

León Rabinowicz
Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Ginebra

La crisis y el porvenir del Derecho Penal

(Traducción de Samuel Gajardo)

Este trabajo constituye la lección inaugural de mi Cátedra de Derecho Penal en la Universidad de Ginebra.

La publico sin modificaciones, esperando que ofrezca algún interés como una síntesis anticipada de mis ideas sobre el problema palpitante del «Quo Vadis» del Derecho Penal.

El tema que la Facultad me ha propuesto para esta lección inaugural me cautiva, pues constituye todo un programa, y exige, no solamente estudiar bajo un aspecto crítico las fases principales de la represión penal para llegar luego a las tendencias modernas, sino también examinar los problemas esenciales relacionados con la finalidad del derecho penal y fijar los rumbos de su orientación actual y futura. Se trata, en una palabra, de hacer una vasta síntesis del pasado, del presente y del porvenir del derecho penal.

El eminente sociólogo francés Emilio Durkheim ha insistido con razón en la importancia de los estudios históricos de la represión penal para la orientación moderna de la defensa social contra la delincuencia. Dice, en efecto, en su obra fundamental *La división del trabajo social*: «Las concepciones jurídicas de las sociedades inferiores no son menos

dignas de interés que aquellas de las sociedades más elevadas y contienen hechos no menos instructivos. Es así como un biólogo daría una definición muy inexacta de los fenómenos vitales si desdeñara observar los seres monocelulares, pues de la sola observación de los organismos superiores habría deducido el error de que la vida consiste esencialmente en la organización».

Esto se ha comprendido desde hace mucho tiempo y es así como hemos visto surgir toda una rama nueva de la ciencia crimonológica: la historia del derecho penal. Basta pensar en los notables trabajos de Thonissen, Du Boys, Luden, Mittermeier, Nicolini, Carmignani, para no citar sino los principales.

Basándonos en los resultados de sus investigaciones históricas y jurídicas, podemos distinguir *grosso modo* en la evolución de la represión penal, tres fases esenciales:

- 1.º La primitiva;
- 2.º La clásica; y
- 3.º La positivista.

Desde los albores de la historia humana podemos hablar de la represión penal. La violación de la costumbre, por el hombre primitivo, constituía un acto inmoral y provocaba la venganza privada. Esta es, pues, la forma más rudimentaria del derecho penal. Poco a poco el progreso se abre camino, gracias especialmente a razones de orden práctico, y entramos en la fase en que la composición se sustituye a la venganza y en que, en vez del ataque y la reparación privadas, surge la noción del delito y de la pena.

Era, sin embargo, un derecho penal objetivo, que se basaba exclusivamente en la materialidad del acto, prescindiendo casi del delincuente. Y si se practicaba la individualización de la pena, no era atendiendo al autor del delito, sino a la personalidad de la víctima. La situación social de esta última y la gravedad del daño constituían el doble criterio para fijar la reparación pecuniaria.

El derecho penal de esta época ignoraba igualmente el principio de la responsabilidad individual. Lo esencial era vengarse y si no se podía alcanzar al autor del delito, se castigaba a los suyos. El gran dramaturgo griego Eurípides nos representa a Hécubo vengando sobre el hijo del traidor, la muerte de Polydor, debida a la traición de Polimnestor.

Era también un derecho que desdeñaba las modalidades psicológicas del acto delictuoso. Dicho en otra forma: el derecho penal primitivo no consideraba la intención. Poco importa si el matador es un asesino o un mero imprudente. Así, las leyendas griegas nos muestran a Patroclo huyendo de Opunte y refugiándose al lado de Peleo, conducido por Menecio, a causa de la muerte lamentable que había ocasionado, por imprudencia, cuando era apenas un niño, sobre el hijo de Amfidamas, con quien disputaba jugando (Ilíada, XXIII, 85-88).

Era, en fin, un derecho penal en cierto modo privado. La venganza y la composición constituyen el derecho penal de los pueblos que se en-

cuentran en la fase primitiva de la organización y que no tienen un poder central bastante fuerte encargado de la represión.

Nos falta tiempo, por desgracia, para estudiar toda la evolución posterior, tan interesante, del derecho penal, hasta el ocaso de los tiempos antiguos.

Pasamos inmediatamente a la Edad Media, época que hemos clasificado aún en la fase primitiva porque es uno de los períodos más lúgubres y sangrientos en la historia de la represión penal. El secreto, la arbitrariedad, la indeterminación de la pena, su falta de proporción con el delito, su exageración, su desigualdad según el rango de los culpables, la ausencia de uniformidad en las leyes penales y, sobre todo, los principios de la intimidación y de la expiación llevados hasta el terror, son los rasgos característicos del derecho penal en esta época.

«Se tiembla de horror—dice M. Loisleur en su obra sobre *Los crímenes y las penas*,—cuando se recorren los anales judiciales de la Edad Media. No son, en cada página, sino gentes martirizadas con fierros candentes, arrojadas sobre una hoguera, cocidas en aceite hirviendo, descuartizadas entre cuatro caballos, mutiladas vivas en cuatro pedazos...»

No es sino después del derrumbe del viejo mundo, después de la destrucción del caduco edificio social, cuando aparecen nuevas tendencias en el dominio de la represión penal. Es sabido que en la lucha contra el antiguo régimen, la reforma penal figuraba en el primer plano. Y se trata de un hecho muy importante, que nunca se subrayará lo suficiente. El advenimiento de la nueva fase humanitaria y la aparición de la célebre Escuela Clásica de derecho penal son acontecimientos vinculados directamente a esa formidable explosión política y social conocida en la historia bajo el nombre de la Gran Revolución Francesa.

Con ella termina la fase primitiva y bárbara del derecho penal y comienza la fase moderna. Los precursores del movimiento eran sobre todo filósofos y publicistas, como Grocio, Thomasius, Wolf y en Francia los Enciclopedistas: Diderot, d'Alembert, Voltaire. Pero fué sobre todo la doctrina del ilustre ginebrino Juan Jacobo Rousseau, la que sirvió de base a este movimiento transformador y humanitario. Lo que se exigía era el respeto y la garantía de los derechos del individuo, aún del delincuente, frente a la sociedad. La doctrina del Contrato Social proporcionó a estas aspiraciones un sólido fundamento filosófico.

El pequeño libro de César Beccaria, *De los delitos y de las penas*, encendió la chispa. Era el llamado vibrante de un corazón generoso, a la piedad humana. Como ocurre siempre con las ideas nuevas, las fuerzas del conservantismo, o mejor dicho, del misoneísmo se dirigieron contra el audaz innovador. Así Jousse, hablando del libro de Beccaria (1771) lo acusaba de contener «un sistema de los más peligrosos e ideas nuevas que, si fueran adoptadas, no irían nada menos que a trastornar las leyes recibidas por las naciones más cultas», atentando contra la religión, las costumbres y las máximas sagradas del gobierno».

Pero el progreso triunfa siempre de la rutina. Ya algunos represen-

tantes del despotismo ilustrado, como Federico el Grande, José II, Catalina de Rusia, habían comprendido la necesidad de la reforma en los dominios del derecho penal. Faltaba sólo el impulso de la Revolución Francesa para destruir el edificio carcomido de la justicia medioeval. Las reivindicaciones de Beccaria recibieron su consagración en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Arts. 1, 5, 6, 7, 8) y este movimiento de origen puramente humanitario, desarrollándose más y más, dió nacimiento en Italia a la primera gran escuela de derecho penal: la Escuela Clásica. Ella reunió bajo su bandera toda una pléyade de juristas eminentes, como Romagnosi, Filangeri, Pellegrino Rossi, Carrara, Ellero, Pessina, Bentham, Feuerbach, Henke, Mittermeier, Bentauls, Ortolan, Hélie y Cheveau, etc. . .

Para la claridad de la exposición resumamos en sus puntos esenciales la doctrina clásica:

1.º *La función penal corresponde exclusivamente al Estado. Pero éste debe respetar los derechos del hombre y garantizarlos mediante reglas especiales de procedimiento.*

2.º *Nadie puede ser castigado por un acto no previsto en la ley y que no esté sancionado con una pena.*

3.º *El fundamento de la justicia penal es el hecho objetivo, es decir el delito, y no el hecho subjetivo, o sea el delincuente.*

4.º *La pena no se aplica sino a los delincuentes declarados responsables (principio de la responsabilidad moral) y debe ser estrictamente proporcional al delito y aplicada bajo forma fija.*

5.º *El juez no tiene facultad de apreciación y debe aplicar la pena automáticamente.*

Seamos justos al juzgar esta doctrina. Basta comprender bien sus postulados para darse cuenta de que tiene méritos incontestables en la evolución del derecho penal.

En efecto, por el principio de que la represión es función exclusiva del Estado, por la garantía de los derechos individuales, y en fin, por la regla «nulla poenna sine delicto, nullum delictum sine lege», la Escuela Clásica rompió irrevocablemente con la barbarie y la arbitrariedad de la Edad Media, abriendo camino a la evolución moderna del derecho penal. Pero aún no es todo. Considerando el delito como el eje de la ley y de la justicia penal, la Escuela Clásica ha consagrado toda su atención al estudio del acto delictuoso. Es así como hizo, según dice Ferri, una maravillosa anatomía jurídica del delito y construyó todo un sistema orgánico y lógico de normas represivas.

Dicho esto, no debemos olvidar los defectos de la Escuela Clásica, o mejor dicho, su defecto capital, del cual derivan lógicamente todos los demás. Ella no vió sino el delito, y dejó en la penumbra el delincuente.

La Escuela Clásica era una escuela de doctrinarios abstractos y metafísicos, cuya fineza y lógica son admirables, pero estaba completamente divorciada de la realidad de la vida. Una sola frase de Carrara basta para ilustrar su modo de concebir las cosas. «El delito no es una entidad

de hecho, sino una entidad jurídica; no es una acción, sino una infracción».

Es claro que el mecanismo de la represión, basado en principios semejantes, debía fracasar tarde o temprano, y fué lo que ocurrió. En el momento mismo en que la Escuela Clásica estaba en su apogeo en cuanto a su elaboración teórica, se hallaba en plena crisis en sus resultados prácticos. «*Jamás se había ido tan alto para caer tan bajo*,» escribe M. Saleilles. Se podía decir con justicia, acogiendo una expresión que después hizo fortuna, que la escuela reinante, bajo el punto de vista de los resultados, estaba en plena bancarrota.

Parecía que el derecho penal hubiera alcanzado su apogeo, y sin embargo, observando los resultados obtenidos, jamás el índice de la delincuencia había estado más alto. La ola crecía en cada nueva estadística, y parecía que, mientras más castigaba la justicia, más se desarrollaba el delito. Se hubiera podido creer que era la pena, y solamente la pena, el principal factor de la delincuencia, y que era el derecho penal el que favorecía el desarrollo del crimen.

Estas palabras, que a primera vista parecen demasiado severas y absolutas, reflejan fielmente la situación que existía en el campo de la represión penal. Y como emanan de un sabio que, por su concepción, pertenece a la escuela ecléctica, adquieren un significado verdaderamente excepcional.

Todos los criminólogos estaban de acuerdo en que la ola de la delincuencia crecía más y más. Los datos estadísticos proporcionados al respecto por Von Liszt, Prins, Ferri, Tarde, son de una claridad extraordinaria. Este fenómeno angustioso, lejos de localizarse en un país, se extendía, por el contrario, a todos los países civilizados, revelando una crisis general. Pero lo más terrible era que la delincuencia aumentaba sobre todo en sus formas más graves.

Para convencerse de ello basta echar una ojeada sobre la reincidencia. ¿No se afirma con razón que la reincidencia es la piedra de toque de la criminalidad? Pues bien: la estadística ha demostrado que el porcentaje de los reincidentes en el ejército general del delito, no hace sino aumentar. Alcanza proporciones verdaderamente fantásticas, variando en todos los países, entre 35% y 45%. Esto significa que, entre diez condenados, hay por término medio 4 reincidentes.

Pero estas cifras están todavía lejos de dar una imagen exacta de la situación, pues sería necesario ahondar más el análisis estadístico y examinar la reincidencia de los reincidentes. Entonces llegaríamos a resultados que sobrepasan todo lo que la imaginación puede concebir.

Recordamos, al respecto, haber leído un estudio en la «*Escuela Positiva*». Esta Revista señala un caso que puede ser considerado como un ejemplo típico del mal que roe la justicia penal. Se trataba de un tal Stefano Micozzi, quincuagenario condenado por la Corte de Assises a 20 años y 25 días de presidio por homicidio voluntario. ¡El expediente judicial de Micozzi indicaba que éste había sufrido ya 56 condenas y que había pasado 18 años de su vida en prisión!

¿Qué conclusiones se desprenden de semejantes reincidentes? Que la reincidencia, ocupando un lugar tan importante en la criminalidad de todos los países, es una prueba elocuente de la importancia de los factores sociales en la etiología del delito. Esto está fuera de duda. Pero no decir más que esto, sería poco decir, pues la reincidencia debe ser también considerada como un índice y un efecto de la crisis porque atravesaba el sistema clásico de la represión. Séanos permitido citar aquí la opinión del criminólogo italiano Matteotti, cuyo estudio de la reincidencia es uno de los mejores sobre la materia.

«En resumen,—dice—los actuales sistemas penitenciarios son incapaces de luchar contra la reincidencia, como los sistemas legislativos penales que los inspiran.»

La segunda forma del aumento de la criminalidad, más grave aún que la reincidencia, es la marea creciente de la delincuencia infantil. También en este caso las estadísticas son francamente pavorosas. Puede decirse que los adolescentes condenados constituyen la cuarta parte de la cifra total del delito. Es decir, que sobre cuatro delincuentes, uno es menor.

Para obtener datos más precisos al respecto se puede leer el hermoso libro de M. Duprat, profesor de sociología de nuestra Universidad, sobre el problema de la delincuencia infantil.

A estos hechos desastrosos se agrega una deplorable organización penitenciaria. La Escuela Clásica basaba todo su sistema represivo en el régimen celular. La ciencia penitenciaria moderna ha demostrado, sin embargo, su absoluta ineficacia, y lo ha considerado con justicia, una de las aberraciones del siglo XIX.

Lo mismo ocurre con el segundo principio que era la base del régimen penitenciario clásico. Nos referimos al sistema de las penas de corta duración. La estadística demuestra que la mejor arma del arsenal penitenciario es la prisión por breve tiempo. El eminente antecesor del Profesor Paul Logoz, M. Alfred Gautier, ha revelado cifras características para el Cantón de Ginebra. En el período quinquenal de 1883-1887, la tercera parte de todas las condenas no excedían de un mes; 68%, de tres meses y 86% de seis meses. Lo que ocurría en Ginebra ocurría más o menos en todas partes: sobre diez condenas de prisión, nueve no excedían de seis meses.

El problema se simplifica entonces singularmente, pues si esta sanción penal no vale nada, es todo el sistema clásico de la represión el que se derrumba con ella. Es inútil insistir sobre la absoluta ineficacia de esta sanción. Incapaz por su propia naturaleza, de reeducar y hacer inofensivo al delincuente peligroso, no hace sino corromper al de ocasión, transformándolo en delincuente habitual y en un reincidente empedernido. «La multitud de pequeñas condenas,—dice Prins,—es el ritmo incesante de la legión de delincuentes habituales; es la cárcel transformada en hospedería; es el detenido saliendo de ella en estado de guerra contra la sociedad; es, en buenos términos, el juez llenando sin sospecharlo, el casi-

llero de la reincidencia.» Y Gautier, que ha estudiado largo tiempo la vida en las prisiones, llega a esta conclusión, que puede chocar por su carácter demasiado realista, pero que da una fiel imagen de la verdad: «En realidad, la prisión, tal como está organizada, es una verdadera cloaca, vertiendo en la sociedad una ola continua de purulencia y de gérmenes de contagio fisiológico y moral. Ella envenena, embrutece, deprime y corrompe. Es a la vez una fábrica de tísicos, de locos y de criminales».

Así, bajo cualquier aspecto que se la considere, la crisis de la represión penal saltaba a la vista. Se comprendía cada vez más que los fundamentos mismos de la Escuela Clásica habían hecho su época, y que era necesario reemplazarlos por algo nuevo, más vital, mas adaptado a las contingencias de la vida. Estas consideraciones, así como la extensión del método inductivo (la observación y la experiencia) en las ciencias naturales fisiológicas y psicológicas, hicieron posible e inevitable la aparición de la nueva escuela de derecho penal, conocida bajo el nombre de Escuela Positivista. Como la Escuela Clásica, ella se formó en Italia, en la patria genuina del derecho penal.

No hay empresa más delicada, que pretender resumir en breves líneas generales la obra de esta escuela, que ha transformado tan profundamente las ideas tradicionales de derecho penal, que ha planteado tantos problemas nuevos en el campo de la criminología y que, a su vez, como todas las escuelas, ha sufrido tan importantes transformaciones en el curso de su evolución.

Podemos distinguir en ella tres fases esenciales: la primera es aquella en que ha predominado la influencia de Lombroso, y que llamaremos la fase antropológica; en la segunda, a la antropología criminal, vienen a unirse la sociología criminal, la estadística y la sociología: es la fase sociológica, dominada por la personalidad de Ferri; y por fin, viene el período de la aplicación de las ideas nuevas en el derecho positivo: es la fase jurídica.

El fundador de la nueva escuela es César Lombroso. Observando a los delinquentes en su vida y en su constitución biopsíquica, él creó una ciencia nueva, la antropología criminal, que tiene por objeto estudiar al delincuente bajo el punto de vista biológico y psicológico. Ciertamente, leyendo las innumerables obras, tesis y artículos sobre las famosas teorías del genial médico italiano, se estaría por decir que nada, absolutamente nada ha quedado de sus concepciones. No había argumento que no se esgrimiera contra esta teoría; se ponía de relieve su falta de originalidad, escribiéndose obras enteras sobre los precursores de Lombroso; se estigmatizaban sus inconsecuencias y sus frecuentes rectificaciones, llegándose hasta la ridiculización pura y simple. Para burlarse, por ejemplo, de Lombroso, se aludía a su descripción del hombre criminal: mirada cruel y dura, sonrisa cínica, estatura baja, cráneo pequeño, frente estrecha, arcadas de las cejas prominentes, ojos hundidos y oblicuos, pómulos salientes, barba rala, rostro pálido, etc...»

Pero seamos serios: somos los primeros en reconocer que la teoría de

Lombroso contenía muchos puntos inadmisibles y que debía sufrir serias rectificaciones, pero pensamos que, a pesar de todas sus imperfecciones, Lombroso ha fecundado poderosamente el derecho penal positivo. Había obligación de reconocerlo: véase, por ejemplo, el hermoso volumen publicado en su honor bajo el título de *La obra de César Lombroso en la ciencia y en sus aplicaciones*, que reúne los homenajes rendidos al Maestro por los sabios de todo el mundo.

En el momento en que la Escuela Penal Clásica estaba concentrada en las fórmulas abstractas y metafísicas, Lombroso demostraba que antes de estudiar el delito como simple entidad jurídica e infracción a la ley penal, era necesario estudiarlo como acción humana, es decir, como fenómeno natural y social, para conocer el delincuente.

Juzgado bajo este aspecto, Lombroso aparece como un gran innovador y revolucionario, y es para la ciencia criminal, lo que Darwin para las ciencias naturales.

Después de la publicación de *El Hombre Delincuente*, siguen las obras de Enrique Ferri, quien no solamente ha sistematizado y profundizado la obra antropológica del Maestro, sino que la ha completado bajo el punto de vista sociológico. El ha planteado especialmente los principios de la responsabilidad legal (1) y de la defensa social; ha precisado las causas del delito, diciendo que cada delito, desde el más insignificante hasta el más grave, es el producto de tres factores: el social, el individual y el físico; ha elaborado una clasificación de los delincuentes, hoy admitida por la ciencia penal y el derecho positivo, distinguiendo cinco categorías: natos, locos, habituales, ocasionales, pasionales.

Luego Rafael Garófalo completó la obra de la nueva Escuela bajo el punto de vista jurídico, formulando el principio de la *temibilidad*, como criterio fundamental para la aplicación de la sanción penal.

Y ahora, fijemos en sus puntos esenciales la nueva doctrina de derecho penal.

1.º *En pugna con la concepción de la edad media y de la Escuela Clásica, de que la pena es el remedio más eficaz contra el delito, la Escuela Positivista estima que la pena no tiene sino una eficacia muy restringida y que prevenir vale más que reprimir*

2.º *Es el delincuente, que ha de sufrir la sanción, el verdadero eje de la ley y de la justicia penal, y no el delito, que no es sino un índice revelador de su peligrosidad.*

3.º *En lugar del principio de la responsabilidad moral, de la Escuela Clásica, la Escuela Positivista plantea el principio de la responsabilidad legal, en virtud del cual cada delincuente, responsable o irresponsable, cae bajo el peso de la ley penal.*

(1) El concepto en que el autor emplea la expresión «responsabilidad legal, equivalente al principio de la responsabilidad social,» que explica Ferrari en su obra: *Sociología Criminal*.

4.º *La sanción penal, consecuencia del principio de la defensa social, no debe ser proporcionada a la gravedad objetiva del delito, sino al estado peligroso del delincuente, y debe aplicarse en forma indeterminada.*

5.º *A los principios de la prisión celular absoluta y de las penas cortas, la Escuela Positivista sustituye un régimen penitenciario nuevo, que se dirige a la reeducación de los delincuentes readaptables a la vida social y a la eliminación de los delincuentes incorregibles.*

Como se ve, no se trata de una reforma más o menos profunda, sino de una verdadera revolución del derecho penal. La Escuela Positivista ha trastornado completamente las ideas seculares que servían de fundamento al derecho penal. Y todo esto se deriva de la diferencia de método entre ambas escuelas: deductiva y abstracta la Clásica, inductiva y experimental la Positivista. La primera, analizando el delito; la segunda, el delincuente. El famoso criminólogo holandés Van Hamel ha expresado maravillosamente en una frase lapidaria, toda la diferencia entre estas dos concepciones: «La Escuela Clásica exhorta a los hombres a conocer la justicia; la Escuela Positivista exhorta a la justicia a conocer a los hombres».

Los nuevos principios tuvieron en la Unión Internacional de Derecho Penal un defensor elocuente y constante. Dirigida por Prins, Van Hamel y Liszt (el difunto profesor Alfredo Gautier era uno de sus ardientes partidarios) ella preparaba el terreno para las realizaciones prácticas. Todo el mundo conoce sus méritos.

La Unión Internacional de Derecho Penal comprendía muy bien las imperfecciones del sistema clásico y la necesidad de transformar el derecho penal a fin de amoldarlo a las nuevas ideas. Prins lo ha expresado muy bien al decir: «Si fuera necesario elaborar hoy día un código penal e instituir un sistema represivo, diferirían sin duda del código y del régimen de penalidad en vigor, y no disimulo las dificultades e imperfecciones inevitables de una tentativa de fusión... Pero esta tentativa es necesaria. No es ya posible enseñar el derecho penal, prescindiendo del poderoso vuelo de la ciencia moderna».

Pero, si la Escuela Positivista quiere arrojar por la borda toda la construcción antigua, la Unión Internacional de Derecho Penal, por el contrario, toma como divisa la expresión de Renán, de que «los verdaderos hombres de ciencia son los que respetan el pasado», y manteniendo los principios tradicionales del derecho penal, pretende infundirle nueva vida mediante las reformas.

Entramos así en la tercera fase, llamada jurídica, o sea, del nuevo derecho penal en formación.

Si a Italia corresponde el honor de haber sido la primera en dar al derecho penal una nueva orientación, corresponde a Suiza la gloria de haber hecho de él la primera aplicación práctica. Nos referimos aquí al proyecto de Código Penal de Carlos Stooss.

Estudiemos brevemente esta obra. Comprendiendo la insuficiencia

de la pena clásica, como medio de lucha contra la delincuencia, el proyecto suizo introduce al lado del sistema tradicional de la pena, un sistema nuevo de sanciones, conocido bajo el nombre de *medidas de seguridad*.

La importancia de esta innovación, producto directo de las ideas positivistas, ha sido realizada muy bien por el profesor Paul Logoz en su informe presentado recientemente al Consejo Nacional para la unificación del derecho penal suizo. «Es al profesor Carlos Stooss,—ha dicho,— a quien corresponde, puede decirse, la gloria de haber sido el primero que en su ante-proyecto de 1894 concibió y realizó legislativamente esta idea que hoy ha llegado a ser banal: la medida de seguridad debe figurar en el Código Penal al lado de la pena, como un segundo y eficaz medio de reacción social contra el delito, y más exactamente aún, contra ciertos delincuentes».

El proyecto suizo ha adoptado, pues, el sistema dualista de represión penal, y es uno de sus rasgos más sobresalientes.

Pero aún la pena, tal como la concibe el proyecto, se aleja considerablemente de la vieja concepción clásica, y para convencerse de ello, basta leer con atención el artículo 60 del proyecto, en que se establecen las condiciones de aplicación de la pena en la forma siguiente:

«El Juez fijará la pena según la culpabilidad, tomando en cuenta los móviles, los antecedentes y la situación personal del delincuente.»

Se ve cuánto se aleja este criterio, de la doctrina clásica, que preconizaba fijar la pena únicamente en razón del hecho objetivo. Según el proyecto suizo, el juez debe tomar en consideración los móviles, los antecedentes y la situación personal del agente, o dicho en otra forma: es el delincuente lo que constituye el criterio principal para la fijación de la pena. ¿No es éste el programa de las nuevas ideas? Y nótese que el proyecto suizo atribuye una gran importancia a los móviles del acto, es decir, a las causas psicológicas del delito. A cada paso hallamos expresiones como éstas: bajos instintos, sin escrúpulo, interés personal, instinto sanguinario; y según las modalidades psicológicas del acto, el juez debe fijar la pena.

Ya von Liszt, salvo error, hace notar que el proyecto suizo ha dado sólidas bases a la teoría psicológica del delito. Inspirándose siempre en el principio fundamental de que la sanción penal debe amoldarse sobre todo a la personalidad del delincuente, adopta las instituciones del perdón judicial, de la condena y la libertad condicionales. Inútil es decir que estas instituciones pugnan con el criterio clásico, en virtud del cual cada delito debe ser expiado mediante una pena, y ésta debe ser fijada de antemano, y una vez impuesta, cumplida íntegramente. El proyecto suizo ha comprendido también el absurdo de la tesis clásica según la cual todos los delincuentes ofrecerían el mismo tipo y serían susceptibles de enmienda bajo la acción de la misma pena, y así ha introducido una amplia clasificación de los delincuentes (adolescentes, irresponsables, semi-responsables, habituales, de ocasión, incorregibles, etc.), realizando de este modo el principio de la individualización legal. Por fin, siempre alrededor de

la misma idea de la superioridad de la vida sobre las fórmulas abstractas, da al juez un amplio poder de apreciación; y de distribuidor automático de la pena, que era en la concepción clásica, lo hace un colaborador inteligente y activo de la ley penal.

Habríamos podido realzar muchos otros rasgos notables del proyecto del profesor Stooss, pero este breve análisis basta para demostrar que estamos en presencia de una obra innovadora, que señala un nuevo rumbo.

El Consejero Federal señor Mota decía al Consejo Nacional en 1916 a propósito del nuevo Código Civil, que era «la conquista intelectual y moral más preciosa que la Confederación hubiera hecho desde que existe».

Tenemos la firme convicción de que todos los que conozcan algo las cuestiones penales dirán lo mismo del proyecto Stooss. Creemos también que, a pesar de todas las dificultades que este proyecto ha encontrado y encuentra aún, se aproxima el momento en que llegará a ser la ley penal de la Suiza. Y es un honor para la República de Ginebra haber comprendido desde el primer momento todo el valor y la importancia de la unificación, y haber dirigido el combate por el triunfo final de la causa.

Si el proyecto Stooss constituye, como hemos dicho, la primera tentativa de realización práctica de las ideas nuevas, es necesario llegar al proyecto Ferri (de 1921) para tener su expresión completa y radical. El constituye el verdadero derecho penal del porvenir.

Ya en el momento en que Italia se daba un Código Penal, hace un medio siglo, elaborado por Giuseppe Zanardelli, se comprendía perfectamente bien que ello no era más que una obra de transición que llevaba en sí misma la necesidad de profundas reformas ulteriores, pues era la época del florecimiento de las ideas nuevas en los dominios del derecho penal. Durante la discusión del proyecto Zanardelli,—nos complace evocar este detalle histórico,—no hubo en el Parlamento más que un solo hombre, profundamente convencido de la bondad de las ideas nuevas, que tuviera el coraje de pronunciar una verdadera acusación contra el proyecto: fué Enrique Ferri. En medio de la oposición de la Cámara entera terminó así su discurso: «Las teorías positivas no necesitan ciertamente que un parlamento les conceda una patente de verdad científica, pues si ellas son falsas, caerán como las hojas muertas, cualquiera que sea la elocuencia de sus defensores. Pero si son verdaderas, no hay discusión parlamentaria que pueda obstruirles el camino...»

Treinta años después ese mismo hombre fué llamado por el Ministro de Justicia para redactar un nuevo proyecto de Código Penal.

Era una obra netamente positivista. Los principios de responsabilidad social, del estado peligroso del delincuente como requisito necesario para aplicar la sanción, que debía ser siempre de duración relativa o absolutamente indeterminada, he ahí los rasgos característicos de este proyecto. Su objetivo esencial era, según las palabras del autor, *portare il fulcro della legge penale dal delitto al delinquente* (trasladar el núcleo de la ley penal, del delito al delincuente).

Las teorías tradicionales distinguen tres clases de responsabilidad: la material o física, que dice relación con el autor material del acto delictuoso; la responsabilidad moral, que corresponde al autor material del delito cuando le incumbe también la falta moral; y, por fin, la responsabilidad penal o legal, en virtud de la cual el autor material y moral del acto delictuoso cae siempre bajo el peso de la ley penal. Dicho en otra forma: en el sistema tradicional clásico, la responsabilidad moral es la condición sine qua non de la responsabilidad legal. De este principio se deriva la famosa distinción entre delincuente responsable e irresponsable. Con el tiempo, este principio desprestigia más y más la justicia penal, pues las discusiones sobre la responsabilidad moral y el libre arbitrio no pertenecen al campo del derecho, sino al de la filosofía. Es por eso que el proyecto Ferri adopta el principio de la responsabilidad social, en virtud del cual todo individuo que se ha hecho culpable de un acto delictuoso, cae bajo el peso de la ley penal, y lo que se requiere es adaptar la sanción penal a su personalidad bio-psíquica. El artículo 18 del proyecto establece: «Los autores y los cómplices de un delito son siempre responsables de él...» (1).

Pero el proyecto Ferri destruye no solamente la piedra angular del derecho penal, como es la responsabilidad moral, sino también la pena misma. Es el primer proyecto en que la palabra pena ya no figura. «A la pena-castigo,—dice su autor,—que existía desde las leyes de Manu, hasta el nacimiento de la nueva Escuela, se sustituye más y más la pena-defensa y la pena-reeducación». Y ya que la palabra pena evoca siempre la noción bárbara de la intimidación y del castigo, el proyecto Ferri la reemplaza por la *sanción penal*. Mientras que el proyecto suizo contiene un sistema dualista de represión (pena y medida de seguridad), el proyecto italiano ofrece un sistema homogéneo.

Y esta sanción penal, consecuencia lógica del principio de la defensa social, debe ser fijada, no según la gravedad objetiva del delito, sino, como dicen los italianos, según la *peligrosidad* (estado de peligro) del delincuente. Expliquemos este concepto nuevo.

Hay que guardarse de confundir el estado peligroso del delincuente con la gravedad de la infracción por él cometida; el primero puede muy bien existir sin la segunda y viceversa. Para hacernos comprender, citemos un caso fallado por la Corte de Agen hace algún tiempo. Un padre malvado decide matar a su hijo con propósitos de lucro; carga el fusil, y espera su regreso. Contrariamente a sus previsiones, el hijo llega por otro camino y sin sospechar nada, descarga el fusil. Pero, el padre no lo ha visto y cuando quiere realizar su proyecto criminal disparando sobre su hijo a dos metros de distancia, el arma no hace fuego. ¿Cuál es la situación?

(1) Según el criterio positivo de la responsabilidad, todo hombre es siempre responsable de cualquier acción anti-jurídica realizada por él, únicamente porque y en tanto vive en sociedad. (Ferry.—*Sociología Criminal*. Tomo II, pág. 94).

Según los principios de la doctrina clásica estamos en presencia de un delito imposible. La acción del padre es gravemente inmoral, pero no puede ser castigado sino levemente. La Corte de Agen abandonó este criterio y considerando que, a pesar de la inexistencia del peligro objetivo y del daño, el hecho revelaba una gran peligrosidad del padre criminal, lo condenó severamente.

Consideremos el caso inverso: un marido celoso da muerte a su mujer, a quien ha sorprendido en flagrante delito de adulterio. El hecho, objetivamente, es muy grave, ya que se trata de un homicidio, pero el estado peligroso del marido es muy pequeño. Bajo la noción de estado peligroso comprendemos, pues, *la posibilidad de que el delincuente incurra en nuevos delitos*. Y es según ese estado peligroso, como hay que fijar la sanción penal.

El proyecto Ferri ha introducido por primera vez el estado peligroso como criterio absoluto para la aplicación de las sanciones penales. Este mecanismo se basa en el análisis de la naturaleza del delito, de los móviles del acto y de la personalidad del agente. Los artículos 21, 22 y 23 realizan esta audaz innovación.

Como segunda consecuencia derivada siempre del mismo principio de individualización, el proyecto Ferri introduce la sentencia relativa o absolutamente indeterminada, como base de todas las sanciones penales. Esta reforma es más necesaria. En efecto, como piensa Alfredo Gautier, ¿no podría decirse de los magistrados que imponen penas fijas, que proceden como el alienista que, en el momento de internar un insano peligroso le diera de antemano el alta para un día determinado; o aún como el médico que después de una sola visita y de un diagnóstico pretendiera profetizar la hora exacta de la curación?

Desgraciadamente nos falta el tiempo necesario para realizar un estudio más profundo de este proyecto italiano que, como toda obra audaz y revolucionaria, ha suscitado apasionadas discusiones, tempestades de entusiasmo y gritos de censura. Sin embargo, la consagración de los cuatro principios: la responsabilidad social, la sanción penal, el estado peligroso y la sentencia indeterminada, bastaba para que el proyecto Ferri no llegara a ser la ley penal de Italia: porque chocaba violentamente con el espíritu de rutina y de conservantismo. El legislador no se atrevió a adoptarlo, pero el sabio se inclina ante su grandeza. Así, el profesor Warner, Presidente del Instituto Norte Americano de Criminología, ha declarado: «Los criminólogos ven en la historia de la justicia penal en Europa, tres monumentos: los libros penales del Digesto Romano; el Código de Napoleón y el Proyecto de Código Penal Italiano».

Aunque desechado, él ha ejercido una gran influencia sobre la legislación penal moderna. El reciente proyecto de Rocco, el proyecto penal de Cuba, el código actual de la Rusia Soviética, se inspiran directa e indirectamente en la obra del profesor Ferri.

Después de todo lo que acabamos de decir, no es difícil trazar las perspectivas de la evolución del derecho penal. En nuestra exposición se

contienen los elementos esenciales de su orientación moderna y sólo falta coordinarlos.

Desde el momento en que se ha comprendido que la pena es algo más que una simple expiación, calculada según la gravedad objetiva del acto delictuoso, se ha terminado con la gloriosa escuela de Carrara. Cuando se formulaba la pregunta tan bien planteada por M. Paul Logoz en su informe ya citado: «¿Quiénes somos para hacer expiar al delincuente el mal causado con su delito? Y sin ser Dios, ¿cómo medir exactamente el mal causado con el delito y el mal que infligirá la pena de modo que haya equilibrio entre los dos platillos de la balanza? Al formular esta pregunta se minaba por su base toda la construcción clásica. Hoy día podemos decir que se aproxima el momento en que la pena clásica, como las viejas diligencias, ocupará su lugar en un rincón oscuro del Museo de Antigüedades, para la enseñanza y la curiosidad de las futuras generaciones.

El derecho penal del porvenir se construirá exclusivamente sobre la sanción de defensa y de reeducación. Se inspirará en el principio fundamental de la individualización, con sus corolarios lógicos: estado peligroso y sentencia intederminada. Sin eso, no puede haber justicia penal eficaz.

Mediante la aplicación de estos principios, todo el derecho penal positivo cambiará profundamente de aspecto. Van Hamel, que no era sólo un criminólogo eminente, sino también un jurista perspicaz, ha comprendido bien la fisonomía de esta revolución legislativa.

«Toda la dogmática del derecho penal, ha dicho, está por rehacerse bajo la influencia de la escuela moderna, y ella se simplificará notablemente. ¡Cuántos estudios jurídicos llegarán a ser superfluos! ¡Cuántos conocimientos y cuántos esfuerzos desperdiciados hoy en preocupaciones inútiles y falsas, hallarán más dignos objetivos!»

Pero el derecho penal, más que cualquiera otra rama científica repudia las innovaciones radicales y prefiere el camino apacible y tranquilo de la evolución. En efecto, todos los principios nuevos que acabamos de indicar, se vienen abriendo camino desde hace largo tiempo en el derecho positivo por medio de las medidas de seguridad. Su significación intrínseca es tal que, introducidas en la legislación penal, transforman el sistema expiatorio de la represión, en sistema defensivo. Y cada legislación penal sufre una transformación tanto más profunda hacia las ideas de la defensa social y de la reeducación, cuanto más amplio es su sistema de medidas de seguridad. Para convencerse de ello basta comparar los sistemas de medidas de seguridad del proyecto Stooss y del proyecto Rocco. Si en el primero ellas no hacen más que completar la pena y son una parte accesoria, un simple rodaje en la máquina de la justicia penal, en el segundo reemplazan ya a la pena y constituyen la parte esencial, la fuerza motriz de todo el mecanismo. En todos los proyectos modernos de códigos penales,—y hay actualmente doce en estudio,—las medidas de seguridad triunfan ampliamente, preparando el camino para la reali-

zación de los nuevos principios, que harán el derecho penal más humano y a la vez, más eficaz.

Sin embargo, no nos hagamos ilusiones. Ciertamente, tratar de perfeccionar y modernizar el derecho penal y el régimen penitenciario es una obra necesaria y de urgencia. Pero limitarse sólo a eso sería insuficiente. ¿Qué es, en efecto, el derecho penal, sino el órgano de defensa de la sociedad contra el delito por medio de la represión? Y bien: prevenir vale más que reprimir. Para atacar el mal en sus raíces, son sus causas económicas y sociales las que deben extirparse. La condición sine qua non de una política criminal verdaderamente eficaz es una política social audaz, que tienda hacia una mayor igualdad y justicia colectivas. Piénsese en esta frase tan profunda del recordado doctor Lacassagne: «El medio social es el caldo de cultivo de la delincuencia; el microbio es el delincuente, elemento que no tiene importancia sino cuando encuentra el medio que lo hará fermentar. Las sociedades tienen los delincuentes que se merecen».

Esperamos de los siglos venideros las reformas más profundas y las realizaciones más audaces. Los sociólogos y los economistas esperan traernos, después de tantas luchas y batallas, la solución definitiva de la cuestión social. Nosotros, los juristas y criminólogos, tenemos la firme convicción de que ellos nos traerán al fin la solución de este formidable problema de la delincuencia, que, como una sombra lúgubre, sigue a la humanidad.

¡Felices los que vivan en esa edad de oro!