

|      |     |  |     |
|------|-----|--|-----|
| VI.  | 66. | Dos problemas finales: A. Formas de la sanción penal.<br>B. Criterios de la sanción social.—1.º  |     |
|      | 67. | Medios preventivos, reparadores, represivos y eliminativos.....  | 148 |
| VII. | 68. | 2.º Condiciones del <i>acto</i> , del <i>agente</i> y de la <i>sociedad</i> . El derecho violado, los motivos determinantes y la categoría antropológica del delincuente. Ejemplo práctico.—69. Tentativa y complicidad.—70. El bizantinismo clásico y la justicia según los positivistas..... | 165 |

en los párrafos precedentes, es también el examen de la teoría clásica y de las teorías eclécticas consideradas en sí mismas y en su consecuencia, las que demuestran una vez más la verdad científica y la utilidad práctica de la teoría positiva de la responsabilidad, como fundamento de la función social de clínica preservativa del delito.

## VI

66.—No es suficiente haber establecido el principio fundamental de la responsabilidad penal para deducir de él las aplicaciones prácticas: es preciso agregar a este principio los criterios científicos que permitan adaptar esta misma responsabilidad a cada delito y a cada delincuente.

Si llevamos de nuevo nuestra atención a aquella serie de hechos citados por mí (§ IV) como otros tantos ejemplos de especies de sanciones físico-biológico-sociales, podemos alcanzar otra conclusión positiva, que sirve precisamente para completar la idea fundamental de la responsabilidad social, es decir, para establecer que toda sanción es independiente de la falta moral del agente.

Si, en efecto, la sanción en sí misma, como reacción, es constante en todos los casos, y, por lo tanto, independiente de lo que ha querido o dejado de querer el agente, sin embargo, el carácter y la intensidad de esta sanción varían de una especie a otra y de un caso a otro caso, en una misma especie; y esto acontece no sólo en el orden social, pues también se da en el orden físico y en el biológico.

El hombre que a una gran altura se inclina demasiado fuera de una ventana, cae, se rompe la cabeza y muere; mientras que aquel que da un mal paso en la calle sólo se produce un arañazo; asimismo el que absorbe sustancias antiorgánicas o venenosas muere; en tanto que el que padece una indigestión está enfermo muy poco tiempo; y de idéntica manera el que recarga sólo durante un día de trabajo su cerebro, siente una fatiga pasajera, y el que abusa de él durante un mes, un año o diez, concluye en la demencia.

Igualmente, diremos, el ignorante y el aturdido provocan

una reacción social análoga a la que produce el maldiciente y el orgulloso, aun cuando pueda ser muy diferente de la que sufren el comerciante que quiebra, el loco que acomete sin razón al transeunte, o el cochero que comete un homicidio involuntario. No es esto todo; si para cada una de estas especies de sanción social, la cualidad de la sanción queda en el fondo, el grado y la intensidad varían según las circunstancias en que se encuentran el agente y la sociedad especial en la cual vive; de dos maldicientes uno es considerado como aturdido, el otro como verdaderamente mal intencionado; de dos quebrados, el uno despierta más compasión y recibe mayores socorros que el otro; dos cocheros condenados no sufren necesariamente una detención de igual duración, etc.

Todo esto significa (y es la conclusión que surge clara como la luz de los hechos citados hasta el presente), que en todos estos casos la sanción social es siempre independiente de la falta moral del individuo; *pero cambia de calidad y de grado según las circunstancias particulares del individuo que obra, del acto realizado, y de la sociedad en que vive.*

Pues bien: así como en la primera parte de esta inducción positiva, hemos visto que era lógico y necesario extenderla a toda especie de sanción social y, por consiguiente, hasta a la sanción verdaderamente penal, así al presente, en esta última parte que completa nuestra inducción, estamos obligados a reconocer también, que aun para las sanciones relativas a los verdaderos delitos, a los delitos propiamente dichos, la cualidad y el grado deberán variar con las diferentes circunstancias del individuo que actúa, del acto cometido y de la sociedad que reacciona.

Y por ello podemos responder sin trabajo a la crítica dirigida por Guyau, y repetida por algunos otros, a la concepción de la responsabilidad social por mí sostenida. Este autor, uno de los que más flotan entre las viejas y las nuevas ideas, admite, sin embargo, que la sola razón que legitima la pena es su necesidad, su eficacia para la defensa social, y acoge por esto los principios de la escuela positiva italiana; pero me reprocha el haber querido excluir de la pena todo elemento volitivo e intencional. «La sanción social», dice, no puede, aun cuando lo

diga Ferri, ser únicamente mecánica, como la sanción natural. El determinismo interno y psicológico del agente, debe recibir una apreciación legal, porque se ha de tener en cuenta la *atención* (en los casos de falta o negligencia) y la *intención* (en los casos de dolo) de aquel que obra: se debe calcular el volumen de agua de un torrente, y a la vez la fuerza en movimiento. Por esta razón el criterio dado por Ferri sobre los motivos sociales y antisociales que determinan la acción, no es suficiente; es indispensable considerar también la calidad y la cantidad de la voluntad misma que hay detrás» (1).

Esta crítica contiene, como se observa, dos objeciones: primero, la sanción social no debe ser invariable, mecánica; segundo, el criterio diferencial no debe ser sólo la calidad social o antisocial de los motivos determinantes de la acción, sino también la cantidad y la calidad de la voluntad que hay detrás.

Sobre esta segunda objeción, además de lo que diré bien pronto sobre el criterio de los motivos determinantes de la acción, me basta hacer observar que, dada la concepción científica de la voluntad, es muy difícil, según indiqué al comienzo de este capítulo, señalar una diferencia clara y precisa entre los motivos determinantes y la «voluntad que está detrás».

Pero me reservo, como acabo de decir, demostrar más adelante el carácter perfectamente suficiente y positivo del criterio de los motivos determinantes propuesto por mí, y debo ahora responder a la primera objeción contenida en la crítica de Guyau. La respuesta es fácil: en efecto, si sostengo que toda forma de sanción social debe ser como la sanción física y biológica, independiente del criterio de la libertad moral del agente (y aquélla debe ser puramente dinámica, con una acción y una reacción completamente naturales de fuerzas), no se sigue de aquí (mi conclusión, por el contrario, es muy diferente) que, a mi juicio, la sociedad deba reaccionar siempre de igual manera y con la misma intensidad contra toda clase de acciones antisociales.

Se advierte que esta objeción de Guyau, repetida después contra mí por otros críticos que fingen extrañarse de que po-

(1) Guyau, *Critique de l'idée de sanction*, en la *Revue phil.*, Marzo, año 1883.

damos todavía hablar de condiciones psicológicas y de motivos determinantes en el delincuente, parte de una confusión y de un equívoco entre la libertad y la falta moral del delincuente, que son excluidas por nosotros, y sus condiciones físicas, que no excluimos del todo, porque ¿cómo habríamos de hacerlo?

Estamos, por lo tanto, perfectamente de acuerdo, casi no hay necesidad de decirlo, sobre el principio jurídico de que el homicidio causado únicamente por imprudencia debe ser objeto de una sanción, es decir, provocar una reacción, diferente de aquella que merecería el homicidio inspirado por una idea de lucro o por un sentimiento de venganza. Además, en este caso especial, propongo por mi parte una diferencia todavía más esencial entre las dos sanciones, porque creo inoportuno e inútil, en el caso del homicidio involuntario, una pena de detención que no difiera más que por el grado, y a menudo por la sola denominación, de la que es impuesta al homicidio intencional. Asimismo estamos perfectamente de acuerdo en que la quiebra que proviene únicamente de imprudencia o de ignorancia debe estar sujeta a una sanción—extralegal en la opinión pública y en el orden económico, legal para la sentencia de los Tribunales—diferente de la que alcanza a la bancarrota fraudulenta. Por fin, conformes estamos también en reconocer que no se debe imponer al simple ratero igual sanción que al ladrón de caminos, ni al autor de una violación la misma que al difamador, etc.

Será preciso ver después si en la práctica estas diferentes formas de sanción social deben ser conservadas tales como han sido imaginadas por los criminalistas clásicos y los clásicos de la penalidad; y estas reformas en los métodos penales y en el procedimiento serán estudiadas como resultado práctico de este libro, en su último capítulo. Pero entre tanto, la idea elemental de la responsabilidad social o jurídica que lleva consigo todo acto de un ciudadano, es completada por la idea de la cualidad diferente y del grado diverso de las sanciones que van anejas a esta responsabilidad. Y entonces, precisamente, se nos presentan otros dos problemas fundamentales, con cuya solución terminaré esta teoría positiva de la responsabilidad penal.

A. ¿Cuáles serán las diferentes formas de sanción social por las cuales deberá manifestarse esta responsabilidad jurídica del ciudadano para los actos antijurídicos que realiza?

B. ¿Cuál ha de ser el criterio que deberá indicar, en cada caso especial, la forma de sanción social mejor apropiada y el grado de esta sanción?

Como hace notar con razón Mouton, «aun después que se ha resuelto la cuestión primordial de la responsabilidad en el sentido de la escuela positiva, o sea por la negación de toda responsabilidad o culpabilidad *moral*, queda entera la cuestión del derecho de castigar y de sus aplicaciones sociales» (1).

67.—A. Comenzando por el primero de estos problemas, es muy natural que en principio hagamos notar que se trata aquí de las formas de la sanción *legal*; porque las de la sanción *extralegal* (opinión pública, consecuencias naturales económicas, sanción religiosa, sanción interna de la conciencia), aun cuando sean para la defensa y la conservación sociales auxiliares muy eficaces, por ser espontáneas, y aunque tiendan, algunas por lo menos, a crecer sin cesar en intensidad y en extensión, no entran propiamente hablando en la ciencia jurídica, que es nuestro objetivo, si bien deben entrar en los cálculos de esta sociología práctica a la que el legislador prudente pide sus luces. De esta sociología criminal práctica, que se debería llamar, con los alemanes, «política criminal» (*kriminalpolitik*), me ocuparé en la conclusión de este libro. Muy equivocadamente, en efecto, han pensado algunos de nuestros críticos que la sociología criminal, tal como nosotros la entendemos (es decir, el estudio del delito como fenómeno natural y social y no como fenómeno pura y abstractamente jurídico, y por lo tanto el derecho criminal y penal renovado por el método positivo), no es ni debe ser más que el arte práctico de la política criminal, distinto de la ciencia de los delitos y de las penas.

Por el contrario, antes que en toda adaptación administrativa práctica, está la misión de la sociología criminal, o sea de

(1) Mouton, *Le devoir de punir*, París, 1887, pág. 12.

la ciencia relativa a las leyes de la seguridad social, en la indicación sistemática de estas diferentes formas de reacción social contra las acciones individuales antijurídicas. Y es en esta investigación, que debe responder a toda la variedad de los hechos cotidianos, donde se muestra y brilla la excelencia del método positivo sostenido por la nueva escuela, método que en lugar de razonar acerca de los delitos considerados en sí mismos como seres jurídicos abstractos, observa los hechos vivientes y palpitantes, como fenómenos naturales, realizados por individuos que presentan caracteres fisio-psicológicos especiales y diferentes, en un medio físico social dado.

Porque, a este propósito, desde sus comienzos, la escuela criminal positiva ha podido vanagloriarse de dos señalados méritos que son dos grandes pasos dados hacia el fin supremo de un desenvolvimiento dichoso y seguro de la vida social.

Hasta el presente, la escuela clásica, por consecuencia del razonamiento según el cual el delito, al ser el efecto de una voluntad que abusaba de su libertad, debía estar exclusivamente prevenido o reprimido por una sanción penal que se dirigiera contra la voluntad misma y apropiado a la vez a reafirmar el derecho violado y a restablecer la tranquilidad turbada, hasta el presente, digo, la escuela clásica había reducido la función de la defensa social a ser única y exclusivamente un ministerio penal y represivo: a lo sumo admitía, de un lado los medios *preventivos*, de otro los medios represivos contra los delincuentes *alienados*, como medios auxiliares que no tienen siquiera un carácter verdaderamente jurídico.

Además, todos los criminalistas clásicos apenas hacen alusión, si se presenta la oportunidad, a los medios *civiles* o reparatorios como instrumentos de defensa social contra las acciones antijurídicas de carácter criminal. Porque ellos admiten una esencial diferencia entre el derecho civil y el derecho penal; reconocen no sin esfuerzo la reparación civil de los daños como una consecuencia del delito por completo accesoria, que no interesa más que a los particulares, así como una relación contractual cualquiera, y por ende casi enteramente olvidada en la práctica; mientras que la primera consecuencia del deli-

to, la más interesante con mucho, la que sólo interesa al público, es la pena (1).

Pues bien: nosotros vemos justamente aquí el primer servicio prestado por la escuela positiva que insiste, en cambio, en la necesidad práctica, apoyada por la lógica y la teoría, de reunir en un sistema todos los diferentes medios de defensa de que la sociedad puede disponer contra las acciones antijurídicas: así, lejos de separar de un modo casi irrevocable los medios civiles de los medios penales, los preventivos de los represivos, los defensivos de los punitivos, los coordina en un todo orgánico, y les hace concurrir juntos a la defensa de la sociedad contra el delito.

En cuanto a la afirmación de la escuela clásica, referente a que entre el arte de gobernar bien, esto es, de prevenir, y la ciencia del ministerio penal, hay un verdadero abismo, he contestado con la aprobación de los demás positivistas, que la prevención y la represión no son por el contrario más que dos momentos de una sola y misma función, realizada por un mismo órgano social, en vista de un solo e idéntico fin. Fin único: la conservación social;—problema exclusivo: la investigación de los medios de obtenerla con más eficacia y utilidad así para la sociedad como para el individuo.

(1) Sin embargo, en cuanto a los clásicos, Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Leipzig, 1872, I, 166; y 2.ª edición, 1889, sostiene también que entre la reparación pecuniaria y la pena no hay diferencia alguna esencial: además el mismo autor, aunque con otras intenciones y con método distinto que la escuela positiva, sostiene también que no hay diferencia esencial entre la ofensa al derecho (civil) y la violación del derecho (penal). Véase de nuevo Binding, *Grundriss zu Vorlesungen über das deutsche gemeine Strafrecht*, 1879.

Desde que la escuela criminal italiana insistió sobre la función social de la reparación de los daños causados, este punto ha sido seriamente estudiado, en sentido positivista, por la *Union internationale de Derecho penal*, y hasta puesta en el orden del día, de los Congresos penitenciarios de París (1895) y de Bruselas (1900).

Hoy se extiende en Francia (gracias a Jossierand) una teoría "objetiva" de la responsabilidad civil, que apoyándose sobre esta misma idea, introducida por mí en la teoría de la responsabilidad penal, según la que esta responsabilidad es independiente de la falta, confirma la razón común de la responsabilidad civil y común.

Véase Saleilles, *Essai sur une théorie objective de la responsabilité* (París, 1897). Pugliese, *Della responsabilità (civile)*, en la *Riv. di giuripr.*, Agosto 1899; Angiolini, *Colpa, risarcimento e pena*, en la *Scuola positiva*, Agosto 1899.

Ciertamente que los criterios son diferentes para la una y para la otra; pero distinción no quiere decir separación. Se deberá decidir cuál de estos dos momentos de una misma función social presenta mayor importancia; y nosotros ya hemos resuelto esta cuestión en los precedentes capítulos con ayuda de la psicología y de la estadística criminal; si bien será necesario admitir que, tanto para la prevención de las acciones punibles como para su represión, el sociólogo criminalista deberá siempre investigar en el estudio de los fenómenos mismos las normas fundamentales (1).

Además, esta manera de considerar la prevención y la represión es la única que impide las exageraciones en un sentido o en otro. Dada la separación absoluta, o bien (como he dicho en el núm. 40) se concede demasiada importancia al ministerio represivo, y entonces se llega, lo cual ya ha acontecido, a considerar las penas como los únicos medios de defensa jurídica o social, o se incurre en la ilusión fácil de que, para impedir o disminuir las transgresiones, basta con formular un Código penal o adicionar éste con leyes penales excepcionales; o bien se preocupa uno de un modo exagerado de la prevención, y entonces se incurre en los excesos opuestos; esto es, se viola real-

(1) Por esta razón la escuela positiva no admite la diferencia esencial entre *delitos* y *contravenciones* que aceptan todos los clásicos, salvo raras excepciones (véase entre otros, Filomusi Guelfi, *Enciclopedia giuridica*, tercera edición, Nápoles, 1885). Los unos, como las otras, son acciones antisociales contra las cuales es o parece necesaria una sanción penal, y no existe entre delito y contravención más que una diferencia de grado. Y no se diga que el delito es la violación intencional de un derecho, mientras que la contravención le pone solamente en riesgo y consiste más bien en la violación impremeditada de una interdicción destinada a proteger los derechos y los intereses; porque lo mismo que hay delitos sin intención culpable y sin causar daño, existen también contravenciones nacidas de intenciones malvadas y seguidas de daños extremadamente graves.

Tan cierto es esto, que el Código penal italiano incluye entre las contravenciones una multitud de actos que son verdaderos delitos, y que el Código penal austriaco admite que muchas acciones pueden ser, según las circunstancias, delitos o contravenciones. En la jurisprudencia práctica se encuentran también todos los días dificultades cuando se quiere obtener una separación precisa entre los delitos y las contravenciones, lo cual no es siempre posible, no existiendo en realidad la línea de demarcación.

Véase Ferri, *La cosiddetta volontarietà nelle contravvenzioni*, en el vol. *Difese penali é studi di giurisprudenza*, Turín, 1900, pág. 402; y Stoppato, *Dell'elemento soggettivo nelle contravvenzioni*, Venecia, 1895. Véase también Berenini, *La suoiattività del reato*, Nápoles, 1899 (extracto), que asimila las contravenciones a los delitos no premeditados.

mente, más allá de los límites de lo necesario, el patrimonio, sagrado para nosotros también, de los derechos individuales, o se considera como absolutamente inútil y absurda toda defensa represiva, que es lo que acontece a consecuencia de una impresión primera, a aquellos que observan superficialmente los nuevos datos de la sociología criminal, por ejemplo, a Owen, Girardin, Wyrouboff, Minzloff, etc. Nosotros, en cambio, partiendo del estudio positivo del fenómeno criminal, decimos que la prevención y la represión son igualmente necesarias para asegurar la defensa social, del propio modo que en la defensa contra las enfermedades ordinarias, conviene emplear a la vez la profilaxis higiénica y la terapéutica clínica, y solamente admitimos, en vista de los datos mismos de la antropología y la estadística criminal, que uno de los dos órdenes de medios defensivos, la prevención social del delito, tiene y debe tener una importancia y una utilidad sin iguales para el individuo y para la sociedad.

Respecto de la demarcación más saliente todavía que se establece entre los medios civiles o reparaciones y los medios represivos, entre el derecho civil y el derecho penal, contesto de nuevo que nada tiene tampoco de positiva. Y la razón es que no existe diferencia esencial entre el derecho civil y el derecho penal: no están separados ni son distintos en las fases primitivas de la evolución humana; por cuya razón hay un período en que las penas ofrecen un carácter exclusivamente civil, el de una reparación. Sólo la acción del tiempo es la que, dando a los fenómenos sociales una complejidad y un desarrollo incesantes, ha separado estas dos ramas como se han segregado más tarde el derecho comercial, el derecho administrativo, constitucional, internacional, industrial, etc.; aunque aquéllas no han dejado de ser dos ramas salidas de un mismo tronco, dos aspectos de un mismo orden de hechos, los hechos jurídicos vistos desde el lado normal o civil y desde el anormal o criminal.

La absoluta separación del derecho civil y del derecho penal, ha obligado a los juristas a fatigarse en ensayos de teorías poco concluyentes, y además ha producido también consecuencias prácticas peligrosas, cuando todos aquéllos, poniendo un

abismo entre las sanciones civiles y las penales, han agolado y privado a la sociedad de un manantial abundante de medios eficaces para impedir, en el propio culpable, la repetición de los actos antijurídicos o criminales, y entre cuantos le rodean el contagio del mal ejemplo. Según la observación de Bovio (1), ya indicada por Filangieri (2), vemos precisamente que en las sociedades en donde las sanciones civiles son más rápidas, más fáciles y más justas, se tiene menos necesidad de recurrir a las sanciones penales; y encontramos de ello un ejemplo histórico famoso en la excelencia sin rival del derecho civil entre los romanos y en el desarrollo relativamente menor de su derecho penal. Y viceversa, según han demostrado por la estadística De Candolle (3) y Zincone (4), entre otros, cuando la justicia civil es lenta, difícil y costosa, los delitos de violencia se multiplican.

Por estas razones, como ya he dicho, la escuela positiva sostiene la necesidad teórica y práctica de organizar en un sistema único de instrumentos adaptados a la función social del mantenimiento del orden, los medios preventivos y represivos civiles y penales, de los que la sociedad puede disponer con justicia.

A este primer beneficio la escuela positiva añade un segundo, pues propone (y se apropia tal proposición organizándola y vivificándola, por su peculiar sistema) otros medios de defensa social que, en contradicción con los principios teóricos de la escuela clásica, han sido y son combatidos por esta misma como ilegítimos. Aun cuando alguna vez después de haberlos combatido, se resigna a aceptarlos, según hizo respecto de las casas de locos destinadas a los criminales enajenados, y

(1) Bovio, *Saggio critico del diritto penale*, Nápoles, 1877, págs. II, apartado IV, y para la evolución inversa de la justicia civil a la justicia penal, véase también Durkheim, *De la division du travail pénal*, París, 1893, página 142 y siguientes.

(2) Observación que he recordado al final del número 18, § II del capítulo primero.

(3) De Candolle, *Sur la statistique des délits*, en la *Biblioth. univers de Ginebra*, 1830.

(4) Zincone, *Dell'aumento dei reati*, Caserta, 1872.

como ha hecho notar Franchi, para el trabajo al aire libre de los condenados (1).

La nueva escuela, para responder al problema referente a cuáles serán las diferentes formas de sanción social por las cuales deberá manifestarse la responsabilidad jurídica del ciudadano, indica cuatro formas diversas de reacción social contra los actos antijurídicos, que corresponden a cuatro clases de medidas defensivas.

El razonamiento abstracto, alejándose cada vez más del mundo real, acaba no ya sólo por perder el sentido de la realidad, sino también por crear dificultades gratuitas donde no existen. Allá, por ejemplo, donde el clasicismo penal ha perdido el sentido de las realidades terrestres, donde no ha visto fuera de la pena otras formas de preservación social contra las acciones antijurídicas, el criminalista positivista, para resolver este problema, en apariencia tan arduo, de las diferentes formas de reacción social defensiva, no ha tenido más que plantearse la siguiente simple cuestión:—«Un hombre prudente que, en los continuos rozamientos de la vida, quisiera preservarse por sus propias fuerzas de los choques peligrosos para las condiciones de su existencia, ¿qué precauciones debería tomar y qué género de defensa adoptar?»

No hay necesidad de ser un genio para responder poco más o menos como sigue:—Yo comenzaría por no excitar contra mí a las gentes que pasan, y por suprimir o disminuir, en la medida de lo posible, las tentaciones que pudieran tener para perjudicar mis bienes o mi persona. En seguida, si algún individuo poco honrado o malvado me ofendía, ya en mis bienes, ya en mi persona, trataría, si el tiempo me lo permitía, de hacerle desistir de su acto agresivo o peligroso, obligándole a renunciar a estas relaciones irregulares entre nosotros. Si el acto estaba ya ejecutado, quitaría, si todavía me era posible esto, todo valor jurídico a la acción cometida por él con detrimento mío. Si esto tampoco me era posible, obligaría a mi ofensor a reparar, en especie, o con la ayuda del equivalente universal,

(1) Franchi, *Il progetto Giolitti per il lavoro dei condannati all'aperto, e il diritto penale*, en la *Scuola positiva*, Enero-Febrero 1903.

el dinero, los daños causados en mis bienes o en mi persona. Y si me apercibía de que esta reparación no podía darme una garantía suficiente contra la repetición del ataque, bien de parte del primer ofensor, bien de parte de los vecinos que se sintieran tentados del deseo de imitarle, infligiría a este agresor, supuesto que yo tuviera poder para ello, una restricción jurídica o verdaderamente material en su libertad personal, revocándole, por ejemplo, la facultad de representarme en mis asuntos civiles o comerciales, o no llamándole más como médico o como ingeniero en caso de necesidad; y aun, en los casos graves, le detendría por un tiempo más o menos largo, según las circunstancias y las personas. Si, por último, mi experiencia pasada adquirida con otros hombres del mismo temple que él, o la experiencia más personal que hubiera formado antes, precisamente con aquél, me convencían de que una «buena lección» no podía bastar a quitarle el deseo de molestarte, y que sería, sin otros medios de posible defensa, continuamente expuesto a sus agresiones, ¡oh, entonces, a los grandes males los grandes remedios! Si la necesidad absoluta de preservarme contra un ataque injusto y presente lo exige imperiosamente, no dudaré en dar muerte a mi incorregible y feroz agresor; o si puedo hacer otra cosa (porque repugna siempre a mis sentimientos de humanidad matar a un hombre, hasta en el caso de necesidad apremiante), haré de suerte que pueda librarme definitivamente de su persona, relegándole a algún lugar lejano para que busque allí mejor fortuna.

Razonamiento simple y práctico que cada uno de vosotros puede escuchar en boca de todo hombre de buen sentido, aunque ignore hasta los nombres de Cujas y de Carmignani... Pues bien: este razonamiento práctico lo atribuye el criminalista positivista a la sociedad considerada como una persona viviente, que no sólo en el ejercicio de la función penal sino en cualquier otro orden de hechos, obedece exactamente a las mismas reglas y provee a las necesidades graves y complejas de su misma existencia, siguiendo las líneas fundamentales que todo individuo sigue en las necesidades simples y modestas de su propia vida.

Únicamente, y esto es muy natural, las medidas tomadas

por la sociedad exigen un mecanismo infinitamente más complicado; pero esto no destruye en nada la identidad fundamental de los principios y la de los fines próximos y remotos. Esta complicación es tal, que para dar de ella un solo ejemplo, la operación intelectual que en el individuo atacado constituye un razonamiento casi instantáneo, un juicio sacado de las sensaciones presentes o apenas pasadas, se convierte en la sociedad en el engranaje tortuoso del procedimiento penal, que, sin embargo, no contiene otra cosa en su estructura y en sus últimos resultados que el simple juicio por el cual un hombre preve de un modo cierto, con respecto a otro, un acto peligroso para el mismo, y reconoce, por lo tanto, la necesidad de evitar este acto, o de suprimir sus consecuencias, o al menos impedir su repetición.

Este es, pues, con exactitud, dejando a un lado el largo camino que podría sernos preciso para concebir la idea indicada, el sistema de las medidas defensivas en las cuales la doctrina positiva resume las diferentes formas de la reacción social contra las acciones antisociales.

I. *Medios preventivos.*—A la verdad, estos medios, considerados de una manera abstracta, podrían no ser estimados como una forma de sanción o de reacción, porque son anteriores a los hechos antisociales que tienen precisamente por objeto impedir. Pero bajo otro aspecto, si se tiene en cuenta que en un análisis más detenido, estos medios preventivos consisten en una serie de restricciones llevadas a la actividad individual o social, es fácil reconocerles el carácter propio de una verdadera sanción, aplicada, es cierto, bajo la forma más indirecta y menos grave. De igual modo que las reglas de higiene a las cuales corresponden, en el dominio de la sociología criminal, los medios preventivos, no parecen presentar, si se las compara con los medios empleados por la terapéutica o la cirugía, el carácter de verdaderos remedios; pero lo mismo en la higiene del individuo, que en la de la sociedad, estas reglas son, en suma, otras tantas restricciones, así también los medios empleados por la higiene y por la medicina preventiva, revisten el carácter de remedios que tienden a un solo fin: el conservar más seguramente la salud. Precisamente por ser estos remedios

preventivos, o sea porque imponen una restricción antes de que aparezca o se desarrolle el mal, han sido hasta ahora muy desdeñados, en la higiene del individuo y en la de la sociedad, ya sea porque aquel que debe tomar medidas preventivas cede a la tendencia, más constante toda vez que produce menos pena, de esperar el mal para ponerle un obstáculo, sea porque los mismos individuos, vista la débil dosis de previsión de que están dotados de ordinario, encuentran cualquier privación demasiado penosa, cuando el mal parece todavía lejano.

Estos medios preventivos o de higiene social, se dividen a su vez, como ha dicho Ellero, en dos grandes categorías (1); primeramente las medidas de *policía directa y cercana* al delito, que son las menos útiles y las menos eficaces, porque se proponen impedir el delito cuando las causas en él están ya desarrolladas (en cuya virtud tienen un carácter represivo o compresivo); y sin embargo, por la razón ya indicada, es a aquéllas a las que hasta ahora se ha recurrido exclusivamente en la ciencia y sobre todo en la legislación; en segundo lugar, las medidas de *policía indirecta y lejana*, que tienden a suprimir o hacer menos malignas las causas mismas del delito, y que con este título, en la medida de su eficacia, son verdadera y propiamente hablando, *equivalentes de la pena*, como yo las he llamado, considerando que, «una vez que se suprime el delito, es suprimida la pena» (2), cuyo punto he explicado más extensamente en el capítulo anterior.

II. *Medios reparatorios*.— Esta forma de reacción o de sanción social, como las otras que quedan por indicar, se diferencian de la primera categoría, más extendida que ella, la de los medios preventivos, en que se produce solamente cuando el hecho antijurídico, la *injuria (l'unrecht)*, como daño civil, contravención o crimen, ha sobrevenido ya. Por consiguiente esta forma de sanción, como las que han de seguir, tiene una potencia mucho más limitada, que se reduce cada vez más a medida que, de la primera subdivisión de los medios reparatorios,

(1) Ellero, *Della prevenzione dei crimini*, en los *Opúscoli criminali*, Bolonia, 1874.

(2) Turati, *Sulle critiche alla nuova scuola Antropológica-criminale*, en el *Arch. di psych. ecc.*, II, 3.

se aproxima uno a la última forma de sanción social que indicaré muy pronto. En efecto, los medios reparatorios se subdividen en tres distintas variedades: la supresión del estado antijurídico;—la anulación de los efectos del acto antijurídico;—y la reparación de los daños causados por el mismo: porque en cuanto un acto antijurídico ha sido descubierto, el primer remedio, el más natural y el más eficaz, es impedir su terminación o suprimir su persistencia. Si esto no es posible tampoco, no queda más que quitar todo valor jurídico a los efectos de tal acto, caso de que no se haya agotado todavía su eficacia; o finalmente, obligar al agente y a su patrimonio a reparar los daños causados, en el caso de que los efectos se hayan producido ya.

Estos medios reparatorios deberán, pues, emplearse como medidas principales o como sanciones accesorias, según los caracteres fisio-psicológicos y el valor económico del agente y del acto, en todas las acciones antijurídicas, aunque siendo no premeditadas o causadas por negligencia, no sean verdaderamente criminales.

Este acto social reacciona contra todo aquel otro que revise un carácter antisocial. Pero puede haber varios grados en esta antisocialidad. O bien se trata de actos simplemente antisociales porque son nocivos a los *intereses* de los ciudadanos considerados en particular, *uti singuli*, o colectivamente; y entonces las acciones extralegales, de las cuales ya he hablado, son suficientes. O bien estas acciones llegan a ser realmente antijurídicas porque violan los *derechos* de los ciudadanos; en cuyo caso intervienen las sanciones legales (1), que, sin embargo, se detienen en el primer grado de los medios reparatorios o de las sanciones civiles, si el acto antijurídico no toma un carácter verdaderamente criminal, que indique, ya por las in-

(1) A decir verdad, la distinción entre *interés* y *derecho*, es por sí misma muy relativa; no es, como diría De Falco (*Discurso del 3 Enero 1884*, pág. 23) "más que un vago límite bien fácil de franquear".

Se habla aquí de los casos bien característicos en que existe una distinción profunda entre el simple *interés* y el verdadero *derecho* propiamente dicho, estando este último apoyado en una sanción legal, y el otro no; pero esto no impide, naturalmente, que en los casos intermediarios la distinción sea muy relativa.

Véase también Porro, *Gli obblighi legali et le loro sanzioni*, en el *Monitore dei Tribunali*, 1893.

tenciones malévolas, ya por las condiciones psico-patológicas que han determinado el acto, que aquel que lo ejecuta es particular y grandemente peligroso. O bien, en fin, este acto reviste un carácter verdaderamente criminal; y entonces se presentan las sanciones ulteriores, más propiamente llamadas penales o represivas, y hasta las últimas sanciones que son eliminatorias.

Por lo tanto, todo acto antisocial provoca una forma de sanción proporcionada a su carácter y al del agente. Se ve por ello, que la escuela positiva no tiene razón alguna tampoco para separar lo que se llaman contravenciones de policía, de los verdaderos delitos propiamente dichos, ni aun los perjuicios civiles de los daños penales. Aquél es el solo medio racional de sustraer a las acciones estrictamente represivas ciertas acciones, que aunque antisociales y antijurídicas, sin embargo, no pueden decirse verdaderamente criminales, como los delitos no premeditados y ciertos otros, premeditados, pero de un carácter especial, como los adulterios, los duelos, etc.; delitos respecto de los cuales sostenemos precisamente que deben oponerse medios reparatorios, con exclusión de los medios penales, o al menos con preferencia sobre éstos. Así también, mientras que la escuela clásica borra toda responsabilidad *moral*, y consiguientemente *social* en las acciones en que no ha existido más que una falta ligera (aun cuando ciertos criminalistas hagan una excepción en el caso del homicidio, y aunque Carrara, manteniendo en este caso la irresponsabilidad, sostenga, sin embargo, la necesidad de la reparación civil), nosotros en cambio extendemos tan lejos como es posible la reparación social, que en casos semejantes, antijurídicos pero no criminales, se manifiesta bajo la forma de reparación del daño causado.

III. *Medios represivos*.—Estos medios son algunas de las penas temporales admitidas hoy por el Código penal y que merecen ser conservadas; por ejemplo, la prisión, las colonias agrícolas para adultos y para menores, el internado, la multa conmutada por días de trabajo, y la suspensión del ejercicio de un cargo o profesión liberal. Estos medios represivos siempre deberían ser temporales, pero, por regla general, por tiempo indeterminado (como veremos en el capítulo siguiente); debe-

rían emplearse contra los delitos poco graves y los delincuentes de poco cuidado respecto de los cuales basta con hacer improbable la reincidencia, puesto que sus actos y su carácter no constituyen un gran peligro para la sociedad.

IV. *Medios eliminatorios*.—Tienden a hacer la reincidencia completamente imposible y deberían emplearse en los casos de criminalidad atávica, contra las acciones más criminales y más peligrosas, ya sea por su gravedad (homicidios calificados, violaciones, incendios, etc.), ya por el carácter de los individuos que las cometen (criminales natos, locos o habituales). Estos medios, tales formas de sanción, deben tener por fin, purgar el cuerpo social de los elementos no asimilables que constituirían un peligro continuo, y diferirán según los diversos caracteres fisio-psicológicos de los delincuentes; entre ellos están, la pena de muerte, relegada a un segundo término, los manicomios para los locos criminales y las colonias agrícolas.

Tales son, pues, las diferentes formas de sanción. Ya he desarrollado desde el punto de vista de la práctica, la categoría de los medios preventivos en el precedente capítulo a propósito de los *equivalentes de la pena*; para las demás formas expondré su organización práctica en el capítulo que sigue. Sin embargo, las indicaciones sumarias que acabamos de hacer sirven para mostrar cómo comprendemos la ciencia que debe regular la función social *preventiva* o *preservativa* y no solamente *punitiva*, como se la llama comúnmente. Así se llega por una escala ascendente de reacciones, desde las primeras medidas, lejanas e indirectas, de higiene social, hasta la última y más grave, a la eliminación perpetua del individuo cuya crónica enfermedad intelectual o moral hace absoluta e irremediablemente impropio para la vida social. Así, volviendo a nuestra comparación con la medicina biológica, en la medicina sociológica también, las grandes clases de medidas higiénicas (medios preventivos), de disciplinas terapéuticas (medios reparatorios y represivos), y de operaciones quirúrgicas (medios eliminatorios), constituyen el arsenal que permite a la sociedad hacer frente a la necesidad permanente de su propia conservación.

## VII

68. B.—Hemos resuelto así el primero de los dos problemas finales en que se desenvuelve y completa la idea elemental de la responsabilidad, a saber: cuáles son las diferentes formas de sanción social que debe producir al ciudadano la responsabilidad de los actos antijurídicos que ha cometido.

Resta, por lo tanto, el segundo de estos problemas, que hemos formulado así: ¿cuál será el criterio que indique, en cada caso especial, la forma de sanción social más apropiada y el grado de esta sanción?

Aquí se halla, como se ve, la parte técnico-jurídica de la sociología criminal, la que, ahora que hemos bosquejado una idea general de los criterios, debe permitir aplicarlos con variedad y precisión a las múltiples necesidades de la vida cotidiana. Aquí está la parte nueva, la que debe oponerse al castillo de los principios *a priori* por virtud de los cuales la ciencia clásica ha regulado hasta el presente el ejercicio práctico del derecho penal, con un lujo de reglas cada vez más sutiles y refinadas que en vano los legisladores se han esforzado en formular en sus Códigos, mientras que los magistrados se fatigaban en adaptarlas a las realidades palpitantes de la vida.

No obstante, no podremos, en los estrechos límites de este capítulo, exponer en detalle las nuevas teorías positivas, puesto que debemos volver a hablar de ellas en el capítulo siguiente bajo el aspecto de las reformas prácticas, y sobre todo, porque esta parte, más técnicamente jurídica, ha sido ya tratada maravillosamente por otros positivistas.

En efecto, a propósito de estas reglas sobre las cuales debe medirse la defensa social, la escuela positiva se afirmó, desde sus comienzos, en un trabajo de Garófalo, que quizá no comprende el problema actual en su integridad, pero contiene por lo menos la afirmación de una regla positiva, la de la *temibilidad* (carácter más o menos temible del delincuente) que Garófalo enunció cuando apenas se entreveían las primeras luces de la nueva escuela, que ha sido una intuición singularmente feliz, siempre confirmada por investigaciones nuevas hechas

con posterioridad, verdadera piedra angular del nuevo edificio científico.

Garófalo añade al criterio de la *temibilidad*, a continuación (segunda edición de la *Criminología*, 1891) (1), el de la *adaptación del delincuente* al medio social, estableciendo la ley de que «la modalidad de la pena debe ser determinada por la posibilidad de adaptación del culpable, esto es, por el examen de las condiciones de existencia en las que se puede presumir que cesará de ser temible» (pág. 330). El ha dado por añadidura todo un sistema de penalidad, que me parece, sin embargo, necesitado de completarse, sobre todo en sus criterios directivos.

Sentimos, en efecto, impaciencia en declarar que este criterio de la *temibilidad* y de la *adaptación* del delincuente aunque constituye una regla positiva e inquebrantable, no basta, sin embargo, por sí solo para resolver el problema de que nos ocupamos, porque prescinde de cuanto se refiere a los medios preventivos, y a causa de alguna otra laguna.

Hay dos cosas que determinar: 1.<sup>a</sup> ¿Cuál es la forma de sanción social, cuáles son los medios defensivos que convienen mejor en cada caso?—2.<sup>a</sup> Para cada autor de un acto antijurídico o criminal ya cometido, una vez determinado el medio defensivo que conviene, ¿en qué grado deberá aplicarse?

El criterio de la *temibilidad* y de la *adaptación* no responde más que a la segunda de estas preguntas, y sólo de un modo general. En cuanto a la primera, el sociólogo y el legislador obtendrán sus reglas para apropiarse a las diferentes categorías de delincuentes los diversos medios de defensa social, de la conclusión capital de la antropología y de la sociología criminal, según la cual, el delincuente en lugar de ser un tipo único hasta cierto punto algebraico, en lugar de ser un hombre como los demás, según le suponían la ciencia y la legislación clásicas, presenta en sus caracteres orgánicos y psíquicos ciertas variedades antropológicas, con diferentes móviles de actividad

(1) Garófalo, *Di un criterio positivo della penalià*, Nápoles, 1880. La idea estaba ya contenida en un artículo de los *Studi recenti sulla penalià*, publicado en Octubre de 1878 en el *Giornale napolitano di filosofia e lettere*, inmediatamente después de la segunda edición del *Uomo delinquente*, de Lombroso y de mi *Teorica dell'imputabilità*.

antisocial. Emplearán, por ejemplo, los medios eliminatorios para los criminales natos más peligrosos y para los criminales locos que son un riesgo permanente en la sociedad de las gentes honradas; y los medios represivos temporales y los reparatorios, para los delincuentes ocasionales o pasionales.

Queda la segunda pregunta, relativa al grado de responsabilidad jurídica para cada delincuente y delito juzgado. Y sobre este punto creo que, tomando por guía el criterio de la temibilidad y el de la adaptación del delincuente, se debe aplicarle a los casos particulares, teniendo en cuenta esas reglas positivas y complementarias: la cualidad más o menos antisocial del *acto*, y la más o menos antisocial del *agente*.

Como dice Blanchemanche, «el acto delictuoso no debe ser estimado más que como uno de los medios por los que se determina la anomalía del delincuente; pero la extensión de la represión debe ser medida según ésta» (1).

La primera de estas reglas, que había sido también indicada por Garófalo, resulta a mi juicio de dos elementos: el del *derecho violado*, que la escuela clásica sostenía ya, pero con un absolutismo exclusivo, precisamente para la clasificación de los delitos, y que aceptamos, vivificándole y completándole, en

(1) Blanchemanche, *Des principes de la responsabilité penale*, en el *Palais*, Bruselas, 1889, pág. 216.

Carnevale (*L'arbitrio del giudice nell'applicazione della pena*, en la *Riv. penit.*, Agosto 1898, pág. 130), dice que considerar el delito como uno de los síntomas en virtud de los cuales se juzga al delincuente, pero no como el único objeto del juicio penal, es castigar a un hombre, no por lo que ha hecho, sino por lo que sería *capaz de hacer*; y se muestra por ello escandalizado, como si esto no ocurriera también ahora con la justicia penal.

Nosotros queremos solamente hacer más sistemático este criterio del poder ofensivo del delincuente, así como en la locura se asiste al enfermo no tan sólo en vista del delirio anterior o presente, sino teniendo en cuenta a la vez las posibles recaídas.

Por lo demás, toda la ingeniosidad crítica de Carnevale se reduce a decir que de este criterio antropológico (poder ofensivo del delincuente), hará bien el juez de no prescindir..., pero siempre con una reserva y una discreción... eclécticas.

Poco más o menos sostiene lo mismo Vaccaro, *Psicologia e proced. penale*, en la *Antologia giuridica*, Agosto 1896.

Es una tesis análoga a la de los autores que sostienen que se puede intentar hacer una antropología criminal... espiritualista, como sostienen el abate de Baets (*Actas del Congreso antropológico criminal*, Ginebra, 1897), y Andrade (*Antropología criminal espiritualista*, Madrid, 1899).

el conjunto de nuestros datos positivos; y después el elemento de los *motivos determinantes* de la acción, que son para mí uno de los elementos esenciales en la teoría positivista de la responsabilidad jurídica.

Ya he hablado ampliamente de una de estas dos normas fundamentales, de la clasificación de los delitos, en el capítulo primero, por lo que no tengo necesidad más que de adicionar algunas palabras con relación a la de los motivos determinantes de la acción, única idea positiva que yo he adelantado en la segunda parte de mi libro «sobre la teoría de la imputabilidad y la negación del libre albedrío».

Si toda deliberación volitiva, toda acción humana, no es más que la resultante necesaria de los motivos que están en aquel momento presentes a la conciencia del individuo y que influyen sobre ella, es evidente que el carácter y el valor de toda acción humana serán dados con precisión por los motivos que la han determinado. Esto es lo que demuestra la experiencia diaria; porque nosotros emitimos juicios contradictorios sobre dos actos, idénticos en apariencia, si sabemos que están determinados por intenciones también opuestas.

Pero la innovación que he introducido con la teoría de los motivos determinantes, consiste, ante todo, en que he sustituido el criterio *cuantitativo*, al cual se atenia siempre la escuela clásica al estudiar las relaciones entre las pasiones y el delito (hablo de las pasiones más o menos vehementes), con el criterio *cualitativo* de la antisocialidad o antijuridicidad de los motivos determinantes de la acción, o de su socialidad y de su juridicidad (1).

La reacción social defensiva se despliega contra un acto cualquiera, en tanto que éste, como hemos visto al hablar del delito natural, es un ataque o una ofensa a las condiciones de la existencia social, es decir, un acto antisocial.

Pero la antisociabilidad de un acto no consiste en su mate-

(1) Así, por ejemplo, hoy mismo, Von Buri (*Questioni d'imputabilità*, en la *Rivista penale*, Abril 1898, pág. 338) repite contra esta teoría la objeción *cuantitativa* de que "el motivo del acto más leve puede ser demasiado grave, desde el momento que ha causado el hecho más grave", sin fijarse en mi distinción *cualitativa* de los motivos.

rialidad exterior, sino en el sentimiento que le inspira en el motivo que le ha determinado.

Es sólo, pues, en la *cualidad* social o antisocial de los motivos determinantes donde se puede hallar un criterio para apropiarse a cada caso particular una forma especial de sanción, como se tiene en la *cualidad* de los motivos determinantes el criterio fundamental para distinguir la criminalidad atávica de la evolutiva.

No obstante, se han dirigido ciertas críticas al criterio de los motivos determinantes, y la respuesta que nosotros las daremos aquí servirá a hacerle todavía más claro y preciso.

Se ha dicho que la distinción entre motivos sociales y antisociales, legítimos e ilegítimos, morales e inmorales, jurídicos y antijurídicos, es extraordinariamente vaga y no se la puede tomar como regla en el juicio de los asuntos humanos.

Magri (1), al aceptar el criterio de los motivos y responder a esta crítica, dice que los antijurídicos son aquellos que «tenden a impedir o a negar la afirmación de las unidades sociales». Pero es más exacto y más completo decir que los motivos antisociales son aquellos que se ofrecen como contrarios a las condiciones de la existencia social en cada momento histórico y para cada grupo colectivo. Por esto puede suceder que un motivo antisocial en un pueblo civilizado no lo sea en una tribu salvaje. Por ejemplo, el hecho de matar a los padres a causa de su vejez, el de matar a un niño por haber nacido el tercero después del matrimonio, serían entre nosotros homicidios atroces; mientras constituyen un deber social en la isla de Sumatra y entre los australianos, en donde la escasez de subsistencias impone en razón de las diferentes condiciones de la existencia social, otras reglas de moralidad y de derecho (2).

(1) Magri, *Nuova teoria generale della criminalità*, Pisa, 1891, p. 288.

(2) Se comprende así por qué las diferentes expresiones de motivos sociales o antisociales, legítimos o ilegítimos, morales o inmorales, perversos o no, honrosos o deshonorosos, innobles o no, de motivos jurídicos o antijurídicos, si bien pueden representar diferentes puntos de vista más o menos generales, según los cuales estos mismos motivos son así calificados, se encuentran, sin embargo, comprendidas todas en la conformidad o en la oposición a las condiciones de la existencia social (para los individuos o para las sociedades enteras), tal como ésta es entendida por la conciencia común de cada tiempo y lugar.

Fioretti ha formulado una crítica más precisa sosteniendo «la imposibilidad de considerar los motivos conscientes de la acción como un criterio absoluto de imputabilidad» (1).

Pero las objeciones de Fioretti, exactas en sí mismas como psicológicas, carecen, sin embargo, de fuerza contra el criterio de los motivos determinantes, porque él piensa antes que en otra cosa en nuestras «acciones habituales y cotidianas», las que realizamos sin motivos conscientes, casi automáticamente. Para estas acciones indiferentes, puede pasar; pero la deliberación y la ejecución de un delito, por leve que sea, no puede ser considerada ni aun en el delincuente habitual, como una acción desprovista de motivo en el sentido de que se ejecute, sin que se piense en las razones que la determinan: en efecto, en la mayor parte de los casos, el que la comete pensará en ella, aunque sólo sea para tomar sus precauciones a fin de no ser descubierto. Un delito no puede ser cometido inconscientemente a no ser por un delincuente alienado, y entonces se da precisamente el único caso en que el criterio de los motivos no se aplica, según ya he dicho en la segunda edición y explicaré en seguida. De otra parte, si pueden existir también delitos, además de las acciones habituales de todos los días, cometidos sin motivos *conscientes*, esto no basta a destruir el valor del criterio psicológico de la sanción social, toda vez que aun entonces, cuando lo contrario no se ha establecido, se puede considerar el delito como determinado por los motivos que le acompañan de ordinario, ora sea según la experiencia común, ora en vista del carácter del agente, que es el otro criterio inseparable del de los motivos.

Pero las críticas más numerosas al criterio de los motivos determinantes son las que ha formulado Dorado Montero en su ensayo verdaderamente completo y muy benévolo sobre «la antropología criminal en Italia» (2). Estas críticas parten todas de una apreciación incompleta o equívoca del principio de los motivos determinantes.

Comencemos por decir que ante todo, Dorado Montero, como

(1) *Archivio di psych. e scienze penali*, 1886, VII, 234.

(2) Dorado Montero, *La antropología criminal en Italia*, Madrid, 1890, página 32 y siguiente.

antes que él Fioretti, entiende sólo por la palabra motivos, la *intención* o sea los elementos *intelectuales* de la deliberación: olvida que por motivos se entiende, en psicología, cuantas condiciones psíquicas actúan en un momento dado; por consiguiente se comprenden también, y sobre todo, los sentimientos, que según ya he dicho varias veces, sean conscientes o inconscientes, determinan de un modo fundamental las acciones humanas y pueden siempre ser conocidos según las circunstancias del acto y el carácter del agente, de los cuales son la manifestación, el efecto más íntimo y más profundo.

Existe todavía otro equivoco que consiste en olvidar que el criterio de los motivos determinantes no es una regla abstracta y aislada, sino que, por el contrario, se aplica siempre *en relación y conjuntamente con el carácter del delincuente*, esto es, al mismo tiempo que el criterio de la categoría antropológica a la que el delincuente pertenece según el acto realizado y sus hechos anteriores: pues éstos suministran todos los medios de diagnóstico fisio-psicológico que la ciencia emplea en las observaciones sobre los delincuentes enajenados, y que, como veremos en el siguiente capítulo, deberán ser empleados para todos los delitos y delincuentes, en el procedimiento penal dirigido en vista de los criterios positivos.

Ahora bien: a propósito de los delincuentes enajenados, puesto que el criterio de los motivos no debe servir como razón de la responsabilidad o de la irresponsabilidad del delincuente, sino sólo como criterio para la apropiación de la forma de reacción social a la acción antisocial, es evidente que si el autor de un homicidio, de un robo, de un incendio, etc., se encuentra afectado de una forma clínica y común de locura, el diagnóstico psicológico, desde el punto de vista de la defensa social, está hecho por completo, y no hay necesidad de ningún otro criterio. En ciertos casos, sin embargo, los motivos determinantes pueden también servir como síntomas que ayuden a diagnosticar la forma especial de enajenación mental, cuando, por ejemplo, dependen de una alucinación, de una idea fija, etc.; y en este sentido justamente es como yo me he ocupado del «momento deliberativo en los homicidas enajenados». Si, pues, un loco ha llegado a dar la muerte a una perso-

na porque ha creído en su delirio estar en el caso de legítima defensa (y esto acontece en la *paranoia* o delirio de la persecución), este hecho, considerado en la relación de la defensa social, no es de importancia apreciable en comparación con la locura comprobada que hace de él un individuo impropio para la vida social y peligroso en el más alto grado.

La dificultad, no obstante, podría presentarse en el caso, en absoluto excepcional, de un loco que hubiera obrado realmente en estado de legítima defensa contra una agresión injusta o en un estado de necesidad. Pero entonces, si el motivo determinante puede tener influencia a los ojos del juez penal, como la locura demostrada no impedirá la reclusión del alienado, toda la diferencia consistirá en que la reclusión sea en una casa de locos ordinarios o de locos criminales. Este caso tan excepcional no es suficiente, a pesar de todo, para desconocer la importancia positiva de la calidad de los motivos sociales y antisociales como criterio concurrente a la apropiación de la reacción social a la acción individual, criterio que en suma es la única razón verdadera y positiva de la impunidad en los tres casos de conflicto jurídico (orden dada, legítima defensa y estado de necesidad).

Como es sabido, los criminalistas clásicos, en estos casos de conflicto jurídico, después de haber imaginado para justificar la impunidad, diversas fórmulas para «el conflicto de los deberes», «la perturbación del espíritu», «la acción irresistible de los impulsos», se han detenido, como es su costumbre, en la de «falta de libertad», encontrándose entre ellos Carrara, quien, sin embargo, en una monografía especial, había indicado la verdadera razón en la «cesación para la sociedad del derecho de castigar». Pero esta «falta de libertad» es sólo un expediente insostenible, porque no hay imposibilidad alguna psicológica en que un hombre injustamente atacado o en un estado de necesidad prefiera renunciar a su propio derecho, mejor que violar, aun con justicia, el derecho de otro; y después, porque nadie podrá explicarse cómo la libertad moral es suprimida por el temor de una agresión injusta, y no, para dar otro ejemplo, por el furor de la venganza; y, en fin, porque la legítima defensa no es una excusa, sino que representa bien el ejercicio de

un derecho. Pues bien; la escuela positiva la considera desde este aspecto, precisamente según el criterio de los motivos jurídicos y sociales por los cuales el acto se determina (1). Lo mismo acontece a aquel que ejecuta una prescripción de la ley u obedece una orden legítima de su superior, y a aquel que suprime el derecho de otro en un caso de necesidad, o sea para su propia conservación o la del prójimo, que no podría asegurar de otra manera.

Por último, a este criterio de los motivos determinantes se ha opuesto una última objeción relativa a la posibilidad de probarlos. ¿Cómo se hará, dicen nuestros contradictores, para demostrar cuál ha sido realmente el motivo que ha determinado al agente?

Fácil es responder, no sólo que la dificultad de la prueba en ciertos casos no demuestra la falsedad del principio, porque siempre en el mundo jurídico y social, lo que no se prueba es como si no existiera (*in jure idem est non esse et non apparere*); sino sobre todo que la prueba de los motivos determinantes, obtenida de las circunstancias del acto y del carácter del agente, no presenta tampoco dificultades que no se encuentren hoy también, con las teorías clásicas de la responsabilidad moral, para demostrar la pretendida libertad de la voluntad o de la inteligencia, la presencia o la ausencia de premeditación. Pero además, con el determinismo psicológico, que demuestra la relación indisoluble entre las acciones humanas y sus motivos determinantes, en la psicología científica así como en la experiencia cotidiana, esta prueba será más lógica y más segura que con la hipótesis del libre albedrío y de la responsabilidad moral que de él se desprende.

Para mostrar con un ejemplo típico la aplicación de estos criterios aplicados concurrentemente (derecho violado, motivos determinantes, categoría antropológica del delincuente), podemos partir del siguiente hecho: un hombre muerto. Este hecho, por la gravedad del derecho suprimido o violado, determina una viva emoción en la sociedad y por consecuencia provoca por su parte una reacción correspondiente.

(1) Fioretti Zerboglio, *La legittima difesa*, 2.<sup>a</sup> edición, Turín, 1894.

Primeramente ¿este hombre ha muerto de enfermedad, o ha sido matado?

En el primer caso el hecho no interesa al orden jurídico y la reacción social permanece en el terreno extralegal de los sentimientos, de la opinión pública, de las consecuencias económicas naturales. En el segundo caso, el hecho puede interesar al orden público y a la seguridad privada, y entonces la sociedad reacciona por investigaciones ulteriores.

¿Por qué y cómo este hombre ha sido muerto? ¿Es por una desgracia independiente de la intervención de otro hombre, como la caída de un rayo, el encuentro con una bestia feroz, etcétera, o ha sido matado por el hecho de otro hombre? En el primer caso, estamos todavía en el orden extrajurídico y esto no se relaciona con nuestras investigaciones jurídicas; en el segundo caso, al revés, el hecho nos interesa y nos determina a otras averiguaciones, en las cuales, al lado del acto, entra en escena el actor o agente.

Y en este caso, ¿el homicida estaba en condiciones psicológicas normales, o patológicas? ¿Estaba sano de espíritu o estaba loco?

Si estaba loco, esto no es suficiente, como ya expliqué anteriormente, para determinar una sanción defensiva bajo forma de medio eliminatorio.

Pero si no estaba afectado de una forma clínica y común de locura, ¿cuáles son los motivos que le han determinado a matar? Y principalmente, estos motivos ¿eran legítimos o ilegítimos, sociales o antisociales? En el primer caso, el hecho pierde también el carácter antijurídico y entra en el número de las *miserias*, de las desgracias, no de los delitos; el matador ejecutaba la ley o actuaba por legítima defensa. Existe el hecho material, no el hecho antijurídico; hay supresión, no violación de un derecho.

Pero si los motivos eran antisociales, si el acto reviste, por lo tanto, un carácter antijurídico o criminal, entonces es preciso establecer en qué medida han sido antisociales, y ante todo estudiar de un modo inmediato al matador y determinar la categoría antropológica a que pertenece. Los motivos eran eminentemente antisociales (venganza, avaricia, etc.); el homi-

cida es un delincuente nato, incorregible; inútil es en este caso perderse en argucias acerca de su culpabilidad o imputabilidad moral: lo que es preciso aquí es el medio eliminatorio. Los motivos eran menos antisociales (imprudencia, honor ofendido, amor contrariado, etc.); el matador es únicamente un peligroso irreflexivo, un delincuente ocasional o arrebatado por la pasión; entonces, con la ayuda de cuantas particularidades contenga el proceso y que sean propias para determinar mejor la fisonomía del acto y del agente, bastará quizá emplear los medios reparatorios (en el caso de simple imprudencia o en el de un violento transporte de pasión en un hombre honrado, verdadero tipo del delincuente pasional), o, al mismo tiempo que los medios reparatorios, los represivos (homicidio por ocasión).

69.—En este orden, pues, se aplican los criterios de responsabilidad jurídica, según la escuela positiva, en el caso de un homicidio (e igual razonamiento es aplicable a cualquiera otra transgresión) cometido y consumado por un solo agente. Pero en tal supuesto hay otros dos órdenes de ejemplo: los casos de delito no consumado (ya sea tentativa o frustración) realizado por un solo agente, y los casos de delito (consumado, intentado o frustrado) ejecutado por varias personas.

Entonces se agregan a los precedentes nuevos criterios, así como nuevas inducciones para las teorías relativas a la tentativa y a la complicidad, en las cuales la escuela clásica ha ofrecido otras pruebas de su incertidumbre y doctrinarismo.

Ocupémonos de la teoría de la tentativa. Desde que Romagnosi ha distinguido entre los actos criminales la clase del «delito abortado», los clásicos se han esforzado en edificar teorías sobre la distinción entre el delito intentado y el delito frustrado... para concluir, después de bien madurarlo, que vale más que los legisladores no tengan de ello cuenta alguna. Así Carrara, que había dicho sin embargo (*Programma*, cap. XXI), que «si el legislador al formular sus prohibiciones, pisotea los principios científicos, comete un abuso de poder, y su ley es injusta», llegó a elogiar al legislador alemán porque en el artículo 43 del Código penal había «abandonado por completo la

especie jurídica del delito frustrado», es decir, porque había «abandonado totalmente» un principio científico en el que se reconoce una verdad abstracta, pero que «produce en la práctica dificultades e injusticias insuperables». ¿Escucháis confesar a esta escuela clásica que se ha extraviado entre las nubes del bizantinismo más peligroso? Otro autor, un clásico puro, Buccellati (1), ha llegado aún más lejos: creyó necesario, no sólo en la práctica, sino en la ciencia, demoler por completo la teoría de la tentativa, ¡el que acusaba a la escuela positiva de «nihilismo científico»!

En cuanto a la escuela positiva, sostiene, ya se sabe, que es preciso tratar de igual modo el delito frustrado y el consumado. En el delito frustrado el culpable ha hecho cuanto era necesario y cuanto dependía de él para que el delito fuese consumado. Pues bien: si la razón de la defensa social tiene su raíz en el acto exterior del hombre, porque no es este acto sólo el que viola el orden jurídico, lo mismo que es el delirio únicamente el que manifiesta la locura aun en el loco hereditario, la defensa social tiene, sin embargo, su razón en la temibilidad del delincuente, y por lo tanto, es evidente que, en el delito que un simple accidente ha frustrado, esta temibilidad está demostrada por el hecho, así como la que se revela por el delito enteramente consumado.

El hecho es, de igual manera, que a menudo también la falta de consumación del delito, dependiendo de la acción menos enérgica o menos perversa del malhechor, puede ser la indicación de una menor temibilidad y de un poder ofensivo menos importante. De otra parte, si en la vida cotidiana y en el sentimiento común, la impresión es siempre mucho más débil cuando el daño material no se ha consumado, así también la escuela positiva, después de haber establecido esta primera regla general de asimilación entre el delito frustrado y el consumado, decide con Fioretti, que «para que la tentativa sea considerada como delito, es indispensable que haya excitado contra el delincuente una reacción individual que deba necesariamente prevenir la reacción social».

(1) Buccellati, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Milán, 1884, párrafos 366 y 383.

Pero además es preciso no olvidar nunca que la tentativa no debe ser tampoco juzgada en sí misma ni en sus relaciones abstractas con el orden jurídico, como lo hace la escuela clásica, puesto que debe ser siempre considerada como un criterio que se une al de los motivos determinantes y al de la categoría antropológica del delincuente. Porque es evidente que una tentativa hecha con ayuda de medios insuficientes, aun cuando sea una tentativa de homicidio, tiene distinta gravedad social y jurídica, según que es la obra de un criminal loco o de nacimiento, e inspirada por motivos antisociales, o la de un homicida ocasional o pasional inspirado por un motivo menos ilegítimo.

En cuanto a la teoría de la complicidad, ha dado lugar también, como de ordinario, en la escuela clásica, al bizantinismo de las distinciones abstractas entre los partícipes más o menos directos de un delito, y como de ordinario a consecuencias absurdas; así acontece en el caso del mandante que queda impune si el mandatario no acepta o no ejecuta el mandato criminal, o en la disminución de pena para el mandante, si el mandatario al ejecutar el acto, obedece también a motivos personales (artículo 63 del Código penal italiano). Me basta decir que en este caso (como en el de la concurrencia de hechos criminosos), el principio general, según la escuela positiva, debe ser el siguiente: puesto que los delincuentes menos temibles (ocasionales y pasionales) tienen por carácter psicológico constante (salvo en los casos de una muchedumbre que comete un delito en un transporte de pasión) el obrar aisladamente y sin cómplices, en tanto que se observa lo contrario en los delincuentes más peligrosos (natos y habituales), la complicidad debe constituir por sí sola una circunstancia agravante, para hablar como las teorías clásicas; o se debe en todo caso considerarla no sólo como hasta el presente se ha hecho, desde el punto de vista de la parte más o menos eficaz que cada uno de los asociados ha tomado en el acto criminal, sino sobre todo viendo en ella un carácter distintivo de los delincuentes que pertenecen a las categorías más temibles.

Pero como este principio, por mí enunciado, ha sido expuesto con método científico riguroso por Sighele, me limito a esta

indicación, no estando destinado este libro a dar acerca de aquél un desenvolvimiento completo (1).

Los diferentes grados en la ejecución del crimen, la participación desigual de los cómplices, etc., no conservan una vez abolida la dosimetría penal, más que el valor de síntomas para decretar *la segregación durante un tiempo indeterminado* (con revisión periódica de las sentencias) de los delincuentes más peligrosos, o el de criterios concurrentes para fijar, en los casos menos graves, *la indemnización de los daños causados*.

70.—Me parece suficiente haber demostrado de qué modo la escuela positiva, descartando el criterio impugnado y mal definido de la responsabilidad *moral*, como razón del derecho punitivo o más bien defensivo, no sólo le sustituye con un criterio positivo, superior a los hábitos mentales subjetivos y a las preocupaciones filosóficas, es decir, el criterio de la responsabilidad *social*; sino que todavía encuentra en este mismo criterio una base inquebrantable—teniendo en cuenta que es objetiva, que responde a las necesidades de la vida y que está sacada de los hechos—para asentar allí el organismo científico de los principios de sociología criminal. En estos principios la sociedad, defendiéndose contra el individuo criminal, encontrará de un lado los medios necesarios para su propia conservación y de otro los límites que esta necesidad misma le impone, de suerte que sus derechos y los de la persona humana estarán garantidos a la vez.

Únicamente así la ciencia criminal renovada, evita ciertos bizantinismos, que al obscurecer cada vez más las nociones de responsabilidad, condena a los legisladores y a los jueces a dificultades sin salida aunque no sin riesgo, y asegura al individuo y a la sociedad la práctica de la verdadera justicia (2).

La última de las objeciones que se hacen de ordinario a las nuevas ideas, y por la que terminaré este capítulo, es que

(1) Véase Sighele, *La teorica positiva della complicitá*, segunda edición, Turín, 1894; *La folla delinquente*, segunda edición, Turín, 1895; Garófalo, *Criminologia*; segunda edición, Turín, 1891, págs. 361 y siguientes; Alongi, *La camorra*, Turín, 1890; *La maffia*, Turín, 1887.

(2) Esto mismo ha repetido muy recientemente el ecléctico Saleilles, *L'individualisation de la peine*, París, 1898, pág. 7.

nosotros llegamos, se dice, con este «mecanismo darwiniano», a desterrar del ministerio defensivo de la sociedad toda idea de justicia.

A esta acusación ha respondido Garófalo (1) que, en el derecho penal, la palabra «justicia» es una «impropiedad del lenguaje»; mas esta contestación no me parece suficiente.

Si por *justicia* entendemos, como Carrara y los criminalistas clásicos más o menos determinados, una misión delegada al hombre por la divinidad, o por lo menos la misión ético-religiosa de pesar el bien y el mal y de asignarles una retribución proporcionada, en este caso, el hablar de justicia a propósito de la función de defensa social, no es solamente cometer una impropiedad del lenguaje, es introducir en ella una concepción heterogénea. Pero si la *justicia* es para nosotros, como para los romanos, *unicuique suum tribuere*, es decir si consiste en buscar y aplicar una relación de conveniencia y utilidad social, variable según los tiempos y los lugares, entre el acto peligroso que ha sido ejecutado y el medio más apropiado para impedir que sea repetido por su autor o por otros individuos, entonces, la justicia es y será siempre un carácter esencial de esta función defensiva, aun cuando quedara desprovista de todo carácter ético-religioso.

Al que diga que la negación del libre albedrío hace inútil e imposible la ley moral, se le puede responder que la muerte causada por la enfermedad no hace inútiles e imposibles las leyes de la terapéutica; y las reglas morales subsisten para aquellos que, por su temperamento físico o psíquico, pueden y aun deben adaptarse a ellas como a la ley de la vida (2). De igual modo al que diga que, una vez excluido el criterio de la libertad moral, es una distracción banal hablar de justicia, se le podrá contestar que la justicia, en nuestro sentido de *justicia social* es una relación de un hombre a otro y de un individuo a la sociedad, no eterna y absoluta, sino relativa y variable y, al mismo tiempo, positiva y humana. Para nosotros, en efecto, se-

(1) Garófalo, *Di un criterio positivo di penality*, Nápoles, 1880, página 52.

(2) Schiattarella, *I presupposti del diritto scientifico*, Prélection, Palermo, 1883, pág. 82.

ría una cosa injusta, o sea peligrosa e innecesaria desde el punto de vista social, castigar, por ejemplo, al que en un caso de legítima defensa hubiera matado a su agresor, o encarcelar a un delincuente ocasional en una casa de locos criminales, o defendernos contra un loco homicida con una pena pecuniaria (1).

Por esta razón podemos decir que en el sistema de la sociología criminal, los magistrados *judgan* verdaderamente al autor de un delito; no en el sentido de que pretendan, traspasando los límites de la justicia *humana*, medir con precisión los grados intangibles de una responsabilidad moral, para asignar a tal suma de culpabilidad tal suma de castigo, sino en el sentido positivo de que investigan ante todo aquello que demuestra que verdaderamente ha cometido este acto, para establecer después qué medio de defensa social conviene aplicar y en qué grado, a *este hombre* que ha realizado *aquella acción* en tales condiciones dadas del *medio social*.

Se ve, pues, claramente, cuánto se engañan aquellos que nos acusan de hacer del Estado un ídolo y de anular en su provecho todos los derechos de los individuos. No; pero frente del predominio exagerado de los derechos sociales en la Edad Media, y de la preponderancia exagerada de los derechos del individuo, que le siguió en el siglo XIX por una reacción generosa, tratamos de establecer en el dominio criminal el equilibrio entre los derechos del individuo que comete un delito y los de la sociedad de los hombres honrados.

Nada menos justificado, a no ser como una primera impresión muy incompleta, que acusar a la escuela positiva de desconocer los derechos de la persona humana, «de hacer del delincuente un instrumento en manos de la sociedad», y afirmar que «el individuo está hecho para el Estado, no el Estado para el individuo» (2). Ante todo nosotros damos a la responsabilidad del individuo un fundamento único y totalmente positivo:

(1) Sobre la concepción de justicia social, según la escuela positiva, véase Carelli, *Crimen morbus*, en el *Archiv. di psych.*, 1887.

(2) Poletti, *La persona giuridica nella scienza del diritto penale*, Udina, 1886, cap. X; Dorado Montero, *La antropología criminal en Italia*, Madrid, 1890, pág. 43.

la solidaridad—para las ventajas como para las desventajas, para los derechos como para los deberes—entre todos los asociados y el organismo social que componen. Además imponemos al ser colectivo obligaciones considerables y permanentes, en provecho de los individuos, al dar la preeminencia a la prevención, es decir, al mejoramiento del derecho social, sobre la represión violenta y demasiado cómoda, que nosotros medimos además siempre por las reglas de la justicia social. He aquí, pues, y ya lo he repetido en otra parte, nuestra verdadera conclusión: mientras que la Edad Media veía únicamente el *delincuente* y la escuela clásica considera sólo al *hombre*, para conformarse a la verdad experimental se deberá considerar al *hombre delincuente*, equilibrando así los derechos innegables del hombre, que aun en el delincuente subsisten, y los derechos no menos innegables de la sociedad honrada que sufre la amenaza del delincuente» (1).

Como decía el profesor general Le Gall, en un discurso inaugural en Lyon: «Es posible tener de la justicia represiva una idea más elevada; pero es preciso convenir también en que no existe ninguna que sea más sólida en sus principios y más fecunda en sus resultados» (2).

Concluamos: la justicia penal, como ministerio defensivo ejercido por la sociedad, y la ciencia que regula este ministerio, siempre tienen plena razón de existir, hasta cuando es negado el libre albedrío, y aun cuando aquéllas deban cambiar radicalmente de fin y de medios: es lo que de otra parte se reconoce implícitamente en la vida de cada día cuando se hace uso de verdaderas penas, ya contra los animales, ya contra los niños, para cambiar y regular su conducta futura, a pesar de que todo el mundo reconozca que están privados de libertad moral.

De esta aplicación continua y universal de los castigos, o sea de las reacciones dolorosas contra los actos nocivos y cri-

(1) Ferri, *Da Cesare Beccaria a Francesco Carrara*, lección preliminar dada en la Universidad de Pisa, en el *Arch. giuridico*, 1890, XXIV, fasc. VI (en parte reproducida en la *Nuova Antologia*, 16 de Septiembre 1899).

(2) Le Gall, *Le droit de punir d'après la science positive*, Lyon, 1885, página 19.

minales, nace precisamente en el hombre, y hasta en cierto grado en el animal, la idea de responsabilidad. Esta idea, como hace notar Stuart Mill (1) y otros psicólogos con él (2), no es otra cosa que la espera de la pena consecutiva al hecho nocivo, expectativa producida en nosotros por la experiencia adquirida ya de un vínculo de sucesión entre un hecho y otro, entre la acción y la reacción correspondiente. Y esta idea, decía Spencer, se transmite después por la herencia y puede parecer anterior a toda experiencia igualmente personal que social.

(1) Stuart Mill, *La philosophie de Hamilton*, París, 1869, cap. XXVI, párrafos 599 y 568.

(2) Bain, *Les émotions et la volonté*, París, 1885, cap. XV; Guyau, *La morale anglaise contemporaine*, París, F. Alcán, pág. 335; Spencer, *Le basi della morale*, Milán, 1881, págs. 138 y siguientes; Minzióff, *Etudes sur la criminalité*, en la *Phil. posit.*, Septiembre y Diciembre 1880.

