

- V. 57. Teorías eclécticas de la responsabilidad.—58. Libertad relativa de la voluntad (por libertad limitada, libertad ideal, libertad práctica, motivo de contradicción, factor personal).—59. Libertad de la inteligencia.—60. Voluntariedad (art. 45 del Código penal).—61. Intimidabilidad.—62. Normalidad.—63. Identidad personal y semejanza social.—64. Estado de criminalidad.—65. Conclusión..... 94

que ellas actúan siempre de su cuenta y riesgo, cualquiera que sea el estado de su conciencia» (1).

No hay, pues, para el hombre más que un medio de no ser responsable de sus actos; este medio es renunciar a toda sociedad (2). En este sentido se podría decir, volviendo casi a Rousseau con Renouvier y con Fouillée, que la responsabilidad social tiene en algún modo su base en la aceptación contractual de la vida en común; pero, sin embargo, este elemento de contrato es tan infinitesimal y hasta, por mejor decir, negativo (puesto que el hombre se encuentra fatalmente en sociedad y no puede hacer todo lo que quiere), que no se le puede tomar como base de un sistema sociológico, independientemente de la influencia que pueda ejercer en la solución de tal o cual problema de sociología.

Esto equivale a decir, y es la primera afirmación sobre la cual se funda un criterio positivo de la responsabilidad, que *todo hombre es siempre responsable de cualquier acción anti-jurídica realizada por él, únicamente porque y en tanto vive en sociedad.*

## V

57.—Estamos frente a dos teorías radicalmente distintas sobre el principio fundamental de la responsabilidad.

A un lado está la teoría clásica, que coloca este principio exclusivamente en el individuo que obra, exigiéndole para su responsabilidad *penal*, no sólo lo que desde luego se supone, la responsabilidad *física* que afronta como autor material del delito, sino también la responsabilidad *moral* por virtud de ser su autor «inteligente y libre», como decía hace ya un siglo Romagnosi (*Genesi*, párrafo 1.332), y como han repetido después todos los criminalistas clásicos.

Verdad es que Romagnosi, el espíritu más positivo entre los clásicos, decía que la responsabilidad *moral* es solamente la

(1) Holmes, *Il diritto comune anglo-americano*, Milán, 1870, lec. III, página 110.

(2) Yo he aplicado este principio general a los casos de ayuda prestada para un suicidio o de la muerte dada a un hombre con su consentimiento, en el *Omicidio-Suicidio*, 4.ª edición, Turín, 1895.

condición, y no la medida de la responsabilidad *penal* (1). Pero la teoría clásica común no ha seguido sobre este punto a este gran maestro, porque el criterio-medida, propuesto por él, o sea la impulsión criminal, hacía menos fácil y menos esquemática la solución de los teoremas jurídico-criminales en materia de responsabilidad. A causa de esto, doctrina, legislación y jurisprudencia han seguido, por el contrario, lo que llamaré el criterio-medida de la responsabilidad, porque es de un uso más fácil y presenta además apariencias de proporciones matemáticas, que se toman cómodamente por reglas de justicia.

Esta dosimetría consiste, como Mario Pagano (2) decía, hace también un siglo, con una franqueza ingenua, en que cuando existe la plenitud de la libertad y de la inteligencia o se supone existe en el delincuente, su responsabilidad moral y, en consecuencia, su responsabilidad penal, son de igual manera completas; y viceversa, si la inteligencia o la libertad faltan completamente en el agente, su responsabilidad moral y penal es nula; si la inteligencia o la libertad sólo faltan en la proporción de un cuarto, un tercio o una mitad, así mismo la responsabilidad moral y penal disminuye en un cuarto, un tercio o un medio.

Nada más aritméticamente simétrico, pero nada más absurdo desde el punto de vista psicológico; porque así como en otro tiempo se admitía que el hombre podía ser parcialmente loco, o sea que en su cerebro la locura y la razón cohabitaban, como buenas vecinas, en dos departamentos distintos, se supo-

(1) Romagnosi, *Genesi del diritto penale*: "Sin imputabilidad moral no puede existir responsabilidad penal. Pero esta responsabilidad ¿deberá siempre estar en proporción de la imputabilidad? La costumbre de evaluar el mérito o demérito de las acciones humanas según las reglas de una moral interior, conduce a menudo a sustituir con la responsabilidad de conciencia la responsabilidad de la seguridad común. Pero la razón legal y la política ¿permiten esta sustitución...? Por este ejemplo (a saber, que el mandante debe responder no ante el tribunal de la conciencia, sino ante el de la sociedad, de los excesos cometidos por el mandatario), cada uno comprende cuán diferente es la responsabilidad moral de la política, y cuán necesario es también considerar esta última como la única que conviene y que debe ser requerida por aquellos cuyo oficio es defender y garantizar la seguridad común" (párrafos 527 y 600). "Sólo a esta última sirve la imputabilidad moral para indicar cuándo se puede y debe castigar, y no cómo y en qué proporción se debe hacer" (§ 1.333).

(2) Pagano, *I principii del codice penale*, § I.

ne aquí que en la voluntad del hombre la necesidad y la libertad coexisten en dos habitaciones separadas. Y nada más peligroso, según ya he dicho, en el aspecto social: porque en efecto, mientras que toda disminución de la pretendida responsabilidad moral, coincide en realidad con un aumento de los riesgos que hace correr a la sociedad el individuo que conculca la ley falto de una inteligencia y voluntad normales, esta insuficiencia lleva aneja para él una disminución de responsabilidad penal, de suerte que la defensa disminuye o desaparece cuando el peligro aumenta.

Pero, repito, esta teoría común de la responsabilidad moral como condición y medida de la responsabilidad penal presentaba en su aplicación demasiada facilidad y en su apariencia excesiva simetría lógica para no conquistar el asentimiento unánime de los criminalistas clásicos.

De otra parte, apoyados en los nuevos datos de la biología y en los de la sociología criminal, presentamos una teoría positiva de la responsabilidad radicalmente opuesta a la precedente.

En nuestra teoría la punibilidad, o mejor aún, la defensa social contra los delincuentes, tiene todavía su raíz en el individuo considerado como autor material de un delito que es el índice de su personalidad fisisicológica, reaccionando contra el medio físico y social. Y he aquí por qué constituye una objeción completamente pueril, la que nos dirigen ciertos críticos metafísicos, cuando dicen que sería absurdo hablar de responsabilidad *social*, porque la responsabilidad no puede ser más que *individual*; como si, hablando de responsabilidad social, creyéramos hablar de la «responsabilidad de la sociedad» y no de la del «individuo» frente a la sociedad.

Por la razón de esta responsabilidad del individuo respecto de los delitos por él cometidos, no depende tampoco únicamente de las condiciones personales en que se encuentre; y, por lo tanto, su responsabilidad *moral* no es una condición de su responsabilidad *penal*, dependiendo ésta solamente del hecho de vivir el individuo en sociedad.

Fuera de la vida social no existe derecho ni deber. Todo derecho representa una conquista, y ha sido preciso luchas seculares para que fuese reconocido. Así, en tanto que los

partidarios metafísicos de un «Derecho natural» eterno y absoluto, preexistente en la Sociedad como en el Estado, ~~acusari~~ a los positivistas de suprimir toda base sólida al ~~patrimonio~~ de los derechos individuales, nosotros sostenemos que ~~solo la~~ concepción positiva y relativa de estos derechos, como una ~~con-~~quista histórica, estimula de un lado la conciencia común en la lucha para la conquista de derechos nuevos, y de otro nos anima y fortifica por la convicción de que siendo el derecho de hoy un progreso sobre el de ayer, el de mañana se modificará ciertamente también y representará un progreso sobre el presente.

Todo acto individual produce de parte de la sociedad una reacción correspondiente; si, pues, este acto del individuo interesa el orden jurídico, estas sanciones toman una forma jurídica o legal, y el individuo, autor material de un hecho, responde de él ante la sociedad, independientemente de su falta moral.

Nadie niega que las condiciones del *acto*, del *agente* y de la *sociedad*, influyen sobre la forma de estas sanciones legales y suministran, en consecuencia (como veremos en los apartados sexto y séptimo), una medida de la responsabilidad moral o jurídica del delincuente, porque la reacción social debe corresponder a la acción individual, la defensa a la ofensa.

Pero, entre tanto, el principio y la razón de la responsabilidad penal son concretamente designados por las dos teorías opuestas: la teoría ético-individual de la escuela clásica y la jurídico-social de la escuela positivista.

Entre estas dos teorías opuestas, radicales aunque lógicas, y a este título, sólo posibles teóricamente (aunque contraria la una y conforme la otra con la realidad humana), han poblado, a guisa de transiciones o transacciones, teorías eclécticas variadas, según las cuales el delincuente es responsable moralmente y, por lo tanto, penalmente, porque se encuentran, en su persona, en su acto, los caracteres siguientes.

Libertad relativa de la voluntad.....

{	<i>limitada</i> .—Ellero, Tolomei, Buccelati, Canonico, Brusa, Pessina, Bovio, Prins, Rolin, Joly, Krafft-Ebing, Ziino, Riant, Garraud, etc.
	<i>ideal</i> .—Fouillée, Siciliani, Wautrain-Cavagnari, por el <i>factor personal</i> . Lévy-Bruhi, Magri, Moriaud.
	<i>práctica</i> .—Salcilles, Pozzolini.

Libertad de la inteligencia .....	} Kleinschrod, Hälschner, Berner, Schütze, Holtzen-dorff, Vida, Conti, Laurent.
Voluntariedad .....	
Intimidabilidad .....	} Códigos penales de España, Hungría, Italia, Proyecto de Código penal ruso, Beaussire.
Normalidad .....	
Identidad personal y semejanza social } Tarde.	} Dubuisson, Impallomeni, Alimena, Cuche, Lanza. Poletti, Listz.
Estado de criminalidad .....	
	} Poustoroslew.

58.—Hay, como se ve en estas teorías eclécticas, una progresión que va desde las más espontáneas, como adaptación y reducción de los criterios clásicos de la voluntad y de la inteligencia libres, a las más ingeniosas y rebuscadas, como invención más o menos original de criterios desviados de estos dos criterios tradicionales (1).

Se ha comenzado, en efecto, por reconocer en principio que las nuevas observaciones de biología y de sociología criminal suprimían en parte la ilusión de una libertad moral, absoluta e ilimitada en el hombre, y destruía en consecuencia su responsabilidad moral absoluta. Pero, bajo la influencia de la idea preconcebida de que no hay responsabilidad penal sin responsabilidad moral, se ha rehusado admitir que las condiciones hereditarias fisio-psicológicas del individuo, unidas a la presión del medio, pudieran jamás anular completamente la libertad, la li-

(1) No he creído que debía incluir entre estas teorías la de Silió y Cortes, *La crisis del derecho penal*, Madrid, 1891, cap. I, en la cual acepta el principio positivo de la defensa social como razón de la responsabilidad y de la punibilidad individuales, aunque haciendo reservas en favor del libre albedrío.

Esta no es una teoría ecléctica, porque Silió acepta y desarrolla con mucha elocuencia las inducciones de la escuela positiva, conservando a la vez como una especie de excrecencia que ningún lazo orgánico une al resto de sus ideas, la afirmación del libre albedrío. Se puede ver allí por su parte una concesión más o menos consciente que se hace al espiritualismo dominante aún en España, así como "lo incognoscible" de Spencer fué una concesión al espiritualismo deísta, todavía dominante en Inglaterra.

Otro tanto puede decirse de De Baets (*Une question touchant le droit de punir*, en la *Revue néo-scholastique*, Febrero 1897), quien siendo profesor en la Universidad católica de Lovaina, sostiene los datos de la antropología criminal, pero tratando de ponerlos de acuerdo (?) con el libre albedrío, según declaró claramente en el Congreso de antropología criminal de Ginebra (*Actas*, 1897, p. 310).

bre voluntad del hombre. Esta libertad volitiva, se ha dicho, será débil; pero es preciso que quede de ella siempre al menos una brizna en el hombre, y que él escoja el mal, porque de otro modo se cae en el fatalismo, y la responsabilidad llega a ser imposible. Nosotros no pediremos de ella un metro, como anteriormente; pero es conveniente, es indispensable que nosotros tengamos por lo menos, un centímetro, un milímetro (!).

Es evidente que esto constituye un expediente tan cómodo como insostenible: una vez que se ha lanzado uno por la pendiente de las concesiones al determinismo contra el absolutismo del libre albedrío, nadie puede detenerse a la mitad o a las dos terceras partes del camino para salvar un débil resto de esta libertad de querer: es preciso llegar hasta el fin. Y la «libertad limitada» es un absurdo lógico y psicológico (como ya dije en el núm. 44), porque no se ve por qué estas condiciones individuales y exteriores, que pueden suprimir uno o dos tercios del libre albedrío, no han de poder llegar jamás (excepto en casos evidentes de locura) a suprimirle por entero.

Por esta razón Carrara, espíritu poderosamente lógico y sistemático si los hay, vió con toda claridad las consecuencias a que se llegaba fatalmente tan pronto como uno se dejaba llevar por la pendiente de las concesiones al determinismo natural, y descendió a la tumba sin haber hecho ninguna a las nuevas teorías, encerrándose, con una inflexible obstinación, dentro de la coraza impenetrable de sus silogismos absolutos.

A esta concepción más cómoda de una simple limitación *cuantitativa* de la libertad de querer, han añadido otros concepciones de una libertad relativa también, pero *cualitativa*mente distinta. Así Fouillée habla de una «libertad *ideal*» que se formaría y desarrollaría progresivamente como idea-fuerza, y que sólo produciría «la legitimidad *moral* de la pena»; porque como decía después de él Siciliani, «el hombre no es libre, pero llega a serlo» (1).

No es necesario demostrar ampliamente la insuficiencia

(1) Fouillée, *La science sociale contemporaine*, París, 1880, y *La liberté et le déterminisme*, 2.<sup>a</sup> edición, París, 1884; Siciliani, *Le questioni contemporanee e la libertà morale*, Bolonia, 1878 y 1889; Wautrain Cavagnari, *L'ideale del diritto*, Génova, 1883.

teórica y sobre todo práctica de tal criterio. ¿Cómo decidir si un hombre al cometer un delito, tiene o no tiene «la idea de su propia libertad»?

Verdaderamente, cuando se han estudiado los delincuentes en la realidad y no de un modo imaginativo, parece claro que no tienen esta «idea de su propia libertad moral»: en efecto, ellos admiten casi siempre que han sido arrastrados al delito sin poder resistir el impulso de la venganza, de la codicia o de la lujuria, o, última hipótesis, de la voluntad divina, pero también sin procurar buscar de este modo una excusa o un pretexto de impunidad: pero, al contrario, en tanto que ellos tienen conciencia de su propia impotencia para resistir los impulsos criminales, en tanto también tienen conciencia del derecho de la sociedad para castigarlos. «He cometido una falta, me han prendido, es preciso que la pague»: tal es la respuesta que me han dado más de cien veces los detenidos, sobre todo los reincidentes, quienes sin embargo añadían que, otras veces, «habían tenido más suerte». Y esta contestación tiene un gran valor psicológico, porque no era una salida hipócrita y egoísta para invocar la compasión o protestar contra la condena: todo lo contrario, reconocían con ello la justicia, aun cuando aquella «idea de la libertad moral», que les suponen los filósofos de gabinete, no brilló ni por lo más remoto en su conciencia (1).

Admitiendo, a pesar de todo, que entre los delincuentes existe esta «libertad ideal que se forma progresivamente», ¿cómo haremos, si no obstante, depende de su potencia más o menos grande su responsabilidad moral, y por lo tanto, su punibilidad, para medir su intensidad e importancia?

Es preciso agregar que esta «libertad ideal» se asemeja bastante a la libertad «de carácter inteligible» de que hablan Kant y Schopenhäuer, quienes después de haber negado la libertad moral «de carácter empírico» en el hombre, es decir, en el mundo real de los fenómenos y en la «razón práctica», inventaron, en el mundo de los neúmenos y en la «razón pura», «un carácter inteligible», en el cual residiría una libertad ideal

(1) Ferri, *Atlante antropológico statistico, De l'Omicidio*, Turín, 1895, página 139 y siguiente y texto, pág. 478.

del hombre. Concepciones trascendentales, creaciones ingeniosas, que denotan una gran imaginación lógica y filosófica, pero que están desprovistas de toda realidad positiva.

Otra opinión, que conserva todavía en el hombre cierto residuo de libertad moral, es la que representa esta libertad bajo la forma de lo que pudiera llamarse el «factor personal», factor que concurre en toda deliberación voluntaria para decidir en un sentido o en otro el conflicto de los motivos internos y de las circunstancias exteriores.

Así, por ejemplo, Lévy Bruhl, después de haber observado que la responsabilidad tiene un aspecto *objetivo* (que corresponde en parte a lo que llamamos responsabilidad social), y un aspecto *subjetivo* (responsabilidad moral), y después de analizar uno y otro con sagacidad, reconoce que la responsabilidad objetiva de cada uno para sus propios actos basta a la vida social.

Más aún; insiste en la necesidad de «desdoblarse la noción de responsabilidad, *reservando para la legislación penal la noción de una responsabilidad puramente objetiva*».

Hasta aquí sería un perfecto positivista; pero a la responsabilidad objetiva quiere unir una responsabilidad subjetiva, porque «las decisiones tomadas por el hombre deben ser referidas al mismo considerado en la esencia de su personalidad» (1). No obstante, él mismo confiesa que de esta responsabilidad subjetiva «no podemos tener más que una representación simbólica y no una noción propiamente dicha» (pág. 117).

Pero esta necesidad supuesta de una responsabilidad subjetiva como antecedente y condición de la responsabilidad objetiva, es todavía, sin hablar de lo demás, un equívoco.

Así como cuando decimos que la norma de moral absoluta «el mal merece el mal», es un antecedente de la regla de derecho positivo que quiere que el delito sea castigado, se emplea un equívoco, porque es precisamente de la experiencia y del

(1) Lévy Bruhl, *L'idée de responsabilité*, Paris, 1884, pág. 105.

Igualmente Moriaud (*La question de la liberté et la conduite humaine*, Paris, 1897, pág. 200) sostiene que «el fundamento de la responsabilidad es el *ser*; uno es responsable de lo que es, supuesto que se sea alguna cosa por sí mismo... De suerte que "hay en el hombre libre (?), al lado del libre arbitrio, en qué fundar la responsabilidad"».

recuerdo de estas reglas positivas de comunidad social (defensa-venganza) de donde los hombres obtienen la idea abstracta y simbólica de esta norma moral, así también de la experiencia de la responsabilidad objetiva es de donde únicamente se extrae la idea abstracta, el símbolo metafísico de la responsabilidad subjetiva. No es cierto, por lo tanto, que la moral preceda a la vida social, ni que la responsabilidad subjetiva preceda a la objetiva: acontece todo lo contrario; puesto que como ha dicho Mara contradiciendo a Hegel, no es la idea la que determina la realidad, son las condiciones reales de la vida las que determinan la conciencia y las ideas.

La reacción defensiva y vengadora contra todo acto contrario a las condiciones de la existencia individual y social, constituye el hecho primitivo, irreductible de toda vida en sociedad, hasta entre los animales (1). Es, pues, la base material y la

(1) "El instinto (que entra en el de la conservación de la vida), después de haber creado el sistema complejo de las penas y de las recompensas sociales, se ha encontrado fortalecido por la existencia misma de este sistema protector. Los hombres no han tardado en reconocer que cuando ofendían a otros de tal o cual manera, debían esperar por parte de ellos una represión más o menos fuerte: así se ha establecido una asociación natural y racional (ya señalada por los psicólogos ingleses) entre una conducta dada y un castigo correspondiente. En la *Revue philosophique* (Abril 1885), Delboeuf relata un curioso ejemplo de una semejante asociación naciente en un animal. Se trataba de un perrito que cuantas veces ensuciaba el gabinete de trabajo, era llevado por Delboeuf a un rincón del patio, donde le hacía poner en dos patas y le castigaba. Este sistema de educación le corrigió de su defecto. Sin embargo, llegó una ocasión, algún tiempo después, en que el perro manchó de nuevo la alfombra. Entonces él mismo, espontáneamente, se refugió en el rincón del patio que conocía y se puso de pie sobre sus patas esperando con una actitud cómica de verdadero remordimiento, la corrección que le propinaba su amo." Romanes narra también hechos análogos (*Guyau, Esquisse d'une morale sans obligation ni sanction*, Paris, 1885, p. 167).

Este hecho, que es característico para el psicólogo, y que, sin embargo, hará reír como una anécdota insignificante a todos aquellos que no tienen el sentimiento de la experiencia científica, es análogo al que yo conté, tomándolo de Ardigó en la *Negazione del libero arbitrio* (pág. 417). Un perro que importunaba a su amo en el comedor, fué castigado por éste varios días seguidos cada vez que se ponía el mantel para comenzar la comida. De aquí resultó que, aun sin ser pegado, el perro salía corriendo velozmente en cuanto veía tender el mantel sobre la mesa para comer, dejando así tranquilo, gracias a una asociación psíquica natural, a su ingenioso dueño. Lo mismo se observa en el caso del leopardo, de que habla Brehm (*La vita degli animali*, Turín, 1872, I, 214, 354), que no entraba en su jaula más que cuando se la regaban con agua fría: "y al fin fué suficiente enseñarle la manga de regar para hacerle entrar, aun cuando él lo hiciese del peor humor". Comparad aquí (pág. 386 y siguientes)

verdadera determinante de las normas de la moralidad. No recibe de éstas el hecho ninguna justificación; subsiste todavía cuando la ciencia jurídica renuncia a toda idea de responsabilidad subjetiva, como también después que la ciencia criminal ha renunciado a esta regla—el mal merece el mal—sin que por ello se haya comprobado ningún trastorno científico, moral o social.

Mas recientemente se ha creído poder fundar la responsabilidad, yo no diré que sobre una teoría, pero sí sobre un expediente ecléctico, diciendo que la justicia penal encuentra una base suficiente y «positiva», en lo que podría llamarse, siguiendo el sentimiento popular, «la libertad práctica» de los individuos.

Del propio modo que la muchedumbre, o sea la conciencia común formada de prejuicios tradicionales y de hábitos mentales, tiene al hombre por responsable porque, en la práctica, puede no cometer el delito, y aquélla considera siempre la pena como la retribución de una falta, así también la ciencia criminal y los que ejercen la función de la justicia penal no pueden fiarse del criterio más lógico, pero no comprendido del vulgo, de la responsabilidad social y objetiva, propuesto por la escuela positivista.

Saleilles, reproduciendo y desarrollando una objeción de Liszt (1), ha presentado este expediente, que ha recibido no sé cómo, el asentimiento de un joven positivista italiano (2).

En un libro sobre la individualización de la pena, que produjo en el mundo científico el estrépito que hacen siempre, si bien por poco tiempo, las tentativas de conciliación ecléctica, elogiando al mismo tiempo sin comprometerse demasia-

mis observaciones sobre la psicología de la pena que es muy eficaz cuando proporciona la sensación concreta de un dolor inminente, mientras que lo es muy poco como idea abstracta de un dolor lejano. (Véase también mi *Omicidio*, Turin, 1895, págs. 20 y 251 y siguientes.)

(1) Liszt, *Die Strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit*, en la *Zeitsch. f. ges. Strafrw.*, 1896, p. 70. Discurso pronunciado en el Congreso internacional de psicología en Munich, Agosto 1896.

(2) Saleilles, *L'individualisation de la peine*, París, 1898, F. Alcán; Pozzolini, *Bases para una teoría positiva de la responsabilidad penal*, en la *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, Junio 1899, y en el libro *In onore di Francesco Carrara*, Luca, 1899.

do, el tradicionalismo enemigo de las novedades y las veleidades de la innovación, Saleilles dice (pág. 139) que «lo que hay de bueno en el sistema clásico es su principio (de responsabilidad moral y subjetiva), y lo que hay de malo son las consecuencias que de él se deducen; mientras que inversamente, en el sistema positivista, muchas conclusiones son selectoras y casi se imponen, pero su principio nos *espanta*».

Esta última palabra nos revela involuntariamente el terror y la aversión de lo nuevo, que hacen justamente que Saleilles crea poder construir una especie de organismo científico paradójico, pegando el *principio* de la escuela clásica a las *conclusiones* de la escuela positiva.

Y lo más curioso del caso es que, si se le ha de dar crédito, todo esto no es eclecticismo.

No es necesario demostrar latamente que «la concepción popular de la responsabilidad» no puede constituir la base de una teoría científica, porque no existiría jamás progreso alguno de carácter científico, si el estado actual de la conciencia común, de los prejuicios tradicionales, pudiera oponer una barrera a las innovaciones teóricas producidas por el estudio de los hechos.

Cuando Pozzolini, admitiendo desde luego que mi teoría de la responsabilidad social representa el sistema ideal de la justicia futura, propone solamente no abandonar la concepción popular de la retribución moral en la pena, y declara esta teoría «verdaderamente positiva», no advierte la confusión en que incurre entre el positivismo y el empirismo. Pues bien: todo triunfo de la ciencia positiva ha sido siempre una derrota del empirismo.

Y cuando Franck, citado por Von Buri (1) y recordado por Pozzolini, dice que «el movimiento de reforma del derecho penal se guardará bien de abandonar *totalmente* la idea de reparación o de expiación fundada sobre el indeterminismo, porque esta idea, *en el actual estado de la opinión pública*, coopera con él para permitirle alcanzar su fin más elevado, la efi-

(1) Von Buri, *Questioni d'imputabilità*, en la *Riv. penale*, Abril 1898, página 339.

«eficacia social del derecho penal», respondemos que hay en ello un error y una ilusión.

Hay error en subordinar al «actual estado de la opinión pública» las conclusiones de la ciencia, como si Pinel hubiera dicho, en su gran reforma de la psiquiatría práctica: los locos son verdaderamente enfermos y no seres malvados; pero como «el estado actual de la opinión pública» o bien la «concepción popular» de la locura es que son culpables, la psiquiatría no debe abandonar *totalmente* esta idea del castigo impuesto a los locos, porque la cura medical que se les aplica no representa otra cosa que «el estado ideal de la psiquiatría del porvenir».

Y entonces, un Saleilles del siglo XVIII habría dicho que era preciso conservar «el principio» de la psiquiatría tradicional, afirmando que los locos son responsables de su enajenación mental, pero cuidándolos conforme a las *consecuencias* de la nueva psiquiatría científica, y tratándolos como si fueran enfermos».

Sustituid la palabra *locos* por la de *delincuentes*, la de *psiquiatría* con la de *justicia penal*, y el expediente ecléctico aparecerá en toda su belleza (1).

Además del error evidente, existe una ilusión en este respecto empírico para el prejuicio tradicional: cuya ilusión consiste en creer que se favorecerá así «la eficacia social del derecho penal» (Franck), o que se da «a la sociología criminal el fundamento de la justicia» (Saleilles).

¿Cómo podrá ser eficaz una función social, si se la da por brújula, no la verdad científica sobre la génesis natural y en consecuencia sobre los remedios eficaces del delito, sino el prejuicio empírico? ¿No estamos ya suficientemente instruidos por la experiencia de los siglos de la ineficacia, tan sangrienta como estéril, de la justicia penal fundada en la idea de la reparación o de la expiación de las faltas? Equivaldría esto a decir que la medicina moderna quería aumentar la eficacia de sus métodos conservando el prejuicio popular con relación a las enfermedades epidémicas, progreso que sólo los descubri-

(1) Véase en el mismo sentido Drill, *Les fondements de la responsabilité pénale*, en las *Actes du Cong. anthr. crim.*, Ginebra, 1897, p. 67.

mientos de Pasteur acerca de los microbios patógenos, han hecho posible, fundándole sobre datos científicos.

Y en cuanto a la justicia, que debiera templar las conclusiones de la sociología criminal, será preciso preguntar siempre como ya se ha hecho (1): ¿cuáles son por tanto estas «exigencias de la idea de justicia»? ¿Qué es lo que es justo y qué no lo es? ¿Quién puede medir la responsabilidad subjetiva del delincuente, para oponer a ella como reparación una pena justa y proporcionada?

Repitamos, pues, de nuevo, que la única solución del problema está en abandonar valerosamente todo prejuicio, desde el momento en que el error ha sido demostrado, y persuadirse de que la opinión pública concluye siempre por acomodarse y someterse a las verdades científicas. Esto es lo que hizo respecto de los locos después de Pinel, esto es lo que hará para los delincuentes.

59.—Estas son las teorías eclécticas de la responsabilidad que se alejan menos que las otras de la teoría clásica pura, puesto que vuelven todas a afirmar, bajo una forma en que la fantasía toma alguna parte, presentándola, cierto es, como relativa, limitándola, disfrazándola, esta libertad moral o volitiva, que, en la ciencia tradicional y en el sentido común, constituye precisamente la condición y medida más característica y esenciales de la responsabilidad moral y penal.

Mas el homenaje inevitable a las nuevas demostraciones científicas de la fisio-psicología ha tomado una forma un poco más radical, sobre todo entre los criminalistas alemanes, en la teoría ecléctica con la cual se ha creído evitar la dificultad, excluyendo sin cuidado uno de los dos pilares tradicionales de la responsabilidad moral, la libre voluntad, para no conservar más que uno solo, el menos incierto y el menos combatido, la inteligencia.

Es una teoría que, cuando se ha negado el libre albedrío o reconocido que es muy discutible, se presenta por sí misma, y es la siguiente: Si el hombre es responsable porque es «inteli-

(1) En el *Año sociológico*, París, F. Alcán, 1899, II, 364.

gente y libre», al suponer que no sea libre, nos concederéis por lo menos que deberá ser responsable a causa de ser, y en tanto que sea, inteligente.

Es la teoría intelectualista, ya indicada por Spinoza, después por Schopenhauer, repetida recientemente por Schinz (1), que yo mismo adopté en la segunda parte de mi libro «Teoría de la imputabilidad y negación del libre albedrío», que yo abandoné inmediatamente (salvo el criterio de los motivos determinantes de la acción) y que, sin embargo, cierto crítico ha continuado combatiendo como definitiva expresión de mi pensamiento (2).

Las condiciones de la inteligencia, de la razón o de la conciencia; en la medida en que el hombre conoce las relaciones de las cosas y las consecuencias materiales, sociales y legales de sus propios actos, ciertamente no pueden ser desdeñadas ni por el legislador, ni por el Juez, ni por el sociólogo criminalista. Pero el equívoco de esta teoría consiste, ante todo, en lo que sigue: que las condiciones intelectuales (y psicológicas en general) del delincuente, pueden y deben ser uno de los criterios de la responsabilidad penal, pero no su razón de ser. Que el delincuente tenga una inteligencia casi normal o que, por el contrario, su razón o su conciencia estén obscurecidas, desviadas o sofocadas por condiciones fisiológicas (como la juventud o la embriaguez), o patológicas (la locura, el sonambulismo, etc.), seguramente no tiene una gran importancia para aplicar al agente por quien el acto ha sido realizado en condiciones especiales, la forma más conveniente de reacción social defensiva.

Si el homicida, el ladrón o el incendiario, están afectados por una forma clínica de locura (admitiendo la igualdad en las condiciones materiales del acto y en el daño causado), es preciso seguramente reaccionar contra él de una manera completamente distinta que si se tratara de un delincuente por ten-

(1) Schinz, *Morale et déterminisme*, en la *Revue philos.*, Enero 1895.

(2) Gabelli, *La nuova scuola di diritto penale in Italia*, en la *Nuova antologia*, 16 de Agosto 1885; véase Lombroso, Ferri, Garófalo, Fioretti, *Polemica in difesa della scuola criminale positiva*, Bolonia, 1885, pág. 83 y siguiente.

dencia congénita, menor o adulto, o que si hubiera sido arrastrado al delito por un delirio alcohólico, agudo o crónico, o llevado a él por una pasión más o menos social y excusable.

Estas condiciones intelectuales no tienen la menor relación con la razón misma de la responsabilidad intelectual; porque cualesquiera que ellas puedan ser, ya sean normales o anormales, el individuo es siempre responsable a la sociedad de los delitos que ha cometido (1).

Si, por el contrario, se quiere hacer de estas condiciones intelectuales no solamente un *criterio de adaptación* de la reacción social defensiva, o una medida de la responsabilidad (como dice la doctrina tradicional que, por esta razón llega a soluciones por completo diferentes de aquellas que nosotros adoptamos en los casos de extrema juventud, embriaguez, etc., y con frecuencia contrarias a las nuestras) sino también la *condición esencial* de la responsabilidad penal derivando de la responsabilidad moral, se entra entonces de nuevo en la teoría clásica pura y, en consecuencia, en el absurdo psicológico y en el peligro social que le son inseparables.

Pero, además de este equívoco fundamental, existen otros que están contenidos en esta teoría ecléctica de la responsabilidad.

¿Qué se entiende, en efecto, por esta «libertad de la inteligencia», en la que se ve la condición de la responsabilidad moral y penal?

¿Se entiende esta palabra «libertad», como ha creído deber hacerlo cierto ecléctico italiano copiando la teoría alemana, en el sentido de independencia con relación a las causas internas y externas que determinan al hombre a obrar? En este caso no se hace evidentemente más que transportar la idea de libertad desde la voluntad a la inteligencia, y el absurdo es todavía más extraordinario; porque los defensores, aun los más ortodoxos, de la libre voluntad, han reconocido siempre

(1) Este equívoco es quizá la razón por la cual Puglia mismo (*Studi critici di diritto criminale*, Nápoles, 1885, pág. 83), que es, sin embargo, uno de los primeros defensores de la escuela positivista, indicaba vagamente en la "determinación inteligente" o "libertad psíquica" (diferente de la libre voluntad) el principio de la imputabilidad y de la responsabilidad.

que la inteligencia no puede ser «libre» en el sentido anti-determinista, en consideración a que las leyes de la lógica son necesarias e inexorables. Dadas dos premisas de un silogismo, la inteligencia no puede ser «libre» de llegar a una conclusión diferente que aquella que se desprende por una necesidad lógica.

¿Se habrá de entender por libertad, como yo expliqué en la «teoría de la imputabilidad», y como exponen los criminalistas alemanes, la normalidad e integridad de la inteligencia? En tal caso esta concepción sería en sí misma exacta y positiva; pero oculta, en la teoría ecléctica de que yo me ocupo, otro equívoco.

El art. 51 del Código penal alemán, dice: «No es punible una acción cuando su autor, en el momento de cometerla, se encuentre privado de conocimiento o en un estado de alteración enfermiza de las facultades mentales, *que excluya la libre determinación de su voluntad.*»

Es decir, que el libre albedrío, que se dejaba de la parte de fuera de la voluntad, vuelve a entrar por la puerta de la inteligencia, puesto que la libertad, normalidad o integridad del entendimiento es requerida en cuanto indica e implica «la libre determinación de la voluntad». Berner, que es uno de los más autorizados representantes de esta teoría ecléctica de la imputabilidad, dice terminantemente que «para que pueda existir la imputabilidad, o sea responsabilidad penal, son necesarias las siguientes cosas: conciencia de sí mismo, conciencia del mundo exterior, conciencia desarrollada del deber. En estas condiciones de la *inteligencia está ya comprendida la libertad íntima*, y por esta razón es inútil agregarla como otra condición más de las necesarias en la imputabilidad» (1).

De un modo menos explícito, entre los autores más recientes, Liszt (quien, sin embargo, como diré en seguida, ha modificado después su pensamiento), hacía esta declaración: «Lo

(1) Berner, *Tratato di diritto penale*, traducción italiana, Milán, 1887, párrafo 76. Es precisamente lo contrario de lo que decía Zuppetta (*Corso di diritto penale comparato*, Nápoles, 1871, II, 233), según el cual el elemento esencial del delito es «la libertad del que le comete», comprendiendo en esta libertad también la de la inteligencia.

que presupone la responsabilidad penal, lo que es, por consiguiente, la condición de la imputabilidad, no es una *libertad de la voluntad* sustraída a la ley de causalidad, sino solamente la facultad de que la voluntad se determine conforme a la ley, en general por medio de las ideas, y en particular por medio de las nociones de religión, de moral, de derecho, de prudencia, que regulan nuestra conducta. Sólo en esta facultad de determinación encuentra el derecho penal su base sólida, apartada de las luchas de los filósofos» (1).

Esto significa, ahora y siempre, que la inteligencia se toma como elemento director de la voluntad, y con este título sólo como criterio y condición de responsabilidad moral y penal. En efecto (volviendo la mirada a los antiguos criminalistas alemanes), Kleinschrod, después de haber dicho que «la acción para ser plenamente punible debe estar cometida *con el uso de la razón*», añade inmediatamente: «porque sin uso de razón, no se puede concebir *elección* alguna». Verdad es que a continuación dice también «que no entiende por uso de razón la energía de la voluntad y la *libertad dei spiritu en el sentido completo de la expresión* («libertad volitiva sustraída a la ley de causalidad», repite Liszt después de él), sino un cierto grado de razón para que se pueda escoger» (he aquí esta brizna de libertad, sin la que no se podría pasar). Pero también es verdad que, en otro pasaje de su obra, el propio autor, expresándose mejor, a propósito de los delitos no premeditados, asunto espinoso para los partidarios de la responsabilidad moral, decía que las condiciones de la punibilidad son dos: primero, es preciso que el acto esté fundado en la voluntad del agente y *que le haya sido posible psicológicamente a éste no cometerle*; segundo, que el agente tenga conciencia de la ley penal (2).

Además de estos dos equívocos (confusión entre libertad y

(1) Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 4.ª edición, Berlín, 1891, pág. 160.

(2) Kleinschrod, *Dottrina dell'imputazione dei delitti*, en los *Scritti germanici di diritto criminale*, Nápoles, 1846, I, 16, y *L'essenza e la punizione dei delitti colposi*, ibídem, I, 85.—Véase, con relación especialmente a la noción de fraude o dolo, Franck, *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, en la *Zeitsch. f. gesammte Strafrechtsw.*, 1890, X, 2.

normalidad de la inteligencia, e inteligencia considerada como condición de libre determinación volitiva), se pueden oponer otras dificultades a esta teoría ecléctica.

Primeramente, como dice Poletti (1), la idea del delito o de un delito determinado es la misma en la conciencia y en la inteligencia de un hombre honrado que se abstiene de cometerle y en la de un malhechor que lo realiza. La diferencia entre el uno y el otro consiste en que tal idea repugna al sentido moral del hombre honrado, y, por lo tanto, no tiene en él la fuerza impulsiva necesaria para traducirse en acción, o encuentra otras energías inhibitorias que impiden su ejecución; y en el delincuente, no levantando una repugnancia semejante y no encontrando en su cerebro igual resistencia, la idea del delito alcanza su realización muscular y exterior (2). No es, pues, una diferencia de inteligencia lo que determina en un caso la no ejecución del delito, y en el otro su consumación y la responsabilidad penal consiguiente.

Todavía hay algo más; aun entre muchos locos (no ya en los furiosos o delirantes «a gran orquesta», que son los únicos que pueblan la imaginación de los criminalistas clásicos, sino entre los locos, bastante más numerosos, en quienes la conciencia no está suprimida) la idea del delito, por ejemplo, del homicidio y del robo, es la misma que en el delincuente que no está loco: pueden tener conciencia de que cometen una acción prohibida, y sin embargo, según esta teoría ecléctica, no serían responsables (3).

(1) Poletti, *La persona giuridica nella scienza del diritto penale*, Udine, 1886.

(2) Véase, sobre este carácter psicológico fundamental en el delincuente, mi *Omicidio*, Turín, 1895, pág. 528 y siguientes.

(3) Conti, *Della imputabilità* (en el *Tratatto di diritto penale*, del Cogliolo, Milán, 1890, fasc. 65, pág. 19), dice: "Para nosotros, todo hombre que vive en sociedad, que medita y realiza un acto contrario a la ley, encontrándose en condiciones psíquicas e intelectuales normales, es responsable de él."

Y Vida, *De la imputabilidad* (en la *Revista de antropología criminal*, Febrero 1889, pág. 82): "Para considerar una acción como imputable le basta al derecho penal que haya sido ejecutada con conciencia y reflexión por un hombre que sabía lo que hacía."

Y Laurent (*Les habitués des prisons de Paris*, Lyon, 1890, pág. 600): "Para ser responsable el delincuente no tiene necesidad de comprender

Pero, precisamente, ¿cómo se establece en la práctica cuándo la inteligencia es normal y cuándo no lo es? Las circunstancias tradicionales y en cierto modo reglamentarias de la edad demasiado temprana, la locura, el sueño, la embriaguez, la sordomudez congénita, ¿son por sí solas las que privan al hombre de su inteligencia normal? Y el defecto de instrucción y de educación, la *rusticidad* que, para el sentido práctico de los romanos, bastaba a la exención del procesado de la absurda suposición, según la cual, todos conocen la ley, ¿cómo será calculado en la apreciación de la responsabilidad? Las vagas circunstancias atenuantes que hay costumbre de admitir, no son, en este caso también, más que un expediente anticientífico para atenuar el contraste enérgico entre la responsabilidad moral y el estado de la inteligencia no patológica, pero tampoco normal, de muchos delincuentes.

Por último, no insistimos en que esta teoría vuelve aun a la vieja psicología cartesiana y rosminjiana de las facultades del espíritu separadas unas de otras, y, por lo tanto, de la inteligencia separada de la voluntad. Pero siempre queda como objeción incontestable dirigida a todas las teorías eclécticas, que la responsabilidad, y en su virtud la defensa social, se desvanece o disminuye cuando es más necesaria, o sea en el caso de los delincuentes que están provistos de una inteligencia normal, por lo tanto más peligrosa.

60.—Una vez arrumbados ya los dos elementos tradicionales de la responsabilidad, libertad e inteligencia, corregidos, recortados, reducidos al *mínimum* por diversas teorías eclécticas, que, sin embargo, se apoyan siempre sobre uno de ambos, vemos ahora presentarse ante nosotros otras teorías, eclécticas también, que yo llamaría esporádicas, porque pululan de un lado a otro, concebidas por la imaginación de un pensador (?) que no se fija en que una vez suprimida la vieja idea de la responsabilidad moral, no existe más camino seguro y positivo que atenerse a la idea de responsabilidad social, y que busca a

lo que es malo; es suficiente que sea bastante inteligente para establecer la distinción entre lo que está permitido y lo prohibido por las leyes de su país."

tientas criterios más o menos ingeniosos, pero incapaces de satisfacer a las necesidades teóricas y prácticas de una doctrina de la defensa social contra el delito.

Sobre todo en la redacción de los Códigos penales se ha presentado por sí mismo otro expediente para evitar las dificultades, cada vez mayores, respecto de la libre voluntad considerada como fundamento de la responsabilidad moral y penal. Se ha dicho de este modo: El libre arbitrio, la libertad, pueden ser negadas; pero en todo caso, la *voluntad* subsiste (con o sin libertad) y por ello el hombre es responsable material y moralmente de los delitos que ha cometido, puesto que son precisamente la manifestación exterior y el efecto de esta voluntad, que a su vez representa lo que hay de más íntimo y de más personal en el individuo que acciona. Lo más cómodo que existe aquí es que pronunciando solamente la palabra *voluntad*, no se disgusta ni a los unos ni a los otros; porque aquel que niega el libre albedrío como cualidad inherente a la voluntad, no niega, sin embargo, la voluntad misma, en tanto que es determinada por las condiciones internas y externas; y aquél que, por el contrario, cree en el libre arbitrio, puede también sentirse satisfecho de la sola palabra *voluntad*, precisamente porque piensa que la libertad es una cualidad inseparable de la voluntad, como la gravedad de la materia.

Desde el primer «Proyecto de Código penal del Reino de Italia», que data de hace cerca de un siglo (1806-1808), observo que la responsabilidad moral había sido fundada explícitamente sobre la intervención exclusiva de la *voluntad*.

Lo mismo acontece con el Código en vigor entre nosotros desde 1889, con el español de 1870 y el austriaco de 1852, que, no obstante (como el de Zurich), habla en el art. 1.º de perversidad de intención (directa o indirecta), más que de *voluntariedad*.

El Código de Zurich y el húngaro, citados con equivocación como precedentes legislativos por el legislador italiano, no hablan, en efecto, ni de voluntad ni de voluntariedad, sino solamente de dolo y de falta, y en seguida diré cuán diferente es esto.

El proyecto de Código penal ruso (1883), el proyecto suizo

(redactado por Stooss y modificado por una Comisión especial) y el Código búlgaro (1896), señalan la voluntad como condición de la punibilidad.

No existen, a mi entender, otros códigos que contengan disposición preliminar sobre la *imputabilidad* o punibilidad; lejos de ello, todos comienzan por determinar la condición general de *no imputabilidad* o no punibilidad, por alguna de estas famosas fórmulas: «debilidad de espíritu», «privación de inteligencia», «alteración enfermiza de las facultades mentales», «inconsciencia», «falta de conciencia» (en el delincuente) de sus propios actos o del delito que comete, «falta de libertad» o en los actos o en la determinación, «fuerza irresistible», exterior o interior, etc., etc., que han por sí solas fustigado varias generaciones de redactores de Códigos, condenándoles a un trabajo estéril y lamentable de fórmulas y de logomaquias, y que también por sí solas demuestran, en su variedad caleidoscópica, la inestabilidad lógica y la inconsistencia científica de la teoría clásica de la responsabilidad moral, siempre fundada y medida en la libertad y en la inteligencia, y siempre desmentida por los datos de la psicología y de la psicopatología criminal.

Veamos qué es lo que vale esta *voluntariedad* tan cómoda para los eclécticos, por medio de la cual los legisladores de tantas naciones diferentes han tratado de evitar el escollo del libre albedrío de otro tiempo.

Con esta *voluntariedad* se admite siempre que la responsabilidad *moral* es la condición y la medida de la responsabilidad penal: por lo tanto, no se evitan ni los absurdos ni los peligros que he señalado ya en las otras teorías eclécticas; lejos de ello, se añaden otros muy especiales.

El criterio de la *voluntariedad* como fundamento de la responsabilidad moral es un error desde el punto de vista psicológico y jurídico, de igual manera que es en lo práctico, equívoco y poco seguro.

El elemento psicológico del delito (que naturalmente tiene también su valor en la teoría de la responsabilidad *social*, como diré en los párrafos VI y VIII, para determinar las condiciones del *acto* y del *agente* a los cuales debe aplicarse la reacción co-

rrespondiente de la sociedad), no está constituido por la *voluntariedad* sola; comprende además la *intención* y el *fin*.

La *voluntariedad* se refiere al acto en sí: la explosión del fusil ha sido querida o accidental; tal palabra en un artículo de periódico ha sido escrita y pensada, o sólo es un error tipográfico, y así otros.

La *intención* se refiere al motivo por el cual se ha querido el acto: ¿se ha disparado un fusil para matar, o para herir, o para atemorizar, o sólo por hacer ruido?—¿Se ha escrito tal palabra injuriosa para vilipendiar a alguno, o para revelar la verdad?

El *fin* se relaciona con el efecto que, *queriendo* uno realizar tal acto con tal *intención*, se propone obtener. Se ha tirado un balazo para matar, ¿pero se perseguía el fin de vengar un ultraje, de usurpar una herencia, de robar, o de defenderse? Se ha difamado para revelar la verdad; ¿pero se acariciaba el propósito egoísta, por ejemplo, de eliminar un concurrente, de herir a un tercero o de hacer un *reclamo*? ¿O se proponía ser útil a la sociedad, atrayendo la censura pública sobre los canallas que estafan la reputación de las gentes honradas?

Para que haya responsabilidad penal son necesarios estos tres elementos: no basta con que el acto haya sido *querido*, precisa también que haya tenido *intención de perjudicar* el derecho de otro junto con *un fin antisocial y antijurídico* (1).

Es lo que ciertos juristas y legisladores expresan de una manera menos completa y clara, diciendo que el elemento psicológico del delito está constituido por el *dolo* o la *perversidad de la intención*, o por la *malicia*; o también estableciendo la regla de que es preciso además del dolo general, un *dolo específico*.

Es, pues, un error psicológico decir que la acción es punible porque es *voluntaria*. A menudo el Código (por ejemplo, en la difamación, en el encubrimiento, el abandono de niños,

(1) Solamente por este análisis del elemento psicológico del delito se puede construir una doctrina científica del *dolo*. Por esto, cuando Garçon (*Proyecto de Código penal ruso*, en la *Revue pénit.*, 1896, pág. 710) decía que "la teoría de la intención en el derecho criminal está todavía por hacer", tenía razón si pensaba en la escuela clásica; pero era menos exacto si creía hablar también de la escuela positivista.

la ayuda prestada al suicida) castiga el hecho solo, suponiendo que sea *voluntario*, sin considerar la intención del agente ni el fin que se propusiera. Hay en ello injusticia e imprevisión, porque si importa castigar al que comete una difamación por malevolencia y con un fin antisocial, al encubridor que busca un provecho deshonesto o quiere insultar a la autoridad, a la persona que abandona a un niño para hacerle morir o desaparecer, al que excita o ayuda a otro para usurpar una herencia o ejercer una venganza, etc.; no se debe castigar, en cambio, al difamador que dice la verdad por prestar un servicio público; al encubridor que obedece a un sentimiento de piedad o al deseo tal vez de facilitar el descubrimiento o la prueba de un delito; a la persona que abandona un niño porque se encuentra estrechada por la miseria, y de tal suerte que otras (sea particulares o autoridad) tomen a su cuidado al expósito; al que contribuye al suicidio de alguno bajo el solo impulso de la piedad y de la humanidad.

Unos y otros ejecutan un acto *voluntario*, pero con intenciones y fines tan diferentes, que en algún caso el carácter de la acción es antisocial y antijurídico, y en otro no; debiendo dicha acción determinar la reacción defensiva de la sociedad en el primer supuesto y no en el segundo.

Esta pretendida *voluntariedad* es también un error jurídico. ¿Con qué título, entonces, castigaréis aquellos delitos de omisión en los cuales no se puede sostener que la negligencia y el olvido tengan alguna parte de voluntarios?

Pero, además, creo que no se puede sostener, ni aun en los casos de acción positiva, que la falta constituya un defecto de voluntad mejor que de inteligencia.

Se sabe que la escuela clásica, que funda la responsabilidad moral y penal en la voluntad inteligente y libre del individuo, ha encontrado siempre un obstáculo en la justificación de la punibilidad de los delitos no premeditados e involuntarios. Se ha pensado en la sospecha del dolo (Carmignani), en la punibilidad por excepción (Mori), por corrección, etc., pero la verdadera razón es la que dió Carrara: «la necesidad social»; y esta razón positiva está en armonía con nuestra concepción

de la responsabilidad social, mas no con la teoría clásica de la libertad moral.

Nosotros decimos, en efecto, y esto es para nosotros bastante natural, que los actos no premeditados son castigados (salvo la forma particular que haya de darse a la sanción social), exactamente lo mismo que cualquier otro delito, por la exclusiva razón de ser antisociales, independientemente de la responsabilidad moral (por voluntad libre o por inteligencia anormal) del agente.

Por lo tanto, teniendo en cuenta los absurdos todos y los peligros que le son comunes con las demás teorías y fórmulas eclécticas, y en razón también de los errores psicológicos y jurídicos fundamentales que le son propios, esta teoría ecléctica de la voluntariedad demuestra una vez más que es preciso decidirse entre el libre arbitrio y el determinismo, escogiendo entre la responsabilidad moral y la responsabilidad social. De otro modo, el pensamiento del legislador, quedando indeciso y vago en los limbos de un eclecticismo estéril, quizá nos suministra un indicio reconfortante de las transiciones inevitables que preparan el triunfo de las teorías positivas; pero despoja a la justicia penal práctica de toda claridad, de toda precisión, y no le deja ninguno de aquellos criterios seguros que permiten por sí solos a la ley descender con una previsión bienhechora del dominio de las abstracciones teóricas a la realidad viviente y palpitante de las acciones humanas.

61.—Otra teoría ecléctica, destinada a conciliar los nuevos datos de la fisio-psicología científica con la antigua responsabilidad moral del delincuente, ha sido sostenida por Dubuisson y copiada por Impallomeni (1), y después por varios otros criminalistas eclécticos.

Dubuisson, que es un médico y no un jurista, dice: «El hombre es responsable de sus actos, aunque haya recibido por herencia disposiciones intelectuales y morales que le impulsen necesariamente en un determinado sentido... porque el hombre,

(1) Dubuisson, *Théorie de la responsabilité*, en los *Archives d'Anthrop. crim.*, 15 Enero 1888.

haya nacido perverso o haya sido pervertido por una educación viciosa, no es *por este solo hecho* arrastrado al mal *sin resistencia posible*, y por lo tanto, no es irresponsable... Por mal dotado que esté, sólo es una variedad más o menos desgraciada de la especie, y sus *funciones intelectuales y morales se ejercen, no obstante, de un modo normal...* (!). Es verdad que ciertos individuos, los idiotas, por ejemplo, nacen por desgracia bastante medianamente dotados, bajo el punto de vista intelectual, para poder ni aun elevarse a la noción del bien y del mal. Pero todos los perversos no son idiotas, y es un error creer que porque un hombre esté mal constituido moralmente, o sea con relación a las tendencias, le sea imposible tener una concepción hasta cierto punto precisa de lo que es moral o inmoral, lícito o ilícito. Una cosa es distinguir el bien del mal, operación completamente intelectual, y otra cosa sentirse impulsado hacia el mal o hacia el bien, fenómeno puramente moral. El mismo individuo puede, pues, comprender lo que es bueno y a pesar de ello hacer el mal... Se trata ahora de demostrar que este hombre que no nació felizmente dotado, a quien el medio y la educación han podido pervertir todavía más, no se encuentra en la imposibilidad de resistir a sus tendencias y puede, en consecuencia, ser tenido como responsable... Estamos, pues, en presencia de un individuo moralmente incapaz de bastarse a sí mismo, de un individuo rebelde a todas las sugerencias de un orden superior. ¿Qué le resta para neutralizar las tendencias malvadas que dominan su cerebro? Nada, fuera de estas tendencias mismas, y esto sería ciertamente muy poca cosa, si la represión penal no existiera. Ella es la que acude en ayuda de este desgraciado. La avaricia, la pasión sexual, el instinto de destrucción quieren ser satisfechos; pero la *inteligencia* muestra a este hombre que semejantes satisfacciones producirían el resultado de atacar su patrimonio, su libertad, su vida, es decir, los instintos mismos que arde en deseos de satisfacer; y entonces acontece, *supuesto, entiéndase bien, que la intimidación sea suficiente*, que las malas tendencias, ejerciéndose en dos sentidos contrarios, se equilibran a sí mismas y se encuentran como neutralizadas.

«El hombre, dicen los fatalistas, no debe ser castigado, por-

que es incapaz de resistir a sus tendencias. Y nosotros decimos: el hombre es capaz de resistir a sus tendencias porque puede ser castigado, porque existe una penalidad. Sin ésta, es decir, sin intimidación, el ser perverso no encontraría socorro alguno contra su perversidad, y no podría hacer otra cosa que obedecerla... Por esta razón, he establecido como regla general, sin preocuparme de las excepciones (que están comprendidas en la enajenación mental), que *siendo todos los hombres intimidables, deben ser considerados como responsables de sus actos*» (1).

No es preciso detenerse extensamente para demostrar la inanidad de esta nueva tentativa ecléctica.

Que la pena, como decía Beccaria (2), sea «un motivo sensible opuesto al delito», y que por lo tanto, como sostenía Feuerbach, «la coacción psicológica» sea una de las razones y uno de los oficios de la pena, es evidente, y hasta es la sola concepción que puede conciliarse con el determinismo psicológico, no con la hipótesis del libre albedrío. El poder de dirigir al hombre por medio de las leyes penales, de que habla también Carnignani, llega a ser algo sin sentido cuando, al admitir el libre albedrío, se le reduce a una posibilidad aleatoria. Como ha afirmado Clemence Royer en el segundo Congreso de Antropología criminal, «cualquiera que sea la forma que haya tomado bajo la influencia de las creencias falsas y de los extravíos de la imaginación humana, la pena jurídica no puede tener otro fin que cambiar la resultante de los motivos de acción; de suerte que, en la mayor parte de los casos, si no en todos, el temor de la pena modifica en el individuo inclinado a cometer un acto dañoso, el sentido de esta resultante, atribuyéndola un signo negativo en vez de un signo positivo» (3).

Pero otra cosa es decir (como yo mismo he dicho en varias ocasiones en este libro) que uno de los oficios o de las funciones de la pena decretada por el legislador, aplicada por el

(1) Dubuisson, *Théorie de la responsabilité*, en los *Archives d'Anthrop. crim.*, 15 Enero 1888.

(2) Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, § II.

(3) *Actas del segundo Congreso de Antropología criminal*, París, 1890, pág. 360.

Juez y ejecutada por el poder administrativo, es también (en los límites de la levisísima eficacia real de la pena) la coacción psicológica o, como decía Romagnosi, la contraimpulsión a la impulsión criminal; y otra cosa muy distinta sostener, con Dubuissou, que la intimidabilidad del hombre es el fundamento de su responsabilidad moral y penal.

Mas, en principio, si un hombre comete un delito, precisamente es porque no ha sido intimidado y porque, en las condiciones precisas en que se encontraba al obrar, no podía ser intimidado por la pena.

De modo que la consecuencia lógica de esta teoría sería que no existirían otros hombres responsables que los que no cometen delitos.

Aun dejando a un lado todo lo que hay de psicológicamente falso y de ilógico en admitir de buenas a primeras que el hombre está, en todos sus actos, sometido al determinismo de la herencia y del medio, y en creer, a pesar de esto, que es capaz de resistir a esta misma determinación de la herencia y del medio cuando va a cometer un delito; aun olvidando todo cuanto he dicho en el capítulo segundo acerca de la psicología de la pena; aun no haciendo notar más que de ordinario esta teoría, que considera un tipo abstracto de delincuente, y olvida o ignora que entre todos los delincuentes, más o menos, pero en todas sus categorías, se encuentra una imprevisión excepcional; es siempre una singular candidez afirmar que «las tendencias malvadas, ejerciéndose en sentidos contrarios, se equilibran a sí mismas, *supuesto que la intimidación sea suficiente*». ¿No se conocen delincuentes a quienes la amenaza de la misma pena de muerte no basta para impedirles cometer un delito? Esto ocurre justamente porque la intimidación es suficiente... para aquellos que no cometen delitos, y entonces éstos sólo, vuelvo a repetir, serían responsables.

Sin duda la teoría de la coacción psicológica ofrecida como razón del derecho *social* de castigar puede responder con precisión, según afirma Bauer, a esta objeción: «No existe clase ninguna de leyes que realice su objeto plenamente y en toda su extensión; pero esto no puede querer decir que la legislación entera sea una institución que no corresponda

a su objeto. La supresión completa de los delitos, es una perfección ideal que no es permitido alcanzar. Esto prueba, pues, solamente que la ley penal también participa de esta imperfección, propia de todas las instituciones humanas. Mas la amenaza penal no deja por ello de ser un medio eficaz en la mayor parte de los casos, y en su virtud responde al fin que se propone. Así como un médico no se abstendrá de emplear un medicamento al que con frecuencia se ha reconocido efecto saludable, aun cuando en ciertos casos resulte ineficaz, así también el legislador no ha de dejar de conminar con penas las acciones ilícitas, a pesar de que la experiencia le haya enseñado que estas amenazas no son suficientes para prevenir todas las transgresiones» (1).

Pero cuando la intimidación, en lugar de ser dada como oficio de la función social de defensa (lo que, sin embargo, no admitimos, porque en la clínica preservativa del delito, la intimidación es más bien uno de los efectos de los medios empleados, como lo es en las casas de locos, pero no puede ser ni el fin ni la razón justificativa de la función misma), se nos presenta como fundamento de la responsabilidad *individual*, entonces evidentemente todos los casos *individuales* en que se comete el delito—en cuanto el delincuente, en las circunstancias interiores y exteriores en que se encontraba al obrar, no era intimidable—debieran ser otros tantos casos de irresponsabilidad. Es como cuando, a propósito del suicidio, se razona de una manera abstracta sobre el instinto de conservación; mientras que precisamente, si este instinto existe entre los que no se suicidan, no puede existir, en el momento del suicidio, en la víctima de él.

Y viceversa, una multitud de individuos que, según Dubuisson y sus copistas, debieran ser irresponsables (por enajenación mental), serán, por el contrario, según su teoría, verdaderamente responsables.

Es sabido, en efecto, que la mayor parte de los locos pueden ser dirigidos e intimidados por los mismos móviles psico-

(1) Bauer, *Tentativo di una rettificazione della teoria della coazione psicologica*, en los *Scritti germanici*, de Mori, Nápoles, 1846, II, 9.

lógicos de recompensas y de penas que sirven para los hombres cuyo espíritu está sano (1).

A pesar de esto, aun entre los locos hay hombres honrados y criminales, según que su enfermedad ataque o respete el sentido social; y en las casas en que se les somete a tratamiento he observado siempre que, por ejemplo, los locos homicidas presentan los caracteres salientes de la fisonomía del homicida (maxilares enormes, ojos vidriosos, labios delgados), como los homicidas natos y no locos. Se ha observado también que los locos criminales tienen de las penas idea distinta que los locos no criminales, y que esta idea es en cambio la misma que tienen los criminales natos.

En todo caso la vida regular, tranquila y laboriosa de los manicomios (2) (salvo las raras excepciones de los locos agitados o furiosos), es la demostración cotidiana de que la mayor parte de los locos pueden ser intimidados y disciplinados por la amenaza de los castigos. Esto lo hacía muy bien notar recientemente, entre otros, el alienista De Mattos: «Cuando un individuo cesa de ejecutar, porque teme un castigo, un acto al que se siente inclinado, o llevado por el deseo de una recom-

(1) La figura fantástica del loco que, por el contrario, tienen en la imaginación los profanos en psiquiatría, criminalistas o no, cuando hablan de delinquentes locos, es siempre la que el gran criminalista Nicolini describía en estos términos: «La locura de que habla la ley es la que obscurece completamente la razón, hace desaparecer el recuerdo de las sensaciones pasadas, *de suerte que por virtud de ella todo conocimiento de las relaciones naturales entre las cosas desaparece también*; es aquella por la cual las impresiones presentes llegan a ser espontáneamente reacciones orgánicas mejor que sensaciones; es aquella, en fin, que, o bien quita por completo al hombre la conciencia de conocer o de sentir y de ser el mismo que siempre ha sido y no otro, o bien *si deja subsistir algún resplandor de esta conciencia, relaja y desata el lazo entre las ideas* a tal punto, que el hombre no se comprende ni se reconoce a sí mismo.»—Véase también Maiorfi, *Concetto scientifico é volgare della pazzia*, Florencia, 1883.

A causa de esto aquel lord inglés de que nos habla Maudsley, al salir de una casa de locos que acababa de visitar, preguntaba dónde estaban los locos. La opinión común (y muchos criminalistas no saben de ello nada más) se representa al loco como un ser fuera por completo de la humanidad (otro tanto hace de otra parte, con respecto al criminal nato), y por esto, en los tribunales, en los manicomios y en las prisiones, cuando ven que los locos y los criminales se parecen mucho a la humanidad normal, y que sus anomalías no son en la mayor parte de los casos, tan visibles como si ellos tuvieran dos cabezas o tres ojos, los profanos más o menos instruidos se quedan absortos y proyectan sobre las teorías de la escuela positiva la obscuridad y los errores que sólo existen en su propio cerebro.

(2) Saccozzi, *L'idea della pena nei pazzi criminali*, en la *Riv. Carc.*, año 1898.

pensa, ejecuta un acto al cual sin tal estimulante habría intentado sustraerse, es responsable. En este sentido los alienados son responsables; porque la experiencia diaria prueba que pueden modificar sus acciones en presencia de un castigo o de una recompensa. Las advertencias más o menos severas, la reclusión celular, la privación de horas de recreo y un aumento de trabajo, de una parte; de otra los elogios, los testimonios de afecto, el aumento de salario, la concesión de una libertad cada vez mayor, son los medios disciplinarios que se emplean actualmente con éxito para dirigir a ciertos alienados. En algunas casas se ha llegado, y creo que en ello se ha encontrado utilidad, hasta ofrecer a los dementes un tanto por ciento sobre el producto de su trabajo.

«Otra demostración de la existencia de la responsabilidad moral entre ciertos locos se encuentra en el hecho, de todos conocido, de que intenten a menudo ocultar su delirio (idea fija) para obtener la libertad. Como comprenden que se les retiene en aquella prisión que les es odiosa, porque dejan ver ideas y realizan actos insensatos, estos alienados ocultan cuidadosamente y con una sagacidad rara toda manifestación de demencia. El ojo experto que se precisa poseer para reconocer a aquellos que simulan la locura, no es menos necesario para distinguir a los que simulan la razón» (1).

De suerte que la consecuencia lógica de esta teoría ecléctica sería la siguiente: puesto que la mayor parte de los locos son intimidables, los locos mismos son moralmente responsables. Que es precisamente lo contrario de lo que tratan de establecer Dubuisson y los demás, que intentan distinguir los delincuentes responsables de los que son irresponsables por causa de alienación mental (2).

(1) De Mattos, *La pazzia*, traducción italiana, Turín, 1890, pág. 127; véase también Beard Elwel, Seguin, Jewell, Jolsoom, *The moral responsibility of the insane*, en la *North American Review*, Enero 1882, Mercier, *Sanity and insanity*, Londres, 1890, cap. IV; Jelgersma, *L'origine pathol. des caract. du criminel né*, en las *Actas du Congrès anthr. criminal*, Bruselas, 1893, pág. 33.

(2) Esta idea de la intimidabilidad como razón de imputabilidad estaba ya, como he dicho, implícitamente contenida en las teorías de Carmignani (dirigibilidad de las acciones humanas), de Feuerbach (coacción psicológica) y sobre todo de Romagnosi (párrafos 340 y 461 de la *Génesis*).

Se encuentra también indicada implícitamente, en el sentido especial

Digamos, para concluir, que se puede hacer una última objeción a esta desdichada tentativa de conciliación entre el determinismo bio-psicológico y la responsabilidad moral; la de que no se podría justificar por la intimidabilidad la punición de los delitos involuntarios o no premeditados.

Hasta en el caso de ignorancia de la ley, cuando un individuo comete un delito o contravención sin saber que este acto se hallaba prohibido por la ley, se comprende que tal excusa sea admitida (aunque injustamente, si de ello se hace una regla absoluta), por aquellos que dicen que el hombre es responsable, porque obra con libertad o con inteligencia o voluntariamente. Pero aquellos otros que sostienen que el hombre es responsable porque es intimidable, ¿cómo pueden afirmar la responsabilidad, cuando la prohibición legal y la pena son ignoradas por el delincuente, y por tanto es absurdo hablar de intimidabilidad?

É igualmente, con respecto a los delitos involuntarios o no premeditados, si el hombre no tiene responsabilidad moral y por lo tanto penal más que porque puede y debe tener en cuenta, entre los motivos de su acción, la amenaza de las penas, «en tanto que ésta opera como motivo *presente en la conciencia del culpable*», ¿cómo se podrá declarar punible al que actúa por pura imprevisión o al que, por omisión y negligencia, no ha

que Dubuisson da a esta teoría, por Poletti (*Del sentimento ecc.*, Udine, 1882, p. 57). Y, siempre antes de Dubuisson y sus copistas, tal idea fué claramente indicada por Bain (*Le corps et l'esprit*, París, 1889, p. 333), por Piperno (*La nuova scuola criminale in Italia*, Roma, 1886, p. 93) y por Lévy Bruhl (*Idée de responsabilité*, París, 1884, págs. 43, 50 y 198), que se expresa así: "Todo lo que la ley exige para considerar a un hombre responsable es que *pueda comprender los castigos con que la misma ley amenaza ciertos actos y abstenerse de los mismos al pensar en tales castigos*. Es irresponsable cualquiera que, como el alienado, *sea incapaz de esta reflexión* o bien esté sujeto a impulsiones morbosas que no puede reprimir. Distinción clara, de una precisión y de una diaphanidad perfectas."

Pues bien: la verdad es muy distinta, lo cual se debe a que aquí se tiene todavía ante los ojos la imagen de un loco furioso, idiota o sujeto a enfermedades de la voluntad. Pero fuera de estos casos, muy raros entre los locos, todos los demás alienados son en cambio muy capaces de hacer aquella reflexión sobre las consecuencias de sus actos, y por lo tanto sólo por ignorancia se puede formular una objeción como esta: "El temor de un castigo puede detener a un loco."—Proal, *Déterminisme et pénalité*, en los *Arch. anthr. crim.*, Julio 1891, p. 377, y *Le crime et la peine*, París, 1874, p. 387.

obrado del todo, y por consiguiente, no ha querido el efecto perjudicial ni pensado en la pena?

Cuando se hacen razonamientos abstractos sobre un tipo algebraico de delincuente que no existe en la vida real, o que se deduce de un pequeño número de casos esquemáticos y particularmente excepcionales, que después no sirvan para los casos menos comunes pero no menos reales, es fácil decir que el hombre *delibera maduramente* acerca del homicidio que va a cometer, que puede y debe tener «presente en su conciencia» la pena que amenaza a semejante delito. Pero ningún eclecticismo, por elástico que sea, conseguirá entonces demostrar de manera satisfactoria que se deba considerar responsable, en cuanto es intimidable, a un hombre que ha cometido u ocasionado un homicidio sin quererlo y sin pensar siquiera en el homicidio mismo, ni con más razón en la pena con que éste es amenazado.

Por fin la idea anticuada de la *intimidabilidad*, como razón de responsabilidad, y de la *intimidación*, como fin de la pena, idea que los eclécticos intentan renovar hoy, ha tenido siempre contra sí la experiencia y la historia, que han demostrado que el principio de la «coacción psicológica» conduce inevitablemente a un crecimiento continuo de los rigores penales, extraviando el pensamiento del legislador de las reformas sociales y llevándole a agravar, cosa muy fácil, penal y suplicios, en tanto que la criminalidad no cese de ser un fenómeno cotidiano y obstinado. Por esto, en realidad, tal teoría, que contaba con todas las simpatías de aquella alma delicada que se llamó Muyart de Vouglans, es antihumana y reaccionaria, porque tiende a reproducir una fase bárbara de la justicia penal (1). Tan cierto es esto, que mientras nosotros pensamos que no puede admitirse ya el dolor del condenado ni como fin ni como medio de la justicia penal, pues entendemos que debe entenderse por fin la conservación social y sustituir aquél por el

(1) Véase, por ejemplo, este pasaje de las *Leyes de Manú*, citado por Durckheim, *División del trabajo social*, París, F. Alcán, 1893, pág. 151: "Para ayudar a los reyes en sus funciones, el Señor ha producido desde el comienzo el genio del castigo... El castigo gobierna el género humano; el castigo le protege; el castigo vela, mientras que los hombres duermen; el castigo es la justicia."

procedimiento de la cura preventiva del medio y la clínica individual del condenado, los partidarios eclécticos del principio de intimidación declaran que este principio, «sin llevarnos a las crueldades de la Edad Media, exige, desde luego, que las penas tengan *cierta dureza*» (1); y esta dureza, como consecuencia de abusos inevitables, conducirá a verdaderas torturas, lo que son las penas, todavía hoy, comenzando por los sistemas celulares, como veremos en el capítulo IV.

No sirve de nada responder que los abusos prácticos se han producido con todos los principios, con el de la venganza, con el de la expiación, etc. (2); porque evidentemente los abusos inevitables, que les son comunes, demuestran a lo sumo que estos diversos principios pertenecen todos a las fases instintivas o bárbaras de la justicia penal. Pero en el principio de intimidación en particular, la tendencia a un aumento de severidad es una consecuencia lógica, y por lo tanto, inseparable del principio mismo, bastante más que en el principio de venganza, de retribución jurídica y que en todo otro. Sólo el espíritu de venganza puede conducir una tendencia semejante a llevar al exceso el sufrimiento de los condenados: en la venganza es el resentimiento y la aversión los que exageran la pena; en la intimidación lo es el razonamiento muy lógico de que si las penas infligidas han sido insuficientes para impedir los delitos pasados, es preciso agravarlas, con la esperanza ilusoria de que lleguen así a ser un eficaz remedio contra los crímenes futuros.

Por el contrario, cuando se considera la justicia penal como una clínica destinada a combatir una enfermedad social e individual, los abusos se reducen a casos aislados, a excepciones cada vez más raras. De la misma manera antiguamente, cuando los locos eran odiados, despreciados y castigados, el exceso en los tormentos que se les infligían era una consecuencia inevitable que ha desaparecido cuando se ha reconocido el principio de que los locos son simplemente enfermos más o menos

(1) Lanza, *Fondamento razionale e fini della pena*, Prolusión, en el *Foro penale*, Agosto 1899, pág. 192. Es una reproducción de un párrafo de su *Trattato di diritto penale*, primera parte, Bolonia, 1895, páginas 500 y siguientes.

(2) Cuche, *L'avenir de l'intimidation* (en la *Revue pénit.*, Junio 1894, página 386).

peligrosos que es indispensable cuidar: lo mismo ocurrirá con el tratamiento de los delincuentes. El sufrimiento se contendrá en los límites de la necesidad terapéutica; los excesos en la severidad de las penas no tendrán ya razón de ser, mientras no pueden más que ser excitados continuamente por el principio ilusorio y antisocial de la intimidación.

62.—Poletti, que había comprendido, sin embargo, aun antes que la escuela positiva, la debilidad científica de las teorías penales clásicas, pero que no creyó deber llegar hasta a las consecuencias lógicas de las nuevas teorías y particularmente a la idea de responsabilidad social, pensó encontrar un fundamento de la responsabilidad de los delincuentes en lo que denomina «acción normal». En un ensayo precedente había indicado esta teoría dando a una idea de Drill una trascendencia de que carecía. Drill había dicho, en efecto, «que era necesario, para fijar un punto de partida, establecer el tipo del hombre normal social, tipo que debe variar según la sociedad y que representa el hombre capaz de llevar una vida independiente en una sociedad determinada. Es difícil determinar este tipo, aun cuando en toda sociedad exista un *minimum* de realización del mismo, por debajo del cual el hombre no está adaptado a la vida de la comunidad. Los niños, los ancianos cuyo espíritu es débil, los *criminales*, los locos, no llegan al *minimum*. Estos individuos sirven para demostrar que, dadas las mismas condiciones exteriores, los hombres no son todos capaces, a consecuencia de su constitución psico-física, de obrar como obraría el hombre tipo» (1).

Drill, que es uno de los más ilustres representantes de la escuela criminal positiva entre los rusos, no indica por completo el *minimum* de normalidad como razón de la responsabilidad, puesto que habla a la vez de niños, de ancianos, de cri-

(1) *Les jeunes criminels, étude sur la question de la délinquance considérée dans ses facteurs et dans les moyens de la combattre* (en ruso), Moscou, 1884; *Criminels mineurs, psychologie générale de la Criminalité*, Moscou, 1888; *Types psycho-physiques, psychologie spéciale de la criminalité*, Moscou, 1890.

Resumen, según Lombroso y Marro, *Sugli ultimi studi di antropologia criminale in Europa*, en la *Rivista carceraria*, 1885, pág. 397; y según Frenkel, en los *Arch. d'anthrop. crim.*, 15 Enero 1891.

minales y de locos; si bien ha comprobado solamente el hecho positivo de que las condiciones de coexistencia social imponen a todo individuo un *minimum* de adaptación a condiciones determinadas, bajo pena, para aquellos que no llegan a él, de ser separados de la sociedad.

Poletti entendió esta idea en el sentido de que «el autor de un delito, para responder de su acción criminal, debe presentar en su persona el *minimum* a lo menos de aquel estado que la ciencia juzga necesario para constituir el hombre normal»; lo cual es, como se ve, otra idea distinta y tiene una importancia muy diferente (1).

Y en un ensayo posterior sobre «la acción normal como base de la responsabilidad de los delincuentes» (Udina, 1889), desenvolvía precisamente la idea de que «sólo el hombre *normal* puede llegar a ser *delincuente* y en consecuencia *responsable* del delito, en tanto que el fundamento de su responsabilidad se encuentra en la sistematización íntima y en la evolución extrínseca de la acción normal» (pág. 143). Y por esta razón sostiene que no sólo los locos, sino también los delincuentes por tendencia congénita y los reincidentes, «respecto de los cuales la rehabilitación debe atribuirse a una ilusión sentimental» (págs. 122 y 133), no siendo hombres normales, no pueden ser responsables.

Poletti no admite, cierto es, que contra los delincuentes locos, de nacimiento o reincidentes, no tenga la sociedad que defenderse; pero insiste en la idea habitual tan frecuentemente rebatida, de que para ellos se trata no de una verdadera *pena*, sino de medidas *político-sociales* de preservación, porque los hombres normales son los únicos responsables de sus delitos, y por lo tanto punibles.

En todo caso, la consecuencia lógica de esta teoría ecléctica, es decir, la irresponsabilidad de los delincuentes locos y también de los que delinquen por tendencia congénita y de los habituales (o sea de los más peligrosos), nos basta para juzgar la teoría en sí misma.

(1) Poletti, *La persona giuridica nella scienza del diritto penale*, Udina, 1886, págs. 145 y 146.

Sin embargo, existen contra ella otras consideraciones que demuestran su evidente insuficiencia.

Y puesto que no sólo Poletti, sino otros también, como Gabelli, Fulci, Tarde, Joly, Dortel, Thierry, Riant, Liszt, Maus, para hablar de los más recientes, sin limitarse a las teorías tradicionales de la escuela clásica, insisten, no obstante, sobre esta pretendida separación entre delinquentes normales y anormales, será conveniente recordar un precedente histórico significativo (1).

Cuando yo comenzaba, después de algunos estudios de psicología positiva, a ocuparme en la antropología criminal, la idea que espontáneamente se presentó a mi espíritu fué precisamente ésta: «Las teorías antropológico-criminales, sobre *el hombre criminal* que nos ha expuesto Lombroso, no tocan a las bases del derecho punitivo y de la ciencia criminal, porque el campo de acción es diferente. Esto es que, en el conjunto de los delinquentes, hay aquellos que lo son por un defecto constitucional de su organismo y de su educación, que debe traer consigo inevitablemente para los mismos una vida criminal sin corrección posible; y existen también delinquentes habituales que son incorregibles sólo a consecuencia de un desarrollo orgánico anormal, que *no pueden atenerse a la porción común*» (2). Esta *actio finium regundorum*, como la llama ingeniosamente Fioretti (3), la he expuesto ampliamente en la monografía acerca «de los límites entre el derecho penal y la antropología criminal» (4), en donde, al ofrecer por primera vez la clasificación de las cinco categorías de delinquentes, yo terminaba por «una conciliación positivista entre la antropología criminal y el derecho. Siendo la primera devuelta a sus límites naturales, *es decir, al estudio de los delinquentes locos, de aquellos que han nacido incorregibles o llegado a ser tales por hábito*, el derecho penal, aunque guiado por un método y criterios en

(1) Véase mi *Polemica in difesa della scuola criminale positiva*, Bologna, 1886, pág. 117 y siguientes.

(2) *Teorica dell'imputabilità e negazione del libero arbitrio*, Florencia, 1878, 477-478.

(3) *La scuola positiva*, 31 Agosto 1891.

(4) *Archivio di psichiatria*, 1880, I, 444, y *Nuovi Orizzonti*, primera edición, Bologna, pág. 52.

parte diferentes de aquellos que han prevalecido hasta ahora, *conserva como dominio libre y exclusivo, los delincuentes ocasionales*» (pág. 479). Era, como se observa, un término medio, un compromiso entre las viejas y las nuevas ideas, de igual modo que en mi *Teoría de la imputabilidad*, excluyendo por completo el criterio del libre albedrío, yo me había detenido ante el de la inteligencia normal. Sin embargo, mi pensamiento no tardó en realizar toda su evolución, y llegó gradualmente hasta la idea de la responsabilidad social y hasta hacer entrar las cinco categorías de delincuentes en las atribuciones de la defensa social, es decir, de la sociología criminal (1).

En efecto, en una prolucción de 1883, escribí lo siguiente: «Mientras que en mis *Nuevos horizontes* (1.<sup>a</sup> edición), yo había dicho que ciertas categorías de delincuentes *escapan al derecho criminal*, para quedar dentro del dominio de la antropología criminal *con medidas extrañas a los criterios jurídicos*, más tarde renuncié a esta idea inexacta, porque la antropología criminal también forma parte integrante del derecho criminal tratado por el método positivo, y *todos los medios de defensa contra toda clase de delincuentes pertenecen verdadera y realmente al derecho criminal*» (2).

(1) Yo deseo presentar la semejanza entre esta evolución *gradual* de mi pensamiento científico llegando, en el campo de la criminología, hasta las consecuencias lógicas y radicales de las premisas de hecho, y otra evolución gradual realizada por mi pensamiento en el dominio sociológico, cuando (en 1892-1893, después de la primera edición de la presente obra), habiéndome entregado a un estudio profundo de las doctrinas de Marx, llegué a la conclusión radical de que "la sociología será socialista o no será nada".

En razón de sus repercusiones *políticas*, esta evolución ulterior que yo realicé, siempre en un sentido progresivo y jamás en sentido inverso, o sea al revés de lo que les ha ocurrido a muchos de mis críticos o adversarios (tales como Garófalo, Colajanni, etc.), ha provocado discusiones y críticas muy vivas. Pero ella demuestra con una nueva prueba que mi conciencia científica, en lugar de proceder por impresiones repentinas, se desarrolla gradualmente por el estudio de los hechos.

Asimismo (y todavía es otra prueba), en 1897, cuando yo sometí a un nuevo examen las doctrinas sociológico-criminales a la luz de la sociología marxista, conseguí, por otra evolución gradual, completar mi pensamiento sobre la justicia penal como instrumento de *defensa de clase* (y no sólo de *defensa social*), según he explicado en mi *Justicia penal*, Bruselas, 1898, y como he expuesto más sistemáticamente en la cuarta edición italiana (al núm. 53) y en la segunda edición francesa (en el mismo número).

(2) *La scuola positiva di diritto criminale*, Siena, 1883, p. 35.

Por lo tanto, de un modo contrario a la idea en principio adoptada por mí, creo arbitrarias e incompletas estas *barre- ras científicas*», como las llamaba con razón Turati.

Puesto que nosotros vemos ahora en la pena, conforme a las doctrinas positivistas, un acto de defensa social contra los autores de acciones antisociales, es evidente que la razón por la cual la sociedad reacciona, defendiéndose, por ejemplo, contra el matador ocasional, es idéntica a aquella por la cual reacciona defendiéndose contra el homicida loco o el homicida por tendencia congénita; pronta naturalmente a apropiarse la forma de esta reacción defensiva a las condiciones particulares del agente y del acto.

Por consiguiente, la idea de Poletti, para quien sólo el hombre normal puede ser responsable del delito cometido, es inaceptable, lo mismo que la pretendida distinción esencial (y no sólo de forma) que se hace entre la reclusión del delincuente ocasional en una prisión y la reclusión del delincuente loco en una casa de locos; ellas se atienen siempre a la conciliación ecléctica entre lo viejo y lo nuevo, que sin duda se presenta por sí misma, pero que no deja por ello de ser tan insuficiente como alejada de la verdad positiva.

Además de estas razones indirectas por las cuales la idea de la normalidad tomada como base de la responsabilidad es inaceptable, por las consecuencias prácticas a que conduce y de la génesis psicológica de donde deriva, hay otras objeciones todavía más graves.

Primeramente, como decía Clémence Royer, «el ser normal, constituido según el tipo medio de la especie desde el punto de vista psíquico o físico, no es más responsable de sus actos moralmente que el ser anormal. Un ser humano no es más responsable de sus virtudes que de sus vicios. No depende de él ser San Vicente de Paúl, mejor que Lacenaire; Régulo, mejor que Catilina» (1).

Pero después, por encima de todas las objeciones, he aquí una que es indestructible: que los datos positivos de la bio-psi-

(1) *Actas del segundo Congreso de antropología criminal*, París, 1890, página 357.

cología criminal dan un mentís absoluto a la idea de que haya delincuentes *normales*.

El hombre verdaderamente normal no comete delitos: el delito representa siempre una anormalidad individual, ya congénita, ya adquirida, sea permanente o transitoria. El criminal loco, como el criminal de nacimiento o por hábito, comete el crimen porque le falta el sentido moral o social, ora de nacimiento, ora por degeneración consecutiva.

El criminal de ocasión no está desprovisto del sentido social; únicamente este sentido es en él débil e incapaz de resistir a los impulsos antisociales internos y externos. El criminal por pasión no está desprovisto de él tampoco; pero este sentido es momentáneamente paralizado por la dominación lenta o repentina de una pasión que le hará excusable si es ésta social, es decir, moral (honor, amor, instinto de la conservación, etcétera), y que no le excusará si es antisocial o inmoral (avaricia, venganza, odio, lujuria, etc.)

Así como no es loco el que quiere, así también no es criminal el que lo desea.

Es, pues, inadmisibles que sólo sea responsable «el criminal normal», porque esta expresión contiene una imposibilidad psicológica y una contradicción en los términos, como la de hielo abrasador o sol tenebroso.

Por último, se puede hacer a Poletti una última objeción análoga a la que ya he dirigido a Gabelli (*Polémica*, 118): la línea de demarcación entre el crimen y la locura no existe; la naturaleza nada hace por saltos, somos nosotros los que establecemos una separación clara, allí donde no existe más que un paso gradual y una sucesión de matices. La «zona intermedia» de Maudsley, que por sí sola basta a demostrar que es imposible la separación de los delincuentes moralmente responsables de los que moralmente son irresponsables, no existe sólo entre la locura y el delito, sino también entre la anormalidad y la normalidad.

En los casos (y son los más comunes) de los delincuentes no típicos, pero intermediarios entre un tipo y otro, ¿cómo haríais para decidir si son normales o no?

Poletti mismo ha visto este lado débil de su teoría y ha tra-

tado de remediarlo diciendo: «Es posible determinar un *minimum* de normalidad, aun cuando se sepa que siempre se podrá discutir *en la práctica y en cada uno de los casos particulares* en qué consiste *precisamente* esta normalidad y dónde debe cesar» (1).

«Esta línea de separación es *absolutamente ideal*... No existen, en efecto, *límites ciertos* entre la acción normal y la acción anormal; no hay más que grados que nos muestran que se pasan de la una a la otra, *sin consentirnos jamás distinguir con certeza el sitio* en donde se opera esta transición» (2).

Pero en este caso, ¿cómo será posible una teoría científica que contiene en sí misma una imposibilidad tan evidente de aplicación práctica a las necesidades cotidianas de la defensa social?

Estas observaciones críticas, que dirijo a la teoría de la *normalidad*, son tan justas, que recientemente Liszt, que había quedado siempre indeciso entre las viejas ideas y las nuevas, y que en un discurso en el Congreso de psicología de Munich, en Agosto de 1896, había insistido aun en la distinción entre normales y anormales, poniendo en la normalidad psíquica del delincuente la razón de su responsabilidad, ha acabado recientemente, en su polémica contra los críticos de esta idea, que era de Poletti mucho más que de él, por declarar explícitamente que toda demarcación entre normales y anormales, responsables e irresponsables, locos y criminales, y, por lo tanto, entre las penas y las medidas de seguridad que deben ser adoptadas, era absolutamente imposible (3).

Solamente Liszt permanece todavía en la zona gris del eclecticismo: después de haber dicho y repetido que es necesari-

(1) Poletti, *La persona giuridica*, Udina, 1886, p. 145.

(2) Poletti, *L'azione normale*, Udina, 1889, p. 93.

(3) Liszt, *Die Strafrechtliche Zurechnungssähigkeit*, en *Zeitsch. f. ges. Strafrw.*, 1896, XVII, 75 y 76. Liszt ha insistido de nuevo y más claramente todavía, sobre esta imposibilidad, después de las críticas de Foinitsky, en las *Actas del Congreso antropológico criminal de Ginebra*, 1897, página 305, en donde he comprobado (p. 307) que esta "determinabilidad normal" de Liszt no era más que la reproducción de la idea de Poletti, criticada también por mí en la tercera edición de la presente obra (1892). Véase Liszt, *Die Strafr. Zurechnungsf.*, en *Zeitsch.*, *Z. ges. Strafrw.*, 1898, XVIII, 229.

rio abandonar la antítesis anticuada entre las penas y las medidas de preservación, continúa creyendo que se puede encontrar un criterio relativo de imputabilidad, precisamente en la facultad de determinar normalmente los motivos, opinión contra la cual se dirigen en cambio todas las objeciones que acabo de exponer a propósito de la teoría de Poletti.

Obstinación inútil: precisa tener el valor científico de aceptar todas las consecuencias lógicas del determinismo natural.

Desde el momento en que el delito no es considerado como el *fiat* del libre albedrío, sino que es el producto y el síntoma patológico de anomalías individuales y sociales, todos los autores de delitos, locos y no locos, son moralmente irresponsables, aun cuando todos deban responder a la sociedad del acto antisocial que han cometido. Por consiguiente, ninguna distinción hay que hacer entre delincuentes moralmente responsables e irresponsables, entre penas y medidas de seguridad: no hay más que formas diferentes, según criterios distintos, de una misma función de clínica preservativa, que es lo que demostraré muy pronto. Como en el hospital ordinario o en la casa de locos, no se distingue aquí si el enfermo lo es por vicio, por imprudencia o por azar; el médico se limita a apropiarse el tratamiento al estado del enfermo y a la naturaleza de la enfermedad.

63.—De todas las teorías eclécticas de la responsabilidad, la más original es la desarrollada por Tarde, que aun cuando no es un espíritu creador, es un fino crítico, un amplificador ingenioso de ideas más o menos positivistas, que ha descubierto de un modo progresivo un espiritualismo latente, difícil de esclarecer en sus primeras publicaciones.

Ya en la *Criminalité comparée* (París, 1886) había dejado entrever, a propósito de las sugestiones hipnóticas y de la responsabilidad, la teoría que ha expuesto después en su Memoria «sobre las antiguas y las nuevas bases de la responsabilidad moral» para el segundo Congreso internacional de antropología criminal, y mejor aún en su *Philosophie pénale* (1).

(1) Tarde, *La criminalité comparée*, París, F. Alcán, 1886, pág. 144 y siguientes, y segunda edición, París, 1890, pág. 143 y siguientes; *Les*

Yo no puedo reproducir aquí las mismas expresiones de Tarde, porque tiene la costumbre de distraerse con una multitud de amplificaciones, de arabescos y de ideas secundarias interesantes aunque prolijas; pero el resumen de su teoría es como sigue: la responsabilidad moral no está necesariamente ligada a la existencia del libre albedrío (excluido por Tarde), sino que aquélla continúa siendo la condición y la medida indispensable de la responsabilidad penal; solamente acontece que se funda sobre otros criterios y otros elementos. Estos son la *identidad personal* del delincuente consigo mismo, antes y después del delito, y su  *semejanza social* con aquéllos entre los cuales vive y acciona, y por los cuales debe ser castigado. Si falta una u otra de estas identidades, el individuo no es moralmente responsable de los delitos cometidos, aun cuando la sociedad puede tomar contra él precauciones de un carácter administrativo y no penal. Por esto, al lado de la responsabilidad moral, se encuentran los casos de irresponsabilidad, que son: la locura, la embriaguez, el hipnotismo, la ancianidad, la conversión o corrección moral, y la soberanía (de los monarcas).

Al principio Tarde, respondiendo a las críticas llenas de sagacidad que Ciccarelli hizo a su teoría en nombre del positivismo, niega que ésta haya sido inspirada por el eclecticismo: «porque se relaciona», dice aquél, «con todo un sistema de ideas que me es propio y que nada tiene de común con una amalgama de ideas incoherentes» (1). No obstante, sin negar que esta teoría responda en Tarde a un conjunto de ideas que le son propias (imitación e invención), no es menos cierto que este conjunto es, en gran parte, ecléctico, con una tendencia cada vez más pronunciada al espiritualismo, bajo la forma de psicologismo social (2).

*anciens et les nouveaux fondements de la responsabilité morale*, en los *Archives d'anthrop. crim.*, y *Actas del segundo Congreso de antropología criminal*, París, 1890, págs. 92 y 346; *La philosophie pénale*, Lyon, 1890, caps. III y IV; *L'idée de culpabilité*, en la *Revue des Deux Mondes*, 15 Junio 1891.

(1) Ciccarelli, *Tarde e la responsabilità penale*, en el *Anómalo*, Octubre-Diciembre 1889; Tarde, *Lettera al professor Zuccarelli*, en el *Anómalo*, Marzo 1890.

(2) Tarde, *Les lois de Pimitation*, París, 1890, criticadas por Fioretti

Y al presente parece evidente que la teoría es por sí misma verdaderamente ecléctica, cuando se reflexiona en que si suprime el libre albedrío, conserva la vieja idea de responsabilidad moral, y en su vista, de una parte, por las teorías clásicas, funda el derecho de castigar sobre las condiciones del individuo (identidad personal), y de otra, con las teorías positivas, le funda en consideraciones sociales (semejanzas sociales). Por consiguiente es una teoría que no es ni carne ni pescado.

En los mismos precedentes de esta teoría se encuentran indicios que demuestran el eclecticismo o el deseo de conciliación de donde surge. En efecto, la idea de «la identidad personal», considerada como condición de personalidad, estaba contenida implícitamente en aquella parte de la teoría clásica en que se reflejaba la personalidad *física*, que nosotros aceptamos también, porque es un dato positivo y exacto.

Es decir, que para castigar al hombre por un delito, precisa ante todo que sea físicamente responsable, que sea el autor, en el sentido de que el acto le pertenezca, como manifestación y como efecto de su personalidad (temperamento y carácter) y como consecuencia de su manera de obrar y de reaccionar en el seno del medio social (1).

De otra parte la idea de la semejanza social entre el que comete un delito y el que le castiga había sido indicada no ya exclusivamente por mí (segunda edición, pág. 98 y aquí pág. 538), cuando decía, como hace notar Sighele (2), «que el alma del derecho es la igualdad no sólo bajo la relación moral o ideal, sino

en la *Scuola positiva*, 15 Agosto 1891. En cuanto al valor de estas leyes sociológicas de Tarde, que conserva la vieja concepción espiritualista, en virtud de la cual los hechos sociales son determinados por los hechos psicológicos, mientras que lo cierto es la inversa, considerando que la actividad psicológica es ante todo un producto de la sociedad, véase mi artículo: *La teoría sociológica de Tarde*, en la *Scuola positiva*, Septiembre 1895.

(1) En este sentido Binet, *La responsabilité morale* (*Rev. phil.*, Septiembre 1888), advirtiendo que por la palabra libertad no se puede, en su alcance científico, entender "el libre albedrío, sino solamente una actividad conforme al carácter del individuo" (libertad física), hacía observar que aquello era lo que había de verdadero en la teoría de Tarde; sin embargo, terminaba aceptando la teoría de la responsabilidad dada por la escuela positiva italiana.

(2) Sighele, *Bibliographie de la Philosophie pénale*, de Tarde, en el *Arch. de psych.*, 1890, XI, 567.

también en la física y orgánica», y cuando yo hacía observar, a propósito de la evolución natural del homicidio (*Riv. fil. scien.*, 1882), que el delito no existe, a menos que la víctima y el matador pertenezcan a la misma especie; pues también fué indicada por Garófalo, quien en la primera edición de su *Criminología*, 1885, pág. 48 y 49, advertía que no podemos verdaderamente llamar criminales a los más anormales «no semejantes»; de tal suerte que una de sus razones para sostener la pena de muerte, era justamente que no despierta una compasión excesiva cuando es aplicada «a ciertos criminales, a aquellos que han puesto de manifiesto su *completa inhumanidad*», teniendo presente que «el sentimiento de piedad nacido de la simpatía no existe para aquellos hombres que *no tienen con nosotros parecido alguno*».

La teoría de Tarde, sea el que fuere su origen, ha tomado ciertamente en sus manos un desarrollo original que se trata de examinar en este momento, sometiénola a una crítica primero de forma y después de fondo.

Y comenzaremos interrogando: para que un hombre sea moralmente responsable de su delito, ¿deberán estar reunidas las dos «identidades», o bastará con una de ambas? Tarde no se ha planteado esta cuestión. Al hablar de la criminalidad congénita o locura moral, dice que ésta es precisamente lo contrario de la verdadera locura; porque esta última es una *alienación* de la personalidad, y por consiguiente, no existe la *identidad*, aun cuando la *semejanza* persevera (1). En cambio, la criminalidad congénita es la manifestación de una personalidad que no es más que demasiado constante e idéntica a sí misma, pero que no se parece a los otros hombres. «Por lo tanto, en el primer caso como en el segundo, las dos condi-

(1) Respondiendo a estas objeciones que yo le había hecho, Tarde, *Pro. dono meo*, en *Essais et mélanges sociologiques* (Lyon, 1895, página 152), explica que, según él, ambas condiciones deben estar reunidas para que haya responsabilidad.

Superfluo es añadir que sus respuestas no me han persuadido, y que por lo tanto mantengo mis críticas contra su teoría, que de otra parte no ha encontrado partidarios, en tanto que la teoría de la responsabilidad social está al presente admitida de un modo general por todos aquellos que abandonan, por poco que sea, las ideas tradicionales sobre la falta y el castigo.

ciones no se encuentran reunidas; pero en el primero (locura) falta absolutamente la condición *principal* (identidad) y en el segundo (criminalidad congénita, imbecilidad moral), falta sólo la condición *accesoria* ( semejanza), y sólo en parte» (págs. 178 y 180).

Parece, pues, que la identidad personal es la condición indispensable de la responsabilidad; y esto lo confirma el que Tarde llega después hasta admitir la pena de muerte para los criminales natos, aunque la *semejanza social* falte entre ellos.

Pero esta desigualdad de importancia entre la identidad y la semejanza es siempre un punto débil y oscuro de la teoría, y Tarde, para cohesionarlo, se ve obligado a emplear de cuando en cuando expedientes muy arbitrarios para ser científicos, de los cuales bastará dar algunos ejemplos. Dice, por ejemplo (pág. 180), que entre el criminal nato y los otros hombres no puede existir una «desemejanza radical», mientras que la delincuencia congénita constituye evidentemente la mayor desemejanza que puede distinguir a un hombre de los demás respecto del punto más importante socialmente, o sea para el sentido moral y social.

A propósito del alcoholismo crónico y de la responsabilidad que le corresponde, dice: «El hombre habituado a fumar opio y el hombre acostumbrado a beber alcohol han sido constreñidos a entrar en este camino fatal; pero esta violencia deriva de una necesidad sobre todo interna, inherente al fondo de su ser, y en esto difiere de la necesidad esencialmente *externa*, es decir, patológica, que les empuja cuando la locura, provocada por sus hábitos funestos, acaba por manifestarse» (187). ¡Singular manera de separar en el mismo individuo la violencia interna de la externa y de llamar después *externa* a la impulsión patológica de la locura!

Tarde hasta sostiene que el condenado o el delincuente, realmente arrepentido o corregido, no debe ser castigado, «porque ha llegado a ser otro hombre»; a la vez que para nosotros la verdadera razón es que en este caso, bastante raro, ya no es peligroso y enfermo; que la defensa no es, pues, necesaria contra un individuo inofensivo; que no es tampoco preciso hacer sufrir al arrepentido su pena (aun cuando nosotros la exi-

giríamos por tiempo indeterminado), cuando ha llegado a ser no simplemente «otro hombre», sino otro hombre no *peligroso*. Si, por ejemplo, un homicida se arrepintiese de haber derramado sangre, pero se inclinara después al robo o a la falsificación, sería desde luego «otro hombre», pero continuaría siendo enfermo y en su virtud debería ser aislado de los demás. Tarde incurre además en una nueva contradicción, cuando dice que existe una gran diferencia entre este cambio voluntario de personalidad y el cambio patológico producido por la locura, la epilepsia, el hinoptismo, aun cuando ambos tengan por resultado la irresponsabilidad. «En el caso patológico, no sólo el nuevo *yo* no es responsable de los actos cometidos por el anterior, sino que no es o es apenas responsable de sus propios actos, porque es extraño al mundo social y poco idéntico consigo mismo: en el cambio voluntario el *nuevo yo* (?) del convertido es, al contrario, superior al antiguo en sociabilidad y en *persistencia idéntica*» (pág. 209). Pues bien: dejando esta suposición de un «nuevo yo» que parece entrar en el cuerpo del convertido sustituyendo a su «antiguo yo», como un clavo que saca a otro, ¿no es verdaderamente algo imaginario esta «más grande persistencia de identidad» en el criminal arrepentido? ¿Y quién sabe si, a pesar de la sinceridad de su arrepentimiento, nuevas tentaciones le inducirán a cometer el mal? Fonsegrive observa, con razón, en un caso análogo, que la homogeneidad del carácter humano (fin de la educación), igualmente cuando se obtiene con la ayuda de la pedagogía, no es «ni tenaz ni sólido. Es un estado precario, esencialmente inestable. Basta un suceso imprevisto para que el viejo hombre se revele, y la heterogeneidad natural ascienda a la superficie del ser» (1).

Pero además de estos expedientes arbitrarios se encuentran en la teoría de Tarde graves contradicciones.

Y primeramente la contradicción extraña que consiste en admitir que los criminales natos, aunque estén desprovistos de semejanza social, no son por ello menos responsables y punibles, hasta con la pena de muerte. Pero se dirá entonces: las

(1) Fonsegrive, *L'homogénéité morale*, en la *Rev. phil.*, Julio 1890.

anomalías y locuras útiles a la sociedad ¿quitarán al alucinado bienhechor o heroico todo derecho a ser recompensado, por la sola razón de no existir en él ni identidad personal (cuando sus alucinaciones sobrevienen) ni semejanza social? Tarde mismo cita las observaciones muy justas de Ball (1): «Aun cuando hubo de atravesar un período de locura, no por eso Newton fundó menos el sistema del mundo»; Augusto Comte ha sido ciertamente un gran filósofo, aunque fué después encerrado en una casa de locos; Lutero, a pesar de estar sujeto a alucinaciones, ha operado una de las revoluciones más gigantescas del mundo moderno; Juana de Arco fué una exaltada indudable por su patriotismo.» Sea, responde Tarde; el genio es una anomalía, como dice Lombroso; pero no hay contradicción alguna aquí entre la responsabilidad y el mérito de las acciones, porque «nada hay que nos sea más propio y más personal que una anomalía que nos caracteriza y que además nos permite parecernos a nuestros compatriotas; mientras que la locura no debe ser considerada como una excepción individual a la regla típica, sino como una perturbación llevada al desenvolvimiento propio del individuo, yo diría casi una *desindividualización*» (pág. 186).

Esto puede ocurrir respecto de la locura *adquirida*, si bien los psiquiatras no admiten esta perturbación más que en un sentido muy relativo y para casos poco frecuentes (por ejemplo, en la locura traumática o por envenenamiento). ¿Pero no existe la locura *hereditaria*? En este caso el individuo permanece perfectamente idéntico a sí mismo, y como observa con razón Ciccarelli, «mostrará durante todo el curso de su vida un mismo carácter», y por lo tanto será responsable, aun cuando se diga que le falta la semejanza social, porque siendo ésta accesoria no es suficiente para suprimir la responsabilidad, así como no la suprime entre los criminales natos.

Tarde responde, en efecto: «si se trata de una extravagancia innata, se debe aplicar a esta *pretendida enajenación* lo que yo digo del genio y del delito» (pág. 186).

¡Esto significa, contradicción flagrante, que el loco heredita-

(1) Ball, *De la responsabilité partielle des aliénés*, París, 1886.

rio sería responsable! Pues bien, se sabe que la locura, hasta cuando no es aparente, tiene siempre, salvo muy raras excepciones, un fondo más o menos hereditario. Tarde tiene de la locura una idea muy inexacta, para acomodarla a su teoría, cuando dice que «la locura es el desdoblamiento de la personalidad, algo así como el equivalente moral de un monstruo doble» (página 166). El hecho es que, por el contrario, tal desdoblamiento o cambio de la personalidad constituye la excepción: en la locura como en los casos anormales, todo hombre, según la frase profunda de Goethe, «llega a ser lo que es», es decir, desarrolla la personalidad que ha heredado al nacer, salvo el brillo que toma tal o cual cara del prisma fisio-psicológico según las circunstancias del medio.

He aquí una contradicción que yo señalaré entre otras, cuando Tarde concluye que «la *impunidad* fundada sobre las causas de irresponsabilidad no podría tener consecuencias dañosas a la sociedad». La absolución de un loco no animará a nadie a imitarle, porque «no es loco o epiléptico el que quiere» (pág. 211). Muy bien; pero yo añadiría, sin embargo: ni es criminal el que quiere. Y si Tarde, que, a pesar de ello, niega el libre albedrío, impugnara lo que yo agrego, un argumento decisivo bastaría para persuadirle: que intente él, Tarde, cometer un asesinato con intención de lucro; ¡nosotros veremos si él lo logra! La observación de Romagnosi, según la que cada uno de nosotros puede llegar a sufrir mañana las sanciones del Código penal, es exacta si se habla de los delitos que constituyen contravenciones o que se cometen en un transporte de pasión (criminalidad evolutiva), o en un caso de legítima defensa; pero no lo es del todo si se entiende por ella que cada uno de nosotros puede dejarse llevar a cometer un delito vulgar, un crimen feroz (criminalidad atávica). Por un argumento análogo, cuando yo era estudiante en la Universidad de Bolonia, en las discusiones de sobremesa que entablábamos a propósito del libre albedrío, yo lancé un desafío a uno de mis adversarios, diciéndole: cruzad toda la ciudad en pleno día, sin más ropa que vuestra camisa, y entonces creeré en vuestro libre albedrío.

Y viceversa, como he dicho a propósito de la *intimidabili-*

*dad*, la patología demuestra que los locos mismos son determinados por iguales motivos fundamentales que actúan sobre los hombres normales; es, pues, inexacto y contradictorio por demás, de parte de Tarde, sostener que la impunidad pueda no ejercer sobre los locos una influencia contagiosa.

Por último, se pueden hacer a esta teoría objeciones de fondo incontestables.

Por lo que se refiere a la identidad personal, se ha objetado a Tarde en la *Revue scientifique* (14 de Marzo de 1891), que ningún hombre, sea loco o no lo sea, es siempre igual a sí mismo. La idea de una personalidad de una sola pieza, que permanece idéntica a sí misma en el hombre normal, y que se desdobra o transforma radicalmente en el loco, es absolutamente anticientífica.

Al considerar la personalidad humana tal y como se presenta en un momento dado de la vida individual, «la observación común nos muestra cuán poca cohesión y unidad tiene el yo normal. Aparte de los caracteres rígidos, de una pieza (y en el sentido estricto de la palabra, *no los hay*), existen en cada uno de nosotros tendencias de toda suerte, lo más contrarias posibles, y entre éstas contrarias el mayor número de matices intermediarios y entre aquellas tendencias todas las combinaciones imaginables. El *yo* no es solamente una memoria, un almacenamiento de recuerdos ligados al presente, es también un conjunto de instintos, de tendencias, de deseos, que no son otra cosa que su constitución innata y adquirida que entra en acción» (1).

Y si consideramos la personalidad en su formación evolutiva, es indubitable también que cambia cada minuto en sus elementos fisis-psíquicos y en sus combinaciones, aun cuando conserve cierta permanencia; como un río que lleva siempre el mismo nombre, aun cuando en cada momento cambien las aguas que le forman y las dimensiones de su cauce.

Sólo, pues, en un sentido muy poco preciso y muy relativo se puede hablar «de identidad personal»: es evidente, en cambio, que el criminal de ocasión o por pasión, como el crimi-

(1) Ribot, *Les maladies de la personnalité*, París, F. Alcán, 1885, p. 77.

nal nato, jamás podrá ser considerado como idéntico a sí mismo antes y después del crimen. Así, el primer elemento de la responsabilidad moral, el elemento individual, no sólo presenta una base científica demasiado contestable, sino además tan vaga, tan flotante, que no es posible admitirla como criterio y medida de una función social contra el delito, función que exige criterios también seguros y objetivos.

El otro elemento, la semejanza social, no tiene más consistencia científica.

Es, en efecto, una pura ilusión, análoga a la de Poletti, cuando hablaba de «delincuentes normales», hablar de criminales que se asemejan o no se parecen a sus compatriotas. Los datos de la biología y de la psicología criminal demuestran que todos los delincuentes (sobre todo aquellos que, por criminalidad atávica, cometen delitos naturales), a cualquiera categoría que pertenezcan, son más o menos anormales. Por consiguiente, es un error separar los delincuentes semejantes a sus compatriotas de aquellos que no lo son; y no hay ninguna posibilidad de señalar aquella «menor desemejanza», que pudiera equivaler a una verdadera semejanza.

Por último, Tarde, da sobre este punto una aserción inexacta, al afirmar que la pena exige para ser infligida una semejanza social. Si mañana un australiano o un zulú llegado entre nosotros comete un delito, ¿quién osará sostener que sea irresponsable? Y a pesar de esto difiere de nosotros tanto cuanto es posible. «Un antropófago—decía espiritualmente Manouvrier, en el Congreso de París—que viniera entre nosotros a comerse un niño parisién, podría bien decir por boca de su abogado defensor, que no pertenecía, que no se asemejaba en nada a la sociedad de sus acusadores y de su víctima» (1).

Como se ve, la sola razón verdadera y positiva de la responsabilidad humana, que aparece siempre, inexorablemente, es la necesidad de la defensa social contra los autores de todo acto antisocial, sean o no idénticos a sí mismos, se parezcan o no a sus compatriotas.

(1) *Actas del segundo Congreso de antropología criminal*, París, 1890, página 371.

Para terminar, no puedo comprender cómo Tarde ha podido decir que «entender la responsabilidad en un sentido por completo objetivo y materialista, sería retroceder hasta los tiempos primitivos, en los que el incesto inconsciente de Edipo, era juzgado tan culpable como si hubiera sido consciente y querido. El católico no se arrepiente de haber hecho día de carne el viernes sin quererlo y sin saberlo; y por la misma razón, la sociedad no debiera condenar a un hombre por un daño, aunque éste fuese un homicidio, *que causara involuntariamente*» (pág. 183).

Y sin embargo, la sociedad castiga todos los días los homicidios «cometidos involuntariamente»; además, es evidente, que una vez negado el libre albedrío, el homicidio cometido por un loco no es más involuntario e irresistible, es decir, más rigurosamente determinado, que el ejecutado por un asesino o el que realiza un marido ultrajado. De otra parte, según he dicho varias veces, una cosa es sostener que la razón de la responsabilidad penal del individuo reside en el hecho objetivo de vivir en sociedad, y otra afirmar después que la sociedad, al reaccionar contra un acto antisocial, no ha de tener jamás en cuenta las condiciones psicológicas del agente para apropiarse a la ofensa y al ofensor los medios defensivos. Toda función clínica consiste en buscar precisamente las causas de la enfermedad, y en adaptar los remedios a las condiciones del enfermo y del medio en que vive: lo mismo ocurre con respecto a los enfermos ordinarios, que con respecto a los locos y a los criminales.

En todo caso queda demostrado que la teoría ecléctica de Tarde, como las otras, no es solamente incompleta y contradictoria por sí misma, sino sobre todo que carece, en los dos elementos que la constituyen, de una base positiva y científica.

No me queda más que añadir sino que, y es una objeción que Feré, Manouvrier y Coutagne han hecho ya a Tarde en el Congreso de antropología criminal de París, esta teoría, sin hablar de sus demás defectos, sería en la práctica muy peligrosa y muy poco segura para que, aun bajo esta relación, se la pudiera aceptar.

Si, en efecto, como el mismo Tarde admite, «hay una *infinidad de grados* entre la identidad absoluta, ya sea de la persona

o del medio social, ideal siempre inaccesible, y su heterogeneidad absoluta, no menos irrealizable», es evidente que estos dos criterios de responsabilidad serán en la práctica muy insuficientes para distinguir los hombres punibles de los no punibles, y sobre todo, en las razones intermediarias entre la locura y el delito, que se presentan inevitablemente, para medir los grados de responsabilidad.

64.— En fin, para señalar un último ejemplo de los razonamientos fantásticos que son familiares en los eclécticos, dedicaremos unas palabras a la teoría expuesta recientemente por el profesor Poustoroslew, de la Universidad de Jouriew. Dice este escritor, que no residiendo la criminalidad en el acto material sino en el agente que lo ejecuta, puesto que el hecho de matar a un hombre puede ser un homicidio punible o un acto legítimo, según las condiciones subjetivas del que le realiza (y por este lado, Poustoroslew se aproxima al método de la escuela positiva que considera al delincuente mucho más que al delito), la razón de la responsabilidad y por lo tanto de la punibilidad consiste en el «estado de criminalidad» (y esto ya había sido indicado vagamente por Foinitski en un discurso inaugural acerca de la *teoría de la penalidad*, publicado en el *Journal Judiciaire* de San Petersburgo, 1893), en el que se encontraba el autor de un acto dañoso. «Ningún ser humano puede, si no se halla en un estado individual de criminalidad, cometer un crimen o transgresión digna de este nombre; y cada uno de los actos delictuosos prueba a su vez en su autor la existencia de este estado» (1).

Esto responde de nuevo, de una manera vaga, a los datos de la antropología criminal, que nos han hecho comprobar que en la génesis natural del delito las ocasiones externas (las del medio físico y social) no bastan por sí solas a producirle, si no se une a ellas el factor personal o antropológico de una constitución orgánica y psíquica anormal.

Además, agrega Poustoroslew, este «estado de criminalidad» no depende del libre albedrío del individuo ni de su in-

(1) Poustoroslew, *Criminalité et imputabilité*, Jouriew, 1889, pág. 10.

teligencia; pues o bien es producido por las condiciones de existencia y las circunstancias ocasionales en que se encuentran los hombres, honrados hasta entonces, que llegan a cometer un delito (respecto de las contravenciones nada dice), o bien, entre aquellos que habían anteriormente cometido otro delito, es el producto de un temperamento que les lleva más fácilmente a entrar en «el estado de criminalidad»—aunque declara (pág. 52) no admitir el criminal nato de la escuela italiana, únicamente porque cree que a nuestros ojos la tendencia congénita basta por sí sola, sin el concurso de los factores físicos y sociales, para producir el delito.

Este «estado de criminalidad» es el que constituye la imputabilidad del culpable, por la simple razón de que «se manifiesta en el hombre cuando faltan todas las circunstancias—azar, error excusable, violencia física, estado de necesidad, sugestión hipnótica invencible—que no permiten que el acto sea imputado a su autor».

Se ve que esta teoría, indecisa entre las viejas ideas y las nuevas, no osa más que las precedentes, liberarse de la pretendida necesidad de un principio abstracto destinado a justificar las necesidades humanas; mientras que esta justificación existe, completa y positiva, en el solo hecho de que el individuo viva en sociedad. Por respeto a los principios tradicionales, habla de un «estado de criminalidad» que, en tanto que designa el factor antropológico del delito, responde a la realidad, aunque al hacer este factor inseparable de la imputabilidad, introduce un doble empleo inútil, sin dar siquiera una razón positiva de esta misma imputabilidad, que de ordinario subsiste aun si admitimos la no existencia del libre albedrío.

65.—Hemos ya examinado las diferentes teorías sobre la responsabilidad, deteniéndonos en el terreno sin consistencia en que el eclecticismo se enmohece entre la teoría clásica y la positiva.

Podemos por tanto concluir, que si cada una de ellas, puesta aparte, ha sido reconocida como inaceptable, todas presentan igualmente el carácter común de no ser en el fondo más que variaciones verbales sobre el viejo tema de la responsabilidad

moral, basada por ellas sobre la libertad moral, no absoluta, sino relativa y limitada. Todo lo que prueban estas tentativas de conciliación y de transacción entre las viejas y las nuevas ideas, es que «la antigua y vaga noción de responsabilidad está completamente muerta: la misión del sociólogo no es galvanizarla, sino buscar lo que pueda reemplazarla en la conciencia viviente de la humanidad».

La ilusión geocéntrica que hacia de nuestra Tierra el centro y la razón de ser del Universo, está muy lejos de nosotros; lejos también de nosotros la ilusión antropocéntrica que quiere que el hombre sea «el rey de la creación», y que, sólo entre los seres vivos, como dotado de libre albedrío, pueda dominar y determinar los acontecimientos en lugar de ser determinado por ellos; lejos de nosotros la ilusión individualista, que en el dominio biológico, despreciaba la pujanza infinita de la herencia física y psíquica, y en el campo sociológico aislaba artificialmente al individuo de la sociedad; ¿cómo, pues, podría hablarse todavía de la responsabilidad *moral* del individuo para las acciones realizadas por él?

Sin contar, por último, que todas las teorías eclécticas, como la teoría clásica pura, tienen el carácter común de que al someter la responsabilidad penal a la *condición y medida* de la responsabilidad moral, desembocan en el peligro y en el absurdo de que para ellas los malhechores más temibles por las formas atávicas de su actividad criminal son justamente aquellos que declaran irresponsables.

Verdad es que tales teorías eclécticas permiten a la sociedad (y esto es eclecticismo todavía) tomar medidas «administrativas» o «político-sociales» contra estos malhechores más peligrosos que ninguno; pero este término medio es insuficiente de nuevo, porque la proclamación de su responsabilidad se concilia mal con el rigor de semejantes medidas. Y de otra parte, la defensa social es debilitada, enervada (si se ejerce no obstante) cuando, contra los criminales más temibles por efecto del atavismo, sólo es aquélla tolerada como una complaciente concesión de la teoría abstracta a las modestas necesidades de la vida práctica.

No son, pues, solamente las observaciones positivas hechas

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