurídicos serán igual que en el caso de la enfermedad mental, la no imputabilidad o la disminución de la pena.

El Proyecto se refiere a ella en su artículo 7 inciso final, disponiendo que es imputable “quien se hubiere puesto voluntariamente o por culpa en estado de embriaguez...”

c) Uso accidental de estupefacientes.

Con respecto a él podemos decir que se rige por las mismas reglas dadas para la embriaguez.

El código hace de él una clasificación análoga a la arriba mencionada y los efectos jurídicos de cada una de ellas son también exactamente iguales. Es necesario no confundir estas sustancias estupefacientes (opio, cocaína, morfina) con los somníferos que ejercen más bien una acción adormecedora. Es cierto que el uso desmedido de estos últimos puede llegar hasta anular la conciencia y la voluntad, pero en tal caso serían aplicables las normas sobre enfermedad mental y no aquellas sobre el uso accidental de los estupefacientes.

El código nuestro no habla expresamente de sustancias estupefacientes, pero este caso quedaría comprendido en el artículo 10, inciso 1.º.

El proyecto expresamente declara imputable al que “voluntariamente o por culpa se hubiere puesto en estado de inconciencia producido por efecto de sustancias tóxicas o estupefacientes.

d) Intoxicación crónica por alcohol o sustancias estupefacientes.—La ley define como intoxicación crónica el estado de estupefacción psíquica permanente y producido por el uso habitual de los alcoholes y de los estupefacientes.

En estos casos, el individuo es un enfermo psíquico y, por lo tanto, inimputable. La ley lo equipara para todo efecto al enfermo mental (art. 95).

24.— El código de 1889 no adhería a la doctrina de falta de ilicitud objetiva. Declaraba solamente la no punibilidad, pero

reconocía la existencia del delito, lo que significaba que según el código de Zanardelli solamente era eliminada la responsabilidad.

Este código trataba las causas de justificación en su parte general, apartándose en este punto de los códigos italianos anteriores derogados.

En el nuevo código las causas de justificación están tratadas en el título II, intitulado "Del delito".

a) **Legítima defensa.**— Está contemplada en el artículo 52 del código. Único artículo del código que trata de esta materia. En él está comprendida tanto la defensa propia, como la defensa de los parientes y la defensa de terceros.

Para que ella proceda es necesario la concurrencia de tres requisitos, que son:

a) Peligro actual de una ofensa injusta.— En cuanto a este primer punto del código exige el concurso de dos condiciones esenciales: un peligro actual y una ofensa que puede ser material o moral, personal o patrimonial, pero que debe ser injusta, requisito este último fundamental, porque indica que el peligro debe ser obra de un individuo que actúe sin derecho.

Nuestro código trata de la legítima defensa en su artículo 10, Nros. 4, 5 y 6. En el No. 4 enumera las circunstancias que deben concurrir para la legítima defensa y entre ellos encontramos "agresión legítima". Al usar esta expresión el código se refiere a una agresión física y se excluye, por lo tanto, el caso de una ofensa moral.

Igualmente el Proyecto en su artículo 12, No. II, contempla este requisito ("agresión actual e ilícita").

b) Este requisito se refiere a los bienes jurídicos objeto de la defensa, a los bienes jurídicos protegidos. Determinada la categoría de éstos bienes, se debe indagar quien puede ser el titular.

En el código de Zanardelli la violencia debía tener por objeto la persona, de modo que la tutela de la misma era limitada a los bienes jurídicos inherentes a la persona humana. El código de Rocco ensanchó el campo de aplicación quedando también comprendidos los derechos patrimoniales y, en general, todos los derechos. Ahora en cuanto al titular del bien jurídico protegido por la legítima defensa puede ser cualquiera. En otras palabras, puede ser tanto aquel que ejecuta el acto mismo como un tercero.

Nuestro código y el proyecto contemplan ambos la defensa de los parientes y la defensa de los extraños y el proyecto en el art. 12 No. II dice expresamente "cuando se ha obrado en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos".

El tercer requisito se refiere a la relación de proporción que debe existir entre la defensa y la ofensa.

Los medios de defensa son variadísimos y todos ellos deben llevar el fin esencial de repeler la ofensa inminente. Entre el acto defensivo y este fin debe existir una relación de proporción. El código de Rocco no habla de necesidad, pero ella se subentiende.

El proyecto del 29 exige también como requisito la “necesidad racional de la defensa ejercitada”; requisito exigido también por nuestro código, pero que lo reducía “a la necesidad racional del **medio empleado**”.

Nuestro código exige, además, un tercer requisito que consiste en “la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende”, requisito suprimido en el proyecto y que el código italiano tampoco contempla.

b) **Estado de necesidad.**— Está contemplado en el código en el artículo 54. El código de Rocco ha introducido algunas innovaciones a esta institución. En efecto, se contempla el elemento de la proporción, se intensifica el carácter personal de los bienes protegidos, se enuncia la excención inherente al deber jurídico y se admite claramente la violencia moral.

Son requisitos del estado de necesidad:

a) Realidad de un peligro que sea actual y que produzca daño.

La actualidad del peligro y la gravedad del daño deben valorarse con un criterio relativo, teniendo en consideración las circunstancias en cada caso particular.

Nuestro código contempla el estado de necesidad en el artículo 10, No. 7 y contempla también esta circunstancia (“realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar”).

Igualmente es contemplado en el proyecto en el artículo 7, No. III, cuando dice: “para conjurar... un peligro actual de un mal grave e inminente”.

b) El segundo punto dice relación con el origen del peligro. Puede ser cualquiera, salvo naturalmente que el peligro haya sido causado por voluntad del agente (como lo dice el código “peligro no voluntariamente causado por él”).

En efecto, tratándose del estado de necesidad generalmente el peligro es consecuencia de sucesos naturales o accidentales.

c) El tercer requisito establece que el peligro debe referirse a la persona misma o a terceros.

De aquí que: 1o. “el estado de necesidad es sólo reconocido tratándose de bienes jurídicos inherentes a la persona y no a los bienes patrimoniales. En efecto, el código actual intensifica el carácter personal de los bienes diciendo “daño grave a la persona”.

2o.—El titular del bien jurídico puesto en peligro puede ser el individuo mismo que actúa para salvarlo, o un tercero.

El proyecto contempla este requisito ya que dispone “. . . para conjurar en interés propio o ajeno. . .”

d) El cuarto requisito dice relación con los bienes jurídicos que pueden ser sacrificados.

A este respecto el código no impone ninguna limitación y así puede tratarse de bienes inherentes a la persona y de bienes patrimoniales.

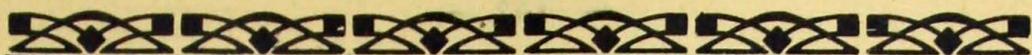
e) Un último requisito se refiere al modo de evitar el peligro.

Es indispensable a este respecto una relación de **necesidad** entre el hecho delictuoso y el peligro.

Nuestro código contempla igualmente este requisito. En efecto, la tercera circunstancia indicada en el artículo 10, No. 7, es la siguiente: “que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo”.

Finalmente, el código italiano en el inciso 2o. del artículo 54, para dar aún mayor claridad a esta institución dispone, que el estado de necesidad no puede ser invocado por el individuo que tenga el deber jurídico de exponerse al peligro.

En igual sentido, tenemos el proyecto de 1929, que dice en su parte final: “...no debe considerarse al actor obligado a soportar el mal”.



CAPITULO V

PELIGROSIDAD

25.— Definición y clasificación. 26.— Peligrosidad simple. Peligrosidad presunta y peligrosidad comprobada por el juez. 27.— Peligrosidad calificada. 28.— Habitualidad. En los delitos y en las contravenciones. 29.— Profesionalidad. 30.— Tendencia a delinquir

Siendo la peligrosidad social del individuo la que determina la aplicación de las medidas de seguridad, antes de entrar al estudio de éstas, diremos breves palabras acerca de su reglamentación en el nuevo código.

25.— El concepto de peligrosidad se encuentra definido en el código en el art. 203, que dice en su inc. 1: "Para los efectos de la ley penal es socialmente peligrosa la persona aunque no sea imputable o punible que ha cometido algunos hechos indicados en el artículo precedente, cuando es probable que cometa nuevos hechos previstos por la ley como delitos". (El artículo precedente se refiere a hechos que aún no constituyendo delitos son previstos por la ley como indicio de peligrosidad).

El código chileno no menciona el concepto de peligrosidad, concepto que sólo encuentra acogida en el moderno derecho penal.

En el proyecto de 1929 encontramos fijado el concepto de peligrosidad en los arts. 53 y 54. Además, la ley enumera en el art. 55 una serie de estados peligrosos, los más importantes, sólo por vía de ejemplo. Insistimos en que dicha enumeración no es taxativa, ya que los estados peligrosos son infinitos.

No hace tampoco el proyecto una clasificación de la peligrosidad como encontramos en el código italiano.

La peligrosidad está tratada igual que en el código italiano dentro del título destinado a las medidas de seguridad.

Este título, que es el IX del proyecto, recibe el nombre de "Prevención".

Dice el artículo 53 que se someterán a las medidas de seguridad a los individuos que con motivo de la ejecución de ciertos hechos que son indicadores de un estado que los hace socialmente peligrosos se teme que puedan delinquir.

Al apreciar la peligrosidad, el juez, de acuerdo con el art. 54, debe tomar especialmente en cuenta, además de los hechos

que cita el art. 53, las condiciones psíquicas del sujeto, su conducta y sus antecedentes personales.

Como ya dijimos el art. 55 enumera una serie de estados peligrosos.

Este artículo dispone:

“Se considerará que reúnen las condiciones señaladas:

“1o.— Los alienados mentales, atendida la forma de su enajenación, y los que, durante un proceso en su contra, adquieran la enajenación;

“2o.— Los que hubieren sido absueltos por ser inimputables y los afectos a responsabilidad disminuída, que por sus condiciones psíquicas deban ser considerados peligrosos;

“3o.— Los que vivan o se beneficien ordinariamente del comercio carnal, propio o ajeno;

“4o.— Los que observen conducta desarreglada o viciosa que se traduzca en la comisión de contravenciones policiales, o en el trato asiduo con personas de mal vivir o delincuentes conocidos;

“5o.— Los mendigos, ebrios y delincuentes crónicos, estimándose como tales los que revelan persistente inclinación a la mendicidad, la ebriedad o a la delincuencia, y gran perversidad;

“6o.— Los vagos y los toxicómanos. Son vagos los que no tienen hogar fijo ni medio de subsistencia y no ejercen profesión, arte, oficio u ocupación lícitos;

“7o.— Los que practican el homosexualismo;

“8o.— Los que tuvieren el hábito del juego en términos que comprometan su situación económica o moral o la de su familia”.

Según el código italiano, la peligrosidad social puede ser presunta o comprobada por el juez. También se la clasifica en peligrosidad simple y calificada.

26.— La peligrosidad simple puede ser presunta (art. 204) o comprobada (accertata).

La presunción de peligrosidad está fundada en el antecedente de que el individuo imputable o no imputable haya cometido un hecho que constituya un delito; no puede nunca presumirse la peligrosidad cuando el hecho, aunque sea peligroso, no esté previsto por la ley como delito.

Cuando una persona es peligrosa la aplicación de las medidas de seguridad indicadas por la ley misma es obligatoria, siempre que el hecho sea debido a la actividad de una persona imputable.

La ley presume la peligrosidad, precisamente cuando prescribe la aplicación de las medidas de seguridad, sin previa comprobación judicial de la peligrosidad, usando las expresiones “son asilados”, o “son sometidos”, etc.

Ejemplos de casos en que la ley presume la peligrosidad, serían los siguientes: el de los ebrios habituales (art. 221); el de

los sordomudos o intoxicados crónicos por uso de alcohol o sustancias estupefacientes, sea que les haya disminuido la pena por causa de enfermedad psíquica o se les haya absuelto (art. 119, inc. 1 y art. 222, inc. 1); el de los menores no imputables que cometan hechos previstos por la ley como delitos (art. 224, inc. 1); el de los menores imputables (art. 225); el del condenado a pena de reclusión no inferior a 3 años (art. 230, inc. 1); el de los condenados admitidos a libertad condicional (art. 230, inc. 2); el de los contraventores habituales o profesionales (art. 230, inc. 3), etc.

El art. 204 contempla la cesación de la presunción de peligrosidad social por el transcurso del tiempo, y dispone que la aplicación de la medida de seguridad, aún cuando la peligrosidad del agente sea presunta, debe subordinarse a la comprobación de ella, si la condena o la absolución es pronunciada después de 10 años del día en que se cometió el delito, en el caso de enfermos mentales, debida a intoxicación crónica de alcohol o sustancias estupefacientes; y sordomudos; y después de 5 años del día en que ha sido cometido el hecho, en cualquier otro caso (art. 204 Nros. 1 y 2).

Igualmente la ejecución de una medida de seguridad agregada a una pena no restrictiva de libertad, o bien concerniente a imputados absueltos, queda subordinada a la comprobación de la calidad de persona socialmente peligrosa, si han transcurrido 10 años en el caso de los sordomudos o intoxicados por alcohol; o de 5 años en todos los demás casos, desde el día que se dictó la sentencia condenatoria o absolutoria (art. 204, inc. 3).

Peligrosidad comprobada.— La calidad de persona socialmente peligrosa se deduce de las circunstancias indicadas en el art. 133, ya copiado al tratar de los poderes del juez.

27.— La peligrosidad social es calificada cuando es revelada por la habitualidad, por la profesionalidad o por la tendencia a delinquir.

28.— La habitualidad es una condición subjetiva, por la cual el delincuente se revela socialmente peligroso. Es independiente del hecho que él haya sufrido precedentemente una condena. El delincuente habitual no comete el delito con el propósito de vivir de lo proveniente de él, sino que por otros motivos.

La habitualidad no es un elemento constitutivo o una circunstancia agravante del delito; ella revela en el individuo ciertas condiciones personales que importan principalmente la aplicación de medidas de seguridad, según lo dispuesto en el art. 109, inc. 1.

La habitualidad se presenta tanto en los delitos (arts. 102 y 103), como en las contravenciones (art. 104).

Se declara delincuente habitual, de acuerdo con el art. 102, a aquel que después de haber sido condenado a la pena de reclusión por 5 años por haber cometido tres delitos no culposos (de la misma índole) en el plazo de diez años, es nuevamente conde-

nado por un delito no culposo de la misma índole ejecutado dentro de los diez años siguientes al último de los delitos precedentes (declaración de habitualidad presunta).

El juez, de acuerdo con el art. 103, puede, teniendo en cuenta la especie o calidad de los delitos, el tiempo dentro del cual han sido cometidos, la conducta y el género de vida del culpable y las otras circunstancias indicadas en el art. 133, renunciar a la declaración de habitualidad en el delito, en contra de aquel que después de haber sido condenado por 2 delitos no culposos, es nuevamente condenado por un tercero.

Entre los efectos que produce la habitualidad en los delitos, además de determinar la aplicación de una medida de seguridad, podríamos citar: la inhabilitación de los cargos públicos, de acuerdo con el art. 29, inc. 2; el cumplimiento de las penas en establecimientos especiales, de acuerdo con el art. 141 No. 1 y si se trata de menores en establecimientos diferentes de aquellos en que cumplen la condena los demás menores (art. 142, inc. 3); la no concesión de la suspensión de la condena, de acuerdo con el art. 164 No. 1; la no aplicación de la amnistía (art. 151 No. 5); del indulto, de la gracia, (art. 174); la no aplicación del perdón judicial que contempla el código para menores, de acuerdo con el art. 169, inc. 3.

El juez, teniendo en cuenta la especie y la gravedad de los delitos, el tiempo dentro del cual son sometidos, la conducta y el género de vida del culpable y las otras circunstancias indicadas en el art. 133, declara contraventor habitual a aquel que después de haber sido condenado a la pena de arresto por tres contravenciones de la misma índole, es condenado nuevamente por otra contravención de la misma índole (art. 104).

29.— La profesionalidad es una forma específica de habitualidad, caracterizada por el propósito de vivir de lo proveniente del delito. La ley no la presume nunca (diferencia esencial con la habitualidad). Puede ser declarada sólo después de un estudio hecho por el juez, teniendo en cuenta la naturaleza del delito, la conducta y el género de vida del culpable y las otras circunstancias enunciadas en el art. 133.

Los efectos que produce la habitualidad, citados anteriormente, son aplicables a la profesionalidad.

La declaración de profesionalidad, igual que la declaración de habitualidad, puede ser pronunciada en cualquier tiempo, aún después de la ejecución de la pena, de acuerdo con el art. 109, inc. 2.

30.—La tendencia para delinquir, reglamentada por el art. 108, ha excluído de la noción del delincuente por tendencia el así llamado delincuente nato y todo otro sujeto arrastrado al delito por fuerzas psicopatológicas.

Es declarado delincuente por tendencia, el que, no siendo ni reincidente, ni delincuente habitual o profesional, comete un delito no culposo, contra la vida o la integridad individual; aún no previstos en el título XII capítulo 1 del libro II, que por sí mismo o por las circunstancias indicadas en el art. 133 revele una especial inclinación al delito, que encuentra su causa en la índole particularmente malvada del culpable.

La tentativa de tales delitos, unida a las otras circunstancias mencionadas, puede ser suficiente para la declaración de delincuente por tendencia.

Los efectos que produce la tendencia para delinquir son análogos a los producidos por la habitualidad y la profesionalidad.

La declaración de tendencia para delinquir no puede ser pronunciada sino junto con la sentencia condenatoria (diferencia con la habitualidad y profesionalidad).



CAPITULO VI

MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DE SEGURIDAD

31.— Teorías. 32.— Ubicación en el código y disposiciones comunes a las medidas de seguridad personales. 33.— Medidas de seguridad detentivas. 34.— Medidas de seguridad no detentivas. 35.— Medidas de seguridad patrimoniales.

31.— Antes de entrar al estudio de las disposiciones del código, daremos breves nociones acerca de las medidas de seguridad en el campo teórico.

Desde el punto de vista doctrinario, todos los autores aceptan unánimemente la idea de acoger tales medidas en un sistema legal; las divergencias surgen cuando se considera la naturaleza y se investigan las características, merced a las cuales ellas se diferencian de las penas verdaderas. A este respecto encontramos tres doctrinas:

1o.— La doctrina de tendencia clásica que los positivistas llaman intransigente, y que es seguida por aquellos que, si bien admiten las medidas de seguridad en teoría, ven, sin embargo, en ellas una institución puramente administrativa que queda fuera de los límites del derecho penal y que debería estar también fuera del código penal.

Las medidas de seguridad son, para ellos, medidas policiales, garantizadas jurisdiccionalmente, con las cuales el Estado cumple un fin de tutela preventiva, sometiendo a determinadas personas imputables o no imputables, a causa de la peligrosidad de las mismas o de las cosas que tuvieron relación con su actividad, a estas medidas, en previsión de probables manifestaciones de su actividad socialmente dañosa.

No tienen carácter de sanciones jurídicas, porque no son aplicadas para hacer obligatoria la observancia de un precepto, no se imponen necesariamente una vez declarada la responsabilidad, no constituyen reacciones penales proporcionales para castigar un hecho, sino que son establecidas, previendo un peligro social que la ley presume o que el juez comprueba. No teniendo caracteres de sanciones jurídicas, tampoco pueden tener la naturaleza de las penas. Se diferencian de éstas, porque no son castigos, no tienen función represiva, no son necesariamente consecuencias de un delito, sino que son medidas profilácticas que

tienen un fundamento generalmente discrecional y son modificables y revocables.

Se aplican, pues, a los llamados incapaces de derecho penal y también a los delincuentes capaces después de haber expiado la pena. Esta corresponde a los responsables y es proporcionada al delito; las medidas de seguridad corresponden al peligro y se aplican en lugar de la pena (locos, menores, etc.) o se agregan a la pena cuando después de haber cumplido la condena, el individuo continúa siendo socialmente peligroso.

Se mantiene, como hemos visto, clara la distinción entre las penas y las medidas de seguridad.

2o.— La segunda doctrina reúne la pena y las medidas de seguridad en una sola institución, y bajo el nombre de sanciones criminales. La aceptan la escuela positiva y el idealismo actual.

Los fines de una y otra son los mismos. Las medidas de seguridad sirven para corregir, mejorar o segregar y hacer inofensivos los delincuentes, o sea, sirven especialmente para los fines de prevención específica o individual; pero también la pena puede servir para este fin, y tampoco puede desconocerse que las medidas de seguridad pueden ser instrumentos de prevención general. No hay entre ellas, por lo tanto, diferencias substanciales. El fin último es siempre el mismo "la defensa social".

Los caracteres de la pena son muy numerosos (según la escuela clásica); pero tomada la pena en su acepción amplia, que incluye también las medidas de seguridad, se pueden señalar dos caracteres principales: a) el de coerción directa o personal, en el sentido que el delincuente debe sufrir el tratamiento apto para él, según los fines de la defensa social, y b) personalidad, en el sentido que la pena debe ser aplicada al delincuente.

El sistema unitario fué consagrado por el código danés de 1930, en el que se contempla la posibilidad de substituir la pena por una medida de seguridad o elegir entre ambas. Fué introducido también en el código mejicano en 1933. Se contempla en el proyecto del código peruano en 1928; en los proyectos de los códigos brasileño y argentino, en el cual la pena es aplicada por un tiempo relativamente indeterminado o absolutamente indeterminado contra los delincuentes peligrosos; en el código español de 1929 derogado, que contemplaba la sentencia indeterminada para los reincidentes incorregibles; en la legislación penal de los EE. UU., donde el juez condena a un tiempo relativamente indeterminado y cuya cesación es establecida por una comisión de directores de prisión; en el código de la República Soviética que empezó a regir el 1o. de Enero de 1927; en el proyecto de Ferri de 1921 en el proyecto de código criminal para la República de Cuba, elaborado por una comisión presidida por Fernando Ortiz; en el proyecto elaborado por Moisés A. Veites para la República de Cuba.

3o.—La tercera doctrina que corresponde a las escuelas intermedias, sostiene el principio que las dos especies de medidas

deben tenerse separadas; aún cuando no existe entre ellas una diferencia substancial.

Las medidas de seguridad quedan incluidas en la esfera del derecho penal y la pena, en su sentido amplio, también las comprende.

32.— Están contenidas en el código en el título VIII del libro II y comprenden los arts. 199 a 240 inclusive.

El art. 199 inicia el título, disponiendo que “nadie puede ser sometido a una medida de seguridad que no esté expresamente establecida por la ley y fuera de los casos previstos por la misma ley”.

“Se aplican solamente a las personas socialmente peligrosas que hayan cometido un hecho que la ley mira como delito” (art. 202, inc. 1). En este caso es necesario, además de existir un delito, constatar la peligrosidad del delincuente; el delito puede ser un indicio de ella, pero no es suficiente. La indagación debe ser completa y hay que tomar en cuenta todos los elementos que concurren a demostrarla.

Las medidas de seguridad pueden aplicarse a personas socialmente peligrosas y que no hayan cometido un hecho que la ley mira como delito, en estos casos la ley determina la medida que debe aplicarse (art. 202, inc. 2). Como ejemplos de casos que, sin constituir delito el hecho cometido, revela, sin embargo, negligencia, podemos citar el art. 49, que se refiere al delito putativo; y el art. 115, que contempla el acuerdo previo para cometer el delito. En estos casos el juez no es obligado a aplicar la medida de seguridad, sino que facultado.

Sólo pueden aplicarse una vez constatada la peligrosidad social de la persona, salvo en los casos en que la ley la presume. Ya nos hemos referido a lo que el código entiende por peligrosidad y los casos en que la presume.

Las medidas de seguridad están reglamentadas en el título IX del proyecto de 1929, que se denomina “Prevención”.

De acuerdo con el art. 53, ellas son aplicables a aquellos individuos que ejecutan ciertos hechos que hacen de ellos individuos socialmente peligrosos, concepto que, como ya vimos, está explicado en los arts. 53 y 54.

Las medidas de seguridad no tienen en el proyecto un reglamentación tan minuciosa como en el código italiano. El proyecto sólo se ha limitado a establecer cuáles son las medidas de seguridad aplicables y a cuáles individuos deben aplicarse cada una de ellas.

En seguida, en el art. 65, trata de conciliar el tratamiento que debe aplicarse cuando el individuo que debe ser sometido a una medida de seguridad, comete además, un delito, como sería el caso de un ebrio crónico que delinque.

Y, finalmente, en el art. 67 establece el momento en que deben imponerse estas medidas.

Son ordenadas por el juez en la sentencia condenatoria o absolutoria, de acuerdo con el art. 205 inc. 1 del código italiano, salvo las tres excepciones indicadas por el mismo artículo. La primera se refiere al caso en que haya sido dictada sentencia condenatoria; las medidas pueden imponerse, entonces, durante la ejecución de la pena o durante el tiempo que el condenado se substraer voluntariamente a la ejecución de ella. La segunda contempla el caso en que el individuo haya sido absuelto, las medidas pueden, entonces, imponerse cuando se presume la calidad de persona socialmente peligrosa, siempre que no haya transcurrido un tiempo igual a la duración mínima de la relativa medida de seguridad. Y la tercera excepción consagra el principio de que dichas medidas pueden imponerse en todo tiempo en los casos establecidos expresamente por la ley.

De acuerdo con el art. 67 del proyecto de 1929, las medidas de seguridad se imponen en la sentencia que se dicta en la causa cuando se trata de un procesado por delito y en caso contrario se imponen en procedimiento especial previo informe de peritos. Explicaremos más este precepto por contener dos ideas muy interesantes.

1.—Se ordena siempre la formación del expediente de temibilidad; ello es indispensable, a fin de salvaguardar las garantías individuales. Es el juez la persona encargada de calificar todas las circunstancias que ha tenido en cuenta para declarar la peligrosidad del individuo y el fallo que emite es susceptible de recurso. Cuando se trata del primer caso reglamentado por el artículo, o sea, cuando concurre una pena junto con una medida de seguridad, ésta se puede aplicar en la misma sentencia, ello para evitar un doble procedimiento: uno para la aplicación de la pena y otro para calificar la peligrosidad.

2.— La medida de seguridad se impone previo informe de peritos. En el juicio de peligrosidad debe el juez oír el dictamen de peritos, sin perjuicio de la observancia de las reglas que el procedimiento penal determine, a fin de resolver con el mayor acierto posible.

Se aplican por un tiempo determinado y pueden ser revocadas y renovadas, de acuerdo con el código italiano.

Para poder revocarlas es necesario que haya cesado la peligrosidad de la persona (art. 207 inc. 1) y que haya transcurrido un tiempo correspondiente a la duración mínima establecida por la ley para cada medida de seguridad, salvo el caso de ser revocada por decreto del ministro de Justicia (art. 207 inc. 2 y 3).

Como ya dijimos, pueden ser también renovadas. En efecto, una vez transcurrido el tiempo mínimo de duración establecido por la ley, el juez hace nuevamente un examen de la persona socialmente peligrosa para establecer si continúa siéndolo. En caso afirmativo, fija un nuevo término para un examen ulterior, y aún cuando crea que el peligro ha cesado puede, sin embargo, proceder cuando quiera a nuevos exámenes (art. 208).

El juez puede, durante el juicio, decretar que el menor de edad, el enfermo mental, el ebrio habitual o la persona dedicada al uso de sustancias estupefacientes, sean provisoriamente internados en un reformatorio, en un manicomio judicial, en una casa de salud o de custodia. Puede revocar esta orden cuando crea que esas personas no son ya socialmente peligrosas, y el tiempo de la aplicación provisoria debe computarse en la duración mínima de ella (art. 206).

Se regulan siempre por la ley vigente en el momento de su aplicación, de acuerdo con el artículo 200.

Las medidas de seguridad no se acumulan; por el contrario, ellas se excluyen entre sí cuando son de la misma índole. Si son de distinta índole, el juez, de acuerdo con el art. 209 inciso 2, debe valorizar el peligro que deriva de la persona y en relación a éste aplicar una o más medidas establecidas por la ley.

Cuando han sido agregadas a una pena detentiva, se ejecutan después que la pena ha sido cumplida, pero si se han agregado a una pena no detentiva se cumplen después que la condena ha llegado a ser irrevocable. La ejecución de una medida detentiva y temporánea, que ha sido agregada a la ejecución de una medida de seguridad detentiva tiene lugar después de la ejecución de esta medida (art. 211).

El caso en que a un individuo le sean aplicable conjuntamente penas y medidas de seguridad está reglamentado en el proyecto de 1927 en el artículo 65. Dice este artículo:

“A los individuos que hallándose en las condiciones previstas en este título, cometieren algún delito, se les impondrá la penalidad que corresponda.

“Si la ley sancionare el delito con pena privativa de libertad, establecida alternativamente con otras penas, se impondrá sólo la pena de aquella naturaleza.

“Si el delito estuviere sancionado con pena privativa de libertad y una o más penas de otra naturaleza, se impondrán todas ellas. Las penas privativas de libertad se impondrán siempre con la calidad de indeterminadas, sin sujeción al máximo fijado por la ley para la reclusión y la prisión y se cumplirán en la casa de internamiento respectiva cuando esto fuere procedente en atención a la naturaleza de la medida que sin estas reglas fuere aplicable.

“No obstante lo dispuesto en los incisos precedentes, si el delito no tuviere señalada pena privativa de libertad, se aplicarán sólo las disposiciones de este título cuando la medida de seguridad procedente fuere de internamiento. En caso contrario, se impondrán conjuntamente la pena y la medida de seguridad que correspondan.

“Los comprendidos en el número 1 del artículo 55 serán en todo caso sometidos únicamente a la medida de seguridad respectiva”.

En el vigente código italiano, en el caso que a la persona sometida a medida de seguridad detentiva le sobrevenga una enfermedad psíquica, el juez ordenará la internación en un manicomio judicial, o bien en una casa de salud o custodia; una vez cesada la enfermedad, y siendo esta persona peligrosa, debe decretarse internación en una colonia agrícola o en una casa de trabajo, o bien en un reformatorio judicial. Si la persona, en cambio, estaba sometida a una medida de seguridad no detentiva o a caución de buena conducta, el enfermo es internado en un manicomio común.

Las medidas de seguridad son cumplidas en establecimientos destinados a estos fines. Las mujeres son internadas en establecimientos separados de aquellos de los hombres. En cada establecimiento se adopta un régimen especial, ya sea curativo, educativo o de trabajo, teniendo para ello en cuenta las tendencias y costumbres criminales de las personas y, en general, el peligro que de ellas deriva. El trabajo es remunerado; una parte de la remuneración se destina para reembolsar los gastos de mantención (art. 213).

33.—El artículo 215, clasifica las medidas de seguridad personales en detentivas y no detentivas.

Son medidas de seguridad detentivas: 1o., la internación en una colonia agrícola o en una casa de trabajo; 2o., la internación en una casa de salud o custodia; 3o., la internación en un manicomio judicial, y 4o., la internación en un reformatorio judicial.

El proyecto chileno no hace ninguna clasificación de las medidas de seguridad.

El artículo 56 se limita a establecer cuáles son las medidas de seguridad que pueden imponerse y enumera a continuación: 1o., internamiento en manicomios u hospicios, establecimientos de reeducación, casas de salud, casas de trabajo; 2o., expulsión de extranjeros; 3o., caución de buena conducta, y 4o., sujeción a la vigilancia de la autoridad.

Como ya lo hemos indicado, el proyecto no hace una reglamentación minuciosa de ellas; sólo se limita a establecer a quiénes deben aplicarse tales medidas.

De acuerdo con el artículo 57, se impone la medida de internamiento en un manicomio u hospicio a los enfermos o débiles mentales (correspondería a la medida que el código italiano denomina "internación en un manicomio judicial"); en un establecimiento de reeducación a los débiles crónicos ("internamiento en una colonia agrícola" del código italiano); en una casa de salud a los ebrios crónicos, toxicómanos y homosexuales (correspondería a la "internación en una casa de salud o custodia" del código italiano); en una casa de trabajo a los vagos y mendigos, a los que viven o se benefician ordinariamente del comercio carnal y a los jugadores habituales.

La medida de internamiento es absolutamente indeterminada y dura hasta que el sujeto esté sano o corregido o rehabilitado para la vida social.

El director o jefe de la casa de internamiento, cuando estime que aquéllo ha llegado, debe, de acuerdo con el artículo 66, comunicárselo al juez, el que previo el informe de un médico psiquiatra y con los demás informes que sean del caso, debe resolver lo que corresponda.

Es todo lo que dispone el proyecto acerca de tales medidas.

A continuación trataremos con más o menos detalles las disposiciones del código italiano al respecto.

Internación en una colonia agrícola o en una casa de trabajo.

—Se aplica esta medida: 1.º a los que han sido declarados delincuentes habituales, profesionales o por tendencia; 2.º a éstos, cuando, no encontrándose sometidos a una medida de seguridad, cometen nuevos delitos no culposos, que sean nuevas manifestaciones de la habitualidad, profesionalidad o tendencia para delinquir; y 3.º las personas condenadas o absueltas en los casos que la ley indique. (Art. 216).

La duración mínima de esta medida, de acuerdo con el artículo 217, es de un año; de dos años para los delincuentes habituales; de tres para los profesionales; y de cuatro para los delincuentes por tendencia.

El juez después de analizar las condiciones y aptitudes de la persona, establece, sin perjuicio de ser modificado en el curso del juicio, si la medida debe cumplirse en una colonia agrícola o en una casa de trabajo. Esto de acuerdo con el artículo 218.

Internación en una casa de salud o custodia.—Se aplica a los condenados por delitos no culposos, a una pena disminuída por razón de enfermedad psíquica o por intoxicación crónica de alcohol o sustancias estupefacientes o por razón de sodomúez. La duración, en estos casos, no puede ser inferior a un año cuando la pena establecida para el delito es superior a cinco años de reclusión. Si el delito merece la pena de muerte o de presidio perpetuo o de reclusión no inferior a diez años, la medida tiene como duración mínima tres años.

Tratándose de otros delitos a los cuales se les asigne penas detentivas y el delincuente sea persona socialmente peligrosa, se le aplica conjuntamente esta medida por un tiempo no inferior a seis meses o bien se la substituye por la libertad vigilada.

Esta medida excluye la aplicación de cualquiera otra medida detentiva. Se encuentra reglamentada en el artículo 219.

Se cumple después que la pena restrictiva de libertad haya sido cumplida, pero se faculta al juez para ordenar esta medida antes de iniciarse o de terminarse el cumplimiento de la condena de acuerdo con el artículo 220, en los casos de enfermedad psíquica del condenado.

Dedica el código un artículo especial a los ebrios habituales. En efecto, el artículo 221 dispone que serán internados en una casa de salud o custodia en una sección especial y por seis me-

ses, los ebrios habituales que hayan cometido un delito que merezca la pena de reclusión. Si el delito es penado con menos de tres años, se substituye esta medida por la libertad vigilada.

Todo lo dicho, de acuerdo con el mismo artículo, es aplicable a los que cometen delitos bajo la acción de sustancias estupefacientes, cuando el uso de estas sea continuo.

Internación en un manicomio judicial.—Se internan en los manicomios judiciales el sordo-mudo, y el absuelto por enfermedad psíquica o intoxicación crónica por alcohol o sustancias estupefacientes. La duración mínima del internamiento es de dos años; de cinco años cuando la pena que se establece para el delito no es inferior en el mínimo a 10 años; y de 10 años cuando el delito cometido merece la pena de muerte o presidio perpetuo.

Si esta medida, debe ser cumplida conjuntamente con una pena restrictiva de libertad, ésta se suspende durante el tiempo que dura el asilo en el manicomio.

Al menor de 14 o mayor de 14 y menor de 18, absuelto por razón de edad, que haya cometido un hecho previsto por la ley como delito, y que padezca de una enfermedad psíquica o esté intoxicado por el uso de alcohol o sustancias estupefacientes, le son aplicables las disposiciones arriba enunciadas.

Internación en un reformatorio judicial.—Una especial reglamentación dedica el código a los menores, sometiéndolos a una medida especial para ellos, que es el asilo en un reformatorio judicial.

En efecto, el inciso primero del artículo 223 dice: “El asilo en un reformatorio judicial, es una medida especial para los menores”.

La duración mínima de esta medida es de un año. Es substituida por la libertad vigilada, salvo que el juez crea conveniente aplicar la internación a una colonia agrícola o a una casa de trabajo, cuando el asilo en un reformatorio deba aplicarse, en todo o en parte, después que el menor haya cumplido los 21 años.

Contempla el código, en artículos separados, a) el caso de los menores imputables, b) el de los menores no imputables, y c) el de los menores delincuentes habituales, profesionales o por tendencia.

a) En el artículo 224 contempla el caso de los menores no imputables. El juez atendiendo a la gravedad del hecho y a las condiciones morales de la familia en que el menor ha vivido, ordenó que éste sea internado en un reformatorio judicial o puesto en libertad, cuando el hecho cometido por el menor de 14 años es previsto por la ley como delito y el menor es peligroso.

Esta medida tiene duración mínima de tres años, cuando el delito que cometió el menor merece la pena de muerte, presidio perpetuo o de reclusión no inferior a tres años.

Rigen estas disposiciones para el menor, mayor de 14 años y menor de 18 en el momento en que cometió el crimen, que por

carecer de capacidad para entender y querer, es reconocido como no imputable.

b) El menor mayor de 14 y menor de 18, y que es considerado imputable, puede ser internado, por orden del juez, en un reformatorio o ser puesto en libertad vigilada, después de haber cumplido la pena, según sea la gravedad del hecho y las condiciones morales de la familia.

En todo caso se aplicará, de acuerdo con el inciso 2.º del artículo 225, algunas de las medidas antes expuestas, al menor que, cumpliendo una medida aplicada por defecto de imputabilidad, durante su ejercicio sea condenado por delito.

c) El artículo 226, contempla el caso de menores delincuentes habituales profesionales o por tendencia, y establece para dichos menores de 18 años, la internación en un reformatorio judicial por un tiempo no inferior a tres años, y cuando han cumplido los 21 años, la internación en una colonia o casa de trabajo.

El artículo 227 se refiere a los reformatorios especiales creados para internar a los menores, con el objeto de comprobar su peligrosidad.

34.—De acuerdo con el artículo 215, son medidas de seguridad no detentivas: 1.º, la libertad vigilada; 2.º, la prohibición de habitar una o más comunas o una o más provincias; 3.º, prohibición de frecuentar tabernas u otros establecimientos que expendan bebidas alcohólicas.

Libertad vigilada.—Es una medida obligatoria en ciertos casos y facultativa en otros. El código los señala taxativamente. En efecto el artículo 229 dispone:

“ Fuera de los casos especiales, citados por la ley, la libertad vigilada puede ser aplicada: en los casos de condena o reclusión por un tiempo superior a un año y en los casos que el código autoriza una medida de seguridad, por un hecho no previsto por la ley como crimen”.

La libertad vigilada debe ordenarse siempre en los cuatro casos siguientes:

1.º.—Si se ha infringido la pena de reclusión por un tiempo no inferior a 10 años, debiendo durar en tal caso, la libertad vigilada no menos de 3 años;

2.º.—Cuando el condenado goza de libertad condicional;

3.º.—Si el contraventor habitual o profesional, no encontrándose bajo una medida de seguridad, comete un nuevo delito que es manifestación de su habitualidad o de su profesionalidad;

4.º.—En los otros casos determinados por la ley. Debemos citar aquí la disposición del inciso último del artículo 215, que dispone que cuando la ley establezca una medida de seguridad sin indicar la especie, se aplica generalmente la libertad vigilada, salvo que el juez por tratarse de un condenado por delito, crea conveniente internarlo en una colonia agrícola o en una casa de trabajo.

La vigilancia de la persona que está sometida a libertad vigilada es encomendada, por el artículo 228, "all'autorita de publica sicurezza" (a la autoridad de pública seguridad). Estas personas deben cumplir ciertas obligaciones que el juez les impone. Ellas tienen como fin evitar que el sujeto cometa nuevos delitos. Pueden ser modificadas o limitadas. La vigilancia debe ser ejercitada de manera que sea fácil, al condenado, por medio del trabajo, su readaptación a la vida social. Tiene como duración mínima un año.

Todas estas disposiciones son aplicables a los menores a falta de leyes especiales que reglamenten esta materia.

Cuando la persona sometida a libertad vigilada no cumple con las obligaciones impuestas, el juez agrega a la libertad vigilada la caución de buena conducta, y teniendo en cuenta la gravedad particular de la trasgresión o su repetición, puede substituir tal medida por la internación en una colonia o en una casa de trabajo, o, tratándose de un menor, por el asilo en un reformatorio judicial. Todo esto de acuerdo con el artículo 231.

El artículo 232 contempla el caso especial de los menores y de los enfermos mentales, disponiendo que no pueden ser puestos en libertad vigilada, sino cuando sea posible confiarlos a sus padres o a aquellos que tengan obligación de proveer a su educación o existencia, o bien a instituciones de asistencia social. Si ello no fuere posible, será ordenado o mantenido, según los casos, el internamiento en el reformatorio o en una casa de salud o custodia. Igualmente el menor que bajo la libertad vigilada no dé señales de arrepentimiento, o el enfermo que se demuestre nuevamente peligroso.

La sujeción a la vigilancia de la autoridad es otra de las medidas de seguridad enumeradas por el proyecto. El código vigente la considera como una pena en su artículo 45.

Esta medida está reglamentada en el artículo 64. En virtud de ella, se obliga al sujeto a poner en conocimiento de la jefatura de policía el lugar de su residencia, sus ocupaciones y demás actividades y los respectivos lugares en que las ejercita; a no cambiar de residencia sin previo aviso a la jefatura; a adoptar un oficio, arte, industria o profesión si carece de medios propios y además se faculta a la autoridad administrativa y a los funcionarios de policía para que adopten respecto de él medidas de vigilancia especiales.

El juez, al aplicar esta medida, puede fijar la residencia, prohibir la permanencia fuera de la casa durante la noche, prohibir la compañía de personas de mala fama y el frecuentar cantinas y, en general, puede obligar a observar una conducta intachable.

La duración de esta medida la fija el juez según las circunstancias sin que pueda exceder de cinco años.

Prohibición de habitar en una o más comunas o provincias.—

En cuanto a esta medida, el código italiano dispone en el artículo 233 que ella es aplicable al culpable de un delito contra la perso-

nalidad del Estado, o contra el orden público, o bien de un delito cometido por motivos políticos u ocasionados por particulares condiciones sociales o morales que existan en un lugar determinado.

Su duración mínima es de un año, y en caso de no cumplirse además de empezarse a contar de nuevo el plazo, puede decretarse además la libertad vigilada.

Prohibición de frecuentar tabernas y otros establecimientos que expendan bebidas alcohólicas.— El código ha impuesto esta medida, que sólo es aplicada a los condenados por ebriedad habitual o delitos cometidos en estado de ebriedad, siempre que ella sea habitual. Esta prohibición tiene como duración mínima un año y se agrega siempre a la pena, pudiendo además, en caso de transgresión, ser ordenada la libertad vigilada o la caución de buena conducta.

Expulsión de los extranjeros.—Por último, el código se refiere a una medida de seguridad aplicable a los extranjeros y que consiste en su expulsión del territorio italiano, la que es ordenada por el juez, además de los casos previstos por la ley, cuando el extranjero es condenado a la reclusión por un tiempo no inferior a 10 años.

El proyecto de 1929 en su artículo 58 trata de ella y dispone que se aplica a los extranjeros que son declarados peligrosos como probables autores de hechos contrarios a la moralidad o a las buenas costumbres o a la seguridad del Estado o al orden público.

También es aplicable a los extranjeros vagos o mendigos, ebrios o delincuentes crónicos o a los que hayan cometido un delito en el extranjero por el que no hayan sido juzgados o no hayan cumplido la pena que se les impusiere.

La ley chilena de residencia No. 3446, de 12 de Diciembre de 1918, y la ley No. 6026, de Seguridad Interior del Estado, de 11 de Febrero de 1937, contienen disposiciones que dicen relación con los extranjeros.

En efecto, la Ley de Residencia distingue dos categorías de extranjeros peligrosos. A unos les prohíbe la entrada al país y a otros se la restringe en el sentido que la ley autoriza a las autoridades para no dejarlos entrar o para expulsarlos en caso que ya hayan entrado. En este último caso están comprendidos los extranjeros que han sido condenados o procesados por delitos que el código penal califica de crímenes; los que no tengan o no puedan ejercer una profesión o un oficio que los habilite para ganarse la vida y los que padecen de ciertas enfermedades a que se refiere el código Sanitario.

Entre los de primera categoría tenemos los que enseñan o predicán la alteración del orden social o político por la violencia.

La ley 6029, de acuerdo con su artículo 15, prohíbe la entrada al país a los extranjeros que propagan o fomentan ya sea de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, doctrinas que tiendan a destruir por medio de la violencia, el orden social o la organización política y jurídica de la Nación. Igualmente prohíbe la

entrada a las personas que son miembros de asociaciones u organizaciones destinadas a su enseñanza o difusión.

El artículo 16, por otra parte, dispone que los extranjeros nacionalizados que hayan sido condenados por alguno de los delitos que contempla la presente ley son privados de su carta de nacionalización y pueden ser expulsados del territorio nacional.

35.—El capítulo segundo del título octavo, se refiere a las medidas de seguridad patrimoniales.

El artículo 236 da la regla general al disponer que, además de aquellas medidas establecidas por disposiciones especiales, son medidas de seguridad patrimoniales: 1.º La caución de buena conducta, y 2.º. El comiso.

La caución de buena conducta se cumple mediante el depósito en la Caja de Multas, de una suma no inferior a mil (liras) ni superior a veinte mil liras. El depósito puede substituirse por la prestación de una garantía hipotecaria.

Su duración no es superior a un año ni superior a cinco, plazo que se cuenta desde el día en que se dió la caución (art. 237). Si no se cumple la caución el juez ordena la substitución por la libertad vigilada (art. 238).

Se restituye la suma depositada o se cancela la hipoteca en el caso que el individuo sometido a tal medida no cometa ningún delito ni ninguna contravención durante la ejecución de tal medida. En caso contrario la suma depositada o por la cual se dió garantía es devuelta a la Caja de Multas (art. 239).

La caución de buena conducta es medida de seguridad que encuentra una reglamentación más completa en el Proyecto; por ser la medida de aplicación más frecuente. Se aplica en los casos que no caben otras.

En el código vigente es considerada como una pena y reglamentada en el art. 46.

Consiste, de acuerdo con el artículo 60 del Proyecto, en la constitución de un depósito en dinero o efectos públicos, o de una hipoteca o fianza hipotecaria para el fin de garantizar por este medio la buena conducta posterior y el cumplimiento de las obligaciones que se impongan al individuo.

El valor de la caución lo fija el juez, de acuerdo con las condiciones personales, sociales y personales del sujeto, y el plazo de ellas fluctúa entre un mínimo de dos años y un máximo de cinco.

El juez puede, de acuerdo con el artículo 61, imponer al individuo obligaciones especiales que tengan relación con su residencia, con la obligación de no salir de noche, con la prohibición de juntarse con personas de mala fama o de frecuentar cantinas, (ésta es completada por el código italiano como una medida de seguridad independiente) y, en general, al deber de observar una conducta intachable.

Si la persona sometida a esta medida delinque o no cumple las obligaciones impuestas ya mencionadas, el valor de la garantía se aplica al Fisco.

Una vez cumplida esta medida el depósito se devuelve y la hipoteca o la fianza, en su caso, se cancelan, de acuerdo con el artículo 62.

El comiso contemplado en el artículo 240 del código italiano, puede ser obligatorio o facultativo.

Puede ser ordenado por el juez en el caso de condena, extendiéndose a las cosas que fueron destinadas o sirvieron para cometer el delito y de las cosas que son productos o provechos del mismo.

Debe ser ordenado el comiso:

1o.—De las cosas que constituyen el precio del crimen;

2o.— De las cosas, la fabricación, el uso, la detención, la conducción o la enajenación, que constituyen delito aún cuando no se ha pronunciado condena, salvo que la fabricación, el uso, la conducción, la detención o la enajenación, puedan ser hechas mediante una autorización administrativa y pertenezcan a personas extrañas al delito.

The first part of the book is devoted to a general history of the world, from the beginning of time to the present day. The author discusses the various civilizations that have flourished on the earth, and the progress of human knowledge and art. He also touches upon the different religions and philosophies that have shaped the human mind.

The second part of the book is a detailed account of the history of the British Empire, from its early beginnings in the sixteenth century to its present extent. The author describes the various colonies that were acquired, and the policies that were pursued towards them. He also discusses the role of the British Empire in the world, and its influence on the course of human events.

The third part of the book is a history of the United States, from its declaration of independence in 1776 to the present day. The author discusses the various events that have shaped the nation, and the progress of its institutions and government. He also touches upon the different parties and interests that have influenced the course of the nation's history.



CAPITULO VII

CRITICAS A ALGUNAS DISPOSICIONES Y CONCEPTOS SEGUIDOS POR EL CODIGO

36.—Crítica al artículo 133. 37. — Al principio de tomar en cuenta varias veces un mismo hecho o circunstancias. 38.—A los diferentes criterios empleados para la reincidencia, la habitualidad, profesionalidad y tendencia para delinquir. 39.—Al concepto de haber señalado una duración mínima a ciertas medidas de seguridad. 40.—Al sistema dualista que impera en el código, en lo que se refiere a las penas y medidas de seguridad. 41.—Solución que podría darse para satisfacer ambas doctrinas.

36.—La nueva ley penal, da grandes méritos bajo diversos aspectos, se presenta en partes incierta; incertidumbre que tiene como causa el deseo de superar ambas doctrinas: clásica y positiva.

Tales incertidumbres se ven principalmente en el artículo 133, que determina los criterios para el ejercicio de los poderes discrecionales del juez. Esta disposición contiene la idea central, de la cual derivan todas las principales materias tratadas.

Debe ponerse de relieve que la gravedad del delito y la peligrosidad no son dos elementos distintos que se puedan sumar, como sucede en el artículo 133, sino que se debe considerar uno en función del otro, porque para determinar la gravedad del delito es necesario tener en cuenta la peligrosidad del sujeto, y para determinar ésta es necesario tener en cuenta la gravedad del delito, esto es, se subordina el valor sintomático del delito al valor causal de éste, o bien se hace lo contrario.

No se puede decir que el código ha seguido el primer criterio, porque es fácil constatar, antes que todo, que esto no resulta del artículo 133, que pone en un mismo plano, tanto la gravedad del delito como la capacidad para delinquir, y en segundo lugar, que el artículo 133 sirve, no sólo para determinar la peligrosidad para los fines de aplicar las medidas de seguridad, sino que también sirve para la declaración de la habitualidad, profesionalidad o de la tendencia para delinquir, en cuyos casos no se puede ciertamente sostener que el valor sintomático está subordinado al valor causal.

Pero es de advertir que los elementos que sirven de base para determinar la capacidad para delinquir, pueden presentar un carácter completamente opuesto, según se considere desde el punto de vista de la culpa moral o bien desde el punto de vista de la defensa social. Todo esto estaba formulado de un modo orgánico en el proyecto de Ferri. En los límites señalados por la ley, la sanción se aplica al delincuente según su peligrosidad. El grado de ésta debe determinarse según la gravedad o modalidad del hecho delictuoso, los motivos determinantes y la personalidad del delincuente.

37.—Igualmente, no parece estar de acuerdo con la nueva tendencia el tomar en cuenta varias veces un mismo hecho, elemento o circunstancia, lo que lleva consigo necesariamente un aumento de la pena. Tal inconveniente resulta más evidente cuando a la pena se agrega una medida de seguridad, porque la gravedad de la misma se determina teniendo como base la capacidad para delinquir, que no es otra cosa que la peligrosidad criminal; y, además, la medida de seguridad se aplica a las personas que revelan peligrosidad, y tanto ésta como la capacidad para delinquir se deducen de las mismas fuentes (art. 133 y 203).

38.—Tampoco aparece convincente el hecho de que la reincidencia produzca un aumento igual a la sexta parte de la pena que se va a aplicar, o un aumento equivalente a la mitad de la pena si el nuevo delito es de la misma índole o es cometido dentro de los cinco años siguientes a la condena precedente; o si lo ha cometido durante o después de la ejecución de la pena, o bien durante el tiempo en que el condenado se sustrae voluntariamente a la ejecución de la condena. En tanto la habitualidad, la profesionalidad y la tendencia para delinquir producen sólo la aplicación de una medida de seguridad.

39.—Por otra parte, no es fácil reconocer el fundamento racional de la disposición sobre el mínimo legal de duración de la internación en un manicomio judicial de los absueltos por enfermedad mental (art. 222) y de los menores de edad. La disposición nos parece poco lógica, pues la enfermedad mental o la peligrosidad pueden cesar antes del plazo mínimo fijado por la ley y sería inadmisibles mantener en un manicomio a una persona sana o inofensiva.

40.—Habiéndose declarado como único fundamento del derecho de castigar, la defensa social, debió haberse tratado de llegar, lógicamente, hasta la última consecuencia de dicha declaración, la que se refiere especialmente a dos puntos fundamentales. Ellos son el dualismo de penas y medidas de seguridad y la responsabilidad de los menores y los enfermos mentales.

Con respecto al dualismo de penas y medidas de seguridad, podemos afirmar, con los positivistas, que ellas las penas y las medidas de seguridad son sanciones distintas dentro de una misma institución, las que caen bajo la denominación de sanciones criminales. O sea, que mientras la pena constituye la sanción crimi-

nal, las medidas de seguridad constituyen la forma curativa, educativa y eliminatória.

Al afirmar que de hecho no existen diferencias fundamentales, en evidente que nos referimos sólo a las medidas de seguridad que se aplican a los imputables, porque respecto a los inimputables no se presentaría ninguna cuestión.

No negamos que existen diferencias substanciales entre ellas; sólo hemos sostenido que unas u otras deberían quedar comprendidas bajo el nombre de sanciones criminales, como lo hacía el proyecto de Ferri.

Examinaremos algunas disposiciones del código y algunos conceptos informadores de esta materia, para así comprobar que no es posible encontrar ningún carácter que legitime una distinción esencial.

Se afirma en la Relazione que las medidas de seguridad se aplican después y no a causa del delito (*post factum*), esta afirmación estará en la intención del legislador, ya que en la práctica sucede lo contrario, en efecto, tenemos el caso de los delincuentes habituales autores de muchos delitos, caso en que no puede negarse que las medidas de seguridad se aplican no sólo después, sino que a causa del hecho. Igual cosa podemos decir de los delincuentes por tendencia.

Las medidas de seguridad son sanciones, pese que el código considere lo contrario, ya que son consecuencia de un delito y representan la reacción en su contra.

Tampoco se puede admitir que la pena se dirija sólo a combatir los efectos del delito, reservando a las medidas de seguridad la facultad de combatir las causas de él, ya que no se puede negar que la pena sirva también para este fin, ya que se gradúan según la capacidad para delinquir, deducida de los motivos que inducen a delinquir, del carácter del reo y además de las condiciones de vida individual y social del reo (art. 133). Como tampoco podríamos negar a las medidas de seguridad valor para combatir los efectos de los delitos, especialmente la alarma social y valor para dar satisfacción al sujeto pasivo de él, y evitar, por consiguiente, las venganzas, las represalias, etc.; porque la privación de libertad por un tiempo indeterminado tiene eficacia a veces mucho mayor que la pena que es por tiempo determinado más o menos breve y que puede constituir en una pena pecuniaria.

No es tampoco exacto afirmar que mientras la pena realiza una función de intimidación sobre la mayoría de los ciudadanos (prevención general), tal carácter falta a las medidas de seguridad y como son aplicadas por un tiempo indeterminado constituyen, como ya lo dijimos, un mal tal vez mayor que las penas, exceptuando la pena de muerte, ya que en ciertos casos, implican un tratamiento más riguroso que las penas por ser aplicadas a los delincuentes más peligrosos; y son en cierto modo más infamantes, porque de su aplicación son excluidos los delincuentes primarios

pues ellas se aplican a los individuos que han cometido varios delitos y por esto a las clases de delinquentes peores.

Igualmente el legislador no les ha reconocido fines de prevención de los delitos primarios, sino que sólo de la reincidencia, sin que haya por eso ningún inconveniente para que de hecho puedan cumplir tal función.

No es tampoco exacto afirmar que mientras la pena es proporcional al delito, o sea a un hecho, las medidas de seguridad sean proporcionadas a las condiciones psíquicas de la persona, a su peligrosidad; ya que la pena es también proporcionada al carácter del reo y a su peligrosidad, como lo dispone el artículo 133 y porque la declaración de habitualidad, profesionalidad y tendencia para delinquir tiene valor sobre todo por sus efectos penales.

Es también poco acertado el hacer diferencias tomando como base la responsabilidad y la peligrosidad, porque mientras, por una parte, las penas son proporcionadas también a la peligrosidad; por otra parte, para la aplicación de las medidas de seguridad, el autor debe ser también responsable de un hecho, e imputable (en cuanto, como ya lo hemos advertido, la discusión sobre la identidad de ellas se limita a los imputables).

Tampoco es posible afirmar que mientras las penas son proporcionadas al valor causal del delito, las medidas de seguridad sean proporcionadas al valor sintomático del mismo, porque el artículo 133 dispone que la pena es proporcionada también a la capacidad para delinquir, la que tiene que tener como fuente principal el delito ya cometido, estudiado en su valor sintomático.

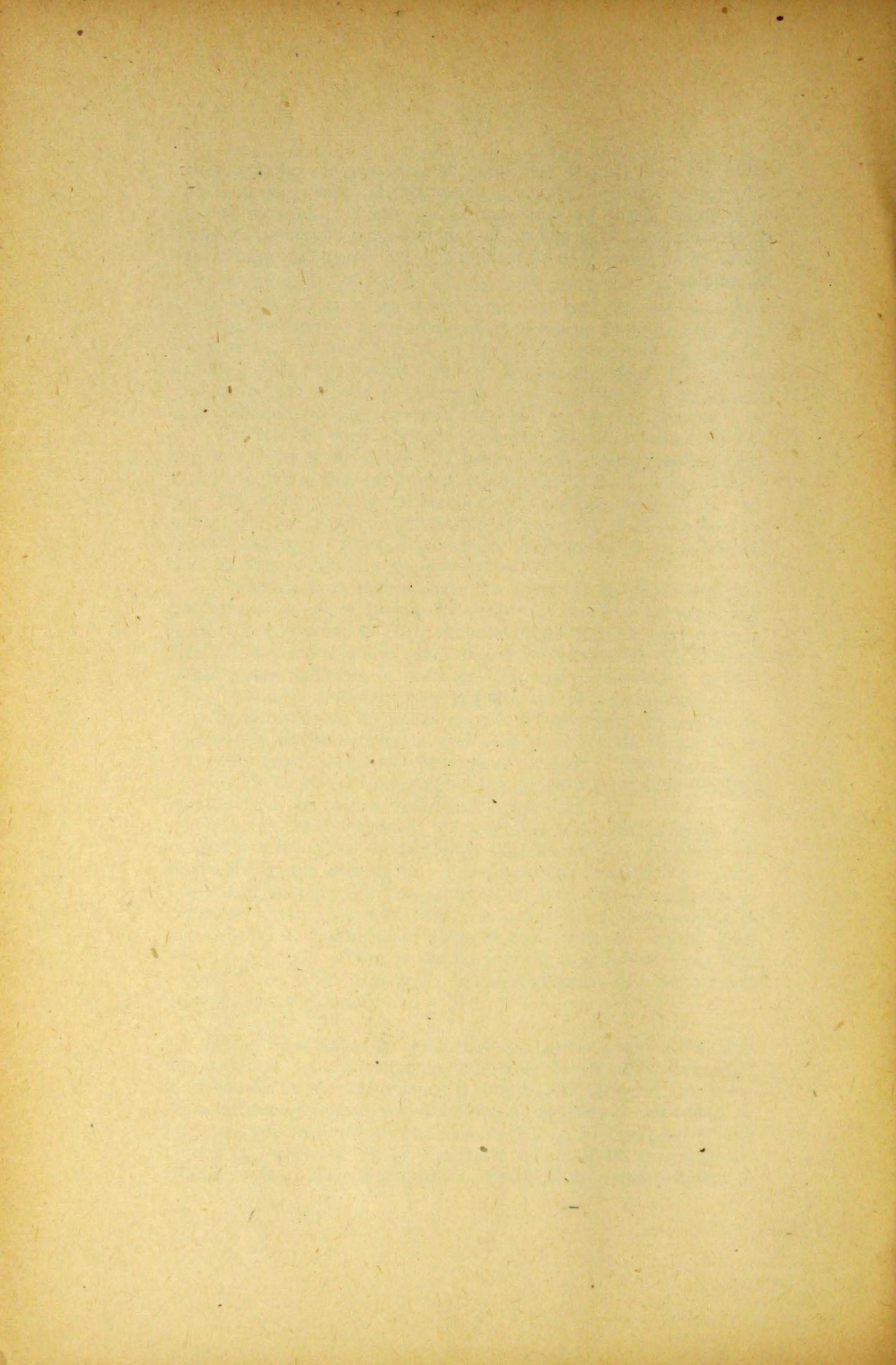
Igualmente, no se puede encontrar un criterio distintivo en la duración de las sanciones, que sería determinada en las penas e indeterminada en las medidas de seguridad; porque con la institución de la libertad condicional las penas privativas de libertad son también, en ciertos casos, indeterminadas.

De este rápido examen, no podemos decir que hayamos encontrado diferencias substanciales que sirvan para legitimar la distinción, y, por otra parte, existen caracteres comunes para ambas como por ejemplo: 1o. tienen como fundamento un delito ya cometido y son proporcionadas a la peligrosidad; 2o.— cumplen una función de intimidación sobre el conglomerado social (prevención general) y para readaptar y hacer inofensivos a los individuos (prevención especial); 3o. son aplicadas por los órganos de la jurisdicción penal.

41.— Una solución que satisfaría ambas doctrinas, al menos temporal y transitivamente, podría ser la siguiente: mantener la distinción entre imputables y no imputables, dejando a éstos fuera del derecho penal y aplicándole las medidas de seguridad y, por otra parte, unificar en una sola institución que tenga al mismo tiempo caracteres de penas y medidas de seguridad las sanciones relativas a las personas imputables, estableciendo que mientras el

delito sea base para la aplicación de las sanciones criminales, la peligrosidad sea el criterio para determinar la forma y la duración de la aplicación de las sanciones. O sea, que la pena intimidativa en el momento de su aplicación concreta deba adaptarse y adecuarse en su forma y en su medida a la individualidad psíquica de los sujetos.

FIN



INDICE

PRIMERA PARTE

Introducción.

CAPITULO I

ESCUELA CLASICA

1. Denominación.—2. Origen filosófico de la escuela.—3. Beccaria y su obra.—4. Teorías clásicas acerca del fundamento del derecho de castigar.—5. Orientación y método de la escuela.—6. Libre arbitrio, responsabilidad moral y responsabilidad penal.—7. Concepto del delito.—8. Concepto de la pena. Págs. 11-42

CAPITULO II

ESCUELA POSITIVA

9. Orígenes de la Escuela.—I. La filosofía del materialismo. La filosofía del positivismo.—II. Los nuevos estudios en el campo de las ciencias sociales.—III. Las nuevas ideas políticas.—10. Giovanni Bovio, principal precursor de la escuela positiva.—11. Representantes.—12. Lombroso. Orígenes de la Antropología. Teoría lombrosiana. Evolución que experimentó su primitivo concepto de antropología. La pena. Medios de combatir el delito.—13. Ferri. Puntos de partida de sus investigaciones. Factores del delito. Ley de saturación criminal. Clasificación de los delincuentes. Concepto de la responsabilidad social. Sistema penal. Medidas represivas y medidas preventivas.—14. Garofalo. Delito natural. Clasificación de los delincuentes. Sistema represivo. Reparación del daño. La temibilidad del delincuente. Págs. 43-65

CAPITULO III

TERZA SCUOLA

15. Aparición. Fundamentos y representantes.—16. Fundamento de la imputabilidad.—17. Factores del delito. Abandono del tipo antropológico.—18. La pena y las medidas de seguridad. Págs. 67-70

CAPITULO IV

ESCUELA DEL TECNICISMO JURIDICO O CONCEPCION TECNICO-JURIDICO

19. Nacimiento.—20. Sus fines.—21. La dogmática jurídica.—22. El método jurídico.—La lógica jurídica. Págs. 71-79

CAPITULO V

EL NUEVO IDEALISMO

23. Representantes.—24. Concepto de libertad.—25. ¿Qué se entiende por sujeto del delito?—26. Imputabilidad y responsabilidad.—27. Penalidad.—28. Concepto de la antropología y de la sociología.
Breves palabras acerca de la escuela humanista. Págs. 81-88

SEGUNDA PARTE

CAPITULO I

PRINCIPIOS INFORMADORES DEL NUEVO CODIGO

1. Someras nociones acerca del fascismo.—2. Relaciones existentes entre el sistema del Nuevo Código Penal y la filosofía social, política y jurídica del fascismo.—3. Posición del código frente a las escuelas de derecho penal.—4. Principios de defensa social: a) Defensa preventiva. b) Diferencias entre las medidas de policía y las medidas de seguridad administrativa. c) Defensa represiva y sus diferencias con la defensa preventiva. d) Diferencias entre las medidas administrativas de seguridad y las sanciones jurídicas. e) Casos en que se aplican las medidas de seguridad. f) Conclusión.—5. Otros principios informadores.—Juicios emitidos sobre el código y sus principales características. Págs. 89-102

CAPITULO II

EL DELITO

6. Noción legal y clasificación.—7. Relación de causalidad material y relación de causalidad psíquica.—8. Elemento psicológico del delito.—9. Circunstancias del delito. Atenuantes y agravantes. Objetivas, subjetivas e inherentes a la persona. Págs. 103-108

CAPITULO III

SISTEMA PENAL ADOPTADO POR EL CODIGO

10. Clasificación de las penas.—11. Penas principales. a) Pena de muerte. b) Presidio perpetuo. c) Reclusión. d) Pena de arresto. e) Penas pecuniarias.—12. Penas accesorias. a) Inhabilitación de oficios públicos. b) Inhabilitación de una profesión o arte. c) Pérdida o suspensión de la patria potestad y de la potestad marital. d) Suspensión de una profesión o arte.—13. Modificación y aplicación de las penas. Poderes discrecionales y facultades del juez. Otras disposiciones acerca de la aplicación de las penas.—14. Ejecución de las penas detentivas. Para adultos. Para menores. Remuneración de los condenados.—15. Extinción de la pena.—16. Sanciones civiles. . . . Págs. 109-125

CAPITULO IV

IMPUTABILIDAD Y RESPONSABILIDAD

17. Fundamento de la imputabilidad: en el código derogado: en el Proyecto Ferri y en el código actual.—18. Fórmula de la imputabilidad en el código Rocco.—19. Capacidad de entender.—20. Capacidad de querer.—21. Requisitos generales de la imputabilidad.—22. Responsabilidad.—23. Causas de inimputabilidad.—1.º por falta de madurez, a) menor edad, b) sordomudez; 2.º por enfermedad mental y estados psíquicos equivalentes, a) enfermedad mental, b) embriaguez accidental, c) uso accidental de sustancias estupefacientes, d) intoxicación crónica por alcohol o sustancias estupefacientes.—24. Causas de justificación a) legítima defensa, b) estado de necesidad, c) otras causas de justificación. . Págs 127-139

CAPITULO V

PELIGROSIDAD

25. Definición y clasificación.—26. Peligrosidad simple. Peligrosidad presunta y peligrosidad comprobada por el juez.—27. Peligrosidad calificada.—28. Habitualidad. En los delitos y en las contravenciones.—29. Profesionalidad.30. Tendencia a delinquir... Págs. 141-145

CAPITULO VI

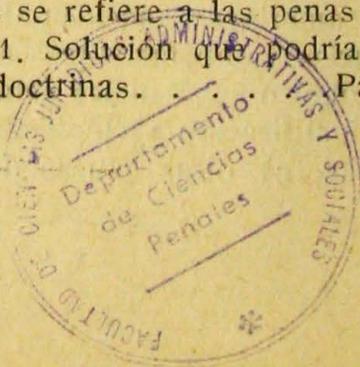
MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DE SEGURIDAD

31. Teorías.— 32. Ubicación en el código y disposiciones comunes a las medidas de seguridad personales.—33. Medidas de seguridad detentivas. a) Internación en una colonia agrícola o en una casa de trabajo, b) internación en una casa de salud o custodia, c) internación en un manicomio judicial, d) internación en un reformatorio judicial.—34. Medidas de seguridad no detentivas, a) libertad vigilada, b) prohibición de habitar una o más comunas o una o más provincias, c) prohibición de frecuentar tabernas u otros establecimientos que expendan bebidas alcohólicas, d) expulsión de los extranjeros.—35. Medidas de seguridad patrimoniales, a) caución de buena conducta y b) comiso.Págs. 147-159

CAPITULO VII

CRITICAS A ALGUNAS DISPOSICIONES Y CONCEPTOS SEGUIDOS POR EL CODIGO

36. Crítica al artículo 133.—37. Al principio de tomar en cuenta varias veces un mismo hecho o circunstancias.—38. A los diferentes criterios empleados para la la reincidencia la habitualidad, profesionalidad y tendencia para delinquir.—39. Al concepto de haber señalado una duración mínima a ciertas medidas de seguridad.—40. Al sistema dualista que impera en en el código, en lo que se refiere a las penas y medidas de seguridad.—41. Solución que podría darse para satisfacer ambas doctrinas.Págs. 161-165



UNIVERSIDAD DE CHILE



3560 1008474078