República de Colombia—Universidad Nacional.
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

J. GUILLERMO HOYOS V.

Naturaleza positiva de la ley penal

Estudio para el Doctorado

BOGOTA
IMPRENTA DE «LA LUZ»
1922

República de Colombia—Universidad Nacional.
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

J. GUILLERMO HOYOS V.

Naturaleza positiva de la ley penal

Estudio para el Doctorado

BOGOTA
IMPRENTA DE «LA LUZ»
1922

«La Facultad no aprueba ni desaprueba las opiniones emitidas en las tesis; tales opiniones deben considerarse como propias de sus autores».

(Acuerdo del Consejo Directivo de la Facultad, de 14 de agosto de 1919).

Al Señor Dr. Dn.
José Miguel Arango.

respetuosamente,

J. Guillermo

A MIS PADRES

Sr. Dr. Alvaro J. Hoyos
y doña Clemencia Villa de Hoyos

A LA MEMORIA DE MI TIO

El Ilmo. y Revmo. Sr. Dr. D.
Gregorio Nacianceno Hoyos
Obispo de Manizales

RECTOR DE LA FACULTAD

DOCTOR JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ VALENCIA

PRESIDENTE DE TESIS

DOCTOR ANTONIO JOSÉ URIBE

CONSEJO DE EXAMINADORES

DOCTOR JUAN C. TRUJILLO ARROYO
» IGNACIO R. PIÑEROS
» RAFAEL ESCALLÓN

SECRETARIO DE LA FACULTAD

DOCTOR CLEMENTE MATIZ FERNÁNDEZ

CAPITULO I

Ideas generales sobre nuestra actualidad legislativa penal

La justa indignación que el pueblo experimenta en presencia del malhechor impune a quien marca con el estigma del escarnio, y en su apasionamiento febril lo considera digno hasta de venganza implacable, es la prueba palmaria de que el sentimiento de justicia brota directa y comúnmente en raudal copioso de las entrañas mismas de la comunidad social, antes de llegar al texto articulado y escrito que se llama Ley Penal.

Pero esa elaboración callada de la moral popular, por cuya virtud se va cristalizando el derecho en forma de reglas consuetudinarias, inspiradas en la experiencia y en la razón común de las colectividades, no puede tener aplicación como medida sustitutiva de las leyes y sentencias judiciales dictadas con todas aquellas garantías que demanda la justicia, sino cuando pasando por los estadios legislativos, hayan sido sancionadas y promulgadas. Porque es tal la imperfecta condición de la humanidad que difícilmente se encuentran hombres capaces de ejercer un poder *discrecional absoluto* sin apartarse de los sanos principios de razón y de las indicaciones puras de la rectitud. De aquí, que para que esta imperfección de la virtud humana cause el menor daño posible, es indispensable que la autoridad sancionadora del derecho dentro de los límites de las relaciones sociales, no pueda ser otra que el Estado,

centro y órgano de todas las relaciones jurídicas. « Podrá el individuo, dice nuestro profesor Escallón (1), vengarse de su ofensor o reaccionar directamente contra el mismo, pero jamás podrá pretender que así se ejerce la misión social de la sanción, pues semejante derecho no le pertenece ».

Mas no es esto sólo; no basta el simple aglutinamiento de facultades en las manos del Poder Central, si se quiere ejercitar con acierto la sanción correspondiente por haberse ejecutado actos productores de consecuencias injustas. Es indispensable que se establezca en primer término, y como canon fundamental, la separación armónica y equilibrada de los tres poderes que presiden y rigen el desenvolvimiento de la vida colectiva en el Estado, y que este principio tenga su natural aplicación y consecuencia práctica en la promulgación de leyes que estrictamente lo regulen, a fin de que un determinado grupo establezca la regla por vía de generalización sin llegar al caos de los hechos individuales; se confíe su sanción y ejecución a otros, y en fin, sea a otros a quienes corresponda la misión elevada y solemne de cumplir y hacer cumplir las leyes, sujetos, empero, a restricciones y cortapisas que les impidan aplicarla bajo la impresión de casos particulares, estando, en efecto, obligados a decidir con arreglo a una ley preconcebida.

Y esta ley preexistente, cuyo objeto en materia penal no es otro que el de establecer las notas de punibilidad de las acciones humanas, no debe ni puede crear caprichosa y arbitrariamente el delito y su sanción. Ella, para que infunda respeto legítimo en su imperio sin perder la virtualidad de su acción y la eficacia de su papel social, no debe ser más que el reflejo genuino y austero de las verdaderas exigencias presentes de la comunidad, es decir,

---

(1) Doctor Rafael Escallón. Conferencia publicada en la *Revista de Derecho Penal*.

debe ser tan sólo la necesaria manifestación de la conciencia jurídica del pueblo en determinado momento histórico.

«La ley penal, dice Pessina (1), debe presentarse como obra de la conciencia nacional, y por eso debe aparecer como producto de aquella potestad, que según la Constitución del Estado, está llamada a interpretar la conciencia nacional del Derecho, debiendo no sólo emanar de ella sino que, mediante la declaración de la opinión pública, debe irse formando como aquella opinión común que es la resultante de la discusión de las opiniones individuales. Esto constituye la legitimidad de su origen y de su existencia, la doble condición bajo la cual la ley penal puede ser considerada como expresión autorizada del derecho».

Verdad es que con alguna frecuencia se abusa de la expresión *el legislador*, y se dan como reglas campantes de hermenéutica sentencias como estas: *el legislador es sabio, el legislador no puede contradecirse, el legislador es justo,* etc. (2), olvidando que las leyes positivas no son más que una pauta o norma exterior, accidental y variable, como lo son las mismas circunstancias sociales que las motivaron, y derivadas no de meras exigencias lógicas, sino de las imposiciones de la realidad mediante la observación intensa de todas y cada una de las fases abstractas de la vida.

Para que responda, pues, el concepto moderno del llamado legislador a las circunstancias y condiciones reales, al estado moral, político, económico, histórico que los tiempos piden y la justicia reclama, la legislación positiva no puede presentarse como engendros artificiales de inventiva individual o lucubraciones caprichosas abstractamente calculadas, sino que a lo menos debe ser obra de todo el cuerpo colegiado en quien conforme a la Constitución política del Estado reside esta facultad; pues, aun-

---

(1) Enrique Pessina. *Elementos de Derecho Penal.*

(2) Véase doctor Félix Cortés. *Conferencias de Derecho Mercantil.*

que es innegable que, como todo cuerpo colegiado, frecuentemente resulta con el «*mons parturiens*» de la fábula, porque también está sujeto a la superstición y a las preocupaciones y espíritu de partido, es la única corporación que reconocemos capacitada y como que pudiera escudriñar con mirada imparcial y levantada todos y cada uno de los rincones del país en busca de las verdaderas exigencias, valorar su grado de importancia, y distinguiendo las circunstancias permanentes de lo que no es más que efecto de causas puramente transitorias, derivar el derecho de la naturaleza humana y de las verdaderas necesidades, a fin de que responda a estímulos y motivos racionales que reflejen la acción de la voluntad colectiva bajo la atracción de ideales de mejora y perfeccionamiento.

Mas, a pesar de esto, parécenos oír que apresuradamente y con gesto triunfal se nos replica que olvidamos aquello de los romanos: «*Senatores bone vires, Senatus mala bestia*», fuéra de que la experiencia enseña que las corporaciones numerosas, como un Congreso, por ejemplo, no son las llamadas a la formación de códigos, pues el mismo número de individuos es una rémora, porque donde concurren muchos pareceres, difícilmente se llega a la unidad de una obra que demanda plan y detalles armónicos.

Pero es el caso que hablamos para nuestro terruño y en nuestra querida patria colombiana, en donde todavía es tal nuestra deficiente organización y educación cívica, que aún estamos acostumbrados a «considerar el presupuesto del Estado como panal amplísimo en donde todo zángano tiene derecho a ocupar una celda por medios más o menos *tortuosos* y reprobables». Y es claro que, ante la *imperfección inevitable* de una codificación bicamarista, parécenos incomparablemente mejor que dejar esta función delicada y de importancia trascendental exclusivamente en manos de un individuo solo o en determinado grupo de

individuos, pues ni el primero ni los segundos, por idóneos que sean, están capacitados para desempeñar triunfalmente tamaño cometido.

« Escójase el hombre más íntegro y de talento más sobresaliente, dice Rossi (1), y encomiéndesele la legislación penal; el menor inconveniente que resultará de sustituír la conciencia *individual* a la conciencia *general* será el riesgo de caer bajo la influencia de un sistema; de tener algo de artificial y facticio, en lugar de las ingenuas revelaciones del sentimiento de lo justo y de lo injusto. Todo individuo aislado está expuesto a sustituír prevenciones sistemáticas en lugar de lo que verdaderamente es. ¿Se halla persuadido de la gran importancia del comercio y de la industria para los progresos físicos y morales de la especie humana? La falsificación, la piratería, el crimen de monedero falso adquirirán a sus ojos una gravedad moral exagerada. ¿Es sobremanera religioso? Muy probablemente traspasará los límites de la sociedad por invadir el terreno de las conciencias, y en su código se deslizará un poco de teología. Escójase, al contrario, un hombre de la escuela del siglo XVIII, y muy probablemente la religión se arrastrará cautiva a los pies de una política invasora, o a lo menos el culto exterior y sus ministros estarán faltos de protección».

Contemplemos ahora el segundo caso, y no encarguemos a un individuo aislado, sino a un determinado grupo de individuos escogidos con la linterna diogesiana para tan plausible y tremendo fin: también estarán muy lejos de salvar las desventajas e inconvenientes prácticos que resultan de la codificación, bien haya sido elaborada por unos pocos, o en crecido número; y fuera de que no representan la conciencia nacional, uno de ellos naturalmente impone a los otros sus ideas sistemáticas, si son pocos,

---

(1) M. P. Rossi. *Tratado de Derecho Penal.*

y en consecuencia, no resuelven la objeción contundente que se presenta al individuo aislado, pues la mayor ilustración y audacia de uno de ellos lo coloca por encima de los demás ; y si son muchos, empero, caen en el extremo opuesto, y también como las Cámaras, al discutir artículo por artículo resultan—si se nos permite la comparación—con una policroma a la vez que monstruosa colcha de remiendos. Mas oigamos de nuevo al célebre Profesor Rossi (1), quien compendia su doctrina al respecto en el párrafo siguiente: «No es en la interioridad de un gabinete el paraje donde un publicista, por hábil que sea, puede reconocer el verdadero estado de la sociedad, y estimar sus necesidades. Es menester invocar sobre esto el testimonio inteligente del práctico, del magistrado, del propietario, del comerciante, del médico, de los hombres que están en contacto con los variados elementos de la sociedad, y que han podido reconocer la fuerza, actividad e influencia suyas. No basta tener testimonios aislados, fríos y secretos. Es necesario que la publicidad los autorice, que la discusión les dé vida y que los ponga a prueba la contradición. Se necesita una asamblea legislativa».

Es claro que no pretendemos con esto negar la influencia bienhechora que pudieran ejercer las comisiones encargadas de preparar proyectos de ley y de códigos que deban presentarse a las Cámaras, y de proponer las reformas que juzguen convenientes en todos los ramos de la administración. Pero entre nosotros, ni siquiera la corporación consultiva que constitucionalmente tiene adscritas estas funciones, corresponde con alguna eficacia, y hasta hemos escuchado que ha sido calificada en las aulas de la Escuela por uno de nuestros profesores con la expresión despectiva de «Cuarto de San Alejo», expresión que nuestro escaso criterio interpreta como que es el lugar amable a donde van a retozar los buenos servi-

---

(1) M. P. Rossi. Obra citada.

dores que supieron de curiosas triquiñuelas eleccionarias, advirtiendo, eso sí, que en su nombramiento se cumple a maravilla la tan decantada *Ley de las minorías*, por ver de que se atienda más que a la competencia de los individuos, a su actuación política.

Y no es tampoco que desesperemos de tener una buena legislación penal; por fortuna, la inaplazable necesidad de una revisión completa de nuestro actual Código va formando eco en la conciencia colectiva, como aquellas ideas que, laborando primero lentamente en el pensamiento individual, tejen la red invisible de la opinión común, a la que habrá de seguir necesariamente la elaboración científica y legislativa. Porque es bien cierto que «el que contemple la formación de la ley y su lento penetrar en la conciencia de los coasociados, observa en seguida (salvo casos excepcionales, cada vez más raros, en los que la ley es obra caprichosa de uno solo o de unos pocos), que antes de llegar a ser ley escrita, tiene un largo período de elaboración legislativa, y antes, un largo período de elaboración popular. Así, pues, surge primero en la conciencia de unos pocos, después en la de algunos más, y luégo en la de muchos, una necesidad no advertida por la mayoría; después esta necesidad invade el ánimo de todos, después penetra en los órganos legislativos, y finalmente, se convierte en ley» (1).

Nótese que hablamos de revisión y reforma. Mas para no aparecer oscuros y caer en las tremendas contradicciones que presentan quienes (2), sin motivo justificado, tildan de *crueldades inútiles*, *draconiana*, *anticuada*, etc., la legislación francesa que adoptamos cuando la Nueva Granada (1837), el Estado de Cundinamarca (1858) y vigente aún en nuestra actual República desde 1890; se hace indispensable que nos detengamos un poco en caracteri-

---

(1) Bernardino Alimena. *Principios de Derecho Penal.*

(2) Véase Rafael Escallón. *Conferencias*.

zar históricamente nuestra actualidad penal, ya que no somos partidarios de su sustitución por el Código italiano, o por uno en su mayor parte calcado en él, como el proyecto que se presentó a la Legislatura de 1912.

Esto lo decimos para quienes, si acaso han estudiado un tanto la Legislación italiana, y siguiendo la política del menor esfuerzo, o el criterio de salir del paso lo más pronto posible, abogan hoy porque se trasplante un código que introduciría un cambio fundamental en nuestro derecho positivo, «especialmente, en decir del doctor Antonio José Uribe, desde el punto de vista de las facultades de los jueces para la fijación de las penas con que ha de castigarse cada delito, dentro del máximum y el mínimum que señala la ley, toda vez que el proyecto suprime las disposiciones que determinan las circunstancias atenuantes y agravantes, y deja esto a la apreciación del juzgador. Asimismo sería fundamental el cambio en lo que respecta a las penas aplicables y al sistema penitenciario, pues el proyecto suprime la pena de presidio, y coloca a la cabeza de las privativas de la libertad la pena de reclusión, que podrá durar desde un día hasta treinta años, y en distintas proporciones, deberá aplicarse con aislamiento celular».

«Desgraciadamente, continúa el eximio tratadista que acabamos de citar, la falta de un personal de jueces que aplicara convenientemente el sistema penal que se proyecta, no podría, a nuestro juicio, remediarse sólo con una reforma en la ley de organización, que contuviese disposiciones para lograr mejor selección entre los miembros del Poder Judicial en este ramo, porque ello no se obtendrá sino cuando se haya elevado y difundido grandemente la cultura jurídica en el país, lo que no será posible sino en mucho tiempo; y si bien es cierto que los Poderes públicos no deben omitir ningún esfuerzo para reemplazar los actuales inadecuados establecimientos de

castigo por otros construídos conforme a los dictados de la ciencia, no es menos exacto que, como lo dice el señor doctor Concha, esto no es ni puede ser *obra de un día*, sino que demandará fuertes gastos, perseverantes esfuerzos, y no se verá realizado, como anhelo patriótico, sino dentro de varios años » (1).

Verdad es, tan grande como un templo, que el Código italiano es un esfuerzo digno de toda estima; un exponente representativo de avance en el trabajoso caminar de la ciencia, como producto sazonado que es de la Escuela Clásica—la que se caracteriza por la experiencia vulgar metodizada y reducida a sistemas lógicos—y que como todos los códigos de las épocas de transición, apropiándonos la expresión de Alimena, es también un compromiso entre lo pasado y lo porvenir, entre las doctrinas insuficientes de antes y las teorías dudosas aún de hoy.

Los trabajos preparatorios del código a que nos referimos comprendieron diez períodos en los que se discutieron nada menos que diez proyectos, desde el de la primera comisión, en mayo de 1868, hasta el proyecto Zanardelli, de enero de 1887 que, después del dictamen de la Cámara de Diputados; del dictamen del Senado; las actas de la Comisión Real, y, por último, acompañado de la exposición del Rey, se declaró y entró en vigor el 1.° de enero de 1890.

« La razón principal que ha habido para adoptar preferentemente como modelo el Código de Italia », dice el ilustrado autor del proyecto presentado a la Legislatura de 1912, y que actualmente estudia la Sociedad de Derecho Penal, « es la de que él resume y sintetiza el trabajo de treinta años de los primeros juristas de aquel pueblo, de su Corte de Casación y de las de Apelaciones, de sus Academias, Facultades de Derecho, Colegios de Aboga-

---

(1) Doctor Antonio José Uribe. *La reforma administrativa en Colombia.*

dos, Cámaras Legislativas, y, por último, de Ministros tan eminentes como los Guardasellos que presentaron los diversos proyectos e hicieron la exposición de motivos de cada uno de ellos. Por otra parte, en la obra de codificación italiana se tuvieron siempre presente los últimos Códigos promulgados en Europa, para discutir sus innovaciones, y por esta causa puede concluírse que en la ley penal de Italia se contienen, analizadas y, si así pudiera decirse, depuradas, todas las grandes reformas que consagra la ciencia penal contemporánea».

Pero, si el proyecto de código elaborado por el doctor Concha revela que su autor ha penetrado la materia y que se encuentra preparado para acometer la tarea con verdaderas orientaciones científicas, tendientes a la implantación de instituciones modernas, cuya eficacia para el castigo y la corrección están abonadas por la experiencia de los pueblos que las han implantado, como el italiano, por ejemplo, que, en todos los períodos de la civilización greco-romana, es el que ha presentado más altas manifestaciones de genio jurídico y luchado sin cesar por mantener alta su bandera, y sabido conservar su hermosa tradición en estas materias penales, debido a los esfuerzos inteligentes de sus hijos, entre los cuales se encuentran autores de obras magistrales, profesores de talla y criminalistas de sobresaliente notoriedad; eso no significa para nosotros la arribada al anhelado punto de descanso, porque todavía tendríamos que introducirle multitud de «modificaciones exigidas por nuestro grado diverso de civilización, disparidad de carácter y las condiciones etnográficas que inducen a diferencias apreciables en las sanciones penales». Fuera de que, por otra parte, entre nosotros se presentan varias especies de determinadas formas de delincuencia desconocidas en aquel país, porque las diferentes clases de vida de los pueblos presenta problemas distintos y estimula clases especiales de deseos, que de-

bieran ser considerados en nuestro Código con una mayor precisión, haciendo indicaciones precisas y detalladas; pues en decir de Carelli, «los diferentes períodos porque un Estado atraviesa y la necesidad que éste tiene de proteger algunos intereses más eficazmente que otros, hacen que se clasifiquen las diferentes formas de la delincuencia, con arreglo a la mayor o menor severidad de represión, de una manera muy distinta a como se clasifican intensivamente en el orden social. Y esto es quizás lo que falta al Código italiano, el cual abstrae un tanto, al tratar de la especial criminalidad del país, lo que ha hecho que Ferri diga de él que no revela de ningún modo que haya sido hecho para Italia, más bien que para Noruega o para Holanda» (1).

Mas, para ser explícitos, transcribimos a continuación un parágrafo de la luminosa *Exposición* presentada a la Cámara de Representantes sobre el proyecto en referencia, el 24 de octubre de 1912, por una de nuestras verdaderas glorias sustantivas, doctor Antonio José Uribe, que es de quien tomamos estas ideas; porque fuéra de que él se halla siempre animado de la energía y decisión indispensables para aplicarlas, domina la ciencia con aquel dominio que sólo se obtiene tras de prolijas meditaciones y asiduas lecturas; y sabe muy bien que el fin que debe proponerse el legislador es el de conservar la sociedad, no destruyendo sino armonizando los derechos individuales, actuando, en consecuencia, en la obra redentora de organización y cultura del país, con el sentimiento y orientación de un Derecho penal propio y nacional, que una necesidad imperiosa de protección a los intereses legítimos de la sociedad colombiana hace indispensable, a fin de que la vida y el espíritu vayan penetrando en las letras muertas de la ley y revelen nuevas y poderosas energías científicas y legislativas.

---

(1) Véase Luis Carelli. *Los términos del problema penal.*

« En el Reino de Italia se logró llegar al sistema penal que, en lo fundamental, preconiza el proyecto, por un conjunto de circunstancias especiales, que no concurren en nuestro caso: una dilatada tradición jurídica; el haberse preparado y discutido el Código durante treinta años, con el concurso de las Academias, Universidades, Revistas jurídicas y prolongados debates en el Parlamento; el contar con un personal de Jueces y Magistrados, verdaderas eminencias en la ciencia y en el Derecho penales, no menos que con establecimientos penitenciarios que son modelos en todo el mundo.

« No ha sido posible, o no se ha considerado conveniente aún, adoptar dicho cuerpo de leyes en ningún otro país de Europa ni de América, a pesar de que se le admira universalmente. Casi todos los Códigos penales de las naciones civilizadas son anteriores al Código de Italia, y los más modernos no lo han tomado por base. El alemán es de 1870, revisado en 1876; el de Austria, es de 1852; el belga, de 1867; el de Dinamarca, de 1866; el de España, de 1870; el francés, de 1810, cuenta más de un siglo, bien que ha sido reformado por varias leyes posteriores; el holandés, de 1811; el de Portugal, de 1886; los de los varios Estados de la Unión Americana, son de 1873 los más antiguos, y de 1883 los más recientes; el argentino, de 1887; el del Brasil, de 1890; el chileno, de 1874, y el del Uruguay, de 1884.

« Y es que un cambio fundamental en el derecho positivo de una nación no puede ni debe hacerse sino lentamente y cuando se cuente con los elementos intelectuales y materialcs para ello indispensables. Tratándose del Código Penal, que es lo que ahora nos ocupa, bastará citar brevemente el ejemplo de lo que sobre el particular ha ocurrido en Francia, cuyo Código de 1810 ha sido reformado parcial y sucesivamente por las leyes de....., reformas que han tenido por objeto, ora mitigar el rigor

del sistema penal, ora desarrollar la institución de las circunstancias atenuantes, ya corregir por la pena a los condenados que deben sufrirla, ya organizar la defensa social contra los contumaces o reincidentes ; pero la estructura misma del Código se conserva tal como se expidió bajo el primer Imperio, cuando la ciencia penal no había alcanzado los desarrollos á que posteriormente ha llegado».

« Entre nosotros, después de la Independencia, continuaron rigiendo, en materia penal, con las ligeras reformas introducidas por las Leyes de 16 de febrero de 1825 y 3 de junio de 1833, las antiguas leyes españolas, no obstante que, como se sabe, muchas de sus disposiciones imponían penas aberrantes.

« En 1837 se expidió el Código Penal que comenzó a regir el 1.° de junio del año siguiente y que se calcó sobre el francés, tal como este último quedó refundido en virtud de la Ley de 28 de abril de 1832.

« Del propio modo que su modelo francés, el Código Penal neogranadino fue parcial y sucesivamente modificado, por las Leyes del 23 de mayo y 22 de junio de 1843 ; 11 de junio de 1844 ; 26 de abril de 1845 ; 2 de junio de 1846 ; 27 de mayo de 1847 ; 31 de marzo y 26 de mayo de 1849 ; 31 de mayo de 1851 y 27 de mayo de 1853.

« Desde 1858 en adelante, en virtud de la Federación, continuaron rigiendo simultáneamente el Código Penal Federal y los de los Estados, casi todos ellos calcados en el neogranadino, sólo que en 1873 el Congreso expidió otro para los territorios nacionales.

« Unificada la legislación civil y penal, en virtud de la Ley 57 de 1887, se adoptó para toda la República el del extinguido Estado Soberano de Cundinamarca, pero con muy importantes reformas introducidas por la misma

ley que lo adoptó. Posteriormente fue modificado por las Leyes 67 y 153 de 1887 y por la 134 de 1888.

« A fines de este ultimo año, el eminente Consejero de Estado doctor Demetrio Porras, presentó a aquella docta Corporación un proyecto de la parte primera o general del Código Penal, acompañado de una muy luminosa *Exposición de motivos*, ambos inspirados en el Código Penal italiano, entonces en proyecto, así como en las obras de los ilustrados tratadistas de aquel país, patria de insignes profesores de Derecho Criminal.

« El Consejo de Estado no tuvo a bien adoptar el proyecto del señor doctor Porras, porque consideró que la República no tenía el personal judicial ni los establecimientos penitenciarios que aquella obra requiere para su debido y provechoso funcionamiento. Optóse por una refundición y mejora del cuerpo de leyes unificadas, trabajo que llevó a cabo otro eminente Consejero, el señor don Juan Pablo Restrepo, y que ilustrado por medio de la interesante *Exposición de motivos* con que lo presentó su autor, fue aprobado por el Consejo de Estado, publicado en el *Diario Oficial* para conocimiento del país, y finalmente discutido y adoptado por el Congreso de 1890.

« Este Código, que empezó a regir el 15 de junio de 1891, es, con las reformas y modificaciones que le introdujeron las Leyes 100 de 1892, 34 de 1896, 23 de 1898, 8 de 1905 y 60 de 1911, el que hoy rige en Colombia, y cuya derogación se propone en el artículo final del proyecto a que el presente informe se refiere.

« No estará por demás observar que la renuencia en adoptar el Código italiano no ha sido sólo de los legisladores colombianos, sino que lo propio ha pasado en las más civilizadas naciones de raza latina, tanto en Europa como en América. En efecto, Francia, como queda dicho, continúa regida por un Código Penal que entró en vigor

en los primeros años del siglo XIX. Regida España por el Código de 1870, en dos ocasiones, tanto en 1882 como en 1884, se intentó reemplazarlo por otros en gran parte calcados sobre el de Italia, especialmente el último, tan vigorosamente defendido ante las Cortes por el ilustre tratadista de Derecho Penal y entonces Presidente del Consejo de Ministros, señor Silvela. A pesar de la profunda renovación que en los dominios del Derecho positivo ha realizado la Península en el último cuarto de siglo, como lo testifican sus excelentes Código Civil y Mercantil, se ha considerado que aún no es tiempo de cambiar el Código Penal de 1870. La República Argentina no obstante las grandes reformas efectuadas en sus establecimientos de castigo, la alta cultura jurídica de aquel pueblo y la grande influencia de la creciente inmigración italiana, no ha abrogado tampoco su Código de 1887, y Chile, en cuya legislación se ha inspirado saludablemente la nuestra, continúa bajo el régimen del Código Penal de 1874» (1).

De manera, pues, y para hablar sin rodeos, ya que nos preciamos de pertener a un país más o menos constituído, salvadas las grandes crisis institucionales que por tanto tiempo nos afligieran, el primer pensamiento del Legislador colombiano ha de ser el de reformar el hacinamiento informe de disposiciones que, en verdad, ya hoy resultan deficientes, casuísticas y discordantes, porque tras ellas precisamente ha venido el poderoso empuje de las reformas,con una verdadera exposición de principios generales, tendientes a distribuír la pena con regla y medida, de una manera sistemática, proporcionada y justa entre «las personas criminalmente responsables de los hechos elevados por la ley a la triste categoría de delito».

---

(1) Doctor Antonio José Uribe. Obra citada.

Pero que sea una reforma prestigiosa que asegure por sí misma su vida y lleve a feliz término el propósito de garantizar la eficacia de los derechos sociales que está llamada a proteger con una Ley penal propia y eminentemente nacional, robustecida con las nuevas y modernas instituciones ya ensayadas en otros países y maduradas por la controversia en la corriente vivificadora de las discusiones científicas. Porque así, concentrando nuestra iniciativa y calor tropicales en pro de la tarea, grande y ardua, pero incitante y meritoria, de mejorar nuestras instituciones, podríamos contribuír triunfalmente en el desarrollo evolutivo de la Ciencia del Derecho ; y elevándonos por encima de nuestros propios límites, realizar una labor de verdadera compenetración con los trabajos extranjeros, hasta lograr que nuestro delincuente se adapte a las exigencias sociales, pero que se adapte con conocimiento, conscientemente y progresando.

CAPITULO II

División de la soberanía y algo acerca de la manera como se cumple entre nosotros este principio en relación con el Poder Judicial

I

Expuestas las anteriores nociones indicativas de dónde debe venir la ley penal, cuál el espíritu que debe animarla y en quién conviene que resida el ejercicio de la facultad práctica y terrible que en expresión franca y sincera ha de proclamar que tal o cual hecho tiene los caracteres del delito moral y que la sociedad necesita castigarle, señalándole, consecuencialmente, la sanción; conviene que veamos ahora algo acerca de la condición fundamental de la vida del individuo que es el Estado, que se le presenta siempre como una institución necesaria, con la necesidad de lo que debe ser, y que, como *organismo ético* con propiedades características, resulta de un proceso de combinación formado en el curso de la historia. Para luégo establecer, en el capítulo siguiente, los precisos términos del problema penal bajo el aspecto legislativo, ya que—como dice Luis Carelli—«no debe confundirse el campo de acción del Estado con el campo de acción de la sociedad; hay que fijar claramente la distinción, que muchos no reconocen, entre la acción social y el magisterio punitivo del Estado en la represión de la delincuencia».

II

Estado es una sociedad de hombres independientes, establecida de una manera permanente en un territorio fijo y determinado, con un gobierno autónomo, encargado de dirigirla

hacia un fin común. Tal es la definición que Bry consigna en el *Tratado de Derecho Internacional Público*, indicando la verdadera diferencia de significación que entrañan las palabras *estado* y *nación*, ya que ésta última, en lenguaje puramente jurídico, sólo designa la reunión de hombres unidos por vínculos meramente naturales, en tanto que el vocablo *estado* consagra de manera clara y precisa la persona orgánica de una Nación constituida políticamente. Agregándose, además, que esta definición satisface plenamente porque en ella se perciben con luz meridiana los elementos esenciales, material, el uno: el pueblo y el territorio; y formal el otro: la ordenación jurídica bajo un supremo poder, es decir, la regularización jurídica de las funciones del Estado y la regularización jurídica misma de las relaciones de los individuos entre sí.

El Estado, para llenar su objeto y alcanzar su fin, fuera de que está circunscrito a obrar en su propia esfera de acción, tiene necesariamente—en Derecho—que constituírse por la existencia de una autoridad que esté por sobre los individuos «como receptáculo final de todas las corrientes que ascienden de los poderes particulares»; que presida la sociedad y no reconozca poder concurrente y menos superior que pretenda sujetarle a revisión o imponerle fallos, so pena de perder, en la sociedad humana de naciones, el preciado derecho al respeto de su grandeza y dignidad que, el Pueblo legislador gigante, supo significarlo con la palabra: majestad. A esta autoridad superior, a este rodaje último de la gran maquinaria política, es a lo que se da el nombre de Soberanía; cuya existencia se justifica con plenitud, ya que en sus ensayos de aplicación ha dado siempre fecundos y felices resultados, si reside esencial y exclusivamente en la Nación; procediendo, empero, de Dios como de fuente suprema de toda autoridad. Principio filosófico imperante en todos los Estados de régimen constitucional que nuestros legisladores del 86 triunfalmente supieron estampar.

Condición esencial para la existencia misma de la soberanía es la unidad; pero como el Estado tiene deberes diversos, funciones públicas distintas en su forma, según el objeto sobre que versan, que son fuentes innegables de separación, de aquí que atribuyamos a la Soberanía cierta división en órganos diversos que los tratadistas todos están acordes en reconocer; ya que «quizá no presenta la historia el ejemplo de un pueblo, aún en estado de barbarie, que no haya distinguido, siquiera virtualmente, dos poderes, a lo menos, en el ejercicio de la autoridad pública».

Bien se comprende que la soberanía no puede ser una fuerza convencional y ciega, sino una entidad jurídica que reconozca los derechos inmanentes del hombre, anteriores a toda sociedad o convención humanas y fundadas en la naturaleza misma del hombre y en su propio fin. El poder jurídico del Estado respecto del derecho individual, es como una circunferencia—apropiándonos la fácil y galana comparación del doctor Leovigildo Acuña—y así como los lados de la circunferencia no pueden separarse del punto caprichosamente, sin dejar ella de ser circunferencia, del propio modo la soberanía del Estado se convierte en fuerza despótica si pierde de vista el derecho individual.

De aquí la lucha secular entre las dos teorías extremas del *individualismo y la sociabilidad* que, por la marcada importancia que ostentan en los problemas de organización social, económica y, principalmente, en los problemas de organización política, se presentan en la ciencia, y al propio tiempo que, debatiéndose en todas y cada una de las ocurrencias sociales, pugnan en lucha singular, por la conquista práctica de mejores condiciones de vida, bien sea ampliando o restringiendo las funciones del Estado mismo.

Los individualistas, aceptando como postulado que los individuos son seres independientes, existencias que

se bastan a sí mismas, sostienen que la sociedad se constituye por el individuo y para el individuo; y como consecuencia de esta concepción se presentan las fórmulas exageradas (1)—que se reducen al *nihilismo gubernativo*—de los teóricos políticos y economistas del siglo XVIII, quienes, con espíritu filantrópico y llenos de generosos idealismos, exaltan la personalidad humana y le consagran un exagerado culto individualista, hasta el punto de impedir al Estado, por ejemplo, que imponga penas de determinada naturaleza y hasta el extremo de fijar la duración de esas penas, como lo vienen rezando, en caracteres de tamaño heroico, nuestras idealistas y utópicas constituciones.

De otro lado, los colectivistas miran a la sociedad como una entidad que tiene existencia propia, aun cuando sea independientemente de los individuos, o por lo menos mediante y a través de las mezclas y submezclas de los individuos; el individuo existe, por consiguiente, para la sociedad, y más especialmente para el Estado. Comprende este sistema todos los que en política y economía dan extraordinaria importancia a la maquinaria social y que apagan la iniciativa individual.

Así esbozadas, aunque imperfectamente, estas teorías extremas que en lucha secular han venido disputándose, la afirmación del individuo, o la integración enérgica por parte del Estado, conviene recordar las palabras de Carlos Wiesse, que ponen de manifiesto la constitución, de una manera efectiva, de las principales fuerzas histórico-genéticas del Estado. «Las primeras fuerzas constructoras del Estado fueron el amor a la riqueza y el

---

(1) Hé aquí, por vía de ejemplo, algunas de las fórmulas en referencia: «No gobernar demasiado» (Argenson); «Dejad hacer y dejad pasar» (Geurnay); «Propiedad, seguridad y libertad, hé aquí todo el orden social» (Mercier de la Riviere); «El mundo marcha sin ayuda» (Abate Galliani).

miedo, en el sentido de que los grupos se unieron para atacar o resistir. Estas fuerzas están fuertemente apoyadas por el amor del poder que impele al soberano a ejercer las funciones gubernativas en mayor proporción que la necesaria. De aquí se sigue una lucha para obtener del gobierno las garantías de los derechos y libertades individuales. Finalmente se reconoce que la distribución de la riqueza en una éra de producción social depende del Estado y el pueblo lucha con las clases por la posesión del poder. Durante estas cuatro fases—militar, civil, liberal y social—del interés político, el agrupamiento de los hombres tiene que depender de sus sentimientos políticos y la política se convierte en un factor de la historia. Siendo derivado el interés por el Estado, varía según la importancia de lo que esa organización social ejecuta, y cuando se separan de él las organizaciones industrial y religiosa, se prosigue la cultura libremente, y la opinión pública lo reemplaza en la función de regular la conducta de la colectividad. Aparece entonces el aspecto no político de la sociedad, y el Estado pierde su rol prominente en el drama de la historia» (1).

III

Pero como las manifestaciones o atributos de la Soberanía que dividimos en tres siguiendo las doctrinas del célebre filósofo francés que mereció ser llamado Legislador de los pueblos, ora, también, porque son tres, y sólo tres, los puntos que determinan una circunferencia, y sin entrar en el estudio que sería muy complejo, del cúmulo de teorías formuladas acerca de las líneas de separación de las ramas en que aparecen divididas ; deben marchar en armonía perfecta, como órganos que constituyen un todo homogéneo, pero con la debida separación de funciones,

---

(1) Véase Carlos Wiesse—*Elementos canstitutivos de la sociedad.*

hasta el extremo de establecer las incompatibilidades necesarias que consulten conjuntamente la propia dignidad y los derechos recíprocos de los tres poderes.

Desgraciadamente entre nosotros este principio de la separación en manos de entidades independientes que se conserven equilibradas hasta el extremo de mantener la unidad esencial, sin que esta unidad llegue a destruír la división—cuestión ésta que no puede resolverse determinando los linderos precisos a cordel—ha sido sencillamente utópica, y parece que estuviera destinada a existir tan sólo en la ingente teoría literaria de nuestras Constituciones; pues, en todas ha sido consignado, y proclamado también en las que se dictaron Cundinamarca, Tunja, Antioquia y demás provincias, cuando todavía, en decir del doctor Arturo Campuzano Márquez, la lucha titánica de nuestros próceres no había coronado sus esfuerzos, y en una época en que la luz del progreso penetraba escasamente y con trabajo en la América Latina.

Al decir esto, no tememos se nos tilde de exagerados. Nuestra Carta Fundamental del 86, tradicionalmente lo consagra diciendo: «*La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos. Todos los poderes públicos son limitados, y ejercen separadamente sus respectivas atribuciones*». Y luégo, en desarrollo de este principio que prácticamente permanece aún sin desflorar, señala a cada uno de los Poderes las correspondientes atribuciones. Pero para convencernos, sin desviarnos demasiado del objeto de nuestra tesis, basta considerar la situación precaria que aún actualmente soporta nuestro Poder Judicial. Poder que en todos los países y en todos los tiempos ha sido mirado y reconocido como única verdadera y eficaz salvaguardia del Derecho.

Bien se comprende que no podemos hablar aquí extensamente de nuestro Poder Judicial, ya que es otro nuestro propósito, y tan sólo anotamos que aún está muy lejos de

tener aquel grado de mejora y perfección que mucho tiempo atrás anhelan los votos del mundo civilizado para aquello de impartir la «*raigada virtud que dura siempre en las voluntades de los omes justos, e da, e comparte a cada uno su derecho egualmente*», según el texto de las Partidas. Porque precisamente olvidamos que el deber de la Legislatura es el de prever ante todo la aplicabilidad de sus disposiciones, organizando en primer término la Magistratura y elevando el nivel moral de sus miembros. Y esto, para hablar sin eufemismos, es lo que no existe entre nosotres y lo que fácilmente se comprende al ver, por ejemplo, la manera de elegir nuestros Jueces y Magistrados; los lugares en donde ejercen su misión augusta, y la manera como se provee a sus gastos indispensables y se les paga su exiguo salario.

Respecto a la manera como deben nombrarse los encargados del Poder Judicial, nos parece que sería más conveniente que la escogencia de sus más altos funcionarios fuese hecha por *una sola entidad respetable* que esté perfectamente imposibilitada para transhumarlos y revocar su elección, y así aparezca su obra tan respetable, que tiemble, como el escultor de la fábula temblaba respetuosamente delante del Júpiter que sus propias manos fabricaran. Pero no elegidos por corporaciones netamente políticas que aparecen aunadas sólo para recompensar servicios eleccionarios, y no aplicar tampoco la *Ley de las minorías*, que en otras materias podría ser, quizá, benéfica y morigeradora de la ciega fogocidad partidarista. Es preciso—como dice el doctor Escallón—adoptar otro criterio para organizar el Poder Judicial; es preciso prescindir de la práctica añeja de tener en cuenta, antes que la competencia de los individuos, su actuación política, y se debe escoger, para el desempeño de las funciones judiciales, a individuos que se hayan dedicado a la magistratura y que por su talento y estudio han logrado promociones.

Si los Magistrados de la Corte Suprema fueran escogidos de entre los Magistrados de los Tribunales Superiores, y éstos, de entre los Jueces de Circuito, y éstos, de entre los Jueces Municipales, tendríamos, como conceptúa el mismo doctor Escallón, un Poder Judicial más completo y perfecto, ajeno a las luchas candentes de la política, mejor preparado para el acertado desempeño de las funciones de su cargo y con mayor seguridad de independencia y superior a todas las inflcuencias y seducciones de la autoridad.

En cuanto a los lugares en donde ofician los que con razón llamamos sacerdotes de la Justicia, basta verlos aquí, en plena capital de la República; y sin establecer comparaciones odiosas con los despachos de otros empleados de menor importancia que llegan, si se quiere, al confort y a la comodidad, todos o casi todos se encuentran en sótanos y piezas conventuales de aspecto arcaico y sombrío, sin más muebles que unos cuantos incómodos sillones coloniales, y por única ornamentación un Cristo prendido al muro, y casos ha habido, como nos decía el Profesor e íntegro Magistrado doctor Ignacio R. Piñeros, que para poder entrar se hace necesario apartar las tiras mugrientas y podridas de una vetusta estera que obstruyen el paso.

Y ¡qué diremos de la manera como se les provee de lo indispensable, cuando en la larga crisis que actualmente soportamos, escasamente y con trabajo se ha impartido justicia por falta de papel, etc.! Y si a esto se agrega que se han visto obligados a amenazar con cerrar completamente los Juzgados y Tribunales, recurriendo al recurso extremo y problemático de las huelgas, sin desconocer ellos tampoco, que las huelgas no son otra cosa que «el grito morboso de una sociedad en decadencia». ¿Y esto por qué? Porque no se les paga su misérrimo salario que, por lo exiguo y misérrimo, los pone

en peor condición que a nuestros nunca bien remunerados maestros de escuela. ¡Ah! Estas son cosas que aterran y enmudecen a quien las contempla! Tanto más cuando se considera que la independencia de carácter está frecuentemente en la independencia del vientre, pues el poder sobre la subsistencia de un hombre equivale al poder sobre su voluntad.

En resumen, y como dice don Enrique Alvarez Bonilla: «La administración de Justicia es un ramo sumamente delicado: baste considerar que los intereses, la honra y hasta la vida de los individuos están bajo su custodia. En los países bien organizados se consagra a este ramo especial atención; y puede decirse que el primer paso hacia la barbarie se da cuando en él se introducen la corrupción y la anarquía. Nunca están por demás cuantas medidas se tomen en el sentido de darle independencia, seriedad y prestigio. La Justicia es la base de la vida y prosperidad de los Estados. Allí donde hay Jueces venales, poco importan los progresos que se hagan en otros departamentos de la vida pública: llegaráse a vender todo, hasta el honor y la conciencia» (1).

---

(1) Enrique Alvarez Bonilla. *Elementos de Derecho Público interno.*

CAPITULO III

Límites de la esfera de acción del Derecho penal

I

Entre todas las instituciones de Derecho Público interno una de las que ofrece mayor importancia, por lo complicado y difícil de su organización y por las múltiples orientaciones y tendencias que los arduos problemas de la criminalidad presentan, es sin duda alguna el *Derecho penal*, que por la zona vastísima en que ejercita su acción, ha sido comparado «a un gran árbol ideal, cuyas raíces están muchas veces completamente fuera de su propio predio, y sin embargo en el campo de éste germinan sus flores y sus frutos».

Esta la razón porque hoy pretendamos con audacia inexplicable, dado el estado actual de nuestros escasos conocimientos en la materia, establecer los límites precisos de la esfera de acción del Derecho penal a fin de que no se transporten de una parte a otra, por medio de generalizaciones apresuradas, instituciones incompatibles pertenecientes a otras ciencias que la ley económica de la división del trabajo, ayudada del progreso científico, va creando y diferenciando con precisos contornos y asombrosa potencia y vitalidad robusta.

Pero antes es preciso que establezcamos a quiénes pertenecen algunas reformas penales de se jacta la Moderna Escuela, y luégo las relaciones entre el Derecho Penal y la Sociología criminal; asunto éste último que ha sido discutidísimo entre los criminalistas, porque diz que no pueden permanecer inertes e indiferentes, sin prestar interés a la solución de los problemas de la reincidencia,

por ejemplo, que ni siquiera son en sí mismos problemas jurídicos (1), para esperar con culpable negligencia—como dicen ellos— a que otros los resuelvan precisamente por la brutal división del trabajo. Olvidando que el objeto del Derecho penal no es el de vincular el progreso, ni el mejoramiento de las instituciones sociales, sino, por el contrario, la defensa de la sociedad, tal y como se halla organizada. Fuera de que, por otra parte, la misma complejidad del organismo que llamamos Estado, hace difícil sintetizar sus caracteres en una teoría sistemática y precisa, y—como alguien ha dicho—se corre el peligro de ver al Estado o muy de lejos y confundirle con la sociedad, o muy de cerca, y confundirle con el Gobierno.

II

El carácter avasallador, positivo y crítico de las ciencias contemporáneas, tenía también que invadir el recinto de la penalidad, de esta ciencia que aún continúa viviendo en los Códigos modernos perfectamente indiferente, si se quiere, a las disputas de los reformadores que pretenden que *el torrente fecundo de las ciencias naturales, una vez destruídos los muros y colmados los fosos, donde el hombre estaba encerrado, comprendió la humanidad en la naturaleza.* Y de aquí que quisieran combatirla y sacarla de su región dorada quitándole su cimiento armónico y científico: la Filosofía, al propio tiempo que la increpan de arcaica contextura silogística, deductiva y apriorista, porque con criterio cristiano, o por lo menos deísta, establece tradicionalmente los fundamentos y conceptos primordiales del Derecho penal, o sea la responsabilidad, el libre albedrío, la imputabilidad, la culpa, la pena, etc.; usurpándole y apropiándose para sí la gloriosa implantación de triunfantes reformas penales, como la *condena condicional, la libertad condicio-*

---

(1) Véase Bernardino Alimena. *Principios de Derecho Penal.*

nal, los *Tribunales especiales para menores*, etc. Y no se diga, como Ferri, quien con aires de innovar se presenta con aquella curiosa modestia del que se presume una oruga intelectual, que así, oscura y silenciosamente, procura con su ciencia la existencia mejor de la humanidad, para luégo pregonar a voz en cuello refiriéndose a la idea de la Escuela positiva: «Toda nueva doctrina, después de la primera fase de la afirmación, más o menos tumultuosa, cruza por otra fase de germinación, como el grano que depositado en el seno de la madre tierra debe pasar un período de embrión antes de mostrarse como yerba y como espiga». Porque estas reformas a que hemos hecho referencia y algunas otras, quizá, no son la prueba de la difusión progresiva de las nuevas doctrinas positivas en el campo de la realidad penal, pues, si mal no recordamos, nos parece haber leído en algún positivista furibundo (1), que las instituciones no aparecen de una manera inesperada en la vida de los pueblos; ellas obedecen a un desenvolvimiento lento y gradual, en el que van pasando de un período de confusión y vaguedad a un período de claridad y síntesis. Tal ha sucedido con la condena condicional, y hay quienes le buscan raíces, encontrándolas en el siglo XIV, en cuyo entonces, se dice, era conocida de los jurisconsultos, y fuéra de que se la encuentra en germen, practicada en todos los tiempos por la disciplina del hogar, en la cual los padres suspenden el castigo a sus hijos, amenazándolos con reprimirlos severamente si vuelven a cometer por segunda vez la falta perdonada.

Implican estas palabras, *libertad condicional*, uno de los mayores progresos del Derecho moderno, dice Alejandro Groizard y Gómez de la Serna: «La idea de estimular la enmienda de los culpables con la esperanza de librarse del cumplimiento de una parte de la pena,

(1) Elías Lozano Benavente—*Algo sobre represión*.

es antigua en la historia del Derecho penal, porque constituye uno de los motivos que más justifican el *Derecho de gracia.* Participando más de un carácter de ensayo que de una excepción graciosa, es lógico que lleve en sí implícita la condición de perder los beneficios a ella inherentes desde el momento en que el favorecido infrinja de nuevo las leyes penales o falte a las condiciones reglamentarias..... Desde Irlanda, donde primero fue ejercitada con grande éxito, debido principalmente a la inteligencia de los directores de sus establecimientos penitenciarios desplegada para asegurarse de la certeza de la enmienda, mediante una serie de pruebas sucesivas y la organización de una vigilancia acuciosa sobre los liberados, bajo la amenaza de volver a la prisión a cumplimentar la pena si cometían alguna falta grave, ha pasado a la mayor parte de los Estados de Europa y América» (1).

Por lo demás, y dándoles alguna mayor amplitud a las sabias conclusiones del Padre Cathrein, quien en los *Fundamentos del Derecho Penal*, al hablar de la *condena condicional*, considera esta expresión como inexacta si se examina el sentido de las palabras, porque el Juez, en efecto, no impone el castigo condicional sino absolutamente, pero este castigo no es en seguida ejecutado sino diferido durante un largo espacio de tiempo, y aun enteramente remitido, si el delincuente da buena prueba de sí; y que, por consiguiente, más atinado sería por esto decir *indulto condicional*, si bien es cierto que esta expresión ha adquirido ya por la costumbre una significación más precisa.

---

(1) Consignaron luégo la doctrina de la libertad condicionada en el Cantón de Zurich, por la Ley de 8 de enero de 1871, y siguieron su ejemplo los Códigos de Tesino (1873), Neuchatel (1891), el alemán (1872), mejicano (1872), de Paraguay (1880), de la Argentina (1887), Guatemala (1889), Uruguay (1889), Brasil (1890), Colombia (1890) y Venezuela (1898).

Pero a cualquiera se le alcanza que, aunque la Escuela sociológica-criminal recomienda la *condena condicional*, la *libertad condicionada*, los *Tribunales especiales* y *reformatorios para menores,* estas instituciones no cuadran, en modo alguno, con sus máximas fundamentales, sino que, mejor dicho, redondamente las contradicen. Si el hombre no es libre en sus resoluciones, ¿cómo puede formar el firme propósito de enmendarse? ¿Cómo puede prometer su corrección? Esta sólo la puede prometer el que goce del señorío sobre su propio querer, señorío de que no disfruta ciertamente el hombre si hemos de oír a los mismos positivistas (1).

Resumiendo tenemos, que las reformas penales de que con ruidosa algarabía se jactan los que profesan culto idolátrico a las ideas adquiridas a base de observación, análisis e inducción, pretendiendo con esto, y sin lógica ninguna con sus principios, oscurecer los postulados científicos de la Escuela Clásica, no hacen otra cosa que usurparle a ésta los progresos pacientemente adquiridos. Pues ni siquiera la clasificación de la delincuencia, introducida con grandes reformas por la Moderna Escuela, corresponde con alguna eficacia en la realidad práctica, ni aun llegando a la perfeccionada fase definitiva que proceda por biografías biológicas, psicológicas y estadísticas sobre cada uno de los delincuentes; porque, preciso es confesarlo, cuando se examina un delincuente en particular y concretamente, se corre el riesgo de no saber, a ciencia cierta, a cuál de las dominaciones ferrianas pertenece (si a los criminales *locos*, a los *natos*, a los *habituales*, a los *de ocasión* o *por pasión)*, encontrándose siempre, o casi siempre, los caracteres de todas ellas unidas y de ninguna separadamente.

---

(1) P. Víctor Cathrein. *Principios fundamentales del Derecho Penal.*

Mas veámoslo, pero veámoslo con ejemplos, que son el mejor método de ilustración de las cuestiones. El doctor Dionisio Arango Vélez, en el discurso de recepción como miembro de la Sociedad de Derecho Penal, se propuso clasificar una de las geniales creaciones schakesperianas, y en Hamlet encuentra el arquetipo representativo de la Humanidad delincuente; el hombre en quien se sintetizan los distintos tipos criminales; el monstruo humano que «a la luz de la psicología criminal, tiene, como el cancerbero que vigila las puertas del infierno dantesco, tres cabezas horribles: la del delincuente *nato* lombrosiano, la del delincuente *pasional* y la del delincuente *loco*», puesto que obra arrastrado tempestuosamente por las determinaciones de la naturaleza, por la pasión y la locura; para luégo concluír con el párrafo siguiente que, al transcribirlo, le agregaríamos con V. Liszt, que «quien estudie la vida sin prejuicios percibirá el carácter idéntico de los criminales de todas las naciones».

«¿Quién es Hamlet, desde el punto de vista psicológico? ¿Quién es ese siniestro personaje que se tiñe las manos en sangre para vengar la sombra ambulante de su padre?

Hamlet es, sin disputa, un delincuente antisocial. Pero, ¿a cuál categoría especial pertenece? ¿La *psiquis* criminal de este homicida, es acaso la misma del delincuente nato lombrosiano? ¿Hamlet es por ventura el delincuente pasional? ¿O el delincuente loco? ¿Es Machbet? ¿Es Otelo? Nó. Hamlet no pertenece *exclusivamente* a ninguna de las categorías de delincuentes que señalan los maestros de la Moderna Escuela. Su espíritu criminal es demasiado vasto para poder ser encerrado en una celda teórica. Y es que en ese temperamento polipatético se confunden armoniosamente, sin destruír la unidad psicológica, todos los síntomas característicos de los distintos delincuentes».

Lo que no quiere decir tampoco que desconozcamos que al siglo XIX estaba reservado el iniciar la cristalización del pensamiento hermoso y fecundo de seguir al criminal aun después del castigo, de procurar su mejoramiento moral y de volverle a la vida común, libre ya de las torpezas de sus pasiones y de las inmundicias de sus yerros. Pero es el caso, que son cosas bien diversas el reconocer esto último, y el afirmar que las reformas en referencia y algunas otras, como los manicomios criminales, por ejemplo, que voluntariamente hemos omitido, corresponden exclusivamente a las esperanzas y trabajos de germinación científicos de los que se inspiran en el peusamiento íntimo de la Moderna Escuela. De aquí el que no nos parezcan exageradas las palabras de Q. Saldaña en su obra *Orígenes de la Criminalogía;* frases que perfectamente pueden cobijar a todos y a cada uno de los entusiastas partidarios de la Ciencia positiva moderna, ora pertenezcan a la llamada tendencia antropológica o a la sociológica en que artificialmente se bifurcan : porque aunque la primera busca la génesis del delito en los factores exógenos y la otra en los endógenos, llegan a aproximarse demasiado, hasta casi confundirse, pues es imposible separar el elemento individual del social y uno y otro se interinfluencian integrándose.

En efecto, refiriéndose el célebre autor citado, al padre de la criminalogía por ser el primero que dió a conocer en forma sistemática un estudio sobre la criminalidad, hecho a base de método positivo, se expresa en los siguientes términos, en los que otros quisieran ver tan sólo un rasgo de chispeante humorismo español : « César Lombroso es un médico judío, como los antiguos oculistas y adivinadores, que escribió un libro de Historia Natural titulado *L' Uomo delincuente*. ¿Qué contiene este libro? Son cosas viejas, lustradas, que parecen nuevas, como los uniformes y las espadas que venden sus hermanos

de raza en los suburbios de París, de Berlín o de Londres».

III

El desenvolvimiento científico de la Sociología contemporánea que, en sentir de los entendidos en la materia y dicho sea de paso, parece hallarse en un estado caótico, se caracteriza, en general, por el predominio a veces exclusivamente sistemático del punto de vista particular de cada sociólogo.

Mas, sin pretender historiar esta ciencia que desempeña función indiscutible en la esfera del conocimiento e interpretación de la realidad social y además en la generación de las ideas y de las reformas sociales, ya que trata del conocimiento del sér social, la sociedad, como un producto natural en el proceso evolutivo cósmico; la palabra sociología, dice Adolfo Posada, se empleó por primera vez en el año de 1838, como equivalente de la expresión *física social*, y la historia posterior ha confirmado la demostración de la utilidad de aquél término para indicar en primer lugar, el objeto de la Sociología: *sociedad, lo social,* y luégo su finalidad científica: *investigar, conocer.*

Squillace, ensayando una clasificación de las distintas concepciones sociológicas modernas, las agrupa en la forma siguiente:

1.ª Las escuelas que fundan la Sociología en la *física y en las ciencias naturales;*

2.ª La escuela que estima la Sociología basada en la *biología;*

3.ª La que da a aquélla una base *psicológica;* y

4.ª Las que señalan a la misma un fundamento especial tomado de algunas ciencias particulares.

Mas, dejando a un lado los términos diversos de la clasificación anterior y tomando solamente la segunda gran tendencia que funda la Sociología en la analogía de la sociedad con el organismo, o mejor dicho, con el orga-

nismo natural; tendencia ésta que es quizá la más difundida, y llamada también, *bionanlógica*, por ser la consecuencia lógica de una aplicación exagerada del procedimiento analógico a la explicación y descripción de la sociedad, a partir de la afirmación capital de Spencer de que la *sociedad es un organismo*, parece que queda compendiada en el postulado siguiente: «La sociedad se estima análoga al organismo concreto, simple o complejo; todo lo cual parece preparar la formación de un concepto de organismo social medio o especial».

Ahora bien; en tanto que el estudio de las exigencias naturales pertenece a la Antropología, el desarrollo de los deseos cultivados en relación con la asociación y la presencia de la cultura, corresponde a la Sociología, a la que ante todo, lo que le interesa es constatar la marcha efectiva de las sociedades humanas y las transformaciones de la conciencia social, estudiando las tradiciones, costumbres, ritos, instituciones, y en general, todos los modos de organización social que son el resultado de las experiencias comunes tomadas colectivamente.

La Psicología social y la Sociología estudian fenómenos esencialmente idénticos, pero bajo dos puntos de vista diferentes: el de la experiencia individual y el de la experiencia o actividad colectiva. La Psicología social busca lo que la evolución del espíritu en cada individuo debe al medio, al lugar y rol de cada uno en el orden social; la Sociología, por otra parte, trata de investigar las leyes según las cuales se opera naturalmente el desenvolvimiento individual en la sociedad y la organización social de la raza.

«Como ciencia la Sociología se propone dar respuesta, al estudiar la sociedad, a las cuatro preguntas: ¿Qué es? ¿Qué ha sido? ¿Qué tiende a ser? ¿Qué debe ser la sociedad? Las tres primeras engendran una sociología esencialmente teórica, mientras que la última sugiere o

pide una sociología práctica o una práctica sociológica que convierta en dirección, para nuestra marcha y para nuestra acción social, la teoría social. Trátase de esta manera de una interpretación del proceso social en sus componentes, en su desarrollo, pero mirado hacia adelante, a la acción práctica, al influjo de la vida» (1).

La aplicación del punto de vista sociológico en su amplia y comprensiva generalidad, comprende ciencias sociales especiales que se refieren a manifestaciones susceptibles de calificación particular, como, v. gr,, la Sociología criminal; de donde se deriva una rama distinta y vigorosa, bajo el mismo nombre de *Sociología criminal*, que, en opinión de Ferri, su fundador, tiene por objeto dar entrada en ella a los datos experimentales de la Antropología, de la Fisio-psicología, de la Psico-patología y de la Estadística criminal; igualmente que a los medios indicados por la ciencia para combatir (por la prevención y por la represión) el fenómeno del delito.

Se presenta, pues, la Sociología criminal, como la ciencia que aspira a la comprensión global de todos los conocimientos humanos, sin perder su cariz individualista que la diferencie de las demás ciencias, y en donde puedan encontrar cabida todas las tendencias que cooperen a dilucidar los arduos problemas de la criminalidad; pudiendo llamársela derecho penal, criminalogía o sociología criminal, pues, en principios, dice Ferri, la preocupación de la personalidad del Derecho penal, es sólo una cuestión puramente escolástica, porque de lo que se trata es de estudiar el delito como un fenómeno natural y social y de indicar el método y los medios que se han de emplear para preservar de él a la sociedad; siendo lo demás una futilidad académica.

---

(1) Véase Héctor Novillo Linares. *Educación Positiva*.

De aquí resulta, en nuestra opinión, el punto capital, la cuestión básica de la disputa reñida entre las dos grandes Escuelas que vienen luchando en el campo de la penalidad, por los diversos grados y aspectos, bajo los cuales puede ser considerado el problema penal; confundiendo, la Moderna Escuela, el campo de la legislación y de la jurisprudencia con el de la ciencia.

Pero si una doctrina científica es un conjunto de verdades generales, metódicamente conexas con un principio fundamental, las teorías de la Escuela sociológico-criminal, quizá no alcanzan a ese grado de perfección y mejora, a pesar de los ingentes esfuerzos de sus propagadores, porque todavía las presentan como muy vagas y puramente literarias, y tan flotantes en su pensamiento que indudablemente no resultan bastante precisas para ser falsas ; por más que se afirme que «de hoy para siempre la ciencia criminal, quedando como una ciencia jurídica en sus resultados y en su fin, debe, no obstante, en su base y medios de investigación llegar a ser una rama de la Sociología, y por lo tanto, tener como fundamentos el estudio preliminar de la antropología, de la estadística, en la parte de esas ciencias que estudia al hombre criminal y su actividad antisocial» (Ferri). Y como si esto no fuese suficiente, el célebre criminólogo que acabamos de citar, concluye diciendo que la innovación aportada por la Escuela criminal positiva, no se limita a la *simple alianza* del derecho criminal y penal con la antropología y la estadística criminales; sino que es en realidad una reforma radical de método y de organismo científico, que se despliega en la ciencia nueva de la sociología criminal de la que, la antropología (para el estudio de los hechos orgánicos y de los hechos psíquicos) y la estadística criminal, de una parte, y de otra el derecho criminal y penal, no son más que *capítulos especiales*, yá que el orden de los fenómenos de la criminalidad, es uno, y una debe ser

también la ciencia que se encargue de estudiar las causas, condiciones y remedios de los mismos.

Bien se comprende que conclusiones como éstas, no van a aumentar el caudal de los más elevados conocimientos humanos, sino que, por el contrario, sucumben en la discusión investigadora al peso de la crítica de la razón y, en consecuencia, no han podido ser aceptadas por verdaderos penalistas, quienes distribuyen en tres grupos las teorías principales referentes a la clasificación de la naturaleza de las relaciones entre el Derecho penal y la Antropología y la Sociología criminales, contando, eso sí, como primera, la innovación que acabamos de indicar.

1.ª *El Derecho penal es un capítulo de la Sociología criminal.*—Pues el estudio científico y experimental del delito, y por lo tanto, de los medios preventivos y represivos que pueden defender de él a la sociedad, es el contenido de la sociología criminal, ciencia única y compleja; lo que no impide que ella tenga capítulos distintos aunque paralelos e inseparables, según los aspectos especiales del fenómeno criminal y de los medios de combatirle cuyo estudio emprende (*Ferri*).

2.ª *El Derecho penal no es más que un capítulo de la Ciencia general de los delitos y de las penas*; aunque esta tendencia distingue y separa el Derecho penal de la Sociología criminal, y reconoce en la pena un valor moral y una acción distinta de la de los demás factores de la higiene social.—La *Ciencia penal* comprende el *Derecho penal* que estudia el conjunto de reglas jurídicas emanadas del Estado, referentes al delito como hecho y a la pena como su consecuencia jurídica, y la *Política criminal* que estudia el delito como una acción contraria al orden jurídico, y la pena como un medio contrario al delito (V. *Liszt*).

3.ª *La Antropología y la Sociología criminales son solamente ciencias auxiliares del Derecho penal.*—Opinión esta que parece ser la única racional y apropiada, pues de otra

manera el Estado no podría encauzar eficazmente la lucha contra el delito; siendo aceptada hasta por los mismos positivistas como Pluglia, por ejemplo, quien al respecto dice lo siguiente: La *Ciencia criminal*, aun con la ayuda de las ciencias naturales y sociales, es sin duda una ciencia sociológica como todas las demás ciencias jurídicas, pero inmutable en su naturaleza de ciencia puramente jurídica. La antropología y la sociología criminales, la penalogía, la ciencia del derecho de prevención y la estadística de la ciencia criminal, deben, todas, cada una por su parte, «*ocuparse exclusiva y separadamente de su objeto respectivo*».

Por la sola enunciación de las anteriores teorías, fácil es percatarse de las poco motivadas razones con que pudieran sostenerse las dos primeras, fuera del mucho margen que ofrecerían al análisis de una crítica imparcial y levantada. Pero, a pesar de no abordar nosotros el asunto en cuestión, no podemos menos de transcribir, en atención a la altísima personalidad de su autor, la razón de la sinrazón, con que se pretende sostener que el Derecho penal debe desaparecer ante la Sociología criminal, que debiera asimilarlo y absorverlo para llegar a ser después la ciencia única y sintética de los delitos y de las penas.

«Si se cree, dice Ferri (*Sociología Criminal*), que el criminalista debe estudiar únicamente el delito y la pena como entidades jurídicas, dejando a la sociología el cuidado de ocuparse en el delito como de un fenómeno social en su génesis natural, y por consecuencia a las doctrinas preventivas el de procurar su profilaxis, encargando a la ciencia penitenciaria la misión de estudiar la pena como aplicación práctica de una regla jurídica abstracta, resultará de ello (lo que yá ha sucedido con la escuela clásica) que cada una de estas ciencias y sus aplicaciones irá por su lado sin que haya entre ellas inteligencia alguna, y existiendo a menudo oposición entre sus métodos y sus intencio-

nes..... y mientras tanto, ¿quién es el que lo sufre? La sociedad civil, que queda sin defensa contra los ataques de los criminales, y que no hace nada por prevenirlos; y también el condenado mismo, quien permanece perdido entre los engranajes incoherentes de un mecanismo represivo ciego».

Argumentaciones semejantes, desprevistas de valor científico, no sirven, en nuestro sentir, sino para poner de relieve la oposición marcada con los tan invocados métodos de observación y experimentación prácticos; los cuales, en primer término, nos indican que sólo en los hechos consumados se caracteriza el progreso en la historia. Y si damos una mirada retrospectiva por las altas regiones de las disciplinas científicas, no podemos menos de reconocer que el progreso consiste precisamente en el paso de lo indistinto a lo distinto; que la justicia penal, bajo la presión imperativa de la necesidad, lentamente se va circunscribiendo dentro de ciertos límites y transformándose con las nuevas orientaciones, olvidando por siempre su cuna humilde de «represión dentro de la familia y de venganza fuéra de ella», para constituír, en nuestros tiempos actuales, una como síntesis organizada de tendencias que, aunque debieran obrar coacertadamente en las más altas manifestaciones de la vida social, no pueden quedar comprendidas en una ciencia única y sintética; porque sería una ciencia que tendría que abarcar necesariamente, lo que es un imposible, el orden jerárquico de todo el saber humano, fundiendo y confundiendo ciencias que, aunque tuvieran un mismo fin último, tienen, sin embargo, un diverso fin próximo.

IV

Ahora se pregunta en cuántos momentos, y en cuáles, puede el Estado dirirse contra el delito. Y la respuesta es espontánea, dice el célebre profesor de la Universidad de Módena:

«El Estado puede dirigirse contra el delito sólo en tres momentos; del mismo modo que el médico puede luchar contra la enfermedad en tres momentos, en tres momentos solamente. En efecto, se lucha contra la enfermedad cuando ya ha aparecido o cuando ya ha realizado su obra, y se lucha para hacerla cesar o para reparar los daños ocasionados; viniendo más atrás, se lucha contra la enfermedad cuando está en incubación, y se lucha para impedir su nacimiento, y viniendo aún más atrás, se lucha para eliminar aquellas condiciones que son la causa de la enfermedad. De la misma manera se lucha contra el delito, cuando éste ya ha cumplido su obra, y se lucha para reparar los daños ocasionados; viniendo más atrás, se lucha contra el delito cuando está en incubación, y se lucha para impedirle que nazca; y viniendo todavía más atrás, se lucha contra el delito para eliminar aquellas condiciones que son las causas que determinan su nacimiento. El médico, en el primer momento en que puede intervenir, hace obra de *higiene;* en el segundo, obra de *medicina*, que puede llamarse *preventiva*, y en el tercero, hace obra de *medicina*, que puede llamarse *reparatoria*. El Estado, en el primer momento en que puede intervenir, hace obra de *prevención*, que puede llamarse *indirecta* o *remota* (porque obra sobre causas remotas); en el segundo, hace obra de prevención *directa* o *próxima* (porque obra sobre las causas próximas); en el tercero, hace obra de *reprensión*».

«Los estudios sobre el delito, considerado como un fenómeno natural y social, pertenecen a las dos ciencias,

la *Sociología criminal* y la *Antropología criminal*, que son dos ciencias naturales y sociales, Y como tales estudios determinan los instruemntos y los remedios de prevención indirecta, también éstos caen dentro de la esfera de una y otra ciencia».

«La determinación de los instrumentos y de los remedios de prevención indirecta, aunque pertenece a estas ciencias, no sale del campo de las investigaciones naturales y sociales; pero, una vez realizada, entra en el campo de las ciencias jurídicas en cuanto el Estado ordena ciertas acciones y prohibe otras, y en cuanto de la observancia o de la desobediencia de sus mandatos nacen determinados efectos jurídicos».

«Pero como el delito en incubación pone en peligro bienes jurídicos determinados y concretos, y el delito, después de su nacimiento, viola dichos bienes, de tal peligro y de tal violación se derivan, a su vez, efectos jurídicos determinados y concretos, y puesto que, por otra parte, en este segundo y en este tercer momento el Estado no puede intervenir, sino poniendo obstáculos a ciertas actividades que normalmente se encuentran garantidas por el derecho, es natural que surja otra ciencia, que, por el objeto a que tiende y por los medios de que dispone, no puede menos de ser una ciencia jurídica: el *Derecho penal*» (1), que *es el conjunto de reglas que dicta el legislador, conforme a la Constitución de cada Estado, para regular el Derecho de castigar que tiene la sociedad.*

Este comprende, como las demás ramas que sacan su nutrición vital del tronco común o doctrina general del Derecho, tres partes:

a) el *precepto* o la determinación de los delitos y de las penas;

b) la *organización*, que señala las autoridades o jurisdicciones encargadas de perseguir y castigar los delitos; y

(1) Bernardino Alimena. *Principios de Derecho Penal.*

c) el *procedimiento* o método que se debe seguir para juzgar el delito y los delincuentes.

De estas tres partes, las dos últimas constituyen el Derecho Procesal, y solamente a la primera se la puede llamar con propiedad Derecho Penal; ciencia que diz que irá disminuyendo en importancia hasta su total desaparición como institución política, coincidiendo natural y necesariamente su desaparición «con el predominio universal de la justicia, como sentimiento y fuerza específica de la vida social» (Ferri).

Pero esta negación rotunda y exagerada del Derecho penal del porvenir para sustituírlo con reformas sociales que hagan desaparecer las agresiones directas e inmediatas contrarias a las fuerzas vivificadoras de la evolución social, ocupando el lugar de los medios represivos y preventivos, fuéra de que acarrea consecuencias inadmisibles por la deplorable confusión de los conceptos de *causa* y *condición* que son esencialmente diversos (1), se nos asemeja

---

(1) «El magnífico invento del arte de imprimir ha sido condición para todas las calumnias, afrentas, injurias, etc., que desde entonces acá se han esparcido por medio de la prensa; ¿ha sido también causa de las mismas? ¿Son las armas de fuego la causa de todos los asesinatos que con ellas se han perpetrado, o el matrimonio la causa de los adulterios, o la del robo la propiedad privada? De ninguna manera; son meras *condiciones* requeridas para estos hechos criminales. Del mismo modo, la existencia de los monarcas es mera condición para los crímenes de lesa majestad, la proximidad del lugar para asestar a otro una puñalada, el camino para andar; la plasticidad de la materia para la construcción de una estatua, y a nadie se le ocurre decir que semejantes circunstancias sean la verdadera causa de estos efectos.

Solamente merece el nombre de causa aquello que por causa de su actividad da a otra cosa la existencia. Puede muy bien suceder que, para producir un efecto determinado, deban obrar varias causas al mismo tiempo, formando entre todas ellas, obrando a la par, la *causa total* del efecto; mas aun en este caso, sólo se podrá llamar causa parcial la que por medio de su actividad contribuye a la producción del efecto de tal modo que éste deba al menos en parte su existencia a aquélla».

demasiado a la extravagante cháchara de Ribot y Fontseré, cuando en violenta filípica censura las piernas porque diz que está seguro de que aún consideradas en su estado normal o fisiológico, son por sí solas una calamidad terrible, aunque por una excepción casi milagrosa se hallen libres de sabañones, de callos, de ureños y demás plagas que a tantos hijos de Adan hacen avinagrar el gesto.

Bien comprendemos que el ridículo no es arma científica convincente, pero no es nuéstra la culpa de que la rumia sosegada de las nuevas doctrinas discutibles de Enrico Ferri (1), cuyos principios ni siquiera pugnan por abrirse paso en el cerebro y en el corazón de los hombres —pues la cuestión no está en percibir las localizaciones de la gangrena, sino en encontrarle remedio—nos den la misma sensación que nos producen las siguientes reflexiones del jocoso escritor que acabamos de citar; quien, como si conociese al dedillo las enseñanzas del maestro del positivismo, Augusto Conte, indica que nada debe destruírse sin reemplazarse; y hé aquí que no trata de reducir a la hombres a la triste condición de los reptiles, cuando, debido a una bala de cañón, o a la mano del cirujano, o a cualquiera otra causa accidental o congénita, se alcanza el envidiable privilegio de no tener piernas naturales; puesto que sólo quiere reemplazar ventajosamente las piernas de carne y hueso con piernas de palo, a fin de que «las pedradas y porrazos en la espinillas que tan vehementes dolores ocasionan, no produzcan ninguna sensación desagradable. y para que todos los hombres, pero más especialmente los traperos y los mendigos contra quienes los perros han concebido un odio tan profundo que al parecer se va dilatando de generación en generación, reporten de las piernas de palo grandes beneficios.

---

(1) Y aquí entre nosotros, del doctor Rafael Escallón; véanse *Conferencias de Derecho Penal.*

Podrían entonces reírse de los ladridos amenazadores del más espantoso alano, y cebar impasibles la voracidad de la fiera dándole a roer la pierna luégo que el animal intentase pasar a las vías de hecho. Como el perro no mordiese más que las piernas, es seguro que ningún daño causaría a su pretendida víctima aunque estuviese atacado de hidrofobia».

Concretando un poco más el asunto y abordando de frente y no de flanco, estamos seguros que el fundador de la Sociología criminal, quien en sus geniales investigaciones adivinadoras (?), al concebir el delito, «como un fenómeno natural, determinado por factores antropológicos, telúricos y sociales, pregonando que el remedio contra la criminalidad no puede consistir en la *panacea de la pena*, para recurrir a otras medidas con que se la pueda sustituir para satisfacer el apremio social del orden; medidas que él llama *sustitutivos penales*, atribuídas únicamente al poder omnímodo y absorbente del Estado; no fija la distinción necesaria entre la *acción social* (que es la única que puede establecer instituciones que por sí solas desarrollan las más altas virtudes cívicas y desenvuelven una influencia determinante sobre los ideales sociales y el carácter de los conciudadanos) y el *magisterio punitivo del Estado en la represión de la delincuencia*. Y como si lo fatigase el rigorismo científico, se sale de la región de los principios, olvidando que la Escuela clásica ya había dicho que en la misión por excelencia protectora de la conservación del orden público y del estado jurídico, en cuanto hace relación a la administración de justicia, sólo pueden acudir a tres clases de medidas los Gobiernos justos: *a)* por medio de *disposiciones* encaminadas a interesar y excitar a todos a hacer lo que el derecho ordena y a abstenerce de lo que prohibe; *b)* por medio de *disposiciones* dirigidas a reparar el mál causado cuando el derecho resulta violado, y *c)* por medio de *disposiciones* cuyo objeto

sea la imposición de un castigo al que no obra con arreglo a lo que la justicia y la ley exigen.

Pero es evidente que los que en un cuerpo legal no ven más que un conjunto de reglas constituídas para la dirección de un pueblo, los que creen a los Códigos obras de los gobiernos y no de la filosofía y del movimiento dialéctico de las ideas, desconociendo el gran movimiento de la historia y la ley del progreso humano; bien pudieran sin empacho, observar también a las naciones civilizadas los inmensos recursos y eficaces medidas que de las piernas de palo pudiera derivar un Gobierno protector para sostener el orden, garantir la seguridad individual y aumentar considerablemente las riquezas del tesoro. Es innegable que cuanto mayores son las piernas tanto más largos son los pasos, y que la extensión de éstas no es una cosa indiferente para la velocidad de la marcha. Conocido esto podría el Gobierno establecer una medida de piernas general para todos los individuos, no permitiendo a nadie traspasar el máximum establecido sin una autorización previa que sólo debiera obtenerse mediante una retribución, como se hace con las licencias de caza. Dios sabe con esto cuán grandes serían entonces los ingresos en las arcas públicas. La autorización de piernas que ascendieran a la marca, no debería concederse jamás a hombres de sospechosa conducta o poco amigos de la situación. Disponiendo al mismo tiempo que los individuos del ejército y los agentes de seguridad pública hiciesen uso de piernas mucho mayores que el resto de los ciudadanos, al menor síntoma de alarma podrían caer numerosas fuerzas encima de las poblaciones disidentes, y de este modo en un santiamén se ahogarían las revueltas. No veríamos entonces como ahora, un malhechor a menudo más ágil que un hombre de bién y no se burlarían los bandidos de sus perseguidores (1).

---

(1) Ribot y Fontseré. *Ventajas del que no tiene piernas, o del que las lleva de palo.*

Además, si es cierto que el evolucionismo como método, es una interpretación de la sociedad humana, según los términos de la causación natural, no nos asombra la conclusión de Garofalo, quien, en nuestro parecer, no pudo negar que si se buscan las causas de la evolución en el ambiente, es claro que el estudio pertenece al dominio de la Economía, la ciencia de la utilidad y de los bienes. Nosotros nos damos buena cuenta, dice, de las influencias del medio físico y moral, y precisamente por esto es por lo que no comprendemos una teoría que deja expuesto al culpable a estas mismas influencias que han contribuído a su degeneración. Pero cuando se dice: *En lugar de castigar debéis preocuparos en modificar el ambiente, suprimiendo las causas del delito*, no podemos menos de sonreírnos, porque sabemos muy bien que el legislador no puede realizar lo que no es sino la obra del tiempo. Pero ¿a qué insistir? No hay legislador que pueda hacer que no haya miseria, ni ignorancia, que las tentaciones desaparezcan, que la codicia, la ambición, la vanidad y las demás pasiones del hombre queden suprimidas de su corazón. El Estado no debe, pues, cejar en su lucha contra el delito, porque no puede fiarlo todo al progreso de la civilización, cuyo curso es tan lento y con frecuencia interminente. Además, este progreso de la civilización se interrumpiría bruscamente si la represión faltase o se debilitara (1). Y esto otro de Carelli:

«Se ha creído poder sustituír con reformas sociales el magisterio represivo del Estado, hallando en aquellos el remedio más eficaz contra la delincuencia: las exageraciones en la diagnosis han contribuído naturalmente, a producir los errores en la profilaxis y en la terapéutica. No es que la sociedad, como abstracción distinta de los individuos, proyecte sobre éstos una influencia propiamente suya, sino que son los mismos individuos los

---

(1) Garofalo—La *Criminalogia*.

que, perfeccionando su organismo, forman el grado mayor de civilización social que luégo repercute sobre los cooperadores de ésta. Esto para los que sueñan que el verdadero y único remedio contra la delincuencia está en las reformas sociales».

En opinión de los tratadistas, los grados y los aspectos bajo los cuales debe ser considerado el problema penal, son tres: el aspecto fisiológico social, el político y el legislativo judicial: cada uno de los cuales no es una simple determinación sino una transformación, por lo que cada cual presenta una fisonomía particular del problema penal (1).

En la sociedad se cometen, dice el célebre autor que acabamos de citar, acciones que se denominan delitos, frente a otras acciones que se llaman honradas, y hay delincuentes al lado de ciudadanos honrados. Esta es la consecuencia que resulta de considerar la delincuencia bajo el aspecto fisiológico y social. Mas una vez que en la sociedad se dibuja esta profunda distinción entre ciudadanos honrados y delincuentes, y entre sus respectivos modos de obrar, ¿cuál es la manera como el Estado debe comportarse con los unos y con los otros? La contestación es evidente: protegiendo a los ciudadanos honrados contra las agresiones de los delincuentes. Y hé aquí el segundo aspecto del problema penal, el aspecto político:

---

(1) 1. «El aspecto *fisiológico social* muestra la delincuencia en relación con los organismos individuales y con la constitución social;

2. El aspecto *político* demuestra las transformaciones que experimenta la delincuencia social, considerada en relación con el interés que el Estado tiene en reprimirla; y

3. El aspecto *legislativo judicial*, indica las transformaciones que sufre la delincuencia social y política frente a la labor legislativa y de las sentencias de los magistrados». (Luis Carelli—*Términos del Derecho penal*).

el Estado frente a la delincuencia, para la tutela de los ciudadanos honrados. El problema penal considerado bajo este aspecto, se presenta como objeto de un análisis doble, a saber: de qué manera se determina el concepto de la delincuencia social desde el punto de vista de la represión política y jurídica por parte del Estado, y cuál debe ser la forma de la represión así limitada y determinada.

Mas, al dar respuesta a estas cuestiones, aquí sería el caso de estudiar cuáles son los fines que el Estado debiera proponerse y cuáles las funciones que debiera realizar en referencia con los arduos problemas de la criminalidad, si estos interrogantes no entrañaran graves cuestiones que no pueden ser resueltas en abstracto con criterios universalmente válidos, pues, enseña la historia que el Estado cambia de funciones en armonía con el carácter propio de un pueblo y de una época dados. Generando con esto las tres concepciones o formas típicas que los depositarios de la ciencia distinguen en el desarrollo histórico de la penalidad: *a)* La concepción *bárbara*, durante la cual los delitos se dividen en públicos, castigados con penas corporales crueles, y delitos privados, perseguidos o castigados por la víctima o por la familia; *b)* La concepción *teocrática,* durante la cual, el delito, cualquiera que sea se considera como un atentado contra la sociedad religiosa, y *c)* La concepción *política*, durante la cual el delito es considerado como una lesión del orden social y la pena como un medio de prevenirlo y castigarlo.

«Pero, bien sea que estas concepciones, participando de la idea teocrática o de la vindicta pública; bien sea que hubiesen tenido por objeto saciar la venganza de la sociedad o mantener el terror, ellas no han sido en el fondo, con formas diversas y efectos distintos, sino consecuencias más o menos exageradas del principio ma-

lamente comprendido y peor aplicado de la utilidad pública» (1); pues el orden jurídico del Estado es más antiguo que la ley formulada y los conceptos de culpa y de pena son tan antiguos como la humanidad y no han nacido como un efecto de la ley penal. Sólo más tarde, cuando ya las legislaciones no se asentaron sobre los fundamentos éticos con la misma sencillez e incondicionalidad de antes, hubo de atenderse a las fórmulas positivas, a fin de que no se pueda hacer valer nada en el Derecho penal sin que medie la formación previa. Lo que no es otra cosa, en la materia de que tratamos, que el Derecho penal *objetivo*, que definiremos en el capítulo siguiente, y distinto perfectamente del *Jus puniendi* o Derecho penal *subjetivo* que, en decir de la filosofía escolástica, «es la facultad correspodiente al Estado para determinar los delitos, establecer las penas e imponerlas».

Y como los estrechos límites de este trabajo no nos permiten penetrar un poco siquiera en el estudio de las innumerables y variadas teorías investigadoras del fundamento de legitimidad con que la sociedad castiga al delincuente, aplaudida por la opinión común de todos los hombres y en todos los tiempos, nos contentamos con decir que el Estado tiene el derecho de castigar porque lo tiene y porque lo ha tenido siempre; fuera de que en opinión de notables tratadistas como Rocco (2), «el Derecho penal desde el punto de vista jurídico, desde el punto de vista de su causa, es decir, de la soberanía del Estado, no tiene necesidad de justificación alguna, como tampoco tiene necesidad de justificación la existencia del Estado y de su soberanía». En efecto—aprovechando las enseñanzas del doctor Escallón—un determinado

---

(1) Doctor Antonio José Uribe—Introducción al estudio del Derecho penal.

(2) Rocco, *Sul concetto del dirritto subicttivo di punire* (citado por Alimena).

sistema de normas jurídicas gobierna siempre y en todas partes, en la sociedad humana, la conducta recíproca de los particulares, la acción de los órganos colectivos hacia los individuos y el comportamiento de éstos hacia aquéllos. Este hecho históricamente innegable y que la razón natural no podría desmentir, lógicamente se explica mediante la simple consideración de los fines de conservación y perfeccionamiento que se imponen a toda sociedad humana, por ley natural y constante de la vida. Para que la sociedad humana pueda conservarse y progresar, necesita, sin duda alguna, de un conjunto de normas, que regulen o disciplinen la conducta de los miembros que la componen entre sí, la de la colectividad hacia los miembros y la de éstos hacia aquéllas (1).

Establecida, pues, como indispensable a la humana convivencia la magistratura penal encaminada a reprimir ciertos actos lesivos de la propia existencia, conservación y perfeccionamiento sociales, también aquí sería el caso de averiguar los caracteres diferenciales que separan la *ilegalidad civil* de la *ilegalidad penal*, examinando en qué casos y circunstancias se aplican las sanciones de la primera especie y en cuáles las de la última, es decir, cuáles son las especies de sanciones y consecuencias jurídicas de lo ilícito, que, en opinión de los entendidos en la materia, intrínseca y extrínsecamente considerado se divide y diferencia, según los principios del orden jurídico vigente. Mas llegados a este punto, séanos permitido decir con Alimena, que al pretender establecer una diferencia que esté por encima y fuéra del Derecho positivo, una diferencia que, por decirlo así, pueda imponerse aun a los bárbaros que quisieran es-

---

(1) Doctor Rafael Escallón—*Concepto y naturaleza del Derecho penal.*

cribir otro Código penal después de haber destruído todas las leyes vigentes, no podría buscarse sino según tres únicas direcciones: el derecho violado, la forma de violación, y el ánimo del que lo ejecuta; pero que ninguna de estas direcciones, ni las diferencias propuestas por los autores, sirven para distinguir las dos clases de ilegalidades, porque sólo sirven cuando son superfluas y no sirven cuando son necesarias. Y esta la razón para que concluya el autor citado, que realmente el legislador puede y debe mediante un tajo neto y preciso separar, aun cuando sólo sea artificialmente, ambas clases de ilegalidades, sirviéndose de todos los criterios unidos y de ninguno separadamente y en combinación con los provenientes de la tradición, de las costumbres, de las condiciones particulares de las regiones y de los pueblos. Lo cual no significa que esta diferencia deba existir en sí misma y fuéra de la ley. Más bien todo induce a creer que en la realidad, en aquella realidad de la que surge el derecho, no existe tal diferencia, que sólo por una política criminal bien entendida puede determinarse, a fin de saber cuáles son los bienes jurídicos que deben ser defendidos con la amenaza de una pena, ya que «la reacción penal es un medio más enérgico, que interviene cuando las otras sanciones se manifiestan insuficientes y tiene, por tanto, el carácter de subsidiaria» (1).

Ahora bien, como la perversidad moral y la perversidad social de una acción, son esencialmente distintas, no toda lesión de derecho, aunque fuente de obligaciones civiles, constituye un delito objeto de represión penal; porque la primera se juzga con criterio presidido solamen-

---

(1) Así se servirá, continúa Alimena (Principios de Derecho penal), del criterio del daño objetivo, de la alarma social, de la repetabilidad, de la forma de violación, de los sentimientos que presupone, de la oportunidad o de la necesidad de suplir con la amenaza de la pena la insuficiencia de la cautela personal.

te por el desorden moral, mientras que en la segunda domina el criterio de la turbación social, y no todas las ofensas causadas a la ley moral caen bajo la competencia de la ley social, sino aquellas que constituyen lesión de verdaderos y perfectos derechos. «Por tanto, como dice Mancini (1), ningún hecho puede ser imputado como *delito*, ante la justicia penal, mientras no haya intervenido de propósito la manifestación de voluntad del Legislador, el cual, reconociendo con previsión y sabiamente, que ciertas acciones, contrarias a la ley moral, ofenden también la seguridad pública o privada, las prohibe y califica de delitos, reprimiéndolas mediante la amenaza de una pena. Hasta que su palabra no se haga pública, en la forma usada, y no haya declarado que un hecho concreto es punible e impuéstole pena, ese hecho no es ni puede ser delito, cualesquiera que sean la perversidad con que se cometió y el daño derivado del mismo. Este último podrá, en verdad, ser con razón legítimo objeto de resarcimiento, ante los Tribunales civiles, pero no será título legítimo de imputabilidad, ante los Tribunales penales, si el legislador guarda silencio acerca de él».

---

(1) Pascual Stanislao Mancini—*Proyecto de Código penal italiano.*

CAPITULO IV

La imputabilidad social o acriminación

I

Raro parecerá, a primera vista, que tratemos este asunto que pareciera no estar en el lugar correspondiente; pero es el caso que, para nosotros, la locución *Imputabilidad social*, no representa cosa diversa del *Jus poenale* que, según la exactísima división escolástica, «*comprende el conjunto de normas y de principios que, consagrados en las leyes, regulan concretamente en cada Estado el ejercicio de la facultad de castigar;* y que no puede manifestarse, en tesis general, sino en virtud del juicio que en el recinto de las Cámaras legislativas la representación nacional hace sobre los hechos ilícitos futuros, en busca de aquella fórmula breve y comprensiva que abarque el mayor número de hipótesis que la pompa de la varia diversidad de las acciones humanas caprichosamente presenta. Pues el predominio de la verdadera filosofía ha sujetado al imperio de los principios a pueblos y legisladores, convirtiendo en un todo armónico el Derecho penal, antes incoherente, que, como lo vimos en el capítulo anterior, «continúa destacándose con todos sus prestigios, en el hermoso cuadro de las ciencias morales y políticas, como conjunto de principios, como venero de verdades, inmediatamente deducidos de los imperativos categóricos de la conciencia y de los postulados de la razón humana, a pesar de los esfuerzos del *positivismo* para desterrar a la justicia del mundo, sustituyendo su acción moralizadora con una clasificación zoológica de los hombres delincuentes, según su mayor o menor *temibilidad*, con el sólo fin de aplicar las

penas en el grado que reclamen, no la entidad moral y jurídica del delito cometido, sino la categoría peligrosa en que se encuentre el reo, y la índole de los estímulos pasionales o atávicos que constituyen su determinismo» (1).

Conviene, pues, que veamos ahora qué es lo que entendemos por imputabilidad; fijemos claramente su división en *moral* y *social* o acriminación—como más comúnmente la llaman los autores—y establezcamos la diferencia existente entre esta última y la imputación, la responsabilidad y la culpabilidad; expresiones éstas, que las vemos con frecuencia usadas, no sólo en el lenguaje común sino también en el científico, como sinónimas y promiscuamente, a pesar del diverso concepto que unas y otras entrañan.

II

Imputar, según el Diccionario de la Lengua, significa atribuír alguna cosa a alguna persona, abonar una partida a alguno en su cuenta o deducirla de su débito, y viene del verbo latino *imputare*, que significa en sentido recto formar cuenta a alguno. Y pues esta operación se hace comparando lo recibido con lo gastado, por esto se empleó este vocablo para denotar la aplicación de la ley a los hechos, que se hace de una manera semejante, y de aquí los términos imputación e imputabilidad que precisan la división y distinción necesarias, porque, de no hacerlo, suelen originarse confusiones y equívocos.

La *imputación*, en decir del inmortal Carrara, que es de quien tomamos estas diferencias, es el juicio sobre un hecho *realizado*, cuando se considera, no una pura abstracción, sino una realidad, es decir, cuando se examina el hecho concreto, bien sea a la luz de la simple consideración de la relación natural entre el hecho y la moral del agente, o en consideraciones deducidas de las relaciones externas del hombre para hacerle el ajuste de cuentas o

---

(1) Proal. *El delito y la pena.*

atribuírle las deudas; requisito previo y uno de los fundamentos de la responsabilidad.

En el primer caso, este ajuste, consistente en discernir cuáles actos y consecuencias de ellos se deben poner a cuenta suya en comparación con aquella norma eminentemente espiritual e interna que tiende a regular con especialidad los actos que no salen del santuario de la conciencia y cuya sanción no se impone al hombre en formas materiales, es lo que se llama imputación *moral*, que exige sólo una condición, a saber: que el hombre que ha sido causa *material* de un hecho, haya sido también su causa moral. Se imputa moralmente al hombre todo hecho del cual ha sido su causa moral, ya sea su acción indiferente, buena o mala.

No acontece lo propio con la imputación *civil* o jurídica, originadora del principio, *nemo judex sine lege*, que ha dado lugar a la constitución de las leyes especiales de procedimiento, porque solamente pertenece al Magistrado el declarar que una persona determinada es responsable ante la sociedad de un *hecho sucedido* en violación de disposiciones jurídicas establecidas por el Estado con el fin de unir al hecho del delito la pena como su consecuencia jurídica. Es, pues, algo así como el resultado integral de los tres juicios siguientes de que nos habla Carrara: El Magistrado encuentra en este individuo la causa *material* del acto, y le dice *tú lo has hecho*: imputación *física*. Encuentra que este individuo ha ejecutado el acto con voluntad inteligente y le dice: *tú lo has hecho voluntariamente:* imputación *moral*. Halla que este acto estaba prohibido por la ley del Estado y le dice: *tú lo has hecho en violación de la ley:* imputación *legal*. Sólo en consecuencia de estas tres proposiciones puede el Magistrado decir al ciudadano: te imputo este acto como delito (1). Y entonces sí, y sólo entonces, se entra a averiguar la *responsabilidad;* pala-

---

(1) Francisco Carrara. *Programa del curso de derecho criminal.*

bra que viene de la locución latina *respondere* (responder) y que no es otra cosa que el juzgamiento con la necesaria comprobación del hecho, al cual sigue o no, según los casos, la *culpabilidad,* que presupone la pena, como que es la obligación de sufrir todas las consecuencias penales y civiles del delito (1).

Y hé aquí que las tres nociones: imputabilidad (2), culpabilidad y responsabilidad, se compaginan y pueden compararse, respectivamente: con las primeras diligencias informativas; con el auto de proceder, y con la sentencia, que son las tres etapas indispensables del proceso criminal establecidas en todos los pueblos a medida que se van acercando a la conquista de los derechos ciudadanos por el método lento y progresivo de la evolución

---

(1) Al usar en el presente trabajo del vocablo *delito*, lo empleamos con la amplitud del significado que tiene en italiano la palabra *reati* (reatos) (*), para comprender genéricamente todos los hechos infractores de consecuencias injustas sancionados y comprendidos en el Código penal y en otras leyes especiales y distintas que contienen preceptos de esa naturaleza que, conforme a la nomenclatura de la legislación toscana, no comprende más que dos grandes grupos, tomando exclusivamente por guía en su división bipartita, el criterio racional y científico de su naturaleza ontológica. Lo que no sucede en la división trimembre del Código francés: crímenes, delitos y faltas, que aún rige entre nosotros a pesar de lo inútil y arbitraria, fuéra de que conduce sin motivo a un sistema complicado de penalidad, sin que exista criterio alguno por donde se pueda determinar la diferencia entre crímenes y delitos.

(2) La imputabilidad, en tesis general y sin ningún calificativo, es el estado del hombre en virtud del cual le atribuímos las acciones con sus propiedades y consecuencias, como a su propio autor y propietario, alabándole o censurándole, adjudicándole culpa o mérito por ella.

(*) La palabra italiana *reato* no tiene equivalente en su buen sentido técnico en nuestra lengua, aunque también es castellana y significa, según el Diccionario de la Lengua, obligación que queda a la pena que corresponde al pecado, aún después de perdonado.

que transforma suavemente las instituciones en la sucesión de los tiempos.

Como se ve, fácilmente se comprende que el modo de proceder de la jurisdicción civil al establecer su juicio en consonancia con los dictados de la lógica y los principios de la jurisprudencia, es silogístico. Aplica, en efecto, como premisas generales al caso concreto de que se trata, las prohibiciones que la autoridad social ha dado como medios de defensa del orden externo.

Nótese que decimos *medios de defensa del orden externo*, porque la sociedad se defiende de las acciones externas que modifican más o menos el mundo exterior, es decir, de los hechos, porque no se trata de la *imputabilidad moral* que sólo se manifiesta en virtud del raciocinio que se hace sobre un hecho *futuro* previsto únicamente como *posible* perturbación de aquella ley suprema que ha impreso en el corazón humano el sentimiento de obligación en razón del perfeccionamirnto interno, y que nace de la ley de la responsabilidad humana con la sola condición de que el hombre haya obrado bajo el influjo de la actividad de la razón práctica; la que poseyendo los conceptos generales del bien y del mal, del derecho y de la injuria, deduce máximas fundamentales de carácter general y práctico para dirigir las acciones singulares y señalar lo que en cada caso particular y en circunstancias dadas, se debe hacer u omitir.

La *Imputabilidad social*, por el contrario, debemos buscarla, no en el tribunal en que el bien se mantiene siempre separado del mal, lo justo de lo injusto, y que se apellida conciencia humana, solamente; pues es preciso además que haya infracción de la ley positiva, según los principios de aplicación universal: *nullum crimen sine lege* y *nulla pena sine lege*, que se encuentran sancionados en todas las legislaciones positivas modernas, y que fueron establecidos antes, entre otros, en el Derecho ro-

mano, por Ulpiano, aceptados por el Derecho canónico y proclamados implícita y triunfalmente en el artículo 8.° de la declaración de los Derechos del Hombre en los tiempos de la Revolución francesa, y que son ya hoy cánones de justicia social y de razón grabados tan hondamente que bien podrían suprimirse de los Códigos; pues resulta evidente que ningún acto del hombre puede ser reputado como constitutivo de delito, sino cuando haya sido consumado en contravención con una ley que lo prohiba, y la imposición de la pena no puede ser legítima más que como sanción del precepto legal imperante que haya sido voluntariamente violado.

De aquí se origina el principio de la necesidad de la previa declaración, que no tenían los pueblos antiguos, como en los modernos, la vital importancia rectrictiva de la arbitrariedad judicial; garantizando con la fijeza en la declaración del derecho, la seguridad individual, a fin de que los hombres no queden sujetos a los hombres, sino a las leyes en la determinación de los delitos y de las penas: *Ubi non est lex, nec prevaricatio.*

Pero, como las Leyes penales son un conjunto de preceptos y prohibiciones, que el Legislador al darles vida no aprecia, como aprecia en el Derecho civil las relaciones de los ciudadanos entre sí; sino las relaciones de éstos con el Estado como protector y regulador de los intereses sociales, su primer deber es decir claramente y en términos tales que de todos sea comprendido, cuáles son los actos que prohibe, que condena, que castiga. Y así, gravitando sobre los tres principios fundamentales: el delito, la pena y la responsabilidad, que son nociones que todavía se cristalizan, hoy como ayer, al contacto de un acto psicológico y de un acto físico, mediante la rebelión de una voluntad inteligente y libre contra la ley prohibitiva, y una acción o una omisión que exterioriza esa interna determinación, resulta evidente que donde no

cabe pena, no hay delito y donde no hay relación moral entre un hecho y su autor, no puede imponerse un castigo.

Conocer, pues, el delito, la pena con que debe ser castigado y las personas responsables, es el ideal de los tribunales en la aplicación de las leyes penales, y la aspiración constante de las innumerables teorías que la ciencia divulga, cada día con mayor afán, en busca de pregonar sin vacíos fórmulas sintéticas, dentro de cuyos caracteres genéricos encajen con propiedad los caracteres especiales de los diferentes hechos punibles, dándose tántas concepciones doctrinales cuantas son las escuelas que discuten sobre el origen del derecho de castigar.

III

Pero esbocemos aunque someramente las diversas teorías que estudian las *condiciones mínimas subjetivas* necesarias para la existencia de la imputabilidad social; asunto éste de los más importantes y requisito necesario para la concepción de lo que se apellida delito y castigo. Los cuales, en su carácter de contrarios, son los fundamentos y columnas sobre que se levanta el edificio del Derecho penal, presuponiendo las nociones de imputabilidad y responsabilidad, y éstas, a su vez, en la escuela que seguimos, *la libertad de albedrío* en el sentido de una perfección positiva que indica la alta prerrogativa de la voluntad de *poseer el señorío sobre su propio querer;* presupuesto, también el necesario conocimiento de *poder querer o no querer, querer esto o aquello.*

La primera, que es la más antigua y aceptada por muchos siglos, da como base de la imputabilidad el libre albedrío;

La segunda, es moderna y tiende a prescindir del libre albedrío como elemento extraño al Derecho penal; y para fundar la imputabilidad distingue entre los norma-

les y los enfermos de mente, sometiendo al Derecho penal solamente a aquéllos, y

La tercera, niega también el libre albedrío o lo considera como elemento extraño, y funda la imputabilidad penal en la responsabilidad social y no distingue entre enfermos y sanos de mente; todos responden sin distinción.

De aquí han surgido dos luchas: una entre la Escuela Clásica, que es *indeterminista* y sostiene, en consecuencia, la primera tesis; y las otras dos, perfectamente *deterministas*, y que también luchan entre sí, según que distingan o no, entre enfermos y sanos de mente.

Estudiaríamos, empero, cuál es la doctrina de la imputabilidad social en las diversas escuelas, para deducir, con luz meridiana, la opinión aceptable, si no nos hiciésemos interminables. Tanto más si se considera que, de la lucha de las dos teorías extremas (la que funda la imputabilidad en la responsabilidad moral y por consiguiente en el libre albedrío; y la que le niega su existencia o lo presenta como discutible por lo menos, buscando el criterio de la imputabilidad en la fórmula de la defensa social, a la cual basta la imputación física), surgen, como yá lo dijimos, teorías intermedias que, aunque presentan al libre albedrío como extraño al Derecho penal, fundan la imputabilidad social en condiciones individuales diversas, por ver de resolver la oposición entre las dos extremas en el seno de una autoridad superior, como único camino por el cual marcha la ciencia con más segura planta.

Mas, sin negar a algunas de estas teorías intermedias una marcada importancia en la obra de concentración práctica legislativa, asunto que nos proponemos estudiar con mayor detenimiento y con aquella disposición favorable que sabe respetar y acatar todo lo que nuestros antepasados han hecho de grande, una vez que hayamos concluído con nuestros deberes estudiantiles; por ahora nos contentamos con decir que nos parece imposible armonizar las

disidencias graves que disuelven la unidad de ideas entre las dos grandes tendencias. Trátase, en realidad, nada menos que de la oposición de la Moderna Escuela con la «*concepción hasta ahora comúnmente recibida por juristas y no juristas*».

Y ocurre preguntar: cuál de las dos concepciones diametralmente opuestas es la verdadera, si aquella que pregona la existencia del *libre albedrío* como una necesidad evidente; o aquella que lo considera como una idea rancia propia de espíritus débiles. Si aquella para quien el hombre es una inteligencia servida por órganos, que tiene conciencia de sus actos, explicando brillantemente el deber que ésta tiene de sujetar todos sus actos a la ley, puesto que tiene en su vida la antorcha de la razón en un alma inmortal; o aquella que considera que «el hombre no es sino un cerebro servido por otros órganos» (Letourné), o que «es un animal de especie superior que produce poemas y filosofías, como el gusano de seda hace capullos y la abeja hace su colmena» (Taine), para llegar a la conclusión de que el delincuente es un *monstruo con rostro humano*, un sér que transmite por *herencia* sus enfermedades *psíquicas y morales* que debe estar sujeto a medidas antiprocreativas, a fin de que el criminal no engendre un criminal, a la manera que una víbora engendra otra víbora: «*Similia ex similibus mascuntur*».

Y hé aquí la manera como se llega a la presente conclusión. Como base y fundamento del moderno estudio de la Sociología, se encuentra, como yá lo vimos, el principio de que la sociedad es un organismo viviente que tiene relaciones con el individuo. Y sobre esta aplicación exagerada del procedimiento analógico a la explicación y descripción de la sociedad, a partir de la afirmación capital de Spencer, de que *la sociedad es un organismo*, viene a formular Ferri el criterio de la *responsabilidad social.*

«El criminalista sociólogo, dice, no puede limitarse a las indagaciones de anatomía puramente descriptiva y silogística de las que se componía el patrimonio de la escuela criminal clásica, sobre la delincuencia y criminalidad tal como se presentan hoy en la sociedad civil, o como se las observa a hurtadillas en el microcosmo de la historia, sino que debe investigar en las manifestaciones más alejadas de la vida los gérmenes elementales y remotos de esta función penal que nos ofrece hoy una constitución tan compleja y que precisamente se trata de regular conforme a las exigencias de la vida actual..... Todo sér viviente lucha por su propia existencia; y por lo tanto todo acto que ataque sus condiciones naturales de existencia individual o social, determina de su parte una reacción directa o indirectamente defensiva, según que ésta pueda evitar en el acto mismo las consecuencias dañosas del ataque o que pueda impedir su repetición para el porvenir, castigando a su autor.

«Este es el hecho primitivo, irreductible, elemental: él constituye uno de los caracteres fundamentales de la materia organizada o viviente, se relaciona con las condiciones esenciales de la sensibilidad y el movimiento, se manifiesta en las formas más elementales de la vida, así en el simple protoplasma como en el vegetal; sigue paso a paso sus complicaciones sucesivas, llega a las formas más complejas y elevadas de la defensa humana individual y social, directa e indirecta; se complica al hacer su camino con otros elementos físicos y psíquicos, en los medios de defensa y en los sentimientos e ideas que los acompañan y se transmiten hereditariamente; pero conserva siempre el fondo primitivo que acabamos de indicar» (1).

De manera, pues, que partiendo desde la célula, que es la primera manifestación orgánica, y siguiendo por los demás organismos rudimentarios, hasta llegar a los

(1) Ferri, *Sociología criminal.*

más perfectos y hasta la más elevada función del Estado, la función punitiva; esa reacción se manifiesta, según ellos, en forma de defensa y se la justifica por la necesidad de conservar el organismo y procurar su desarrollo. Pero el Estado, en relación con los factores internos, y así como en muchos casos el organismo animal por su propia fuerza elimina gérmenes patológicos que, de otro modo, serían fuente de envenenamiento e intoxicaciones, tiene también su defensa especial para eliminar los gérmenes dañosos que se producen naturalmente, y entre los cuales se cuenta el *delito* que, para que sea imputable, es suficiente que su autor forme parte del organismo social; sin que se atienda a otra cosa, sino a que sea la *causa física* del hecho delictuoso.

Pero este paralelismo entre la estructura y funciones del organismo individual y social, que algunos han llevado demasiado lejos hasta encontrar analogías entre la estructura del cuerpo social y la del cuerpo animal, asimilando, por ejemplo, los hilos del telégrafo a las fibras del sistema nervioso, no es más que producto de imaginaciones febricitantes que han dado pábulo sin barrera alguna a todas las fantasías, dejando a un lado los consejos de la prudencia científica indispensable en debates de esta naturaleza. Porque examinando el sér humano tal como constituye la unidad antropológica, nunca podrá ser reducido a condición de *célula* del Estado u *organismo social*, pues solamente una parte del hombre, su parte espiritual, está amoldada por la asociación. Tiene hambre, cansancio o sueño como tal hombre, no como *socius*, pues muchos de sus instintos, impulsos y pensamientos son presociales o, si se prefiere, extrasociales. De otro lado, la asociación en todas sus formas depende de una relación de acción consistente en afectar psíquicamente el alma por la mente de otro individuo. Esta especie de relación constituye la acción directamente social, a diferencia de la indirectamente social, como

en el caso de la acción del individuo sobre sí mismo por la educación o cultivo de la tierra, en la que no hay relación inmediata de un sér humano con otro. Frecuentemente sucede por esto, que los individuos pertenezcan a varias asociaciones: pero ¿si pertenecen efectivamente a una sola, que llamaremos «sociedad», cómo al mismo tiempo pueden pertenecer a otra? En segundo lugar, el hecho de que muchos aspectos o asuntos del individuo se mantengan en condición de privados, demuestra que lo que concierne a su personalidad es distinto de lo que toca a la sociabilidad. De manera, pues, que los individuos no entran a la sociedad para formarla a la manera que los sumandos forman la suma (1 + 1 + 1 +), ni a la de los granos de arena en una medida métrica o para chocar exteriormente y rechazarse como lo hacen las bolas de billar lanzadas una contra otra en el tablero (1).

Pero si el Estado, mediante una comparación mental o expresión metafórica es un organismo, no lo es en sentido biológico, y ni siquiera se le puede reconocer la personalidad en el sentido psicológico (2), aunque se diga con Wundt que el Estado la posee, «porque lo mismo que los individuos y aún mejor que ellos, puede mi-

---

(1) Véase Carlos Wiesse—*Elementos constitutivos de la sociedad.*

(2) «Los caracteres de la personalidad psiolcógica son la autodeterminación y la autoconciencia, la unidad de volición y de acción. La autodeterminación es la determinación por motivos consabidos en conformidad con el carácter propio del agente y después de un proceso de motivación; la autoconciencia es la facultad por la cual el hombre llega a objetivarse a sí mismo: por un proceso que se llama de redoblamiento, piensa y sabe que piensa, siente y sabe que siente, quiere y sabe que quiere, dándose cuenta de que es un sér único en la sucesión de sus variaciones. Pero el Estado posee la autodeterminación; mas la posee, no porque sea único el sér que siente, que piensa, que quiere en el Estado, sino porque ha adquirido esa facultad en virtud de un proceso especial de combinación. Por esto mismo el Estado carece de antoconciencia, faltándole, de todas maneras, este requisito esencial para constituír una personalidad psicológica». (Véase A. U. Cáceres—*El Concepto del Estado*).

rar muy atrás en su pasado y muy adelante en su porvenir». Lo que no prueba seguramente que exista en el Estado esa unidad inmediata de conciencia que tiene el hombre, puesto que no es el Estado mismo quien mira su pasado y su porvenir, sino que son los individuos que actúan dentro de él; fuera de que, por otra parte, siguiendo la teoría del paralelismo psico-físico, sería indispensable un órgano central censorio de que carece completamente el Estado.

Y no se diga que las analogías entre la sociedad y el organismo bastan para considerar al Estado como un sér biológico, porque ni siquiera posee los principales caracteres de la organización: multiplicidad de partes, *consensus* que liga dichas partes, y subordinación de ellos a la vida del todo. Pero si —mutatis mutandis—indudablemente se encuentran en el Estado los dos primeros caracteres, difícil o imposible será encontrarle el tercero; porque las partes componentes son personas que no tienen el valor de fines, y ni tampoco existen única y exclusivamente por el todo a que pertenecen, hallándose tan sólo en una relación de reciprocidad en la que unas y otro, según los casos y si se quiere, pudieran ser medio y fin recíprocamente.

«Análogamente a lo que ocurre en los organismos, ha dicho A. U. Cáceres *(El concepto del Estado)*, en la sociedad las partes se renuevan constantemente, los individuos pasan, pasan las generaciones, y el todo, la sociedad, permanece; las transformaciones, el crecimiento social, se verifican *ex-intus* por un desenvolvimiento de energías que la sociedad tiene en su seno; y las sociedades tienen también períodos de crecimiento, de decadencia, y aun de muerte. Pero la historicidad, que es la vida de las formaciones sociales, que es la continuidad que liga a los individuos y a las generaciones sucesivas, no es la vida de un todo único viviente, no es la vida que liga a las partes de un organismo biológico. Asímismo, la analogía del

proceso vital de un organismo, que consiste en una adaptación de las fuerzas internas a las condiciones externas, no pueden hacer de la sociedad un organismo. Y finalmente, el crecimiento, la estacnación y la muerte de una sociedad no obedecen a ley fatal, no se realizan con necesidad fisiológica; en las sociedades existe en potencia la duración indefinida, puesto que su evolución se realiza cada vez mejor, de una manera consciente y voluntaria».

Siendo, pues, de todo punto insostenible el concepto de sociedad organismo, esto es, que los ciudadanos son simples células componentes del gran organismo animal llamado Estado, que en la penalidad reacciona por *desasimilación artificial* de los elementos nocivos; veamos cuál es el tribunal competente para fallar definitivamente en esta cuestión tan debatida en las tres etapas que hemos señalado en relación con la imputabilidad.

Desde luégo afirmamos que la concepción indeterminista—a pesar de ser tan antigua como la humanidad, puesto que se la encuentra en germen en la cuna del mundo según el bíblico relato de la infracción cometida por nuestro primer padre Adán en el paraíso—es la única que ha hecho sus pruebas de buen linaje, poniéndose en brazos con el error y venciéndolo. La única, lo repetimos, que ha sabido conquistar el dominio de los espíritus, ganádose la voluntad de los doctos y el favor de la opinión pública, al establecer como punto de partida de sus investigaciones, el supuesto de que el hombre es libre en sus resoluciones, dueño de obrar o no obrar y por lo mismo responsable de sus acciones. Al propio tiempo que sigue rigurosamente en su estudio el método de lógica jurídica que la lleva a considerar el delito desde el punto de vista técnico jurídico indispensable para aquilatar la acriminación sustancial del hecho reprobado, dejando lo demás, es decir, lo que constituye la *accidentabilidad individual* del delito (si así pudiera decirse, para compren-

der todas las circunstancias y condiciones variables, relacionadas con el lugar, el tiempo, la ocasión, el medio o el modo de obrar, y, sobre todo, con el estado de ánimo del delincuente) a la magistratura penal que, indudablemente, cuenta con muchísimos más recursos que el Legislador para apreciarlo.

Tal es la tendencia Clásica que, a no dudarlo, se lleva el triunfo en última instancia y encauza el general acuerdo que todos los hombres manifiestan en la vida diaria por palabras y obras: «Si cada individuo no es libre de ser virtuoso o criminal, cabe preguntar ¿por qué la pena, el castigo, la infamia, en un caso, y en otro, la recompensa, la estimación pública, el respeto, la reputación, la gloria? Si todo individuo bueno o malo obedece a los impulsos de su naturaleza y a las reacciones del medio en que vive, ¿cómo cabe imputarle el mérito o demérito de sus actos? ¿Con qué derecho se le somete a la ley?» Estas son, en resumen, las palabras de Clemencia Royer, pronunciadas en una sesión solemne del Congreso antropológico de París, en que se discutía la existencia del libre albedrío y a pesar de ser ella una de los que lo negaban.

IV

Por lo que llevamos dicho, fácil es percatarse de la ninguna importancia que reconocemos a la noción sociológica del delito, y que solamente aceptamos la distinción «clásica» que establece la división bimembre en concepto *científico* y concepto *legal* del delito que —como institución básica del Derecho penal—suelen los tratadistas considerarlo de una manera general y en abstracto primero, para luégo estudiarlo desde el punto de vista legal; indicando con esto que el Derecho penal en sentido objetivo puede ser tratado en relación con la Filosofía del Derecho o con el Derecho positivo: el Derecho penal objetivo es para la primera, «el conjunto de principios racionales que justifican el poder punitivo y determinan los modos y límites,

dentro de los cuales debe ejercitarse, y, para el Derecho legislado, el conjunto de reglas jurídicas vigentes con relación a sus delitos y sus castigos».

Pero ambos conceptos son bien distintos según se considere el delito *a priori*, abstractamente, como resultado del *libre arbitrio* del hombre, o *a posteriori*, subjetivamente, como consecuencia inevitable de la organización del delincuente, dando origen a las dos grandes teorías: la *Indeterminista* y la *Determinista* que, como ya lo vimos, se presentan en lucha de tendencia y opuestas doctrinas en el desarrollo evolutivo de la Ciencia penal. Para la primera, el *delito* es un acto humano; el *delincuente*, un sér responsable, y la *pena*, la reacción de la sociedad contra las acciones criminosas; y para la Escuela criminalógica positiva, el *delito* es el producto de una morbosidad orgánica y congétita, el *delincuente*, un sér anormal que, por su naturaleza, produce fisiológicamente el delito, y la *pena* el supremo medio de defensa social.

En lo que a la Escuela Clásica se refiere, se dan conceptos del delito que se apartan un tanto, pero conservando los caracteres generales de la escuela que pertenecen, como los de Carrara (1) y Silvela (2) por una parte, quienes establecen el concepto científico del delito desde el punto de vista de la escuela eminentemente espiritualista (subjetiva), y sostienen que lo justo es siempre útil y que los actos externos son únicamente el medio para poder juzgar de los internos, esto es, de la intención, con arreglo a la cual debe graduarse la culpabilidad; al paso

---

(1) Carrara, de quien dice Ferri *(Sociología Criminal)*, que permaneció como único y lógico intransigente hasta su muerte, porque comprendía muy bien que en los sistemas metafísidos, una sola piedra demovida hace caer todo el edificio, define el delito diciendo, que *es una violación de la ley penal por uno o más actos del hombre moralmente refutables y socialmente dañosos.*

(2) En opinión de Silvela, el delito *es la infracción del Derecho por actos de la libre voluntad.*

que otros, partiendo de los supuestos de que puede haber en ocasiones oposición entre lo *justo* y lo *inútil*, sostienen que la medida de la culpa sólo pueden darla los actos externos, no los internos, y que, en consecuencia, una acción no será delito, aunque sea contraria al Derecho, si no hay utilidad en considerarla como merecedora de un castigo, porque en tales casos las exigencias de la justicia deben mitigarse por las conveniencias de la comunidad. Así, Ortolán (1), por ejemplo, define el delito diciendo que «*es toda acción o inacción exterrior, que vulnera la justicia absoluta, y cuya represión importa para la conservación y bienestar social, que ha sido de antemano definida y a la que la Ley ha impuesto una pena*». Definición esta, que, dicho sea de paso, ha sido criticada por los autores como de poca generalidad científica, pues exigir para que una acción constituya delito que haya sido de antemano definida y penada por la Ley, es confundir, como ya lo vimos, la idea del delito en el terreno científico con la misma idea en el terreno de la Ley escrita.

En cuanto a la Moderna Escuela, existe también una segunda tendencia apellidada la de lo Neoclásicos, que invoca con gusto, en decir de Ferri, un matrimonio de conveniencia entre el viejo Derecho penal y la nueva ciencia positiva, que preciándose de »experimental» por su método, pero «crítica» por sus ideas, distingue y separa el Derecho penal de la Sociología criminal, se niega admitir el tipo del criminal nato, considera el delito como un fenómeno muy complejo y eminentemente social, y, en fin, reconoce en la pena un valor moral y una acción distinta de la de los demás factores de la higiene social.

Inútil nos parece decir que también se separa de la Clásica por la gran barrera infranqueable de la negación del *libre albedrío*, y que a pesar de las tendencias lógi-

---

(1) Ortolán, *Tratado de Derecho penal.*

camente más radicales, ha sido también acremente sensurada por Ferri, diz que porque permanece dormida en los limbos del eclecticismo, a quienes atribuye obra esteril y vana, incurriendo en la ridiculez de lo que él llama *el método de la espectativa,* y para quienes estampa expresiones poco comedidas; olvidando que la verdad científica no se detiene en su camino y sus conquistas no son sino puntos de partida para otras nuevas conquistas, y aquello otro de Spencer—que él mismo trae—que todo progreso realizado es un obstáculo a los progresos del porvenir, puesto que el hombre que ha consagrado su vida a la realización de una reforma, de una mejora cualquiera, cae naturalmente en esta ilusión, a la cual algunos espíritus privilegiados únicamente se pueden sustraer: la de creer que se ha llegado al último término del progreso humano. Como supone haber llegado al extremo límite, el revolucionario de ayer se convierte en conservador de hoy. Y en efecto, dice Ferri: «Los eclécticos existen porque *natura non facit saltus;* porque en la ciencia y en la vida, los espíritus resueltos y constantes encuentran siempre a su lado otros espíritus mediocres; y porque cuando ciertos hombres han tomado la iniciativa de una nueva dirección científica, es muy fácil y hasta muy cómodo, llegando después de ellos, darse por poco precio el aire de un innovador, no siendo más que un parásito *intelectual*» (1).

Mas volviendo a la distinción de la Escuela clásica: en concepto científico y en concepto legal del delito, declaramos que no desconocemos que esta división ha sido adicionada por la Escuela positivista moderna con los miembros, delito *natural*, y delito *jurídico;* refiriéndose aquél a las lesiones de los sentimientos altruístas fundamentales, y éste a los restantes, que, sin revestir igual importancia, no pueden ser indiferentes a la vida

---

(1) Véase Enrico Ferri—*Sociología Criminal.*

y desarrollo del organismo social. Con lo cual se pretende presentar una objeción especiosa a la frase *nullum delitum, nulla poena sine lege*, dejando en la penumbra o concediendo ninguna importancia a la ineludible necesidad de una ley positiva y publicada que es uno de los últimos frutos de la civilización política; para retroceder a los tiempos antiguos en los que no era posible aun la especificación de los órganos y de las funciones del Estado, porque para guiar a los hombres primitivos era necesario un poder único, fuerte, indiviso: «Hay, dicen, crímenes que en todos los tiempos y lugares han sido y serán objeto de la justicia penal. ¿Es menester una ley positiva para enseñar a un asesino, a un incendiario, a un ladrón, que cometen actos inmorales y perniciosos que la sociedad no puede dejar impunes? Caín clamaba: El primero que me encuentre me dará muerte. Y no se diga que es necesario a lo menos declarar la pena que sufrirán los criminales, como si fuese moral y ventajoso a la sociedad darles anticipadamente los datos necesarios por cuyo medio puedan calcular fríamente si les conviene o nó cometer un delito» (1).

Pero dejando estas observaciones, por demás inconducentes, encaminadas a establecer la inutilidad de las leyes positivas, inutilidad que nos conduciría a aquella escuela de Derecho natural condenada por Muratori, cuando denunciaba la incertidumbre de las opiniones y el desenfrenado arbitrio de los jueces, y en nombre de la cual los jueces antes de Beccaría se habían proporcionado una ley de equidad y justicia contraria aun a la más clara y manifiesta voluntad positiva del legislador, e iniciando con esto el movimiento filosófico y reaccionario del siglo XVIII que pedía imperiosamente nuevos derechos; veamos por qué no aceptamos la distinción positivista en esta materia de la división del delito, en la que los autores encuentran menos discrepancias efectivas de las que

(1) Citado por Rossi--*Tratado de Derecho penal*.

parece, y más trastrueque y confusión de dicción que de concepto.

En efecto: el distinguido y célebre Catedrático de la Universidad de Oviedo (1), con originalidad y gallardía airosas, declara su disconformidad con la diferencia establecida entre el delito *natural* y el *jurídico*, «toda vez que todo delito es jurídico (en el sentido de que viene a quebrantar un orden ético con el único quebrantamiento real de tal orden), y no constituye nunca un momento inexcusable y connatural en la existencia del derecho. Si con el empleo de tales calificativos se pretende otra cosa que la ya antigua y no bien interpretada de separar los hechos criminosos, *mala per se et mala quia prohibita*, su aceptación, sin aportar ventaja alguna, nos volvería a pasados errores y contribuiría a aumentar la oscuridad del problema». Refiriéndose luégo, el autor citado, a las disquisiciones de Garofalo, sobre el pretendido *delito natural*, que ha sufrido contundentes ataques de la crítica y rectificaciones elocuentes de parte del autor mismo, dice que el ilustre criminólogo, ganoso de libertarse del canon oficial para alcanzar un concepto típido del delito, acaba por dar valor decisivo en el terreno de la práctica a aquello mismo de que parecía huír: «Si es el delito una especie particular de inmoralidad, que vulnera los capitales sentimientos altruístas en el grado medio de su difusión en el ambiente social. ¿Cómo, si no por autoridad y obra del Legislador, que habría de obedecer al influjo dominante en los respectos aludidos, sin otro criterio ni otro ideal, podría tomar consistencia la definición de los delitos *justificables?* ¿Dónde, sino en la ley escrita, habría de darse la *expresión* de aquel grado medio, oscilante como los grados del termómetro y producto inmediato del hecho ciego de la vida? Hé aquí por donde el *delito natural*, invocado por un experimentalismo aparente, o es el más incoercible y fantástito de los conceptos, o termina por confundirse con el viejo concepto del delito legal».

(1) De Aramburu y Zoloaga—*La Nueva Ciencia penal.*

Puede imprimirse.

El Presidente de Tesis,

ANTONIO JOSÉ URIBE

Bogotá, agosto de 1922.

BIBLIOGRAFIA

ALVAREZ BONILLA ENRIQUE—*Elementos de Derecho público interno.*

ALIMENA BERNARDINO—*Principios de Derecho penal.*

ARAMBURU Y ZOLOAGA—*La Nueva Ciencia penal.*

BECCARÍA—*Del Delito y de la Pena.*

CARRARA FRANCISCO—*Programa del Curso de Derecho Criminal.*

CONCHA JOSÉ VICENTE—*Derecho Penal.*

» » » *Proyecto de Código Penal.*

CATHREIN P. VICTOR, S. J.—*Fundamentos del Derecho Penal.*

ESCALLÓN RAFAEL—*Conferencias de Dercho Penal.*

GAROFALO—*La Criminalogía.*

GARRAUD—*Droit Penal français.*

GROIZAD Y GÓMEZ DE LA SERNA—*El Código Penal de 1870 concordado y comentado.*

FERRI ENRICO—*Sociología Criminal.*

LOMBROSO CÉSAR—*Neuvelles rechercher de psichiatrie et d'anthropologie criminelle.*

MANCINI—*Proyecto de Código Penal italiano.*

ORTOLÁN—*Tratado de Derecho penal.*

PESSINA—*Elementos de Derecho penal.*

PROAL—*El Delito y la Pena.*

ROSSI—*Tratado de Derecho Penal.*

PIÑEROS R. IGNACIO—*Conferencias de Procedimientos penales y comentarios al Código Penal.*

SILVELA—*Derecho Penal.*

El Nuevo Código Penal italiano de 1889 (traducido por don Luciano Gisbert).

URIBE ANTONIO JOSÉ—*Introducción al estudio del Derecho Penal.*

» » » *La Reforma Administrativa en Colombia.*

INDICE ANALITICO

CAPÍTULO I—*Ideas generales sobre nuestra actualidad legislativa penal*—De dónde debe venir la Ley penal.—Cuál es el espíritu que debe animarla.—En quién conviene que resida el ejercicio de la facultad de dictarla.—Inconveniencia de sustituír por el Código italiano nuestro actual Código, que no es tan antiguo como comúnmente se cree.

CAPÍTULO II—*División de la soberanía y algo acerca de la manera como se cumple entre nosotros este principio en relación con el Poder Judicial.*

I—El Estado como condición fundamental de la vida del individuo.

II—El concepto de Estado.—La soberanía y su división.

III—Algo acerca de la manera como se cumple entre nosotros el principio de separación e independencia de los tres Poderes en relación con el Poder Judicial.

CAPÍTULO III—*Límites de la esfera de acción del Derecho penal.*

I—El objeto del Derecho penal.

II—Reformas penales de que se jacta la Moderna Escuela.

III—Relaciones entre el Derecho penal y la Antropología y la Sociología criminales.

IV—El Derecho Penal.—Lo que serían los «*sustitutivos penales*» atribuídos al poder omnímodo y absorbente del Estado.—Ineludible necesidad de la ley previa y promulgada.

Capítulo IV—*La imputabilidad social o acriminación.*

I—Lo que entendemos por imputabilidad social.

II—La imputación y sus divisiones.– Imputabilidad, responsabilidad y culpabilidad, no son términos sinónimos.—División de la imputabilidad en *moral* y *social*.

III—Diversas teorías que estudian las *condiciones mínimas subjetivas* para la existencia de la imputabilidad social.—La manera como se llega al concepto inadmisible de la *responsabilidad social*.—Por qué se lleva el triunfo la Escuela indeterminista.

IV—El concepto del delito.—Distinción en concepto *científico* y *legal* del delito.--Por qué no aceptamos en la noción del delito, los miembros: delito *natural* y delito *jurídico*, adicionados por la Moderna Escuela.