

Biblioteca Jurídica Digital

Derecho Penal Francesco Carrara

CONTENIDOS

CAPITULO I

GIUSEPPE PUCCIONI Y EL DERECHO PENAL	Tema 1
1.1 LA CÁTEDRA EN EL DERECHO PENAL	Tema 2
1.1.1 EL MÉTODO INQUISITORIO	Tema 3
1.1.2 ORALIDAD DEL PROCESO	Tema 4
1.2 LEGISLACIÓN PENAL	Tema 5
1.2.1 JUSTICIA PRÁCTICA	Tema 6
1.2.2 JUSTICIA POSITIVISTA	Tema 7
1.2.3 CÓDIGO LEOPOLDINO	Tema 8
1.2.4 MODERACIÓN DE LAS PENAS	Tema 9
1.2.5 CUSTODIA PREVENTIVA	Tema 10
1.2.6 ESPLENDOR DE LA REGENERACIÓN ITALIANA	Tema 11
1.2.7 EL PRINCIPIO MORAL	Tema 12
1.2.8 PENA DE MUERTE - ABOLICIÓN	Tema 13
1.3 JURISPRUDENCIA PENAL	Tema 14
1.3.1 IDOLATRÍA DE LA PROPIA VOLUNTAD	Tema 15

CAPITULO 2

ESTUDIOS JURÍDICOS	Tema 17
2.1 CODIGOS UNIVERSALES	Tema 17
2.1.2 FUNCIÓN DE LOS CÓDIGOS	Tema 18

2.2 ESTUDIO DE LA DOCTRINA	Tema 19
2.2.1 NECESIDAD DE SU ESTUDIO	Tema 20
2.3 ATEÍSMO JURÍDICO	Tema 21
2.3.1 JURISCONSULTO O LEGULEYO	Tema 22
2.4 MATERIALISMO JURÍDICO	Tema 23
2.4.1 ESCUELA HISTÓRICA	Tema 24
2.5 EL POLITEISMO JURIDICO	Tema 25
2.6 ESCUELA ONTOLÓGICA	Tema 26

CAPITULO 3

DEFENSA PUBLICA Y PRIVADA	Tema 28
3.1 EL ORDEN	Tema 28
3.1.1 GENESIS DE LA SOCIABILIDAD	Tema 29
3.1.2 OBEDIENCIA AL GOBIERNO	Tema 30
3.1.3 EL DERECHO COMO PRINCIPIO	Tema 31
3.1.4 LA SOCIEDAD COMO PRINCIPIO	Tema 32
3.1.5 LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL	Tema 33
3.1.6 LA POLITICA	Tema 34
3.1.7 CONCLUSIONES	Tema 35

CAPITULO 4

DEL DERECHO PUNITIVO IDEA FUNDAMENTAL	Tema 37
4.1 EL DERECHO DE PUNIR	Tema 37
4.2 NATURALEZA DE LA LEY JURIDICA	Tema 38
4.2.1 COMO NECESIDAD FATAL	Tema 39
4.2.2 PRINCIPIOS QUE LO AFECTAN	Tema 40
4.3 REGENERACION DE LAS DOCTRINAS	Tema 41
4.4 GRANDEZA DEL DERECHO PENAL	Tema 42

CAPITULO 5

ENMIENDA DEL REO COMO ÚNICO FUNDAMENTO DE LA PENA

5.1 CASTIGO O CORRECCIÓN

[Tema 45](#)

5.2 DOCTRINA DE LA ECONOMÍA SOCIAL

[Tema 46](#)

5.3 LA TUTELA JURÍDICA COMO FUNDAMENTO DE LA PENA

[Tema 47](#)

5.4 UNIFICACIÓN DE PRINCIPIOS

[Tema 48](#)

5.5 LA ENMIENDA SUBJETIVA

[Tema 49](#)

5.6 ENMIENDA OBJETIVA

[Tema 50](#)

5.7 HUÉSPEDES DE LAS PRISIONES

[Tema 51](#)

5.8 LIBERACIÓN PROVISIONAL

[Tema 52](#)

5.9 PRINCIPIO DE LA DEFENSA

[Tema 53](#)

CAPITULO 6

TUTELA JURÍDICA

6.1 FUENTES REMOTAS DEL DERECHO PENAL

[Tema 55](#)

6.1.1 FUNDAMENTOS DE SU GENESIS

[Tema 56](#)

6.1.2 LA CREACIÓN

[Tema 57](#)

6.2 PRINCIPIO DE ATRACCIÓN

[Tema 58](#)

6.2.1 LA SOCIABILIDAD

[Tema 59](#)

6.2.2 EDUCACIÓN RECÍPROCA

[Tema 60](#)

6.2.3 FORMAS DE ALCANZAR LOS FINES

[Tema 61](#)

6.2.4 VIOLACIÓN DEL DERECHO

[Tema 62](#)

6.3 CONSECUENCIAS DE LOS PRINCIPIOS

[Tema 63](#)

6. 3.1 PRIMERA CONSECUENCIA

[Tema 64](#)

6. 3.2 SEGUNDA CONSECUENCIA

[Tema 65](#)

6. 3.3 TERCERA CONSECUENCIA

[Tema 66](#)

6. 3.4 CUARTA CONSECUENCIA

[Tema 67](#)

6.4. CONCEPTO CARDINAL DEL DERECHO POSITIVO	Tema 68
6. 5. LA TUTELA JURIDICA	Tema 69

CAPITULO 7

DOLO	Tema 70
7.1 DEFINICIONES	Tema 71
7.2 CRITERIOS DE DOSIFICACIÓN	Tema 72
7.3 GRADOS DEL DOLO	Tema 73
7.3.1 PRIMER GRADO	Tema 74
7.3.2 SEGUNDO GRADO	Tema 75
7.3.3 TERCER GRADO	Tema 76
7.3.4 CUARTO GRADO	Tema 77
7.4 EL DOLO EN OTROS DELITOS	Tema 78
7.5 ESENCIA DEL DELITO	Tema 79
7.6 DETERMINADO E INDETERMINADO	Tema 80
7.7 DOLO DE SIMULACION Y DESIMULACION	Tema 81

CAPITULO 8

TENTATIVA EN EL ÍMPETU	Tema 83
8.1 PREFACIO	Tema 83
8.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	Tema 84
8.3. BUSQUEDA DEL DOLO	Tema 85
8.3.1 SUPOSICIÓN DEL DOLO	Tema 86
8.3.2 DISTINTOS DEL DELITO	Tema 87
8.3.3 CONFUSIÓN DEL ELEMENTO	Tema 88
8.3.4 IMPETU EN EL DUELO	Tema 89
8.4 CONCLUSIONES	Tema 90

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO	Tema 91
9.1 CONATO (TENTATIVA)	Tema 92
9.1.1 CUANDO EXISTE LA TENTATIVA	Tema 93
9.1.1.1 ELEMENTO MORAL. INDAGACIÓN OBJETIVA	Tema 94
9.1.1.1.1 DEBE SER DIRECTA	Tema 95
9.1.1.1.2 LA INTENCIÓN DEBE SER PERFECTA PARA QUE EXISTA TENTATIVA.	Tema 96
9.1.1.2 ELEMENTO FÍSICO. INDAGACIÓN SUBJETIVA	Tema 97
9.1.2. IMPUTACIÓN DEL CONATO	Tema 98
9.1.2.1 CUALIDAD	Tema 99
9.1.2.2 CANTIDAD	Tema 100
9.2 COMPLICIDAD	Tema 101
9.2.1 CONCURSO DE ACCIÓN SIN CONCURSO DE VOLUNTAD	Tema 102
9.2.1.1 INTENCIÓN INOCENTEMENTE DISTINTA	Tema 103
9.2.1.2 INTENCIÓN CRIMINOSAMENTE DISTINTA	Tema 104
9.2.1.3 INTENCIÓN NEGATIVAMENTE INDIRECTA	Tema 105
9.2.1.4 INTENCIÓN IMPERFECTA	Tema 106
9.2.2 CONCURSO DE VOLUNTAD SIN CONCURSO DE ACCIÓN	Tema 107
9.2.2.1 MANDATO	Tema 108
9.2.2.2 CONSEJO	Tema 109
9.2.2.3 SOCIEDAD	Tema 110
9.2.3 CONCURSO DE VOLUNTAD Y CONCURSO DE ACCIÓN	Tema 111
9.2.4 CASOS IRREGULARES	Tema 112
9.2.4.1 COHERENCIA PERSEVERANTE DE LAS VOLUNTADES	Tema 113
9.2.4.2 COHERENCIA DE LA ACCIÓN CON LA VOLUNTAD	Tema 114
9.2.4.3 COHERENCIA EN LA POSICIÓN JURÍDICA DE LAS PERSONAS	Tema 115
9.2.5 CASO ESPECIAL DE TENTATIVA	Tema 116
9.3 DUPLICIDAD DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS	Tema 117

Biblioteca Jurídica Digital
Editextos J. U. Ltda
www.juridica-colombia.com

Derecho Penal

Françesco Carrara

CAPITULO I

GIUSEPPE PUCCIONI Y EL DERECHO PENAL

Creí mi deber estudiar a Puccioni en su vida de criminalista y, en este plano, lo estudio en la cátedra, en la legislación y en la jurisprudencia.

Art 2

CAPITULO I
GIUSEPPE PUCCIONI Y EL
DERECHO PENAL

1.1 LA CÁTEDRA EN EL DERECHO PENAL

La ciencia penal no ostenta una auténtica vejez. Al principio fue confundida, junto con toda la doctrina jurídica, dentro del concepto general de la filosofía; cuando se separó de ésta, el estudio del derecho quedó por otra larga temporada compenetrado en el mismo.

El ingenio italiano tuvo la idea de separar la doctrina del derecho punitivo de la enseñanza general del derecho, haciendo de ella el objeto de una enseñanza especial. Gandino, en el siglo decimotercero, publicó un tratado particular: De maleficiis.

Rolandino Romaniceo publicó un escrito: De ordine maleficiarum, que parecía destinado a establecer las reglas particulares de los procedimientos criminales. Pero Rolandino y Gandino sólo eran jurisconsultos privados.

Es natural que los gobiernos que más apego tiene a la autoridad despótica prefieran la enseñanza positiva del derecho a la enseñanza filosófica.

La unidad de pensamiento unió en nuestra historia la institución de la enseñanza filosófica penal en Pisa, en 1763, con la abolición final de la escuela exegetica en 1784; y la creación de una cátedra de jurisprudencia penal en Florencia, en 1778, con la promulgación del nuevo código penal en 1786.

Los anhelos de los doctos precedían al código Leopoldino. Se debía abatir desde sus raíces a la inquisición, basada en los tormentos, las pruebas privilegiadas y todo aquello que, estulto o cruel, había formado hasta entonces todo el armamento de la defensa pública. Procedimiento fundado sobre el inicuo principio de la sospecha, y un sistema penal fundado sobre el draconiano principio de la intimidación.

Por la fuerza convergente de las dos cátedras, los verdaderos principios de la moderna ciencia penal casi se encarnaron en nuestro pueblo. Así, pudo echar amplias raíces el sentimiento de respeto que se debe al ciudadano, aunque esté acusado de un crimen, y junto con la caridad hacia el infeliz sobre el que pende una acusación creció el respeto a los sagrados derechos de la defensa, cuyas potestades deben constituirse sobre la base de la igualdad con las potestades de la acusación, para disminuir lo más que sea posible el peligro de la condena de un inocente, en lo cual no sólo existe daño privado, sino el grave daño social de la impunidad del culpable. Deben trazarse los límites de los poderes de la acusación, o sea que se induzca engaño a la justicia por exceso de celo o miras ambiciosas.

Art 3

CAPITULO I GIUSEPPE PUCCIONI Y EL DERECHO PENAL

1.1 LA CÁTEDRA EN EL DERECHO PENAL

La ciencia penal no ostenta una auténtica vejez. Al principio fue confundida, junto con toda la doctrina jurídica, dentro del concepto general de la filosofía; cuando se separó de ésta, el estudio del derecho quedó por otra larga temporada compenetrado en el mismo.

El ingenio italiano tuvo la idea de separar la doctrina del derecho punitivo de la enseñanza general del derecho, haciendo de ella el objeto de una enseñanza especial. Gandino, en el siglo decimotercero, publicó un tratado particular: De maleficiis.

Rolandino Romaniceo publicó un escrito: De ordine maleficiarum, que parecía destinado a establecer las reglas particulares de los procedimientos criminales. Pero Rolandino y Gandino sólo eran jurisconsultos privados.

Es natural que los gobiernos que más apego tiene a la autoridad despótica prefieran la enseñanza positiva del derecho a la enseñanza filosófica.

La unidad de pensamiento unió en nuestra historia la institución de la enseñanza filosófica penal en Pisa, en 1763, con la abolición final de la escuela exegética en 1784; y la creación de una cátedra de jurisprudencia penal en Florencia, en 1778, con la promulgación del nuevo código penal en 1786.

Los anhelos de los doctos precedían al código Leopoldino. Se debía abatir desde sus raíces a la inquisición, basada en los tormentos, las pruebas privilegiadas y todo aquello que, estulto o cruel, había formado hasta entonces todo el armamento de la defensa pública. Procedimiento fundado sobre el inicuo principio de la sospecha, y un sistema penal fundado sobre el draconiano principio de la intimidación.

Por la fuerza convergente de las dos cátedras, los verdaderos principios de la moderna ciencia penal casi se encarnaron en nuestro pueblo. Así, pudo echar amplias raíces el sentimiento de respeto que se debe al ciudadano, aunque esté acusado de un crimen, y junto con la caridad hacia el infeliz sobre el que pende una acusación creció el respeto a los sagrados derechos de la defensa, cuyas potestades deben constituirse sobre la base de la igualdad con las potestades de la acusación, para disminuir lo más que sea posible el peligro de la condena de un inocente, en lo cual no sólo existe daño privado, sino el grave daño social de la impunidad del culpable. Deben trazarse los límites de los poderes de la acusación, o sea que se induzca engaño a la justicia por exceso de celo o miras ambiciosas.

Art 4

CAPITULO I GIUSEPPE PUCCIONI Y EL DERECHO PENAL

1.1.2 Oralidad del Proceso

Esas ideas de nuestro criminalista debían, en buena lógica, conducirlo a propugnar la oralidad pura en los procesos penales. La mente de Puccioni, siempre con buenas razones hacia las garantías de los acusados - que es garantía de la verdad y de la justicia -, no podía aprobar el proceso mixto en la forma que prevaleció entre nosotros, porque en ella la oralidad fue ahogada en el proceso escrito.

Si el testigo cambia la versión que el proceso escrito le atribuye haber dicho, cuando esos cambios se vuelven en perjuicio del acusado, se le acepta con presteza y se procura, sin más, su inserción en el acta. Pero si al testigo se le ocurre cambiar siquiera una sílaba en favor del acusado, se le hace objeto de agrios reproches, un seco desdén agita al Ministerio Público; se le amenaza con la cárcel inmediata, y no se tarda en mandarlo a ella, aunque no se tenga otra prueba de la supuesta falsedad que la diferencia entre lo que dice y lo que se escribió.

Obsérvese bien este punto, en el cual está todo el sofisma de las prácticas actúales. Ello es justo, y más bien

necesario, cuando el testigo aparezca falso. Pues bien, todo el problema está en esa fórmula del aparecer falso. Ciertamente, sí el testigo es desmentido por otros que tienen una prevalecencia de credibilidad que no sea la de perjudicar al acusado; si resultaron en el juicio oral circunstancias que hacen suponer un soborno; si el testigo se muestra incierto, dubitante, o narra cosas inverosímiles; si, en una palabra, por otros elementos extrínsecos surgen graves sospechas de su falsedad, deberá sin duda recurrirse a una medida contra él. Pero ésta no es la disputa y no es esto lo que ocurre. La disputa se plantea así: para afirmar que el testigo es sospechoso basta solamente la mera circunstancia de que él no confirme hasta la última letra todo lo que está registrado en el procedimiento escrito.

No es posible que el testigo convenga en haber perjurado, y mucho menos que mantenga nervios de acero frente a la amenaza de la cárcel y al ceño adusto de un magistrado. El busca su tranquilidad, su salvación, y afirma lo que se le exige. Así, en el juicio oral se sonsacan las declaraciones con una amenaza inminente, lo que no es más que una "tortura de guante blanco"; así se muestra a quien tiene ojos, cuánta hipocresía se esconde en aquella afirmación de la ley que no reconoce valor al procedimiento escrito y que anuncia que todo debe depender únicamente del proceso oral que, según la ley, debería ser todo, y que resulta nada en la realidad concreta de los hechos. Pero no siempre puede elegirse lo mejor cuando se debe luchar con los prejuicios y con los temores del gobierno, los cuales, por una singular fatalidad, combaten el bien y no previenen el mal.

Art 5

CAPITULO I GIUSEPPE PUCCIONI Y EL DERECHO PENAL

1.2 LEGISLACIÓN PENAL

El reconocimiento del derecho penal como una ciencia particular y autónoma, y su segregación completa de las otras partes del derecho, rendía sus frutos en los tratados teóricos y, en las cátedras y debía también producirlos en la historia externa de las legislaciones. En efecto, entre los siglos XV y XVI, la idea según la cual debe formarse un estatuto particular con los delitos y las penas, estallaba en un movimiento de universal rivalidad de todos los Estados de Europa, para tener cada uno su propio estatuto criminal que tratara exclusivamente sobre los crímenes y las penas, aunque manteniendo siempre, en los primeros tiempos, unidos también a los ordenamientos del procedimiento punitivo.

Los gobiernos que derribaron y se dividieron entre sí el Imperio romano, presentaron en sus estatutos un conjunto en el que se fundaban todas las disposiciones que hoy son material para códigos vigentes, y en la Ley Sálica, en la Ripuaria y en otras leyes bárbaras existe un capítulo sobre las formas de las contrataciones escrito enseguida de un capítulo sobre los homicidios, y así sucesivamente; procediéndose con el mismo sistema de fusión en las colecciones del derecho canónico.

En la antigua Roma, se había cuidado de dictar particulares sanciones para una u otra especie de delito que era peor que otros; y si el mismo cuidado se tuvo después, respecto de otros hechos especiales, estas leyes, edictos o bandos, estaban muy lejos de constituir un código penal completo. También Leroslao, el Rómulo y el Numa del Imperio ruso, que tantos elogios merecieron de los historiadores de su nación por el gigantesco código que dictó en 1019, mantuvieron unidas en un solo cuerpo, a la manera de las antiguas Pandectas, no sólo las materias de fondo y de procedimiento, sino incluso las disposiciones penales y civiles. El impulso hacia la codificación especial de los delitos y de las penas partió, a comienzos de siglo XVI, de la nación germana.

En el año 1507, Jorge, obispo de Bamberger, compuso con la ayuda de Juan Schwarzenberg un estatuto penal que alcanzó fama bajo el nombre de Bambergense. Ese ejemplo estimuló al marqués de Brandeburgo a imitarlo, y con ayuda del mismo juriconsulto, promulgó en 1516 su código penal. El ejemplo despertó la ambición de Carlos V, ya que deseaba que su imperio ganara la primacía sobre Alemania también en esta obra legislativa. Él, a su vez, solicitó la ayuda de Schwarzenberg, y de otros juriconsultos para que todas las materias relativas a los delitos, penas y procedimientos penales, tuvieran disposiciones recogidas en un solo código. Pero, desde la muerte de Schwarzenberg en 1528 (según otros biógrafos en 1521), el código de Carlos no tuvo cumplimiento sino hasta 1532, quedando en la historia de la legislación alemana un punto oscuro, acremente disputado y combatido con las más esmeradas y contradictorias investigaciones entre los eruditos tudescos: saber el nombre de los redactores de aquel estatuto penal y definir las verdaderas fuentes de las que tomaron las ideas y las disposiciones propuestas. Sobre esta divergencia, ya expresé antes mi opinión, y es que el código Carolino no era totalmente producción germánica, sino que Carlos V, señor en aquel periodo del reino de Nápoles, se valió también en dicho trabajo de la obra de algún juriconsulto italiano, o por lo menos, tomó mucho de las célebres pragmáticas napolitanas, en las cuales se hallaban esparcidas disposiciones filosóficas y sabias que se anticipaban a los tiempos.

He reforzado este pensamiento por diversas confrontaciones que hice entre algunas de aquellas "pragmáticas" y algunas disposiciones de la Némesis Carolina, las que habría deseado completar si el tiempo y las fuerzas me lo hubieran permitido. El hecho es que Carlos V, en 1532, presentó aquel código a la Dieta de Ratisbona y obtuvo la sanción que, conforme al pensamiento del Emperador, debía convertirlo en el código penal de todos los Estados germánicos.

Y, efectivamente, si se exceptúa algún Estado particular como Hesse y la Sajonia, que quisieron tener sus propias constituciones, la "Némesis Carolina" llegó a ser el derecho penal común de toda Alemania y también de las repúblicas independientes del imperio, habiéndose mantenido en vigor en algunas de dichas provincias hasta nuestros días. A ese propósito, como señalan los comentaristas, sirvió admirablemente el juicio y la perspicacia de Carlos, quien, precisamente en miras de procurar que su código fuese aceptado de buen grado por todos los Estados germánicos, quiso que el mismo se señalase por una cierta benignidad (proporcionada siempre a las ideas de aquellos tiempos) y por el abandono de los rigores contra ciertos delitos religiosos; malicia que, según señalan, adoptó el Emperador para que su código no encontrase oposición en los Estados protestantes.

Pero, sobre todo, fue laudable en aquel trabajo una ingeniosa flexibilidad que lo hizo (como diré dentro de poco) adaptable al movimiento de las luces, a los deseos, a las necesidades y al desenvolvimiento civil de los diversos pueblos.

Sabio pensamiento fue ése, y enteramente opuesto a aquel que engañó la mente de otros más recientes legisladores, los cuales, mientras alimentaban igualmente en su ánimo el ambicioso deseo de que su propio código penal adquiriese autoridad en otros Estados y en otras provincias, procediendo de modo prepósteramente lo

componían en forma draconiana y lo teñían con los más negros colores de la severidad, lo que, por cierto, sirvió para acrecentar las antipatías.

Se empeñó en imitar el trabajo de Carlos V su perpetuo émulo, Francisco I de Francia, quien en la Ordenanza de Villers _ Cotteret, promulgada en 1539, dio a su nación un código penal que quedó en vigor hasta la Revolución. Pero Francisco cayó en pésimas manos al confiar su obra al canciller Poujet, de execrada memoria. Por ello, si el código de Carlos se destacó por su filosofía y moderación, el código de Francisco se destacó, al contrario, por su exorbitancia de atroz severidad y por disposiciones que con horror se recuerdan como testimonio de iniquidad.

No es necesario seguir aquí el movimiento de imitación que impulsó entonces, por esa vía, a tantos otros Estados menores de Europa; basta decir que aconteció en aquella época lo que se ha renovado en nuestros tiempos, en los cuales, por el ejemplo del código penal francés de 1810 y del código bávaro de 1813, se ha visto en el curso de un medio siglo una competencia universal de todos los gobiernos de Europa, todos los cuales, desde los más grandes hasta los más pequeños, han querido tener, el uno después del otro, su propio código penal, siguiendo unas veces al uno y otras veces al otro de los dos modelos antedichos.

Y la competencia no ha terminado todavía.

Para los fines de este escrito me es preciso volver un instante a la Némesis Carolina e indicar el motivo de su grande y merecida celebridad, así como la gran utilidad que ella trajo a la ciencia y a la justicia penal.

Con el propósito de que su código pudiese ser duradero y adaptarse a la variedad de los tiempos y de los lugares, Carlos V, en el artículo final de su Constitución, ordenó con gran previsión que cada vez que los jueces se encontrasen perplejos ante algún caso y la especialidad de éste les hiciera parecer excesivamente dura la prescripción de la ley, recurriesen al consejo de los jurisperitos. El Emperador no se conformó con dictar ese precepto como disposición general, sino que lo fue repitiendo en los distintos títulos especiales de delitos que más le parecieron susceptibles de poder suscitar dudas en los casos prácticos.

CAPITULO I GIUSEPPE PUCCIONI Y EL DERECHO PENAL

1.2.1 Justicia Práctica

Por virtud de tal disposición, los jueces alemanes recurrieron frecuentísimamente a las facultades de derecho de

los diversos países, y sometiéndoles los procesos dudosos, obtenían de ellas el oráculo, y en conformidad con éste decidían la suerte de los procesados.

De esto nació una justicia práctica envidiada y admirable para aquellas épocas. De esto nació una progresiva elaboración científica, que preparó materiales valiosísimos para la doctrina penal.

Las respuestas de las facultades fueron coleccionando por los más eminentes jurisconsultos tudescos bajo el título de *observations, responsa, quaestiones* y otros semejantes, y formaron una biblioteca en la que el estudioso criminalista pudo encontrar el hilo orientador de los más abstrusos problemas y la solución, directa o analógica, de los casos más intrincados y difíciles.

Art 7

CAPITULO I GIUSEPPE PUCCIONI Y EL DERECHO PENAL

1.2.2 Justicia Positivista

Lo contrario ocurría en Francia, donde el inexorable positivismo de las Ordenanzas encerraba a la justicia en un círculo de hierro y mataba toda tentativa de movimiento científico.

Fue esta la causa por la cual la Némesis Carolina pudo seguir viviendo hasta tiempos recientes, sostenida, no como las Ordenanzas francesas, por la fuerza de las bayonetas que las tuvieron en pie en medio de los gemidos de las víctimas y de las censuras de los doctos hasta el estallido de la venganza popular, sino mantenida por la reverencia de los eruditos y por la buena previsión que, frente a las otras legislaciones, la hizo rendirse al progreso cada día creciente de los principios humanitarios, y encarnarlos en la aplicación del código Carolino, usando de toda la amplitud concedida por el mismo al poder interpretativo. En Alemania, incluso la tiranía fue siempre sabia, mientras que en la antigua Francia sólo fue prepotente y feroz.

Así, pudo acontecer que en el siglo pasado viesan la luz en Alemania las Instituciones de derecho penal de Koch y de Puttmann, en las que todavía se encuentra un completo desenvolvimiento de los principios filosóficos del derecho criminal, coordinados al texto de la Némesis Carolina y a las respuestas de las facultades de derecho; mientras que en Francia, los tratados de Vouglans y de Jousse sólo se inspiraron en la torva luz de las Ordenanzas y sólo ofrecieron frutos de filosofía o de ciencia desecados y atrofiados por el positivismo.

Refiero estas particularidades relativas a la Constitución de Carlos V, por la analogía que presentan con el movimiento de la legislación penal en Toscana.

Es inútil recordar como fue entre nosotros la justicia penal en aquellos tiempos en que nos gobernaban los llamados órdenes diversos; y es mejor tender un velo sobre este periodo, que hace extraño contraste con la presente civilización de nuestra provincia. Basta decir que en Toscana las leyes penales no era nada mejores que

las peores que hacían tan triste experiencia en otros países europeos.

Art 8

CAPITULO I GIUSEPPE PUCCIONI Y EL DERECHO PENAL

1.2.3 Código Leopoldino

Pero, en 1763, ascendía al trono de Toscana Pedro Leopoldo y, entre tanto, Cesar Beccaría publicaba aquel estupendo libro que tantos y tan perennes beneficios trajo a la humanidad, a la justicia y a la ciencia penal.

El príncipe toscano, ambicioso de ganar fama para sí y de atraer al pueblo, confiado en el camino del progreso y de la civilización, se puso sin demora a realizar vitales reformas legislativas. Y, finalmente, en 1786, promulgó el reglamento penal que nos rigió hasta 1853 con universal encomio:

El código Leopoldino. Como este código fue merecedor de altos honores por los principios humanitarios que sancionó, y como influyó cada vez más en endulzar las costumbres del pueblo toscano, y como la rectitud de sus disposiciones procesales y la benignidad de los castigos volvieron cada vez más raros los delitos, hoy pertenece a la historia por todos conocida; además, contaban con el testimonio de Nani, de Mattei y de otros doctos que fuera de Toscana publicaron libros elogiosos.

Es preciso recordar aquí, como particularidad que da luz sobre la historia de la legislación penal toscana, un punto de contacto entre el art. 116 del código Leopoldino, reproducido luego en términos más amplios en el art. 28 de la Ley de agosto 30 de 1795 y el art. 219 de la Némesis Carolina.

En el art. 219, el emperador había previsto que las penas dictadas por él para cada delito en particular, podían variantibus circumstantiis resultar, en su aplicación práctica, excesivas y muy severas. Igual eventualidad previó los legisladores toscanos. Y el uno y los otros no quisieron aprisionar a la posteridad en las férreas tenazas de sus voluntades, sino dejar libre campo al desarrollo de la doctrina y a su complemento propio, la justicia penal. Por eso, aquellos sabios bien sabían que el peor defecto de una ley punitiva es su inmovilidad, porque esta triste fatalidad de que un hombre aplique pena a otro hombre no puede tener otra razón que la legitime, que la necesidad, y esa necesidad de castigar más o de castigar menos, que si es sobrepasada por el castigo, convierte a la justicia penal en injusticia, en acto de fuerza e iniquidad, no puede ser sino relativa a las condiciones de los tiempos y a los hábitos y costumbres, siempre mudables, de los diversos pueblos, por variedades y mutaciones que el legislador no puede prever ni dirigir.

Ello conduce a un progresivo decrecimiento del rigor punitivo, que está en correspondencia con la ley suprema de la constante civilización de los pueblos.

Por consiguiente, tanto el legislador alemán como los legisladores toscanos, procuraron dictar una disposición que hiciera compatible la vida práctica de sus códigos con la actuación de la verdadera justicia, mediante la constante mutabilidad de los hechos criminosos y de la modificación de las costumbres.

El legislador alemán impuso a los jueces del crimen, como he dicho antes, la obligación de consultar, antes de emitir juicio, a las facultades de derecho más próximas, y de definir, según el parecer de aquéllas, el título jurídico conveniente a los casos particulares, adaptando a ellos los castigos.

Art 9

CAPITULO I GIUSEPPE PUCCIONI Y EL DERECHO PENAL

1.2.4 Moderación de las Penas

Con la misma intención, los legisladores toscanos, dado que no tenían la jurisdicción penal confiada a escabinos, sino a óptimos magistrados muy eruditos en las materias del derecho, a quienes sin obligarlos a recurrir a las academias, les entregaron la potestad de moderar las penas adaptándolas a la proporción que les pareciese más conveniente por las particulares contingencias del caso o por los cambios de las costumbres y de los tiempos.

Esto no significaba abandonar las circunstancias atenuantes a la sensibilidad moral de hombres indoctos, sino someter perpetuamente los castigos al señorío de la ciencia.

Surgió en cierto modo, en Toscana, un segundo código criminal al lado de las leyes de 1786 y de 1795, y fue el que se llamó de las "costumbres judiciales", en las cuales se encontró el principio progresivo de la sabiduría de los jueces, que lentamente iba adaptando las penalidades a los movimientos de las costumbres, de las doctrinas, y a los hechos.

Esas costumbres judiciales merecieron el nombre de Ley o de Código supletorio. Por eso, cuando en 1838 el príncipe de Toscana quiso corregir los abusos de los procedimientos penales y los reconstruyó más acorde con la civilización de nuestro país, dictó un precepto taxativo según el cual los jueces debían aplicar las penas no sólo según las leyes soberanas, sino también según las costumbres judiciales; de suerte que impuso que debía ser motivo de casación y de anulación de un juicio criminal la violación de las leyes y también la violación de la

práctica de juzgar, así como la omisión o el olvido de ésta. Como testimonio del modo amplio (y, sin embargo, siempre no censurado por aquel gobierno, pese a su despotismo), conque la magistratura toscana se sirvió de las facultades que de ese modo se le habían concedido; y para mostrar con cuanto juicio y utilidad general se sirvió de ellas, señalaré un solo hecho.

Por mucho que el código Leopoldino hubiese eliminado muchas partes del antiguo derecho penal, el mal era tan grande, que no se podía acabar todo de un solo golpe. Habían quedado, como señalé antes, restos de la antigua barbarie, y entre ellos la amenaza, para ciertos delitos, de la pena de fustigación, pública o privada, según los casos. Ahora bien, no sobrevino ninguna reforma legislativa que aboliera o modificara tal penalidad, la cual, además de envilecer la dignidad humana y resultar repugnante al sentir italiano, era fecunda ocasión de escándalo y excitaba al pueblo a mofarse de la ley o a insultar cruelmente la infelicidad ajena.

Pero es, sin embargo, un hecho histórico que desde 1813 a 1853 no se vio ya ni un solo ejemplo de fustigación pública o privada ejecutada por sentencia de juez, y solamente en raros casos fue infligida de manera privada por la potestad administrativa.

Todo ello sucedía dentro de un gobierno celoso de su poder, y con el aplauso universal de la opinión pública; y la justicia penal toscana era elogiada, incluso en los países extranjeros, por aquellos que la conocían a fondo como modelo de honestidad y de cordura.

Nosotros conocemos en la historia de nuestro país varios momentos en los cuales la veleidad de extender las cadenas incluso sobre la sacra estatua de Temís invadió al gobierno de aquel tiempo.

Pero las tentaciones fueron vencidas, acaso por el temor, pues bien se conocía la resistencia que habría encontrado entre nosotros la invasión del poder ejecutivo sobre la administración de la justicia.

Se recurrió, eso sí, a artificios y acciones indirectas. Se ampliaron los poderes administrativos. Se constituyeron, en los consejos de prefectura, tribunales excepcionales con híbridas formas y efímeras garantías.

Bien se comprendía que había que mostrar reverencia hacia aquellos órganos de la justicia que el pueblo deseaba ver reverenciados; y cuanto más se temía del pueblo, tanto menos se osaba debilitar sus frenos.

Carlos V no fue menos fuerte y poderoso por la elasticidad que dieron a su código penal las elaboraciones científicas de las academias; y el poder del Gran Duque no habría tampoco vacilado por la justicia independiente administrada por nuestra magistratura, ni por la temperancia del poder ejecutivo respecto a aquélla, si las más grandes aspiraciones de los italianos no hubieran vuelto imposible su vida ulterior.

Progresista, y completada por los efectos de la práctica, la legislación penal toscana servía admirablemente a sus necesidades, y no había desorden o causa de descontento que reclamara una reforma. Pero en este siglo se venía renovando aquel ardor que ya se había producido en el siglo XVI, y todos los países europeos rivalizaban en el deseo de dictar un código penal, cada uno a su gusto. Leopoldo II estaba inquieto por la ambición de dejar un código penal que llevará al frente su nombre. La comisión Legislativa creada en Toscana en 1814, había envejecido gozando tranquilamente sus títulos, y en todo había pensado menos en fabricar códigos. Por ello el Gran Duque volvió los ojos hacia Gúuseppe Puccioni, y por medio de su secretario privado lo estimuló a hacer un proyecto. No tardó en hacerlo, y lo presentó, al cual hizo seguir, como complemento, la relación del 29 de abril de 1838. En ella exponía el espíritu que informaba su proyecto.

Rememorando la gran sentencia de Bacon, según la cual han sido buenos legisladores no aquéllos que dieron a los pueblos leyes de su propio cuño, sino, aquéllos que de los pueblos las recibieron y convirtieron en preceptos legislativos las costumbres, Puccioni, en su proyecto, no tuvo más que un solo pensamiento y francamente lo reveló: reproducir la elaboración que durante medio siglo había recibido el derecho punitivo en las academias y en los tribunales de la Toscana, en edificar un código indígena que recorriendo las espléndidas líneas trazadas por la ley de 1786, respondiese al progreso de la opinión pública, de la ciencia y, en una palabra, de nuestra civilización.

Hemos estudiado atentamente este proyecto y, en verdad, podemos decir que Puccioni permaneció fiel en la ejecución, a la lealtad del concepto. Sin embargo, por ahora sólo diré que en ese trabajo, en vano se buscarían ideas o formas nuevas, ya que esto no entraba en el marco prefijado.

Art 10

CAPITULO I GIUSEPPE PUCCIONI Y EL DERECHO PENAL

1.2.5 Custodia Preventiva

Se encuentran allí, aunque modificados y corregidos, aquellos vicios de las leyes anteriores que las condiciones de los tiempos permitían corregir y modificar; se conserva la índole de levedad de las penas, pero moderada prudentemente en algunos casos en los cuales se había avanzado demasiado lejos; poco hay, en una palabra, que como centella hiera la mente, pero poco o nada, también, que llevándonos a aquel periodo fuera merecedor de censura.

Sin embargo, no quiero continuar sin señalar, entre las diversas ideas que han llamado más mi atención, la que se refiere a la custodia preventiva de los inculpados.

Conservaba Puccioni, en su proyecto, el principio de justicia absoluta por el cual debe descontarse de la pena infligida a cada delincuente, aquella cantidad de tiempo que el mismo inculpadó pasó en las cárceles de custodia durante el estadio inquisitorio, más allá del breve espacio indispensable para la compilación de cada procedimiento. La custodia preventiva de los reos debe decretarse solamente según normas indefectibles dictadas por la ley, y de ella no debe hacerse un derroche inútil, sino ordenarla solamente para los delitos más graves. Malo es prodigarla para los lapsos menores, en los que falta toda su razón de ser, y peor aún dejarla a las eventualidades del arbitrio. Y cuando una suprema necesidad imponga usarla, justo es que el culpable la tolere mientras dure el tiempo necesario para el procedimiento, porque la necesidad del procedimiento fue consecuencia de su delito. Pero cuando dura más, ella es consecuencia o bien de la inercia de los oficiales públicos, o bien de fortuitos que no deben recaer sobre el imputado, por culpable que sea, porque su culpabilidad representa un demérito al que la justicia del legislador juzgó que le corresponde aquella cantidad que él amenazó como pena, de

suerte que todo suplemento es injusto.

Por eso, todas las buenas legislaciones fijan hoy un término más allá del cual, si la detención se prolonga, debe ese suplemento ser restado de la pena que se aplique cuando se demuestre la culpabilidad.

El proyecto de Puccioni, al convertir estos preceptos en artículos de ley, les daba un desenvolvimiento ulterior, añadiendo que el cómputo de la prisión preventiva, cuando el reo estaba confeso, debía comenzar aun antes del término legal, es decir, desde el día de su confesión.

Esta idea, dada mi cortedad, me pareció nueva para 1838; pero lo cierto es que, fuera nueva o no, me parece buena y justa.

Es buena políticamente, porque induce a los reos a una confesión espontánea, la cual es por tantos conceptos provechosa para la sociedad.

Es justo, porque desde el momento en que el reo ha emitido su confesión ingenua y sincera, ha hecho cuanto de su parte podía para impedir dilación de la sentencia definitiva.

Pero los celos que con demasiada frecuencia mueven a las cortes, y los titubeos del príncipe toscano, iban poco a poco combatiendo al complemento del nuevo código penal.

Art 11

CAPITULO I GIUSEPPE PUCCIONI Y EL DERECHO PENAL

1.2.6 Esplendor de la Regeneración Italiana

En 1847, aparecieron finalmente los primeros esbozos de los cuales surgió después por medio de las fases que todos conocemos, el esplendor de la regeneración italiana. Era necesario y urgente realizar las reformas anheladas por el pueblo, para satisfacer a la opinión pública; el huracán que sordamente amenazaba de lejos trazaba las hesitaciones.

Se vio entonces entre tantos otros conatos de aquel período de transición, surgir el Mótu Proprio del 31 de mayo de 1847, que disponía:

"Art. 3: Se instituye una Comisión para la redacción del Código penal sobre la base de los principios y las máximas propuestas por distinguidos Magistrados que antes recibieron de nosotros el especial encargo de hacerlo, y respecto a los cuales nos reservamos dar nuestra definitiva sanción.

"Art. 4: Esta Comisión se compondrá del Comendador Giovanni Bologna, del Cav. Niccóló Lami y del Abogado Francesco Antoniό Móri, Profesor de Instituciones Criminales."

Necesitamos poco para comprender que las propuestas de los distinguidos magistrados que antes habían recibido del príncipe el encargo especial de hacerlo, eran principalmente los trabajos de Giuseppe Puccioni y su proyecto de código. Pero en aquella comisión se sentaba Francesco Mori.

Después de haber sido doctor en teología, Mori había ascendido a la cátedra de derecho criminal en la Universidad de Siena; después, con ocasión de las reformas universitarias de 1840, pasó a la Universidad pisana en lugar de Giovanni Carmignani, transferido a filosofía del derecho. Cuál era precisamente la fe científica de Francesco Mori, y cuál su programa? Todavía no lo he comprendido.

Por algunos amigos míos, eximios jurisconsultos, ex discípulos de Mori, han recogido no sólo informaciones, sino también he obtenido sus lecciones, copiados con diligencia por sus discípulos, y con ello he formado un tema especial de estudio.

Durante su estancia en Siena, se mostró resueltamente romagnosista y tomó como guía los escritos del profesor Giuliani. Cuando se convirtió en colega de Carmignani en el ateneo pisano, siguió las huellas de su colega, el que dejó allí tantas simpatías entre los estudiosos. Después pareció volcarse hacia la doctrina de Rossi, y así fluctuó de la escuela política a la escuela ontológica, y de ésta, a la ascética.

Quien aseverara la preferencia de una u otra, arriesgaría un juicio peligroso.

Después llamaron su atención las doctrinas de Alemania, y se dedicó a publicar cuatro volúmenes de "scritti germanici" que había coleccionado y traducido, las cuáles utilizó para su enseñanza.

Pero también aquí se buscaría en vano el programa de su doctrina preferida, porque aquellos "scritti", (que no eran más que monografías de los más célebres y sabios profesores alemanes, que pertenecían a escuelas diversas y a menudo opuestas en sus principios fundamentales), no podrían suministrar el conocimiento del programa radical preferido por el nuevo profesor pisano.

Mori era hombre docto y muy erudito, que se había dedicado a estudiar minuciosamente el derecho punitivo, pero sin tener ninguna cercanía con la práctica. No podía, por consiguiente, simpatizar con el proyecto de Puccioni, en el cual el respeto a las costumbres prácticas de la Toscana prevalecía sobre las abstracciones teóricas.

De ahí que no deba sorprender que las prescripciones del "Motu proprio" granducal quedarán casi como una palabra vana y un consejo despreciado por quien debía respetarlas.

Art 12

CAPITULO I
GIUSEPPE PUCCIONI Y EL
DERECHO PENAL

1.2.7 El Principio Moral

Por otra parte, según versiones de personas autorizadas y bien informadas, Mori también tenía, a la fecha del nombramiento, un proyecto propio de código ya terminado y preparado, con la esperanza de que oficiaría algún día como legislador. Y así pudo aquella comisión, en pocos meses, presentar un proyecto de código penal que era, en sustancia, el proyecto de Mori modificado por la obra de sus nuevos compañeros, y en el que el proyecto de Giuseppe Puccioni había ejercido una influencia limitada solamente a ciertas nociones de delitos especiales que por nuestra práctica habían venido recibiendo una particular fisonomía.

Por lo tanto, el hombre que las circunstancias habían constituido de ese modo en nuestro nomoteta penal, tenía muchas buenas condiciones para dar al nuevo código el aspecto de originalidad científica que algunos anhelaban.

A él no se le podía reprochar otra cosa que un leve tinte ascético que le quedaba de sus primeros amores, y una simpatía demasiado viva por el germanismo. El principio moral nunca debe ser olvidado por ningún legislador penal; pero, de ciertos hechos que son únicamente temas de sacristía, no debe ocuparse.

Por cierto que Alemania es inmensamente docta y benemérita en los tiempos antiguos y modernos de las ciencias jurídicas, y en los modernos mucho más de lo que ha sido Italia; y benemérita, asimismo, de la ciencia penal, después de Italia. El estudio de los escritores alemanes es indispensable a cualquier jurista italiano que no considere que toda la sabiduría consiste en conocer los artículos de un código y en entenderlo aplicando las áridas reglas de la gramática a su precepto positivo. Pero ciertas abstracciones sutiles, muy buenas en la academia, nublan a un estatuto penal destinado a una vida práctica y palpitante de verdad.

El proyecto de Móri resultó, por lo tanto, como lo auguraban las condiciones de su autor, un código eminentemente docto y sapiente, en el cual se encarnaban los últimos progresos de la doctrina contemporánea; pero un poco ascético y llevado, a veces, a conceptos difíciles en la práctica. Era eminente, sin embargo, por la pureza del lenguaje y por la exactitud de la tecnología siempre conservada, excepto en algunos casos particulares en los que las innovaciones germánicas se habían preferido a las denominaciones clásicas de la escuela italiana.

A pesar de ello, el proyecto era muy bueno, y debo decir que el mejor de cuantos hasta entonces había visto Europa, y es que cuando se juzga una obra, no es procedimiento leal el buscar y rebuscar algún defecto para proclamar que es mala; es preciso confrontar los defectos que tiene, que debe tenerlos siempre, como toda obra humana, con los defectos que presentan otras obras similares, y sobre esa confrontación imparcial, pronunciar el juicio.

Leí hace poco un escrito de un afamado criminalista francés, en el cual, después de haber definido a su manera el derecho penal como terapéutica enemiga de las deducciones lógicas, concluía que los peores códigos criminales del mundo habían sido siempre los redactados por los doctos y los profesores. Por cierto que este criminalista no tenía ningún conocimiento del código toscano, o si lo tenía, era tan exacto como el de aquel otro colega suyo que, en 1860, publicó en la *Revue critique* como noticia ya averiguada por la historia, que le *code Tóscan n'est plus qu'n souvenir*. ¿Pero, cómo pretender que en Francia los escritores privados tengan noticias exactas sobre nuestras leyes? En el solemne informe que un senador presentaba al Senado de Francia el 22 de junio de 1866, en ocasión de una reforma legislativa, leía en la página 18 que en el reino de Nápoles ¡están todavía en pleno vigor las leyes penales borbónicas del 19 de mayo de 1819!

Poco faltó para que el proyecto Mori naufragara igual que el proyecto Puccioni entre las olas del temor y de las vacilaciones del gobierno.

Él lo había erigido sobre la base de la abolición de la pena de muerte, y había reducido la pena de ciertos delitos a la justa medida que es suficiente, en un estado organizado con arreglo a los principios de una política liberal. Pero á aquella pena abolida en 1847, se deseaba, después de la Restauración, restablecerá; y a aquellos delitos se los quería castigar con mayor severidad. Se quería que el nuevo código sirviera de instrumento a la política de aquellos momentos y diera satisfacción a lo que entonces se llamaba necesidad de dar fuerza a la autoridad. Como si la autoridad se reforzara con las segures, y no con las temperadas libertades y con el amor de los pueblos.

Por esto, el proyecto de Móri nunca habría alcanzado la sanción que constituía la meta deseada por su autor, si éste hubiera sido menos flexible.

Desdichadamente para su fama, Francesco Antolio Mori no tenía el temple de Giuseppe Puccioni. Ansioso de ver coronada su obra, transigió con sus propias convicciones, y en 1851 aceptó reformar su proyecto según las miras de quien había creído indispensable la mano de auxiliares para sostener el trono, y de hacerlo más conforme, como se decía, a las necesidades de los tiempos, que es como decir que se le agregaran las segures y todo cuanto correspondía a las necesidades del monarca restaurado y de sus nuevos ministros.

Luchó aquel buen hombre con todos los medios a su alcance; pero sí consentimos una vez en doblar la frente ante la fuerza que nos oprime, corremos el riesgo de tocar el suelo. Así, en 1853, vio la luz y obtuvo la sanción soberana aquel código que fue llamado de *Morir* y era, efectivamente, suyo, pero, en vez de dejar hundir la nave, el piloto había consentido que se la despojara de sus más preciados ornamentos.

De esa manera, hirió la mente de quienquiera que meditará sobre aquel libro el antagonismo entre la prudente benignidad en que generalmente se inspiraba, y el draconiano rigor de otras de sus partes; entre el principio de justicia al que de continuo obedecía, y la escandalosa blandura que mostraba hacia los delitos cometidos por los agentes del poder. Y mientras, por una parte, rindieron los doctos su elogio, por la otra protestó la nación.

Los rigores del código de 1853, contra todo delito religioso o político y con el aparato amenazador del verdugo, no bastaron, sin embargo, para salvar al príncipe lorenés y á sus ministros del 27 de abril de 1859, que con toda tranquilidad echó de Toscana, en el curso de pocas horas, al Gran Duque, a sus ministros y al verdugo, y para siempre. Nuevo testimonio, éste, del poco valor de la fuerza bruta contra la universal confraternidad de los pueblos.

Art 13

CAPITULO I GIUSEPPE PUCCIONI Y EL DERECHO PENAL

1.2.8 Pena de Muerte - Abolición

El gobierno provisorio de la Toscana, después de haber proclamado inmediatamente la abolición de la pena de muerte, encaró las reformas al código de 1853, evidentemente con el doble propósito de coordinar las penalidades a dicha abolición y de eliminar las superfetaciones incompatibles con el nuevo orden de cosas. Si Mori no hubiera cedido al deseo de ver sancionado un código suyo, no habría ganado los ocios del provisorato de Siena; pero, en 1859, la patria, recordando su firmeza, no lo habría olvidado en este día.

Sin embargo, no faltó, en Toscana quien tuviera fuerza para cumplir la obra de la reforma penal. Los ojos ansiosos de todos se volvían hacia Giuseppe Puccioni, y el gobierno provisorio que tan bien se comportó en aquellos difíciles momentos, ordenó por decreto del 1 de mayo de 1859 la reforma penal, poniendo a Puccioni al frente de la comisión destinada a esa reforma y rodeándolo de jurisconsultos muy capaces.

Si, por un lado, los anhelos del foro y los votos de los cultores de la ciencia penal aguardaban ansiosamente el fruto de la sapiencia reunida en aquella comisión, ésta, por el otro, no tardó en responder al grave encargo que se le había confiado. El 25 de junio de 1859, estuvo en condiciones de presentar al gobierno su proyecto, junto con una esmerada exposición de los motivos de cada una de las enmiendas propuestas.

Pero no debe ocultarse que la expectativa pública fue defraudada cuando se promulgó el decreto del 10 de enero de 1860, que sancionaba, como resultado de la obra de la comisión, algunas mezquinas enmiendas al código penal toscano.

Nada de aquello que más se oponía a los cambios operados por el tiempo se suprimió, ni nada se corrigió de cuanto había sido materia de censura en la experiencia práctica. Pocos y magros artículos eran la migaja que se arrojaba al anhelo público; y ellos, muy lejos de relacionarse con las más urgentes reformas, se referían a temas de importancia secundaria.

Por eso, no sabría decirse si fue mayor el dolor o la sorpresa del público frente a aquella promulgación. Nos mirábamos unos a otros, nos preguntábamos en voz baja cómo había podido renovarse así, el parto de los montes. Y, sobre todo, nos pasmábamos pensando cómo aquel gran criminalista que valerosamente había tomado la iniciativa de censurar al nuevo código bajo el pasado gobierno toscano, señalando con tanto aplauso los defectos del mismo en su Comentario, monumento perpetuo de doctrina criminal, había podido, cuando se le llamó a

actuar, olvidarse casi de sí mismo y de los principios profesados, y dejar escapar una ocasión tan buena para dar a nuestro código las modificaciones que todos anhelaban; modificaciones que, aunque pocas, eran sin embargo de gran interés y las únicas que podían coordinarlo con los cambios experimentados por Italia y con los más genuinos principios de la doctrina, haciéndolo perfecto sobre todos los demás.

No quisimos quedar con esa duda. Conseguimos el texto del proyecto de reforma y su relación adjunta, y con su lectura, sentimos realizarse en nuestro ánimo la reverencia hacia Giuseppe Puccioni, arrepintiéndonos de haber dudado de él.

Entonces vimos con claridad que el intervalo de siete meses habla sido empleado únicamente para destruir la obra que la comisión, con gran penetración y sapiencia, había cumplido en el curso de cincuenta días, y que al decreto del 20 de enero la comisión no le había dado más que un visto.

El proyecto afectaba no menos de cuarenta y nueve artículos del código penal, en tanto que el decreto gubernativo sólo reformaba seis; y diremos que si la reforma propuesta hubiera sido íntegramente aceptada, habría debido cesar en absoluto el reproche que muchas veces oímos repetir después, vale decir, que el código toscano no se adapta a las conveniencias de un pueblo libre, que no es bueno en la práctica, que no es aceptable para la Italia regenerada. Para ofrecer un pequeño esquema del pensamiento de aquel trabajo, permítasenos incursionar por él rápidamente, para que otro pueda confrontar lo que fue sancionado.

Estudiaba el proyecto cada parte del código, y tanto sobre la parte general, como sobre la especial, introducía sus rectificaciones.

En la parte general, eran materia de éstas, el art. 20, 1, y los arts 69 y 70, en los cuales llevaba a términos de equidad el cómputo de la prisión preventiva; el art. 28, en el que moderaba el inconveniente de la vigilancia, hoy reconocida como pena que obsta a la enmienda del reo; el art. 37, que suprimía la multa al menor de edad, como pena que no castiga al extraviado, sino a sus inocentes padres, ampliando en el art. 38 la indagación sobre el discernimiento; los arts. 43, 45, 46, en los cuáles reducía la noción de la tentativa solamente al dolo de propósito; el art. 52, del que quitaba el repugnante premio concedido a la delación; el art. 72, en el que estimaba conveniente sustituir el sistema del cúmulo demasiado amplio de las penas, por un aumento proporcional en el caso de concurrencia de varios delitos; el art. 86, que suprimía la torpeza de hacer que la pena pecuniaria pasase a los hijos del condenado fallecido; el art. 89, en el que abreviaba los términos de la prescripción de la acción penal; el art. 94, en el cual se restituía a su genuino valor el efecto de las sentencias contumaciales o anuladas de cualquier modo.

La proyectada reforma en la parte especial, se ocupaba particularmente de los arts. 135, 136 y 137, de los cuales suprimía todo aquello que, en materia de delitos religiosos, era incompatible con la libertad de cultos sancionada por el Estatuto, y lo que, por un celo excesivo, se habla introducido sin el apoyo de buenas razones políticas; del art. 184, en el cual justamente sancionaba, con un castigo adecuado, las heridas y los excesos cometidos por los ejecutores de justicia en el ejercicio de sus funciones, así como sancionaba también con adecuado castigo, en el art. 336, 2, las heridas inferidas por particulares en perjuicio de los ejecutores de justicia; del art. 244, en el cual, a propósito de la falsedad en documento público, reducía (manteniendo el debido rigor contra las falsedades substanciales) a más benignas proporciones el castigo de ciertas falsedades sin importancia, que nosotros habíamos visto resolverse en la práctica muy a menudo en absoluciones, precisamente por las exorbitantes penas; del art. 308, en el que privaba de toda incertidumbre a la teoría de las heridas seguidas de muerte; de los arts. 309 y 310, en los cuales reconducía a los principios científicos la noción de la premeditación, y a una más conveniente

amplitud la minorarte de la provocación; de los arts. 311, 312, 328 y 330, de los cuales suprimían aquellas abstrusas indagaciones que la práctica había mostrado indefinibles en los casos concretos, y que, recientemente, han dado ocasión a censuras tan amargas como justas y sensatas; del art. 313, del cuál suprimía una fórmula que con demasiada frecuencia lleva a la impunidad del homicidio en riña; de los arts. 315 y 317, en los que restauraba la división de la culpa, hecha ya clásica en la práctica forense, etcétera.

Nosotros no afirmamos que algunas de esas modificaciones no pudieran ofrecer materia de discusión frente a la doctrina criminal, en la que quizás no hay tema que, desde uno u otro aspecto, no pueda combatirse. Pero lo cierto es que la mayor parte de ellas respondían a la expectativa del público, del foro y de los más eruditos entre nuestros magistrados y, más especialmente, de todos aquellos que esperaban que se diera al código toscano la posibilidad de convertirse en el código general de Italia. Esta posibilidad contrariaba, precisamente, los deseos de los opositores. Pero nosotros hacemos aquí el mero papel de biógrafos, y no vamos a discutir en derecho. Y como biógrafos de nuestro eximio maestro, no podemos dejar de expresar como había respondido valerosamente a sus antecedentes en la obra legislativa que se encomendaba a su cuidado y talento.

¿Por qué sucumbió el proyecto de la Comisión? Es éste un arcano sobre el cuál no podemos ni debemos ocuparnos. No fueron, ciertamente, oposiciones científicas las que lo ocasionaron. Las causas que durante siete meses hostigaron la obra de la comisión, y después, de modo semejante, la mutilaron, debían remontarse a más altas esferas.

Y puesto que sinceramente profesamos la más devota estimación por el talento político de quien regia entonces los destinos de la provincia toscana, lejos de proferir palabras de censura, digamos que aquellas causas debieron ser grandes y potentes. De ahí que, para no hablar de otras cosas que pueden ser puro deseo científico, como consecuencia de este hecho, se tuvo que ver, como todavía se ve, no obstante los esfuerzos que el valeroso heredero del nombre de Puccioni ensayó en el Parlamento italiano, castigar severamente entre nosotros, como delitos no leves, ciertas acciones que no son tales en el resto de Italia, y que no pueden serlo frente a las disposiciones fundamentales del Estatuto.

Ni las reformas que en virtud de los poderes excepcionales se permitieron al Ministro Rattazzi en la reproducción que él hizo del código sardo en 1859, ni tampoco éstas que nuestra comisión propuso, obtuvieron la sanción gubernativa.

Indagará las causas de este hecho, la historia política de nuestro país las cuales, repito, debieron ser grandes, potentes y necesarias. Pero, entre tanto, la historia de la ciencia penal y de nuestra legislación, así como los cultores de la misma, tendrán como documento importante el trabajo de la comisión presidida por el ilustre Puccioni; y el nombre de éste deberá, por ese título, estar siempre unido al progreso de los estudios legislativos en Toscana.

DERECHO PENAL

1.3 JURISPRUDENCIA PENAL

Si la mente de Giuseppe Puccioni fue laboriosa y su obra resultó fructuosa para el derecho penal, en el campo de la enseñanza y de la legislación, no lo fue menos en el campo de la jurisprudencia.

Vimos ya cómo Puccioni fue llamado, desde sus primeros años, a formar parte de la noble magistratura toscana, y cómo infatigable siempre, supo acumular a las pesadas tareas de la judicatura los severos estudios del catedrático y del nomoteta. Queda ahora por recordar cómo Puccioni conservó constantemente, también en, aquella escabrosa función, su amor por la verdad y esa independencia de ánimo sin la cual nadie puede cumplir la misión de abanderado de la justicia sobre la tierra.

Tampoco necesitaba Puccioni ser innovador en esto, ni incitar a usos desacostumbrados a los colegas que encontraba en su camino. Repetiré aquí, tomándolas como lema de mí discurso, las solemnes palabras que hace poco pronunció con esclarecido ingenio Raffaele Conforti. En la introducción puesta por este ilustre jurisconsulto al libro que magníficamente compuso bajo el título de *La giurisprudenza della Corte di cassazione di Firenze*, leemos esta verdad: "en Toscana, la justicia no se puso jamás al servicio de la política".

Y esto estaba bien dicho, porque la magistratura toscana supo mostrar al mundo, ininterrumpidamente, durante un siglo, cómo la autoridad judicial debe y sabe conservar, frente a cualquier revolución gubernativa, esa independencia en homenaje a la verdad que es, sin duda, la vida íntima del sacerdocio de Temis.

Desearía yo que se publicara una historia genuina y completa de nuestra magistratura. No una historia externa que meramente recordara nombres y organizaciones, sino una historia interna que desarrollara la unidad de los principios cuya proclamación realizó siempre, durante largo tiempo, con paso lento y severo pero inflexible, este respetable cuerpo.

Si juzgamos entonces a los hombres con el seguro criterio que se infiere de sus obras, veríamos, incluso antes de 1786, a los jueces de Toscana, aunque sometidos a la presión de leyes bárbaras, iniciar sumisamente la encarnación de los principios de Beccaria y preluir la gran reforma de los procedimientos penales.

Y después la veríamos dar impulso poderoso al desenvolvimiento aplicativo de las reformas leopoldíneas, y proteger, por un lado, con mano firme las libertades del Estado, y tutelar, por el otro, con infatigable amor las libertades civiles del pueblo.

La observaríamos, en la pavorosa época de la dominación francesa, poner coto al positivismo homicida de leyes punitivas heterogéneas, que por doquier habían invadido Italia. Émula de la espléndida magistratura napolitana, que tanto se destacó en la empresa de humanizar las leyes gálicas, la magistratura toscana, en este trabajo humanitario de doctrina interpretativa, no se quedó atrás.

Y sería una obra útil a la enseñanza, a la vez que gloriosa para nuestra patria, la de quien, poniendo frente a frente las interpretaciones que ha recibido en Francia el código penal de 1810, con las interpretaciones que en el periodo

de su dominación en Italia recibió aquel mismo código de los tribunales napolitanos y toscanos, mostrase que no hay ley, por mala que sea, que no pueda hacerse menos mala por la sapiencia de un intérprete humano y filósofo.

La magistratura toscana, después de la restauración de 1815, se constreñiría a la aplicación de ciertas leyes penales exorbitantes, nuevamente dictadas por el miedo, por ejemplo, la relativa al hurto violento, pero sin perder el coraje ni desesperar de la humanidad, sino buscando en los precedentes de la doctrina el modo jurídico de atemperar las exageraciones del poder legislativo.

La veríamos, finalmente, en los últimos tiempos de la dominación lorenesa, no perder ninguna ocasión de salvar las libertades civiles del completo naufragio con que parecía amenazarlas una reacción ciega e incipiente.

Entonces, cuando esa historia, construida sobre la base de los hechos no sobre las palabras del vulgo, hubiera esclarecido la gravitación continua de nuestros magistrados en el camino del progreso, ya no se oiría más la blasfemia que hace poco escuchamos, contra este respetable Cuerpo, esto es, que la magistratura toscana es reaccionaria y muestra antagonismo con las sutiles aspiraciones de los italianos. Y digo que es ésta una blasfemia, porque es totalmente contraria a la verdad de las cosas y consecuencia de un juicio errado.

Contrariamente, y con mejor conocimiento de causa, juzgaba a la magistratura toscana un hombre que, por su posición y experiencia, estaba en mejor condición que cualquier otro para comprender el pensamiento y las aspiraciones de aquélla.

Con razón, en efecto, rindió homenaje a esa conciencia del propio deber que dio siempre a nuestros magistrados el coraje de volver la espalda al poder, cualquiera que él fuese, y de no prestar jamás a sus exigencias la espada de la justicia, aquel ministro de Leopoldo II que participó en la última fase del gobierno granducal, y que tanto trabajó, sin darse cuenta, para impulsar a Italia a la deseada unificación.

En el libro publicado por el abogado Gennarelli: "Epistolario político toscano", página 181, se encuentra una carta del Ministro del Interior al Gran Duque en la que de modo principal toca a la magistratura toscana, unida a otras que la preceden y la siguen; a la vez, contiene importantes revelaciones para la historia secreta de aquellos tiempos, muestra qué juicio tenía de los hombres adscritos a nuestra magistratura aquel ministro que tantas veces los había encontrado en su camino como pesado obstáculo.

El príncipe restaurado se hallaba entonces entre las veleidades despóticas y las reminiscencias de las promesas de Gaeta, y los vínculos que lo ligaban al partido que, para su propio peligro, lo había repuesto en el trono. Él habría deseado abolir el Estatuto, la guardia nacional y las franquicias de la prensa; pero habría querido hacer esto sin decirlo y sin firmar un decreto que desengañase al pueblo de las esperanzas concebidas. Él ambicionaba alcanzar ese fin sin que el príncipe pareciera tomar parte, valiéndose de la obra de subalternos y también de la ayuda del poder judicial. El Ministro que quería llevarlo a la abolición de todas estas cosas, trataba de disuadirla, mostrándole la imposibilidad de tal proyecto; y en la carta a que aludo, destinada a conducir al príncipe a la abolición de toda libertad de prensa, para convencerlo de que era vano que conseguirá el mismo intento con la ayuda del poder judicial, le delineaba cuáles eran las tendencias universales de nuestros magistrados (muy bien conocidas para ambos) y cómo éstos eran tan radicalmente liberales, que de ellos no podrían sacar partido alguno para sus fines.

Quien niegue el sincero liberalismo de la magistratura toscana, si no quiere instruirse en los hechos, instrúyase en

este autorizado documento y en un juicio que tiene todos los caracteres de la verdad.

No es a la magistratura toscana a la que se le puede reprochar abusos y prepotencias conculcadoras de las libertades civiles, sustitución del arbitrio individual a la majestad de la ley, desprecio de los derechos de los ciudadanos y de sus patronos, crueldad en la interpretación de las leyes, no es a la magistratura toscana a la que puede hacérsele el reproche de haber doblado la cerviz en todo el transcurso de un siglo, por miras personales ante los deseos del poder ejecutivo.

Siempre imperturbable en la conciencia de su propia rectitud, ella logró a menudo que el despotismo se mordiera los labios convencido de su propia impotencia para vencer aquella roca, y nunca le procuró esa maligna sonrisa de complacencia que ilumina el rostro de un autócrata cuando encuentra gente flexible a todos sus deseos.

La magistratura toscana fue siempre amplia en el reconocimiento de su propio derecho de interpretar las leyes, ya que ella bien sabia cuan verdadera es la sentencia de Bacon según la cual así como las leyes son el áncora de la República, la jurisprudencia debe ser el áncora de las leyes. Pero aquí reside, precisamente, toda la dignidad, toda la grandeza, toda la utilidad civil de la magistratura.

He considerado siempre como uno de los signos más manifiestos del despotismo oriental, aquella audaz afirmación que Justiniano puso al frente de las Pandectas, *De confirmatione Digestorum*, proclamando que sólo a la divinidad soberana le pertenece la función de interpretar las leyes, la cual, si se considera como trabajo científico de jurisconsultos particulares, es un contenido de la libertad de conciencia, y es una obra benemérita que sirve a los progresos de la doctrina y que prepara materiales de estudio que se volverán ventajosos y fecundos de luz para los jueces y para los nuevos legisladores; pero si se la considera como obra de aplicación práctica a los casos concretos, debe ser hecha por el poder judicial y no puede hacerse por otros.

Si cada vez que nace una duda sobre el verdadero significado y sobre la extensión de una ley, en una cuestión civil o criminal cualquiera, se debiera recurrir a interpelar al poder legislativo o el poder ejecutivo, la justicia vendría a ser administrada por estos, y el poder judicial, que siempre fue el baluarte más sólido de las libertades individuales en los tiempos más difíciles, quedaría abatida desde sus cimientos. Sería el poder legislativo o el ejecutivo el que efectivamente decidiría si el campo me pertenece a mí o a mi adversario, si debe aplicarse al acusado la galera o la muerte, y otras cosas semejantes. Los ministros del príncipe, que no siempre son sabios jurisconsultos y que a menudo sufren las influencias exteriores, serían los verdaderos jueces de cada controversia privada, y serían jueces incluso en aquellos casos en los cuales los gobernantes tuvieran, por desgracia, un interés particular opuesto quizás a los supremos principios de la justicia. Negar a los jueces la facultad de interpretar las leyes, es lo mismo que poner a todos los derechos de los ciudadanos bajo el ilimitado arbitrio del poder ejecutivo y confinar a los magistrados al mezquino y crudo conocimiento de los hechos.

Seguro de mis convicciones, confieso que no pude leer sin estremecerme una proposición que con gran calor se sostenía, no hace mucho, en un escrito publicado en acreditado diario jurídico, "Eco dei Tribunal", año XVII, número 1783. El escritor de ese artículo, en ocasión del nuevo Código Penal que con ansiedad esperaban los Italianos, proponía que conjuntamente con este publicara el gobierno un comentario oficial, para resguardar, así se decía, a las nuevas leyes del manoseo de que la harían objeto los leguleyos. No pretendo lanzar reproches contra ese escrito; quiero creer que fue compuesto con la mayor buena fe del mundo e inspirado por ideas liberales, porque si hubiera sido escrito con un fin diverso, el egregio director de aquel diario, que siempre estuvo consagrado a la proclamación de los principios liberales, incluso en presencia de los tribunales del Estado, no le habría abierto sus envidiadas columnas, ni siquiera en tiempos anteriores al 14 de enero de 1867. Afirmo, sin

embargo, que el escritor de aquel artículo dio prueba de una gran ingenuidad jurídica y política al mismo tiempo.

La idea de un comentario oficial que elimine para siempre el temido peligro de la interpretación de los leguleyos, es una ilusión jurídica.

Desde 1806 hasta nuestros días se han publicado tantos comentarios sobre el código de Napoleón, que con ellos podría formarse una biblioteca.

¿Y qué pasó? A cada instante el jurista encuentra en el foro nuevos casos complicados que permanecen dudosos frente al texto de la ley, y que en tantos comentarios no encuentran solución especial. Pero, del mismo modo que el hombre, al dictar una ley, por mucho que la estudie deja siempre abierto el campo a futuras dubitaciones, así también, al componer el comentario, nunca podrá eliminar todos los motivos de duda, y acaso surgirán otras.

Si no fuera así, no habría necesidad de comentarios oficiales, pues bastaría que el comentario fuere inyectado en la ley por ese hombre, en el que se supone tanta lucidez de percepción, tanto poder de previsión y tanta exactitud de fórmulas. Pero semejante hombre no existe.

Además, afirmo que la proposición, si no es dictada por inspiraciones despóticas, que ciertamente no lo son, revela una gran ingenuidad política.

Yo quisiera saber a quién se encargaría ese comentario oficial, que, según las previsiones del escritor, cerraría el camino a toda posible necesidad de interpretación futura del nuevo código, realizando así la visión a la cual, según se dice, estuvo sometido en un momento de su vida el mismo Gran Napoleón, pero de la que debió prontamente arrepentirse.

¿Deberla hacerlo el Ministerio, esto es, alguno de sus secretarios? ¿Estaríamos seguros entonces de que el código no caería en manos de leguleyos?

Parece que el escritor cree esto, y que los grandes jurisconsultos son para él imposibles en las supremas magistraturas del Reino. Pero entonces nos es muy fácil ver que el poder ejecutivo invadiría al poder legislativo, y que al código no lo habría hecho ya el Parlamento, sino el secretario.

¿Debería, en cambio, hacer el comentario oficial el mismo Parlamento? ¡Pero como admitir que en un régimen constitucional los representantes del pueblo digan a la Nación que sus magistrados no tienen ya licencia para interpretar las leyes!

El Parlamento, que está constituido como baluarte de todas las libertades civiles; el Parlamento, que tiene como misión proteger a la autoridad judicial contra las invasiones del poder ejecutivo, ¿deberla él primero dar el bárbaro ejemplo de un poder legislativo que invade al poder judicial?

En el equilibrio de los tres poderes reside el concepto del ordenamiento constitucional, y no puede haber verdadera libertad en un estado en que cada uno de éstos no sea independiente del otro en el desenvolvimiento de sus funciones particulares, todas convergentes al fin común de la protección del derecho y de la felicidad universal bajo el aura de la libertad.

Yo no transijo respecto a estas ideas cardinales. No tolero usurpaciones del poder ejecutivo sobre los otros dos,

pero estimo igualmente perniciosas, y acaso más fecundas en pésimos ejemplos, las invasiones a que quisiera incitarse al poder legislativo sobre el poder judicial.

Así como el hombre no puede ser hombre sin un espíritu inteligente, así también la potestad judicial no puede ser tal si no debe hacer uso de sus luces y de su razón para extraer de la corteza muerta de los vocablos, la voluntad vivificante del legislador.

Ciertamente, si un código debiera llevar a tales consecuencias, yo me adheriría a la escuela de aquellos ilustres alemanes que veían en los códigos un peligro grave para la justicia práctica y la destrucción de todo progreso científico.

Pero no es esto precisamente lo que ocurre, porque la interpretación y aplicación de los códigos debe ser entregada no a los leguleyos, sino a los más sabios jurisconsultos de la Nación, cuya expresión está en el magistrado, los cuales, nutridos en el ambiente de los más vitales progresos de la ciencia jurídica, según los tiempos en que viven, encuentran la forma de servirse de la interpretación para conducir la ley al unísono con las ideas y con las necesidades contemporáneas.

Éste fue siempre el pensamiento al cual se plegó, como a un deber de conciencia, la magistratura toscana.

Cuando Giuseppe Puccioni vino a formar parte de ésta honorable corporación, no había que temer que actuara restringiendo las tendencias de sus colegas a mantener en la judicatura el venerado paladión de la más amplia y libre facultad de interpretación. Por el contrario, más bien era de prever que esa facultad la ejerciera Puccioni con el coraje y firmeza que le caracterizaba, y con la excelsitud de doctrina y pasión por las libertades civiles que en él resplandecían. Y en efecto, si analizamos las sentencias de Puccioni durante el largo periodo en que ocupó los primeros cargos en la antigua magistratura, así como las sentencias de la suprema corte de casación que se dictaron siendo él relator, encontraremos a cada paso espléndidos testimonios de la sabiduría y firmeza con las cuales, sin salir de la modesta función de intérprete, supo eliminar de las leyes penales vigentes el peligro de que resultaran contrarias a las libertades civiles; y encontraremos, asimismo, repetidos testimonios de la generosa independencia con la cual obedecía a sus propios deberes de conciencia, aun a despecho de la voluntad contraria del gobierno y sin tener en cuenta su propio peligro.

Irritado por los motines del 2 de septiembre de 1847, Carlos Ludovico, Duque de Lucca, vendió sus derechos a Leopoldo II, éste, al efectuar la anexión a la Toscana de la provincia luquesa, cuidó de atemperar en el ánimo de los luqueses el dolor de la pérdida autonomía; y puesto que sabía cuánto detestaban en aquella ciudad la pena de muerte, de la que se habían tenido demasiadas experiencias para no reconocerla tan ineficaz como cruel, el Gran Duque pensó que sería gran cosa inaugurar la posesión de los nuevos dominios anunciando la proscripción del verdugo.

Por eso, en la proclama del 14 de octubre de 1847, mientras hacia promesas de un gobierno bueno, como garantía del porvenir, daba, entre tanto, la abolición de la pena de muerte.

El Decreto granducal no hablaba más que de una sola provincia y era una ley especialmente dictada para una provincia.

Uno de esos positivistas que desearían hacer códigos con comentarios oficiales, para sustraerlos de las manos de

los leguleyos, habría dicho que si Leopoldo II había abolido la pena de muerte en el ex Ducado luqués, ésta no era una razón suficiente para decir que la había abolido también en Toscana, donde estaba siempre escrita, a lo menos en las leyes fernandinas de 1795 y de 1816.

Pero la corte de casación no lo entendió así.

Firme en el principio de que no podía jamás suponerse que el príncipe quería tratar a una parte de sus súbditos más inhumanamente que a la otra, y firme también en el de que la suprema voluntad de todo legislador debe siempre distribuir con mano equitativa los castigos, la Corte, presidida y guiada por Giuseppe Puccióni e incluso con la anuencia del Ministerio Público, que aquel día desempeñaba Luigi Fornaciari, mediante el decreto del 25 de febrero de 1848 ("Annali di giurisp.", x, 1, 148) no sólo declaró como tema fuera de discusión que la ley de abolición del 14 de octubre debía considerarse general para toda la Toscana, sino que, además, estableció la consecuencia de que la escala penal excepcionalmente dispuesta con feroces medidas por la ley del 14 de junio de 1816, en contra de los hurtos violentos, debía estimarse modificada, para no atribuir al legislador el desorden de querer castigar igualmente, incluso con evidente peligro para la vida de los ciudadanos honestos, delitos que entre si presentaban una inmensa disparidad; vale decir, la muerte nefanda del propietario, y las violencias transitorias ejercidas sobre él con fines de hurto.

El gobierno calló y el público dio su aplauso; y a aquella sentencia reguladora se plegaron todos los tribunales del Gran Ducado, hasta 1853.

Por este ejemplo, se advierte que Giuseppe Puccióni y la Corte reguladora no hacían distinción entre juzgar entre el sentido de una ley y su existencia.

Tanto tiene el juez el poder de decidir, con el auxilio de los cánones de la buena hermenéutica, qué idea se esconde bajo el velo de las palabras ambiguas en un artículo de la ley, o con qué principios se deben regular los casos omitidos u olvidados por el legislador, como tiene el poder de decidir si un precepto que quiere presentarse como ley ha observado o adquirido la calidad o potencia de ley.

Es deber del juez administrar justicia, y en esta suprema fórmula se compendia toda la esfera de sus obligaciones y de sus atribuciones.

La injusticia es igualmente flagrante cuando a una ley se le hace decir lo que probablemente el legislador no quiso, como cuando se atribuye la dignidad de ley a una prescripción que nunca pudo tenerla o de la cual fue legítimamente despojada.

No es exacto que el juez, tanto en la una como en la otra hipótesis, se haga a sí mismo legislador. Él se mantiene religiosamente en la modesta función de interprete, con tal que lo que dice, lo diga apoyándose en una ley reconocida sin duda cómo tal.

Cuando el magistrado declara que una ley posterior, aunque no contenga la revocación o la enmienda expresa de la ley anterior, debe considerarse que la ha corregido o revocado, no hace en realidad de legislador, sino que interpreta la ley posterior; y esto no es proclamar que lo que él dice debe ser respetado porque él lo dice, sino porque lo dice el legislador competente. Cuando juzga que debe negársele toda eficacia de mandato a una ordenanza emanada de cualquier autoridad a la cual las leyes fundamentales del Estado todo le conceden, menos la potestad legislativa, no hace otra cosa que interpretar la ley fundamental. Y quien lo acuse de pisotear la ley por

esto, cae en un círculo vicioso, porque supone como cierto aquello que la ley interpretada por el juez no ha querido que sea.

Está bien que ni el jurisconsulto ni el juez puedan abrogarse jamás la facultad de dar a sus interpretaciones el carácter de auténticas, vale decir, obligatorias para todos los casos y para todos los ciudadanos.

Ello significa que a los magistrados sucesivos les queda la libertad de juzgar de otra manera, si así les parece más conforme a la justicia, según su ciencia y conciencia. Pero la interpretación doctrinal pertenece al dominio del juez, y él solo debe resolver el caso práctico que pende ante él. Los eventuales conflictos que puedan surgir entre los diversos tribunales acerca de una forma discordante de interpretación, son remediados por la institución de una Suprema Corte reguladora; y cuando ésta no valga o el caso requiera más bien un cambio que una interpretación de la ley, será forzoso que resuelva la autoridad legislativa estimulada por el problema, y manifieste, para los casos futuros, cuál es su más cierta voluntad.

Pero pretender que los jueces se detengan ante una duda que plantea una ley como ante un escollo insuperable, es lo mismo que detener el movimiento de la justicia.

Pretender que el juez debe siempre obedecer a la letra, es un sofisma, porque supone que en la letra no existe la duda por la que, precisamente, se hace necesaria la función del intérprete; pretender que en cada página donde hay un precepto los jueces deben respetar a ojos cerrados el principio de la majestad soberana, aunque no emane de la autoridad competente, es lo mismo que exponer a los ciudadanos a todas las formas de tiranía; pretender que en cada ocasión en que el juez se encuentre frente a tales dificultades, deba suspender el juicio y remitir la decisión a la potestad legislativa, es lo mismo que derribar todos los órdenes del Estado y dejar los intereses y los derechos particulares a merced de la peligrosa oscilación de las influencias partidistas.

Es también sofisticada la afirmación de que sólo el legislador está en condición de reconocer el verdadero significado de las prescripciones dictadas, porque con ello se cae en el falso supuesto de que el redactor de la ley es eterno en su vida y en su oficio, lo que no es así, y es, por el contrario, imposible.

Misera (lo diré con las palabras de Elout, De interpretatione in iure criminal) illa mihi videtur conditio civitatis, in qua iudices tantum uti instrumenta adhibentur, et ubi ii qui auctoritatem qua induti sunt a summo imperante non possent adhibere et suum valere non possent proprium de rebus iudicium.

Esta saludable libertad de interpretación podría dar innumerables ejemplos en los precedentes de nuestra jurisprudencia, y, con más frecuencia que en otros, en aquellos que se inspiraron en las atinadas ideas de Giuseppe Puccioni.

Así, en la sentencia del 18 de enero de 1860 ("Annali di giurisprudenza", XXII, 1, 31) se dijo que la Ordenanza de la marina del 18 de octubre de 1748 no estaba ya en vigor en su parte penal, aunque el decreto soberano del 20 de junio de 1853 le mantuvo expresamente en vigor, porque el decreto de 1853, al encontrar a la Ordenanza de marina modificada y corregida en sus penalidades bárbaras por las costumbres judiciales toscanas, debía entenderse que la habla querido confirmar en el estado y forma en que se hallaba aquel día.

Y aunque en el mismo decreto de 1853 se ordenó directamente y sin distinción la abolición completa de nuestras costumbres judiciales (que en un momento de cólera se le habían vuelto ociosas al nomoteta de entonces), bien se entendía que la abrogación de las costumbres debía referirse a aquellos hechos que el código nuevo había contemplado, pero no a los que habla dejado bajo las normas de los ordenamientos precedentes.

De tal modo, nuestro jurisconsulto y el sabio consejo que lo apoyó no vacilaron en decir que una parte de la Ley de 1748 no estaba en vigor y que una parte de las costumbres judiciales estaba en vigor todavía, a pesar de la letra del último decreto, en apariencia contraria a ambas proposiciones, juzgando así sobre la existencia respectiva de aquellas dos fuentes legislativas.

Y se hizo muy bien, ya que de otro modo, en pleno siglo XIX, habríamos querido mantener en Toscana la tortura y la hoguera.

Aún más valerosamente, procedió Puccióni y la Corte reguladora en el fallo del 5 de agosto de 1850 (*Annali di giurisprudenza* 1717).

Estábamos en aquel periodo en que la Toscana se encontraba ocupada por las tropas austriacas, que bajo el nombre de auxiliares dominaban, en realidad, la cosa pública. Estaba en vigor entre nosotros, y religiosamente observado, el sistema oral de los juicios penales, por el cual ningún valor debía atribuirse a las deposiciones de los testigos realizadas en el procedimiento escrito, si ellos no venían en persona a confirmarlas, a la vista del público, en el debate oral.

La asistencia que los auxiliares prestaban a nuestras tropas en el servicio de policía para el mantenimiento del orden, hacía muy frecuentes los casos en que militares austríacos se encontraran presentes en delitos cometidos en Toscana, el conocimiento de los cuales se devolvía a los tribunales ordinarios y debía cumplirse con los procedimientos regulares observados entre nosotros.

Pero una orden del comandante austríaco prohibía a dichos militares obedecer a las citaciones que les fuesen transmitidas por nuestra autoridad con el fin de que testimoniaran en el debate público.

Consternada por este obstáculo, la corte criminal de Florencia, en un momento de debilidad, había resuelto que para los testimonios de los militares austríacos bastaba leer sus declaraciones escritas, y que en ellas debía hacerse plena fe, como si estuviesen repetidas en el juicio oral.

De tal modo, a una orden del día del comandante austríaco se le había acoplado la virtud de derogar, y casi diría destruir, la ley orgánica de nuestros procedimientos criminales. Esto, y con razón, no le pareció tolerable a nuestra Corte Suprema.

Llamada a pronunciarse en el caso que se le sometió, con la antedicha sentencia no tardó en casar aquel pronunciamiento y resolver lo contrario.

Bien es verdad que ante los reclamos del comandante tudesco, nuestro gobierno fue solícito en convertir en ley sus órdenes del día, concediendo a las milicias auxiliares un privilegio incompatible con la buena marcha de la justicia.

Pero esto no significa una censura contra el fallo y, antes bien, demuestra mejor su utilidad y le hace el más grande elogio, porque ello sirvió para mostrar que nuestra magistratura no se plegaba a las veleidades, por imperiosas que fueran, del poder dominante.

Resultaba una prueba de gran coraje y de gran amor a la justicia, conservados por los sacerdotes de ésta aún con peligro para ellos, en tiempos en los que del arbitrio de un ministro dependía el empleo y la suerte de la familia.

La inamovilidad de los jueces proclamada por el Estatuto, hace menos peligrosa, pero no menos justa, esta independencia del poder judicial, aunque la palabra inamovilidad no parezca empleada en su propio y literal significado, sino más bien en el de irremovilidad.

Sabemos, en efecto, que nuestros jueces tienen hoy día, en la ley fundamental, la seguridad de no ser removidos, pero no tienen la seguridad de no ser movidos, lo que, por los intolerables perjuicios que puede ocasionar a una familia, resulta, desgraciadamente, incluso hoy día, una causa de graves temores; y de modo especial después que se han tenido ejemplos deplorables de la dilapidación de la sabiduría judicial hecha en un instante de precipitado escudriñamiento, por abuso de este poder de locomoción que puede tornar efímera la garantía de la prohibición de remover. Pero, de todos modos, no hay situación en la vida del hombre que no torne, en ciertos momentos, lleno de peligros el cumplimiento del propio deber; ni se debe temer tampoco que los miembros de la autoridad judicial, al pronunciar sus sentencias, piensen más en su propio porvenir que en el de la justicia.

Al contrario, en apoyo de mi argumento y para eliminar toda sospecha de que los elogios al extinto se encaminan a cubrir la censura a los sobrevivientes, me place terminar este escrito con un hecho contemporáneo que servirá para mostrar como los espléndidos ejemplos que nos han dejado Giuseppe Puccioni y la magistratura toscana, han germinado vigorosamente, y cómo todavía se conserva en Ital

Art 15

CAPITULO I GIUSEPPE PUCCIONI Y EL DERECHO PENAL

1.3.1 Idolatría de la Propia Voluntad

La idolatría de la propia voluntad tiene un germen tan profundo en el corazón de los hombres, que a menudo arrastra inadvertidamente a su culto incluso a aquellos a quienes pertenece el título de liberales y de virtuosos.

Hemos visto, así, a hombres insignes por su mérito, no censurables por su respeto a la justicia, irreprochables por su sincera devoción a las garantías constitucionales, dictar a veces, en su calidad de ministros, como apéndice a una ley seriamente discutida por el Parlamento, ordenamientos sucesivos que, bajo el modesto título de reglamentos o de circulares, vendan más o menos directamente a derogar en parte y corregir la ley dictada por los poderes legítimos.

El pueblo siente y resiente la inconveniencia de esos hechos, porque si éstos se encarnaran en nuestro gobierno, el Estatuto Constitucional vendría a reducirse a una palabra vana, y sería ridículo que los representantes del pueblo se esforzaran en hacer la comedia de largas discusiones para impedir la sanción de un artículo que no parece oportuno, si al día siguiente del rechazo de ese artículo, éste, oculto bajo la máscara de ejecución de la ley, volviera a enseñorearse del asunto.

Al respecto, alguien se ocupó de que el Parlamento tomara la iniciativa y que con un pronunciamiento solemne censurara el abuso y cerrara el camino para que tal situación no vuelva a ocurrir.

Laudables tentativas se vieron, en este sentido, por parte de algún representante de la Nación. Pero, entre tanto, yo decía que para salvar el principio fundamental podía muy bien bastar la firmeza de la magistratura.

Y, en efecto, la Corte de Casación de Florencia no faltó a su gran misión, y con una sentencia del 1 de diciembre de 1866 declaró firmemente la invalidez y la ineficacia de una circular ministerial con la cual se había querido inconsultamente hacer apéndices y enmiendas a una ley sancionada por el Parlamento.

El principio fundamental, decía aquella resolución, de derecho constitucional que emana de la letra misma del Estatuto niega al poder ejecutivo la facultad de hacer leyes y de infligir sanciones penales contra casos ó hechos que las leyes existentes ni explícita ni virtualmente contemplan. Y por esta incensurable consideración derribó el usurpado trono que se estaba erigiendo a las circulares ministeriales.

Aquí están los frutos de las virtudes y del coraje de nuestros padres; he aquí los beneficios de los grandes ejemplos que nos han dejado Giuseppe Puccioni y sus venerados colegas.

El gran hombre es como un astro que deja tras de sí un haz de luz que ilumina la tierra, aun cuando aquél haya desaparecido del horizonte.

La pobreza del biógrafo no siempre responde a la grandeza del hombre cuya vida se contempla. Pero, a pesar de ello, pienso que con lo poco que he dicho puede cualquiera que no haya conocido a Puccioni formarse una idea de lo que había en él y de lo que perdió nuestra patria, tanto en la enseñanza como en la legislación y en la jurisprudencia.

Aquéllos que personalmente lo conocieron y se aproximaron a él, encontrarán un elogio que está por debajo de la verdad.

Art 16

CAPITULO 2

ESTUDIOS JURÍDICOS

2.1 CODIGOS UNIVERSALES

¿Será acaso verdad que nosotros, miembros de la facultad de derecho, cuando cada año volvemos a verter desde

nuestras cátedras en el seno de los asiduos discípulos el fruto de nuestros largos estudios y de nuestras meditaciones, con la intención de guiarlos en las difíciles doctrinas del derecho, no hacemos otra cosa que una obra vanidosa?

¿Será verdad que todos somos vendedores de un artificio que usurpa el nombre de ciencia, bueno solamente para oscurecer las mentes, para desviarlas de la verdad, y que es inútil para la sociedad civil, infructuoso y quizá enemigo del progreso humano?

¡Muchos hombres de agudísimo ingenio, que por muchos siglos vinieron, uno tras otro, consumiendo sus inteligencias para iluminar las disciplinas legales, para componerlas y ordenarlas de modo que resultase más fácil la vida práctica de las mismas; tantos volúmenes que fueron el fruto de sus afanes; tanta reverencia que los pueblos mostraron hacia aquellos doctos, otorgándoles el mérito de una altísima autoridad, todo no fue mas que un delirio, un engaño, una falaz alucinación!

En mi infancia, oí esta cruda sentencia contra los maestros de la enseñanza jurídica, en aquel tiempo en que las armas francesas habían traído a nuestra patria la novedad de los códigos universales. Pero fue un meteoro, que paso sobre el astro luminoso de la ciencia jurídica, para disiparse pronto y restituirla a su prístino y más vivo esplendor.

Que si por efecto de aquella sentencia se vieron, en un instante de ceguera, relegados a lo trivial aquellos áureos volúmenes en los cuales tanto amor habían puesto nuestros abuelos y nuestros padres, la verdad no tardo en hacerse reconocer, y aquellos volúmenes fueron buscados de nuevo diligentemente y se los tuvo, como antes, por estimadísimos, volviendo a pedir a las bibliotecas las fuentes de la doctrina que necesita el sacerdote de la justicia, y que otro quería entregar a los dictados de la fantasía o comprimir entre los áridos escollos de la gramática.

Entonces se oía gritar lo que hoy viene a repetirse entre nosotros con inoportunidad irreflexiva, vale decir, que cuando una nación ha condensado todos los preceptos jurídicos según los cuales quiere ser regida, en tantos códigos como lo escojan los diversos movimientos de la justicia, ya no es menester instruirse en el idioma de Solon y de Papiniano, ya no es menester velar a la débil luz del candil sobre los monumentos de las antiguas legislaciones y recorrer laboriosamente los escritos de aquellos hombres ilustres que las comentaron con erudición.

¿Con qué objeto vuelve hoy a decirse todo esto en Italia, cuando tenemos nuestros códigos?

Un ejemplar de los códigos, un calendario, una gramática y un diccionario italiano son la completa Biblioteca del jurisconsulto.

En la ley escrita esta el precepto que debe regular los derechos y los deberes respectivos de los ciudadanos. Esa ley esta al alcance de todos, para todos es clara e inteligible, porque esta redactada con fórmulas que cualquiera puede entender.

Un aprendizaje de nemotécnia, para que sean familiares y se confíen tenazmente a la memoria los artículos de los varios códigos, es todo lo que se debe exigir de los jóvenes que se encaminen hacia la jurisprudencia.

El resto no es mas que pérdida de tiempo y fatiga. Con el texto del código se debe aconsejar a los clientes, se deben defender los litigios, dirimir las controversias.

La ciencia legal no es ya el monopolio de unos pocos, conquistado al precio de largos sudores, sino que es accesible al dominio de cualquiera que conozca el lenguaje y tenga un poco de buen sentido para entenderlo y aplicarlo.

Art 17

CAPITULO 2 ESTUDIOS JURÍDICOS

2.1.2 Función de los Códigos

Esta fatal opinión fue la que impulso, en los comienzos del presente siglo, a los doctos alemanes y de otras partes de Europa a levantar una bandera, enemiga declarada de toda codificación, proclamándola perniciosa para el progreso de la ciencia jurídica, encadenadora del pensamiento y del desenvolvimiento del derecho.

Pero no eran los códigos los que se oponían a la marcha de la ciencia. No podían serlo, porque no le habían sido ni el código de Justiniano, ni los de los Carlos, ni los de los Federicos, ni todos aquellos estatutos que los diversos pueblos se habían impuesto y que, en sustancia, en nada diferían de los nuevos códigos, excepto en una mayor o menor amplitud.

Lo que podía oponerse a la ciencia era solamente la desatinada creencia de tenerlo todo en los códigos, y de dar a estos los imposibles atributos de una enciclopedia, imitando, en cierto modo, la antigua visión de los que pretendieron encontrar el remedio de todas las enfermedades en una panacea universal.

Cuando los hombres se convencieron de que las funciones de los códigos respecto a la ciencia no alcanzaban para los propósitos establecidos, se vio a los doctos volver mas activamente al estudio de los antiguos volúmenes, con el fin de vincular con las nuevas las antiguas leyes y doctrinas y dar luz sobre aquellas mediante el auxilio de estas; y aun más, para extraer de tal confrontación argumentos sensibles de la progresividad de nuestras doctrinas, valiéndose de aquella para impulsarlas a ulteriores incrementos, o a la enmienda de las nuevas disposiciones, si en alguna parte estuvieron construidas con menos cuidado.

Y así, en la misma Francia, de donde había partido la audaz idea de la autocracia de los nuevos códigos, se vio restablecer la enseñanza del derecho romano a proporciones más amplias, y los doctos de aquella nación tendieron la mano a los eruditos alemanes y rivalizaron con ellos en el estudio de los viejos comentaristas, a fin de desarrollar, con su ayuda, reglas y criterios que sirvieran mejor para dirigir a la justicia en la interpretación y aplicación de los áridos textos de los nuevos códigos.

Volvamos a nosotros, sobre los pueblos que nos circundan. En todos ellos encontramos extinguida la manía popular de tener códigos propios; pero en todos encuentra también, después de los códigos, la enseñanza jurídica en las universidades, y establecido en ellas, por sobre cualquier otro, el estudio del derecho romano, así como discutidas y resueltas las cuestiones forenses con las respuestas de Scevola y de Papiniano y con las doctrinas de Cuyacio y de Gluck.

Porque tal es, precisamente, el fenómeno moral del desengaño en el alma humana: disipadas las alucinaciones, se vuelve con mayor entusiasmo a las cosas que se rechazaron.

Art 19

CAPITULO 2 ESTUDIOS JURÍDICOS

2.2 ESTUDIO DE LA DOCTRINA

No obstante, ese elocuente hecho, que en todas partes hemos visto desenvolverse al aparecer los códigos, y que de modo constante nos presenta un momentáneo abandono seguido inmediatamente de un más caluroso retorno al estudio de las antiguas doctrinas, somos hoy testigos de que en la Italia redimida, la publicación de los códigos ha dado lugar al acostumbrado error, y escuchamos con demasiada frecuencia, incluso a personas que ocupan altos puestos, condenar al desprecio la sabiduría latina y tachar de vano el estudio de los monumentos de la antigua filosofía.

Bien se comprende que esas personas ostentan tal opinión para cegarse a sí mismas sobre el abismo que, por culpa de una prospera fortuna, han atravesado súbitamente; y repitiendo la sentencia *non ragioniam di lor, ma guarda e pasea*, seguiré confiando en las antiguas costumbres, porque tengo fe en la fuerza de la verdad, la cual, por su propia virtud, tarde o temprano da cuenta de tales desaciertos. No, la ciencia no se asusta por ellos, porque la ciencia es cosmopolita y alza su propio estandarte, por virtud de la ley indefectible de su perpetuo progreso.

El que debe espantarse por causa de tales opiniones es el pueblo, el que las insinúa, ya que ellas son prelude de decadencia y de tinieblas. Quien debe espantarse por eso es la juventud, que ya apartada en exceso, por el calor de su fantasía y por su natural esquividad, de los severos estudios de Temis, no encuentra en sí misma fuerza que la sostenga para vencer esas repugnancias, si un falso cálculo de la razón la induce a acariciar en su ánimo la creencia de que aquellos son superfluos.

Art 20

CAPITULO 2
ESTUDIOS JURÍDICOS

2.2.1 Necesidad de su Estudio

Es falso que se puedan ser hábiles jurisconsultos, capaces defensores, sabios magistrados con solo aprender de memoria los artículos de los códigos con los cuales se gobierna el Estado. Esta afirmación, si de algún modo se la quiere construir bajo la forma de razonamiento, no puede encontrar apoyo en otra parte que en la escuela positiva. Esa escuela no reconoce derechos absolutos. Para ella, todo derecho humano emana del dictado del legislador terreno; antes de éste, no hay criatura que pueda atribuirse derechos, todo es fuerza y arbitrio, porque no puede existir derecho sin la conciencia de su seguridad, y la seguridad no puede darla sino la ley del príncipe.

Con tal sofisma, que, evidentemente, confunde la génesis del derecho con la tutela del mismo, ha querido construirse una doctrina que tenga como precedente la negación de toda ley natural y de todo principio moral absoluto, y, por consiguiente, el arbitrio mas desenfrenado en la potestad de los legisladores humanos.

Marchando por esa vía, bien se pudo decir que quien conocía el decreto del soberano conocía todo el derecho, porque antes de aquél decreto solo existía el vacío, la nada, en las regiones de la justicia; no existía un principio que le proporcionase a uno un fundamento racional para regular, para interpretar, para corregir, para aplicar el decreto del príncipe.

En un todo semejante a la fabulosa Minerva, que surgió del cerebro de Júpiter toda armada y completa, el derecho, según esta visión, solo nació entre los hombres el día que el gobierno quiso dictar preceptos para gentes a las que había reducido bajo su potestad; y habiendo nacido así, por repentina creación de la mente, o del capricho de ese legislador, no tenía naturalmente tras de sí ninguna razón que estudiar, ningún orden que seguir, excepto la voluntad de aquél.

Art 21

CAPITULO 2
ESTUDIOS JURÍDICOS

2.3 ATEÍSMO JURÍDICO

Pero esta escuela, que ni siquiera merece el nombre de tal, es la más absurda de todas, porque conduce al ateísmo jurídico; porque así como el ateo pretende encontrar en la sola casualidad o en las fuerzas brutales la razón y la causa del mundo físico y del mundo moral, negando un orden providencial y una potestad superior al hombre, así también el discípulo de la escuela positiva, al dar a un individuo el poder de crear el derecho a su antojo, niega todo orden jurídico superior que gobierne a la humanidad y, de tal modo, niega el derecho en sí mismo, convirtiéndolo en una concesión del soberano.

Es la del positivismo, la más absurda de todas las doctrinas posibles, porque repugna a la conciencia universal y a la misma historia de la humanidad. El hombre, en efecto, si tiene deberes hacia sus semejantes, no puede dejar de tener derechos que le sirvan para el cumplimiento de aquellos; y ya que esta cadena de deberes y de derechos procede de su misma naturaleza de ente moralmente libre, así también los unos y los otros provienen en el de la mano que lo ha formado y existen antes de que otro individuo haya agregado su voluntad a la voluntad primitiva que lo había constituido.

Un periodo de vida humana desligado de todo deber, carente de todo derecho, porque todavía no se le ha antojado a un individuo ordenar "lo quiero así", es históricamente una fábula y racionalmente un imposible.

El hombre, desde su aparición, tuvo conciencia de tener derecho a la vida y a cuanto era necesario para conservarla y conducirla al fin de su propio destino, y no espero el decreto de su semejante para sentir, en el fondo de su alma, la voz que lo cercioraba de sus deberes hacia sus semejantes y de los derechos correlativos.

Si él busco en el consorcio civil y en la constitución de la autoridad humana una mas poderosa tutela para sus derechos, no lo hizo porque no tuviese o no conociese que tenía algún derecho, sino, precisamente, por la razón opuesta de que tenía y conocía tener derechos, y a estos quería tutelarlos mediante la organización de una fuerza humana en la cual se concentraran las fuerzas dispersas de los individuos, impotentes por el aislamiento y por sus conflictos recíprocos, para actuar aquella protección. Del derecho nació la sociedad civil, y no de ésta el derecho; del derecho nacieron los legisladores que lo reconocieron y lo proveyeron de sanciones actuales, y no ya de los legisladores el derecho.

La historia de todos los pueblos demuestra que hubo un periodo en el cual no existió ley constituida, sino que se rigió por costumbres en las cuales se exteriorizaba la voz íntima de la conciencia, que a todos y respecto de todos proclamaba la existencia de derechos y deberes.

Nos muestra luego un segundo periodo, al que se llegó más tarde o más temprano, que comienza con el hecho de un hombre dotado de excepcional inteligencia y autoridad, el cual ha recogido aquellas costumbres en un cuerpo de leyes escritas, creándolas, por virtud de su intelecto, con arreglo al orden que creía mejor, y dándoles fuerza y permanencia gracias a su autoridad.

Desde que en la formación de tales costumbres se habían involucrado las pasiones de los individuos, y al transformarse aquellas en ley permanente, se había introducido el arbitrio del que ocupaba el sitio de legislador, ocurrió que algunas verdades universalmente reconocidas se insinuaron en las diversas costumbres, y después en las diversas legislaciones, con lo que muchos errores contrariaban la ley jurídica primitiva, en vez de sostenerla.

De ahí la lenta y sucesiva elaboración de los códigos establecidos para regular a las diversas naciones, los cuales no emanaron del propósito de proclamar una verdad nueva, o un derecho nuevo, porque la verdad y el derecho no pueden ser creados por el hombre, sino que procedieron, al contrario, del propósito de proclamar una verdad y un derecho ya preexistentes y de reparar los desvíos de los primeros legisladores, o de procurar con mejores modos el reconocimiento universal de aquella verdad o de aquel derecho.

Art 22

CAPITULO 2 ESTUDIOS JURÍDICOS

2.3.1 Jurisconsulto o Leguleyo

La humanidad devino, moviéndose en su marcha con incesante progreso, en el desarrollo del reconocimiento de la suprema ley jurídica, y de ello obtuvimos el mejoramiento legislativo que ahora gozamos, sin renunciar a la esperanza de un mejoramiento ulterior.

En consecuencia, si el derecho actual que los legisladores contemporáneos han formulado en sus códigos, no es más que la proclamación de verdades preexistentes y el resultado de una larga depuración madurada durante siglos y siglos mediante tales tentativas, es evidente que para adquirir el conocimiento de la ley jurídica actual no basta conocer las palabras del código.

Lo que distingue al jurisconsulto del leguleyo es, precisamente, que el leguleyo quiere saberlo todo en jurisprudencia cuando conoce la letra de la ley, mientras que el jurisconsulto no ve en la letra sino una forma transitoria en la cual se exterioriza, por un breve espacio de lugar y de tiempo, la ley suprema de razón universal.

El jurisconsulto basa toda su doctrina en que el reconocimiento de la verdadera y absoluta ley jurídica debe ser progresivo, lo que no sería así si su trabajo de explicación estuviese encadenado a una perpetua inmovilidad por el imperio autocrático de un legislador terreno.

Y recordando que con frecuencia el hombre, mientras corre de buena fe tras la verdad, encuentra el error con apariencias de ésta, y abraza este error para renegar de los principios de aquella que sus antecesores ya habían quizás reconocido, es preciso que recorra, con sus estudios, toda la serie de las tentativas hechas en los diversos siglos y países hacia ese fin, para persuadir a su propia conciencia de que, en realidad, el legislador de su nación se ha aproximado al principio absoluto de justicia mas de lo que lo hicieron otros legisladores precedentes y contemporáneos. De ahí, pues, la necesidad de realizar profundos estudios históricos y profundo análisis de las leyes que coexisten en el mundo civilizado. Sin esto no se es mas que un ser inanimado que se mueve y golpea sin comprender por que se mueve y por que golpea.

El jurisconsulto sabe, además, que incluso la ley positiva de un Estado no esta en la corteza de las palabras con las cuales fue expresada, sino en el concepto y en el espíritu que les dio vida. Y puesto que al hombre no le es posible conocer al desnudo y positivamente, en todos sus aspectos, la arcana voluntad de otro hombre, a esa voluntad hay que extraerla de la presunción de su perpetua coordinación a los designios racionales y justos.

Por eso, a cada cuestión que surja sobre la verdadera interpretación de cualquier ley positiva, es forzoso entenderla y aplicarla según los supremos principios de razón, los cuales, por lo tanto, deben ser necesariamente conocidos por quienquiera se dedique, en cualquier situación, al sacerdocio de la justicia.

Pero estos supremos principios de razón no pueden ser alcanzados y dominados, haciendo que en cierto modo ellos se encarnen profundamente, como conviene al verdadero jurisconsulto, si, por un lado, no se consagran maduras meditaciones a la búsqueda de los mismos, con la ayuda de una sana filosofía; y si, por otro lado, en esa búsqueda no se profundizan los movimientos anteriores de la humanidad, manifiesta en los varios estatutos legislativos en los cuales se ha creído haber aferrado aquella verdad, o en aquellos de entre estos que, al menos, se consideren primarios y dominantes sobre los otros por su mayor riqueza de filosofía y de sapiencia.

Si, para juzgar bien y para aplicar rectamente las leyes presentes es necesario haber aprendido de las jurisprudencias anteriores, nadie, querrá negar que es el derecho romano el que, merece ser objeto de ese conocimiento indispensable, tanto por la vastedad de sus disposiciones, como por la agudeza de la doctrina en que se inspiró, como porque el es el padre común de todas las legislaciones actuales, de suerte que no es tan posible adquirir sabiduría de verdadero jurista sin el conocimiento profundo del derecho romano y de la filosofía jurídica, como no es posible ejercer correctamente la medicina o la cirugía sin un completo conocimiento de las condiciones anatómicas y fisiológicas del cuerpo humano.

Art 23

CAPITULO 2 ESTUDIOS JURÍDICOS

2.4 MATERIALISMO JURÍDICO

La verdad fue ampliamente desarrollada por la escuela histórica, que surgió a principios de este siglo, casi por providencial beneficio, para hacer oportuno antagonismo al materialismo de aquella funesta doctrina que veía en el conocimiento de los códigos la ultima "Tile" de todos los estudios legales.

Art 24

CAPITULO 2 ESTUDIOS JURÍDICOS

2.4.1 Escuela Histórica

La escuela histórica impulsó las meditaciones de los juristas mas allá del estudio de las Pandectas, coordinándolo al de los hechos y al del movimiento universal de toda la humanidad, en las creencias, en las costumbres y en las obras legislativas.

Magnífica idea, que es fecundada no solo de una más noble erudición, sino también de una mayor rectitud en los juicios, ya que todos los hechos humanos se concatenan, por un misterioso vinculo, los unos con los otros y todos recíprocamente se iluminan para esclarecer la suprema razón de las cosas, que aquí y allá tiene, no mas que como un relámpago, manifestándose en la larga y fatigosa marcha de la civilización humana.

La escuela histórica a su vez se excedió en un dogmatismo inaceptable, cuando quiso proclamar como génesis absoluta y constante del derecho toda forma de reconocimiento que, en el correr de los siglos, los diversos pueblos han creído hacer de la suprema ley jurídica con tanta tenacidad buscada por los millares de hombres que poblaron la Tierra, y tan fácil y frecuentemente desconocida por el impulso de las pasiones humanas.

Afirmar que todo cuanto ha sido establecido, incluso en tiempos de ignorancia y de barbarie, por pueblos que se creyeron cultos cuando en realidad acaso no lo eran sino a medias, contiene una revelación de la suprema ley jurídica, no es otra cosa que un error por el cual encuentran justificación las mas barbaras sanciones y hasta el estado mismo de barbarie.

Esta fue la afirmación del absurdo que llevó a admitir en el mismo argumento la coexistencia de dos verdades contradictorias. Fue, en una palabra, la proclamación del politeísmo jurídico.

Art 25

CAPITULO 2 ESTUDIOS JURÍDICOS

2.5 EL POLITEISMO JURIDICO

El politeísmo tiene como contenido necesario el ateísmo, porque quien afirma una pluralidad de dioses dotados de igual potencia, niega, por lógica necesidad, la existencia de un Dios que a todo y a todos domina.

Y, de igual modo, quien afirma la verdad suprema de dos leyes jurídicas de las cuales la una destruye a la otra, niega la existencia de una suprema ley jurídica, y niega, así, el carácter absoluto del derecho.

Si fue un principio de la suprema ley jurídica aquel estatuto que imponía, por manía guerrera o por egoísmo que se matara a los viejos, a los lisiados y a los enfermos, no puede ser un principio de la suprema ley jurídica el precepto que impone que se de a los lisiados, a los viejos y a los enfermos, caritativa y fraternal asistencia.

No puede existir una verdad diametralmente contraria a otra verdad, y quien esto sostenga niega la existencia de la verdad. No puede existir una suprema ley jurídica que se oponga diametralmente a otra ley jurídica, y el que sostenga esto niega, por lógica, la existencia de una ley suprema.

Purgada de esa idolátrica adoración de los hechos la escuela histórica ha rendido y rinde grandísimos beneficios a la doctrina, cuando aliada con la escuela ontológica, le ha prestado ayuda orientándola en el estudio de las diversas legislaciones antiguas y modernas, no ya para adorar con ciega fe brahmanica cualquiera estúpida aberración a la que se hayan dejado arrastrar en el transcurso de los tiempos, por obra de fogosos impulsos, los distintos pueblos, sino, por el contrario, para encontrar en esas mismas aberraciones la verdad de una justicia absoluta, aparte de una ulterior demostración de ella mediante la reconstrucción de la prueba de los hechos.

De igual manera, los maestros del habla latina llegaron a decirnos que entre las heces de Ennio y de Pacuvio habían encontrado joyas hermosísimas con las cuales se adornaba el elegante sermón, pero no quisieron decirnos que todos los giros y todas las palabras de aquellos antiguos debían conservarse como texto clásico del idioma del Lacio.

Quisieron decirnos, en sustancia, que con solo el estudio de los libros contemporáneos, no se aprende una lengua; y yo repito, que con el solo estudio de los códigos quedamos perpetuamente ignorantes en la ciencia del derecho.

Art 26

CAPITULO 2 ESTUDIOS JURÍDICOS

2.6 ESCUELA ONTOLÓGICA

La única verdadera, es la escuela ontológica, porque extrae de la naturaleza del hombre las leyes que deben regirlo y que nacieron contemporáneamente al primer albor de su vida, precisamente porque él nació constituido

de ese modo. En ello procede bajo la guía del principio universal que deduce las leyes reguladoras de todos los entes, de las condiciones propias de la naturaleza de cada uno de ellos, y, por consiguiente, de principios íntimos, constantes e indefectibles.

Pero, ya que para conocer precisamente las condiciones especiales de los entes, es necesario estudiarlos en todos sus desarrollos sucesivos, así también, para reconocer la verdadera ley jurídica en sus múltiples y variados efectos, es necesario estudiar el desarrollo de la humanidad en su relación con aquella ley.

Por eso, la escuela histórica conforta e ilumina admirablemente la doctrina filosófica del derecho, y las dos escuelas proceden con mutuo y reciproco beneficio a la conquista de la verdad.

De tal modo, los antiguos romanos, para instruirse en la sabiduría jurídica, se ayudaron con la filosofía, y llegaron a formarse de la jurisprudencia la idea de que ella era la noticia de todas las cosas humanas y divinas; pero, al mismo tiempo, aprendieron de la sabiduría griega, como antes de ellos los griegos habían aprendido de los egipcios y de otros pueblos de la antigüedad.

Y si nosotros queremos mostrarnos no del todo indignos hijos de nuestros padres, debemos imitarlos, y ayudarnos con el fruto de sus meditaciones, para marchar adelante hacia la conquista de la verdadera doctrina legal en sus genuinos fundamentos, en sus infinitas manifestaciones y en la respectiva aplicación de la jurisprudencia a la vida practica.

La sabiduría humana ha nacido en pequeños destellos de las sucesivas elaboraciones de las monadas que, en el largo periodo de la vida de la humanidad, consagraron sus inteligencias a la búsqueda de la verdad; pero nunca fue ni puede ser concedido a un hombre, llámese doctor, príncipe o emperador, el concentrar en su cerebro, como en un solo haz, todos aquellos destellos.

Arrogarse la autocracia de encadenar a la ciencia jurídica y de constituirse en el único enseñador de ella, es el más insensato entre todos los de delirios de la soberbia humana.

Falta 27

Art 28

CAPITULO 3
DEFENSA PUBLICA Y PRIVADA

CAPITULO 3

DEFENSA PUBLICA Y PRIVADA

3.1 EL ORDEN

Decía Adriano Duport: que se hace demasiado honor a los gobiernos cuando se les atribuye exclusivamente el orden que reina en las sociedades civiles, desconociendo la inmensa parte que tiene en ello la naturaleza del hombre.

Una verdad actualmente no discutible es que el vínculo por el cual las criaturas humanas se restringen en el estado de asociación, no fue creación de la fuerza, ni de la voluntad arbitraria de los hombres.

Actualmente, en las doctrinas políticas es pacífico el rechazo de la fórmula por la cual se denominó estado de naturaleza a la vida extrasocial, y que vio en la agregación restricciones de la libertad humana y disminución de sus derechos.

El orden y la armonía son una ley eterna, y para su servicio existe en todo lo creado esa tendencia que, independientemente de los seres mismos que la soportan, los constriñe al orden y a la armonía con fuerza continua e irresistible.

El complemento de cada individuo no fue alcanzado en la creación de los cuerpos, mientras no fue establecido el orden en la agregación de sus elementos; y cada individuo no pudo decirse completo si en el mismo instante no se colocaba, respecto a los demás, en la condición de relación a la cual lo destinaba la ley eterna.

Nada hay indisciplinado en el mundo. Pero la concepción divina no se manifiesta en las obras por la vía mezquina de un mecanismo variable. La omnipotencia se exterioriza mediante un principio único; el principio más simple, pero infinito y constante, es la maravillosa fuerza de atracción, que por la ley de los contrarios se convierte, con el variar de las relaciones, en fuerza de repulsión.

Lo que para el mundo material es ley puramente física, es también para el hombre, ley moral.

Porque Dios quiso que el hombre no solo fuera, como el resto de la creación, testimonio de su grandeza y mero instrumento de la mutua elaboración de la materia, sino que, además, le rindiera el homenaje del culto: Lo doto de alma racional.

Ese rayo de inteligencia, que no es otra cosa que una emanación finita de la infinita inteligencia divina, reunió en el hombre, a la condición de ser físico, también la condición de ser moral; y en uno y otro aspecto él sufrió el influjo de la ley eterna del orden.

Y así como el hombre, en cuanto a su esencia corpórea, no alcanzo su complemento mientras las partes materiales no hubieron obedecido a la ley de agregación de las mismas, así también, en su condición de ser moral debió sufrir contemporáneamente la respectiva ley de agregación moral con relación a sus semejantes.

Ese impulso que reunía las moléculas en el individuo, para que estuviese completa la organización material del

hombre, y que entre uno y otro individuo marcaba las relaciones físicas convergentes a la armonía universal, ese mismo impulso, llevaba de golpe a los hombres a reunirse entre ellos por el vínculo moral, y el complemento moral era coetáneo del complemento físico.

De este modo, así como la disgregación de un miembro del cuerpo humano, que lo conduce al estado de aislamiento, es una desviación de su condición normal, así también la disgregación de un individuo, que lo conduce al aislamiento de su especie, va al mismo tiempo en retroceso del orden físico y moral de su destino.

Para reconocer la existencia de una ley de la naturaleza no es menester construir la fábula de un estado extrasocial preexistente a la agregación del hombre.

El estado social es sincrónico con la creación del hombre. Se actuó según las progresivas mutaciones de la humanidad. Pero esto no quita que ella no recibiera, en el instante la sujeción a una ley universal, absoluta, cuya primera fórmula era, la de la sociabilidad.

La atracción física unió al hombre con la mujer. Pero, después de agotada la tensión de aquella, el hombre y la mujer no se separaron como hacen las bestias: Porque la atracción moral quedó para mantener el consorcio, y se prolongó entre ellos y los hijos y en los hijos después de ellos, y así, se prolongó y se difundió infinitamente por toda la humanidad.

Art 28A

CAPITULO 3 DEFENSA PUBLICA Y PRIVADA

CAPITULO 3 DEFENSA PUBLICA Y PRIVADA

3.1 EL ORDEN

Decía Adriano Duport: que se hace demasiado honor a los gobiernos cuando se les atribuye exclusivamente el orden que reina en las sociedades civiles, desconociendo la inmensa parte que tiene en ello la naturaleza del hombre.

Una verdad actualmente no discutible es que el vínculo por el cual las criaturas humanas se restringen en el estado de asociación, no fue creación de la fuerza, ni de la voluntad arbitraria de los hombres.

Actualmente, en las doctrinas políticas es pacífico el rechazo de la fórmula por la cual se denominó estado de naturaleza a la vida extrasocial, y que vio en la agregación restricciones de la libertad humana y disminución de

sus derechos.

El orden y la armonía son una ley eterna, y para su servicio existe en todo lo creado esa tendencia que, independientemente de los seres mismos que la soportan, los constriñe al orden y a la armonía con fuerza continua e irresistible.

El complemento de cada individuo no fue alcanzado en la creación de los cuerpos, mientras no fue establecido el orden en la agregación de sus elementos; y cada individuo no pudo decirse completo si en el mismo instante no se colocaba, respecto a los demás, en la condición de relación a la cual lo destinaba la ley eterna.

Nada hay indisciplinado en el mundo. Pero la concepción divina no se manifiesta en las obras por la vía mezquina de un mecanismo variable. La omnipotencia se exterioriza mediante un principio único; el principio más simple, pero infinito y constante, es la maravillosa fuerza de atracción, que por la ley de los contrarios se convierte, con el variar de las relaciones, en fuerza de repulsión.

Lo que para el mundo material es ley puramente física, es también para el hombre, ley moral.

Porque Dios quiso que el hombre no solo fuera, como el resto de la creación, testimonio de su grandeza y mero instrumento de la mutua elaboración de la materia, sino que, además, le rindiera el homenaje del culto: Lo doto de alma racional.

Ese rayo de inteligencia, que no es otra cosa que una emanación finita de la infinita inteligencia divina, reunió en el hombre, a la condición de ser físico, también la condición de ser moral; y en uno y otro aspecto él sufrió el influjo de la ley eterna del orden.

Y así como el hombre, en cuanto a su esencia corpórea, no alcanzo su complemento mientras las partes materiales no hubieron obedecido a la ley de agregación de las mismas, así también, en su condición de ser moral debió sufrir contemporáneamente la respectiva ley de agregación moral con relación a sus semejantes.

Ese impulso que reunía las moléculas en el individuo, para que estuviese completa la organización material del hombre, y que entre uno y otro individuo marcaba las relaciones físicas convergentes a la armonía universal, ese mismo impulso, llevaba de golpe a los hombres a reunirse entre ellos por el vinculo moral, y el complemento moral era coetáneo del complemento físico.

De este modo, así como la disgregación de un miembro del cuerpo humano, que lo conduce al estado de aislamiento, es una desviación de su condición normal, así también la disgregación de un individuo, que lo conduce al aislamiento de su especie, va al mismo tiempo en retroceso del orden físico y moral de su destino.

Para reconocer la existencia de una ley de la naturaleza no es menester construir la fábula de un estado extrasocial preexistente a la agregación del hombre.

El estado social es sincrónico con la creación del hombre. Se actúo según las progresivas mutaciones de la humanidad. Pero esto no quita que ella no recibiera, en el instante la sujeción a una ley universal, absoluta, cuya primera formula era, la de la sociabilidad.

La atracción física unió al hombre con la mujer. Pero, después de agotada la tensión de aquella, el hombre y la

mujer no se separaron como hacen las bestias: Porque la atracción moral quedo para mantener el consorcio, y se prolongó entre ellos y los hijos y en los hijos después de ellos, y así, se prolongo y se difundió infinitamente por toda la humanidad.

Art 29

CAPITULO 3 DEFENSA PUBLICA Y PRIVADA

3.1.2 Obediencia al Gobierno

La obediencia al gobierno de una sociedad civil, es consecuencia de la ley impresa al hombre por la naturaleza, como la armonía del sistema planetario es consecuencia de la ley impresa a cada uno de los cuerpos celestes desde el primer instante en que recibieron su complemento como individuos.

El impulso que constituyó el orden perdura por virtud de su potencia, y la fuerza ordenadora funciona como fuerza conservadora.

El orden es la ley eterna impuesta por Dios a todo lo creado. La tendencia a alcanzar y mantener esa armonía es el medio del cual Dios se ha valido para impulsar hacia ese fin a todos los seres, cada uno según su naturaleza y destino: medio constante, uniforme, infalible, mucho más de lo que son las eventuales oscilaciones de un calculo racional.

Insinuar que la obediencia a esa ley y, por consiguiente, en nuestro tema, la constitución de la sociedad civil, es un invento del ingenio del hombre, y la conservación de ella un efecto de su voluntad, es una blasfemia soberbia contra la sapiencia del Creador.

El estado de asociación es el ideal de la armonía para la raza humana. La tendencia congénita y universal a la agregación es el medio que Dios escogió para apartar al hombre del aislamiento.

Esta tendencia universal, constante, irresistible, proporciona, asimismo, la más sólida prueba de los supremos mandatos, y, al mismo tiempo cumple la ley y la revela a nuestros ojos.

Art 31

CAPITULO 3
DEFENSA PUBLICA Y PRIVADA

3.1.3 El derecho como principio

Si el orden, como fin, es ley de Dios, y la tendencia al orden, como medio, es ley de nuestra naturaleza que nos ha sido impuesta por la mente suprema, las fuerzas subalternas que son precisas para el desarrollo de aquella ley primitiva son, ellas también, en su principio abstracto, queridas e impuestas por el Creador, de donde es ley de nuestra naturaleza el impulso hacia la respectiva actuación de las mismas. No existen porque el hombre haya querido que existan; existen porque Dios les ha dado condiciones tales que no pueden dejar de existir.

El llamado derecho internacional no es, en su principio, creación del hombre. Coexiste con las sociedades, como coexisten leyes que determinan las religiones entre los diversos mundos, entre los planetas y sus satélites, y como coexisten en el globo terrestre con el reino animal, con el reino vegetal y con todos los seres, las leyes que rigen sus respectivas relaciones.

El llamado derecho administrativo no es, en su principio, creación del hombre. Es una de las leyes subalternas que guían a la gran armonía, en la cual está prescripta la prosperidad de las naciones como medio para la prosperidad de las familias, y la prosperidad de las familias como medio para la prosperidad y el progreso moral del individuo.

El citado derecho privado emana, asimismo, de un principio absoluto. En la ley natural la que distribuye entre los hombres los respectivos derechos y los deberes, que son dos términos de inevitable correlación, de los cuales no puede afirmarse el uno sin la implícita afirmación del otro, porque el uno es el inevitable contenido del otro.

Sin una potencia superior que proveyese a la observancia de los derechos y deberes, serian vanas palabras. Las leyes físicas tienen en sí la propia fuerza de coacción y de sanción.

Un cuerpo, o no puede absolutamente desobedecer a la ley física, y he aquí que en ella se encuentra la fuerza intrínseca de coacción; o si la desobedece, encuentra en ella, por virtud de la ley misma, decaimiento o deterioración, y he aquí que en la ley física reside la fuerza intrínseca de la propia sanción.

Pero en las leyes morales no es así.

Las leyes morales no tienen otra fuerza de coacción que la íntima voz que llama al hombre al cumplimiento de sus deberes; no tienen otra sanción terrena que la sindéresis.

Pero las pasiones sofocan en el corazón del hombre el amor innato por la justicia y vencen la inquietud del arrepentimiento.

Así, es una verdad positiva que si las leyes físicas tienen en sí mismas las virtudes de coacción y de sanción, ambas suficientes y eficaces para su integral y perpetuo mantenimiento, las leyes morales no tienen sino una fuerza de coacción y una sanción inciertas, ambas, e insuficientes para sus necesidades. Por eso, sin una coacción inmediata, los choques desordenados del individualismo le harían imposible al hombre el goce de su libertad externa.

¡Felices nosotros, si las leyes morales tuviesen en ellas la fuerza indefectible de su propia observancia, como la tienen las leyes físicas! Dios, en su omnipotencia, también habría podido dar a las leyes morales esta coacción eficaz e inmediata.

Pero no la dio, porque el hombre debía ser libre a fin de que, ayudado por el sentido moral, por la luz de la razón y por la revelación religiosa, mereciera o desmereciera ante él, según sus propias obras, en el peregrinaje terreno. Justicia suprema, que prodiga el bien; pero que lo reserva solamente para quien sabe conquistarlo con sus obras.

Pero la violación de la ley moral en todos aquellos hechos en los cuales vendría a lesionar la libertad externa de los otros hombres, no podría ocurrir sin turbación del orden externo, el que solo puede configurarse en el respeto constante de los derechos de cada individuo.

De ahí la necesidad de una magistratura civil que supla la falta de coacción intrínseca de la ley moral y que constriña al hombre, con una fuerza externa, a la obediencia de sus propios deberes, no obstante la contraria influencia de la pasión, en aquellas partes en las cuales la violación de los deberes sería incompatible con el orden externo.

Por consiguiente, si para alcanzar el fin último del orden es indispensable el cumplimiento de aquellos deberes, cuya violación lo turbaría, y si, para conseguirlo, es necesaria una coacción externa que refuerce en esta parte las leyes morales, es intuitivo que la magistratura civil, instrumento necesario para el mantenimiento de los derechos privados, también es una emanación de la ley natural.

Sin embargo, no todos los derechos del hombre, una vez violados, pueden encontrar reparación en el resarcimiento coactivo, que muchas veces resulta imposible e insuficiente incluso respecto al individuo lesionado por la violación del derecho.

Hay derechos cuya violación no lesiona solamente al individuo que es víctima de ella, sino también a todos los otros miembros de la sociedad, por el temor, que a todos se comunica, de que se repita aquella violación. De tal modo, aun cuando la reintegración del derecho violado fuese posible, sería, sin embargo, en esos casos, inadecuada.

Por eso, la fuerza de coacción ejercida por el magisterio civil para el cumplimiento de las leyes morales tuteladoras del orden, no es medio suficiente para la observación de estas, sin el concurso de otro magisterio que, además de la fuerza de coacción, administre asimismo la sanción y supla también en esta parte la insuficiencia de las leyes morales.

He aquí la necesidad del magisterio penal.

El llamado derecho criminal no es tampoco un invento del hombre. Es una de las leyes que sirven a la armonía, por la cual es necesario que se refrenen las pasiones humanas con el temor de un mal inmediato y presente, cada vez que vayan a resultar nocivas de los derechos ajenos.

Las pasiones eran y son indispensables al hombre: como impulso para la acción y para el progreso moral, ellas también eran y son un instrumento de orden.

Pero, desde que trascienden en daño de otro y en ofensa de la justicia, se convierten en elemento de desorden y necesitan de una fuerza moderadora.

El derecho de amenazar al hombre un mal cuando ofenda injustamente a sus semejantes, con el fin de disuadirlo de que ofenda, y el derecho de infligirle ese mal cuando haya causado la ofensa, a fin de que la amenaza no quede como palabra vana, no es tampoco un invento del hombre.

Él arraiga en la ley natural; y la sociedad y la autoridad civil son, por el contrario, los medios que la misma ley eterna preestableció como indispensables para su ejercicio regulado.

Nada hay indisciplinado en el mundo. No puede existir ley que no tenga consigo la fuerza de coacción y de sanción. Sin esto no habría una ley, sino una palabra.

Las leyes morales que regulan las relaciones del hombre con su propio semejante, no tienen por virtud intrínseca la suficiencia de coacción y de sanción que da fuerza a las leyes físicas. Necesitan, por lo tanto, un resguardo exterior. Y este no puede ser otro que la autoridad social armada del derecho de coacción y de punición.

El fundamento del derecho de punir esta, por lo tanto, en la ley natural. No ya, como penso Locke, quien entrevió esta idea, pero estropeo su fórmula, debido a los errores de su tiempo; no ya porque la ley natural haya dado al hombre aislado el derecho de punir a otro hombre, sino porque la ley natural establece derechos y deberes y, por ello, un orden de justicia: prescribe la asociación como medio de actuar la justicia, y a la asociación le confía la fuerza necesaria para ese ultimo fin. De ello se induce necesariamente que esa fuerza debe ser empleada por la sociedad también para la defensa de sí misma. Y cuando yo digo ley natural no entiendo ya expresar las condiciones materiales del individuo, lo que lleva a confundir la voz de los apetitos con la revelación del sentido moral; yo la entiendo como la concebía Aristóteles: la ley del orden preestablecida a la humanidad por la mente suprema.

3.1.4 La Sociedad como Principio

La sociedad no es un principio, sino un instrumento, e instrumento indispensable de la ley eterna. La autoridad no es un principio, sino un instrumento, e instrumento indispensable de la sociedad. El derecho de punir no es un principio, sino un instrumento, e instrumento indispensable de la autoridad. Cadena indisoluble de medios. Emanaciones todas del principio absoluto, y todas convergentes a la armonía universal.

Sociedad, autoridad, coacción, punición. Instrumentos absolutamente justos en su principio, y que son justos en la forma de su actuación, mientras conserven obediencia a la ley primitiva y convergencia al eterno fin al que están predestinadas.

De tal manera, el derecho de punir remonta a dos grandes principios: la justicia absoluta, y la defensa de los derechos del hombre.

La necesidad de la defensa es la causa primera del derecho de punir. La justicia determina los límites y la medida del mismo.

La necesidad de la defensa no basta para legitimar la irrogación de una pena contra el que no violó los preceptos de la justicia.

La violación del precepto de justicia no basta para atribuir al brazo humano la autoridad de punir, si la defensa publica o privada no lo requiere.

En el uno y en el otro caso, la punición no es ya instrumento de orden, sino prepotencia y abuso, porque en el primer caso la ley moral contradice la sanción, y en el segundo no necesita de esta, bastando la ley moral en sí misma cuando no existe peligro para la libertad externa de los hombres. La injusticia de la pena es, en el primer caso, absoluta; y en el segundo, relativa, pero es siempre injusticia

Yo también pienso que es un error unificar en el solo principio moral la génesis del derecho punitivo, porque con ello se transmuta la función práctica del magisterio penal, impulsándolo a la dirección interna del hombre, con evidente exceso que sobrepasa el fin al cual esta dirigido, y sometiéndolo a las indefinidas exigencias del ascetismo. Pero no veo por qué los utilitarios deban atemorizarse tanto por ese principio, que tengan que negarse en absoluto a reconocer en la ley moral uno de los fundamentos del derecho de punir. ¿A que temer, como consecuencia de ese asunto, la invasión por parte de la autoridad de la dirección interna del hombre, y, de tal modo, la subversión de toda libertad civil? Tan pronto como se distingan tienen entre ellas las diversas partes de la ley moral, todo se desenvuelve en una convergencia admirable.

Que se distingan aquellas partes que atañen a las relaciones del hombre consigo mismo y con Dios y de las que atañen a sus relaciones con la sociedad y con sus propios semejantes. Que se distinga la ley moral protectora del orden externo u objetivo, de la ley moral promotora del perfeccionamiento interno, o sea del orden subjetivo.

Con ello, todo temor de exorbitancia se disipa de ambos lados. Se disipa el temor de que el principio utilitario, por una apariencia de bien, sea arrastrado a sancionar una cosa injusta. Se disipa el temor de que el principio moral, por el aliciente de lo bueno, haga desbordar a la función punitiva mas allá de los confines de la mera dirección política. Y el principio utilitario y el principio moral se dan amistosamente la mano para sostener el edificio penal.

La ley moral, en las partes que conciernen al perfeccionamiento interno del hombre, tiene suficiente coacción en sí misma; y los efectos de su violación, siempre perniciosos para el mismo violador, más para el solo, le dan suficiente sanción. No así en las partes que atañen a las relaciones externas del hombre, en las cuales la violación de la ley moral sería perturbadora del orden exterior.

En éstas, necesita de una más pronta sanción. Necesita del brazo humano para ser mantenida y protegida, a fin de que los resultados de su violación, antes de recaer sobre el violador, no hieran a la humanidad inocente con universal disturbio.

A mal interno, coacción interna; a mal externo coacción externa. He ahí coordinada la ley moral con el principio político.

Art 33

CAPITULO 3 DEFENSA PUBLICA Y PRIVADA

3.1.5 La Ciencia del Derecho Penal

La ciencia del derecho penal no es, por lo tanto, una ciencia con la cual se ande buscando lo que a uno u otro le place establecer. Es el desenvolvimiento de principios de razón eterna; es la búsqueda de verdades absolutas.

Quien considere a nuestra ciencia como el árido comentario de preceptos dictados por los hombres, falsea totalmente el concepto de la misma. Si la forma puede ser variable en la aplicación, los principios esenciales son inmutables.

¿Quién diría que es una invención del hombre el alimentarse? La necesidad de la nutrición es ley eterna de nuestra naturaleza, porque sin nutrición no es posible la duración de nuestra existencia ni la prosperidad del cuerpo.

Igualmente, es una ley eterna de nuestra naturaleza que exista una fuerza que refrene las pasiones ávidas o violentas de la criatura, porque sin ese freno no sería posible la duración y la prosperidad del linaje humano, y la libertad externa del hombre desaparecería bajo la presión de los más fuertes.

La elección entre los diversos medios de refrenamiento, puede, sin embargo, parecer dependiente del arbitrio del hombre, como puede parecer dependiente de su gusto la elección entre los varios medios de nutrición. Esto puede ser verdad dentro de ciertos límites, pero incluso en esa elección, existe siempre subordinación a principios absolutos.

Hay entre las diversas sustancias que se pueden ingerir, sustancias nocivas y sustancias inocuas Y, entre éstas, las hay menos proficuas y más ventajosas para la máquina humana. Debe preferirse éstas, y apartarse de aquellas, si se quiere obrar racionalmente.

Ahora bien, la ciencia que enseña estas cosas se llama higiene; y a una colección de los preceptos relativos a ella se le llama código higiénico.

¿Pero, es acaso el código higiénico el que da al veneno la potencia de matar, a los licores el poder de dañar y a otras sustancias el de favorecer a nuestro cuerpo?

Las leyes de relación entre las sustancias, por las cuales una materia nos favorece y otra nos daña, coexisten absolutamente en las sustancias mismas. La higiene no hace mas que descubrir esas leyes.

De igual modo, las ciencias políticas en general, y el derecho criminal en particular, no crean las leyes de ordenamiento de las sociedades y de refrenamiento de los actos delictuosos. Ellas existen eternamente en los principios de la justicia absoluta. El publicista y el criminalista no hacen otra cosa que descubrir tales leyes.

La ciencia del derecho penal tiene, por tanto, su propia materia no en las leyes humanas, sino en los principios racionales según los cuales debe ser regulada la punición de los crímenes.

Estos principios preexisten a la ciencia. Es de su dominio investigarlos, no imponerlos.

Existen, por ley eterna de la naturaleza humana, métodos de administración económica que conducen a las naciones a la ruina; ordenamientos políticos que llevan a los Estados a la anarquía; otros que arrastran a los pueblos al embrutecimiento y a la corrupción; sistemas de refrenamiento que, si se adoptan por los legisladores, en vez de responder a su fin, lo contrarían.

A esta ley el criminalista no la puede destruir ni alterar, como no puede hacerlo el publicista o el economista, porque es superior a él. Tampoco puede el naturalista hacer que no exista la relación homicida o vivificante que la naturaleza ha puesto entre las sustancias.

La desviación de esos principios llevó siempre al criminalista al error, al legislador a la injusticia, a la sociedad a la turbación.

El ejercicio del magisterio punitivo no es para las autoridades sociales un derecho, sino un deber.

Leyes supremas prescribieron que para la tutela de los derechos del hombre, en cada agregación surgiera, como representación de las rectas voluntades de los congregados, una autoridad cuya fuerza de coacción y de sanción procediera uniforme y tranquila en su ejercicio. Leyes supremas impusieron a la autoridad el deber de ese ejercicio y, al mismo tiempo, los límites y el gobierno del ejercicio mismo.

Pero los hombres encargados de regir a los pueblos fueron también hombres, que son como decir, sujetos a las aberraciones del intelecto y al influjo de pasiones perversas.

Y he aquí a estos hombres abusando de la ley 1 primitiva y trastornando los principios fundamentales del

ministerio que les fue confiado.

El derecho internacional, en las manos de esos hombres, recibe sus normas de la fuerza; el hecho de la conquista constituye razón de imperio; los pueblos domados se doblegan; las nacionalidades se suprimen, y la tierra se divide entre los opresores, conculcando siempre a los débiles.

El derecho publico, en las manos de esos hombres, va buscando en las nubes una génesis divina para la autoridad concreta, porque el apoyo racional no responde a los fines particulares de quien quiere dominar el Estado como cosa de su propiedad.

Las medidas económicas, por acción de ellos, se desnaturalizan, y los planes de prosperidad general son reemplazados por el interés de una casta o de una familia, a costa de la miseria y del languidecimiento de los más.

Los ordenamientos civiles se desvían también de sus sagrados fines, sustituyéndose a la razón el dogmatismo de los privilegios, para mantener en la opulencia a los predilectos del poder.

El derecho de punir, bajo la mano de esos hombres, se transforma en la autoridad de descargar la cuchilla sobre el cuello de los propios enemigos, no en defensa de los derechos de los ciudadanos, sino en auxilio de injustas opresiones, o en servicio de un partido, o para desfogar de caprichosas venganzas.

Así, los instrumentos del orden, preestablecidos por la ley natural, fueron falseados en su actuación; los factores de la civilidad se volvieron instrumentos de brutales tiranías; y aquella armonía que era el último fin de la ley eterna, se turbo por el abuso de esa misma tendencia que la naturaleza nos ha dado para permitirnos alcanzarla.

Esa innata tendencia prevaleció en el hombre, y las sociedades permanecieron antes que disgregarse. Permanecieron en medio de las miserias, de las violencias, de las destrucciones. Los pueblos soportaron el abuso del derecho público, de las medidas económicas, de los ordenamientos civiles, del derecho penal, y los padecimientos sin fin que fueron consecuencia de todo ello.

Ni las sevicias de los tiranos, ni los furores del pueblo valieron para quebrantarlos.

Así, como en medio del estallido de las tormentas persiste la atracción molecular, y al cesar cada huracán la armonía se restablece de manera espontánea, así también, en los hombres, el espíritu de asociación y la tendencia al orden fueron siempre mayores que las causas disolutorias, ya sea que partieran de la furia popular, ya sea que provinieran de la prepotencia de unos pocos.

Por eso, bien decía Dupont que no a los gobiernos, sino a la ley suprema de la naturaleza, se remonta la raíz del orden, ya que el ansia por conseguirlo conservó invicta su eficacia en medio de las colisiones de tantas fuerzas disipadoras.

Y duró, no por los gobiernos, sino incluso a despecho de estos.

A pesar de tantos males, en la lucha de opresiones insensatas y desesperadas reacciones, los hombres permanecieron coasociados.

Los ignaros y tímidos permanecieron, y lloraron resignados. Los audaces lucharon y cayeron. Y mientras el contraste duraba como choque de fuerzas materiales, los hombres de pensamiento hacían recaer sobre ese estado de cosas sus meditaciones.

Las inteligencias selectas sintieron que tales condiciones sociales no eran consentidas por la igualdad natural de los derechos de los hombres, y aborreciendo a aquellas, decapitaron el principio.

He aquí la reacción de las ideas, que ayuda a la reacción de los oprimidos contra los opresores; pero he aquí también el origen de los más absurdos sistemas, con los cuales se va a caer en la negación del derecho, combatiendo la ley fundamental, cuando, en realidad, no son los principios los que deben demolerse, sino los abusos de la actuación de los mismos.

He aquí que en la sociedad se viene a configurar una desviación del estado de naturaleza, fórmula misteriosa, lanzada para servir de pasto a las imaginaciones exaltadas. He aquí que a esta sociedad se le busca una génesis fantástica, según la conveniencia de los disputantes.

Los autores del poder actuante y los de la oposición se separan, en esta disputa, en dos campos distintos; y tanto en el uno como en el otro se sobrepasan los límites de la verdad, porque las pasiones dominan al intelecto.

No se disputa ya, de un lado, para mantener el mero principio abstracto de la autoridad social, sino para conservar la forma abusiva de sus aplicaciones; y se reniega toda génesis racional, porque la génesis racional repugna al abuso.

No se disputa ya, del otro lado, para corregir la forma, sino que se quiere destruir el principio, porque este aparece compenetrado con aquella y solidario en sus culpas.

Los unos buscan por encima de la tierra una autoridad sobrehumana, que sirva de obstáculo pavoroso a cualquier corrección de la forma abusiva. Los otros apelan al arbitrio individual, sustituyen los goces materiales por las reglas de una justicia absoluta y abandonan insensatamente la autoridad al arbitrio de las multitudes.

Así, por ambas partes se siguen sendas erradas. La ciencia queda envuelta en densísimas tinieblas. Los errores se refutan con errores, con perpetuo detrimento de la verdad.

Esta es la historia, estas las causas de tantas y tan nocivas aberraciones a que fueron sometidas las doctrinas políticas. Y las exorbitancias en las doctrinas políticas repercutieron fatalmente sobre el derecho penal.

Todas las ciencias están relacionadas entre sí por tales vínculos, que un falso concepto introducido en la una es ocasión frecuente de errores en la otra; y esto es inevitable si pertenecen a la misma familia.

Un error en el derecho público es fuente inevitable de falaces consecuencias en las ciencias económicas y en el derecho penal.

Cuando se restituye al derecho público a su más simple y más exacto principio, cien dificultades se disipan en las otras ciencias.

En un tiempo, los hombres, dirigieron a sus próceres la pregunta: ¿por que reináis?, y no obtuvieron de ellos,

como respuesta, sino una fábula o un insulto.

Fue una fábula responder: Yo reino porque una divinidad descendió sobre la Tierra para coronar a mis antepasados, e impuso que la progenie de éstos permaneciera en perpetua opresión sobre todos vosotros. Y fue un insulto: Reinamos porque somos los más fuertes.

Y cuando el ciudadano volvió a preguntar: ¿por que me castigas?, las respuestas fueron una infamia para el derecho penal, volviéndolo un sustituto de la venganza privada; una elevación al soberbio programa de protector de la divinidad ofendida; un arrojarlo sobre un mar, sin confines con la fórmula arbitraria de la necesidad política. Respuestas todas falaces, porque son derivaciones del falso postulado sobre el cual se asentaba la autoridad.

Pero el derecho público rectificó el primer error, y la razón del gobierno fue distinguida de la razón de los gobernantes.

A la pregunta de por qué existe una autoridad que domina a todos, se respondió con el documento de la ley natural.

Existen las sociedades humanas porque es ley absoluta, impuesta por Dios al hombre, el estado de agregación, que es indispensable para el desenvolvimiento de las leyes físicas, de las leyes intelectuales y de las leyes morales que gobiernan la humanidad.

Domina una autoridad porque la agregación, por la ley natural prescripta, sería desordenada sin un centro que dirigiera sus movimientos y unificara sus voluntades. Pero esta autoridad existe, como necesaria tutela de la ley jurídica, para el fin del bien común, no para privilegio o provecho propio. En este sentido, y para este fin, la constitución de la autoridad, en su principio abstracto, emana de Dios.

Y a la pregunta subalterna de por qué esta autoridad se ejerce por el uno en vez de por el otro, debió dársele conveniente respuesta. La autoridad, designada para promover el bien de los más, es ejercida por el uno antes que por el otro, porque tal es el deseo de la mayoría, tácita o expresamente manifestado.

La ley suprema, antes que oponerse a la actuación de ese deseo, impone el respeto del mismo, porque el obedecerle conduce al último fin del orden, y el negarle lo contradice. La autoridad, en su principio abstracto, es legítima de legitimidad primitiva; la autoridad concreta es legítima de legitimidad derivativa.

Restituida así a los fundamentos de verdad y de justicia la noción constitutiva de la autoridad, simple y llanamente habría debido brotar la respuesta de por qué aquella autoridad flagela a los malvados con castigos, si el fatal error de la supuesta antinomia entre el estado de naturaleza y el estado social no hubiesen dejado vestigios de sí aún en los intelectos que más se creían purgados de él.

El derecho de punir es legítimo en la sociedad, porque la ley natural, atribuyendo al hombre derechos, quiso que se los respete; y esto no podía conseguirse de otro modo que armando a la sociedad de la fuerza de coacción y de la sanción que le faltan a la ley moral.

El derecho de punir se ejerce, por cuenta e interés de todos, por la autoridad directora de la agregación, porque a ella se le ha delegado el magisterio de la protección de los congregados y la expresión del deseo común. De tal modo, el ejercicio del derecho de punir es legítimo por ley natural, tan pronto como fue legítima la constitución

de la autoridad.

El derecho de punir no es un *ius politicae necessitatis*, sino un derecho de necesidad natural.

Si una ley eterna no se hubiese manifestado al corazón del hombre, también en lo que atañe al derecho penal, con un sentimiento de simpatía universal y constante, ¿cómo explicar el hecho incontrastable de que la idea de que se incurre en castigo por causar un mal se repitió y se reprodujo en todos los tiempos y en todos los pueblos, de un extremo al otro del globo y bajo infinita variedad de costumbres, de legislaciones, de climas y de religiones?

Pudo errarse en el concepto racional; pudieron variar las formas de aplicación, pero la idea primaria de la punición como consecuencia del delito se manifestó a todas las naciones desde el origen del mundo hasta nosotros, por mucho que se avance en las tradiciones remotas y en los modernos descubrimientos. Y cuando un hecho se repite en esa forma constante, acompañado siempre por la conciencia universal de su rectitud, es preciso buscar la génesis del mismo no ya en la política, fórmula creada por el hombre y variable, sino en la ley eterna, que tiene su indefectible revelación en las tendencias, las cuales son las naturales e indefectibles promulgadoras de aquella.

Art 34

CAPITULO 3 DEFENSA PUBLICA Y PRIVADA

3.1.6 La Política

La política no es mas que un arte; arte también útil para las naciones cuando, partiendo de la justicia, tiene por fin el mejoramiento real de los pueblos. Pero si ella puede crear formas y dar ocasión a derechos derivativos, jamás puede ser creadora de derechos primitivos, porque sería creadora de su causa. Por lo tanto, siendo necesario reconocer que el derecho de punir es un derecho primitivo, forzoso es reconocerlo como una emanación de la ley suprema.

Art 35

CAPITULO 3

DEFENSA PUBLICA Y PRIVADA

3.1.7 Conclusiones

Reduciré lo que hasta aquí he dicho a las más breves expresiones.

La ley eterna que Dios previo y prescribió a toda la creación es el orden.

La forma con la cual, por virtud de esa ley, el orden se exterioriza en relación con el hombre, es la asociación.

La ley de asociación lleva inherente la necesidad de una autoridad en la que se concentre el poder directivo para el fin del bien común.

Esta autoridad, en obediencia a su fin, debe estar dotada de las fuerzas que sean necesarias para hacer respetar los derechos del hombre y para protegerlo en el libre y justo ejercicio de sus facultades, lo que equivale a decir, para mantener la observancia de la ley moral en todas aquellas de sus partes cuya violación sería turbación del orden.

Tal es el origen, en ella, del derecho de coacción por medio del magisterio civil, del derecho de coacción por medio de disposiciones administrativas, del derecho de coacción por medio de las sanciones penales. Hasta aquí todo es absoluto y todo emana de la ley eterna.

Mas allá de estas bases fundamentales, el desarrollo de ellas deja de ser absoluto en sus desenvolvimientos particulares; pero queda, no obstante, siempre subordinado al fin al cual se dirigen esos principios. Fin que, siendo absoluto, señala normas indeclinables para la actuación de los mismos principios.

Este fin de la ley eterna del orden es el bien universal.

Cuando la autoridad social asume una forma contraria a ese fin, marcha al revés de lo que es absoluto, y no es ya un desarrollo, sino una contradicción de la ley primitiva.

Por consiguiente, toda forma que la autoridad asuma, todo modo de su ejercicio, sea en el magisterio administrativo, en el civil o en el penal, que contraríe el bien de la mayoría de los congregados, es injusta, es origen de desorden y es, por necesidad, transitorio, porque el orden es querido por Dios como instrumento de bien.

Por consiguiente, solo tendremos la actuación del orden preconcebido por la ley eterna, allí donde la forma explicativa del principio absoluto se manifieste coherente con la conciencia universal o sensibilidad moral espontánea del hombre, lo que equivale a decir, con el sentimiento de la mayoría inteligente.

Al decir mayoría, digo honestidad, porque la mayoría es siempre de los buenos.

Y ello porque es una medida providencial la de que, con excepción de los pocos perdidamente corruptos, el dominio de la razón y la obediencia a la justicia es la regla, mientras que la turbación apasionada es la excepción,

tanto en los individuos como en las multitudes.

La ley natural tiene por tipo a la justicia, y esa ley se revela al corazón de los hombres merced a las constantes aspiraciones del alma, o sea merced a las tendencias acompañadas de la conciencia de su rectitud y la repugnancia por los contrarios. Por tanto, en las mayorías inteligentes, después de breves oscilaciones que son momentos en los siglos, forzoso es que prevalezca lo que mejor se conforma al bien común y a la rectitud.

Y digo mayoría, para distinguirla de una facción inteligente, para distinguir precisamente los movimientos de pasiones tumultuarias o de ciegos impulsos, de los cálculos de la severa prudencia.

Porque Dios no ha dado al hombre, sobre los seres que lo circundan, el predominio de la fuerza, sino más bien el predominio del intelecto y de la moralidad. Ello muestra en que debe residir la verdadera potencia del hombre.

Vale decir, muestra que el hombre no puede tener sobre sus semejantes otra razón legítima de predominio que el intelectual y el moral. El hombre externo se doblega por viles esperanzas o temores ante el poder y ante la riqueza. Pero el hombre interior se mantiene rebelde y no se resigna dócilmente a otro imperio que al de la moralidad y la sabiduría.

De tal modo, el predominio de la mayoría no representa la opresión de la fuerza, sino el predominio de la razón y de la justicia.

La razón no es ya creadora de la ley moral, sino interprete o internuncia de esta ley. A ella, precisamente, Dios la compartió con el hombre, para que le abriese la contemplación de la justicia absoluta, a fin de que conformando a la misma prácticamente sus obras, pudiera actuar según su destino en la vía del propio perfeccionamiento.

Pero si en el asentimiento, tácito o expreso, de la mayoría inteligente se encuentra la razón que vuelve legítima a la autoridad en la forma especial de sus actuaciones, es preciso que esa verdad ejerza también su influencia sobre el derecho de punir, en lo que respecta a su ejercicio práctico.

De ello se sigue, pues, que cuando la actuación de la una se mantenga obediente al verdadero principio de su propia legitimidad, la actuación del otro, esto es, del magisterio penal, se aproximará más a su destino, y, por tanto, no solo al apego humanamente posible de su justicia, sino también de su utilidad.

Por el contrario, cuanto más vaya apartándose la actuación de la autoridad política de la verdadera génesis de su propia legitimidad, del mismo modo el magisterio penal se encontrara prácticamente alejado de su destino de instrumento de justicia y de instrumento de utilidad.

De esa conclusión se ha demostrado ya la primera parte, relativa a la justicia; la demostración de la segunda es intuitiva.

El mantenimiento del orden externo por el alejamiento de los hombres del delito, es el fin único de la ley penal mediante la amenaza de una inmediata punición, por lo que su utilidad consiste en la mayor disminución posible de los delitos en la sociedad civil.

Ahora bien, si es verdad que la tendencia al orden tiene un predominio providencial sobre la universalidad de los hombres, es manifiesto que el derecho penal no puede responder a su propio fin cuando la forma de su actuación, en vez de simpatía, suscite repugnancias en la mayoría inteligente de los ciudadanos.

Fue un error pensar que es posible la discordancia entre la justicia de un acto, su utilidad y la simpatía de los hombres hacia el mismo acto.

El error nació de hacer aplicación de tales hechos al individuo, en vez de aplicarlos a la humanidad.

Aplicados a la humanidad se descubre, en cambio, que son convergentes entre sí y que en su convergencia completan la ley del orden.

Porque lo que es justo debe ser útil, ya que no puede suponerse que la ley natural haya impuesto al hombre deberes dañosos.

Y lo que es bueno y útil debe ser simpático, porque la tendencia instintiva es la fuerza de que se sirve la ley natural para llamar a los hombres a lo útil y a lo justo.

Ello conduce lógicamente a mostrar que si la autoridad se inicia o procede en oposición a lo justo, no puede estar en la vía de lo útil, y por esta doble desviación no puede encontrar el favor de la simpatía. De ahí que, si por tales causas se encuentra desprovista de una fuerza espontánea que mueva a los ciudadanos a sostener sus obras, esta constreñida a valerse de fuerzas artificiales. Y estas, mientras aumentan las causas de desorden, tarde o temprano se estrellan contra la antipatía popular.

Persuadir a los pueblos, no con palabras sino con hechos, de que la autoridad no gobierna para oprimirlos, sino para protegerlos; persuadirlos, no con palabras sino con hechos, de que los instrumentos de la justicia punitiva no son los odiosos puntales de un poder caprichoso, sino el paladión del bien común, estimular, así, las simpatías de las gentes hacia la autoridad y hacia el magisterio penal, es la mejor educación político-moral que pueda darse a una nación.

Y una nación habrá progresado tanto más en la civilización, cuanto más el gobierno se haya aproximado prácticamente a esas verdades y cuanto más los ciudadanos se hayan convencido de ellas.

La sociedad y la autoridad no pueden proceder conforme a la ley eterna, si la autoridad soberana no se olvida de sí misma frente al pueblo y si el pueblo no se recuerda a sí mismo frente a la autoridad.

Pero, para marchar hacia esa meta no es necesario hacer partir la génesis de la defensa pública del elástico derecho de la necesidad política. Es preciso realzarla a su verdadero principio, proclamar que es una necesidad de la ley natural, y, desembarazándola así de las transmutaciones del querer humano y de los caprichos individuales, darle una base que emane de Dios, llegando a la conclusión de que el hombre, que ha sido creado igual a otro hombre, no puede tener el derecho de castigar a sus semejantes si no extrae este derecho de una ley que domine a toda la humanidad.

Pero si fue la ley natural la que confió a la autoridad social la defensa del orden externo, ¿podrá decirse que la defensa pública se ha establecido mediante la abolición de toda defensa privada?

La naturaleza, que dio también al hombre sus fuerzas propias, válidas en muchos casos para su autoprotección y la de los demás, quiso también, encomendando a la autoridad social la defensa de los hombres, que estos abdicaran absolutamente todo ejercicio de la defensa privada?

La colisión entre la defensa pública y la defensa privada no es constante y perpetua, y en el variado desenvolvimiento de los casos ocurre con frecuencia que ambas se concilian.

La defensa pública limita, por lo tanto, a la defensa privada, pero no la destruye; y el publicista debe encontrar los límites de la legitimidad de ésta, después de haber conocido la génesis y los límites de la legitimidad de aquella.

La palabra defensa representa dos ideas, entre las cuales media una grandísima diferencia:

Expresa la idea simple de resguardo, si se interpone entre una cosa y los seres, animados o inanimados, que podrían dañarla. Así, el hombre con sus ropas defiende su cuerpo del frío; con buenas cerraduras defiende sus propiedades de los rapaces.

Mientras la defensa privada se manifiesta sobre esa línea de actuación, ninguna colisión puede surgir entre ella y la defensa pública, y sería absurdo impedir aquella por respeto a ésta.

Pero la palabra defensa, expresa, además, una idea compleja. Cuando el hombre no la ejerce solamente sobre sí o sobre sus cosas, sino actuando sobre la persona de otro o sobre las cosas de otro, la defensa no representa ya la simple idea de resguardo, sino también la de repulsa. Y esta acción ulterior, poniendo a la defensa en colisión con los derechos de aquel contra el cual se ejerce, no puede concederse ilimitadamente, porque de la justicia social solamente debe esperarse la regulación de los respectivos derechos de los hombres cuando eventualmente choquen entre ellos.

Hay, empero, un límite más allá del cual esa abolición de la defensa repulsiva de los particulares debe cesar, porque debe acallarse el derecho de la defensa pública, sustituyéndoselo por la defensa privada. Y este límite es señalado por la justa necesidad.

Cada vez que el auxilio de la justicia social sea tardío e impotente para impedir el mal que se amenaza, y la defensa privada pueda, con menor daño, impedirlo, otras tantas veces resurge el derecho de la defensa privada; y la necesidad del momento da, al mismo tiempo, la causa y la medida de la legitimidad del ejercicio de ella.

Aunque importe una violencia arrebatarse un objeto de las manos de otro, nadie, sin embargo, querría castigar al propietario que, sorprendiendo o alcanzando al ladrón, retoma de él la cosa robada.

La ley que lo prohibiese no sería tutelar del derecho, sino protectora de delincuentes.

Aunque sea delito el poner la mano violentamente sobre otro, nadie, sin embargo, querría castigar al hombre que arrojase fuera de su casa al malvado que allí se introdujo en actitud hostil.

Habría en tales casos, un mal mucho mayor en sufrir la ofensa e invocar después la defensa pública, que en protegerse con los medios privados. Y el peligro en la espera y la menor eficacia de la defensa pública respecto a la mayor eficacia de la privada, constituyen la justa necesidad que legitima el uso de la fuerza privada, sin que por ello se ofenda la autoridad de la justicia social.

Pero la defensa privada puede incluso ir más lejos. Cuando sea inminente un grave peligro, porque injustamente se amenace la vida, el cuerpo o el pudor de un ciudadano, y no exista otro medio para impedir la ofensa, la

defensa privada puede llevar la repulsa hasta la lesión del cuerpo de otro, e incluso hasta la muerte misma.

Ahora bien, este principio de causar a otro una ofensa grave, e incluso la misma muerte, es legítimo e inmune a cualquier censura cuando lo impone la justa necesidad de la defensa del hombre, se admite concordantemente por todos los publicistas, moralistas y criminalistas como una verdad apodíctica que todos sienten en el corazón.

Parecería, pues, audaz volverla a examinar, y vano sería tomarla como tema de una exposición seria. El sentido moral revela de manera espontánea la verdad.

Pero si todos concuerdan en admitir la proposición de que la necesidad de la salvación del hombre legitima la defensa privada en todo aquello que se ejecute dentro de los límites de esa necesidad, no todos, sin embargo, concuerdan en establecer el verdadero principio sobre el cual debe fundarse la racionalidad de tal proporción. Y es ésta una cuestión muy importante.

Mas todos saben que la formula de un precepto cualquiera nunca resulta exacta ni responde a las necesidades de su aplicación práctica, si no es clara y positiva la razón fundamental de la regla misma. Y esto es, precisamente, lo que ha ocurrido en la materia expuesta.

En efecto, mientras todos se apresuraron a enseñar que la coacción moral, dentro de los límites de la justa necesidad, debe ser hábil para cancelar toda responsabilidad penal, luego no estuvieron de acuerdo en definir la razón principal de este efecto; y de ello derivó que, según la verdad de la razón aceptada, unos admitieran la eficacia excusante de la coacción en ciertos casos en que los otros la negaban.

Yo no voy a desenterrar las diversas fórmulas que los antiguos publicistas presentaban para dar razón del derecho a la defensa propia. Ni la formula de quien buscó el fundamento del mismo en una emanación del derecho de punir; ni la de quien quiso equipararlo al derecho de guerra entre las naciones, ni otras opiniones semejantes que, refutadas ya mil veces, fueron desterradas de las escuelas.

Examinare solamente los dos principios que hoy día quedan en pie y que se dividen el reino de esta doctrina en las escuelas modernas. Me refiero al principio de la colisión de los deberes y al principio de la perturbación.

Los publicistas se atuvieron mas especialmente al primero, y reconocieron la legitimidad de la defensa privada en la colisión de los deberes.

El agredido tiene derecho de matar al agresor porque éste, al violar el deber que tenía de respetar la vida ajena, ha perdido el derecho de que se mantenga el respeto a la suya.

Pero este modo de explicar la colisión de los deberes, que tiene tanta apariencia de verdad, si en algún caso puede ser útil y bueno, no basta para todo lo que se necesita.

En primer lugar, aceptando ese principio no se lo podría rehusar en todas sus aplicaciones. Y, de tal modo, tendría que considerarse legítimo el acto de robar a quien previamente me robo, siempre dentro de los límites de lo sustraído, puesto que yo podría decir que habiendo violado el ladrón el deber de respetar mi propiedad, me

desligo del deber de respetar la suya; consecuencia, ésta, que no es aceptada ni es en modo alguno aceptable.

Además, el principio de la colisión de los deberes cesa por completo cuando la defensa se ejercita matando a un no imputable, como en el caso de la agresión de un sonámbulo, de un coarto o de un loco.

El infeliz demente que amenaza mi vida, no viola ningún deber, porque siendo incapaz de moralidad por el morboso infortunio, es incapaz de incurrir en violación.

Por consiguiente, no puede decirse que él ha perdido el derecho a su vida, de suerte que desapareciendo aquí la colisión de los deberes, la consecuencia debería ser la cesación de la regla.

Y así, en efecto, Cocceio, arrastrado por la fuerza lógica del principio del cual partía, llegó a negar la cesación de la imputabilidad en el caso de la muerte de un inocente. Y también esta consecuencia es inaceptable y no aceptada, ya que hoy se admite sin discusión la legitimidad de la defensa propia, aunque sea ejercida contra un ser privado de razón o por cualquier otro motivo no responsable, con tal que la muerte fuese impuesta por justa, inminente e inevitable necesidad.

Igualmente, el principio de la colisión de los deberes no se adapta al caso del hurto cometido por extrema necesidad de hambre.

Los publicistas han querido, con razón, exonerar a este hecho de toda responsabilidad moral y política. Y para encontrar la razón de ello en el principio de la colisión de los deberes, dijeron que el hambre extrema en que languidecía el infeliz, había hecho cesar en el otro el derecho de propiedad; de donde la cesación de este derecho, según ellos, reconducía las cosas al estado de comunidad, que desligaba al hambriento del deber de respetarlas.

Aserción arbitraria y fantástica, que habría llevado al absurdo de liberar de la obligación de restituir, aunque la suerte del famélico hubiese cambiado. Base no demostrada, sino gratuitamente supuesta, por la cual Grocio tuvo la merecida censura de Nani y de Blackstone. Pero, como estos pensaron que habían refutado la regla por haber refutado la mala razón que de ella se daba, se creyeron autorizados a proclamar la regla opuesta, afirmando que la sustracción de la cosa ajena debe castigarse siempre, aunque este restringida al puro acto necesario de alimentarse momentáneamente y aunque este impuesta por la extrema y no culposa necesidad de sostener la propia vida. Pero esta dura consecuencia no es aceptable ni es aceptada hoy día, tanto en la teoría como en la práctica.

Es preciso, por lo tanto, admitir que puede darse, a veces, la violación de un derecho ajeno sin que haya lugar al castigo del violador. Y es preciso, por ello, encontrar otro principio que no sea el de la supuesta cesación del derecho en quien fue sujeto pasivo de la violación.

El común de los criminalistas se contento con dar razón del derecho con el hecho. Dijeron que el coaccionado no era punible porque era coaccionado, vale decir, no era punible porque la necesidad quitaba la libertad de elección.

Pero en ese modo de responder, o la supresión de la libertad se afirma en sentido absoluto y entonces se parte de un dato falso; o se la afirma en un sentido relativo, es decir, de supresión parcial, y entonces se elude la cuestión en lugar de resolverla.

Es falsa la proposición de que el coaccionado carece en sentido absoluto de libertad. Esto puede decirse del forzado, cuyo cuerpo esta sometido a una fuerza física que le subordina a la voluntad de otro, en actos en los

cuales más que agente es actuado, y de los que no es causa sino instrumento pasivo.

Pero cuando el movimiento del cuerpo no es pasivo del querer de otro, sino que obedece a una determinación del querer del alma que lo informa, en esos movimientos debe reconocerse la consecuencia de la libertad humana, la cual, como potencia, no cesa por las causas mas o menos fuertes que impulsan al hombre a querer.

Necesario es aquello que no puede dejar de ser pero el coacto puede muy bien elegir su propio mal en vez del daño de otro. Es verdad que en la determinación su arbitrio sufre la influencia del mal temido y su elección está restringida en una alternativa, pero en esta alternativa es siempre libre, y cualquiera sea el resultado de su deliberación, el partido que elige es querido por él, porque era facultad suya no quererlo.

Y, precisamente porque al coaccionado le queda tanto la libertad interna como la externa, los moralistas dividen las acciones espontáneas en voluntarias y coaccionadas; y es celebre aquel pasaje de Epicteto: *at inquiet quis; qui mihi mortis proponit metum me cogit. Profecto non quod imminet in causa est, sed quia tibi satius videtur aliquid eorum facere, quam mortem oppetere.*

Por consiguiente, la necesidad que apremia al coaccionado solo es relativa. Y así como por los principios fundamentales de la imputabilidad, lo que aminora la libertad, pero sin suprimirla absolutamente, aminora mas no hace cesar la imputación, así también resolver la cuestión con el hecho es eludir la cuestión.

No es una necesidad inevitable que el hambriento robe o que la mujer mate a quien la violenta; el primer hecho es necesario para conservar la vida, y el segundo es necesario para conservar la pudicia.

Así, si yo quiero ver de noche, me es necesario el candil; pero si un hombre privado de todo medio para ver en la noche, roba un candil, no se libra de pena, porque es libre de elegir entre estar a oscuras o robar el candil.

Ahora bien, ¿no es tan libre el segundo entre robar el pan o morir?

Sin embargo, me dirán que media una grandísima diferencia entre estar a oscuras y morir. Convengo en ello, por cierto. Pero vuelvo a preguntar:

¿Por qué esa diferencia tiene por consecuencia que sea legítimo el hecho del uno, y que en nada alivie el hecho del otro?

La mujer, me dirán, estuvo necesitada, para conservar su honor, de matar al hombre que violentamente la comprimía.

Pero el caballero que recibió una bofetada en público, esta también necesitado de desafiar a duelo a su ofensor, si no quiere perder el honor pasando por vil. Y a éste lo castigan, mientras que a aquella la excusan.

¿Cuál es la razón de la diferencia?

La perdida del honor para el caballero ultrajado, si no exige satisfacción, es un prestigio de la opinión. Estoy de acuerdo.

Pero es también un prestigio de la opinión que la mujer pierda el honor, porque alguno le haya hecho, contra su voluntad, lo que otro quizás le ha hecho ya muchas veces por su voluntad.

Pues bien, ¿cual es el principio racional por el cual excusan a ésta y no a aquél?

He aquí lo que yo busco; y no basta repetirme el hecho para darme razón de un derecho.

Por lo tanto, a ese modo de eludir la cuestión yo no le puedo dar el nombre de sistema, porque deja intacto el nudo verdadero cuya solución se desea.

Algunos criminalistas sintieron esa laguna, y reproduciendo una idea de Puffendorf (De off. hom., 1, 5, 20), recurrieron a la idea de la perturbación. Desaparece, dijeron, la responsabilidad penal de la violación constreñida por la necesidad de evitar un grave peligro, porque la presencia de ese peligro excita en la mente del hombre tal perturbación, que lo vuelve incapaz de frenar sus actos y de someterlos al dominio de la razón.

Y esa solución les pareció, por sobre todas, la verdadera; y se creyó haber dado con esta fórmula, para todos los casos, suficiente fundamento de la defensa inculpable.

No niego la utilidad de tal observación, como no le niego utilidad, en los congruos casos, al principio de la colisión de los deberes.

Pero digo, además, que esa fórmula tampoco es exacta ni responde a las necesidades de todos los casos.

En primer lugar, siguiendo el principio de la perturbación se vuelve la espalda a la misma nomenclatura y al lenguaje clásico de la ciencia, porque viene a llamársele excusado a un hecho que todos, hasta aquí, llamaron legítimo. La perturbación lleva a absolver al coaccionado únicamente *obmiserationem humanae imbecillitatis*.

Ahora bien, media una gran diferencia entre excusar un hecho y llamarlo legítimo. El que defiende su vida contra un peligro inmerecido, desdeña la palabra excusa.

Él tiene la conciencia de ejercer un derecho, y lo ejerce realmente cuando sustrae a la inevitable ruina una existencia humana. Pero la perturbación intelectual no es ni puede ser génesis de derechos.

Aparte esto, el principio de la perturbación procede de una hipótesis. Quiero admitir que la hipótesis de que hay turbación del intelecto ante la presencia de un grave peligro sea un hecho, mas que frecuente, ordinario, pero no es absoluto y constante.

Y quienquiera reflexione como los jefes de un ejercito se encuentran frente al peligro inminente de la vida, y emplean, no obstante, con sagaz perspicacia el intelecto, y quien recuerde los hechos históricos de hombres que, puestos en un riesgo mortal, dieron prueba de finísima penetración y de cálculos astutos, solo compatibles con la sangre fría, verán con facilidad lo que pienso, es decir, que la supuesta perturbación del agredido puede también, algunas veces, no existir.

Y entonces, cuando esto suceda; cuándo un proceso demuestre que el agredido conservó en medio del peligro toda la serenidad de la mente y actuó con los cálculos de un lucido raciocinio, si el principio excusarte es este único de la perturbación, ¿deberá castigarse a ese hombre?

La lógica así lo exigiría, y autorizaría al juez a decir: la ley te excusaba por tu supuesta turbación, pero tu te conservaste tranquilo y obraste reflexivamente; por lo tanto, yo no puedo excusarte. Y bien, esta consecuencia es

también inaceptada e inaceptable.

Tales observaciones y tales ideas me llevaron a la opinión de que era menester una fórmula mas completa y una razón más infalible para fundamentar esta regla aceptada por todos: legitimidad de la defensa privada por causa de necesidad.

Y, ciertamente, si persistiéramos en derivar el derecho de punir de un mero principio político, yo encontraría grandes dificultades en dar exacta y completa razón de la legitimidad de la defensa privada.

Pero, ya que en aquel derecho yo veo, no una invención de la política humana, sino una norma de la ley eterna, me parece que de la legitimidad en cuestión da suficiente, simple y exacta razón la cesación del derecho de punir en la autoridad social.

El derecho de punir de la sociedad emana de la ley natural. Pero la ley natural ha dado al hombre, más que el derecho, el deber de conservar su propia existencia.

Este es un precepto de la ley primitiva, como lo es la asociación de los hombres, la sujeción de éstos a una autoridad y la fuerza coactiva en manos de esa autoridad para el mantenimiento del orden.

Los dos preceptos primitivos, precepto al hombre de que se conserve a sí mismo; sujeción del hombre a una pena cuando turbe el orden externo, no pueden dejar de estar coordinados entre sí. Si están coordinados, el segundo precepto no puede ser derogatorio del primero, sino que, por el contrario, tiene éste con aquel una exactísima convergencia, porque ambos tienden a la conservación del hombre. Por lo tanto, cuando habla el primer precepto, debe callar el segundo.

La ley eterna que da a la autoridad el derecho de castigar al hombre, debe callar cuando el hombre a quien se querría castigar no hizo, conservándose, más que obedecer justamente a la misma ley.

Es imposible que la ley natural, que ha dicho al hombre que no se deje matar, haya dicho a la autoridad que mate o castigue a ese hombre porque no se ha dejado matar. Por consiguiente, cuando el hombre ha obedecido al precepto natural de la propia conservación, sin que se le pueda reprochar culpa en las causas o exceso en el ejercicio, no existe ya autoridad que lo pueda castigar, porque la ley natural, que ha dado a la autoridad el derecho de punir, no puede contradecirse a sí misma.

Por lo tanto, debe afirmarse con toda exactitud que el derecho de punir ha cesado en la autoridad humana, respecto al hombre que no ha hecho mas que proveer a la necesidad de la conservación de una vida inocente.

En esta cesación de legitimidad de la defensa pública está la verdadera causa primera de la legitimidad de la defensa privada.

La ley eterna ordenó la defensa pública para suplir la insuficiencia de la defensa privada y para frenar los excesos de esta.

Pero cuando, por el contrario, ante la ineficacia momentánea de la defensa pública, la sola defensa privada era suficiente, y no puede tachársela de excesiva, la defensa pública no tiene ya fundamento para subsistir legítimamente, ni como fuerza supletoria, ni como fuerza moderadora.

Una lógica inexorable impone que cesando la causa deba cesar el efecto. Y cuando sobre una base tan sólida puede asentarse la legitimidad de la defensa inculpable, es vano ir detrás de otros principios, y abandonando el recto sendero de la naturaleza de las cosas, arrojarse en los fantásticos ambages de las hipótesis.

La lógica, que no engaña jamás, da espontáneamente la réplica que corresponde frente a la crítica de la justicia humana hacia aquel que violó los derechos de su semejante por la defensa necesaria de un inocente.

Ese hombre no está obligado a indagar el grado de responsabilidad del ofendido; ese hombre no está obligado a mentir, simulando una perturbación de espíritu cuya falsedad evidencia a menudo la perspicacia usada por él.

El no balbucea tembloroso, mendigando de la benignidad ajena una excusa y un perdón. El mira a su juez con gesto seguro, y le dice: yo estuve en mi derecho al ejercer la defensa privada cuando tu protección era, para la necesidad del caso, tardía; tu no estas en tu derecho cuando pretendes castigarme, porque la ley natural te armó de esa espada con el fin de que los inocentes sean tutelados, no para que sean matados.

Yo era inocente cuando impedí mi muerte; lo que hice estaba estrictamente requerido por la necesidad de evitarla; ello basta para que tu seas desarmado. Yo no demando piedad, sino justicia.

No se crea que ese sistema lleva a la consecuencia de legitimar solamente la defensa de sí mismo, y no la ajena: es todo lo contrario. No es la pasión que mueve a misericordia; es la razón que otorga el derecho. Cuando el agredido que se salvó estaba en condiciones de ejercer legítimamente la defensa propia, si por ser impotente por sí mismo para

Falta 36

Art 37

CAPITULO 4

DEL DERECHO PUNITIVO IDEA FUNDAMENTAL

4.1. EL DERECHO DE PUNIR

¡Punir; siempre punir! ¿Será, pues, una perpetua herencia del ser humano: este triste espectáculo de hombres dominados por malvadas pasiones, que desconocen los derechos de sus hermanos; y de otros hombres que, con conciencia de obrar legítimamente, reaccionan contra los ofensores, a veces aún más fieros, para despojarlos de sus derechos? Esta reciprocidad incesante de violencias y de dolores ¿será una ley inalterable, un vórtice del cual los hombres no podrán jamás esperar una salida en su eterno peregrinaje?

Sí. Esa es, por desgracia, la condición inseparable de la naturaleza humana.

Condición que por el progreso de las luces y de la civilización puede ser modificada en sus resultados, pero jamás destruida mientras la raza humana perdure.

Decir o pensar de otro modo sería lo mismo que negar con audacia la historia de todo el pasado; sería negar esa verdad, que de muchas maneras se revela a nuestro íntimo sentido y se confirma a nuestro intelecto.

Inseparable de la duplicidad de nuestra naturaleza, es la lucha entre los apetitos de los bienes sensibles y las aspiraciones del alma hacia los bienes suprasensibles, lucha que, cuando se resuelve con la victoria de las segundas, eleva a los hombres a las gestas virtuosas; pero cuando se resuelve con la victoria de los primeros, arrastra a los descarriados a la ofensa del propio semejante.

Excepcional, por tanto, pero siempre insuprimible de las etapas de la humanidad, es, y debe serlo, la violación de la ley jurídica.

Art 37A

CAPITULO 4

DEL DERECHO PUNITIVO IDEA FUNDAMENTAL

4.1. EL DERECHO DE PUNIR

¡Punir; siempre punir! ¿Será, pues, una perpetua herencia del ser humano: este triste espectáculo de hombres dominados por malvadas pasiones, que desconocen los derechos de sus hermanos; y de otros hombres que, con conciencia de obrar legítimamente, reaccionan contra los ofensores, a veces aún más fieros, para despojarlos de sus derechos? Esta reciprocidad incesante de violencias y de dolores ¿será una ley inalterable, un vórtice del cual los hombres no podrán jamás esperar una salida en su eterno peregrinaje?

Sí. Esa es, por desgracia, la condición inseparable de la naturaleza humana.

Condición que por el progreso de las luces y de la civilización puede ser modificada en sus resultados, pero jamás destruida mientras la raza humana perdure.

Decir o pensar de otro modo sería lo mismo que negar con audacia la historia de todo el pasado; sería negar esa verdad, que de muchas maneras se revela a nuestro íntimo sentido y se confirma a nuestro intelecto.

Inseparable de la duplicidad de nuestra naturaleza, es la lucha entre los apetitos de los bienes sensibles y las aspiraciones del alma hacia los bienes suprasensibles, lucha que, cuando se resuelve con la victoria de las segundas, eleva a los hombres a las gestas virtuosas; pero cuando se resuelve con la victoria de los primeros, arrastra a los descarriados a la ofensa del propio semejante.

Excepcional, por tanto, pero siempre insuprimible de las etapas de la humanidad, es, y debe serlo, la violación de la ley jurídica.

Art 38

CAPITULO 4 DEL DERECHO PUNITIVO IDEA FUNDAMENTAL

4.2 NATURALEZA DE LA LEY JURIDICA

Mas la ley jurídica es absoluta y eterna, y no puede ser impuesta por la mente suprema a la humanidad sin una sanción presente, eficaz y sensible que le quite la índole de ley imperfecta.

Esta sanción, por la cual se daba a la ley moral una garantía de su propia observancia que en sí misma no tenía.

Esta sanción, sin la cual habría sido una locura esperar sobre esta tierra el mantenimiento del orden externo entre las criaturas humanas, la confió Dios al brazo mismo del hombre, entregándole, como por intuición, la idea de la punición de los ofensores y dándole conciencia de la legitimidad de esa punición.

La reacción de los buenos contra los violadores del derecho, la irrogación a éstos de un castigo como punición del mal causado, son, consideradas filosóficamente, una necesidad de la naturaleza humana, así como consideradas históricamente, resultan ser nociones congénitas a la humanidad desde su cuna.

El primer delincuente, el primer homicida que ensangrentó la sierra, expresaba al Señor su pavor de que los otros hombres lo hubiesen matado, puesto que él había matado a su propio hermano.

Y las páginas sagradas nos dejan seguros de este hecho: que al primer delito del hombre fue coetánea la intuición espontánea de la pena irrogable por mano del hombre.

Todas las más antiguas tradiciones de los pueblos primitivos, las tradiciones que remontan a los tiempos patriarcales, a asociaciones de hombres sin gobiernos regularmente constituidos, todas nos recuerdan este hecho de que la conciencia humana señaló a los buenos que les correspondía el derecho de infligir un mal al que había causado un mal a su semejante.

La sociedad civil no fue la creadora de la ley jurídica. Ella es congénita a la raza humana desde su primer nacimiento. Y sería repugnante una idea diferente.

Porque si el Creador quiso formar el hombre como un ser moralmente libre, capaz de méritos y de deméritos, no pudo dejar de someterlo a deberes y, de tal modo, a una ley moral.

Ni pudo, por consiguiente, dejar de concederle aquellos derechos que le eran indispensables para el cumplimiento de tales deberes y, de tal modo, constituir una ley jurídica. La suma de ésta se compendia en el reconocimiento de la libre facultad de remover todo obstáculo que se oponga al cumplimiento de un deber nuestro hacia Dios, hacia los demás y hacia nosotros mismos.

La obligación de cumplir esos deberes y de respetar esos derechos no le incumbe al hombre por un decreto de autoridad humana, sino por precepto primitivo de la ley del orden, a la cual fue el hombre sometido por su Creador.

La sociedad civil y, por ello, la autoridad que la representa, no es más que un instrumento de esa Ley, que es preexistente a aquélla. Regula la aplicación de la misma de conformidad al desenvolvimiento de las necesidades de los pueblos; es el órgano destinado, en las predisposiciones del orden humano, a actuar la eficaz protección del derecho, mediante las prohibiciones, mediante las prevenciones y mediante la punición.

Pero el derecho ha preexistido a la sociedad civil y a la constitución del gobierno, porque sin reconocer tal preexistencia, la misma sociedad no podría sostener su razón de ser de ningún modo, excepto invocando el principio materialista de la utilidad; y porque atribuyendo la creación del derecho a la sociedad, se imputaría al Creador el haber constituido un orden manco y defectuoso, una obra informe que después habría completado su creatura.

A esta perpetua misión que la mente suprema confió, en sus eternas predisposiciones, a las sociedades civiles, ¿cómo respondieron ellas?, ¿y cómo respondieron los gobernantes de las naciones?

¿La historia del derecho penal reconforta el ánimo con el espléndido ejemplo de una religiosa adhesión a la ley jurídica, o más bien nos indica una larga serie de nuevas lesiones causadas despiadadamente a la ley misma, o un largo peregrinaje entre las tinieblas, de la cual cada paso señala un naufragio de la justicia?

La historia de todas las ciencias, dijo un filosofo, no es más que la historia de los errores humanos. Verdad dolorosa, y tanto más dolorosa en nuestra ciencia, ya que en ella los errores han dejado tras de sí un vasto surco de sangre en un mar de lágrimas.

Art 39

CAPITULO 4 DEL DERECHO PUNITIVO IDEA FUNDAMENTAL

4.2.1 Como necesidad fatal

Y ésta era también una necesidad fatal para el género humano, el cual, desenvolviéndose lentamente por el camino de su indefinido perfeccionamiento, debía necesariamente presentar a cada fase de su progreso un derecho penal conformado a las condiciones del período en que se encontraba, ya que todo se coordina en el mundo moral, como todo se equilibra en el mundo material.

Si se evocan rápidamente las reminiscencias históricas del derecho penal, pronto quedaremos convencidos de esta verdad. Y, al mismo tiempo, podremos extraer de ella la certeza de los grandes progresos que, también en esta parte de las disciplinas humanas, nos ha procurado la civilización moderna, y encender nuestros ánimos en la razonada esperanza de un mejor futuro.

Pero no se crea que por hacer reminiscencias del derecho penal, voy a repetir en ella la cronología de los códigos de una u otra nación, o las vicisitudes legislativas de alguna categoría especial de delitos o de penas, no; yo contemplo al derecho penal en su idea.

Y en la historia de la humanidad, busco la génesis de la idea, su desarrollo, su progreso, su lucha entre la ignorancia y las pasiones, y su depuración entre la civilización y la razón humana.

Y si llego a contemplar esa idea en su esplendor contemporáneo, me alegraré al reconocer en las modernas luces, no el mediodía de la idea que tramonta sino el arco iris de una paz perpetua entre la humanidad y la justicia.

Art 40

CAPITULO 4 DEL DERECHO PUNITIVO IDEA FUNDAMENTAL

4.2.2 Principios que lo afectan

La verdad histórica en la cual se resume mi discurso, y que será demostrada por el desenvolvimiento de mi plan, es que la idea del derecho penal ha sido, durante cuarenta siglos, perjudicada, respectivamente, por tres principios diversos:

La preocupación de la venganza privada, que yo llamaré el principio individual; la preocupación de la venganza divina, que llamaré el principio supersticioso, y la preocupación de la autocracia soberana, que llamaré el principio despótico.

El predominio alternado de uno u otro de esos principios marca la historia del pasado del derecho penal. Y las lamentables aberraciones de la justicia punitiva, que cada página de esa historia recuerda, no fueron otra cosa que

consecuencias necesarias de esos principios, todos igualmente falsos y todos más o menos subversivos de la libertad humana, sin la cual jamás puede existir ni verdadero orden, ni justicia.

La primera revelación del derecho penal que se hizo al intelecto humano, le fue hecha bajo la forma de un derecho individual, y, más precisamente, del derecho de la venganza privada.

Se reconocía, sí, que el hombre malvado cuyas malas obras hubiesen violado los derechos ajenos, debía ser sometido, a su vez, a una privación de derechos.

Pero la sede de este derecho de causar mal a quien había hecho mal a otro, se la hizo reposar únicamente en la persona del ofendido y de sus parientes o adherentes.

De este modo, la idea del derecho penal, que consiste únicamente en reconocer en alguno la facultad legítima de hacer padecer un mal a un hombre por causa de un mal que él haya cometido; está idea, que pasó inalterada a través de millares de generaciones para llegar hasta nosotros, tuvo en su génesis caracteres de identidad con una pasión viciosa, y se restringió al círculo del interés de uno o de pocos.

El principio individual, constituido de ese modo en dominador de la justicia punitiva, debió indudablemente moderarse por la necesidad de poner fin a las atroces venganzas, a las guerras civiles, a los estragos de los cuales era él, fuente perenne. Pero, a pesar de ello, el principio quedó, para pervertir la noción del derecho penal e impedirle marchar por su recto camino.

La institución de los representantes del ofendido y del ofensor, que debían moderar los enconos recíprocos y decidir sobre la cantidad del castigo; la institución de un consenso de prudentes imparciales que compusieran los odios con reparaciones adecuadas, fueron temperamentos que sirvieron para aminorar las peligrosas consecuencias del erróneo principio.

Pero dejaron, sin embargo, todo el mal que era inseparable de la índole de aquél; y no sirvieron tampoco para procurar el bien que estaba en los destinos del derecho penal.

El principio individual, puesto como fundamento del derecho penal, tiene los siguientes defectos:

- Cultivar el sentimiento de la venganza y hacer a los hombres más salvajes y hostiles el uno hacía el otro; y, al dar una apariencia de legitimidad a los odios y a los enconos, pervertir el sentido moral.
- Hacer precaria la obra preventiva del derecho penal, por la fácil esperanza de sustraerse a las persecuciones de un ofendido débil e impotente; con lo cual se perpetúa la dominación de la fuerza sobre la inteligencia.
- Y de hacer, finalmente, eludibles los castigos merced a las composiciones y a las indemnizaciones, que dejan fácil camino a los poderosos para perseverar en la vía de la violencia y de la iniquidad.

La idea de lo justo se pierde en el desenvolvimiento de ese principio, porque el concepto de una justicia absoluta, soberana de la humanidad, no puede asociarse con el concepto de una fuerza que es puesta totalmente bajo el libre poder del ofendido y bajo el arbitrio de los hombres.

La seguridad del derecho se encuentra, bajo este principio, en monstruosa lucha con la virtud, porque perdonar es virtud, y el perdón del ofendido embota la espada de la justicia.

El predominio de este falso principio fue tanto más grande cuanto más fieros fueron los pueblos y tenaces en su independencia. Por eso la historia nos muestra el predominio de ese principio en las naciones del norte, en las multitudes de origen escandinavo y en todos aquellos pueblos que, organizados en tribus, no tienen más que un pálido embrión de la sociedad civil y de los ordenamientos políticos de los pueblos cultos.

Así, ese principio fue llevado al centro de Europa por las invasiones de los bárbaros que se dividieron el Imperio romano. Así, lo vimos conservarse como exclusivo director de la justicia penal, hasta hace dos siglos, en Noruega; y conservarse todavía en otros pueblos que se mantuvieron más apartados de los contactos con las naciones civilizadas.

Y puesto que no hay planta de mala semilla que dé buen fruto, tampoco hay doctrina que emanada de un falso principio no coseche aberraciones y males; y así, la historia misma que nos recuerda las fases del predominio del principio individual, nos revela y nos confirma los deplorables efectos de dicho principio.

No es preciso recorrer largamente las tradiciones de aquella época tenebrosa, para que la mente tenga enseguida la representación de una serie incesante de rapiñas, de violencias y de horrores no interrumpidos, en los cuales solamente la fuerza gobernaba a las gentes y la justicia no se mostraba más que para convertirse en ciego instrumento de la fuerza.

Ésta, incluso en la palestra forense había erigido su trono, haciendo depender la inocencia de los acusados de la bravura de un atleta o de un gladiador.

Pero, al lado del principio individual, estuvo pronto a surgir, en las sociedades más adultas, como providencial moderador del mismo, el principio teocrático.

La única potencia que podía apaciguar a los hombres fieros de los siglos primitivos era la religión. Aquéllos que ante otro hombre semejante a ellos no habrían bajado la orgullosa frente, retrocedían en presencia de quien les hablase en nombre de un Dios omnipotente, supremo rector de lo creado.

Los sacerdotes instituyeron los lugares de asiló, donde se refugiaban los delincuentes y donde los ofendidos no osaban perseguirlos.

Los asilos daban lugar a que la primera irrupción de los enconos se detuviese. Y calmados los primeros furores de la venganza, los sacerdotes custodios del sacro lugar tenían tiempo de interponerse, de hacerse árbitros de las reparaciones, y jueces, en cierto modo, del delincuente que se había colocado bajo la sagrada égida del lugar inmune.

Hasta aquí, la obra fue piadosa y benéfica. Pero, en aquellos pueblos en donde la dominación sacerdotal pudo asumir la forma de imperio, la intromisión se convirtió en el ejercicio de una autoridad ilimitada.

Insinuado el concepto de la ofensa divina como principio esencial de la justicia punitiva, el derecho humano se empequeñeció y casi desapareció. Era una tontería hablar de la venganza privada cuando se tenía una ofensa más grave que vengar: el ultraje a la divinidad.

Por este caminó, el principio supersticioso vino a convertirse en el fundamento del derecho penal. Ya no se castigó al culpable para dar satisfacción al ofendido, sino para que aquél expiase la ofensa causada a Dios con su crimen.

De tal modo, las palabras supplicium, piacula, expiación se introdujeron en el lenguaje de la justicia criminal para desnaturalizar las fuentes de ésta y desviar el ejercicio de la misma de su recto fin.

Los juicios criminales se convirtieron, entonces, en ceremonias religiosas. La superstición dictó los más severos castigos contra delitos imaginarios, cómo la magia, las adivinaciones, los sortilegios. Y no tuvo límites la crueldad en el castigo de aquéllos que, sin haber ofendido a sus semejantes, se hubiesen manchado con algún pecado o hubiesen ultrajado de cualquier manera los emblemas exteriores de la religión, en los que la ignorancia materializaba el sublime concepto de Dios, sí es que en ellos no reconocía, con un fetichismo estúpido y profano, a la divinidad misma.

Así, en Egipto se condenaba a muerte al que hubiese matado un animal sagrado; las leyes de Siria, de la India, de Persia, de China, estaban llenas de exorbitancias semejantes.

Tampoco se mantuvo libre de ellas la misma Grecia, ya que en Atenas se mataba al que de un bosque sagrado cortase un retoño, y el Areópago castigó con la muerte a un niño que había arrancado una rama de la guirnalda de Diana.

El vicio de la intrusión del principio supersticioso en el derecho penal, consiste en confundir cosas que, por su propia naturaleza, son distintas: la teología con la jurisprudencia; la autoridad religiosa con la política; los deberes del hombre hacían los demás hombres, que la ley social debe defender, con los deberes del hombre hacia Dios, respecto de los cuales dicha ley no tiene razón de tutela.

Los efectos nocivos de este principio fueron los de volver bárbaro el derecho penal.

Éste se vio impulsado, por necesidad lógica, a la crueldad de los castigos y fue a parar audazmente a las más inexorables carnicerías. El hombre que se abroga la soberbia misión de vengar a la divinidad ofendida, no puede encontrar medida de crueldad que se adecue a la magnitud de una falta que es medida por la magnitud del numen ultrajado.

Pero el sacerdocio no pudo absorber totalmente el gobierno de la nación y reservarse el cetro de la dominación política. Entre pueblos guerreros, se quería como jefe quien fuese hábil para dirigir las batallas. Los héroes (capitanes de gentes de los tiempos llamados heroicos) se invistieron de un poder desenfrenado, y sus descendientes supieron usufructuar las hazañas de sus padres.

Convertidos en opresores de los pueblos conquistados y de sus mismos conciudadanos, algunos caudillos consiguieron fundar el poder despótico, lo que equivale a erigir en ley suprema de los coasociados la voluntad absoluta del que gobierna.

Entonces el derecho penal se inspiró en un nuevo principio muy diferente de los anteriores. El fundamento de la

prohibición, el fundamento de la punición, no fue ya ni la ofensa al individuo, ni la ofensa a la divinidad. Fue la ofensa a la majestad soberana. Y la voluntad soberana que imponía la punición, al volverse autocrática, tuvo, con un círculo irracional, su fundamento en sí misma.

El vicio del principio despótico es suponer que un hombre pueda, a su arbitrio, crear o destruir la justicia. Ese principio lesiona el dogma de la igualdad, destruye todo respeto a la conciencia universal y fulmina contra la ciencia un fatal ostracismo, por la incensurabilidad de la ley soberana, que rechaza todo control de la razón.

Los efectos de ese principio fueron: sofocar todo sentido moral; dar a los que reinan la facultad de convertir a la justicia en fácil instrumento para oprimir a los súbditos; y conculcar todo derecho, bajo la apariencia de tutelar el derecho.

Se vio, entonces, castigar con la muerte las más leves irreverencias a la imagen del príncipe; perseguir las palabras y los pensamientos; perseguir a los enemigos del trono, hasta más allá de la tumba; perpetuar sobre los hijos inocentes el castigo del padre. Era justo todo lo que hacia al soberano, sólo porque le placía. Formas judiciales arbitrarias o violentas; jueces vendidos a la autoridad, delatores organizados, ennoblecidos y convertidos en dueños de la suerte de las familias.

Las penas no tuvieron otra medida que el capricho ó el miedo de los gobernantes, y la necesidad de consolidar con la sangre un cetro usado como flagelo de la nación. Columnas de los tronos fueron los patíbulo, guardián y protector el verdugo. Idea terrible, de la cual no supieron escapar tampoco las repúblicas, que simbolizaron el poder con la seguridad.

De tal modo, esta tríada de viciosos principios se dividió la tierra, y el derecho penal fue, por desgracia, largo tiempo pervertido, de suerte que cuando no resultó una verdadera calamidad para los pueblos, resultó, por lo menos, inepto para producir el bien al que debe encaminarlo su legítima constitución.

Solamente cuando la espada romana ahogó la teocracia de los sabinos, de los etruscos y de los demás pueblos circundantes en el océano de la naciente República, tuvo el derecho penal un pálido rayo de luz que lo aproximó a su verdadero principio.

Los romanos, aunque privados de la luz del cristianismo, supieron en los buenos tiempos de la República, sobre las huellas de la filosofía estoica, erigir a la virtud y a la libertad el más espléndido altar que jamás tuvieron los pueblos paganos.

Con la ampliación del principio individual mediante la extensión del derecho de acusación a todos los ciudadanos, llevaron a la práctica la idea de que el delito no sólo ofende a la víctima, sino que ofende también a todos los ciudadanos, por el peligro de su repetición. Y la acusación pública fue, durante largos años, garantía menos vacilante de la seguridad común. Lejos, sin embargo, muy lejos, quedaron también ellos de alcanzar en su pureza el verdadero principio del derecho penal. La superstición contaminó los suplicios, y los derechos de la humanidad se ahogaron en el ideal del ciudadano romano.

Pero cuando el Imperio, emulando al despotismo oriental, convirtió a aquellos generosos romanos en una grey de esclavos, la idea del derecho penal fue de nuevo totalmente pervertida.

El principio despótico volvió a la monstruosa alianza con el principio teocrático; se tuvo al soberano como dueño

absoluto de las vidas y haciendas de sus súbditos; y el título de lesa majestad humana rivalizó con el título de lesa majestad divina en segar víctimas y ensangrentar la tierra.

Y si Constantino castigó con la muerte a los adivinos, Justiniano castigó con la muerte a los blasfemos, a fin de que, con su sangre se aplacase la divinidad ofendida.

León castigó con la muerte al que fabricaba tinta roja, porque de ésta no se servía sino el emperador; y Arcadio ordenó que los hijos de los conspiradores debían andar errantes en perpetua miseria, lanzando al rostro de aquellos huérfanos el infame escarnio de que era por clemencia del emperador que se les perdonaba la vida.

Cayó el coloso execrado del Imperio, devorado por sus propios vicios. Y ello porque las espadas nórdicas, que se habrían embotado contra pechos libres, no podían encontrar resistencia en los millares educados para temblar, a los cuales todo yugo les parecía menos duro que aquél bajo el cual, envilecidos, gemían.

Éste es el fatal destino de la sombría planta del despotismo, la cual, apagando todo cuanto hay de vida en torno a ella, llega por fin a consumirse a sí misma. Un gobierno desconfiado y cruel está constreñido a sofocar en el pecho de los ciudadanos aquéllas que el valiente Ellero llamó los dos gérmenes divinos: el latir del corazón y el pensamiento. Y cuando en un pueblo se han extinguido la energía del corazón y la elasticidad de la mente, es fácil presa del primer invasor.

Cayó el Imperio romano, y con los pueblos del norte volvió a difundirse en el derecho penal de Europa el principio individual.

Pero no podía reproducirse en su simplicidad primitiva, la cual, aunque viciosa, no era, al menos, degradante de la naturaleza humana.

Y ello no pudo ser porque la superstición y las tradiciones de la extinta dominación se mezclaron con aquél de tal manera, que es acaso imposible definirla.

Resurgió, es verdad, la publicidad de los juicios; hubo tribunales de ciudadanos; se usó más moderación en los castigos. Pero las ordalías, los ritos supersticiosos y los duelos hicieron al engaño o a la fuerza árbitros de la justicia penal, de suerte que, ésta anduvo entre tinieblas por otro largo periodo.

La primera en disipar estas tinieblas fue la Iglesia romana, la gran civilizadora de esa época.

En el siglo XII, Bonifacio VIII estableció el proceso inquisitorio en materia penal. Éste fue, en aquel tiempo, un insigne progreso, ya que proclamó que los culpables debían ser juzgados según las pruebas y los criterios de la razón, y no por el resultado de combinaciones fortuitas. Bajo los anatemas de la Iglesia desaparecieron los duelos judiciales y aquellos juicios que, con execrable blasfemia, se llamaban juicios de Dios.

Y el proceso inquisitorio se vino extendiendo por toda Europa.

Pero si este método fue una reparación de los antiguos daños de las judicaturas irracionales, trajo consigo, desgraciadamente, otros no menos funestos, ya que hizo de la inquisición secreta y del tan cruel como estúpido experimento de la tortura, un instrumento demasiado dócil de persecución contra el inocente.

El ordenamiento de los métodos procesales dejaba, además, a la justicia penal siempre vagando en lo arbitrario, por falta de leyes positivas que definiesen los delitos y los castigos. Esa laguna era suplida, alternativamente, por los capitulares de Carlomagno, por las leyes de los godos y de los borgoñones y las tradiciones longobardas, entremezcladas con las tradiciones romanas. Una multitud de edictos caprichosos y severos aparecieron acá y allá, dado que el principio despótico intentaba volver a la superficie; y ante sus disposiciones, bárbaras o insensatas, las pródidas deliberaciones de los concilios sólo hacían un contraste impotente.

Debió, sin duda, sentirse, en el siglo XVI, imperiosa y universal la necesidad de suplir ese defecto, ya que en toda Europa era solamente España, nación que en esa época aventajaba a todas las demás en la civilización y en las luces, la que en sus fueros y en sus partidas tenía un sistema ordenado de legislación penal, aunque contaminado, sin embargo, por la confusión y por las aberraciones de aquellos tiempos.

En el año 1532, Carlos V promulgaba en la Dieta de Ratisbona, la célebre constitución llamada, por su nombre, la Carolina, que fue, en sustancia, un código criminal. Por este código, atemperado en su primitiva rigidez por la obra lenta de la elaboración práctica, fue regida hasta tiempos recientes la mayor parte de Alemania.

Imitándolo, su gran émulo Francisco de Francia no tardó en dictar, en 1539, la famosa Ordenanza Poyet, llamada de Villers Côtterets. Otro código criminal, que renovado por Luis XIV en 1670, y rodeado de una multitud de edictos templados en la misma fragua, gobernó al reino de Francia hasta los días de la revolución.

Está veleididad de codificar el derecho penal se difundió bien pronto en los reinos menores. Todos tuvieron, todos quisieron su código penal. Iván III lo dio a Rusia después de 1550. Por último, en 1667, Cristián V quiso dar también a Dinamarca un código criminal, cuya vigencia, lentamente modificada por los usos, ha durado hasta los tiempos actuales.

Pero es doloroso recordar cuál fue el derecho penal que se sancionaba con esas leyes. Sea que en el hombre predomine siempre su índole imitadora, sea que las necesidades y las ideas prevalecientes en un período de la vida humana reproduzcan por doquier los mismos efectos, lo cierto es que en el siglo XVI se despertó en Europa esa ansia universal de codificar las penas, que hemos visto reproducirse en el presente siglo. Y así como hoy se han dividido los legisladores en el camino de la imitación, corriendo algunos tras el Código de Napoleón, y otros tras el Código bávaro, también los estatutos de entonces, o calcaron los moldes de la Carolina, o los más atroces aún de la Ordenanza Poyet.

El principio despótico, casi al término de su larga guerra con los menos poderosos, levantaba de nuevo la frente soberbia, y se aliaba, en todos estos estatutos penales, con el principio supersticioso como fundamento del derecho de punir y la sola voluntad del príncipe que había impuesto el castigo.

La blasfemia, el sortilegio, el pacto satánico eran castigados con la muerte, lo mismo que todo leve atentado a la dignidad real.

Se castigaba con la muerte el hurto, el incesto, el contrabando, el rapto, la portación de armas, la caza en veda, la impresión de libros prohibidos y otros hechos menores. La draconiana paridad de las penas contra delitos diferentes, impulsaba a cometer los delitos mayores. La rueda, las tenazas, el descuartizamiento, el fuego, se usaban cómo medios para ejecutar la pena capital. La confiscación de bienes, la tortura, la inquisición secreta y larguísima, el desmedido arbitrio de los juzgadores, triste apéndice de tanto flagelo.

La suerte del derecho penal no fue mejor en los Estados republicanos. Es que también en la mayor parte de las repúblicas, al haberse olvidado el respeto al principio cristiano de la igualdad, se concentró en unos pocos la dominación, y el mal gobierno se diferenciaba solamente en el número y en el género de los opresores.

De ahí que el despotismo aristocrático se mostrara no menos corruptor de la justicia punitiva, por el dogmatismo de los privilegios de casta y por la inconstancia de la represión, efímera contra algunos, cruel para los otros. Ni siquiera allí donde el orden democrático había conservado un resto de su primitivo influjo, pudo ella elevarse a un nivel más puro, ya que ignorándose por completo el verdadero fundamento del derecho de punir, la justicia popular emulaba en ferocidad a los Estados vecinos, y en el mismo entusiasmo por la libertad política se ahogaba la libertad civil.

Tampoco se comprendió jamás plenamente que la libertad y la felicidad verdaderas no pueden ser alcanzadas por una nación, sino marchando por las huellas de la justicia.

Pero, ciertamente, en lo que atañe al maligno hábito de un derecho penal feroz, las monarquías superaron con amplitud a los demás gobiernos. La monarquía fundada sobre la fatal paradoja del derecho divino, después de haber dogmatizado a la política, dogmatizó al derecho penal.

Ella, las más de las veces, sólo buscaba consolidar el trono con el terror. Y sí en ocasiones proclamaba la ley de igualdad, simulando amor por el pueblo, no lo hacía más que para destruir la autoridad de los menos poderosos y para sustituir el antiguo por un nuevo principio de privilegio y de injusticia. La invocación de la igualdad ante la ley no fue otra cosa que una invocación a la guerra civil. De ahí que se lean edictos que autorizaban a la plebe a matar y a imponer tallas a aquellos que, con fórmula indefinida y elástica, se llamaba los devoradores del pueblo; a extinguir sus familias, a destruir y saquear sus castillos.

Por eso, el principio democrático jamás se sustentó con convicción leal, sino con satánica sagacidad, para mover a las masas, demasiado prontas a servir de instrumento a las ambiciones ajenas. Y las masas fluctuaron.

Unas veces se refugiaron voluntariamente bajo las alas de la monarquía, como en Francia, para sustraerse al yugo de los grandes; y otras veces se refugiaron bajo el estandarte de los barones, como en Inglaterra y en algunas naciones eslavas, para librarse de las exigencias de los príncipes.

Allí, donde la monarquía se arrojaba el gobierno supremo del sacerdocio, la coalición del principio despótico con el supersticioso surgió espontáneamente en el derecho penal.

En los lugares en que las dos autoridades se mantenían separadas, surgía, no obstante, la coalición, porque la monarquía absoluta sentía la necesidad de tener como amigo y sostén al sacerdocio. Y ella, entonces, actuando en esto como sierva más que como ama, desbordaba en rigor contra el pecado, cuando no transfería directamente al mismo sacerdocio una parte del magisterio penal, instituyendo el terrible tribunal del Santo Oficio. Éste, a su vez, prestaba con harta frecuencia su tenebroso brazo a los deseos de la tiranía política.

La enmienda del culpable, esta generosa aspiración que tanto ha ennoblecido hoy día al magisterio represivo, para nada era tenida en cuenta por esas leyes.

Algún celoso obispo intentaba introducir esta idea piadosa en medio de las iras de los legisladores; pero las

palabras de los hombres santos eran escarnecidas por los satélites del poder, á los cuales reportaba ganancias el delito.

La índole de esas leyes, para las cuales el único fin de la pena era la intimidación, se pone de manifiesto por la triste historia de los hechos.

Basta recordar que la constitución electoral sajona, la cual no tuvo la fortuna de contar con prácticas y ordenamientos sucesivos que, como sucedió con la Carolina, atemperasen sabiamente la originaria rigidez de la ley, dio al terrible Carpzovio la ocasión de jactarse de haber firmado, en el cursó de su magistratura, más de veinte mil condenas capitales, todas ejecutadas. Prueba matemática, demostración apodíctica de la inutilidad de la pena de muerte.

Basta recordar que las Ordenanzas de Francia permitieron al verdugo, en el período de los primeros 16 lustros del siglo pasado, segar 60,000 vidas humanas en la sola ciudad de París.

¿Y debe uno sorprenderse de que el fruto de tanta ferocidad fuese la reacción feroz de la revolución?

¿Es que de tales semillas se recogieron alguna vez frutos diferentes?

La equidad y la benignidad dan en cambio moderación y mansedumbre. La sangre da en cambio sangre y crueldad. Y un poder que se mantiene por medio del despedazamiento de los oprimidos, cuando suena la hora del pueblo es derribado con la masacre de los opresores.

Alguno quiso excusar esas leyes aduciendo la barbarie de aquellos tiempos. Pero la defensa es sofística, peca de petición de principio, porque la experiencia ha mostrado que, precisamente, tales leyes fueron causa, y no última, de esa barbarie.

La historia, maestra poderosa de la verdad, documenta que a aquellas leyes siguió, precisamente, la época de las más luctuosas carnicerías ejecutadas en nombre de la justicia.

Para moderar tanta profusión de suplicios, surgió la tendencia humanitaria de los prácticos. Éstos, tomando de la casuística distinciones sutiles y a menudo rebuscadas, intentaban atemperar en la aplicación práctica la inhumanidad de las leyes, haciéndolas menos funestas, incluso a despecho de la lógica.

Hoy mueven a risa las distinciones de Farinaccio y de Claro. Sin embargo, estos hombres marcaron un progreso en sus tiempos. No tuvieron ellos el coraje de levantarse para criticar la ley; procuraron diestramente eludirla y limar las garras de la fiera que no tenían la esperanza de matar. De ahí la gloria de sus nombres en los tiempos en que vivieron. De ahí el honor que gozó Claro, antes de Becaria, de ver comentados sus escritos por los primeros doctos de Europa.

Pero las generosas tentativas no dieron más que débiles frutos, porque los procedimientos secretos las hacían, las más de las veces, impotentes. Por otra parte, negada la presunción de inocencia, habíase también destruido el sagrado derecho de la defensa.

Y sí la Carolina permitía que los acusados se defendiesen solamente en los delitos leves e insignificantes, las Ordenanzas de Francia, siempre tenaces en las perversas tradiciones de Poyet, expresamente despojaban de toda defensa a los infelices, sobre los cuales una sospecha maligna desencadenaba la calamidad de una inquisición

secreta.

Tal fue la perversión, tales las consecuencias a las cuales se condujo al derecho penal, bajo la influencia de los dos falsos principios que más arriba he señalado. No había tampoco manera o esperanza de hacerlo desistir de las carnicerías del género humano, si él no se purgaba de aquellas dos funestas doctrinas: La de que él era instrumento para hacer expiar los pecados, o que no tenía otra base que la voluntad del gobierno y otro fin que acostumbrar a los pueblos a temblar.

En el paroxismo de agitada ignorancia que nos han puesto de relieve las angustias entre las cuales la justicia punitiva se debatió durante tantos siglos, no sólo se perdió el verdadero principio de la legitimidad de la punición, sino que se perdió también todo criterio racional en la elección y en la determinación de los castigos. Los tiempos de mayor barbarie fueron, al menos, lógicos, y la inexorabilidad del talión, al encontrar la razón del mal en la cantidad del mal causado, redujo todos sus cálculos a la respectiva adecuación.

Pero cuando se creyó aproximarse a la verdad, sin saber que se estaba mucho más lejos de ella, las penas no se establecieron como potencia que obrase sobre los ánimos reconduciéndolos al bien, sino como fuerza mecánica que actuase sobre los cuerpos para hacerles imposible ser instrumento de malos deseos.

Así, se cortó los dedos a los perjuros, con el mismo criterio con que en la antigüedad se había cortado un pie a los siervos fugitivos; se arrancó los ojos a los lujuriosos, para que ya no se les encendieran de concupiscencia; se cortó la nariz a las adúlteras, a fin de que, quedando deformes, ya no encontrasen amantes; se cortó la lengua a los blasfemos, y se cortó la mano a los falsarios.

En otras partes se siguió una relación figurada, poética, si el sagrado entusiasmo de la poesía tolerase esta profanación. Así, con el fuego se atribuyeron las llamas de la pasión impura; con el descuartizamiento, la inconstancia en la fe política; como antes, por la sofocación por el humo, la venta de humo. Y a ésta se le llamó, con bárbara irrisión de la ciencia, analogía de la pena; y tal analogía tuvo sus alabadores, incluso en las cumbres que, como civilistas, nosotros veneramos.

Jamás se llegó a conocer lo que tan bien sabia Dante, esto es, que la analogía de la pena debe relacionarse con la pasión impulsiva, y no con el mal causado, o con el modo, o con el órgano que es instrumento del delito.

Art 41

CAPITULO 4 DEL DERECHO PUNITIVO IDEA FUNDAMENTAL

4.3 REGENERACION DE LAS DOCTRINAS

La obra de regeneración radical de las doctrinas criminales se cumplió lentamente por la escuela racionalista, a la cual nosotros le somos deudores de la actual civilización y del bien que hoy gozamos.

A la escuela racionalista le promovieron los dogmatistas infatigable guerra, ya que aquélla, sometiendo toda disposición legal al examen crítico de la razón humana, no reconoce al derecho otra base legítima que la justicia absoluta, que como tal se evidencie a la conciencia y se compruebe por los fríos cálculos del raciocinio.

Éstos, en cambio, no reconocían al derecho otro fundamento que una voluntad superior dictada por los monarcas terrenos. Aquélla llevaba a restituir a los hombres bajo la ley evangélica de la igualdad, enseñando la existencia de una verdad y de una justicia anterior a todo decreto humano. Éstos distribuían la dirección de la humanidad entre unos pocos afortunados, a los que se elevaba por encima de Dios; y no dejaban a las multitudes otra igualdad que la igualdad homicida de la obediencia ciega y pasiva.

A la escuela racionalista se le ha vuelto a hacer la guerra por otro lado, y la guerra continúa, y han dado armas a sus enemigos las aberraciones de algunos de sus secuaces, que, por impulso de pasiones o por la ilusión de una falsa dialéctica, la llevaron a consecuencias erróneas, exorbitantes y peligrosas, cuando quisieron, en materia religiosa, contraponer a los dogmas que todo católico debe tener en el corazón, los vuelos de una imaginación desenfrenada.

Pero, fuera de la religión, y más aún en las materias jurídicas, la verdad no puede estar en otra parte que en aquella escuela.

La razón humana, en efecto, es la primera ley que Dios reveló a la criatura; es la antorcha que él le dio para que iluminase su conciencia; es la guía primitiva y perpetua prodigada al hombre para dirigir su conducta e impulsarlo por el camino de su perfeccionamiento moral.

Los hechos humanos pueden ser, y son a veces, una manifestación de la verdad absoluta. Pero es la razón misma la que debe juzgar si lo fueron o no. Se debe deducir, merced a la experiencia práctica, un criterio para confirmar o corregir las que a nosotros nos parecen deducciones lógicas de un principio. Pero los hechos humanos no pueden ser los que constituyan la verdad y la justicia, porque la verdad y la justicia preexisten a todo hecho humano, y porque teniendo la aberración de las pasiones un dominio demasiado extenso en la vida de la humanidad, la historia de los hechos humanos, tomada como base del derecho, conduciría a un escepticismo destructor de la conciencia humana.

A la escuela racionalista, el derecho penal le fue también deudor de su purificación.

Hacia la mitad del siglo pasado, hombres selectos recogieron las iras acumuladas durante tantos siglos entre las gentes contra el pavoroso edificio del viejo derecho penal. Y el edificio fue demolido por la obra de esos hombres.

Cesare Beccaria, capitán inmortal de esta falange, lanzó en Europa su libro, que semejando el pedrusco bajado del monte para golpear el pie del espantoso coloso, lo redujo a pedazos.

Al choque de sus argumentaciones, en las que, por lo demás, reprodujo con vivos colores las sentencias de los

padres de la Iglesia, argumentaciones que, por estar los tiempos maduros y por los grandes hombres que se aliaban a él, adquirirían potente vigor, la antigua barbarie se sintió herida, dislocada en todas sus fibras.

Pero lo que hirió en el corazón al viejo derecho penal, no dejándole esperanza de resurgir nuevamente, fue la negación de los falsos principios con los cuales se habla entenebrecido y corrompido. Fue la negación del principio individual, del principio ascético y del principio despótico. Fue el reconocimiento de la verdadera razón de ser de la ley punitiva.

Una vez reconocido que el fundamento de la punición tiene por única base la necesidad de defender los derechos humanos, el derecho penal cesó de ser instrumento de venganzas privadas, cesó de ser el siervo de las exigencias sacerdotales, el instrumento de los miedos de los príncipes.

Bajo la mano de los potentes ingenios que sintetizaron las invectivas de Beccaria, entre los cuales recordaré a Sonnenfels y a Feuerbach en Alemania, a Romagnósi y a Carmignani en Italia, el derecho penal levantó serena la frente, fijando la mirada en una luz superior: la ley jurídica universal, señalada por la mano misma de Dios y revelada al hombre con el órgano de la razón. Ley independiente de los caprichos de los ofendidos, del fanatismo de los supersticiosos y de la aterradora ferocidad de los poderosos.

Los tres principios que habían pervertido al derecho penal quedaron como recuerdo y monumento de largos dolores, como advertencia a las gentes de mantenerse en guardia contra la perfidia de los mismos.

Art 42

CAPITULO 4 DEL DERECHO PUNITIVO IDEA FUNDAMENTAL

4.4 GRANDEZA DEL DERECHO PENAL

He aquí por qué caminos, por qué durísimas pruebas ha llegado el derecho penal a su actual estado de grandeza. He aquí de qué modo ha llegado a ser una ciencia que siente su noble misión de perfeccionadora de la humanidad y que siente aversión a reconocer siquiera como hermano al arte repugnante que, en los tiempos pasados, se llamó derecho criminal: arte que consistía en enseñar los dictados positivos de legisladores autónomos y crueles, en planear los modos de circunvenir a un acusado y las medidas para regular los trozos de cuerda y las opresiones de las tenazas.

La última fórmula de la civilización en el derecho político es la de la soberanía del derecho.

La última fórmula de la civilización en el derecho punitivo es la de la tutela jurídica. La una y la otra se unen a un principio universal absoluto, supremo garantizador de la libertad humana, al que debe prestar obediencia, además de las multitudes, también los gobernantes y legisladores. Me refiero a la ley natural: ley cuya negación es inconciliable con la creencia en un Dios, en una providencia, en un fin en la creación.

Ya no debe temerse que el principio individual vuelva a absorber al derecho penal. Lo que de él queda en alguna nación, como Inglaterra, por ejemplo, no suscita ningún temor al orden y a la justicia. Una categoría de delitos privados es racionalmente necesaria, y será más o menos amplia según las costumbres. Pero por esto no se lesiona a la ley jurídica.

Ya no debe temerse que la idea del derecho penal vuelva a confundirse con la idea de que hay que aplacar a la divinidad airada, o de que hay que servir ciegamente a la voluntad de un monarca.

El reinado de esos errores ha pasado, y el que hoy volviera a repetir la sentencia de que tout justice vient du roi, no suscitaría temor, sino hilaridad.

La fe en el rigor de los suplicios, el mesianismo del verdugo, no son hoy día más que recuerdos, los cuales, aunque arraiguen en algún pecho, no se atreven a reproducirse abiertamente.

Sin embargo, quedan aún peligros para la ciencia, peligros para la actuación práctica de la tutela jurídica; quedan escombros que atraviesan su camino, o como agudamente escribía hace poco Bosellini, hay todavía herrumbre que desherrar.

Los errores humanos tienen esta índole especial: vencidos bajo una de sus formas, toman un nuevo aspecto e intentan reproducirse bajo distintas apariencias. Después de la derrota del principio despótico y del principio supersticioso, fue ésa la manera insidiosa con que amenazaron un retorno latente en el moderno derecho penal.

El principio despótico, que ya no era capaz de regirse por el dogma efímero del derecho divino, dejó de sostener las dinastías vacilantes; pero, animosamente, puso todos sus esfuerzos en una persona ideal. Tomando el nombre de principio político intentó, a su vez, hacer a la ciudad dueña y señora de la justicia.

Los hombres habituados a ver en la ciega obediencia, en la negación de toda censura popular, el sostén del orden, que muchas veces se confundió con el silencio, como otro confundió el progreso con el movimiento, concibieron al Estado como una persona ideal, existente por sí misma, distinta de las personas de los coasociados. Y en los derechos, que atribuyeron a esta persona ficticia, intentaron ahogar, por una segunda vez, los derechos de los individuos.

El error de la vieja escuela estaba en suponer que los pueblos fueron hechos para los príncipes, y no los príncipes para el servicio de los pueblos.

El error de la nueva escuela estaba en suponer que los hombres fueron hechos para el Estado, y no el Estado constituido para el servicio de los hombres.

Los desenfrenados poderes que en un tiempo se atribuyeron a hombres coronados, se quisieron atribuir al nuevo Bríareo que se llamó Estado, mirándolo como una cosa diversa de los coasociados, y a sus derechos como independientes y diversos de los derechos de éstos.

La génesis del derecho se buscó entonces en la ley promulgada por el hombre: el principio de la justicia en la utilidad presente de los más.

Sustituida de ese modo la tiranía de una dinastía por la tiranía de una personalidad imaginaria, las juntas, las constituyentes, los comités de salud pública se sentaron en los escaños de los viejos ministros y dictaron leyes opresivas y despóticas.

Se sentaron en los escaños de los viejos cancilleres criminales, y recogiendo la herencia de éstos, continuaron su obra sanguinaria.

El verdugo no fue ya el sicario de un príncipe, sino el sicario de la sociedad; cambió de nombre y de mandato, pero conservó el alto honor de ser considerado como órgano de la intimidación indispensable para la felicidad de los pueblos!

Idea fatal, que bajo cualquier forma que se manifieste y por cualquier autoridad que se proclame, es siempre contraria a la justicia, siempre falsa, tanto en moral como en política. Es siempre el principio despótico, que vuelve a levantar la cabeza para dominar a la justicia punitiva.

Pero es que aquél que yo denuncio como principio despótico, no tiene como condición suya el predominio de la voluntad de uno solo o de pocos, sino cualquier predominio de una voluntad humana sobre los dictados de la justicia eterna; y tan viciado es el fundamento de la punición cuando procede a la violación de derechos humanos por la necesidad o el gusto de pocos, como de muchos. No es la ley humana la que hace el derecho, sino que es el derecho el que crea la justicia en las leyes sociales.

La estadolatría puede ser tan injusta como lo fue la idolatría que pedía víctimas humanas, y como lo fueron los edictos de Calígula.

Al hombre no se lo conduce al bien con el terror. Dios le dio la razón y la aspiración de la justicia, para que con ellas se fortaleciera en la lucha con las pasiones perversas. La razón, la simpatía, los afectos nobles y generosos, el ejemplo, son el arsenal infalible en el que debe poner fe todo aquél a quien le toque el pesado oficio de gobernar a las multitudes por el camino del derecho.

No hay pretensión de salud pública que legitime una injusticia; no hay ley humana que sea justa si no toma como punto de partida el respeto a la ley eterna del orden moral, prevista y deseada por el Creador.

Las necesidades variables de las naciones pueden modificar la forma de la actuación de la ley jurídica, pero los derechos de que el Creador hizo partícipes a los individuos no son parto de ley humana. Son los diques dentro de los cuales se debe desenvolver toda potencia humana, si no quiere convertirse en abuso y contrariar su propio destino.

El principio supersticioso tampoco osaría resurgir, ya que nadie podría hoy persuadir a las gentes cristianas de que Dios pide holocaustos de criaturas humanas. Pero, transformado en principio moral, amenaza nuevamente enturbiar la idea del derecho punitivo.

Algunas conciencias meticulosas hacen suceder a la exaltación religiosa, la exaltación moral.

El viejo enemigo convirtió en delitos civiles los pecados; el nuevo intenta convertir los vicios en delitos civiles.

Aquél confundió el oficio del magisterio penal con el tribunal de penitencia. Éste prueba a confundir la ley ética con la Ley jurídica, el oficio del criminalista con los oficios de policía.

Pero el empleo de la ley penal para las necesidades de la moral no es tolerable sino en los tiempos patriarcales. Los gobiernos demasiado paternales son, a veces, más perjudiciales para el desenvolvimiento de la actividad humana que los demasiado egoístas.

Y los unos y los otros equivocan igualmente su oficio, y exceden igualmente sus poderes. Incorre, pues, en ese exceso el gobierno que pretende ejercer su paternidad, su dirección moral, por medio de la cárcel y de los castigos. Porque no pudiendo ejercerse el magisterio punitivo sin la expoliación de un derecho, ésta no puede ser justificada sino por la necesidad inmediata de tutelar el derecho.

De estos dos nuevos peligros no supieron guardarse totalmente los códigos modernos que en gran cantidad se sucedieron en Europa en el presente siglo, al formular en disposiciones prácticas las modernas teorías de la ciencia penal.

Ninguno de los códigos contemporáneos, osó, por cierto, reproducir las sanciones de la Carolina o de las Ordenanzas de Francia.

Pero algunos, fanatizados por el amor al Estado, conservaron, desgraciadamente, tremendos vestigios del antiguo rigor; otros pecaron en querer hacerse vengadores de toda torpeza moral, y tomaron un tinte monástico.

No estuvieron exentos de esta última mácula algunos códigos de Alemania, ni tampoco se mantuvo totalmente inmune el código toscano, que bebió con exceso en aquellas fuentes.

Sobre todos, por ejemplo, se excede en seguir esa tendencia el código de Noruega, que después de veinte años de discusiones y de estudios, fue sancionado el 28 de agosto de 1842. Baste decir que la violación de todo deber, incluso respecto de sí mismo, fue convertida en delito por ese código: la intemperancia, el ocio, la irreverencia hacia los padres, la negligencia de los empleados en su oficio, y otros semejantes.

Los peligros de un código moralista no son, ciertamente, tan pavorosos como lo fueron los de un código teológico o los de un código autocrático, ya que la levedad de los castigos no hace gravemente sensibles las consecuencias de aquéllos.

Pero importa, sin embargo, un error que desnaturaliza la idea genuina del derecho penal y que impulsa a las autoridades a una molesta censura, destructiva de la paz de las familias, restricción no necesaria de la libertad humana.

CAPITULO 4 DEL DERECHO PUNITIVO IDEA FUNDAMENTAL

4.4.1 Fundamento del Derecho Penal

El fundamento del derecho penal es la tutela jurídica. Es un desenvolvimiento necesario de esta idea que cuando no existe violación de derechos, la espada de la justicia no puede descargar sus golpes.

Consecuencia de tales principios es que el derecho penal no sea, en manera alguna, el enemigo y el moderador de la libertad humana, sino que sea, por el contrario, el protector, el guardián de ella; en una palabra, el complemento de la eterna ley del orden que dotó al hombre de derechos y que quiso que esos derechos no sean perjudicados ni por una fuerza privada, ni por una potestad pública. Cuando una criatura humana no ha atentado contra el derecho de otra, razón tiene de exigir que no se atente contra su persona y de gritar que es injusta la mano, cualquiera que ella sea, que pretende golpearla.

Son éstas, señaladas a grandes rasgos, las vicisitudes entre las cuales fluctuó en la vida de la humanidad, desde su comienzo hasta nuestros días, la idea del derecho penal.

El hecho que tales vicisitudes revelan a los ojos del observador, es culminante a la vez que positivo.

El hecho es éste: que a la moderación en las penalidades, a la aproximación del derecho punitivo con un principio racional y humano, siempre ha correspondido una disminución de los delitos, los cuales, en cambio, se han multiplicado tanto más obstinadamente, cuanto más crueles y atroces han sido los suplicios de los delincuentes.

Y este resultado debe consolar el ánimo en el melancólico estudio de la ciencia criminal, porque no es ya una especulación de filósofos humanitarios, sino que es la gran maestra de la vida la que da valor para pensar que una vez devuelto el derecho penal al dominio de la razón, reconducido su fundamento a la gran cadena de las leyes jurídicas absolutas, cuyo primer eslabón partió de la mente del Creador merced a la revelación de la ley natural, el derecho penal será potente palanca para el perfeccionamiento moral del género humano.

Y si el delito y la punición no podrán cesar completamente sobre la Tierra, se los verá, al menos, disminuir cada día más.

Volveré, por tanto, a las palabras de las cuales partí. Sí; punir, eternamente punir, es el destino inmutable de la humanidad. Pero, en el porvenir, no se punirá ya con ímpetu de caprichoso furor, sino con amor fraterno. No se punirá ya envileciendo o destruyendo la personalidad humana, sino realzando al hombre, por el camino del dolor, al sentimiento de su propia dignidad, y llamándolo de nuevo al amor del bien. No se punirá ya para satisfacer fanáticos delirios o exigencias tiránicas, sino para tutelar el orden exterior, que Dios mismo previó ab eterno e impuso a la humanidad.

Un ilustre contemporáneo ha escrito que toda la filosofía de la vida se resume en estas palabras: esperar y tener esperanza.

Me parece que esa fórmula se adapta con exactitud al derecho penal en los tiempos presentes.

Nosotros, cultores de la ciencia penal, debemos esperar y tener esperanza de que el derecho punitivo se purgue de toda reliquia de la herrumbre antigua, y se muestre en la vida del foro tal cual lo enseñan las cátedras.

Esperar y tener esperanza en que la justa moderación de las penas estimule a los pueblos cada día más al amor fraterno, a la concordia ciudadana, primera y fuerte base de la sociedad cristiana.

Esperar y tener esperanza de que los príncipes, aboliendo la pena de muerte, sean los primeros en enseñar a los ciudadanos, merced a su propio ejemplo, a respetar la vida humana.

Y estas expectativas y estas esperanzas deben, hoy más que nunca, hacerse carne en nuestros corazones, puesto que el sol de Italia ha renacido para alumbrar sobre Europa.

Art 45

CAPITULO 5

ENMIENDA DEL REO COMO ÚNICO FUNDAMENTO DE LA PENA

5.1 CASTIGO O CORRECCIÓN

No ya castigar, sino corregir. He aquí el lema solemne que ha escrito en su bandera una escuela humanitaria de criminalistas modernos. Esta escuela, que ha dado a las aspiraciones del corazón el señorío de la mente, surgió desde un principio a la luz del día, inaugurándose con el sistema penitenciario.

Fortificada por los abusos de las antiguas penas desmoralizadoras; rica en argumentos de grave censura contra la perversión de las viejas cárceles; orgullosa de la idea magnífica del aislamiento enmendador, ella intentó introducir en las disciplinas penales una doctrina que pertenecía exclusivamente a la economía social.

Art 46

CAPITULO 5

ENMIENDA DEL REO COMO ÚNICO FUNDAMENTO DE LA PENA

5.2. DOCTRINA DE LA ECONOMÍA SOCIAL

Infiltrada, por ese camino, en la ciencia punitiva, invadió poco a poco las entrañas más vitales de la misma, y remontándose hasta el principio fundamental de la ciencia, transformó la ciencia en sí misma. Los adeptos de la nueva teoría, en el entusiasmo de su caridad ciudadana, no se limitaron a proscribir las formas de castigo que corrompían el ánimo del condenado, haciéndole casi imposible el retorno a la senda honesta; no sólo pidieron a la sociedad que se les entregara al culpable, a fin de estudiar los modos de hacerle provechoso, lo más que se pudiera, el tiempo de la expiación de la pena, y experimentar la redención moral del mismo.

Y sin mostrarse ya respetuosos de los decretos de la justicia, no se limitaron a pedirle que con las formas de sus castigos no se opusiera a los proyectos que ellos alimentaban.

La nueva escuela quiso hacerse dueña de la justicia; quiso prescribirle la medida de los castigos, levantar barreras que con su obra no pudiera franquear; y llegó, finalmente, a minar el poder de aquélla, negándole autoridad para castigar a los malvados, salvo en cuanto sirviese para enmendarlos, y no más.

De la modesta fórmula que predicaba la idea de que hay que procurar la enmienda del reo, se pasó a detener el brazo que la severa justicia extendía sobre el culpable; se llegó a negarle autoridad para seguir castigándolo cuando estuviera corregido; se llegó a negarle el derecho a la detención perpetua; se quiso obligarla a revocar sus sentencias, a fraccionar las condenas dictadas contra los facinerosos, a permitir que se los libérase a la mitad de la pena para experimentar si se hablan mejorado; se llegó, en una palabra, a desconocer completamente la necesidad de la tutela jurídica.

Y, finalmente, poniendo como única base y como único fin del derecho penal la enmienda del delincuente, se sostuvo que la pena no debía ser un mal, sino un beneficio para el condenado.

Destruída, así, la secular noción de la pena, la nueva teoría se cerró con aquella fórmula que demuele desde sus cimientos el edificio del viejo derecho penal, sustituyéndolo por un templo de nueva forma, todo adornado de dulzuras y esperanzas, todo brillante de caridad fraterna y de amor, en el que al culpable se lo pone sobre el altar para prodigarle toda clase de oficios piadosos y conducirlo a la beatitud: no ya castigar, sino corregir.

Habría querido adscribirme a esa escuela; y también habría querido iniciarlos, mis Jóvenes alumnos, en la ciencia criminal, no ya guiándolos por la dura senda, erizada de ásperas espinas, por la cual ella marchó hasta aquí por el nuevo sendero, todo hermoso de flores y de suaves consuelos.

Yo lo habría querido, porque mi corazón, respondía también a la idea de que ya no se debe afligir con sufrimientos a la criatura perdida, sino, por el contrario, solamente amaestrarla y restituirla a la sociedad, a la familia, a sí misma, purificada de toda mancha anterior, asegurada contra futuras caídas.

La seducción del corazón y el ansia del deseo no han valido para persuadir a mi racio intelecto, y, envidiando a los otros la suavidad de sus convicciones, yo he debido largamente meditar y observar, arraigarme cada día más en las mías, y a éstas no podía traicionarlas en el oficio de mi enseñanza.

Art 47

CAPITULO 5 ENMIENDA DEL REO COMO ÚNICO FUNDAMENTO DE LA PENA

5.3. LA TUTELA JURÍDICA COMO FUNDAMENTO DE LA PENA

Rechazadas las falaces teorías de la expiación, del terror y de la venganza, no puede encontrarse fundamento racional al derecho punitivo, sino buscándolo en la tutela jurídica, querida por la ley suprema del orden. El hecho del hombre que tranquilamente procede a despojar a otro hombre de sus derechos, privándolo de sus bienes o de su libertad, presenta la lesión material de un derecho, que no puede conciliarse con la justicia sin deducirlo, precisamente, de una necesidad de derecho; vale decir, la necesidad de los derechos humanos que deben ser defendidos contra las malas pasiones, que no pueden dejarse indefensos sin perpetua perturbación del orden, y que no pueden defenderse sin la amenaza y la aplicación de una pena a los violadores del derecho.

Sí la pena tiene su fundamento en el principio de la tutela jurídica, el derecho penal debe sufrir en todos sus desenvolvimientos la influencia de ese principio y, por virtud del mismo, repeler toda dominación del principio de la enmienda.

Éste, por consiguiente, laudable y benéfico como es, no debe ser negado como doctrina independiente, sino que se lo debe restringir a los límites dentro de los cuales es socialmente posible; vale decir, que hay que reconducirlo a una función de economía social, afín al derecho punitivo, pero obligándolo a detenerse y a someterse reverentemente cada vez que quiera aplicar sus criterios en detrimento de aquél.

Repetiré una vez más mi profesión de fe; no combato el anhelo de enmendar a los culpables; me asocio de buen grado a la obra de los benefactores de la humanidad que consagran a ese fin sus estudios y sus fuerzas; no combato el sistema penitenciario, ni las sociedades de patronato, ni cuantas cosas imaginaron los modernos filántropos como medio para redimir los ánimos corrompidos por la suciedad de las malas tendencias. Pero no admito que todo esto se torne amenazante para el altar de la justicia punitiva, ni que invada y domine los problemas de la ciencia criminal.

Yo saludo a esa escuela como a una hermana que marcha paralelamente con el magisterio penal al perfeccionamiento humano, pero no como a una reina que se vuelva dominadora de aquél.

Art 48

CAPITULO 5
ENMIENDA DEL REO COMO ÚNICO
FUNDAMENTO DE LA PENA

5.4. UNIFICACIÓN DE PRINCIPIOS

¿Cómo puede, en efecto, unificarse el principio de la punición para la tutela jurídica con el principio de la enmienda?

El uno hace del culpable una víctima, víctima de una necesidad de la naturaleza humana, víctima de sus propias faltas, pero siempre víctima, a la que impone con segura conciencia un padecimiento corporal y lo despoja de su libertad, porque es un deber que el violador del derecho repare, con mengua de sus derechos, la audaz negociación que, delinquiendo, él hizo de la ley; la confusión que, conculcándola, sembró en el ánimo de los demás.

Los ánimos de los buenos tenían la conciencia de su propia libertad, por virtud de la sanción con que la ley prometa protegerla contra los facinerosos.

El delito ha turbado esa conciencia; a la tranquilidad ha sucedido el miedo por el hecho culpable, y es preciso que el autor del hecho, sufriendo el mal amenazado, vuelva a rendir homenaje a la libertad ajena, a la majestad de la ley insultada, y devuelva a aquellos ánimos la confianza que él había hecho vacilar. En este sentido, la potestad punitiva no ve en el delincuente sino un enemigo que hay que subyugar.

Pero si, al contrario, se toma a la teoría de la enmienda como base del derecho punitivo, ¿dónde queda la tutela jurídica?

La enmienda subsiguiente a la violación desarma a la justicia, ya que por lógica deducción, una vez adoptado el nuevo principio, conduce directamente a prohibir que se castigue al culpable cuando después del delito se haya arrepentido y corregido.

El principio de la tutela jurídica exige, por necesidad lógica, la irredimibilidad, la certeza de la pena. Porque si la pena es una necesidad de la ley jurídica, que requiere una sanción para ser ley y no mero consejo, esa sanción debe ser una realidad efectiva en todos los casos de violación de la ley. Dicha sanción requiere que el mal que la constituye sea una consecuencia cierta e inevitable de todo delito, y ya que su razón de ser está en la violación del precepto, su aplicación debe ser indefectible y no puede depender de eventualidades sucesivas.

Ahora bien, me parece indudable que cuando dos principios vengán recíprocamente a destruirse en alguna de sus aplicaciones, es necesario reconocer que hay entre ellos una absoluta irreconciliabilidad que impide que ambos sean sostenidos como fundamentos de un sistema y que se los combine con un arbitrario eclecticismo.

Llega, en efecto, la ocasión del choque, y entonces es inevitable seguir, o bien lo que ordena uno de esos principios, o bien lo que ordena el otro. Lo cual quiere decir que la concomitancia ficticia de los dos principios se disuelve, y el uno queda dominador del otro, o viceversa.

Por ello viene a reconocerse que los principios fundamentales no son ya dos, sino uno solo, y, precisamente, aquél que en la ocasión del conflicto sea reconocido como dominante.

En consecuencia, el principio que cede ante el otro por virtud del conflicto no es el verdadero señor de la doctrina, ya que si obra cuando tiene la concomitancia del otro, y no obra cuando éste lo abandona, es evidente que el principio verdadero, el principio exclusivo dominador del sistema, es solamente éste y no aquél.

Si se pretende que el derecho punitivo tiene por única base y por fin la enmienda del reo, la sociedad se encuentra desarmada frente a un delincuente corregido. Ella no tiene ya el derecho de castigarlo, y debe dejarlo incólume si no ha puesto todavía la mano sobre él, o debe abrirle las puertas de la cárcel si ya lo ha sometido a su poder.

Cesada la causa jurídica de la acción, obtenido por otra vía el fin de la misma, la acción, se vuelve ilógica e ilegítima. El castigo del reo después de su enmienda es una barbarie inútil e injusta.

Y tal es la fuerza inexorable de la lógica, tal la absoluta concatenación de esas consecuencias con aquel principio, que los secuaces de la escuela correccionalista se han visto conducidos a las mismas consecuencias.

Por eso han propugnado la abolición de las penas perpetuas, como obstativas a la enmienda; han sostenido el método de la liberación provisoria del delincuente que se muestre corregido; y han llegado, finalmente, a decir con palabras claras, que para el sistema que defiende la pena, ha cambiado de naturaleza; que a la pena debe reconocérsele un fin completamente diferente del que le atribuían los secuaces de la tutela jurídica.

Pero, para juzgar sí el principio de la enmienda puede llegar a tener soberanía en el derecho penal, debe, ante todo, dejarse bien establecido qué entienden los innovadores por enmienda del reo.

Y aquí me parece que la enmienda no puede tener más qué dos formas: la una totalmente subjetiva e interior; la otra objetiva y exterior.

Se enmienda el hombre, en el primer sentido, cuando, purgado su ánimo de toda mancha de las malvadas propensiones, se realiza al amor de la virtud y al aborrecimiento del mal; en una palabra, se despierta al amor del bien por el bien mismo, y se vuelve idólatra del bien suprasensible, despreciador estoico del bien sensible.

Se enmienda un malvado, en el segundo sentido, cuando aprende por la experiencia a moderar sus inclinaciones, en forma de no dejarse arrastrar por las mismas a actos externos ofensivos de la ley, porque a ello lo determina un mero cálculo del bien sensible, una liquidación de sus cuentas. Ese hombre, para la sociedad, está corregido; se ha vuelto justo, pero no honesto. El otro está corregido frente a Dios; es honesto ante todo, y se vuelve justo porque es honesto.

El uno, cuando se encuentre libre del freno de la ley exterior, vuelve sin vacilación al delito. El otro lo aborrece por si mismo y huye de él aun cuando pueda, sin ningún riesgo, cometerlo.

Ahora bien, ¿cuál es, de estas dos enmiendas, aquélla a la que los secuaces de la moderna escuela querrían dar el

centro de las disciplinas criminales, constituyéndola en el único principio regulador de las mismas?

Yo creo que no todos están perfectamente de acuerdo entre ellos, ni tampoco los adversarios, sobre la manera de entender el lema hierático de la enmienda, de suerte que me es forzoso examinarla bajo ambos aspectos.

Art 49

CAPITULO 5 ENMIENDA DEL REO COMO ÚNICO FUNDAMENTO DE LA PENA

5.5 LA ENMIENDA SUBJETIVA

Y entrando primeramente a considerar la enmienda subjetiva, yo sostengo decididamente que la autoridad social no tiene el derecho de exigirla, y mucho menos el de imponerla mediante la pena.

Esa negación es, en primer lugar, la consecuencia directa que deriva de la impotencia en que se agita el hombre cuando quiere poner su audaz mirada en las profundidades del corazón ajeno. Esa impotencia es, desgraciadamente, sentida por cualquiera que, antes o después, se aventure al inalcanzable intento de aferrar el pensamiento recóndito de la criatura; y mal se afirmaría el derecho de obtener una cosa que jamás puede saberse si se ha obtenido verdaderamente.

Pero, prescindiendo de esto, ¿de dónde sacarla la sociedad el derecho de someter á un culpable a largos remordimientos, a disminuirlo en el ejercicio de sus derechos, con el fin de purificar su alma de la mancha de los vicios?

Admitido esto en virtud del puro principio ascético, volvemos a la inquisición; y hay mayor razón en atormentar a un hombre para purgarlo del pecado y de la herejía y llevarlo al amor de Dios y a la salvación eterna, que la razón que existe, conforme al principio ascético, de someterlo a padecimientos para reconducirlo al amor de los hombres y a la devoción al derecho.

¿Qué te importa a ti (diría, no obstante, el procesado a su juez) que yo sea bueno o malo? ¿Quién te ha conferido la autoridad de dirigir mis creencias, los deseos de mi corazón? Déjame odiar a mis semejantes; déjame desear la mujer ajena, la cosa ajena.

Mientras yo no me mueva en la esfera de las acciones exteriores, soy independiente de ti, porque tu dominación es sobre el cuerpo, no sobre las inteligencias, las que no sufren otro imperio que el de Dios.

¿Cuál es la respuesta que puede darse a esa interpelación? ¿Se responderá, quizás, que el derecho de punir para mejorar al malvado existe en las potestades terrenas, porque él ayuda a las sociedades civiles, alejando el temor de futuros delitos?

Pero entonces hemos caído en el principio de la utilidad, principio falso, enteramente arbitrario y egoísta, al que le niegan todo respeto los mismos opositores a nuestro sistema. ¿Se dirá, acaso, que no es la utilidad, sino la tutela jurídica la que autoriza a eso, ya que si el derecho está asegurado contra toda lesión por parte del que fue interiormente enmendado, la enmienda subjetiva es un poderoso instrumento de la defensa del derecho?

Pero si se recurre a esa respuesta, nosotros hemos ganado la batalla, porque si los secuaces de la enmienda, para dar solidez a su fundamento del derecho de punir llegan a confesar que el derecho de procurar la enmienda compete solamente al Estado, puesto que esta enmienda es un medio poderoso de tutela jurídica, resulta, entonces, que el principio de la tutela jurídica, que los adversarios invocan en su auxilio como último puntal de su edificio, viene a ser, en definitiva, el supremo principio regulador de la razón de penar, según la confesión de los mismos adversarios.

Pero no podría admitirse esa respuesta, porque tendría el vicio gravísimo de probar demasiado, en cuanto que, por temor a una posible contingencia, autorizaría la censura de la conciencia y destruiría la libertad de ésta.

Esa razón no tendría límites, y la autoridad social se convertiría en déspota de las creencias religiosas y de las opiniones políticas de los ciudadanos, y ejercerla ese despotismo nada menos que por medio del magisterio penal.

En realidad, no es definible una línea de separación que emancipe del principio ascético al principio de la enmienda, cuando éste se ha concebido en el sentido de enmienda subjetiva.

Existen delitos que nacen de opiniones y creencias políticas o religiosas. Reflexiónese qué quiere decir, frente a esos delitos, la fórmula enmienda interior del reo.

Evidentemente significa llevar al condenado a rectificarse de las convicciones religiosas o políticas que le impulsaron a delinquir. Mientras se procura obtener o haber obtenido que el condenado se encamine, por virtud de la pena, al propósito de no trascender a actos exteriores lesivos del orden político o religioso que domina en el Estado, ustedes no buscan y no obtienen otra cosa que la enmienda objetiva, la enmienda exterior, de la que hablaré dentro de poco.

Pero, para afirmar que han obtenido de ese hombre la enmienda interior, es necesario que puedan decir que ha guiado a las opiniones constitucionales al legitimista, a las monárquicas al republicano, a las católicas al dicidente, todo ello en nuestro país; y a las reformadas al católico en Inglaterra o en Rusia. ¿Y quién es el que hoy concede a la autoridad social el derecho de obtener esto mediante la pena?

Tampoco puede afirmarse que la autoridad social tenga el derecho de conducir, mediante castigos, al voluptuoso violento al aborrecimiento del sexo, al duelista a la cristiana tolerancia de las injurias, y así en otras cosas semejantes. Pero, sin ello, no se ha alcanzado en modo alguno la enmienda interior del reo.

No puede, por consiguiente, lo repito, admitirse que la autoridad social tenga el derecho de castigar por este fundamento de la corrección interna del hombre.

Puede admitirse, sí, que la sociedad tenga el derecho de procurar, mediante la pena, la enmienda objetiva del delincuente, esto es, la potestad de castigarlo con la esperanza de que en el porvenir uniforme sus propias acciones externas al precepto de la Ley. ¿Pero por qué se le concede esa potestad?

Evidentemente, porque sólo las acciones externas del hombre pueden turbar el orden jurídico, y la lesión del derecho, prevista por la autoridad, le da el poder de amenazar la pena y luego el derecho de aplicarla cuando la

lesión haya ocurrido; porque la ley y su amenaza, cuando faltase la ejecución efectiva de la misma, no sería ya más que una palabra vana, tanto respecto del culpable, como respecto de todos los coasociados.

Art 50

CAPITULO 5 ENMIENDA DEL REO COMO ÚNICO FUNDAMENTO DE LA PENA

5.6 ENMIENDA OBJETIVA

La ley quedaría, de hecho, sin sanción; la amenaza sería una tonta jactancia, en la cual no encontrarían ni freno las pasiones del pervertido, ni causa de tranquilidad los justos deseos de los buenos ciudadanos. He aquí la única razón por la cual puede concederse a las potestades terrenas el derecho de punir; no para oprimir la libertad humana, sino para protegerla de los insultos que la destruirían si los actos externos del individuo se tolerasen incluso cuando fuesen lesivos de la misma.

Y he aquí que si la fórmula de la enmienda se limita a la sola enmienda objetiva, no se puede ya dar una base de razón a esa fórmula para justificar la pena sino recurriendo a la necesidad de la tutela jurídica; y he aquí que levantada la corteza de las diferentes palabras, el principio vital, supremo moderador, vuelve a ser reconocido en la defensa del derecho, y no en otra cosa.

La enmienda queda cómo un efecto consecuencia de la pena, que el magisterio punitivo no debe contrariar, sino, por el contrario, en cuanto le sea posible, facilitar y promover; pero ella no debe desviarse jamás del primitivo principio, ni hacer que se aparten del fin principal de éste sus operaciones.

El magisterio penal obedece al principio de la enmienda cuando en la aplicación material de los castigos elige aquellas formas especiales que mejor sirven para reconducir al culpable a la meditación de sus propios deberes.

Y lo obedece, asimismo, cuando intensifica su austeridad contra los reincidentes. Pero, por obedecer a ese deseo, no puede olvidar el fundamento primitivo de su legitimidad: la defensa de la ley; ni su fin principal: el restablecimiento de la tranquilidad en los ánimos honestos.

Si, por el contrario, seguimos las deducciones que los correccionalistas llevan adelante, consecuentes con el principio por ellos adoptado, encontramos que el magisterio punitivo llega insensiblemente a descuidar la defensa jurídica y a dejar a la ley sin suficiente sanción; en una palabra, olvida el deber de procurar la enmienda de todos, para correr tras la enmienda de uno solo; y, para evitar las recaídas, acelera las caídas.

Si se admite, en efecto, la supresión de las penas perpetuas; si se concede que el delincuente corregido ya no puede ser sometido legítimamente a la pena, no es ya cierta e irredimible la sanción de la ley. No es ya absoluta, es condicional, y de una condición que resulta puesta totalmente en manos del mismo culpable. Este, mostrándose

arrepentido y corregido, ha adquirido el derecho de escapar al castigo. Imaginen al violador carnal que se ha vuelto impotente por una causa morbosa; al ladrón que habiéndose vuelto de golpe riquísimo, por una herencia inesperada, haya restituido lo que robó y se haya convertido en celoso partidario del derecho de propiedad; al disidente, que después de haber destruido nuestros altares en un acceso de fanático celo, se convierte de golpe a la fe católica: ¿cómo se podrán encerrar en casa de fuerza por los hurtos, por la violencia y por las profanaciones cometidas? La enmienda se ha obtenido, y cesa la razón del castigo; cesa el fin de la pena; ella es injusta; serían bárbaros si quisieran aplicarla. ¿Cómo eximirse de tal reproche si se admite el nuevo principio regulador de la penalidad?

Pero los más entusiastas de la nueva doctrina responden a esa censura que, precisamente, debe ser así y así lo quiere el principio que sustentan, y que así lo quiere la justicia.

Del delincuente corregido, dicen, la sociedad, la ley jurídica, los ciudadanos todos no tienen ya nada que temer; por lo tanto, no hay daño alguno en dejarle impune. Fácil es sin embargo, demostrar que esa réplica procede también de una inversión de ideas y, particularmente, de limitar la fuerza moral objetiva que debe tener la pena, considerándola sólo con respecto al culpable, sin considerar que el delito tiene una fuerza moral objetiva que lesiona a todos los coasociados, intimidándolos si son buenos, o dándoles coraje para el mal si son malos.

Olvida que esa fuerza moral del delito debe, precisamente, ser reparada, y que para repararla no sirve la enmienda sino solamente inexorablemente aplicada en la medida que la ley estimó proporcionada a la necesidad de la tutela jurídica.

Por lo tanto, aunque un evento posterior al delito pueda darnos la seguridad de que el malhechor ya no atentará contra las libertades ajenas, no por esto será menos exacto que su delito ha quedado impune o castigado menos de lo que es necesario, a causa de tal evento. Lo que quiere decir que, para ese caso, ha faltado la sanción de la ley y de ello resulta que los mal inclinados, por tener el ejemplo de un delito que queda legalmente impune, se sienten estimulados en su audacia y adquieren la esperanza de conseguir lo mismo; y, por otro lado, los buenos quedan inseguros en su temor.

En una palabra, la fuerza moral del primer delito no queda vencida por ninguna fuerza contraria suficiente; ni respecto a los buenos, porque no se los ha tranquilizado, ni respecto a los perversos, a los cuales ese sistema enseña cómo se puede violar la ley, y, además, sí son descubiertos, cómo pueden reducir a las mínimas proporciones el castigo con un simulacro de arrepentimiento.

Muchos delitos son, por su naturaleza, de hábito, y la enmienda, aunque sea solamente exterior, no podrá entrar en los planes del delincuente; pero en muchos otros delitos, nada cuesta al malvado predisponerse a una vida correcta, no obstante desahogar la pasión que en el momento lo consume. ¿Qué le cuesta arrepentirse y corregirse al amador furioso que raptó a la virgen que se le resistía, si con el rapto la obligó a casarse?

El pariente que acribillado de deudas pone la mano homicida sobre el pariente rico para conseguir la herencia; la adúltera que ya no tolera la autoridad del odiado marido, verán fácil el camino para arrepentirse y corregirse, ya que habrán, con el malvado homicidio, conseguido su intento. ¿Qué le queda de fuerza moral a una pena redimible con el arrepentimiento, frente a esas posiciones delictuosas?

Yo he tenido varias experiencias de estos casos, y si hubiera tenido que juzgar a los autores de atroces delitos según la vida que ellos llevaron después de la consumación del primer delito, no habría sabido de qué acusarlos.

La cesación de la pena en virtud de la enmienda no puede, por lo tanto, aceptarse sin reducir a la nada la defensa del derecho, ya que de ese modo se le quita a la pena lo que más fuerza le da, vale decir, su certeza.

Pero esto no es todo. ¿Cómo haremos nosotros para obtener la seguridad razonable de esa enmienda que aparenta el delincuente no descubierto o el delincuente condenado, el uno para evitar y el otro para mitigar el castigo?

Cuando se trate de un delito antiguo, tardíamente descubierto, se podrá tener una experiencia de enmienda en la vida intermedia, siempre dudosa, empero, porque es atribuible al temor de ser descubierto.

Pero cuando al delincuente se le ponen encima las manos sin demora, y se le encierra en prisión, ¿de dónde se obtiene una conclusión probable de su corrección? ¿Es que el sicario tuvo, en su soledad, hombres poderosos que pusieran a precio su obra infame: ¿Es que el hombre carnal que esta encerrado en una celda por cuatro o cinco años, tuvo ocasión de asaltar doncellas? ¿Es que tuvo el ladrón, al que tenéis bien alimentado y vestido, el aguijón de la necesidad y el espectáculo de la cosa ajena que atrajesen su mano rapaz? ¿Es que tuvo la joven infanticida, en su celda, la ocasión de resistir a las tentaciones de un seductor, o de luchar entre la publicidad de su deshonor y la muerte de un inocente niño? Es un sueño, una adivinación afirmar la enmienda de un facineroso mientras la parca alimentación modera sus sentidos, mientras la soledad de la celda reprime sus nervios, mientras la sirena de la ocasión no surge para seducirlo.

Y aquí, nuevamente, a esa objeción responden los maestros de la nueva escuela con el prestigioso invento de la liberación provisoria.

Nosotros no queremos, dicen, que crédulamente presten atención a toda apariencia de corrección. No. No queremos desautorizar a la ley, no queremos cancelar la pena en que incurrió un culpable, ni derogar las sentencias judiciales. La cosa juzgada queda; queda la pena; solamente se suspende, en un momento dado, la ejecución de la misma.

Que se libere provisoriamente de la cárcel al condenado, cuando haya expiado una porción de la pena, cuando se muestre corregido; sin perjuicio de reconducirlo allí tan pronto de signos de que su enmienda no era sincera.

Por esa vía estimulan ustedes al condenado a corregirse con el aliciente de una aminoración de sufrimientos; después del egreso de la cárcel, lo tendrán bajo la continua presión del temor de ser reconducido a la pena, lo que lo mantiene en el buen sendero y, poco a poco, lo habitúa a la vida honesta.

Pero, vuelvo a preguntar: ¿cuál es la enmienda de la que pide un ensayo al condenado para liberarlo de la cárcel? No es, por cierto, la subjetiva, ya que está oculta a sus ojos tras un impenetrable velo, tanto más espeso cuanto más malicia hay en el delincuente.

No es la enmienda objetiva, porque no tienen ocasión de poderla experimentar y afirmar. Esta vaga fórmula del culpable que se muestra enmendado, ustedes no la pueden sintetizar más que en un cambio de la conducta exterior, deduciéndola de sus discursos, de su sumisión pasiva a las disciplinas de la cárcel, de sus palabras moduladas a contrición, de las prácticas religiosas por él observadas, y otras cosas semejantes.

Pero concretemos las ideas: dejemos los pensamientos huecos y descendamos a las realidades de la vida; entremos en las prisiones y descubriremos toda la vacuidad de esa fórmula.

Art 51

CAPITULO 5 ENMIENDA DEL REO COMO ÚNICO FUNDAMENTO DE LA PENA

5.7 HUÉSPEDES DE LAS PRISIONES

Ustedes creen que las cárceles se llenan de malvivientes, de gente acostumbrada a vivir en guerra con la sociedad, ociosos, vagabundos, descreídos, taberneros, mesalinas y otras gentes semejantes. Ustedes retratan las cárceles con el fantástico daguerrotipo de los novelistas modernos.

Pero esto, por experiencia propia (al menos en la provincia toscana), es un error. Esas condiciones se encontrarán en salteadores, ladrones de oficio y en una parte de reñidores y homicidas. Pero ésta no es la totalidad de los culpables, y ni siquiera la fracción mayor.

La mayor parte de los reclusos está constituida por gentes que tuvieron al comienzo una conducta regular y de apariencia honesta.

Las infanticidas no se reclutan entre las Tais, sino entre las doncellas que parecían morigeradas y cayeron por debilidad, dando el testimonio de su fragilidad por apego al honor. El duelista es, por lo común, un caballero respetado como probo y digno de honra. El falsificador de cuños era un artífice laborioso, industrioso, hábil, que no contento con las ganancias ordinarias, fue estimulado por su misma habilidad a obtener mayores lucros por la vía ilícita.

Ese empleado corrompido, ese curial prevaricador, ese notario falsificador de contratos, eran hombres de vida regular, a quienes la urgencia de una necesidad o la fascinación de un lucro crecido, momentáneamente sedujo. Lo mismo el perjuro; el raptor de la doncella, a quien acometió un amor frenético; la esposa seducida por el insidioso corruptor, con deshonor del tálamo; el colono que se arrebató de ira y rompió en mortales violencias contra el ladrón del fruto de sus largos sudores; aquel que por exceso de celo religioso pasó a vías de hecho; el capitán de nave que hizo baratería de las mercancías que le fueron confiadas; el mercader que, afectado por un desastre, buscó repararlo con la quiebra dolosa; todos ellos, nada ofrecen en sus conductas que sea censurable. ¿En qué, pues, deben ellos cambiar las costumbres de sus vidas?

La sirvienta que atraída por la ocasión ha robado a sus patrones, consumió su vida fatigosamente sirviendo a otros para ganarse el pan; el ladrón mismo, incluso el más común, sale a menudo del grupo de los trabajadores más asiduos, que sudan con la azada el día entero para ganarse un franco, con general confianza. Yo no encuentro sentido práctico en la fórmula "mostrarse corregido", aplicada a esos casos que son los más frecuentes.

Comprendo que pueda mostrarse corregido el vagabundo que en las cárceles aprendió un oficio y se habituó al trabajo. Pero la experiencia me muestra que no son estos vagabundos los que llenan las prisiones.

El vicio será, a menudo, preludio del delito; pero no todos los delitos comienzan con el vicio. Y entonces, ¿cuál será la enmienda que debe mostrar el condenado? No se trata, por lo demás, de cambiar hábitos de vida; se trata de frenar, en un momento dado, el ímpetu de una pasión, la violencia de una necesidad, la fascinación de una ocasión. ¿De dónde sacáis, por lo que respecta al hombre que encerrado en su celda no se encuentra ya en presencia de aquel impulso, de aquella fascinación, de aquella violencia moral; de dónde sacáis el criterio para considerarlo maduro de penitencia? ¿De sus palabras, de sus protestas? Pero de éstas es muy fácil que se muestre generoso quien, con ello, espera mejorar su suerte.

En segundo lugar, yo pregunto: ¿quién será el juez de semejante muestra de corrección; quién será el árbitro de acordar o negar la excarcelación provisoria, cuáles las formas, cuáles las garantías que rodearán a esa importante decisión?

Evidentemente, los supremos reguladores del arduo problema serán los que gobiernan la prisión; evidentemente, ninguna solemnidad de formas dará al público una seguridad de la leal aplicación de la medida y del mérito o del demérito del recluso liberado y del retenido.

Las simpatías y los favores ejercerán su funesta influencia en la emisión de un juicio tan elástico e indefinido; y cuando realmente no la ejerzan, el público sospechará de ello; y esto basta.

En tercer lugar, yo pregunto todavía: ¿cómo se definirán los hechos que deben reconducir a la cárcel al liberado; quién será el juez de ellos, cuáles las formas y las garantías del juicio? ¿Recaerá en la pena sólo por una sospecha, o para ello se requerirá una nueva y verificada infracción de la ley?

Esto no, ya que entonces no tendríamos otra cosa que un nuevo método para reprimir la reincidencia, radicalmente errado, porque mediría la represión no por el nuevo, sino por el primer delito.

Deben, por consiguiente, según el concepto del nuevo sistema, bastar las sospechas para que el liberado tenga que volver a sufrir totalmente la durísima pena. Y entonces, ¿no se introducirá aquí la protección por un lado, y la persecución por el otro?

Hoy ya no se tolera que sin un proceso regular, sin pruebas, sin el auxilio de la defensa y de la discusión pública, se obligue a un hombre a padecer ni siquiera unos pocos días de prisión. ¿Cómo admitir, entonces, que a un hombre se lo someta a cinco años o más de casa de fuerza (que a tanto puede ascender la pena suspendida) sin ninguna garantía, sin verificaciones solemnes, por la sola tenebrosa investigación de la policía o por la venenosa confianza de hostiles calumniadores!

En cuarto lugar, yo pregunto: ¿cuál será el efecto moral que ejercerá sobre el ánimo de los ciudadanos el espectáculo de un condenado a diez años de reclusión, que después de seis años es lanzado de nuevo al seno de la sociedad; Cuál el efecto de ver una sentencia solemne de magistrados convertida en palabra vana por los artificios de un malhechor, por los oráculos de un arcano poder que actúa en la sombra?

La conciencia de los buenos no sacará de ello, seguramente, indicios de seguridad. Y si llega a suceder que el liberado vuelva pronto a cometer graves delitos, ¡Cuál no será la perturbación de los ánimos!

Ciertamente, toda persona honesta deberá entonces, atemorizada, dirigir amargo reproche a la autoridad que olvidó la defensa del orden para dar fe a las mendaces promesas de un malvado, o para ceder a una mal entendida misericordia.

La sangre de una sola víctima que el recluso liberado haya derramado para tremendo desahogo de una atroz venganza, suscitará perpetuo grito de anatema contra una aspiración piadosa que sacrifica la vida de los buenos a la manía de mejorar a los perversos. Y sobre estos últimos, ¿cuál será el efecto moral de tal temperamento?

Sin duda, a la usual confianza en no ser descubiertos, se agregará la subalterna esperanza de escapar a la pena, en el peor de los casos a una gran parte, cuando no se consiga escapar a toda. Se le añade un peldaño al altar de Laverna; se aumenta la fe que perpetuamente tienen los malvados en la mentira.

Mentir delante de los jueces para vencer las pruebas y quedar impunes. Mentir después, delante de los superiores del establecimiento, para reducir a menores proporciones la justa penalidad decretada.

He aquí dos puertas abiertas a la esperanza de los mal inclinados.

Aun suponiendo que el expediente ayude a disminuir las recluidas, lo cierto es que en la misma medida perjudicará, haciendo más fáciles las caídas, cuántas más sean las vías para escapar al castigo. La eficacia del derecho penal tiene aquí su mayor enemigo. Ella decae cuanto más se refuerza esta poderosa excitadora del delito, esta perpetua destructora de la fuerza moral de la pena que es la esperanza de impunidad.

Cuando el magistrado, con arduo trabajo, con largas investigaciones ha llegado a vencer las defensas y las artes de un astuto malhechor, éste no ha perdido totalmente la batalla. Sí no ha conseguido engañar a sus jueces, podrá todavía conseguir engañar a los bonachones, a los guardianes, a los directores de la cárcel: al descaro de las negativas que resultaron vanas en la primera contienda, sucederá la ingenuidad de las confesiones, la ostentación de los remordimientos en la segunda guerra; y antes o después, la segunda tela del engaño será tejida de modo que las cadenas que el juez había impuesto al culpable, éste podrá mostrárselas, a despecho de aquél, despedazadas. Mi malicia, le dirá, fue más poderosa que tu espada.

¿Y creen ustedes que los hombres de buena fe resistirán la prueba cuando bajen a medirse con la perfidia de un malvado?

Oh, a cuántos de estos bonachones he visto yo ensalzar la bondad de un condenado que había caído bajo su patrocinio; y a mí, que conocía la intimidación de aquél, mucho más que ellos, me exageraban la dulzura de su ánimo, su arrepentimiento sincero. ¿Pero con qué resultado? A la primera prueba, la máscara cayó, y la bestezuela de Esopo, que por el poder de Júpiter había tomado las formas de mujer, no había perdido su índole primitiva.

5.8 LIBERACIÓN PROVISIONAL

Visto bajo el aspecto meramente empírico, el método de la liberación provisional no puede ser considerado sino como grávido de peligros para la tranquilidad social. Por ese sistema viene a darse coraje al mal inclinado, temor a los buenos; se turba el orden de las jerarquías, arrojando las sentencias de la magistratura a merced de la potestad inferior que respetuosamente debe ejecutarlas; se abre el camino a arbitrios peligrosos, al descrédito de la justicia; se aumenta la timidez de los testigos para declarar, las sospechas de los ofendidos para denunciar; y, en general, se disminuye la seguridad y la opinión de la seguridad.

Pero, aunque fueran imaginarios todos esos temores, ¿podría, no obstante ello, sostenerse frente a la ley jurídica la cesación de la pena por el sucesivo arrepentimiento, por sincero que fuera, del reo? Esto es lo que nosotros no podemos admitir frente a los genuinos principios del derecho de punir, el cual no puede jamás construirse sobre una base sólida, sino remontándose por una o por otra vía, a la necesidad de defender el derecho.

La defensa del derecho no es completa si no se muestra eficaz respecto a todos, vale decir, tanto respecto al que violó la ley, como respecto a aquéllos que no la transgredieron todavía.

Ahora bien, aun cuando sucediera que una superior revelación nos asegurara que el malvado ha vuelto sinceramente a la vida honesta, que ha renegado de sus malas tendencias, que ha formado con sólida resolución propósitos virtuosos; cuándo, en una palabra, por una celestial revelación estuviésemos seguros de que ese hombre no volverá a delinquir, ¿qué seguridad habremos adquirido con eso? La seguridad con respecto a ese individuo.

Pero el peligro quedaría, no obstante, respecto a los demás; y si por la enmienda de aquél se revocara la sanción del precepto se abatiera el dique de la pena, el espectáculo de la pena abolida o reducida a proporciones menores de las que exige la necesidad de la tutela jurídica, aniquilaría a ésta con respecto a los demás que no vieron ya en esa sanción la consecuencia inevitable del delito.

Para justificar la teoría de la enmienda, es necesario también, como ya dije, remontarse al principio de la defensa, porque no podría legitimarse el derecho de la sociedad a imponer la corrección, sino por la necesidad de la salvación común. Sin esto sería un abuso de fuerza inspirado por un ascetismo incompatible con la libertad humana.

Art 53

CAPITULO 5 ENMIENDA DEL REO COMO ÚNICO FUNDAMENTO DE LA PENA

5.9 PRINCIPIO DE LA DEFENSA

Ahora bien, si es forzoso remontarse al principio de la defensa, para ser lógicos, para no ser injustos, el principio de la defensa no puede coartarse sólo con respecto al delincuente.

La pena es una necesidad impuesta por la ley suprema del orden, porque no puede existir precepto sin sanción. El que ofendió el derecho violó el precepto, y la sanción debe alcanzarlo tal cual y en la medida que se reputó justa y conveniente para todos.

Sí se pone en poder del culpable el modificar la sanción, se destruye la autoridad de la ley. Al precepto, que es puro y absoluto, se le da una sanción condicional; y una sanción condicional no es sanción.

El sublime principio cristiano de la redención de la culpa es santo y sin peligro, mientras la punición de la culpa se amenace sólo con relación al pecador. La mente suprema pudo imponer a la criatura la ley que quiso para su mejoramiento, e imponerle el deber de perfeccionarse a sí misma.

Pero, ¿puede llevarse seriamente la teoría de la pena humana a este ámbito estrecho? ¿Puede concebirse que el hombre (excepto por la suprema razón de la auto-conservación) tenga autoridad para imponer a otro hombre que se haga bueno, y para martirizarlo porque alimenta malas propensiones?

Si se quiere partir del principio de la justicia, la irredimibilidad de la pena es un axioma. Si se parte del principio de la defensa, es una necesidad lógica. Si se parte de la necesidad de una sanción a la ley natural, es repugnante que la sanción sea elástica de modo que quede en poder del violador sufrirla o evitarla.

Siempre la pena debe concretarse en un mal que aflija el cuerpo, que oprima el espíritu y despierte en él la conciencia del propio deber, reconduciéndolo a respetar la ley. No puede jamás, sin contradicción, convertirse en un beneficio, en una medida paternal que se adopte principalmente en ventaja de quien desmereció frente al Estado.

Las relaciones entre el hombre y Dios son todas internas; las relaciones entre el hombre y la sociedad son todas externas; y cuando las condiciones de las mismas fueren desequilibradas materialmente, el remedio no puede ser sino material.

El delito impone un deber de reparación por el mal causado a la asociación, que no se cumple ni con la indemnización al lesionado, ni con las lágrimas del arrepentimiento, ni con la reconciliación con Dios.

No es posible afirmar que el retorno del culpable a la buena senda baste para eliminar los efectos del mal ejemplo, para aquietar la alarma de los buenos. La confusión del principio ascético con el principio político es doblemente perniciosa. Perniciosa, cuando conduce a un celo fanático a castigar la fealdad del alma del pecador que no ofendió al derecho; perniciosa, cuando lleva a olvidar la lesión del derecho por la purgación del alma del delincuente.

Quisiera aceptar la fórmula: que ya no sé castigue, sino que se corrija; pero no puedo llevar mi mente a la persuasión de que haya en ese programa ni utilidad ni justicia.

Punir, por consiguiente, y corregir, es la verdadera idea sobre la cual debe asentar su disciplina el derecho penal.

No exacerbar al caído con castigos enormes; no cerrarle el camino de la enmienda truncándole la vida; no empujarlo a la perdición con penalidades corruptoras.

Procurarle, con el dolor de la pena, la corrección, como consecuencia natural del hecho o del modo. Punir benignamente y con sapiencia civil, pero punir inflexiblemente, para que la defensa común se fortifique con doble fuerza.

Y si se quiere alimentar en el encarcelado una esperanza que sea para él una incitación al bien, que se lo haga aliviando su aislamiento, o de otros modos, pero no con la restitución anticipada de la libertad.

El sistema penitenciario, que reconduce al bien al extraviado por el camino de las meditaciones solitarias, sea su protección frente a las recaídas; y que se conserve y se amplíe con toda fuerza ese método saludable. Pero, frente al peligro de las caídas, que el derecho penal conserve toda su independencia, toda su potente majestad.

El magisterio penal debe mirar como aliadas a las disposiciones administrativas que se adoptan para mejorar al culpable, acoger con aplauso la caridad ciudadana que estudia las vías para enmendarlo, en su beneficio y en el de todos.

Pero no se olvide jamás que él es el primer guardián del derecho, el soldado de la seguridad común, y no permita que la piedad lo desarme y lo derribe del trono.

No reniego de la bandera humanitaria bajo la cual milité por tantos años. Antes bien, quiero presionar los ánimos en torno a ese sagrado estandarte, y hacer valerosos campeones del mismo. Pero debo advertir contra las exageraciones, precisamente porque temo que el mal fruto de éstas pueda valerse del miedo para llevar de nuevo al derecho penal bajo la funesta dominación del terror, ya que la idea feroz, aunque vencida, no desiste insidiosamente de las amenazas ni de los malignos conatos de una lucha obstinada.

Fue nuestra Italia la primera en abatir esa sangrienta dominación. Que sea la escuela italiana la prudente conservadora de los grandes beneficios conquistados por la civilización moderna.

Art 55

CAPITULO 6

TUTELA JURÍDICA

6.1 FUENTES REMOTAS DEL DEREHO PENAL

Luego de habernos sentado otra vez, fraternalmente, al banquete de la ciencia, nos volvemos a encontrar como

viejos conocidos, habituados ya a entenderse los unos con los otros, lo cual me permite preludiar este año mi curso.

Los conmino a considerar el derecho penal en sus fuentes más remotas, a fin de mostrarles que está en la primitiva intención del Creador, estrechamente ligado con los destinos progresivos de la humanidad.

El arte práctico de distribuir y aplicar las penas a los malvados, si está bien dirigido, es un instrumento poderoso del progreso civil, y si está mal dirigido, es, por el contrario, una causa de gravísimos tropiezos para el perfeccionamiento humano, un conservador de la barbarie, un corruptor y no un educador de los pueblos.

Art 56

CAPITULO 6 TUTELA JURÍDICA

6.1.1 Fundamentos de su Genesis

Los fundamentos de donde extrae su génesis son el derecho en general, y el derecho punitivo en particular, son hechos ya claros para vuestros intelectos y arraigados en vuestras convicciones. Nutridas en la leche de una sana filosofía, vuestras mentes están puras de los errores insensatos del materialismo y de las nebulosas visiones del panteísmo.

El materialista confundió el alma con la vida, y, negando a Dios, lanzó al universo en poder del fortuito amontonamiento de los átomos.

El panteísta confundió, a su modo, la vida, el alma y Dios; y negó, así, a Dios su carácter esencial, esto es, el de un ser distinto de todos los otros seres; y unificó la causa con el efecto, el Creador con lo creado.

La sana filosofía parte de la base de la separación de tres series distintas de seres:

- la materia, ora inerte, ora dotada de vida según la variedad de sus transformaciones;
- el alma, dada al hombre como un privilegio especial, puro espíritu, inmortal y dotada de razón y de libertad, y por ello responsable de sus actos.

Dios, ser que precede a todos los seres y creador de todos. Ser por su naturaleza bueno, poderoso y sabio; infinito en su bondad, en su poder y en su sabiduría.

Reconocido de este modo, sobre la base de esos dogmas, como causa preexistente al universo, un ser creador,

infalible en su bondad y en su sabiduría, es lógicamente necesario de ello este corolario:

- que el Creador debe haber tenido un fin en la creación;
- que este fin debe ser bueno; y
- que este fin no puede dejar de alcanzarse por quien todo lo sabe y todo lo puede.

Art 57

CAPITULO 6 TUTELA JURÍDICA

6.1.2 La creación

Este fin es impenetrable para nuestras pobres mentes, porque, precisamente, es el secreto de Dios.

Nosotros no podemos más que tener por cierta, por la misma naturaleza de Dios, la bondad de ese fin y su seguro advenimiento, y entreverlo confusamente, acaso a través de millares de siglos, con la fórmula de un indefinido perfeccionamiento de lo creado. Vale decir: de un perfeccionamiento del mundo físico y de un perfeccionamiento del mundo espiritual.

Teniendo como apodíctica esa verdad de una ley eterna conservadora de lo creado, la cual marcha con impulso uniforme, continuo e incesante (aunque, por su mesurada lentitud, insensible a nosotros) hacia un mejoramiento indefinido, forzoso es reconocer un orden que ab eterno la providencia del Creador ha impuesto al universo y tanto al mundo físico como al mundo espiritual; orden que es instrumento de conservación y de incesante progreso. Orden que arrastra consigo todo obstáculo que intente detenerlo, porque es omnipotente por el impulso recibido de la omnipotencia celeste.

Esta ley eterna no puede ser desconocida sin renegar de la providencia o de la sabiduría de Dios.

Pero, ¿cómo procede el Creador al mantenimiento de este orden?

Él no procede, y no podría proceder, a su fin con medios variados y modificables, como son aquéllos de que se vale el corto intelecto del hombre.

Su instrumento de orden no puede ser sino una ley constante, inmutable; y esta ley debe resumirse como su primer impulso en un principio único y universal.

La variación implica la enmienda. El cambio de modos de acción presupone el error y el aleccionamiento de la experiencia.

Pero Dios no puede errar, ni tiene necesidad de experimentos para conocer las vías que conducen al cumplimiento de sus designios.

Ahora bien, ¿cuál es este principio único, universal, indefectible, por el cual actúa la ley del orden en el universo?

Es el principio de atracción.

Art 58

CAPITULO 6 TUTELA JURÍDICA

6.2 PRINCIPIO DE ATRACCIÓN

En la atracción se resume el supremo principio al cual Dios, después del hecho portentoso de la creación del mundo físico y del mundo espiritual, confió el impulso, la conservación y el progresivo perfeccionamiento del uno y del otro.

El principio de atracción, que en el lenguaje científico se expresa con el mismo vocablo atracción, ya de afinidad, cohesión, instinto, armonía, simetría, cuando se aplica al mundo físico; y se expresa con el mismo vocablo atracción, ya de tendencia, aspiración, simpatía, cuando es aplicado al mundo espiritual.

Pero la variedad de los vocablos no excluye la identidad del principio, que se unifica en una fórmula y en un concepto absoluto y constante: tendencia de todos los seres creados a unirse con los seres homogéneos. Y por consecuencia de la ley de los contrarios: tendencia en todos los seres creados a rechazar de sí a los seres heterogéneos. De donde los opuestos vocablos de repulsión, desacuerdo, antagonismo, aversión, antipatía y otros semejantes.

No corresponde a mi enseñanza mostrarles el modo indeterminable y vario, pero siempre uniforme y seguro, con el cual ese principio de atracción ha ejercido y ejerce sus funciones motrices, conservadoras y perfeccionadoras en el mundo material. Aunque el tema sea vasto y seductor, no quiero dejarme llevar a la contemplación de los efectos que, en su totalidad, remontan en el mundo físico, como a su primera causa mecánica, al principio de la atracción.

Baste decir que si comienzan por la consideración de las esferas celestes, hasta el más ínfimo ser de, encontrarán dondequiera, en ese principio, la fuerza primaria que lo constituyó y que lo mantuvo en sus particulares

condiciones.

A él le deben, el diamante su solidez, las plantas su vegetación, los animales su nutrición; en él, en una palabra, reconoce el universo el prodigioso instrumento con el cual la sabiduría divina condujo al orden a lo creado y lo conservará hasta el fin.

Mi misión me llama a contemplar solamente los estupendos fenómenos producidos por aquel principio en el mundo espiritual, para mostrar, en el mismo, la primera génesis de la sociabilidad humana y la primera causa del derecho penal.

No puedo, sin embargo, abstenerme de observar que tanto en los cuerpos como en las almas, no es posible concebir un perfeccionamiento sin un contacto recíproco de cuerpo con cuerpo, de alma con alma.

Y es una verdad incontestable que así como un átomo de materia, mientras quede enteramente aislado del contacto de otros cuerpos, permanecerá perpetuamente él mismo, así también un alma humana que no tenga jamás contacto con otras almas semejantes, podrá progresar en el desarrollo de su inteligencia, y para ello le bastarán los sentidos de los cuales está dotada por maravilloso y arcano mecanismo, y el contacto de aquéllos con cuerpos exteriores, pero no podrá jamás dar un paso en su perfeccionamiento moral, sin la ayuda de la comunicación con otras almas, a menos que un contacto, aun momentáneo, con Dios, merced a una revelación, no guíe a esta alma dispersa en el sendero de las abstracciones.

La cohesión y el roce son indispensables para todo progreso físico o moral.

El orden es, por consiguiente, una perpetua elaboración de lo creado, merced a la cual todos los seres, uniéndose recíprocamente y ayudándose según su naturaleza, se conducen lentamente, pero con incesante avance, a ese indefinido perfeccionamiento que se cumple según designios divinos en esta séptima jornada, de la cual nuestra vida rapidísima no es más que un momento.

Pero si el Creador reposa, no cesa por esto de progresar su obra.

En esta jornada, la transformación de la materia se opera mediante el contacto de los cuerpos.

La purificación de los espíritus se obtiene por el mutuo contacto de las inteligencias.

Pero la naturaleza del hombre es doble. Tiene un cuerpo, tiene sentidos, tiene un corazón en el cual se exterioriza su naturaleza sensitiva. Y como cuerpo sensible, está sometido a todas las leyes del mundo físico, a todos los apetitos de los seres dotados de vida.

Él tiene, además, un alma inteligente y libre. Y ésta su segunda naturaleza le da el conocimiento del bien y del mal, le da la razón para juzgar y elegir, y, de tal modo, una mente por la cual está sujeto a todas las aspiraciones de la misma y a todas las leyes del mundo moral.

Ahora bien, cuando fue el caso de preguntar por qué los hombres vivían asociados entre ellos, un filósofo osó responder, y cien seudofilósofos repitieron, que ello había ocurrido por libre elección de los hombres, que esta asociación era contraria a la primitiva ley natural, la cual había destinado a los hijos de Adán a vivir aislados y vagando sueltos, como bestias, por los campos.

Pero esta utopía, que indujo a tantas fantasías en tiempos no muy lejanos; este estado extrasocial y ferino al cual se soñó que estaba destinada, por su naturaleza, la humanidad, es una fábula si se la considera históricamente, y sería un estado contra natura si se la mira hipotéticamente.

Es la naturaleza misma del hombre la que lo destina a la vida de asociación, tanto si se considera al hombre simplemente como cuerpo, como si se lo considera como ser dotado de alma inteligente y razonable, que lo constituye en un estado de responsabilidad moral.

Yo digo que la asociación de los hombres es, en primer lugar, una ley del mundo físico. Y este aserto lleva directamente a la consecuencia de que aun cuando los hombres no fuesen otra cosa que puros animales, sin alma, sin razón, sin responsabilidad moral, tal especie de animales brutos estaría, por su naturaleza física, destinada a una vida sociable. Tenemos el ejemplo de ello en varias especies de brutos; la abeja, la hormiga, el castor.

Las necesidades físicas del hombre en su primera edad y en las diversas vicisitudes de su vida terrenal; la debilidad de su fibra; su condición inerme respecto a los animales feroces, cada uno de los cuales, como individuo, es en uno u otro de sus sentidos muy superior al hombre. Cien consideraciones, en una palabra, muestran que la raza humana deberla extinguirse rápidamente si sus necesidades no fuesen socorridas por la mutua asistencia de los propios semejantes, asistencia que sólo puede obtenerse merced a una asociación habitual y constante.

Si ocurriera que una abeja, vuelta de golpe capaz de hablar y de discurrir ordenadamente, nos dijera:

Las abejas, en su origen, erraban libremente en los prados, y cada una vivía por su cuenta; pero a ciertos antepasados nuestros les pareció bueno reunirse en una colmena, y así se hizo después, en prosecución de esa concordia; ¿qué responderían ustedes a esa abeja razonadora?

Se reirían de la soberbia idea, y mostrando a la abeja su destino sobre la Tierra, le dirían que la aptitud para fabricar cera y miel, no pudiendo desarrollarse sin una asociación, muestra que fue la naturaleza misma de las abejas y no su deseo lo que las condujo a una vida social.

De igual modo, el hombre, aun considerado meramente como parte del mundo físico, está destinado a la vida social, no sólo porque ésta es indispensable para la conservación de la raza, sino también porque en la perpetua elaboración de la materia, los cuerpos humanos ejercen una función mecánica, que según los designios de la Providencia coadyuva a esa elaboración.

Es en este sentido que los modernos geólogos han demostrado que prescindiendo de toda consideración a la naturaleza moral del hombre, su asociación debe reconocerse como un hecho cosmogónico.

El hombre, no sólo con respecto a sí mismo tiene físicamente la necesidad de asociarse.

La tiene también con respecto al resto de las cosas creadas, porque las artes, las industrias, el brazo del hombre en

una palabra, tiene, en los designios de Dios, la misión de imprimir el movimiento a la materia inerte y acelerar sus providenciales transformaciones.

Todo, en la mano de Dios, es instrumento para sus fines; y siempre instrumento útil, nunca inútil. No importa que nuestras débiles mentes no conozcan esos fines ni el modo con el cual los seres terrenos sirven para procurarlos.

Basta tener fe en la sapiencia divina para creer que nada inútil se hace en cuanto se hace por obediencia a sus leyes.

Todos los seres que se agitan en la onda de la vida aquí en la Tierra; todos, desde el hombre hasta el más vil insecto, realizan una continua elaboración y transformación de la materia.

Y nosotros, aunque ignaros del último resultado que se obtendrá de ese incesante cambio, debemos confiar en la sapiencia de quien así lo quiso, y creer que todo ello tiende a un último y grandiosísimo efecto; y debemos confiar en la bondad del mismo, y creer que este último resultado debe ser un bien. Un bien desconocido para nosotros, escondido todavía en las profundidades de la mente divina, pero bien grande y seguro, ya que el Eterno, de tantos modos, impele hacia él a lo creado.

Art 59

CAPITULO 6 TUTELA JURÍDICA

6.2.1 La Sociabilidad

La sociabilidad del hombre es, por lo tanto, ante todo una ley física. Y el hombre tiene en su mismo cuerpo el principio de atracción hacia los otros hombres, que actúa sobre él aun antes de que la inteligencia haya dado un rayo de luz, y que lo conduciría a la vida social aun cuando él estuviese perpetuamente reducido a tener por guía el solo instinto animal.

Deduzco de ello que la asociación humana tiene, en los designios providenciales, un primer fin, totalmente material. Y este fin es la ayuda recíproca.

Pero, a la contemplación de las maravillas del mundo material, que son grandes, aunque con los ojos no alcancemos a ver más que una pequeña parte, suceden las maravillas del mundo espiritual, al cual es necesario que nos elevemos con las fuerzas del intelecto para que no nos formemos después de él más que un pálido e indefinido concepto.

Pero de todas las maravillas del poder divino, las más arcanas al entendimiento humano son aquellas que recaen

sobre el mundo espiritual y sobre el modo con el cual éste actúa con tanta energía y con tanta rapidez sobre el cuerpo del hombre. De todos los prodigios de la omnipotencia divina, la obra más maravillosa que nosotros conocemos es el hombre. No sólo por su organismo corporal, que es admirable, sino por este acoplamiento del espíritu con la materia.

Nosotros podemos concebir el modo con el cual una potencia sobrehumana, poniendo en movimiento fuerzas inmensas y perpetuas, ha dado el orden al caos; pero el modo de acción del espíritu sobre el cuerpo y de reacción del cuerpo sobre el espíritu, es un portento sobre el cual el filósofo en vano concentra sus meditaciones. Y el vértigo que lo envuelve en esa contemplación le revela que él ha puesto su audaz mirada en un abismo impenetrable para el ojo humano.

Empero, la conjunción en nosotros de esas dos diversas naturalezas, es un hecho que nosotros sentimos y que nuestra razón nos confirma. Y lo poco que Dios ha permitido que nosotros comprendamos de ello, basta para convencernos de que el hombre tiene un alma inmortal; que esta alma tiene un porvenir; que este porvenir depende de la conducta interna y externa del individuo sobre la Tierra. Y que, así, el hombre, ser moralmente libre, tiene aquí abajo deberes que lo ligan, por los cuales su destino lo llama a procurar con toda su fuerza el propio perfeccionamiento moral.

Y encontramos también aquí un principio de atracción universal en el género humano, que se expresa con la fórmula de aspiración de la verdad, innata en el alma humana y que se desenvuelve en la aspiración de lo bello, de lo bueno y de lo justo; aspiraciones que cualquier hombre todavía no irreparablemente perdido en el camino de la corrupción, es preciso que confiese, por poco que entre en la contemplación interna de sí mismo.

Además, el hombre tiene una aspiración de afecto hacia sus semejantes, que también es sentida por todos, y sentida incluso por aquellos que, seducidos por una falsa escuela, hacen como si negaran.

Hubo, por desgracia, también aquí un filósofo fundador de una secta atrabiliaria y funesta, que puso al odio como supremo principio de las relaciones entre los hombres, para después no reconocer otro fundamento del derecho que la preponderancia de la fuerza brutal.

Hobbés, encontrando que el hombre se amaba muchísimo a sí mismo, extrajo de esto la consecuencia de que ese amor lo llevaba, por su naturaleza, al ocio de todos sus semejantes, porque en ellos encontraba obstáculos para la satisfacción de sus propias necesidades.

Pero el sofisma hobbesiano es palpable. El ocio del hombre hacia el hombre no es más que una excepción dependiente de aberraciones malvadas, o de colisiones fortuitas. La necesidad de convivir con los propios semejantes, de amarlos y de ser amado por ellos, es la condición ordinaria y universal del hombre.

Y por el contrario, el amor de sí mismo, en el que se quería encontrar una perpetua causa de aborrecimiento, es la primera causa de la aspiración de afecto de los hombres hacia los otros hombres, porque el hombre, amándose a sí mismo, es llevado a amar a los otros, en los que ve la semejanza de sí mismo.

En la razón de semejanza está la fuente de la simpatía, como en una razón de desemejanza está la fuente de toda antipatía.

Hay, por consiguiente, en el hombre, un desenvolvimiento del principio de atracción hacia los otros hombres, incluso bajo el aspecto de la simple sensibilidad moral, independientemente de cualquier propósito de cálculo,

independientemente de cualquier necesidad o relación física; y he aquí, en el alma humana, un impulso congénito que converge con el impulso de las necesidades físicas a empujar a la humanidad al estado de asociación.

Y es necesario que así sea, por la ley eterna del orden. Porque así como el género humano tiene necesidad de la coasociación para conservarse físicamente y procurar lo mejor de su existencia material, así también él necesita el estado de sociedad para alcanzar el fin de su moral perfeccionamiento.

Jamás podría concebirse la idea de virtud y de honesto vivir en un hombre que estuviese solo en una isla deshabitada. Pero podría esperarse un perfeccionamiento moral en el hombre perpetuamente aislado.

La asociación, no sólo conduce al hombre a mejorar, convirtiendo en hábito la expansión de los sentimientos nobles determinados por las ocasiones que ofrece para el ejercicio de la benevolencia fraterna, por el ejemplo seductor de las mismas y por los goces que da el intercambio de los gratos y amorosos afectos, sino que, aún más, la asociación es, por sí misma, incentivo de progreso moral por el ejemplo recíproco y por la insatisfacción que causa al hombre el verse objeto de desaprobación y de aversión por parte de sus semejantes.

El principio de atracción, aplicado al mundo moral, conduce a esto: que siendo innata en el corazón humano la aspiración al bien, los hombres sean, por espontáneo impulso, impelidos a alabar y amar al que obra bien, y a censurar y huir del que obra mal.

Ahora bien, siendo la necesidad de amar inseparable de la necesidad de ser amado, el deseo de procurarse el afecto y la estima de los demás es, en el hombre, vivísima incitación a purgarse de toda torpeza moral.

Art 60

CAPITULO 6 TUTELA JURÍDICA

6.2.2 Educación recíproca

He aquí, por lo tanto, una segunda razón por la cual el estado social debe ser reconocido como el único que la ley de su naturaleza prescribe a la humanidad, incluso independientemente de toda necesidad corporal y de toda necesidad de recíproca ayuda material.

He aquí el segundo fin a que sirve, por la ley eterna del orden, la asociación de los hombres. Fin que yo llamaré de educación recíproca, y que se obtiene merced a la instrucción, al ejemplo, a la censura; en una palabra, mediante el contacto o el roce de las almas.

La educación recíproca se realiza espontáneamente entre todos los hombres reunidos, y se realiza por el predominio de las buenas aspiraciones; de donde, así como el hombre aislado se embrutece, el hombre asociado se civiliza. Y los dos modos en que se exterioriza esa fórmula de la educación recíproca, son la instrucción y la

censura. La instrucción, que incluye el ejemplo, merced al cual los hombres se aleccionan recíprocamente y se incitan a hacer el bien; la censura, merced a la cual los buenos mortifican con su desprecio y con sus reprensiones al que ha obrado mal.

La vida moral e intelectual de cada individuo comenzaría con él y se extinguiría sin fruto en el breve lapso de su vida física. La sola coasociación puede crearle a la humanidad el poderoso instrumento de la tradición. Por ese instrumento, las generosas hazañas de los antepasados se mantienen vivas ante los ojos estupefactos de los descendientes, y los instruyen en las grandes virtudes por las cuales tantas conquistas que la inteligencia humana hizo y hace de continuo en el reino de lo ignoto, pudieron, como acumulado tesoro, transmitirse de generación a generación, y abrir el camino a los estupendos descubrimientos en las industrias y en las artes que forman el orgullo de nuestro siglo.

El desarrollo moral e intelectual de la humanidad sería no sólo imposible, sino inconcebible sin la coasociación.

Pero el fin de la ayuda recíproca y el fin de la recíproca educación, no son los únicos para los cuales la ley natural impuso al hombre el estado de sociedad. Hay un tercero, que es el que viene a guiarnos en nuestro terreno; vale decir, el fin de la tutela del derecho.

El hombre no está ligado solamente con los demás hombres por relaciones físicas y por relaciones morales. Está ligado también por relaciones jurídicas.

La naturaleza del hombre, en cuanto ser moralmente libre y responsable de sus propias determinaciones, lo somete a deberes. De ahí la ley moral que gobierna a la humanidad.

Ahora bien, no podría concebirse la sujeción a una ley moral, no podría reconocerse en la humanidad el vínculo del deber, si no se reconocieran también en ella derechos, y, precisamente, todos aquéllos que son necesarios para ejercer tales deberes.

La ley habría sido absurda y contradictoria consigo misma, si mientras impone al hombre el cumplimiento de ciertos deberes, no le hubiese concedido el derecho de ejecutar aquellos actos sin los cuales el deber no podría cumplirse.

Si el hombre tiene el deber de conservar su propia existencia, es preciso, sin duda, que tenga la facultad de apropiarse las cosas necesarias para tal conservación; es preciso, sin duda, que tenga la facultad de defender su cuerpo de las ofensas de una injusta agresión.

Si el hombre tiene el deber de ilustrarse para la búsqueda de la verdad y del modo de vivir honesto, es preciso, sin duda, que tenga el derecho de comunicar libremente a otros sus propios pensamientos.

Si el hombre tiene el deber de proveer a su salvación eterna, es preciso, sin duda, reconocerle el derecho a la libertad de conciencia.

Todo deber que domine al hombre, trae consigo la necesidad de un derecho correlativo a ese deber, y la suma de tales derechos se resume en la libertad externa del hombre.

De tal modo, ya desde un siglo a esta parte, los mejores publicistas han llegado a estar concordes en reconocer esta verdad: que los derechos del hombre tienen su origen y su fundamento no en la fuerza, ni en la ley humana, ni en las necesidades, ni en la utilidad, sino únicamente en el deber.

La ley del derecho existe como ley primitiva, absoluta, congénita al hombre; y no creada según su farmacia o por transitoria oportunidad.

Ella es una parte de la ley eterna del orden, la cual, desde el primer momento de la creación, y a fin de que el hombre pudiera cumplir su destino sobre la Tierra, le dio la facultad de ejercer libremente sus fuerzas para la satisfacción de sus propias necesidades, con la sola condición de ejercerlas sin ofender la libertad de su semejante.

De aquí la tercera especie de relación que liga al hombre con el hombre; es decir, el vinculo jurídico. Vinculo que también se nos revela por un impulso y tendencia espontánea, inculcada por la misma naturaleza, y que fue llamada aspiración de lo justo.

Pero la ley jurídica, ¿es perpetuamente respetada por el hombre?

No; no puede serlo, porque siendo el hombre libre, tiene la potencia de violar la ley jurídica, como tiene la potencia de violar toda ley moral. Y a violarla, no obstante las aspiraciones buenas que son congénitas de su alma, lo empujan con demasiada frecuencia los malos apetitos, excitados por sus sentidos corporales.

El alma y el cuerpo, acoplados en el hombre milagrosamente por Dios, son regidos por dos impulsos aparentemente discordes. Es el principio del bien, unificado en un ser con el principio del mal. El alma, toda encendida de entusiasmo por la virtud, sedienta de la verdad, es iluminada por un sentido moral que le hace doloroso el caer en el momento mismo en que se determina a la caída.

El cuerpo, con sus desmedidos apetitos, con su esclavitud hacia los hábitos inertes, con sus fangosas necesidades, es el perpetuo enemigo de las aspiraciones de la mente.

Y he aquí una lucha de atracción con atracción. La filosofía pagana (que con excesiva ligereza es objeto de mofa por quien la mira en la corteza exterior, sin penetrar sus arcanos mitos), que dejó testimonio de sapiente ingenio, configuró esta lucha de las dos naturalezas humanas con la fábula de Japeto, el cual iluminó su mente con la centella robada al cielo, pero fue, por voluntad del hado, presa del pico de un buitre que perpetuamente roía su corazón. Aquella centella fue el emblema de la razón inteligente; este pico fue el emblema de las pasiones.

Y si bien el Creador dio a la razón humana fuerza bastante para dominar el cuerpo, sin embargo muy a menudo los instintos de éste prevalecen sobre aquélla. Los apetitos del bien sensible dominan las atracciones del bien suprasensible. La razón es vencida por la pasión; la jerarquía del gobierno humano es derribada; el alma, desarmada de su defensa, se convierte en sierva del cuerpo que ella estaba destinada a dominar.

Cuando tal es, en el individuo, el resultado de la lucha, ¿tienen las leyes morales una fuerza de coacción, una sanción con la cual mantener la observancia de su señorío?

No. A diferencia de las leyes físicas, que tienen en sí mismas poder bastante para tener a todos los seres sujetos a la obediencia, las leyes morales no tienen en sí mismas una fuerza eficazmente coactiva, ni pueden tenerla, porque están destinadas a actuar sobre un ser libre, y esa fuerza coactiva de las leyes morales sería destructiva del libre arbitrio del hombre y, de tal modo, de su facultad de merecer y desmerecer.

La necesidad física y la necesidad lógica no son, en su autocracia, superables, ni por el poder de la fuerza ni por el vigor del intelecto. Pero la necesidad moral es vencida por cada individuo, tan pronto como las aspiraciones del alma han sido en él subyugadas por la peligrosa fascinación de los sentidos.

Y, entonces, ¿qué ocurre?

Ocurre que si los desmedidos apetitos llevan al individuo a la violación de los derechos de los otros hombres, el vínculo jurídico es deshecho, la ley del derecho es una vana palabra que de nada sirve a los hombres impotentes para defenderla.

Todo es reducido a una cuestión de fuerza en el conflicto entre hombre y hombre. El derecho queda como una pura abstracción; en la realidad de los hechos, la única razón que vence es la razón del más fuerte.

Tal es, inevitablemente, la condición del hombre aislado. Cuando se encuentre con otro individuo más fuerte que él y que sea impulsado por una mala pasión a lesionar su derecho, éste es como si no existiese. Su vida, sus bienes, su libertad, todo es precario para él.

La ley jurídica nada le ha dado. Lo que conserva, lo conserva en virtud de su propia fuerza; y si la justicia triunfa, triunfa por casualidad.

No habría sido una ley eterna de orden, si tales debieran ser las condiciones de la humanidad.

La ley misma del orden debió, por tanto, desear que se constituyera una fuerza permanente, guardiana de la ley jurídica sobre la Tierra. Fuerza que, sin destruir directamente el libre arbitrio, proveyese a la necesidad de la tutela del derecho.

Ahora bien, esa tutela no podía hallarse sino en la coalición de los buenos contra los malos, porque siendo universal en los hombres las rectas aspiraciones del alma, y siendo la perversión de la pasión excepcional en aquellos que sufren su influencia por causas especiales, la preponderancia de los buenos sobre los malos era un presagio de seguro resultado, como ella lo es realmente en las condiciones ordinarias de la humanidad.

Pero, ya que la coalición de los buenos contra los malos no podría esperarse si los hombres vivieran aislados, la tutela del derecho es la tercera razón por la cual la ley eterna del orden impuso al género humano el estado de asociación.

La tutela del derecho por los hombres coasociados puede obtenerse, o bien directamente merced a una coacción que obligue al mal inclinado a respetar la ley jurídica; o bien indirectamente, merced a una sanción con la cual se amenace un mal a quien haya conculcado los derechos ajenos.

De este modo, el estado de sociedad es la única posible garantía de la ley jurídica. Y, así, la asociación es el

necesario complemento de la ley del orden, bajo el triple aspecto del orden físico, del orden moral y del orden jurídico.

Felicidad material, virtud, justicia, eran tres cosas imposibles de conseguirse por el hombre aislado. Él las consigue, en lo que humanamente se puede, sólo en el estado de sociedad.

Por consiguiente, o hay que decir que el hombre fue arrojado sobre la Tierra para ser siempre infeliz, y jamás virtuoso y justo; o hay que decir que él fue, por condición primitiva y absoluta de su naturaleza, destinado al estado social.

- Existió como cuerpo para las necesidades físicas.
- Existió como alma para las necesidades intelectuales, morales.
- Existió como cuerpo unido con alma para las necesidades jurídicas.

Hasta aquí he hablado simplemente de asociación, no he hablado todavía de sociedad civil.

Éste es el último paso que queda por dar para llegar al terreno de nuestra ciencia.

CAPITULO 6 TUTELA JURÍDICA

6.2.3. Formas de Alcanzar los Fines

Los tres fines distintos por los cuales se impuso a la humanidad la asociación, vale decir: la ayuda recíproca, la recíproca educación y la tutela recíproca del derecho, ¿podrán ser alcanzados en un estado de sociedad meramente natural en el cual todos los asociados estuviesen en condiciones de perfecta igualdad y sin autoridad de gobierno que dominara?

Es, sin duda, concebible que los hombres coasociados en un estado de perfecta igualdad y sin constitución de gobierno alcanzasen el fin de la ayuda y el de la recíproca educación.

Y si a los hombres les hubiese sido imposible, ya sea desear o ejecutar la violación del derecho, ellos se habrían asociado por las otras causas; pero jamás les habría venido a la mente el constituir una autoridad sobre sí mismos, el someterse a un gobierno.

Art 62

CAPITULO 6
TUTELA JURÍDICA

6.2.4 Violación del Derecho

Mas no sucedía lo mismo con el tercer fin. La violación del derecho es consecuencia inevitable de las pasiones humanas y la ley moral privada de toda coacción y de toda sanción restringida a la sola acción del sentimiento interno y de la sindéresis, no puede ni protegerse eficazmente a sí misma ni tutelar el derecho.

Menos malo es que la ley moral quede librada a la sola sanción de la sindéresis y de la reprobación de los buenos, porque las ofensas a la sola ley moral, mientras no se conviertan en ofensas a la ley jurídica por lesionar de cualquier modo la libertad ajena, sólo causan daño al individuo que las comete y para nada perturban el orden externo, en nada obstaculizan el progreso humano.

Pero cuando se trata de acciones que, además de ser deshonestas, son también injustas porque violan el derecho, esto es, la libertad de los otros hombres, es imposible esperar ni siquiera la sombra de un orden si esas acciones no son real y coactivamente impedidas o reprimidas.

Pero la tutela del derecho no puede obtenerse tampoco con la ayuda del brazo humano, ni directa ni indirectamente, en una sociedad puramente natural, en la que los hombres conserven condiciones de perfecta igualdad.

No la tutela directa, porque todo ataque al derecho implica por necesidad lógica, la negación del derecho.

Ahora bien, entre el agredido que afirma el derecho y el agresor que lo niega, los terceros que sean iguales a ellos no pueden ni constituirse en jueces ni hacer respetar su juicio. Entre el hombre que afirma la propiedad de la cosa que posee y el hombre que repite lo mismo asegurando que es suya, ninguno podría constituirse en juez en una asociación de iguales. Y aquél que pretendiese decidir la controversia, se arrogaría, con este solo hecho, una autoridad sobre los contendientes.

Mucho menos podría esperarse la defensa indirecta. En efecto, admítase incluso que los hombres, también en el estado de perfecta igualdad, hubiesen reconocido la necesidad de frenar las pasiones malvadas con la amenaza de un castigo contra el que estuviese por ofender los derechos ajenos.

Admítase que, bajo la forma del sentimiento de la venganza, o bajo la forma de aspiración de justicia, esta verdad apodíctica de que es necesario y se debe castigar las acciones lesivas del derecho se hubiese revelado a toda esa fraternidad de hombres, y que todos la hubieran aceptado como creencia universal.

Admitido todo esto, ¿cómo podría actuarse jamás la aplicación práctica de esa verdad en una asociación de iguales? ¿Quién podría detener la persona del culpable, quién refutar sus impugnaciones, quién declarar su culpa, quién determinar la medida de un castigo?

Ciertamente, ninguno podrá hacerlo sin arrogarse una autoridad, una superioridad sobre aquel hombre; sin pisotear, en una palabra, la primitiva igualdad. Y si el ofendido por un delito solicitara el brazo de sus parientes y amigos para castigar al ofensor, ¿quién garantizaría que él no se excediese del debido castigo, y, de tal modo, que con ello no ocurriera una segunda injusticia?

Y prescindiendo también de esto, ¿le faltarían acaso al culpable adherentes y aliados para discutir la justicia del castigo amenazado y resistir? Inevitables luchas y sangrientas guerras civiles romperían, a la primera ocasión, esa fraternidad sin guía. Y el resultado sería siempre el predominio de la fuerza, la cual no es, por cierto, la constante compañera de la justicia.

Y bien, es necesidad de la naturaleza humana que quien ofende los derechos de su semejante en la Tierra, encuentre en ésta un mal como castigo de su maldad.

Es necesidad de la naturaleza humana, porque la ley del orden a la que la humanidad fue sometida por el Creador, exige que el derecho sea respetado, y el respeto al derecho no puede esperarse jamás si el que audazmente lo viola no es castigado. Es necesidad de la naturaleza humana, porque teniendo el hombre, por su destino en la Tierra, un indefinido perfeccionamiento moral, la amenaza de un padecimiento presente contra el que cause mal a otro constituye una dinámica saludable contra el estímulo de las pasiones perversas, y es fuente indispensable de mejoramiento moral, que, sin ello, sería vano esperar.

A menudo oímos a ciertas personas, sea por ferocidad de ánimo, sea por indiscreta meticulosidad, quejarse de la inutilidad de las penas, cada vez que ven, no obstante la amenaza de éstas, consumarse un delito.

Pero esas personas miran solamente al que, a pesar de la amenaza de la pena, ha ofendido el derecho, y no se acuerdan absolutamente de los otros mil que jamás, de modo alguno, han violado la ley.

Ciertamente, a estos mil que llevaron una larga vida sin ofender el derecho ajeno, no les faltó la ocasión. A muchos de ellos, el rencor les excitó en el ánimo pensamientos de venganza; a otros, los sentidos ansias de libidine; la necesidad sed de la cosa ajena. Sin embargo, se abstuvieron de seguir el impulso malvado y se habituaron a domar las pasiones rebeldes.

Tampoco les bastó a todos, en esta lucha, la ayuda de la moral y de la religión. A menudo socorrió a la virtud vacilante el temor de las penas. Y, para todos esos hombres, la amenaza de la pena fue útil; pero de una utilidad que, aunque grandísima, no la conoce ni la valora la grey de aquellos que están habituados a razonar solamente sobre los hechos palpables, contemplándolos por ideas preconcebidas desde un solo lado.

Sí; también el temor a los castigos humanos es un incentivo para el progreso humano en su civilización.

Pero, por lo tanto, si la ley del orden exige para la tutela del derecho la punición de los culpables, si éste es también un medio indispensable para conducir al hombre a su perfeccionamiento moral, y si esto es imposible en un estado de sociedad natural, el corolario inevitable de tales postulados es que la sociedad a la que el hombre

está destinado por la ley de su naturaleza, es la sociedad civil. Es decir, una sociedad que esté presidida por un poder supremo, que a todos domine, y que representando la voluntad general, dicte leyes positivas dominadoras de toda voluntad privada; y que proteja el derecho, sea directamente, haciendo que a cada uno le sea dado y mantenido lo que a él pertenece, sea indirectamente, amenazando un castigo a quien haya agredido el derecho de sus semejantes y violado la ley jurídica.

La idea del primer rey no es, por consiguiente, otra cosa que la de un defensor del derecho o defensor contra las opresiones externas como capitán militar, que es potestad transitoria, una vez pasado el peligro, ó defensor contra las agresiones internas como juez, que es potestad permanente.

La idea del primer Gobierno establemente constituido no es más que la de un magisterio mantenedor de la justicia.

El único fin absoluto para el cual es indispensable el gobierno en las asociaciones de los hombres, es la tutela del derecho.

El orden no consiste en el predominio del querer de unos pocos sobre todos, sino en ser ilesos e incólumes los derechos de todos.

La sociedad natural no basta para el destino de la humanidad por esta sola causa. La sociedad civil no es creación del arbitrio o del ingenio de los hombres. Ella está prescrita por la ley eterna del orden, pero está prescrita por esa sola necesidad de la protección del derecho.

Y en efecto, si consultamos las tradiciones de los pueblos primitivos, encontramos que, en los orígenes, sus próceres, sus jefes, su rey, no se ocupaban más que de la administración de la justicia.

En los gobiernos teocráticos, la función judicial era tenida como una parte del culto, porque a los hombres primitivos la idea abstracta de justicia no se les podía inculcar sino bajo la forma de religión.

Después, los jefes políticos de los diversos pueblos, una vez separado el poder secular del religioso por las necesidades de las guerras, continuaron, salvo en los momentos excepcionales de la defensa de la nación contra guerras exteriores o internas, limitándose, en su autoridad, al ejercicio del poder judicial.

Pero, sintiéndose poco a poco la necesidad de conducir a la humanidad a condiciones más prósperas, los gobiernos asumieron también la dirección de cosas que, para el orden absoluto, habría podido administrarse por los ciudadanos, porque corresponden al solo fin de la ayuda recíproca y de la recíproca educación, si las tinieblas de la ignorancia no les hubiesen hecho ineptos para procurarlo por impulso y obra meramente privados.

Así, para el fin de la ayuda, asumieron los gobiernos la dirección de los trabajos públicos, de los establecimientos sanitarios, de los hospicios para criaturas abandonadas e impotentes. Los caminos, los torrentes, el cultivo de las tierras, los puertos, el comercio y cien otras cosas semejantes, cayeron poco a poco bajo su potestad.

Así, para el fin de la educación recíproca, reclamaron para sí los gobernantes de los diversos Estados, en lo que respecta a la instrucción, la dirección de las escuelas públicas, la vigilancia sobre la enseñanza y sobre los espectáculos, la incrementación de las artes y de las industrias; y en lo que respecta a la censura, asumieron también la potestad suprema de corregir y vigilar las costumbres, incluso en aquello que no ofendía al derecho.

Así, al lado de la potestad de la defensa externa y de la autoridad judicial, los gobernantes de los pueblos se encontraron investidos también de lo que se llama magisterio administrativo y magisterio de policía.

Estas dos potestades nada tienen que hacer con la ley jurídica, porque no responden directamente al fin de la tutela del derecho, sino a los muy distintos fines de la ayuda y de la educación recíproca.

Y bueno fue que ocurriese así; y fue providencial esa dilatación de poderes; y es bueno que, dentro de ciertos límites, perdure todavía. Porque los hombres aún no perfectamente civilizados, no estaban todavía maduros para esa fraternidad ciudadana que es necesaria para que a las necesidades de utilidad común, de asistencia, de instrucción, surjan de manera espontánea las asociaciones y coaliciones de fuerzas privadas que son, para ello, indispensables.

Pero ésta no es una necesidad absoluta; ella dura mientras la civilización de una nación no ha llegado a un punto tal que, lealmente comprendida la utilidad inmensa de la unión concordante de las fuerzas privadas, se vuelva inútil e inoportuna toda intervención gubernativa.

Los tiempos, empero, maduran. Y la civilización, con la ayuda de la imprenta, el telégrafo y el vapor, marcha a pasos fulminantes.

Inglaterra mostró a Europa cuál era el poder de las coaliciones de fuerzas privadas y cómo podía un pueblo inteligente actuar aquella fórmula del gobernarse por sí mismo (selfgovernment), y Europa se conmovió ante el ejemplo.

La inmensa red de vías férreas que surca gran parte del suelo europeo, los puentes, los canales, los pantanos desecados, los asilos infantiles, las cajas de ahorro y cien otras obras de nuestro siglo, dan solemne prueba de cuanto puede hacer, cuando es bien entendida, esa coalición de fuerzas ciudadanas, y cómo es ella honrosa, al par que profícua, para la nación, inocua para los gobiernos, fecunda en beneficios maravillosos.

Y cabe esperar, antes bien, debemos tener la firme creencia, que la humanidad, siempre más educada por la experiencia, siempre más ansiosa del progreso civil, siempre más desligada de las trabas de las rivalidades ciudadanas y de los miedos gubernativos, siempre mejor animada del deseo de sus libertades, dejando a un lado las vanidosas utopías, pronto llegará al punto de comprender que todo cuanto atañe al fin de la ayuda recíproca y de la recíproca educación, puede ser logrado por las fuerzas privadas de una nación, con tal que se pongan de acuerdo leal e inteligentemente.

Y entonces será superflua la intervención gubernativa en todo aquello que esté fuera de la tutela del derecho.

Defensa externa, o sea guerra; defensa interna, o sea justicia, es el campo al que deberán restringirse las potestades de los gobiernos, cuando los pueblos hayan comprendido sus derechos y deberes recíprocos y se hayan instruido en el modo de sostenerlos y cumplirlos.

Y entonces estará la civilización en su apogeo, y las naciones llegadas a esa cúspide gozarán de la máxima libertad civil que sea posible sobre la Tierra.

Por ello, la fórmula más simple con la cual se expresa el máximo grado posible de libertad civil, es ésta: un pueblo será tanto más libre, cuanto más el gobierno restrinja su acción a la tutela del derecho, dejando a la libre potestad de los ciudadanos el cumplimiento de todo aquello que, según la ley natural, corresponde a los otros dos fines de la asociación humana, vale decir, la ayuda y la cultura recíprocas.

Pero el derecho deberá quedar siempre fuera de la potestad de los particulares. Él necesitará perpetuamente una autoridad que lo declare y que con mano firme y constante lo conserve en el respeto que es indispensable para la seguridad humana.

Soñar una libertad que ponga bajo sus pies al derecho, es sustituir el despotismo del rey por el despotismo del pueblo; es cambiar el número y la condición de los tiranos, no suprimir la tiranía.

Dos sectas enemigas discutieron y discuten todavía sobre la pertinencia de la que ellos llaman soberanía.

Los unos pretendieron que la soberanía pertenecía a los reyes por transmisión divina operada de un modo misterioso a favor de ciertos individuos privilegiados y de su progenie, a perpetuidad; y sustituyendo un dogma arbitrario a los dictados de la razón eterna, dieron la Tierra y la humanidad a la discreción de aquellos pocos privilegiados.

Los otros, dando vida real a una idea fantástica e inaplicable, dijeron que la soberanía pertenecía sólo al pueblo.

Los primeros, prosiguiendo su camino, llegaron a afirmar aquella enorme paradoja de que toda justicia emana del rey y, de tal modo, deificaron el capricho de un individuo. Los otros arrojaron a la justicia a merced de las multitudes fascinadas por momentáneas pasiones y, a menudo, conducidas por la facundia de un demagogo.

Pero si por soberanía se entiende el poder de hacer lo que a uno le place, la facultad de hacer el mal impunemente, la facultad, en suma, de conculcar el derecho, esa soberanía, juzgada ante el tribunal de la razón con arreglo a las normas de la ley natural, está condenada a entrar en el número de las mentiras.

En ese sentido no hay soberanía, ni de pueblo ni de rey. El único soberano del mundo es Dios, porque teniendo por esencia suya a la justicia, no puede conculcarla.

La única soberanía que se puede reconocer sobre la Tierra es la soberanía del derecho. Porque el derecho es superior a los pueblos, así como a los príncipes, es inviolable por cada uno y por todos; liga al individuo como liga a la nación, liga al grande como al pequeño; y sujeta con un vínculo eterno a toda la humanidad.

Pero el derecho tiene necesidad absoluta de que su vida práctica se personifique en un poder terrenal que lo declare y que lo proteja con voz y con mano superior a todos los demás ciudadanos. Esta necesidad absoluta de una autoridad social para el fin de la justicia, no puede faltar por un progreso cualquiera de civilización que quiera imaginarse, porque el hombre, aunque sea civilizado, será siempre sujeto de pasiones que impelen a la violación de lo justo, y para reprimirlas no es suficiente el atractivo de las buenas aspiraciones, si no lo socorre la repulsión del temor. De donde resulta que la amenaza de un mal contra quien hace mal a otro, como factor de perfeccionamiento moral y como guardián del orden externo, es de una necesidad indefectible para la naturaleza y el destino humanos.

Nosotros, por lo tanto, reconocemos la necesidad del poder gubernativo, por ley natural. Reconocemos la necesidad de este poder como absoluta, para el único fin de la protección del derecho; y como simplemente relativa para cualquier otro fin. Por eso estimamos, como verdad apodíctica, que esa autoridad gubernativa, incluso en cuanto actúa para el fin del mantenimiento del orden externo, debe siempre quedar sujeta a la ley jurídica.

Art 63

CAPITULO 6 TUTELA JURÍDICA

6.3 CONSECUENCIAS DE LOS PRINCIPIOS

Ahora me preguntarán cuáles son las consecuencias de esos principios y del postulado al que he llegado, cuál el nexo que lo une a la ciencia del derecho penal. Estrechísimo es el vínculo de tales verdades con nuestra ciencia, importantísimas las consecuencias que del mismo derivan.

Art 64

CAPITULO 6 TUTELA JURÍDICA

6. 3.1 Primera Consecuencia

1a) La primera consecuencia que de ello se extrae, atañe a la génesis y a la legitimidad del derecho penal.

En la mayor parte de los criminalistas, el desenvolvimiento de sus doctrinas comenzó con la búsqueda referente al origen del derecho de punir en la autoridad social. Mostraron la necesidad de la asociación humana con el argumento de las necesidades físicas e intelectuales del hombre, y luego propusieron el problema de si, y por qué fundamento, tenía esa sociedad el derecho de punir a aquellos que en daño de otro violaban la ley.

Y planteado así el problema de un modo que suponía al derecho penal como un consecuente de la sociedad civil, cuando en realidad era el antecedente del mismo, se abrió el camino a un número indefinido de soluciones contradictorias entre sí, y de las cuales no es ahora el momento de razonar.

Yo invierto el método de la investigación. Encuentro en la ley eterna del orden humano la constitución del derecho, como derivación absoluta del deber; en la ley primitiva de la humanidad la necesidad de una tutela del derecho, que sea eficaz y presente. Y en esta necesidad de una tutela de la ley jurídica, encuentro la única razón

absoluta de la sociedad civil y de la autoridad que la preside.

De tal modo, el problema que tiende a conocer si y por cuáles razones la autoridad social puede, como pena por un hecho ofensivo, despojar al hombre de sus derechos, de la libertad, de los bienes; este problema, no sólo es resuelto con una fórmula nítida e irrecusable, sino que, más propiamente, no es ya ni siquiera proponible como problema.

En efecto, una vez reconocida la necesidad de punir a los culpables, no como una necesidad política, sino como una necesidad de la ley natural, la cual exige que el precepto jurídico tenga una sanción eficaz y no quede como mero consejo establecido que la única razón absoluta de la existencia de la autoridad social es, precisamente, que la ley eterna del orden necesita de ella a fin de que el derecho sea protegido sobre la Tierra mediante el uso de una fuerza sensible y mediante la amenaza de castigos corporales contra quien se atreve a violarlo, ello conduce directamente a la improponibilidad del problema.

Porque cuando un poder es constituido precisamente con el fin de que él haga una cosa dada, es ridículo y contradictorio pedirle después el documento y el título por el cual hace tal cosa. El documento y el título es la ley eterna del orden humano, la cual quiso que se constituyera ese poder para que hubiera modo de ejercer el derecho punitivo que racionalmente preexistía a la constitución de aquél.

Solamente en esta fórmula es posible encontrar una explicación satisfactoria del hecho notable de la universalidad de un derecho penal en todos los pueblos y en todos los tiempos.

Reconducida su génesis no a un cálculo de prudencia humana o de especulación utilitaria, sino a la ley suprema de la naturaleza humana, promulgada a toda la humanidad con el órgano de las tendencias universales del alma y de la razón (atracción a la justicia, repulsión de la injusticia), la universalidad del derecho penal ya nada sorprende, porque es, precisamente, el carácter de todo lo que procede de la ley natural el ser universalmente adoptado por todos los pueblos.

Y aunque pueda existir variación en la forma, lo cierto es que si se encuentra una idea congénita al hombre, universal y espontánea, es, precisamente, ésta de que debe irrogarse un mal al que hace mal a otro.

Art 65

CAPITULO 6 TUTELA JURÍDICA

6. 3.2 Segunda Consecuencia

2a) El derecho penal no es, ni puede considerarse sin grave error como un regulador de la libertad humana.

No puede concebirse como perteneciente al hombre la libertad de violar el derecho, porque no siendo la libertad otra cosa que la facultad de hacer lo que a uno le favorece, con la sola condición de no lesionar los derechos ajenos, la restricción de los actos ofensivos no es un límite a la libertad que se le imponga a uno por una fuerza externa; es la condición absoluta e intrínseca a su modo de ser.

La libertad es el derecho; el derecho es la libertad humana. Hay dos fórmulas. Pero el concepto es, en última sustancia, uno solo.

El derecho penal no es, por lo tanto, un regulador de la libertad humana. Es el protector de ésta. Quien lo describió como un freno de la libertad, falseó su naturaleza y lo convirtió en un instrumento de desorden, del cual, desgraciadamente, aprovecharon los déspotas de la Tierra.

Art 66

CAPITULO 6 TUTELA JURÍDICA

6. 3.3 Tercera Consecuencia

3a) Consecuencia que se desprende, espontánea e irrecusablemente, de lo que estoy explicando, es que el magisterio penal tiene una génesis y una índole enteramente distinta del magisterio de policía.

Confundir las leyes de policía con las leyes penales, las contravenciones con los delitos, las coerciones administrativas con las verdaderas penas, fue causa de gravísimos errores en nuestra ciencia, cuyos vestigios, por desgracia, perduran todavía en muchos códigos y en las mentes de demasiadas personas.

Los efectos de ello fueron y son funestos, como ocurre siempre y debe ocurrir, por necesidad lógica, todas las veces que se quieran asimilar o unificar dos cosas esencialmente distintas por su naturaleza.

El magisterio de policía no tiene por fundamento la ley jurídica, sino la ley moral; y, asimismo, ésta se ocupa más frecuentemente del precepto de hacer el bien antes que del precepto de abstenerse del mal. No procede según las condiciones absolutas de la justicia, sino según las exigencias de las necesidades sociales.

El derecho penal es eterno, querido por la naturaleza humana para el mantenimiento de la justicia sobre la Tierra.

La función de policía es, como función gubernativa, creación enteramente política. El derecho penal, según lo dicho, responde al fin de la tutela del derecho, y es indispensable que para alcanzar ese fin sea ejercido por la autoridad gubernativa.

El magisterio de policía responde al fin diverso de la educación de la humanidad, en cuanto sea alcanzado por medio de la censura; y no es absolutamente indispensable que para alcanzar ese fin sea ejercido por los gobernantes.

Mal procedería, por lo tanto, en el desenvolvimiento de la ciencia penal, quien se entrometiese en las consideraciones de los ordenamientos administrativos, y quien quisiera dar razón de éstos con los principios de aquélla. Entonces asumirían, en el derecho penal, una personalidad importante las ideas de conveniencia política, de necesidad social, de salud pública, las cuales, frente a la ley jurídica, no son más que fantasmas, porque no hay condición política, ni necesidad, ni razón de utilidad que valga para hacer legítimo el sacrificio de la justicia.

La separación de los reglamentos de policía del código penal; la contemplación de la transgresión como un ente radicalmente distinto del delito civil, no son cuestiones puramente académicas o que pertenezcan a la estética legislativa; son cuestiones de vida y de muerte para la justicia penal.

El delito debe tener, por su esencia, el dolo o el daño, mientras que la transgresión puede ser punible sin que en ella concurra ni dolo ni daño.

El considerar a la transgresión como una especie de delito y unificar estas dos figuras en el código penal, lleva necesariamente a la más funesta confusión de ideas en la administración práctica de la justicia, porque arrastra a las mentes de los magistrados a considerar idénticos los principios fundamentales de la imputabilidad de aquélla y de éste.

Las consecuencias de esto son fatales, ya que ó se juzgan las transgresiones, en los casos prácticos, con los criterios fundamentales de la imputabilidad de los delitos, y entonces las transgresiones deberán quedar, demasiado a menudo, impunes con detrimento de la prosperidad pública; o los criterios fundamentales de las transgresiones se transportan inadvertidamente al juicio práctico de los delitos, y entonces el magisterio penal se vuelve, en daño de los ciudadanos, instrumento de esclavitud tan intolerable como injusta.

Los errores y los abusos por los cuales la tiranía de los poderosos convirtió, durante tantos siglos, al derecho penal en un flagelo de los pueblos, remontan, todos, a una sola idea cardinal, a un solo error que, como la hidra de la fábula, multiplicó sus fauces para devorar a la humanidad. Esta idea es, precisamente, la de transportar al derecho punitivo los puntos de vista de la policía

CAPITULO 6 TUTELA JURÍDICA

6. 3.4 Cuarta Consecuencia

4a) Finalmente, deriva de las premisas aquella consecuencia con la cual se formula el concepto de nuestra enseñanza.

El derecho penal, causa primaria de la constitución de la autoridad civil y preexistente a ella, debe tener normas cardinales deducidas de las reglas de la ley natural y conformes a la razón eterna. Estas normas no pueden ser sino absolutas. Y, por ello, no variables, ni por el cambio de formas sociales, ni por arbitrio de legisladores, ni por diferencias de clima, de religión, de tiempos.

Por consiguiente, el estudio de esas normas absolutas e invariables es lo que hace del derecho penal no un arte, sino una ciencia.

Esta ciencia no debe buscar sus preceptos en los códigos de los legisladores humanos, sino en el código eterno de la razón. Los códigos de las naciones se cambiarán muchas veces al arbitrio de los legisladores. El código de la razón no varía jamás.

El derecho criminal, por lo tanto, no es el árido comentario de un estatuto local, que por razón última nos dé lo que al legislador le place, y por toda justificación la supuesta utilidad y conveniencia de haberlo así dispuesto.

El derecho criminal, como ciencia filosófica, enseña a los legisladores antes que a los magistrados, y tanto a los unos como a los otros los domina como potencia sobrehumana e invencible.

Este derecho racional se puede conculcar, y muchas veces que conculcado por la prepotencia de los malvados llegados al poder, que hicieron de las penalidades un pernicioso instrumento de usurpaciones.

Fue conculcado por el ciego fanatismo de otros que, en su ignorancia, no vieron otro modo mejor de guiar al bien a la humanidad que los castigos, que en matar encontraron un modo benéfico de fecundar la virtud, y que se consideraron impotentes para frenar el delito si no lo hacían ahogándolo en un lago de sangre.

Pero esas aberraciones, si bien fueron un momentáneo obstáculo al progreso de la civilización humana, no pudieron sofocar la voz omnipotente de la razón, la cual volvió a alzar vencedora su cetro para reconducir a la humanidad a la vía del progreso civil. Y nosotros debemos deplorar esos errores, no hacer de ellos motivo para errar.

En nuestras investigaciones debemos siempre tener fija en el alma esta verdad: el único criterio de la legitimidad de todo ordenamiento director de la conducta externa del hombre, es su estricta adhesión a las necesidades del derecho.

Por lo tanto, toda legislación que por excesiva largueza deje sin defensa en alguna parte al derecho, es anárquica y toda legislación que restrinja y persiga las acciones humanas más allá de la necesidad de esa defensa, es despótica.

Ambas igualmente ilegítimas; parto desordenado de aberraciones humanas; funestas para la libertad civil, obstáculos a la grandeza y a la felicidad de una nación.

Art 68

CAPITULO 6 TUTELA JURÍDICA

6.4. CONCEPTO CARDINAL DEL DERECHO POSITIVO

Para resumir el concepto cardinal del derecho punitivo, tal como lo reconozco con firme convencimiento, lo profeso con tenaz constancia y lo expongo, se limita a la simple fórmula de la tutela jurídica.

Art 69

CAPITULO 6 TUTELA JURÍDICA

6. 5. LA TUTELA JURIDICA

La tutela jurídica, necesidad absoluta de la ley suprema que gobierna a la humanidad, manifiesta la razón de ser y el fin de la sanción penal, y señala, al mismo tiempo, las medidas y los límites de ella. La tutela jurídica da la razón de ser de la autoridad social y determina las medidas y los límites de los poderes de la misma. Sea éste el faro que constantemente ilumine nuestras mentes en el camino que tenemos que recorrer.

El sistema que adopta la necesidad de la tutela jurídica como fundamento del derecho de punir, no ha sido, hasta aquí, refutado por ninguno, porque los que rehusaron aceptarlo lo rechazaron sin combatirlo, no habiéndolo, permítaseme decirlo, comprendido en su concepto genuino.

Esto resulta claro cuando se ve que los opositores unas veces confunden esta fórmula con el sistema de la justicia absoluta; otras veces lo confunden con el sistema de la defensa social indirecta; y otras la miran como expresión de un sistema ecléctico, expuesto, así, a todos los vicios congénitos al eclecticismo, cuando al eclecticismo se lo quiere transportar del campo de las doctrinas experimentales a la consideración de los principios racionales, los que, por su naturaleza, son siempre únicos, y no son verdaderos si no son únicos.

Pero el sistema de la tutela jurídica no es nada de esto. Es el sistema de la tutela jurídica y nada más.

No es el sistema de la justicia absoluta. Éste toma sus bases del mundo suprasensible, mientras que el sistema de la tutela jurídica hunde sus sólidas raíces en el mundo sensible. El sistema de la justicia absoluta toma como fundamento la ley puramente moral, según la cual el que hace el bien debe encontrar el bien, y el que hace el mal debe encontrar el mal; y, así, en la expiación impuesta a quien ha hecho mal, encuentra la razón para aplicarle la pena.

Pero este sistema tiene dos defectos capitales, porque una vez admitida la verdad del principio como regulador del mundo moral, ese principio, en primer lugar, no da razón de por qué aquella facultad de imponer coactivamente esa expiación pertenece a la autoridad social, en vez de dejarla en las manos de Dios, y corre, así, evidente peligro de que el hombre imponga una nueva expiación a quien ya había, ante Dios, expiado plenamente el mal que hizo con la acción que se quiere declarar criminosa para someter a su autor a un segundo mal.

En segundo lugar, conduce al absurdo de que la sociedad pueda imponer una pena incluso por el mal que no causó daño a nadie, y, de tal modo, someter legítimamente a pena todos los vicios y todos los pecados.

Por el contrario, el sistema de la tutela jurídica combate directamente al sistema de la justicia absoluta en su raíz y en sus consecuencias. Nuestra fórmula parte del mundo sensible, considerando al hombre en su personalidad y en el libre ejercicio de su actividad interna y externa, ejercicio que no puede ser desconocido por ningún semejante mientras no invada la esfera de los derechos ajenos; y en el mundo sensible encuentra, lógicamente, sus confines naturales.

Nosotros decimos que el hombre tiene derechos, que el derecho es y debe ser por la naturaleza misma del hombre. Ésta es la piedra angular de nuestro sistema, y tal proposición no teme ser negada por el culpable, porque éste, para negarnos la potestad de quitarle su libertad, necesita afirmar él mismo su derecho a la libertad, y, de tal modo, está constreñido a confesar la ley jurídica que él violó con el delito y que nosotros protegemos con la pena.

Por consiguiente, si la ley jurídica existe y debe existir en la humanidad, es lógicamente necesario reconocer en la misma el contenido de una sanción, porque sin sanción la ley es consejo y no ya ley.

Esta sanción, consistente en privar de un derecho a quien ha violado el derecho de los otros, es el único contenido posible de la ley jurídica, y es congénito a su esencia, porque ella, a los derechos que concede a cada individuo, les pone como límite no violar el derecho de los otros; y es congénito a la naturaleza misma del derecho, porque éste no sería más que una vana palabra si no tuviese por contenido implícito la facultad de defenderse a sí mismo.

Colocado sobre esta base el sistema de la tutela jurídica, explica cómo la autoridad social ejerce la punición, no

por la idea abstracta de devolver mal por mal, sino porque en ella se concentra la potestad que pertenece a cada individuo de defender su propio derecho.

Asentado sobre esta base el sistema de la tutela jurídica, él niega a aquella autoridad el poder de castigar con pena sensible el mal suprasensible, porque no admite el derecho de punir cuando no ha sido lesionado el derecho de alguno; y, de tal modo, se opone a las consecuencias inevitables del sistema de la expiación, negando a la autoridad social el derecho de punir al hombre por sus vicios y por sus pecados, que, aunque graves frente a Dios y frente a él mismo, fueron inocuos para sus semejantes.

Por consiguiente, el sistema de la tutela jurídica, muy lejos de unificarse con el de la justicia absoluta, lo contradice en su base y en su fin, y yerra quien quiera identificar al uno con el otro.

El sistema de la tutela jurídica tampoco se identifica con el de la defensa social indirecta. Este sistema no tiene su base ni en la tierra ni en el cielo, sino que anda por el aire tomando como fundamento suyo a la sociedad civil, que ya supone constituida; y, sin demostrar la razón de ser de la autoridad social, le atribuye la facultad de defenderse a sí misma sin dar razón de por qué es así.

Éste es el primer defecto de tal sistema; mientras que, en cambio, el sistema de la tutela jurídica lo combate sobre este terreno, diciéndole que la ley jurídica protege al individuo y al derecho del individuo y no a la sociedad, la cual es y debe ser, y consiguientemente debe también respetarse, por la única razón de que las potestades individuales necesitan una concentración que haga posible el ejercicio de la defensa del derecho individual.

El sistema de la defensa social indirecta peca, en segundo lugar, porque hace del hombre un instrumento en las manos de la sociedad, la que se sirve del cuerpo de un ciudadano para intimidar a los otros ciudadanos, martirizándolo a fin de persuadir a éstos de que no ofendan las leyes sociales, y, de tal modo, ese sistema no puede dar otra razón suprema de sí mismo que la utilidad, la cual, es, a fin de cuentas, su único fundamento.

Pero si el derecho del individuo es inmolado legítimamente a la utilidad de todos; si legítimamente se despoja a un individuo de sus derechos con el fin de infundir miedo a los otros, no hay ya razón para subordinar la consecución de esta grande utilidad general a la culpabilidad del condenado.

La impunidad de un grave delito es un mal social que domina a todos los otros. Un homicidio impune da coraje a otros diez, a otros veinte homicidas; y diez y veinte e incluso más ciudadanos inocentes serán sacrificados al puñal de aquellos que tomaron coraje de la impunidad de un primer delincuente.

Hay, por lo tanto, un cálculo que no falla. Si el procesado es, además, un ciudadano molesto, si la opinión pública sospecha grandemente que él es el autor del delito que el acusador le atribuye, sacrifíquesele aunque no se tengan suficientes pruebas de su culpabilidad; digo más, sacrifíquesele aunque se sepa que él no fue culpable de ese delito; la cuenta se vuelve clarísima: vale más sacrificar a un individuo inocente de mala fama, que hacer caer bajo el puñal de un asesino a veinte honestos e inocentes ciudadanos; la utilidad social, el fin de la intimidación vuelven legítima la condena del inocente.

He aquí los vicios capitales que el sistema de la tutela jurídica reprocha al sistema de la defensa social, y que se ruborizaría de tener en común con él.

Él dice a la autoridad: no tienes derecho de tocarle un cabello a un hombre si no tienes certeza de que él es culpable. Te lo prohíbe la ley jurídica, la cual existe para todos y existe también para ese hombre; los derechos de

cada individuo son sagrados en cada individuo, y no pueden ser dañados sino en aquél que dañándolos en otro, se ha puesto en guerra con la prohibición de la ley jurídica y, de tal modo, se ha sujetado a su sanción.

¿Qué es este manejo que tú quiere hacer del hombre por tus fantásticas previsiones y temores? ¿Crees tú que tus penas bastarán para impedir los futuros delitos?

La historia de cien siglos debe desengañarte de esta tonta creencia, ya que la misma te da pruebas de que frente a la cuchilla siempre roja de sangre, los delitos han abundado, como frente a las relegaciones, a los exilios, a las detenciones e incluso a las simples penas pecuniarias.

La utilidad es una palabra elástica y variable según el pensamiento de cada uno; es un arco iris que cien personas ven, y todos creen ver el mismo, mientras que todos ven uno diverso.

Pero aun cuando tu cálculo fuese exacto que, por el contrario, se ha demostrado lo opuesto, no por ello la ley jurídica te consentiría violar los sagrados derechos de la personalidad humana por un mero cálculo de utilidad.

La aplicación de la pena, decimos nosotros, es un mero hecho consecuencial; hecho de necesidad lógica, porque el precepto y la sanción serían palabras risibles si ésta no alcanzara efectivamente al violador de aquél.

Pero la cuestión de la legitimidad debe plantearse sobre la sanción. Legitimada ésta como principio jurídico, la aplicación sucesiva del mal amenazado no es más que un hecho consecuencial a la prohibición y a la sanción, la cual resultaría nula sin la ejecución. El hecho de la aplicación no tiene el fin ni de hacer expiar ni de hacer temblar; es un acto pasivo de obediencia a la sanción, y tiene el único fin de mostrar que la sanción es una verdad.

Ahora bien, la sanción (amenaza de privación de derechos a quien lesione el derecho) tiene su legitimación espontánea en la legitimidad de la prohibición; es consecuencia lógica de la naturaleza de ley que debe reconocerse a la ley jurídica. Todo aquel que tiene la conciencia de tener derechos, conciencia en la cual todos concuerdan, tiene, además, la conciencia del implícito derecho a la defensa de aquéllos.

El fin de la sanción es el de completar la ley, para que cada uno sepa que su derecho está protegido mientras no viole el derecho ajeno. Pero la legitimidad de la sanción tiene como condición que el derecho se haya violado por aquél al cual la misma se debe aplicar.

Toda aplicación de la misma recaída sobre quien no violó el derecho, es una flagrante violación de la ley jurídica, sea que provenga del legislador o del juez; y es en ambos intolerables, aunque grande pueda ser la utilidad que de ella se espere.

He aquí lo que dice el sistema de la tutela jurídica al sistema de la defensa social indirecta. Muy lejos, por consiguiente, de identificarse con éste, es opuesta.

Tampoco se aproximan más a la verdad aquellos que califican de ecléctica a la fórmula de la tutela jurídica.

No es ecléctica, si a esta fórmula se la entiende en su sentido verdadero, ecléctico es el método que toma dos sistemas y los reúne en uno solo para hacer que ambos converjan a su finalidad. No es ecléctico un método original por el solo hecho de que tenga en común una fracción cualquiera con otros métodos.

No pueden decir que los molinos a vapor ofrecen un sistema ecléctico porque encuentran en ellos la rueda dentada de los molinos a agua y la acción del aire como fuerza motriz de los molinos a viento; ellos no son ni molinos a agua ni molinos a viento, son molinos a vapor.

Sería ecléctico el molinero que encontrara un modo posible de poner en una extremidad de su eje una rueda movida por el agua, y en la otra extremidad el molinete movido por el aire, y consiguiera hacer convergentes y concordantes estas dos fuerzas diversas encadenadas a su servicio. No es ecléctico el método de la iluminación a gas, aunque tenga de común con la iluminación a cera el candelabro, y con la iluminación a aceite la defensa del cristal. No es ni iluminación a cera ni iluminación a aceite; es iluminación a gas.

Sería ecléctico aquel que creyendo obtener una luz más viva, mezclara aceite y cera para hacerlos arder conjuntamente.

El sistema de la tutela jurídica combate al sistema de la justicia absoluta cuando pretende encontrar la legitimidad del derecho de punir solamente en la obligatoriedad de la expiación del mal; y combate, por otro lado, al sistema de la defensa social indirecta cuando a esa legitimidad pretende encontrarla en la esperada utilidad social.

Por lo tanto, no se puede decir realmente que él dé a esos dos sistemas un fraternal abrazo y los reúna a ambos en sí mismo, puesto que los rechaza y los niega tanto al uno como al otro. En consecuencia, los que llamaron ecléctica a nuestra fórmula abusaron de dicha palabra.

Además, el sistema de la tutela jurídica no sólo difiere de los otros dos en sus principios fundamentales, sino que difiere de ellos substancialmente en el desenvolvimiento de las deducciones.

Y esto tanto en lo que respecta a la prohibición, cuanto en lo que respecta a la sanción.

En relación con la prohibición, el sistema de la justicia absoluta, si quiere ser lógico, debe decir al legislador: tú tienes derecho de prohibir todas aquellas acciones que, siendo malvadas en sí, llevan consigo el deber de la expiación.

Castiga también todo pecado y todo vicio, y procede tranquilo, porque estás en tu derecho; y de tal consecuencia no puede él sustraerse, salvo recurriendo a la distinción entre acciones lesivas y no lesivas de los derechos humanos, con lo cual se unifica con el sistema de la tutela jurídica.

El sistema de la defensa social, si quiere también ser lógico, tiene que decir al legislador: tú tienes derecho de convertir en delito todas las acciones que dañan el bienestar de tu sociedad; declara también delictivos el ocio, el celibato, la avaricia y cualquier dispersión caprichosa de fuerzas productivas y todas aquellas que otros querrían llamar transgresiones de policía.

La utilidad social te da, para ello, pleno poder. Pero en el sistema de la tutela jurídica, la prohibición, como es evidente, se regula por un criterio distinto y se encierra dentro de otros límites: los actos humanos que no violan el derecho de alguno, o que dirigiéndose a ello pueden ser completamente reducidos a la obediencia de la ley jurídica merced a una simple coacción directa, este sistema prohíbe que sean declarados delitos. No le basta el carácter malvado de una acción para autorizar al legislador a poner en movimiento el magisterio penal, cuando el

derecho no fue lesionado; ni basta, cuando esto no ocurra, la previsión del beneficio de los más. Basta el magisterio civil, mientras su obra sea suficiente para mantener el imperio del derecho; que a lo demás provea la policía, como lo crea necesario. La ciencia penal no tiene nada en común con el arte del buen gobierno, el cual tiene por fin la prosperidad del Estado, el perfeccionamiento moral de los ciudadanos, el incremento de las riquezas de la nación, mientras que el magisterio punitivo no es y no debe ser más que el guardián de la seguridad.

En relación, ahora, a la medida de la sanción, es siempre muy diferente de los otros dos el desenvolvimiento práctico del sistema de la tutela jurídica.

Aquéllos, midiendo el delito por la no conmensurable gravedad del mal moral, prodigan, a fin de hacer adecuada la expiación, las más exorbitantes penalidades a delitos que ofenden derechos de leve importancia o por los cuales poco o nada se conmueve la conciencia de la seguridad personal en los demás; éstos, corriendo tras el intento de aterrorizar a los ciudadanos con la pena, a fin de que se abstengan de delinquir, se condenan, como nuevos Sisifos, a una progresividad de rigor que no tiene término, porque si quieren, al menos por una vez, ser lógicos, deben, cada vez que se vuelve a delinquir, confesar que la pena aplicada al delincuente anterior fue insuficiente para alcanzar su fin, y se ven en la necesidad de aumentarla para el porvenir.

De tal modo, el delincuente de hoy encuentra el fundamento de la mayor pena que le alcanza, no en un mayor daño causado sino en la maldad de los otros que, precediéndole ayer en ese delito, obligaron al legislador a una más enérgica severidad. Tales son, inevitablemente, las dos vías en las cuales se meten los dos opuestos sistemas.

Al contrario, el sistema de la tutela jurídica no se deja dominar ni por especulaciones morales ni por hechos exteriores; la elasticidad y fluctuación de las primeras y la accidentalidad de los segundos no entran en sus cálculos. Este sistema, que extrajo el fundamento de la prohibición de la necesidad de proteger el derecho, extrae la media de la sanción de la importancia del derecho que protege.

Por cuanto puede encontrarse en los cálculos humanos un dato positivo y constante, la base de esta media es la más positiva posible, porque así como el derecho del individuo es confesado por todos, así también no es sino mínima y excepcional la divergencia que puede encontrarse al valorar la importancia respectiva de los derechos en particular; por lo cual el criterio adoptado por este sistema como norma de la cantidad del delito, es tan ajeno al arbitrio como están colmados de él los otros dos.

Tal es el carácter fundamental del sistema que encuentra en la necesidad de tutelar el derecho el fundamento de la punición; y tales son sus deducciones en orden a la aplicación. A este sistema propugnado por Tolomei y abrazado por Ortolan, por Ellero, por Canonico y por otros ilustres catedráticos contemporáneos, combátanlo en sí mismo; pero no lo traten como indigno de observaciones especiales, haciéndole la falsa acusación de identificarse con otros sistemas que están en sus antípodas, y mucho menos reprochándole un eclecticismo que quiera combinar elementos discordantes.

Por lo tanto, el derecho criminal no es una doctrina que pueda reputarse italiana o inglesa, rusa o americana; no es una doctrina que pueda reputarse mahometana o cristiana, ni propia de estados monárquicos o republicanos; es una doctrina de la humanidad, la cual se contiene totalmente en ella, sea que se la considere en su conjunto, sea que se la quiera aplicar a una u otra de sus facciones.

Es doctrina cosmopolita, perpetua y universal, porque universal, perpetua y cosmopolita es la suprema ley natural (ius NATUM nón datum; y a la cual nón Edocti sed Imbuti fuimus) de la cual ella emana y la ley moral jurídica

que es su reguladora suprema.

Ello basta para hacernos comprender que no es un arte, sino verdaderamente una ciencia, aquella sobre la cual vamos a sentar nuestras meditaciones.

También aquí quiero detenerme un instante, antes de cerrar mi discurso, porque el definir la doctrina penal como un arte o como una ciencia no es una simple diferencia de palabras, sino que es una cuestión fundamental que se relaciona con la vida teórica y práctica de la justicia punitiva, y porque nuevamente nos encontramos en oposición con algunos de nuestros colegas de ultramonte.

Uno de los más ilustres criminalistas de la gran nación escribía no hace mucho a un discípulo mío estas palabras, como para volverlo cauto y que no siguiese con tanta fe mis enseñanzas: "le droit pénal ne peut être une théorie rigoureuse, précise et mathématique comme les sciences exactes. C'est une thérapeutique morale (poéna remédium criminis), une formule de médication répressive, et régénératrice fondée sur l'expérience des faits laquelle par conséquent, échappe par sa nature et sa fin, a toutes les déductions raffinées de la dialectique juridique. C'est ce qui explique pourquoi les plus savants auteurs spéculatifs, et les plus éminents professeurs de droit ont rédigé de si mauvais codes".

Yo respeto las convicciones de todos, pero conservo las mías, y digo solamente que si para ser criminalista yo debiera renunciar a la lógica, dejaría sin demora esta cátedra.

Que en el conjunto de las operaciones indispensables para el desenvolvimiento práctico del magisterio punitivo hay una serie muy vasta en la cual resultan insuficientes los preceptos de la ciencia y surge la necesidad del estudio de las materialidades; y que, de tal manera, todos estos conocimientos asumen los caracteres de un arte, yo mismo lo he reconocido siempre.

Lo enseñé en mi programa con las palabras del ilustre senador Centofanti, y en otros escritos lo he repetido. Pero todo esto es completamente ajeno a la esfera de lo que constituye la doctrina del derecho penal filosófico y de su enseñanza teórica. En aquellos hechos, todo será, ciertamente, variable según las circunstancias de ciertas materialidades, y la obra experimental podrá dar tanta luz como ninguna se podría esperar de la abstracta razón filosófica de la doctrina.

Establecer una vigilante organización de espionaje para que los delitos y sus autores lleguen a conocimiento de la justicia; construir buenos establecimientos carcelarios, que respondan a las necesidades de la seguridad pública; establecer en ellos las disciplinas que mejor sirvan a la corrección de los condenados, o aquellas medidas que hagan más provechosos el trabajo de éstos y más económico el mantenimiento de los mismos; proveer los medios de hacer solícita y menos dispendiosa la formación de los procesos penales y rodearlos de aquellas cautelas que mejor los preserven de alteraciones y extravíos; instituir ordenamientos bien encaminados para que con la mayor velocidad y seguridad se puedan comprobar las reincidencias; elegir los lugares más oportunos donde deba expiarse la deportación o la relegación o abrirse una colonia penitenciaria; disponer las formas para que en los procesos orales el decoro y la calma se combinen con la publicidad, y se concilien los intereses de la justicia con los sagrados derechos de la defensa; encontrar los mejores modos de cobrar las multas o de recuperar las costas judiciales. Todo esto abre un amplísimo campo en el que la observación experimental será útil para instruir al filántropo que consagre a ello su obra; todo esto podrá constituir un conjunto de conocimientos y de prácticas de las cuales, con justicia, deberá estar orgulloso quien en ellas sea más erudito.

Pero el más erudito entre los eruditos en todas esas materias, podrá estar casi ayuno del derecho criminal; y toda esa, por otra parte, utilísima erudición suya, no le dará derecho a estimarse un criminalista ni a subir a una cátedra, del mismo modo que, en sentido inverso, los grandes filósofos pudieron adquirir nombre de maestros de la ciencia y aspirar a la fama de un Béccharia, sin haber entrado muy adentro en esas prácticas.

Y esto, ¿qué importa?

Este desenvolvimiento totalmente experimental del magisterio punitivo no debe ser confundido con la parte fundamental del mismo, en la cual las observaciones de los hechos no pueden dar más que una luz pálida y secundaria, pero jamás, nótese bien, autorizar a los empíricos a superar y conculcar los principios cardinales de la doctrina jurídica, ni aquellos que surgen de los mismos como deducciones de lógica necesidad, y mucho menos tratar de visionarios a los que, con religiosa fe, adhieren a esos principios y quieren que sean invariablemente respetados.

¿Para qué servirá la observación de los hechos y esta supuesta terapéutica, cuando examinen cuáles son las condiciones necesarias que deben concurrir en un acto humano para que él pueda, sin caer en tiranía, ser declarado delito?

¿Para qué sirven cuando buscan las condiciones de la imputabilidad humana; o cuando preguntan con qué proporción y en qué condiciones debe castigarse la tentativa, y si la justicia tolera que un cómplice secundario sea castigado a la par del autor principal; o si el derecho penal admite la teoría de la continuación, o la de la prescripción, o la de la extraterritorialidad?

¿Cómo podrán, sin seguir las deducciones de una buena dialéctica, encontrar la justa proporción que debe observarse para castigar delitos diferentes entre sí?

¿Es acaso sin necesidad de lógica y con la sola observación de los hechos que ustedes llegarán a establecer los criterios de la credibilidad en los testigos, de la valuabilidad en los indicios y del valor en las confesiones de los reos?

¿Podrán establecer empíricamente los respectivos límites de los derechos de la acusación y de la defensa?

¿O las reglas para calcular los votos de los juzgadores, o las condiciones que deben ser requeridas antes de que se llegue al encarcelamiento de un ciudadano por mera sospecha?

En todas aquellas materias en que entra en escena el derecho del individuo y el derecho de los coasociados y se estudia el arduo problema de cómo se puede proteger a éste sin conculcar aquél, y respetar a aquél sin poner a éste en peligro, la observación de los hechos no será enteramente muda; pero si de ella podrá extraerse alguna vez la comprobación del cálculo, no podrá ser jamás maestra de las reglas que dirijan el cálculo por la vía más segura.

La guía suprema no puede ser sino la razón, la cual, tomando como punto de partida los principios cardinales de la doctrina jurídica, saque de ellos, sucesivamente, las conclusiones que se necesitan.

Dar valor a los hechos, despreciando los principios filosóficos y sin coordinar a aquéllos con éstos mediante una sana dialéctica, vale tanto como pretender construir un muro con una bolsa de guijarros sin cemento.

Ciertamente, yo no llamaría a un profesor de derecho criminal que hubiese pasado toda su vida en la Academia, a hacer un reglamento carcelario o un código de seguridad o a dictar las medidas relativas a una colonia penitenciaria.

Yo daría valor a las respectivas luces del proyecto al director de cárceles, al sargento de policía, al intendente y, en una palabra, a todos aquellos que se ejercitaron en la experiencia correspondiente.

Evidentemente, la vida práctica de una ciencia es mejor conocida por aquéllos que en esa vida práctica emplearon activamente su propia obra.

Por cierto que yo no creo que por esa simple experiencia el intendente, el sargento de policía o el director de cárceles sea, por esa sola cualidad suya, capaz de dictarme los artículos del código penal, de definirme la teoría del grado en el delito, la noción de la tentativa o de la complicidad, de establecerme un justo reparto de los castigos proporcionado a la gravedad política de los diversos delitos, ni de componer la teoría de las pruebas en los juicios penales.

A riesgo de encontrar los anatemas de nuestro censor, yo querría entregar esta obra legislativa a quien encarnó los principios fundamentales del derecho punitivo y se habituó a contemplar el proceso lógico de los mismos principios.

Acaso el más ilustre profesor de química, si bajase a la trastienda de la farmacia, tendría que ceder el puesto al viejo idóneo en la preparación solicita de cualquier medicina; acaso el más docto de la ciencia de Vitruvio y de Palladio no sería capaz de hacer un pequeño arco de ladrillos, y tendría que ceder el puesto al capataz experimentado.

Pero por esto ¿pondrían ustedes en la cátedra al idóneo farmacéutico o al capataz del albañil a enseñar la química o la matemática?

Yo respeto la obra infatigable y humanitaria de aquéllos que consagran sus estudios a la llamada ciencia del buen gobierno, no menos que a la llamada ciencia de las prisiones.

Les hago sincera reverencia y les reconozco como mis superiores en esas materias. Yo soy el primero en proclamar que ellos han adquirido un título sagrado a ser honrados por los contemporáneos, a la benevolencia de la posteridad, siempre que sus hábitos se hayan formado bajo la inspiración de los sentimientos humanitarios, y no de las veleidades del despotismo, de superiores o de subalternos.

Pero que ellos, a su vez, respeten la ciencia criminal: que no intenten derribar las bases de la misma y mucho menos impugnar su subsistencia.

La ciencia criminal es ciencia del derecho, que es como decir de una verdad suprema que emana de Dios y que fue impuesta por él, por decreto inalterable, a la humanidad.

Yo no conozco ciencia de buen gobierno ni ciencia de prisiones, no conozco empirismo ni terapéutica, ni observación de hechos que puedan inducir a conculcar el derecho. Y a la conculcación del derecho le abre, evidentemente, un ancho camino su negación. Y la negación del derecho está necesariamente implícita en la doctrina de los que niegan la autoridad de la lógica y el respeto a sus genuinas deducciones en el campo jurídico.

El derecho no nace del hecho, ni de las necesidades, sino de la infalible voluntad de aquél que dio el ser al mundo moral.

Los hechos, que no son hábiles para crear el más pequeño derecho, si no encuentra su raíz en aquella ley suprema, no pueden tener el poder de modificar el derecho ni siquiera en una línea, cuando ello esté en contra de esa ley.

Si para el ojo que mira superficialmente las cosas puede, a veces, aparecer que por el hecho se modifica el derecho, y si puede, en un cierto sentido concreto, ser exacta la regla de que del hecho nace el derecho, esto no puede ser verdad ni debe entenderse sino en cuanto al derecho individual que recibe por una ley anterior y suprema una determinada modificación en ocasión de un hecho.

Así, la venta es un hecho que modifica el derecho de propiedad; así, el derecho que tiene un hombre a su libertad personal se modifica por su hecho delictuoso.

Pero de tales modificaciones el hecho es mera ocasión, y no ya causa primitiva. Ésta remonta a una ley superior jurídica preexistente, la cual prescribe que el hecho de la venta extinga el dere

Art 71

CAPITULO 7

DOLO

7.1 DEFINICIONES

Con respecto de la definición de dolo, los criminalistas se alinean en dos frentes:

- Algunos lo ven en la intención;
- Otros en la conciencia.

Los antiguos consideraron bueno el primer concepto; entre algunos modernos prevaleció el segundo, y ambas escuelas ostentan nombres respetables.

La conciencia en los hechos culpables esta constituida por la previsión de los efectos que derivaron de los actos ejecutados, y por el conocimiento de que estos efectos violaban la ley, y, por lo tanto, por el conocimiento anterior de la colisión que entre ésta y aquellos ocurrió.

Por cierto que la conciencia del mal que se hace debe ser un atributo indispensable del dolo, así como la gravedad y la extensión son atributos indispensables de la materia.

Pero por el hecho de que la materia deba necesariamente tener extensión y gravedad, ¿podrá acaso definírsela como un peso o un espacio?

La noción característica de un ente debe extraerse de lo que constituye su ser primero, y esta noción debe completarse con la indicación de los atributos que lo acompañan constantemente. Así, definimos la materia como una sustancia dotada de gravedad y de extensión; lo primero es el sujeto que se define; los otros son los predicados indefectibles.

Definiendo el dolo como una conciencia, se define el predicado en vez de definir el sujeto. La esencia del dolo no puede estar sino en la voluntad, de la cual es una fase.

El criminalista estudia al dolo en cuanto puede ser causa de acción. Pero la causa de acción no puede encontrarse en la mera conciencia. Es forzoso que el impulso hacia el acto parta de la fuerza volitiva; la perversidad no reside en el saber, sino en la determinación a un acto que se sabe malo.

De nada vale objetar que la voluntad sin conciencia no puede considerarse dolosa, porque se responde que tampoco la conciencia sin voluntad podría considerarse dolosa.

No se trata, pues, de la cuestión de que para formar el dolo deban concurrir simultáneamente tanto la voluntad como la conciencia; en esto estamos todos de acuerdo.

La discrepancia surge al determinar cual de las dos debe considerarse como principal y cual como complemento; en una palabra, cual de las dos debe representar la parte sustantiva en la definición del dolo.

Ahora bien:

Esta función debe atribuirse solamente a esa parte en la cual halló impulso la acción que luego se califica como dolosa; y toda vez que tal impulso proviene de la voluntad, mientras que la conciencia (aunque subsista eternamente) no podrá jamás ser causa de movimientos, por eso, la parte sustantiva de la definición del dolo deberá ser proporcionada por el elemento de la voluntad y no por el del intelecto.

Finalmente, si se constituye la noción del dolo sobre la base de la conciencia, o bien no sería aplicable, o sería totalmente repugnante a las clásicas distinciones de la doctrina entre dolo de comisión y dolo de omisión, dolo personal y dolo real, y traería a nuestra ciencia confusiones y dificultades.

Por eso, yo defino el dolo de este modo:

La intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley.

Siguiendo así el principio que me parece preferible, saco de mi definición todo lo que daba argumento de crítica a los secuaces de la doctrina contraria.

No mezclo consideraciones externas en la definición; no refiero la voluntad a la violación de la ley, sino al acto, ni descuido la función que la conciencia debe representar en la formación del dolo, porque diciendo intención designo un acto de la voluntad iluminada por el intelecto en su relación con la acción; y diciendo: que se sabe contrario a la ley, designo a la voluntad iluminada también en su relación con la ley.

El dolo así concebido es el que hace pasar al agente del estado general de imputabilidad (que siempre es

presupuesto en él por su potencia de entender y de querer) al estado especial de imputabilidad por aquel hecho determinado, en cuanto se ha ejercido en acto su potencia con relación a la acción criminosa a la que se determinaba con voluntad iluminada.

Por lo demás, no es esta una disputa por vanas palabras.

Al contrario, es fecunda en consecuencias, y graves, con relación al importante problema de la graduación del dolo.

Si se ve la esencia del dolo en la conciencia de violar la ley, es evidente que esta conciencia no puede admitir grados en su intensidad.

Cuando determino matar a un enemigo, tengo la conciencia de que este hecho violará la ley; pero esta conciencia no admite momentos ulteriores que aumenten su gravedad.

Tanto tengo la conciencia de violar la ley matando a mi enemigo, si la muerte sigue inmediatamente de la determinación homicida, como si lo mato después de dos días.

La conciencia que acompaña al acto de la muerte no se aumenta por la mayor precedencia de la determinación criminosa.

Y, sin embargo, todos los moralistas y criminalistas nos enseñan que el dolo sufre un aumento de gravedad por la premeditación, y el sentido moral confirma esta enseñanza en el corazón de todos como una verdad evidente.

Del mismo modo influyen sobre la mayor o menor gravedad del dolo las causas que impulsaron al hombre a la acción malvada, no solamente según los criminalistas (a los que podría considerarse guiados por consideraciones políticas), sino también por los moralistas que juzgan el acto interno puro.

De modo que también en esto, si se prescinde de las utopías de algún filósofo antiguo, tenemos el consenso universal de todos los que juzgan en forma racional y de todos los que por instinto se pronuncian guiados meramente por el sentido moral.

El que dijera que son iguales en dolo el matador del inocente y el matador de quien lo ha ofendido atrocemente; el matador por afán de enriquecerse y el que roba para subvenir a necesidades imperiosas, chocaría con la cordial repugnancia de todos los hombres a quienes el gusto por una teoría sistemática no les ha oscurecido las inspiraciones del sentido íntimo.

Sin embargo, la conciencia de violar la ley no sufre la menor alteración en razón de las causas que mueven la voluntad.

Pero si encontramos la parte sustantiva de la noción del dolo mas bien en la intención (que es un acto de la voluntad) que en la conciencia (que es función del intelecto), nos volveremos a encontrar en la dirección más conforme a la naturaleza de las cosas; porque ciertamente se peca con la voluntad y no se peca con el intelecto.

Al mismo tiempo hemos abierto la vía para asentar sobre principios tan verdaderos como absolutos el criterio para calcular la relativa gravedad del dolo y para ordenar racionalmente la distribución de sus diferentes grados.

Art 71A

CAPITULO 7

DOLO

7.1 DEFINICIONES

Con respecto de la definición de dolo, los criminalistas se alinean en dos frentes:

- Algunos lo ven en la intención;
- Otros en la conciencia.

Los antiguos consideraron bueno el primer concepto; entre algunos modernos prevaleció el segundo, y ambas escuelas ostentan nombres respetables.

La conciencia en los hechos culpables esta constituida por la previsión de los efectos que derivaron de los actos ejecutados, y por el conocimiento de que estos efectos violaban la ley, y, por lo tanto, por el conocimiento anterior de la colisión que entre ésta y aquellos ocurrió.

Por cierto que la conciencia del mal que se hace debe ser un atributo indispensable del dolo, así como la gravedad y la extensión son atributos indispensables de la materia.

Pero por el hecho de que la materia deba necesariamente tener extensión y gravedad, ¿podrá acaso definírsela como un peso o un espacio?

La noción característica de un ente debe extraerse de lo que constituye su ser primero, y esta noción debe completarse con la indicación de los atributos que lo acompañan constantemente. Así, definimos la materia como una sustancia dotada de gravedad y de extensión; lo primero es el sujeto que se define; los otros son los predicados indefectibles.

Definiendo el dolo como una conciencia, se define el predicado en vez de definir el sujeto. La esencia del dolo no puede estar sino en la voluntad, de la cual es una fase.

El criminalista estudia al dolo en cuanto puede ser causa de acción. Pero la causa de acción no puede encontrarse en la mera conciencia. Es forzoso que el impulso hacia el acto parta de la fuerza volitiva; la perversidad no reside en el saber, sino en la determinación a un acto que se sabe malo.

De nada vale objetar que la voluntad sin conciencia no puede considerarse dolosa, porque se responde que tampoco la conciencia sin voluntad podría considerarse dolosa.

No se trata, pues, de la cuestión de que para formar el dolo deban concurrir simultáneamente tanto la voluntad como la conciencia; en esto estamos todos de acuerdo.

La discrepancia surge al determinar cual de las dos debe considerarse como principal y cual como complemento; en una palabra, cual de las dos debe representar la parte sustantiva en la definición del dolo.

Ahora bien:

Esta función debe atribuirse solamente a esa parte en la cual halló impulso la acción que luego se califica como dolosa; y toda vez que tal impulso proviene de la voluntad, mientras que la conciencia (aunque subsista eternamente) no podrá jamás ser causa de movimientos, por eso, la parte sustantiva de la definición del dolo deberá ser proporcionada por el elemento de la voluntad y no por el del intelecto.

Finalmente, si se constituye la noción del dolo sobre la base de la conciencia, o bien no sería aplicable, o sería totalmente repugnante a las clásicas distinciones de la doctrina entre dolo de comisión y dolo de omisión, dolo personal y dolo real, y traería a nuestra ciencia confusiones y dificultades.

Por eso, yo defino el dolo de este modo:

La intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley.

Siguiendo así el principio que me parece preferible, saco de mi definición todo lo que daba argumento de crítica a los secuaces de la doctrina contraria.

No mezclo consideraciones externas en la definición; no refiero la voluntad a la violación de la ley, sino al acto, ni descuido la función que la conciencia debe representar en la formación del dolo, porque diciendo intención designo un acto de la voluntad iluminada por el intelecto en su relación con la acción; y diciendo: que se sabe contrario a la ley, designo a la voluntad iluminada también en su relación con la ley.

El dolo así concebido es el que hace pasar al agente del estado general de imputabilidad (que siempre es presupuesto en él por su potencia de entender y de querer) al estado especial de imputabilidad por aquel hecho determinado, en cuanto se ha ejercido en acto su potencia con relación a la acción criminal a la que se determinaba con voluntad iluminada.

Por lo demás, no es esta una disputa por vanas palabras.

Al contrario, es fecunda en consecuencias, y graves, con relación al importante problema de la graduación del dolo.

Si se ve la esencia del dolo en la conciencia de violar la ley, es evidente que esta conciencia no puede admitir grados en su intensidad.

Cuando determino matar a un enemigo, tengo la conciencia de que este hecho violará la ley; pero esta conciencia

no admite momentos ulteriores que aumenten su gravedad.

Tanto tengo la conciencia de violar la ley matando a mi enemigo, si la muerte sigue inmediatamente de la determinación homicida, como si lo mato después de dos días.

La conciencia que acompaña al acto de la muerte no se aumenta por la mayor precedencia de la determinación criminosa.

Y, sin embargo, todos los moralistas y criminalistas nos enseñan que el dolo sufre un aumento de gravedad por la premeditación, y el sentido moral confirma esta enseñanza en el corazón de todos como una verdad evidente.

Del mismo modo influyen sobre la mayor o menor gravedad del dolo las causas que impulsaron al hombre a la acción malvada, no solamente según los criminalistas (a los que podría considerarse guiados por consideraciones políticas), sino también por los moralistas que juzgan el acto interno puro.

De modo que también en esto, si se prescinde de las utopías de algún filosofo antiguo, tenemos el consenso universal de todos los que juzgan en forma racional y de todos los que por instinto se pronuncian guiados meramente por el sentido moral.

El que dijera que son iguales en dolo el matador del inocente y el matador de quien lo ha ofendido atrocemente; el matador por afán de enriquecerse y el que roba para subvenir a necesidades imperiosas, chocaría con la cordial repugnancia de todos los hombres a quienes el gusto por una teoría sistemática no les ha oscurecido las inspiraciones del sentido intimo.

Sin embargo, la conciencia de violar la ley no sufre la menor alteración en razón de las causas que mueven la voluntad.

Pero si encontramos la parte sustantiva de la noción del dolo mas bien en la intención (que es un acto de la voluntad) que en la conciencia (que es función del intelecto), nos volveremos a encontrar en la dirección más conforme a la naturaleza de las cosas; porque ciertamente se peca con la voluntad y no se peca con el intelecto.

Al mismo tiempo hemos abierto la vía para asentar sobre principios tan verdaderos como absolutos el criterio para calcular la relativa gravedad del dolo y para ordenar racionalmente la distribución de sus diferentes grados.

Art 72

CAPITULO 7
DOLO

7.2 CRITERIOS DE DOSIFICACIÓN

Los criterios que aumentan o disminuyen el dolo deben reducirse a dos. Uno de estos proviene de la génesis de la intención criminosa; el segundo de su duración.

Para aclarar estas ideas, voy a hacer una comparación: cuando alguno de nosotros quiere juzgar de la fuerza muscular de un hombre, lo examina mientras levanta un peso.

Del mayor peso del cuerpo levantado deduce un grado mayor de fuerza. Del mismo modo, el delito deduce del efecto la primera norma de su imputación. Y aquí hablo de delito y no de dolo.

Pero si se descompone el juicio sobre el grado de aquella fuerza muscular, remontándose hasta sus criterios racionales, se encuentra que el criterio no se apoya en el hecho único de la gravedad del peso levantado, sino en la combinación de esta con las condiciones accesorias en las cuales se aplicaba la fuerza del hombre.

En efecto, cuando dos hombres levantan un peso igual no significa que tienen fuerzas iguales. Ante todo, examinen si se ayudan con alguna cosa para levantar el peso.

Si uno apela a ese refuerzo y el otro no, se atribuye mayor intensidad a la fuerza de éste que a la de aquél.

Del mismo modo, es forzoso reconocer un grado mayor de perversidad en la voluntad que procede a la determinación criminosa por impulso totalmente espontáneo, que en aquella que alcanza la determinación malvada por una fuerza moral que la impele.

He aquí a la espontaneidad como el primer criterio de la gravedad del dolo, derivado del hecho de que la intención de delinquir sea o no ayudada por un impulso psicológico más o menos potente; y este impulso es la pasión vehemente.

Para continuar con el estudio comparativo entre las fuerzas físicas de aquellos dos hombres, consideren cuanto tiempo tiene levantado el peso cada uno.

Si uno lo ha sostenido durante breves instantes y el otro durante largo tiempo, atribuirán al segundo un grado mayor de fuerza que al primero. Del mismo modo, es preciso atribuir una fuerza menor a la voluntad que procede inmediatamente de la determinación criminosa, y una fuerza mayor a la voluntad que persevera largamente en la determinación malvada, y tanto mayor cuanto más largamente perseverare.

He aquí el segundo criterio de la gravedad del dolo: la perseverancia de la voluntad en el malvado propósito.

Por el primer criterio somos llevados a indagar el dolo en las condiciones anteriores a su nacimiento; y por eso dije que se remonta hasta la génesis del dolo.

Por el segundo lo indagamos posteriormente.

Con el primero se parte de un hecho que ha influido intrínsecamente sobre la determinación dolosa; con el segundo se parte de un hecho que propiamente no ha influido sobre el dolo, pero que ha puesto de manifiesto su intensidad.

No se dice que la duración vuelve más intensa la fuerza del propósito malvado; se dice que la duración es un signo revelador de esta mayor intensidad.

Sobre tales observaciones fácilmente se construye la fórmula de la gradación del dolo. Su grado aumenta en razón inversa del impulso psicológico y en razón directa de su permanencia.

Pero esas dos condiciones, o pueden concurrir simultáneamente, o una sí y otra no, o viceversa, o faltar ambas.

Art 73

CAPITULO 7 DOLO

7.3 GRADOS DEL DOLO

De estas posibles combinaciones resulta que si queremos ser exactos, el dolo no puede ser distinguido más que en cuatro grados. Cualquiera otra partición resulta incompleta.

Art 74

CAPITULO 7 DOLO

7.3.1 Primer grado:

Espontaneidad y perseverancia en estado positivo.

Perseverancia en el malvado propósito y ausencia de pasión violenta.

He aquí el delito fríamente premeditado.

Art 75

CAPITULO 7 DOLO

7.3.2 Segundo grado:

Espontaneidad disminuida; perseverancia en estado positivo.

Existe continuación del propósito malvado por un breve intervalo; pero bajo el predominio de vehemente pasión.

He aquí lo que la práctica denomino simple deliberación.

Art 76

CAPITULO 7 DOLO

7.3.3 Tercer grado:

Espontaneidad en estado positivo; perseverancia en estado negativo.

Animo carente de la embriaguez de ciega pasión; pero falta de intervalo entre la determinación y la acción.

He aquí el delito que se dice voluntario simple o de resolución improvisa. Por cierto que es preciso suponer un

afecto también en este grado de dolo; pero no un afecto que suprima la reflexión y el cálculo.

Art 77

CAPITULO 7 DOLO

7.3.4 Cuarto grado:

Espontaneidad disminuida; perseverancia en estado negativo.

Entre la determinación y la acción no medio intervalo de tiempo, y existió impulso de pasión ciega.

He aquí el delito que se dice cometido bajo el ímpetu de los afectos. Este cuarto grado de dolo podrá ser equiparado, a veces, al tercero, con respecto a su imputabilidad política, por la evidente injusticia de la causa que concito la pasión; pero por sus condiciones psicológicas será siempre distinto de él, porque, justa o injustamente excitada, la pasión precipitó siempre la violación.

Las variedades de las condiciones ontológicas de estos cuatro grados de dolo son tan distintas y señaladas con caracteres tan notables, que, por una parte, no es posible confundirlos y, por la otra, repugna equipararlos en la valoración de su esencia. No es necesario demostrar esto desde el punto de vista ontológico.

Que tal diversidad de condiciones del dolo lleve a un grado diferente de imputación moral, es también una proposición cuya verdad todos sentimos.

Una voluntad es tanto más malvada y corrupta cuanto más larga y tenazmente se nutre con malvados designios.

Un ánimo se muestra tanto más depravado y perverso cuanto menos fue arrastrado al delictuoso propósito por impulsos apasionados que lo empujaron, agitado, fuera del recto camino.

Para el que delinque en el acceso de pasión ciega, el delito es la excepción; para el otro, es el hábito.

Pero la variedad de las condiciones ontológicas de los diversos grados del dolo y la variación de la respectiva imputación moral ¿deberá llevar a diferenciar también las condiciones jurídicas del mismo, es decir, a variar el grado de la imputación política del delito en proporción al dolo?

Así lo creo, porque toda variedad de dolo desarrolla una variación en el daño mediato, que es uno de los criterios mensuradores de los delitos.

Fácil me será demostrarlo cuando desarrolle la doctrina de la cantidad y del grado en el delito.

Por ahora, debo limitar nuestros estudios a las nociones primarias del delito y de sus elementos, baste haber aclarado en que consiste la esencia del dolo, cómo puede variar según su distinto grado de intensidad y de qué criterios debe ser deducida su gradación.

Por lo demás, en esta distinción del dolo en cuatro grados, que puede parecer nueva en teoría, no he hecho mas que aplicar una fórmula a lo que los antiguos prácticos han venido enseñando y los tribunales toscanos han sancionado y sancionan desde hace más de dieciséis lustros.

Los primeros dos grados son una subdivisión del dolo que los prácticos llaman expropósito, en el cual se contiene la resolución madurada con mente fría y la madurada bajo la turbación de una pasión violenta.

El tercero y el cuarto son una subdivisión del llamado dolo ex ímpetu, en el cual se contiene la instantánea determinación tomada sin grave agitación de espíritu y aquella a que arrastra una vehemente y rápida conmoción.

Solamente agregare que si bien la generalidad de los prácticos ha aplicado esta gradación solamente a los delitos de sangre, teóricamente ella procede con respecto a todos los delitos.

Acaso el practico diga que ciertos delitos son siempre premeditados, porque suponen una preordenación y un ánimo frío, según se dice del incendio, del infanticidio y del hurto.

Art 78

CAPITULO 7 DOLO

7.4 EL DOLO EN OTROS DELITOS

Pero toda vez que, en la realidad de los hechos, estos delitos pueden ser ejecutados como cualquier otro sin intervalo entre la determinación y la acción, y ser precedidos por circunstancias que hayan excitado justamente el delirio de un afecto vehementísimo, como, por ejemplo, el hambre de la familia en el hurto; el peligro del honor y de sevicias en el infanticidio; las violencias actualmente sufridas en el incendio, no es posible aceptar, sin peligro de injusticia, una presunción juris et de jure de premeditación y de frialdad en la determinación criminosa, ni limitar solo a ciertos casos la graduabilidad eventual del dolo.

Racionalmente, esta es común a todos los delitos, ya que en todos los delitos es posible el concurso y la ausencia, simultánea o alternativa, de los dos criterios que modifican su gravedad.

Estoy plenamente de acuerdo en que el dolo no puede servir como norma para la clasificación de los delitos.

Todo ente debe ser clasificado según el elemento que constituye el principio supremo de su esencia.

¿Quién pretendería, por ejemplo, clasificar los animales según el color, formando así una misma familia con el león y la abeja?

El color es un atributo común a cualquier animal como a cualquier sustancia, pero no es un carácter constitutivo de su ser. Por lo tanto, la variación de este atributo llevara a una variación de especie en la misma clase, no a una variación de clase.

Art 79

CAPITULO 7 DOLO

7.5 ESENCIA DEL DELITO

El delito tiene su esencia en la violación de un derecho; por lo tanto, solamente de la diferente especie del derecho violado puede derivar su clasificación natural, según lo veremos enseguida, porque la negación práctica de un derecho constituye la vida positiva del delito.

Pero si bien sobre las variedades del derecho lesionado debemos construir las clases y definir las diversas especies de las acciones criminosas, cada especie admite una subdivisión en otras tantas variedades distintas cuantos son los diversos grados del dolo de que estuvo informada la determinación criminosa.

El delito como hecho material varía según el resultado y, por lo tanto, según el derecho violado.

El delito como hecho político sufre variaciones subalternas según la gravedad del dolo, precisamente porque deriva del dolo su condición de hecho político, ya que aquel es el fundamento de su imputabilidad política.

Y si la intención real, o sea el dolo, es uno de los elementos indispensables para constituir el delito y es, precisamente, el que le da fuerza moral, es lógicamente necesario reconocer que las variaciones y modificaciones del dolo deben variar y modificar la importancia política del delito en las distintas especies.

Algunos criminalistas modernos han distinguido el dolo en dos especies, a una de las cuales llaman dolo determinado y a la otra dolo indeterminado.

Llaman dolo determinado al que ha sido dirigido a un preciso fin criminoso; por ejemplo, a la muerte del enemigo. Llaman dolo indeterminado a aquél del cual es informado el hombre que se ha dirigido a un fin malvado, previendo además que de sus actos pueda derivar un evento más grave, pero sin desear y querer este efecto; mas bien esperando que no ocurra.

Así, según esta distinción, quien golpea a su contrario para darle muerte, tiene el dolo determinado hacia el homicidio. Si alguien, en cambio, da golpes con el solo fin de golpear a su enemigo, al que no quiere dar muerte, y aun cuando prevea que de sus golpes puede resultar un efecto letal, no quiere, sin embargo, este efecto, y mas bien espera que no ocurra; en tal hipótesis, si la muerte ocurre, el sujeto está en dolo determinado con respecto a la lesión y en dolo indeterminado con relación al homicidio.

Dígase lo mismo del que golpea a una mujer sabiendo que esta encinta. Uno puede golpearla con el fin de que aborte: he ahí el dolo determinado al aborto. El otro la golpea esperando que no aborte, pero de hecho aborta: he ahí el dolo indeterminado hacia el aborto.

Esta fase especial del animo malvado no puede ser equiparada a la culpa, porque la culpa supone que no se haya previsto en absoluto el evento. Pero es un estado intermedio entre el pleno dolo y la culpa que, sin embargo, corresponde siempre a la especie del dolo, por la volición del medio con previsión del efecto.

Art 80

CAPITULO 7 DOLO

7.6 DETERMINADO E INDETERMINADO

En el dolo determinado, el agente ha previsto y querido el efecto más grave. En el dolo indeterminado, lo ha previsto, pero no lo ha querido.

En la culpa, no lo ha querido ni previsto; solamente lo podía prever.

En sustancia, el dolo indeterminado se asemeja a esa especial condición del ánimo que los prácticos italianos

llamaron preterintencionalidad (delito praeter intentionem).

Existe ésta cuando el agente tiende dolosamente a un fin nocivo, pero ocasiona un efecto más grave que el deseado.

Y digo que se asemeja y no que se identifica, porque el dolo indeterminado requiere la prueba de la previsión actual de la consecuencia más grave, aunque no vaya acompañada de explícita voluntad de producir precisamente semejante consecuencia; mientras que para la preterintencionalidad de la práctica basta una previsión presunta de la posibilidad de prever.

Pero las dos nociones del dolo indeterminado y de la preterintencionalidad difícilmente se encontraran en la practica sobre el mismo plano.

En efecto, el uso practico de la noción del dolo indeterminado es frecuente en materia de tentativa, porque para imputar que el afecto en determinada acción criminosa superó al efecto, es necesario que se demuestre la volición precisamente dirigida al efecto más grave no obtenido, y es necesario que tal volición resulte de los criterios positivos.

Por el contrario, la noción de la preterintencionalidad solo se emplea prácticamente producido el efecto, esto es, cuando el resultado más grave ha ocurrido, pero por parte del imputado se argumenta, contrariamente al caso precedente, que el efecto ha superado al afecto, en cuanto él procedía sin volición positivamente dirigida al resultado más grave que derivó de su hecho.

La expresión "tentativa preterintencional" es un contrasentido lógico y jurídico.

Cuando la acusación quiere imputar una tentativa (por ejemplo, imputar homicidio tentado y no simplemente lesiones), toma como norte el elemento intencional del delito, y ya que su afirmación arraiga solamente sobre éste (porque falta totalmente el elemento material, vista la deficiencia del efecto mas grave), es deber suyo justificar perfecta y completamente su fundamento, tanto con respecto a la previsión actual como con respecto a la volición.

Cuando, por el contrario, la acusación imputa un evento realmente verificado por acción del imputado, aquella tiene como raíz y fundamento suficiente el hecho, y con tal que demuestre el nexo ontológico entre la acción del imputado y la consecuencia lesiva de la cual quiere deducir el titulo que imputa, siempre estará fundada en la afirmación de este titulo.

Por ejemplo, demuestra la muerte de la víctima derivada por causa del hecho del imputado, y dice: estoy fundada en la afirmación del titulo de homicidio.

Pero entonces se presenta la necesidad de la investigación intencional, para atribuir a aquel título preestablecido sobre el evento, el predicado o cualidad que más le convenga.

En este examen ulterior, la distinción entre dolo determinado e indeterminado resulta útil en la práctica solamente cuando la acusación pretenda sostener que el homicidio fue acompañado de premeditación, porque para la premeditación, conforme al verdadero concepto de esta, se requiere la prueba de la volición del efecto mas grave producido, prueba que es imposible alcanzar sin la demostración de la previsión actual, que no puede ser suplida por la prueba de la simple previsibilidad, porque la previsibilidad no arroja mas que una presunción, y no es posible admitir premeditación presunta.

Pero si la acusación se limita a imputar la voluntariedad del homicidio (esto es, el dolo de tercer grado), la distinción entre dolo determinado y dolo indeterminado pierde toda utilidad práctica, porque la responsabilidad por el evento producido cae totalmente y por igual sobre aquél que fue su causa, si obró con previsión actual aunque sin volición taxativamente determinada a aquel evento.

Es entonces cuando se advierte la utilidad práctica de la noción de la preterintencionalidad: cuando en tal hipótesis el procesado niegue la previsión actual y falte la prueba de ésta.

Ante esa defensa, la acusación que está segura, en cuanto a elemento de hecho, del título que quiere imputar, pero que no puede afirmar igualmente el elemento intencional (indispensable para completar la figura criminal) sobre la base de la previsión actual no puede sostener su tesis sino sobre la base de la previsibilidad.

Y precisamente, la diferencia que existe entre la posibilidad de prever y la previsión efectivamente demostrada, marca la línea que separa el delito preterintencional del delito voluntario con dolo indeterminado.

Y si la acusación no logra convencer ni siquiera de esta posibilidad de prever el evento más grave, la imputación de éste escapará a toda figura de dolo e irá a parar a los términos del caso fortuito, limitándose la imputación tan solo al precedente querido y logrado, sin perjuicio de que se tomen en cuenta en la medida de su cantidad incluso los resultados no previsibles, pero nunca para fundar en estos una imputación directa al acusado. Ni para basar en ellos el título de su delito.

Por lo demás, la distinción entre dolo determinado y dolo indeterminado ni siquiera coincidiría con la que llamamos intención indirecta positiva, si la noción de intención indirecta positiva es aceptada en el sentido que a esta intención indirecta positiva le ha dado Carmignani.

En efecto, según el lenguaje de Carmignani, la intención indirecta positiva es aplicable tanto al dolo determinado como al dolo indeterminado, porque él coloca el criterio de la indirección en la relación entre los medios y el efecto; llamando directa la intención cuando el efecto era considerado como necesario, e indirecta cuando era consecuencia meramente posible de los medios empleados; de manera que hace prevalecer la consideración del nexo ontológico sobre la consideración del nexo ideológico que debía ser definido solamente según sus condiciones intrínsecas.

Ahora bien:

La noción del dolo indeterminado no puede aplicarse nunca a la intención directa, porque el efecto necesario no puede ser no querido una vez que fue previsto.

De esto no resulta que todos los casos de intención indirecta configuren el dolo indeterminado, porque estamos siempre dentro de los límites de la intención indirecta tanto cuando el efecto previsto como posible ha sido querido (y esto es verdadero dolo determinado) como cuando el efecto previsto como posible no ha sido querido en absoluto (lo que sería dolo indeterminado).

El celebre ejemplo con el cual De Simoni expuso el concepto de la intención indirecta positiva (esto es, el del

marido que queriendo matar a la mujer dejo expuesto a su disposición un alimento envenenado del que la sabia golosa, en la esperanza de que lo comiera) expresa claramente el dolo determinado.

Expresaría, en cambio, el dolo indeterminado el otro caso de intención indirecta positiva: si con el alimento corrupto, a disposición de la mujer, el marido solamente hubiera querido ocasionarle una enfermedad transitoria, previendo la posible muerte ulterior, pero no deseando este efecto, y esperando que no ocurra.

Derivó probablemente de confundir estas dos situaciones de hecho y de suponer que la intención indirecta representa siempre un dolo indeterminado, la inexacta doctrina que estableció Carmignani cuando enseño que el grado ínfimo de dolo se daba en la intención indirecta positiva.

El mismo, un poco antes, habla descrito esta intención refiriéndose al ejemplo de De Simoni. Pero el ejemplo de este no ofrece, por cierto, un caso de dolo indeterminado, porque el marido que él describe quería precisamente matar a la mujer.

Y por cierto que a esta condición de ánimo no puede corresponder el ínfimo grado del dolo, por el solo hecho de que los medios maliciosamente escogidos y preordenados al fin criminal podían eventualmente resultar ineficaces si a la mujer no se le ocurría tomar los alimentos intoxicados.

Aun admitiendo, si ello es posible, que la mayor o menor prontitud de los medios pueda influir sobre el cálculo de la gravedad del delito, en cuanto se aprecia el elemento externo de éste, es lo cierto que nada influye sobre la gravedad del elemento interno.

Muchas veces incluso demuestra una mayor criminalidad y malicia al escoger medios que puedan asumir la apariencia del infortunio.

Es un cálculo ulterior del malvado, con el cual diestramente cambia la menor probabilidad del evento con la mayor probabilidad de la propia impunidad.

Pero el dolo de éste, que fría y deliberadamente maduro el plan que le pareció más oportuno y menos arriesgado para alcanzar el doble fin de matar y de quedar impune, será siempre dolo de primer grado, a pesar de la eventual falla de los medios. Y cuando el evento verificado haya mostrado que de hecho los medios no resultaron infructuosos, no es posible racionalmente dar valor alguno a aquella posible falla de ellos, que resulto puramente hipotética.

El marido descrito por De Simoni, logrado su designio, era responsable de envenenamiento con premeditación.

O bien, es preciso rectificar la noción de la intención indirecta positiva, restringiéndola a la hipótesis de una previsión sin volición, o bien, es necesario decir que la creación del concepto de una intención indirecta positiva, que por el concurso de la previsión y de la volición siempre configura un dolo plenisimo, es una inútil superfetación que no da fruto alguno a la ciencia y que puede generar confusión.

La intención que prevé y quiere un fin malvado, es siempre en si directa, aunque se sirva de medios indirectos: el camino escogido para el viaje no altera en nada la dirección del ánimo del viajero.

Esta igualmente movido por la intención dirigida a la muerte del pájaro tanto el que lo busca y persigue con perros y escopetas, como el que pacientemente espera que caiga en la trampa.

Por cierto que no es indirecta esta segunda intención, toda vez que el único fin a que se dirige es la presa.

Hablando con rigor, ni siquiera pueden llamarse indirectos a los medios, porque tampoco éstos se dirigen a otro fin que el de la presa.

Para que una intención o un medio puedan decirse indirectos con relación a un fin, es necesario poder configurar otro fin al cual aquella o este sean dirigidos con prelación.

Pero ¿quien puede concebir el fin primario de la trampa, del acecho tendido al hombre, del veneno dispuesto para la mujer, respectivamente distinto del de la presa, del asalto y del envenenamiento?

Por lo tanto, en el ejemplo de De Simoni existe dirección de voluntad y dirección de medios. Y si se quiere conservar en la ciencia la noción de intención indirecta, es preciso configurarla en la previsión de un efecto posible, sin volición decidida del efecto mismo.

Lo cual lleva a la intención indirecta positiva a compenetrarse con el dolo indeterminado; porque, según advertí, hay dolo determinado cuando se previo y se quiso el delito; hay dolo indeterminado cuando se previo, pero no se quiso, porque se esperó que el evento más grave no ocurriera; y habrá culpa solamente cuando no se quiso y ni siquiera se previo.

Pero no se puede referir la preterintencionalidad a la culpa, porque la imprevisión constituye la esencia de la culpa. Y es imposible decir que quien pega bastonazos a su enemigo, aunque sin la intención de matarlo, no haya previsto que de ellos podía seguir la muerte.

Es más exacto considerar que previo ese riesgo; pero que, dominado por la pasión, quiso correrlo. Y si bien, propiamente no deseara la muerte que causó, prefirió exponerse al peligro de causar muerte que dejar sin desahogo la ira que lo impulsaba a ofender.

Si hay un caso en el que, a los efectos penales, deba darse valor a una presunción, es éste de la presunción derivada del nexo entre los medios empleados y el más grave efecto producido, cuando los medios fueron empleados con intención de dañar.

En ésta, si bien las circunstancias pueden excluir una volición determinada, es imposible no presumir una previsión reprochable y más que suficiente para que en ella se reconozca dolo.

Adaptado de esta manera el concepto de dolo indeterminado a la preterintencionalidad, y rectificadas la noción de la intención indirecta positiva de manera que ella coincida con ésta y con aquél, tal distinción, verdadera en teoría, puede resultar útil en la práctica.

No ocurre lo mismo con las otras distinciones que del dolo dejaron los antiguos.

Art 81

CAPITULO 7
DOLO

7.7. DOLO DE SIMULACION Y DESIMULACION

Dolo de simulación y de disimulación; verdadero y presunto, y otras semejantes de las que prefiero no hablar, porque o son falsas o inútiles, y solo sirven para confundir las mentes.

En este argumento me he limitado a la más simple exposición de las nociones del dolo y de las formas del mismo que creo más exactas y útiles, tanto para la exposición teórica como para la aplicación práctica del derecho penal.

Intencionalmente no los he llevado por el laberinto sin fin de todo lo que los modernos han debatido con cien conceptos opuestos acerca del dolo, porque frente a la utilidad de una mera erudición, veía demasiado cerca el peligro de que sus mentes se enturbiaran con las ideas que refiriéndose al núcleo del elemento moral del delito interesa mucho tener siempre nítidas y firmes en el ánimo, como instrumentos a los que debemos recurrir a cada paso en la exposición ulterior de la doctrina penal.

Falta 82

Art 83

CAPITULO 8

TENTATIVA EN EL ÍMPETU

Al Profesor Luigi Samminiatielli
(Florenca)

8.1 PREFACIO

Ilustrísimo señor:

A usted, que con tanta sabiduría y con tanto calor de convicción propugno siempre el principio científico que niega que la noción de la tentativa pueda encontrarse en los hechos de riña; a usted, honor de la cátedra y de la curia toscana, dirijo estas palabras para reclamar su atención sobre las dificultades resultantes del precitado argumento.

Art 83A

CAPITULO 8

TENTATIVA EN EL ÍMPETU

Al Profesor Luigi Samminiatelli
(Firencia)

8.1 PREFACIO

Ilustrísimo señor:

A usted, que con tanta sabiduría y con tanto calor de convicción propugno siempre el principio científico que niega que la noción de la tentativa pueda encontrarse en los hechos de riña; a usted, honor de la cátedra y de la curia toscana, dirijo estas palabras para reclamar su atención sobre las dificultades resultantes del precitado argumento.

Art 84

CAPITULO 8

TENTATIVA EN EL ÍMPETU

8.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Habrá observado, lo mismo que yo, como la experiencia ha confirmado nuestras previsiones en el desenvolvimiento práctico de un principio.

Nuestra corte suprema, en su sabia prudencia, creyó conveniente apartarse de la regla que todos los criminalistas italianos habían enseñado siempre y que ella misma había repetido con ellos, vale decir, que en los hechos cometidos por instantáneo arrebatado, exaltación de indignación, no puede encontrarse la noción de la tentativa de homicidio por la imposibilidad de establecer que una mente así excitada, y que desordenada impele a actuar sin tener ni tiempo ni poder para calcular y reflexionar, pueda ofrecer el dolo determinado y dirigido explícitamente al fin de la muerte, y no a la vaga finalidad de causar un daño quien la impulso a la cólera.

La corte suprema no modifico en verdad este principio frente a la ciencia, pero lo declaro derogado por el código penal toscano.

Y a esto fue conducida (no resulta útil ocultarlo) por la consideración principal de que el código penal toscano no había establecido ninguna previsión respecto del disparo contra hominem cometido en riña.

Esta consideración ejerció doble influencia sobre la cuestión: ejerció influencia política y jurídica.

- Influencia política, en cuanto que el mantenimiento de la regla común dejaba libres e inmunes de castigo estos hechos demasiado frecuentes y peligrosos.

- Jurídica, en cuanto semejante consecuencia servia de argumento para interpretar que la misma no podría haber sido querida por el código toscano, y hacia necesario buscar la represión del disparo inocuo en la figura del homicidio tentado o de la lesión tentada.

Esta situación especial, en la cual se encontraban los supremos sacerdotes conservadores de la soberanía de la ley en Toscana, no conducía directamente a la consecuencia de que todo disparo debiera declararse homicidio tentado.

No, por cierto, ya que si una necesidad lógica podía forzar la persuasión de que quien disparaba contra otro un arma de fuego en el ardor de una repentina indignación, tuviera una intención indeterminada de causar daño a la persona de su enemigo, no concurría igual necesidad para sostener que esa intención formada sin reflexionar, mirara a la muerte del enemigo y no a un daño menor.

Por lo tanto, una cosa es decir que al disparo contra hominem por dolo de ímpetu se pudiese adaptar la noción de la tentativa, y otra entender que toda tentativa semejante debiera calificarse como homicidio tentado y no como lesión tentada, leve o grave o gravísima, según los casos.

Entre una y otra proposición media un abismo.

Admitida in genere como jurídicamente posible la noción de la tentativa en el ímpetu, quedaba siempre como una dificultad gravísima limitar en estas condiciones la tentativa a la muerte y no a la herida.

Y el argumento valioso, que necesariamente surgía del art. 44 del código toscano y del santo principio que en ese

artículo se formuló, habría debido conducir la mayoría de las veces a ver en esos hechos una lesión tentada antes que un homicidio tentado.

Pero, como usted recuerda, en los escritos que presentábamos entonces a la Corte suprema, nosotros preconizamos que esto no ocurriría.

Preveimos que el principio, ya grávido en si de peligros, desbordase toda medida en su aplicación.

Decíamos que si este principio fuese admitido, el título de lesión iría poco a poco siendo cancelado por la practica, ya que teniendo en si toda lesión una potencia más o menos próxima a volverse letal, el celo de los que ejercen la justicia represiva, los impulsaría con gran facilidad a confundir el elemento material de la tentativa con su elemento intencional, y a decir en la mayor parte de los casos: este acto tenía en si la potencia para matar, por consiguiente, existió homicidio tentado.

Nuestras observaciones parecieron entonces artificios defensivos, sutilezas dialécticas, tendientes a sostener la doctrina que creíamos más verdadera, a la cual queríamos hacer prevalecer aduciendo peligros que no eran reales.

Ahora bien, sin duda también habrá observado después, que, desgraciadamente, esas aprensiones se volvieron ciertas.

Habría observado como en todo caso de lesión en riña se ha venido agitando después la cuestión del homicidio tentado, y como más especialmente en el disparo de arma de fuego que no hirió, las cámaras de consejo han procedido casi constantemente a enviar por el título de homicidio no solo tentado, sino también frustrado, llevando así estos hechos al conocimiento de las cortes y bajo el peso de la detención preventiva, por la única razón de que resultaron inocuos.

Si el culpable hubiera obtenido un resultado dañoso hubiera puesto a la cámara en la alternativa de definir el título según el efecto o de definirlo según el afecto, pudiendo, por lo común, contentarse con aquel sin necesidad de ir a buscar a éste en los arcanos de un ánimo cegado por la ira.

Pero la falta de resultado dañoso, llevaba a la alternativa entre la nada y el alguna cosa, y ya que la nada repugnaba, debía llegarse a la tentativa; y ya que a la tentativa debía llegarse, se llegó, con deducción precipitada, a presumir (riesgosa palabra) más bien a la intención de matar que la de herir.

Este es el hecho que después de esta época confirma con claridad la historia de los decretos de envío.

De manera que el resultado ha comprobado bien lo que entonces decíamos nosotros. Afortunado aquel que disparando hiere: tiene una esperanza de que se admita el título de lesión. Desgraciado aquel que no hiere al enemigo. Por la necesidad de reprimir debe ser llamado a responder de una tentativa.

Y si a la tentativa debe llegarse, yéndose a lo más, será enviado como reo de ¡homicidio frustrado! La prisión preventiva lo alcanzará indefectiblemente; la competencia superior lo espera, junto con todo el aumento de dolores, de temores y de gastos que arrastra consigo.

Y esto es la consecuencia de un evento que el debe, por desventura, llamar desgracia: vale decir, el de no haber herido al enemigo.

No debería ser así, porque en estos hechos de riña debería presumirse deseado por el justiciable más bien el efecto más frecuente, que por cierto es la lesión, y no el homicidio; debería considerarse deseado el efecto menos grave, que es también la lesión.

Pero si así debiera ser, así no sucede, ya que por las fórmulas fatales de mantenerse amplios y de no prejuzgar al juicio de las cortes, se hace siempre el envío con arreglo al tipo de lo máximo.

Es verdad que las cortes las más de las veces reparan el error; pero cuando lo reparan, el daño está sufrido, e irreparable e injustamente sufrido. ¿Y por qué lo sufrió el justiciable?

Repítase una vez más: lo sufrió porque no hirió al adversario. Si lo hubiese herido, afortunada sería entonces su defensa.

Ella habría podido demostrar la impotencia de los proyectiles para penetrar en las carnes, y excluir o la potencia material del acto o la tendencia intencional del agente; ella habría podido demostrar la dirección del tiro hacia la extremidad inferior del cuerpo, y sostener, en una palabra, que el efecto querido era, precisamente, el obtenido.

Pero si el disparo no hirió, todas esas demostraciones se vuelven imposibles, y la fórmula de que se ha deseado el efecto obtenido: el efecto de no herir, no puede proponerse.

Estamos, pues, inevitablemente bajo el peso de una acusación por homicidio frustrado.

Para la vieja ciencia y la vieja legislación toscanas, todos estos peligros eran obvios.

Art 85

CAPITULO 8 TENTATIVA EN EL ÍMPETU

8.3. BUSQUEDA DEL DOLO

La ciencia, declaraba que era imposible que la severa justicia buscara en las recónditas tinieblas de un alma inflamada por la indignación, el verdadero fin deseado por quien ni siquiera sabía lo que quería; y declaraba que era peligroso y fecundo en injusticias buscarlo, porque las condiciones esenciales del crimen se llegan a extraer no de la realidad, sino de una adivinación con frecuencia falaz.

La legislación toscana, proveía a la seguridad común y a la necesidad de la represión, manteniendo el título de disparo contra hominem y moderando su pena con arreglo principalmente a su materialidad, distancia, naturaleza de la carga, etc.; todas cosas positivas que el juez encontraba en los autos y no en los arranques de su fantasía.

Así, todo iba muy bien; sin peligro de impunidad, que nadie deseaba y nosotros menos que ningún otro, pero, además, sin peligro de ilusiones y errores a los cuales ninguno, y nosotros menos que nadie, podemos suscribir.

Sin embargo, los riesgos que anuncian no se han limitado en esta primera investigación. También a un efecto obtenido, a un efecto tal que no permite buscar en otra parte el criterio del título, le vienen hoy aplicando las cámaras de envío, con terquedad pavorosa, el título de homicidio frustrado.

Art 86

CAPITULO 8 TENTATIVA EN EL ÍMPETU

8.3.1 Suposición del Dolo

Es siempre un insulto gratuito que se hace a la naturaleza humana esta precipitación en suponer constantemente la intención más feroz, y en persuadirse de que por leves causas un hombre se determine a destruir la criatura de Dios.

Pero cuando a este tremendo juicio se llega a pesar de los signos materiales que lo contradicen, no solo se incurre en un insulto a la humanidad, sino que se lo infiere a la lógica.

Entre los muchos casos que podría aducir como ejemplos de estas inexplicables aberraciones de un celo fanático, elegiré uno en el que hace poco preste mi patrocinio.

Lázaro, joven de apacibles costumbres, había despertado la indignación de Cesar por unas palabras imprudentes, vertidas meses antes, respecto de una amiga suya. Cesar ve un día a Lázaro que volvía de la iglesia; lo sigue, lo alcanza, y esgrimiendo un puñal le dirige palabras amenazadoras. Lázaro lo detiene tomándolo del cuello: extrae una pistola, la dirige hacia su muslo izquierdo, y dispara. El resultado es una lesión grave. El proceso se realiza con la contumacia de Lázaro, y la cámara de envío excluye el homicidio frustrado y el tentado, atento a la dirección del tiro, y lo envía por lesiones al tribunal correccional.

Llega el día de la sentencia y el turno encargado del fallo condena a Lázaro a ocho meses de cárcel. Lázaro se presenta voluntariamente.

Por el procedimiento toscano no puede aceptar la sentencia. Se realiza su examen: ingenuo confiesa, alegando

haber obrado en defensa. No se realiza ningún otro acto, y ampliado el proceso solo por la intimación de la acusación, vuelve a la cámara de envío.

Pero en el intervalo había ocurrido entre nosotros un caso infeliz. Un joven, herido por una puñalada en un muslo en el pasado carnaval, había muerto debido a la sección de la arteria femoral.

Nuestra cámara de envío probablemente había aprendido en este proceso lo que antes no había advertido en sus decretos emitidos como cámara de envío y como cámara de juicio: había aprendido, esto es, que en el muslo humano existen troncos arteriales y que su sección es letal.

He aquí que el pobre Lázaro vio revocado el primer decreto y la primera sentencia, y encontró en el proceso un tercer decreto redactado por la misma mano que había redactado los dos primeros, donde la existencia de los troncos arteriales en el miembro herido se pone como criterio inevitable de homicidio frustrado, junto a la posibilidad (sic) de que la descarga tal vez hubiese, en la rapidez de la acción, herido mas abajo del lugar a donde había sido dirigida.

Y la Cámara de las acusaciones confirma este envío, y Lázaro debió verse conducido ante la competencia mayor. Y aunque la cámara de juicio de la corte no dudara un instante (con la adhesión del Ministerio Público) en rechazar, como fruto de un delito, el titulo de homicidio tentado o frustrado, y aplicara en cambio la benigna pena de la lesión provocada, esto no le evitó a Lázaro los peligros corridos, las angustias y ofensas sufridas, ni borro de los registros, que había sido llevado ante una corte como reo de homicidio frustrado. Ni esto garantiza que lo mismo no pueda repetirse cualquier día en cualquier lesión.

Si para evitar la ignominia y los riesgos y los daños de una acusación por homicidio frustrado, a quien es arrastrado a herir por un ímpetu instantáneo, no le basta alegar sus costumbres apacibles, la falta de una causa proporcionada para matar, la singularidad de la herida, la dirección de ella a las partes menos nobles del cuerpo, si esto no basta, Dios mío, que heridor podrá considerarse seguro frente a la "conatomia" que invade ciertos intelectos.

Hubo quien malignamente pretendió ver en este caso un artificio del tribunal de primera instancia.

Es habilidad, me dijeron, de algunos jueces disminuir el titulo y la pena en la contumacia del reo, para que no huya. Alentado por la benignidad del castigo vendrá voluntariamente a presentarse, y entonces se tendrá el poder de convertir el breve encarcelamiento en un lindo cargo de casa de fuerza.

Pero en este sistema, en el cual diría Dante: si vede di giustizia orribil arte, yo no quiero suponer, ni siquiera como posibilidad, que las tradiciones de Covarrubias renazcan en la magistratura toscana.

No, no; todo esto nace, no de exceso de astucia, sino de estrabismo jurídico.

CAPITULO 8 TENTATIVA EN EL ÍMPETU

8.3.2 Distintos del Delito

Todo nace del olvido de que el delito, bajo cualquier forma en que se configure, como consumado o como tentado, siempre debe tener distintos en sí y distintos en la respectiva prueba, los dos elementos que son indispensables para producir las dos fuerzas constitutivas de la esencia jurídica del delito: el elemento físico y elemento moral.

Muy frecuentemente se olvida este precepto fundamental. A veces, porque esta clara en alguno la voluntad de matar, se proclama un homicidio frustrado, sin advertir que los medios con los cuales se exteriorizo este deseo culpable, no eran aptos para el fin, y que en ellos mismos estaba la causa de la falta de éxito.

Otras veces, porque por sus condiciones materiales una lesión presentaba cualquier posibilidad de llegar a ser alguna vez letal, se repitió la declaración de homicidio tentado, sin buscar si verdaderamente quien causó la lesión dirigió sus actos al fin más feroz de matar.

Art 88

CAPITULO 8 TENTATIVA EN EL ÍMPETU

8.3.3 Confusión del elemento

Suplir al elemento moral del delito con su elemento material, o suplir a su elemento material con su elemento moral, he ahí el perpetuo sofisma en el cual, como gorrión en torno al nido, giran perpetuamente ciertas mentes y allí se mantienen firmes como sobre una roca inexpugnable.

Quiso matar; por consiguiente, es un homicidio frustrado, y no importa nada que los actos mal medidos no respondieran, en las condiciones del hecho, al atroz designio. Los actos podían con el concurso de diversas condiciones causar la muerte, por consiguiente, es homicidio frustrado, y no interesa nada que el agente no aparezca informado por el dolo determinado precisamente a la muerte.

Y aquí se castiga el solo hecho sin la intención correspondiente, o la sola intención sin hecho exterior adecuado: y he ahí el delito reducido a una sola de sus fuerzas; he ahí los principios más elementales del derecho punitivo reducidos a nada en su aplicación práctica.

Y este punto de vista injusto llega a ser aún más funesto por otras opiniones erróneas que se le agregan. Aunque por algunos se piense y me haya tocado oír repetir con mucha frecuencia, que las cámaras de envío no deben prejuzgar frente a las cámaras de juicio. Formula de aspecto encantador y honesta, como toda otra que provenga de la sirena; pero formula terrible y arruinadora de toda libertad civil, si se la entiende con demasiada amplitud.

Admitiré que las cámaras de envío no deben obstaculizar el juicio de las cámaras de juicio cuando se trate de cuestiones graves que, reales y palpables, presente el proceso, y que por su complejidad merezcan sin hipérbole el título de cuestiones. Pero no admito que bajo el especioso motivo de no obstaculizar a las cámaras de juicio, se deba poner en un trono un pesimismo peligroso; se deba presumir siempre el delito más grave, y, así, destruir en las cámaras de envío el supremo principio, totalmente opuesto, que debe dominar en el foro.

No admito que una duda, una sospecha, una mera posibilidad de algún resultado ulterior, que eventualmente pueda surgir en el debate público, sea una razón suficiente para llegar de inmediato al título más grave, y, así, enviar al acusado sometido a custodia preventiva, a la competencia criminal.

Existe una sospecha de premeditación, me dijeron a veces, por consiguiente, es necesario enviar por lesiones premeditadas (y entretanto encarcelar), porque en el debate público podría aparecer esta premeditación y la cámara de consejo no debe obstaculizar el juicio del mérito.

Existe poco o nada que demuestre la complicidad de este individuo, o la intención de matar de aquél otro; pero tal complicidad o tal intención podría resultar en el juicio oral, por consiguiente, se debe enviar al reo como cómplice, o bien, bajo el título de homicidio frustrado y no de lesión.

Así, toda duda se resuelve en contra del inquirido; toda posibilidad se investiga en su daño, con tal de que se decline la competencia menor y se enriquezcan las estadísticas de las cortes reales y los registros de los encarcelamientos preventivos.

Así, en menos de un año, vi un numero exorbitante de decretos de la cámara de consejo, responder con un envío a otras tantas requisitorias de los ministerios públicos, que solicitaban se declarara no haber lugar a juicio.

Vi llevarse ante las cortes a muchos que solo debieron ser reenviados a sufrir cárcel o poco más. La teoría de lo posible, sustituida a la doctrina de la probabilidad; el engañoso argumento de no dañar un proceso, de no invadir la jurisdicción de las cortes, conducen a no juzgar en el envío con arreglo a las constancias reales de los autos, sino a valerse de esperanzas y a no ocuparse de resolver lo que según mi débil entendimiento, parece ser lo que se debe examinar y resolver.

En efecto, ¿para qué están instituidas las cámaras de envío si no, precisamente, para juzgar antes de que juzguen las cámaras de juicio?

Y si es así, ¿el prejuicio no es algo congénito a la institución, y no la desnaturaliza quien no lo admite?

Por otra parte, ¿de qué lado esta el daño mayor?

Según esta teoría es preciso mantenerse amplios, imputar el título más grave, para enviar a las cortes un justiciable contra el cual se prevé que podrán surgir (aunque todavía no existan) a circunstancias constitutivas, precisamente, del título más grave.

Así se encarcela, se agrava la suerte del justiciable, y ya que en noventa y nueve casos sobre cien el juicio oral desmiente estas previsiones de las cámaras de envío, en vez de confortarlas, resulta que a un ciudadano se le han infligido sufrimientos injustos; a los tribunales superiores se les ha ocasionado pérdidas de tiempo; se han aumentado los gastos, y se ha producido el espectáculo de una corte real que condena a pocos días de prisión.

He aquí los daños del sistema del pesimismo; he aquí las consecuencias de la teoría de la esperanza puesta como base de la acusación.

¿Cuales serán los daños del método opuesto? Para la justicia ninguno; para el ejemplo, mucho menos.

El envío al tribunal inferior no le ata ya los brazos a la acusación. Si en un caso raro, en el juicio oral realmente se prueba de manera clara la premeditación o la intención homicida que en el proceso escrito no era nada mas que una posibilidad, la cámara de juicio se declarara incompetente, el arresto se decretara con arreglo a las nuevas constancias y todo irá debidamente al fin de la justicia. En este caso raro, por lo tanto, no se ha causado ningún daño; en los otros, mas frecuentes, por el contrario, se ha impedido una injusta agravación de dolores.

¿Dónde esta, por lo tanto, la razón para preferir un método que nunca puede ser causa de daños injustos a un método que con la mayor frecuencia los lleva consigo? Cual sea la razón de esto, no quiero ni averiguarlo ni decirlo.

Solo diré que yendo por esta línea no habrá lesión personal que no deba enviarse a la corte, porque no hay lesión que no pueda volverse mortal; no existe proceso por heridas en el cual un inesperado testimonio no pueda revelar en el heridor la intención de matar.

Por esto, ya que las cámaras de envío no deben anticiparse al juicio sobre el mérito, todas las lesiones personales deben ser enviadas a la corte, porque en todas puede suceder que resulte que el heridor haya obrado con el fin de matar, admitido tal principio, la lógica inexorable conduce a esto.

Pero no, se responde, no, las cámaras de envío llevan, sin embargo, a muchos bajo el simple título de lesión. Y yo respondo, a mi vez, que cuando hacen eso (y hacen muy bien) se anticipan al juicio del mérito.

Por lo tanto, no les esta prohibido anticiparse a él; obstaculizarlo; no es cuestión ni de poder ni de principios; es cuestión de aplicación más o menos razonable, y nada más. O más bien, dígame francamente, el escrúpulo de no anticiparse es un expediente al que se recurre cuando en un caso no se quiere ver o examinar una cuestión, a pesar de que en otro caso se lo deja prontamente de lado cuando se quiere examinar la cuestión.

Art 89

CAPITULO 8
TENTATIVA EN EL ÍMPETU

8.3.4 Impetu en el Duelo

Pero volviendo al asunto de la tentativa en el ímpetu, es forzoso requerir su atención sobre una confrontación que, a mi parecer, resulta importante para persuadir de que nuestra ultima jurisprudencia esta en conflicto abierto con la ley, si, como se debe, se tiene que presumir que esta se inspira en la obediencia a la justicia distributiva.

Les ruego pensar en el duelo.

En muchos códigos contemporáneos (toscano, sardo, español, prusiano, etc.), el hallazgo exacto de la ciencia moderna ha sugerido sanciones que castigan el duelo como delito especial lesivo de la justicia pública, en el cual los resultados más graves no hacen mas que aumentar la penalidad.

En otros lugares, como en Francia, donde esta doctrina no es todavía un precepto legislativo, no se castiga el duelo como duelo, sino que a la herida o al homicidio se le aplica la pena ordinaria de estos delitos.

En uno como en el otro, sistema, es, sin embargo, cierto esto: que al duelo no se le aplica la noción de la tentativa. El código prusiano prevé el caso del convenio expreso de batirse hasta que uno de los adversarios muera, y muy sabiamente aumenta (165 y 169) las penas pertinentes incluso en el caso de que la muerte no ocurra.

Pero tampoco en este código hay nada que aluda a la noción de la tentativa. Esto es claro, ya que el duelo sin resultado mortal es castigado con un máximo de 5 años de detención, mientras que la tentativa de homicidio (32) se castiga con casa de fuerza de un mínimo de 10 años. Por consiguiente, también para este código, que ha considerado el convenio expreso de muerte, el disparar la pistola en duelo contra el enemigo sin herirlo, no es homicidio tentado, sino un delito mucho menor.

En Francia no encuentro ejemplo de una aplicación de la teoría del conato al duelo. Esto sería repugnante en Toscana ante la letra clara de nuestro código.

Por consiguiente, es algo positivo que en la practica actual la pena del duelo se mide por el evento, y no por las conjeturas de una intención más feroz.

Por otra parte, resulta fácil comprender que si al duelo le fuera aplicable la noción del conato, el titulo de homicidio tentado seria el criterio ordinario de tales hechos: siempre se llegaría a esta medida imputativa, salvo en el caso especial de los duelos expresamente pactados a primera sangre o con convenciones excepcionales análogas.

En realidad (una vez admitido el principio) con mucha mayor razón debería el juez persuadirse del ánimo de matar, en el duelo que en la riña, sea porque en el duelo hay lugar para calculo y reflexión, sea porque frecuentemente al duelo conducen decididas hostilidades y causas graves, o porque, para salvar la vida, la presencia del peligro propio obliga al duelista a medir el tiro contra el enemigo lo mejor que pueda.

Sin embargo, en el duelo no se habla nunca de lesión tentada o de homicidio tentado, y no se lo hace con justa razón, porque en el duelo no se encuentra el deseo de extinguir la vida del adversario, sino solo el de obtener una reparación del honor, que se logra incluso con solo batirse.

Pero si es justo que en el duelo solo se juzgue la culpabilidad con arreglo al efecto obtenido; y si es razonable o, mas bien, absolutamente lógico, aceptar este corolario del ánimo a consecuencia del cual se desciende al desafío, ¿no existen iguales razones (e incluso, diré, más potentes) para sostener lo mismo en el disparo o herida en riña?

Personas que hasta poco antes eran muy amigas; que no tenían ningún interés en la muerte de otro; que no podían esperar ningún lucro de ello, repentinamente, olvidadas del primitivo afecto, por una palabra injusta, por una broma, por una divergencia de opiniones, se encienden de súbita cólera y llegan de inmediato a las manos. Estos no se desafían; no, porque no son caballeros o porque en las tabernas no se acostumbra todavía la formalidad del desafío; pero proceden sin preámbulos a golpearse y de los golpes van a los cuchillos y pistolas: he aquí el disparo que afortunadamente resulto inocuo.

¿Por qué ese disparo deberá considerarse un homicidio tentado, nuestra ley no permite que esto se diga cuando la lucha fue acordada fríamente a manera de batalla singular?

El que riñe de este modo actúa mas irreflexivamente que aquel que, al día siguiente de sufrir una ofensa, después de un placido sueño, le envía un cartel de desafío a su ofensor. Estos, al cambiarse golpes, se encuentran también, como el duelista, frente a un grave peligro propio, y la idea de la defensa se mezcla (frecuentemente con prevalencia) con la de la ofensa. Estos (dígase la verdad) no actúan porque tengan un interés en la muerte del adversario, sino que, como el duelista (y más ciegamente que éste), actúan para desfogar una rabia, la cual se satisface con cualquier daño ocasionado al adversario.

He aquí el verdadero concepto, el único concepto que claramente se percibe por el que, por ímpetu instantáneo, procede a ofender la persona de otro.

¿Es conforme a la justicia distributiva que se castigue menos al duelista que incrusta la bala de su pistola en el pecho del enemigo, pero no lo mata, que a aquél que frente a un puñal esgrimido en su contra o por un ultraje que lo impulsa a una ciega indignación, dispara su pistola sin ofender? ¿Es razonable que a un ánimo que no calcula nada ni prevé nada, se le acople el concepto jurídico de un designio mortal, en tanto que este designio no se concede a quien medito la lucha y previo tanto las posibles consecuencias que, tal vez, hizo su testamento antes de descender al terreno? ¿Es justo que éste sea castigado como culpable de simple lesión, y que sobre el otro recaiga la pena de homicidio frustrado?

Ustedes ven dos actos materialmente idénticos: un hombre que dispara una pistola cargada a bala contra el pecho de una persona que esta en ese momento enfrente y que lo amenaza a su vez. Ustedes verán en estos dos actos idénticos conseguir el idéntico resultado de que la muerte no sucede. ¿Por qué los juzgan ad imparia? ¿Por que juzgan a uno según la norma del efecto, y al otro según la norma de un afecto que suponen y que no es adaptable

a la instantaneidad de la acción y a la agitación del agente?

La particularidad de las condiciones que circundan el duelo, en cuanto se lo considera informado por el fin de obtener una reparación del honor, no da suficiente razón de esta diversidad.

En primer lugar, en la riña tampoco es siempre el ocio el que impulsa a golpear: las más de las veces es el pensamiento de lograr (de manera plebeya) la reparación instantánea de un insulto sufrido.

Pero, de ahora en adelante, la cuestión que propongo es totalmente independiente de tal observación, consiste en saber por qué cuando la ley prevé el caso de duelo con homicidio, no debe igualmente prever el caso de duelo con tentativa de homicidio.

Sin embargo, evidentemente, nuestro código no prevé esta forma criminosa, porque asigna penalidades graduadas totalmente sobre el evento y no sobre el afecto.

Señalado esto, la cuestión subalterna a la que me refiero, consiste en saber por qué motivo el interprete deba atribuirle la voluntad de reconocer la posibilidad de tentativa, en una batalla realizada por un subitáneo impulso del ánimo y con inmediato cambio de acción y de reacción, a una ley que no admite posibilidad jurídica de la tentativa en una batalla realizada después de largos y fríos preparativos.

Art 90

CAPITULO 8 TENTATIVA EN EL ÍMPETU

8.4 CONCLUSIONES

He aquí, ilustre señor, lo que he querido exponerle, para tener sobre ello, como buena recompensa, el fruto de sus meditaciones.

Usted no podrá renegar de los principios que nos instilaron nuestros maestros; tal vez en estas referencias encontrará argumento para construir su ulterior demostración. Sé bien, que se dirá que los términos de mi confrontación no valen frente al texto del código toscano, porque, se dirá, el código castiga el duelo sin resultado nocivo y no castiga la riña sin resultado nocivo. Pero esta réplica, que no es ni siquiera totalmente verdadera, no salva a la ley de una intolerable contradicción, que ha sido insinuada por la nueva jurisprudencia al admitir la tentativa en los hechos de riña; esta réplica es llevada al desborde en su aplicación practica cuando para colmar la pretendida laguna del código, no se está contento con el título de lesión tentada, sino que se cae en el homicidio tentado; esta réplica, en fin, supone, que es función de la jurisprudencia suplir a la ley, incluso a costa de volverla

contradictoria e injusta.

Pisa, a 17 de septiembre de 1863

Art 91

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

Desde un punto de vista subjetivo la fuerza física del delito, tiene su elemento en el movimiento del cuerpo del agente, y vista objetivamente tiene su resultado en la violación material de la ley, en otras palabras en el daño inmediato, puede ser dividida entre varios individuos a causa de interrupción o inoperabilidad de los actos externos, o por causa de la división de los mismos.

La interrupción o inoperabilidad de la fuerza física subjetiva, y la ausencia de fuerza física objetiva, conduce a la teoría del delito imperfecto; la división, a la teoría de la complicidad.

Art 92

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.1 CONATO (TENTATIVA)

La razón para castigar el delito reside toda en las dos condiciones que lo constituyen: ser un hecho lesivo de la seguridad, y provenir de un acto voluntario del hombre. Como el concurso de la segunda condición hace surgir de la primera, además del daño inmediato el daño mediato o reflejo, el castigo de este hecho es exigido para restablecer en los ciudadanos la opinión de la propia seguridad.

No obstante, sucede después que una voluntad malvada se ha determinado a la violación de la ley, y después que por su impulso la mano u otro órgano corpóreo del hombre emprende los actos externos que, por su naturaleza y por el destino que les dio el agente, debían llevar a esa violación, el curso de los actos queda interrumpido o, llevado al extremo, no consigue el efecto quebrantado del derecho contra el cual los actos habían sido dirigidos por el agente. Cuando esto sucede, no se puede decir que exista un delito perfecto, porque no se realizó la lesión a la seguridad y el derecho amenazado no resulto dañado. En este caso se trata de una tentativa.

El delito tentado se denomina conato porque tiene, su esencia en un esfuerzo (conatus) de la voluntad, unido a un esfuerzo del cuerpo. Conatus in itinere (como dijo Alciato) crimen in meta.

Nada es tan común al hombre como el conato. Nuestra vida, desde la aurora al ocaso, no es más que una incesante cadena de conatos.

Pero si el concepto abstracto de la tentativa, como cosa connatural al hombre, es algo fácil de concebirse y definirse, no lo es igualmente el concepto del conato como ente jurídico. Todos los actos con los cuales un hombre, en ejecución de un designio preconcebido, se dispone a alcanzar un determinado fin que luego no alcanza, son conatos en el sentido natural, pero no siempre son conatos en el sentido jurídico.

¿La ley punitiva puede tomar en cuenta este conato?

¿Dónde reside la razón para imputarlo políticamente a su autor?

La falta de todo daño inmediato y, por esto, la cesación de toda efectiva violación de derechos, podría hacer dudar acerca de que desapareciera toda razón para castigar el atentado, ya que si el fundamento de la imputabilidad política de ciertos actos tiene su origen en el daño material causado por ellos, si este desaparece en el conato, parece que también debería desaparecer la imputación. Pero no es así.

A la razón para castigar deducida del daño inmediato, que desaparece en las tentativas, se substituye, en éstas, la razón deducida del peligro corrido. Este desempeña las funciones del daño, y la acción queda como delito, aunque le falte la fuerza física objetiva y, quizás, también, haya quedado incompleta su fuerza física subjetiva.

Esta idea es la base de toda la doctrina de la tentativa criminosa.

Aunque no deba deplorarse un evento dañoso; sin embargo, el ánimo de los ciudadanos se conmueve en presencia de una voluntad malvada que ya había comenzado la ejecución de actos dirigidos a ese infeliz evento y que eran aptos para causarlo, y ante el pensamiento de que una mera casualidad, cuya repetición no se puede prever, ha salvado a la víctima del mal que la amenazaba y a la sociedad del luto y del terror de un delito ejecutado.

Al poner en peligro la seguridad, la tentativa también ha producido un daño político. A este daño político le es necesario el remedio político del castigo de aquel a cuya malvada voluntad nada le faltó fuera de los favores de la fortuna.

Compréndase bien que cuando aquí se habla de peligro, se entiende un peligro ya corrido, no de un peligro meramente futuro. Confundir estas dos ideas conduciría a falsas consecuencias. El peligro futuro (o peligro meramente temido) no puede aceptarse por si solo como legítima razón para castigar. En otra forma se llegaría a castigar las puras intenciones delictuosas e, incluso, las malas inclinaciones, y destruyendo los límites entre la función de la moral y la de la ley punitiva y confundiendo las atribuciones del magisterio penal con las elásticas funciones de la policía, se trastornarían los cánones más seguros de la imputabilidad política. Cuando hablamos de peligro en esta materia, entiéndase, por consiguiente, un peligro que en un momento dado ha existido verdaderamente como hecho, no un peligro simplemente previsto.

Debe advertirse igualmente que, según la opinión de muchos doctores, seguida por algunas legislaciones, el conato no debería imputarse políticamente sino cuando tiende a delitos graves y atroces.

En los delitos menores, el daño sería leve, si fueran consumados, y, por consiguiente, más leve es el daño mediato que surge por el mero peligro.

De donde, según esta doctrina (que, por otra parte, no fue aceptada por el código toscano), los atentados de estos delitos más tenues se dejan impunes. Tal era la regla prevaleciente en el derecho romano; tal es la prevaleciente en el derecho francés.

Pero si la razón de castigar el conato se encuentra en esta idea del peligro (ya que es cierto que por grande que sea un peligro nunca iguala en gravedad al mal efectivamente ocurrido), es preciso, por lógica y por justicia, sacar la conclusión de que la tentativa, aunque llevada al extremo, nunca puede imputarse a la par del delito consumado.

Esto sería equiparar en la balanza de la justicia, un peligro a un daño efectivo. Todos comprenden fácilmente que esta equiparación repugna.

Agrégase a eso que la diferencia de entidad del peligro respecto al daño inmediato del delito perfecto, no encuentra compensación en un aumento de daño mediato. Por el contrario, ocurre todo lo opuesto: sea que este se considere en el mal ejemplo para los malvados, o que se lo considere en el temor de los buenos ciudadanos, lo cierto es que tanto el uno como el otro tendrán siempre un menor grado de fuerza en la tentativa.

Lo tendrá el primero, porque no es una incitación a delinquir, el hecho de ver que han resultado vanos los esfuerzos del apetito malvado que se quería satisfacer y que, a pesar de esto, se ha encontrado una pena, aunque más benigna. Lo tendrá el segundo, al ser menor el espanto, porque no está alimentado por la piedad hacia la víctima (potente excitadora de la conmoción de los ánimos) y se encuentra moderado por la fe en la providencia, que muchas veces destruye los designios malvados.

A tales razones se agrega la consideración política de que, equiparando en la pena la tentativa al delito consumado, la ley traicionaría su misión de defensa social, esta sola advertencia disipara toda duda. La ley que igualara en la imputación, la tentativa al delito acabado, llegaría a crear en el ánimo de aquel cuya mala acción se frustra, una causa para repetir sus esfuerzos y recomenzar la ejecución.

Esta causa se encontraría en el pensamiento de que con la sola tentativa que ha ejecutado, ha incurrido en el

castigo máximo amenazado para ese título delictuoso. Así, después del atentado, la renovación de los actos y el logro de la consumación del delito, quedarían sin represión respecto del reo.

De tal manera, después de librada de una tentativa, la víctima elegida quedaba sin defensa por parte de la ley penal en relación con ese malhechor.

Todo esto resulta manifiesto con solo advertir como la ley, cuando le dice al autor de la tentativa: "yo te castigo como si hubieras acabado el delito", ni más ni menos, le viene a decir: "yo no te castigare por los esfuerzos que repitas, aunque con estos llegues a la consumación de tus malos designios".

Resulta tan claro cuanto de impolítico hay en este concepto, que causa sorpresa ver que hombres doctos y legisladores avisados, han abrazado la falsa idea de la equiparación.

No es válido objetar que cuando el malvado ha puesto en movimiento todo lo que ha podido para violar la ley, si no alcanza su fin maligno por un hecho fortuito, obtiene por el efecto que tiene el caso en la aminoración de la pena, una ventaja inmerecida. La objeción cae, no solo frente a las consideraciones políticas recién desenvueltas, sino que, además, por las simples consideraciones de justicia.

En efecto, sabemos que en los delitos no se castiga la sola intención perversa, sino el acto externo acompañado por aquella.

Ahora bien, un acto externo seguido por un desgraciado efecto tendrá siempre mayor entidad que uno no seguido por ningún daño, de manera que la desigualdad en la respectiva imputación no transgrediera los preceptos de la justicia distributiva.

Y ya que la fortuna tiene tanto que ver en los eventos humanos, no repugna que también lo tenga en la responsabilidad por las acciones delictuosas. Y así como la desgracia de un daño mayor ocasionado con intenciones más benignas perjudica al reo, porque aumenta su responsabilidad en razón del evento, aunque sea preterintencional, del mismo modo resulta justo que la fortuna lo ayude cuando, contrariando sus previsiones, haya producido un evento menos siniestro que aquel al cual se dirigían sus acciones.

Por consiguiente, deben establecerse estos dos principios: que el peligro corrido por la sociedad a causa de una tentativa es suficiente razón para imputarlo políticamente; pero que la imputación de la tentativa nunca puede equipararse a la que se habría dirigido contra el delito, si el efecto hubiera correspondido al afecto. Esto vuelve necesarias dos consideraciones en esta teoría.

El principio de que el conato puede ser imputable, lleva al criminalista a la necesidad de estudiar sus caracteres constitutivos, para conocer cuando existe y cuando no existe un atentado en el sentido jurídico. El principio de que el conato siempre deba imputarse menos que el delito consumado, lleva a la necesidad de estudiar las normas con arreglo a las cuales convenga modular este degradamiento de imputación.

Art 93

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.1.1 Cuando existe la tentativa

Para conocer la existencia de la tentativa, es necesario rastrear sus elementos constitutivos procediendo con método analítico, para luego reconstruir su definición.

Advertimos que en el delito perfecto su fuerza moral deriva de la intención, y su fuerza física del acto externo dañoso. En el delito imperfecto se deduce igualmente su fuerza moral de la intención.

Pero en la tentativa debe faltar el efecto dañoso que la convertiría en delito consumado; y ya que las funciones del daño se representan en la tentativa por el peligro, es una consecuencia lógica que, precisamente, la fuerza física del conato, o sea, su elemento material, se constituya por el peligro que el derecho ha corrido de ser violado, es decir, que se constituya por el acto externo peligroso.

Hallar el conato en el solo peligro inherente a la potencia de un acto, sin la dirección intencional hacia este daño, es lo mismo que llevar la imputación civil más allá de los límites de la imputación moral, y ofender la justicia para servir a una especulación de falsa política.

Distinguir el conato en la sola intención por su dirección a causar un daño, sin la realidad del peligro de este daño inherente a la potencia del acto ejecutado, implica castigar la mera intención, tomando solo el principio moral como fundamento de la imputabilidad política.

Los dos elementos distintos le atribuyen al conato dos fases distintas que obligan a examinarlo bajo dos puntos de vista separados:

- Un aspecto objetivo, en cuanto el conato se mira en la intención del agente respecto de un determinado fin delictuoso que trasciende el resultado obtenido.
- Un aspecto subjetivo, del conato se observa en el acto externo constitutivo de su ejecución.

Estas dos palabras, objetividad y subjetividad, han sido utilizadas por los conservadores en sentido diverso y a menudo confuso.

Sin embargo, prefiero seguir la nomenclatura de Nani, Carmignani y en general de los italianos.

El examen del atentado obliga a la mente humana a dos consideraciones diversas.

Una que no considera en el ánimo del atentante el estado de la intención (que se supone siempre perfecta y

directa), sino el fin al cual ella miró. Otra que contempla los medios que el cuerpo de él, considerado como instrumento del ánimo, pone en movimiento como idóneos para la consecución del fin.

La primera consideración puede llamarse objetiva, y la otra, subjetiva; nomenclatura que, si bien se ha abusado con frecuencia de ella, es la más oportuna y la más significativa para expresar el doble procedimiento de la teoría del atentado delictuoso.

Así se expresa Carmignani en la Teoría (vol. 2, p. 301), quien después subdivide la indagación subjetiva en cuanto se refiere al sujeto activo, esto es, al atentante, o se refiere al sujeto pasivo, esto es, a la cosa o persona sobre la que recayeron los actos ejecutivos del delito.

Por el contrario, los conservadores usaron en sentido distinto esta nomenclatura. A lo que Carmignani la llama sujeto pasivo, ellos lo llaman objeto de la tentativa; de modo que para ellos la indagación objetiva es la que se refiere a la víctima señalada, a la cosa a robarse, etc.; en tanto que, según el lenguaje de Carmignani, estas representan el sujeto pasivo, y este puede ser sujeto pasivo del atentado o sujeto pasivo de la consumación.

En una palabra, el objeto en el lenguaje de Carmignani, es una figura enteramente intelectual: el fin de la acción según como lo concibe el agente. El objeto, según los otros, es una figura siempre material: la cosa o la persona sobre la que recae la acción.

Esta diversidad de nomenclatura dio origen a varias contradicciones aparentes en las enseñanzas de unos y otros. Contradicciones que en realidad no existen.

Y a esta materia ya demasiado abstrusa y difícil, se le agrego también la dificultad y la ambigüedad del lenguaje. Pero así como el lenguaje no es más que un instrumento, y en materia de instrumento se prefiere al que mejor sirve para el uso para el que se le destina, de la misma manera permítaseme seguir el lenguaje de mis maestros, porque también me parece el más apropiado a las necesidades de la escuela en el desenvolvimiento de la presente teoría, y, al mismo tiempo, el más apropiado para evitar funestas equivocaciones en la aplicación práctica de los principios.

Tenemos, pues, la intención y el peligro. He aquí los dos elementos constitutivos del conato.

El primero representa su elemento moral; el segundo, el elemento físico.

Art 94

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.1.1.1 Elemento moral. Indagación objetiva

En cuanto a la intención (o sea, el propósito que tuvo el agente de alcanzar con su acto un fin más criminoso que aquel que el acto en sí alcanzó materialmente) es la que conduce a abandonar la consideración de lo acontecido, para proceder a la consideración de lo que debía acontecer conforme fue concebido por el agente.

Debido a la intención no solo se vuelven imputables ciertos actos que materialmente resultaron inocuos, sino que por ella también un delito perfecto deja de deducir el criterio de su imputación de las condiciones materiales; y si estaba enderezado hacia un delito más grave, queda sometido a las normas de la medida más grave a que lo conduce la consideración de que el no era el fin del agente, sino un simple medio.

De esta manera, una herida o la ruptura de una puerta (delitos en sí consumados) pueden considerarse como tentativas de homicidio o de hurto y experimentar una desnaturalización jurídica, porque el agente los ejecuta como medio para alcanzar el homicidio o el hurto.

Acaecidos los hechos (el hombre fue matado, la casa despojada) es el evento en sí el que manifiesta la intención del agente.

Salvo la demostración de lo contrario por parte del acusado, la presunción jurídica es que él quiso hacer lo que hizo, ya que las presunciones jurídicas se deducen del curso ordinario de las cosas, y es más frecuente que el hombre haga lo que deseaba hacer, que no haga lo que no entendía hacer.

Dado el suceso, la intención representa ordinariamente una figura concomitante y subordinada a él en la determinación del título.

En el atentado por el contrario, el evento no existe; el peligro por el que hace sus veces.

El evento se mide por un efecto que realmente fue producido por los actos externos; el peligro por una mera previsión de un efecto que los actos externos podían o no conseguir.

Ahora bien, es claro que la previsión de un evento no es la compañera indefectible de la probabilidad del evento mismo.

En la infinita variedad de las relaciones entre el mundo físico y el mundo moral, es tan frecuente que, para alcanzar un fin dado, un hombre ejecute un acto que no tiene en sí ningún poder para alcanzarlo, aunque él en su ilusión así lo crea, como que ejecute un acto que tiene en sí ese poder, sin que, por lo demás, calcule esta potencia y dirija su voluntad a este fin.

Una cosa es, por consiguiente, que un acto externo tenga en sí el poder de conducir a un efecto, y otra distinta es que el autor de tal acto previera o deseara este efecto.

Del evento se puede deducir una presunción de voluntad. De la posibilidad del evento no se puede deducir nada más que una sospecha de tal voluntad.

De aquí deriva la consecuencia de que el elemento moral del conato tiene necesidad de una prueba específica.

No basta decir: tal acto tenía poder para causar este efecto, por lo tanto, el agente quiso tal efecto. De aquí surge la consecuencia de que la intención debe tener en el conato caracteres particulares que no se requieren en el delito perfecto.

De aquí resultan las dos proposiciones de que en la tentativa la intención debe ser directa y perfecta.

Art 95

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.1.1.1.1 Debe ser directa.

Para constituir tentativa no basta la intención indirecta; y aquí por intención indirecta se debe contemplar más especialmente la indirecta negativamente tal, ya que la indirección de los medios, cuando hubo dirección en la voluntad, no altera las condiciones intrínsecas de la intención, y así tenemos siempre los caracteres del dolo. Esto es de la más intuitiva evidencia.

En los hechos culposos la sociedad no reclama el castigo de una voluntad malvada, sino de una voluntad imprudente que omitió calcular todas las secuelas posibles de los actos a los cuales daba impulso.

Ahora bien, la sociedad no tiene derecho de reclamar el castigo de estos actos imprudentes, sino en cuanto deba deplorar un evento delictuoso, vale decir, la efectiva violación de un derecho.

Cuando el resultado fue inocente y el ánimo no estaba dirigido a dañar, carece de toda base para reclamar una pena.

En el delito consumado la sociedad funda su derecho a castigar sobre el daño real y, siempre que en la voluntad de quien fue su causa se encuentra una razón de reproche (aunque sea por simple omisión de previsión), el derecho materialmente violado debe tener un grado de satisfacción.

Por el contrario, en el atentado ella funda la razón de castigar sobre la intención de violar la ley; intención contrariada por la fortuna, pero causativa de un peligro real.

Por consiguiente, cuando falto el efecto dañoso y el ánimo de violar la ley, la sociedad no puede considerarse ofendida ni por el hecho ni por la intención, y no tiene ningún fundamento para exigir un castigo.

En la tentativa no me reprochan el mal que he causado, porque no existe, sino aquel que dicen yo quería causar.

Pero si acusándoseme de culpa están de acuerdo en que yo no quería causar ningún mal, ¿qué me reprochan ustedes?

El grado de imputación en la tentativa debe medirse por la entidad del derecho a cuya violación yo dirigía mis acciones.

Pero si mis actos no estaban dirigidos a la violación de ningún derecho, el calculo de mi imputación no puede dar más que un resultado negativo.

Negativo es el dato del evento; negativo es el dato de la intención. De dos cantidades negativas no puede resultar una cantidad positiva.

Decir que se ha tentado hacer lo que no se preveía y no se quería hacer, es, en las más comunes circunstancias, un imposible lógico.

Una tentativa de delito culposo es un contrasentido jurídico.

Es verdad que algunos conservadores quisieron sostener lo contrario, e imaginaron la extraña figura de la tentativa culposa: (véase Winssinger, De dolo et culpa, cap. 4, & 4; Lelievre, De poenarum adaequatione, ps 15 y ss, y los allí citados.)

Pero examinando sus argumentaciones se descubre intuitivo el sofisma.

Comienzan, en efecto, por establecer la proposición general de que la sociedad tiene derecho de prevenir con la amenaza de una pena, no solo los hechos que efectivamente violan el derecho, sino, también, aquellos que lo ponen en peligro de ser violados, y que cuando la pena esta preventivamente amenazada por la ley, su aplicación es siempre justa.

Enseguida pasan a demostrar la proposición particular de que ciertos hechos cometidos por mera imprudencia y sin intención maligna, ponen en peligro la seguridad.

Omitiendo las observaciones sobre la primera proposición, ¿cuál es la conclusión lógica que surge de este silogismo?

Evidentemente, no es la de que se daba admitir una tentativa sin intención, sino únicamente la de la legitimidad de prohibir y reprimir ciertos hechos en los cuales se encuentra un peligro inminente para la seguridad individual, aunque no se hayan cometido con fines negativos.

Ahora bien, alguien no niega, dentro de los delitos limites, la punibilidad en general de estos hechos, siempre que se consideren como transgresiones de policía y no como verdaderos delitos, por la falta, precisamente, de la "proéresis" criminosa.

Así, entre los pueblos cultos, en las calles transitadas se prohíben las carreras de coches, los disparos de armas de fuego y otras cosas semejantes, aunque se ejecuten sin daño para nadie.

De esta manera se provee a los peligros de tales hechos, en los cuales, precisamente, se ejemplifica por los contradictores la necesidad de admitir la tentativa culposa de lesión. Pero a esta conclusión ilógica no se llegaría ni aun cuando no existiera otro medio de proveer a la seguridad, salvo si la ley se funda en una contradicción, a pesar de que la contradicción induzca la falsedad, y sea inaceptable que el castigo se haga residir sobre una base falsa.

Por lo tanto, mucho menos puede admitirse que se llegue a esto cuando esa necesidad no existe y al peligro de los casos que se temen se puede proveer suficiente tomándolos en consideración como hechos consumados en sí mismos.

No existe, pues, lugar a dudas sobre la primera regla de que al conato le es necesaria la intención directa. Y tan lejos se está de que en derecho penal pueda admitirse seriamente la figura de la tentativa culposa, cuanto que para la doctrina común de los penalistas es ahora algo cierto que la tentativa no se admite ni siquiera en los hechos de dolo indeterminado: *dolus indeterminatus determinatur ab exitu* (véase la lección sobre el dolo).

Si, por lo tanto, aquel que tuvo la intención de hacerme un mal, pero sin tener precisamente la intención de quitarme la vida, cuando en realidad no me haya causado más que una lesión leve, no puede ser imputado de homicidio tentado por la sola circunstancia de que era posible y previsible que de su hecho resultara mi muerte.

Es absurdo que se admita la tentativa cuando ni siquiera concurrió un dolo y un ánimo dirigido a dañarme.

Art 96

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.1.1.1.2 La intención debe ser perfecta para que exista tentativa.

Esta segunda proposición es hoy controvertida a raíz de que algunos escritores, especialmente entre los modernos, han dudado de ella. Sostienen la opinión que excluye la tentativa en el dolo de ímpetu: Rossi, Nani, Carmignani, Lauria, Giuliani, Puccioni, Romagnosi, Pizzoli, Romano, Jenull, y Mittermaier. Parece que Roberti se inclina a la opinión contraria. Pero si bien este escritor quiso limitar en los casos extremos la regla, no entendió, sin embargo, convertir en regla la limitación, como apresuradamente quisiera sostenerlo alguno.

Recordamos que los términos de esta investigación corresponden solo en el caso de dolo de cuarto grado, esto es, aquel que reúne los dos caracteres de la instantaneidad y del dominio de un afecto ciego.

En los actos fríamente premeditados, en los actos deliberados, en los actos de resolución instantánea no excitada por ímpetu de ciego afecto, desaparece toda razón para excluir la tentativa, porque la voluntad que contó con el tiempo para reflexionar o con la calma del espíritu para calcular, pudo muy bien ordenar una serie de operaciones hacia un fin determinado y expresamente previsto, además del obtenido.

Sin embargo, cuando al agente le falta el intervalo para deliberar y la calma para calcular las consecuencias de los actos a los cuales era impulsado, la generalidad de los criminalistas niega que se pueda aplicar la noción de la tentativa. La razón es más bien psicológica que jurídica.

El elemento moral de la tentativa de un delito se tiene jurídicamente tan pronto como se supone la intención dirigida a ejecutarlo. Pero psicológicamente se niega que en las resoluciones instantáneas, a un ánimo agitado por una pasión vehemente se le pueda atribuir una voluntad definitivamente dirigida hacia un fin distinto del obtenido. La pasión quita la lucidez del intelecto. La rapidez de la acción no da ocasión para calcular. Se actúa por desahogo del afecto que nos conmueve, sin reflexionar sobre lo que ocurrirá por lo que hacemos.

En una palabra, la distinción entre acto timado como medio y efecto deseado como fin, implica un razonamiento que no es compatible con el ánimo enceguecido por la pasión instantánea.

El hombre enojado o espantado, que toma el arma que le ha suministrado el furor o el terror, golpea por desahogo del sentimiento que lo agita; hiere por herir, no piensa en la muerte de su enemigo, o si esta idea le pasa por el pensamiento, no le parece como un efecto que decididamente quiera conseguir.

En tales condiciones, el evento debe ser el único criterio para definir el título del crimen, porque es el único dato donde la justicia encuentra certeza.

Quiquiera que haya observado las acciones del hombre agitado por una gran indignación o por un gran temor, y lo haya visto destruir objetos preciosos y muy apreciados por él; dañar a personas tiernamente amadas u ofenderse a sí mismo, necesariamente debe convenir en que con ese estado de ánimo no es compatible la idea de un calculo que dirija los movimientos del cuerpo hacia un determinado fin.

Si alguna rara ocasión, el hombre encendido por ciega indignación, puede representarse la idea determinada de dar muerte al enemigo y puede tender hacia esta, creo que si tal lucidez de previsión y tal explícito deseo pudieran en casos raros haberse madurado incluso en el ímpetu de una viva pasión, el juez no tendrá nunca un criterio suficiente para considerarlo cierto.

Siendo que los actos del hombre enfurecido son de ordinario irracionales y carecen de cálculo, de ellos no será posible deducir con seguridad que, en un caso dado, la lesión fue un medio y no un fin.

En tales condiciones es mejor aceptar una regla que conducirá a castigar con menos pena un caso excepcional sobre cien, que, renegando de la regla, exponer a la justicia a ver castigados con mayor pena los noventa y nueve casos que la merecen menor.

De los actos se puede deducir la voluntad del hombre que razona; pero este criterio resulta falaz en el hombre que no razona. Cuando el juez lo adopta, lo hace a sangre fría, y por las previsiones que hace en este estado, deduce las previsiones del hombre puesto fuera de sí.

Pero semejante empréstito de las propias previsiones, resulta lógicamente vicioso, porque parte de la equiparación de dos posiciones distintas, quiero decir, de la posición tranquila en la cual se encuentra el juez y la posición de impetuosa turbación en la cual se encontraba el agente; lo que conduce al sofisma de aplicar a casos distintos un razonamiento uniforme, que resulta las más de las veces falaz, y convierte las sentencias en vuelos pindáricos.

Entre los pueblos en los cuales el principio de la inadmisibilidad de la tentativa en el ímpetu reina aceptado por la jurisprudencia, nadie puso en duda nunca que la represión resultara insuficiente.

Si, por el contrario, se admite que en los actos ejecutados bajo el impulso de violenta cólera, pueda aplicarse la noción de la tentativa, no habrá más herida con arma a la cual no se le pueda aplicar, por una adivinación del juez, el título de homicidio tentado.

La aptitud de los medios para producir la muerte ocupara constantemente el lugar de la voluntad de causar la muerte. Y así se confundirán los dos elementos del conato, que son y deben mantenerse esencialmente distintos; se suplirá con uno lo que falta en el otro, olvidando que cada uno debe tener una existencia independiente.

Se considerará la potencia del acto y se olvidará que quien dispara un arma de fuego, puede desear la muerte o solo la lesión, o puede desear un daño cualquiera (el que viniera), sin desear, precisamente, más aquella que ésta.

Tal es, justamente, el estado de ánimo que mueve al heridor en los hechos de riña: el de obtener la satisfacción de una injuria sufrida o la repulsa de una agresión. Satisfacción y repulsa que se obtienen con cualquier daño inferido al adversario, sin llegar a su exterminio, por el cual el agente no siente un deseo y un interés especiales que no se satisfagan con menos.

Esta es la equivocación en la cual caen los que en tal cuestión razonan con ejemplos. Si el ejemplo se busca en un caso en el que la muerte de la víctima era la consecuencia necesaria y constante de las acciones del justiciable, yo admitiré que en tal caso deba cesar la regla, no por una previsión especial del agente, sino porque la naturaleza del hecho (cuando éste no puede ser más que medio para un solo fin) no permite ya la distinción entre voluntad dirigida al medio y voluntad dirigida al fin. Pero si esto puede realizarse alguna muy rara vez en el delito frustrado, nunca será adaptable a la simple tentativa.

Roberti supuso el caso del hombre iracundo que hubiese arrojado al enemigo desde la cima de un campanario. Todos comprenden que el único efecto posible de este lanzamiento es la muerte, a no ser un milagro. Y entonces, ya que la consecuencia del acto no puede ser más que una, al que ejecuto ese acto, es, sin duda, necesario atribuirle la intención de obtener ese único efecto posible.

Así, respecto del hombre que, iracundo o no, le prendió fuego a la cabaña del enemigo para vengarse, es necesario decir que quiso incendiar, porque no pudiendo su acto conducir a otro efecto que al del incendio, su naturaleza no admite la distinción entre medio y fin.

Pero cuando se quiere generalizar estos ejemplos y aplicarlos a la herida con ciertas clases de instrumentos, o a la

herida causada con arma dirigida a ciertas partes del cuerpo humano, se cambia sin advertirlo la posición del caso, porque a un supuesto en el cual lo posible era uno solo, la muerte, se sustituye otro, en el cual los posibles eran dos, la herida, o la muerte, y, más bien, con arreglo a la experiencia, resultaba más probable aquella que ésta.

La única objeción jurídica que se le podría hacer a esta teoría sería la siguiente.

Cuando el hombre enojado mata, le imputan homicidio voluntario; por consiguiente, se admite la voluntad de matar también en la ira.

Ahora bien, si se admite esta voluntad cuando el efecto ha sucedido, ¿por qué no admitirla también cuando el efecto no ha sucedido? La objeción no tiene solidez.

Cuando el efecto ha sucedido, la base de la imputación de homicidio es el hecho que se ha realizado de la muerte de un ciudadano. Sea que el agente, en su ira, la previese expresamente como consecuencia de su obrar y, precisamente, quisiera esta consecuencia, sea que, confusamente entendiera hacerle mal al enemigo, sin discernir claramente su muerte como consecuencia de sus actos, siempre es lo mismo.

La muerte ocurrió, y ocurrió por los medios que el agente voluntariamente utilizó con el fin de dañar a su enemigo: si el mal superó a sus previsiones, siempre es responsable de él. Esta severa regla tiene su base en la conexión probable entre los medios empleados y el evento que de ellos ha seguido, conexión que hace al agente responsable incluso de la falta de previsión. Esto tiene su razón en la necesidad política de una defensa proporcionada a la ofensa realizada.

Pero en la tentativa no se puede tomar como base de la imputación el evento. Aquella no encuentra apoyo en éste, sino que tiene toda su raíz en la voluntad del agente.

En este caso, la voluntariedad de los medios no es ya suficiente para crear el título de homicidio, si estos no causaron un homicidio. Es necesaria la voluntad dirigida al fin. Y esta nunca puede encontrarse con seguridad en un hombre cuya mente está oscurecida por una ciega pasión y que sin cálculo y sin reflexión llega a actuar. Su dolo es siempre indeterminado.

Bastará para que se considere doloso, el hecho ocurrido, pero no bastará para suplir al efecto que no sucedió, porque la vaga intención de dañar que impulsaba al hombre enfurecido a ofender (aunque fluctuara entre la idea de herir y la de matar), solo puede recibir su determinación del evento.

Si realmente se teme que de esta regla resulte una represión demasiado débil para ciertas heridas acompañadas de peligro efectivo, a la mano está el medio de repararlo obedeciendo a los principios de la ciencia, en vez de recurrir a lo tortuoso.

El peligro de vida es una condición intrínseca a la herida, independientemente de cualquier previsión del heridor.

No aumenta la fuerza física objetiva, y es una razón muy justa para aumentar la imputación, como lo es la lesión o cualquier otro efecto más grave de la lesión. Pero esto como consecuencia totalmente propia del elemento material.

Y así como el mayor daño aumenta la imputación de la herida sin necesidad de que aquél fuese expresamente

previsto por el agente, del mismo modo el mayor peligro que una lesión le haya efectivamente ocasionado a un hombre, debe aumentar la imputación como consecuencia del simple criterio de sus condiciones materiales, aunque tal peligro de vida no fuese explícitamente previsto por el agente.

Deduciendo el aumento de imputación del peligro efectivo o potencial de una herida, se obedece a una norma verdadera y certificable. Si se pretendió extraerlo de una explícita previsión incluso en aquellos casos en los cuales ella es psicológicamente imposible o nunca discernible con seguridad, se sigue una norma que en abstracto carece de verdad y que en concreto es falaz. Y a un criterio positivo y seguro se sustituye el arbitrio y la impresión, última guía de las cuestiones intencionales, que prácticamente tiene por consecuencia el desorden y la injusticia flagrantes, ya que siendo distinta la fuerza adivinatoria de los distintos colegios juzgadores, da por resultado una fluctuante disparidad de castigos que alarma la conciencia pública.

Hoy, si alguien disparara en riña una pistola contra su adversario y lo hiriera, se vera castigado con algunos meses de prisión por el titulo de lesión. Mañana, otro disparará una pistola en riña contra su adversario y no le causara ninguna herida, pero se vera castigado con una pena grave, precisamente porque no habiendo herido no era aplicable el titulo de lesión y el juez lo busco en el homicidio tentado.

El público ve estas contradicciones y sólo saca de ellas motivos para desconfiar de la justicia.

Jamás podrá repetirse y recomendarse suficiente la verdad lógica y jurídica de que los dos elementos del atentado exigen, cada uno de ellos, una demostración especial y de por sí completa. Quien se sirva de lo que pueda haber de claridad en uno de los dos elementos, para suplir lo que falta en el otro, razonará mal y violará las reglas de la buena justicia.

La siguiente deducción resulta viciosa: Pedro utiliza contra su enemigo un arma que tenía potencia para matar, por consiguiente, tuvo intención de matar.

Así como lo será la de quien diga: Pedro tuvo intención de matar, por consiguiente, el instrumento que uso tenia ese poder.

El vicio lógico de esas dos deducciones está en que en ellas se toma como verdadera una proposición general que puede ser relativamente falsa.

En efecto, la segunda deducción presupone la proposición general de que todos los actos realizados con intención de ocasionar la muerte tienen el poder de causarla. El segundo silogismo presupone la proposición general de que quien utiliza instrumentos que poseen el poder de matar, debe tener la intención de matar.

Ahora bien, si la primera resulta intuitivamente absurda, no es menos falaz la segunda proposición.

Salta a la vista de todos el error de la primera, porque el ánimo con que se realiza un acto no cambia las condiciones ontológicas del acto mismo.

Por esto, si a veces los tribunales erraron al pretender encontrar un conato en actos que en sí mismos no eran idóneos para matar, porque los encontraron ejecutados con intención de matar, la causa de este error fue con más frecuencia la noción poco exacta que tenían de la tentativa, que la de un vicio de razonamiento.

Pero no es igualmente claro el error de la segunda proposición, porque la oscuridad que envuelve la intención del agente frente a las miradas de los hombres, exige que se la deduzca de hechos exteriores, y en este tema resulta muy fácil incurrir en equivocaciones.

Por lo tanto, los tribunales, que muy a menudo pretendieron encontrar un conato de homicidio en actos ejecutados por el agente sin un propósito explícitamente dirigido a la muerte, no erraron debido a nociones inexactas sobre el derecho, sino por un precipitado y vicioso razonamiento.

Pero si la aptitud del medio supliera a la previsión del agente y a la determinación positiva de su ánimo, las leyes ya no deberían hablar de tentativa, sino que deberán determinar la penalidad con arreglo a los actos externos, y decir que quien utiliza armas para ofender, debe ser castigado como culpable de homicidio imperfecto, siempre que las armas tuvieran en sí el poder de matar.

Pero la ciencia y las leyes no hablan así, sino que hablan de tentativa, con la cual, además de la idoneidad de los medios que constituyen su fuerza física, debe concurrir también la determinación de la mente hacia el efecto más grave no obtenido, que constituye su fuerza moral.

Ahora bien, el hecho de haber elegido un medio mortal en vez de otro para ofender al enemigo, podrá ser una conjetura para inducir a afirmar el ánimo dirigido a producir la muerte. Pero cuando esta no era una consecuencia ordinaria y casi necesaria de los medios usados, los mismos no ofrecen nada más que una conjetura, cuya sustitución a una prueba completa representa un grave error.

Esta conjetura es de las llamadas a posteriori, ya que la determinación precede al acto. De ahí que se diga que teniendo aptitud mortífera el acto consecuente, también debe ser mortífera la determinación precedente. Pero cuando el medio utilizado podía o no ocasionar la muerte, no es de buena lógica decir que quien lo utilizó quisiera, precisamente, causarla, por el contrario; decir que ya que el medio podía o no producir la muerte, del mismo modo, a quien lo utilizó le era indiferente lograr o no el resultado mortal.

Por consiguiente, si la muerte no ocurrió, solo debe responder de lo sucedido. Supuesto, incluso, que la condición natural del medio pudiera transmutarse de pronto en la condición excepcional del ánimo del agente, siempre se debería decir que si la condición material del medio era incierta, debía serlo también la condición del ánimo.

Por lo demás, esa transmutación no responde siempre a la verdad, ya que la conjetura a posteriori supone siempre que el agente haya conocido y calculado las condiciones naturales del medio.

Lo que no sucede siempre, y no sucede, por cierto, en los actos emprendidos bajo el impulso de una repentina indignación, en los cuales, furor arma ministrat y el hombre toma un instrumento y no otro, no después de una elección calculada para lograr un designio más feroz, sino porque la ocasión se lo puso a la mano.

Cuando haya intervenido un acto de madura reflexión, tal conjetura tendrá un valor; cuando ese acto haya faltado, no podrá tener ninguno.

Muy a menudo el juez que en las peligrosas cuestiones intencionales argumenta a posteriori, incurre en un error porque olvida todo lo que puede intervenir de fortuito entre el acto posterior y la determinación anterior.

En la tentativa de homicidio he visto distinguir (por ejemplo) entre el uso de arma blanca y el uso de arma de fuego. Cuando se ha herido con arma blanca (se me ha dicho), la mano dirigía el golpe y se ha herido como y donde se ha querido. Por consiguiente, si la herida no ha ocasionado la muerte, es un signo claro de que no se ha querido causarla. Pero cuando se trata del arma de fuego no sucede así, ya que la mano del hombre no guía al proyectil al punto preciso donde se quiere. ¿Cuál debía ser la consecuencia de esta distinción?

Debía ser la de rechazar la tentativa en las heridas con arma blanca, ya que el criterio revelador del ánimo se quería encontrar en la actuación de la mano. Pero no podía ser la de aceptar siempre la tentativa en el uso de armas de fuego, ya que si la incierta correspondencia del proyectil a la voluntad del que dispara, podrá ser una razón suficiente para admitir que quiso un resultado efectivo más grave, no es igualmente una buena razón para que esta impotencia para dirigir con exactitud el proyectil, deba hacer aceptar el ánimo más feroz.

La elección del arma de fuego aumenta las probabilidades de fallar en la lesión. ¿Cuál es, por consiguiente, el orden de ideas por el cual, de la elección de un medio que ofrecía mayores probabilidades de fallar, se saca, con una deducción opuesta, una voluntad más firmemente resuelta a matar?

Pero, además, en este difícil sendero se olvida muy a menudo la consideración de las circunstancias intervinientes entre la determinación y el resultado.

Frente a uno que, con arma cargada con proyectil grueso, hiere a su enemigo en el pecho, y a otro que lo hiere en las piernas, se podrá recurrir al argumento enseñado por los prácticos, de que el lugar de la herida es un indicio de la intención del heridor.

Pero, ¿Quién asegura que a esos dos heridores, por demás inexpertos en el manejo del arma, no les ocurrió precisamente lo contrario de lo que querían? ¿Quién autoriza a negar que quien hirió al enemigo en la pierna no apuntó al pecho, y que quien hirió en el pecho no apuntó a la pierna?

Si así fuera, resultaría que condenando como responsable de simple lesión al que hirió en las piernas, se equivoca la verdad en pro del acusado.

Y menos mal si así sucede. Pero también puede ocurrir que se condene como culpable de homicidio tentado al que había apuntado a las piernas con la finalidad precisamente, de ocasionarle poco daño al enemigo, lo que es una deplorable injusticia.

He aquí como una eventualidad (que no se exterioriza ni en un daño ni en un peligro mayor) decide de la suerte de los sometidos a juicio.

Supóngase otro caso en el que dos culpables mezclaron en la carga proyectil grueso con proyectil menudo.

Uno de ellos hirió de lleno al enemigo. Al descubrirse la mezcla se penso que si el autor hubiese tenido la intención de matar no habría cargado con proyectil menudo.

Esas postas podían haberse mezclado con los balines pequeños por descuido del vendedor y sin saberlo el acusado.

En razón de estas dudas se excluye el homicidio tentado, y se hace muy bien, porque toda duda debe ser resuelta en favor del acusado.

Pero el otro delincuente no ha herido de lleno a la víctima. Más inseguro su pulso y menos resuelto su ánimo, la descarga no ha causado herida.

Se inspeccionan los lugares, los arboles y el muro que estaban enfrente. Del proyectil menudo no se encuentran huellas, pero si se halla una posta que, tal vez, fuera la única de la carga. He aquí, se dice, la presencia del proyectil grueso en el arma.

Los prácticos enseñan que el proyectil grueso constituye un indicio del ánimo homicida. Los peritos establecen que una descarga compuesta por ese proyectil grueso podía causar la muerte. Por consiguiente, el autor es responsable de homicidio tentado. Pero, por el contrario, yo concluiría con una proposición general que librara para siempre a la conciencia del juez de tales embarazos.

La conjetura a posteriori no es buena guía, salvo cuando se refiere a un resultado necesario o, a lo menos, ordinario del hecho.

Pero, ¿la muerte ocasionada con arma de fuego es el resultado, si no necesario, siquiera ordinario y más probable del disparo? La estadística de los procesos criminales demuestra que sobre cien procesos por heridas no hay, tal vez, cuatro de homicidio.

La propia estadística de las batallas, donde, sin embargo, se lucha con armas mucho más mortales, demuestra que el número de heridos supera en mucho al de muertos. Por consiguiente, cuando sobre la base de un medio que podía causar la muerte, pero que era más probable que no la ocasionara, se convencerán de que el agente quería matar, sin darse cuenta, llegarán al contrasentido de unificar y volver convergentes los dos principios contradictorios que se encuentran entre las condiciones de los medios y las del ánimo.

El criterio menos falaz y, a veces, apodíctico para estar seguro de la intención del agente, es el que se deduce a priori y de manera especial de la causa para delinquir.

Este criterio es sólido porque tiene una base lógica. Si el fin del heridor era casarse con la mujer de la víctima, o enmudecer al testigo, o gozar de la herencia de aquella, o alcanzar, en una palabra, un fin que exigía la muerte del enemigo, sea que el heridor hubiera recurrido al arma blanca o a la de fuego, al proyectil grueso o al menudo, deberemos siempre estar ciertos de la intención más cruel, porque no admitiéndola se llegaría a suponer una intención loca en el agente, una contradicción intrínseca en el mismo.

Si antes de la acción, el culpable, no por jactancia u ostentación, sino con propósito serio, hubiere manifestado desear la muerte del enemigo, también podrá estarse cierto en la admisión de su intención homicida. Pero cuando en los antecedentes se encuentra una indignación que fluctúa y que puede tener su desahogo tanto en la muerte como en la herida, y cuando en los subsiguientes se encuentran medios usados que si bien podían causar la muerte, podían también no producirla, en la investigación intencional no se encuentra nada más que incertidumbre y fluctuación; y en esta incertidumbre el juez concienzudo debe abandonar la vaguedad de las adivinaciones funestas y atenerse a la regla de que en la duda se debe presumir la intención más benigna, y debe prevalecer la opinión más favorable al acusado.

Solo puedo deplorar la verdadera precipitación y casi diría audacia, con la que alguno llega, por un fatal hábito, a declararse dogmáticamente convencido de la oculta intención de un acusado, por la vía de cálculos y razonamientos que, tal vez, no entraron jamás en la mente de aquel infeliz.

Por consiguiente, la regla, que alguien expone como precepto jurídico, de que en razón de la naturaleza del arma, de la calidad del proyectil o de la dirección del disparo, se debe suponer como presunción la intención de matar, conduce a un verdadero abuso de doctrina.

Es verdad que los prácticos sugirieron esos criterios como reguladores de las cuestiones del ánimo, ¿pero en que términos lo sugirieron?

Ocupándose poco o nada de la tentativa, enseñaron esta regla en el caso del homicidio consumado. Pero en el homicidio consumado el título se constituye por el evento. Existe el hecho positivo de que un hombre le ha quitado la vida a otro hombre. El título es irrecusable: es un homicidio.

Solo puede haber cuestión sobre la forma subjetiva. Se puede dudar si el matador debe responder del homicidio en razón de dolo o de culpa; o si debe admitirse la preterintencionalidad, o bien aceptarse o sostenerse la premeditación.

Resulta muy natural que la previsión se deduzca de la previsibilidad y que la previsibilidad se deduzca del nexo ontológico más o menos estrecho entre la causa y el efecto.

Todo esto es lógico, ya que, al fin de cuentas, entra a actuar el principio de necesaria admisión en el derecho penal, mientras la defensa no demuestre lo contrario, esto es, que cuando el efecto sucedió, quien quiso el medio quiso el efecto.

Pero en caso de la tentativa, el hecho no nos ofrece el título de homicidio, porque el hombre se encuentra vivo. A este título sería necesario estructurarlo en su totalidad sobre la base de la intención. Ya no es cuestión de mayor o menor previsibilidad de un resultado sucedido. Es, por el contrario, cuestión de una voluntad dirigida a un efecto no producido.

Y en semejante campo las presunciones deducidas a posteriori no pueden tener valor decisivo. Una cosa es que por vía de presunciones se conecte un hecho cierto a la voluntad de quien fue su causa real, y otra es que por vía de presunciones se pretenda establecer una voluntad decidida a procurar una realidad que no sucedió y distinta de la que sucedió.

Al homicida se le puede decir: debiste haber previsto el efecto que causaste, porque estaba en la naturaleza de los medios que usaste poder producir lo que produjeron. Pero al heridor no se le puede decir: debiste haber querido matar y no sólo herir, porque debiste haber previsto que podía resultar la muerte.

Con este último modo de reproche se va de la presunción de poder, que es incierta, a la afirmación de la voluntad, que debe ser cierta.

Una posibilidad no realizada se equipara a una posibilidad realizada, por arrancar el título de su base de realidad y transportarlo sobre la base de una idea, como si poder y deber fueran en todos los casos idénticos a los efectos jurídicos.

Lo son, efectivamente, cuando se juzga de la relación de un evento verificado con la moralidad del agente que fue su causa. No lo son, por el contrario, cuando se pretende afirmar la divergencia entre el efecto verificado y la intención del agente.

La presunción que sugiere el sentido común es siempre la de que cada uno ha querido hacer lo que ha hecho. Cuando se trata de reforzar esta presunción para excluir la excusa de la preterintencionalidad, será valorable la potencia conocida del acto ejecutado y del medio usado.

Pero no puede valer igualmente para destruir esta presunción, para atribuirle a quien en la realidad es un heridor, el reproche de homicida en la intención.

Resulta ilógico que por bueno que sea un argumento para convalidar una presunción de sentido común, resulte igualmente valioso para destruirla. Se exigen argumentos más fuertes que una mera posibilidad, ya que de la posibilidad se extrae nada más otra posibilidad; o se exige en relación necesaria entre medio y fin, vuelta inepta por una circunstancia imprevista, como en el envenenamiento o en el lanzamiento de un hombre del campanario; o se exigen otras conjeturas o revelaciones del ánimo que correspondan a los precedentes y que, a su vez, jueguen en la relación de causa a efecto, como motivos para suscitar la voluntad más feroz.

En los actos cometidos por impulso súbito de indignación, falta en absoluto todo criterio deducido de los precedentes. La causa para ofender es instantánea y por lo común no guarda proporción con la muerte de un hombre.

No hay ninguna preordenación del cálculo, ni existe preparación de los medios. Se ha disparado; se ha herido; es todo.

Por lo tanto, el elemento intencional se deriva del hecho; se construye únicamente sobre los criterios materiales de la acción, de la cual el fin es la incógnita que debe buscarse. Se confunde, en una palabra, el elemento intencional con el elemento material, incluso cuando este no lo prueba al primero por una necesidad ontológica. De esta manera, se llega a construir el conato con uno solo de sus elementos, en tanto que estos deben concurrir simultáneamente para constituirlo.

He aquí, al fin de cuentas, que las cuestiones intencionales confiadas al criterio único de esta conjetura, se tornan en billetes de lotería: si acertamos, ganamos.

Tengo, por consiguiente, por verdadero también este segundo requisito, sin ocuparme de si la corte de casación de Florencia tuvo razón cuando declaró que, con arreglo a la ley positiva toscana, no se podía encontrar una tentativa en el dolo de ímpetu, o bien, si la tuvo cuando luego le dio por declarar lo contrario.

Los derechos positivos y las jurisprudencias (fluctuantes o no), que interpretan un estatuto penal particular de algún país, no alteran los principios de la ciencia.

Concluyo, pues, en que el elemento moral de la tentativa debe consistir en una intención directa y perfecta.

Art 97

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.1.1.2 Elemento físico. Indagación subjetiva

En la tentativa la función del daño inmediato lo desempeña el peligro. Así, como por lo general el crimen consumado no puede existir si no existe daño, de la misma manera no puede haber tentativa si no existe peligro.

No obstante, en ciertos actos el peligro no puede tomarse en consideración por un doble motivo. O porque no existe (y entonces falta el conato en razón de defecto en la fuerza física); o porque existe un daño efectivo o potencial que sobrepasa la consideración del peligro, caso en el cual falta el conato en razón de exceso.

El defecto en la fuerza física del conato.

Para decir que en ciertos actos hubo peligro y que de esta manera hubo tentativa, es necesario que esos actos representen un comienzo de ejecución. Sólo desde el momento en que con algún acto externo se ha emprendido la violación de un derecho, se puede decir con exactitud que ha comenzado el estado peligroso para ese derecho. Hasta este momento existirá un temor, y nada más.

Conforme a lo anterior, se deducen dos principios:

1) Que para que exista tentativa se precisa un acto externo de ejecución; que este acto externo debe tener el poder de alcanzar el fin delictuoso.

De aquí las muchas consecuencias que excluyen la noción del conato (por defecto en su fuerza física) en ciertos casos en los cuales alguien erróneamente la encontró.

Respecto del primer principio se deduce que:

1. Los puros pensamientos no pueden considerarse como conatos.

Ya sabemos que con los puros pensamientos no se viola la ley civil. Sin acto externo no existe delito: por consiguiente, sin acto externo no hay tentativa. Y cuando al pensamiento delictuoso lo siga su manifestación, esta simple manifestación no representara jamás un comienzo de ejecución. Ni se puede decir, como alguno objetó, que esta regla sufra excepción en los delitos de prensa, en los cuales, el pensamiento anárquico, inmoral o

antirreligioso, no se castiga como un principio de ejecución de un ataque al trono o al altar, o como principio de ejecución del delito al que el escrito incito a los demás, sino como un delito consumado, cuya fuerza física objetiva se encuentra en la difusión de la idea subversiva. El daño se causa a la sociedad con la corrupción potencial de los ánimos ajenos.

2. No configuran tentativa las amenazas aunque vayan acompañadas por gestos, cuando el gesto no esta dirigido a comenzar la ejecución del crimen, sino solo a expresar la intención de cometerlo.

Aquí no solo falta la fuerza física del conato, porque en el acto externo visto en sí mismo no importa emprender la ejecución criminosa, sino que falta, además, el elemento moral, porque no se puede estar seguro de que el que amenaza tenga verdaderamente el ánimo de llegar a la ejecución después.

Si las amenazas (cuyo daño consiste en el temor causado) se castigaran como conatos, se llegaría al absurdo de tenerlas que dejar impunes cuando constase la intención de no ejecutarlas.

3. No son tentativa los acuerdos criminosos.

Las ideas, aunque comunicadas con la palabra entre dos malvados, así como la voluntad llevada al más deliberado propósito en el concierto efectuado entre varios criminales, no dejan de ser una simple idea y una simple voluntad. La palabra no es un acto externo que comience la ejecución de un homicidio, de un estupro o de un incendio.

El acuerdo criminoso y de la misma manera el mandato, la instigación y la sociedad para delinquir, pueden imputarse como delitos autónomos, pero no como tentativas, porque quien le ordena a otro que ejecute, no ha comenzado la ejecución del delito que quiere.

En cuanto al segundo principio se deduce que:

4. Los actos simplemente preparatorios no son conatos.

Si bien estos pueden representar en el designio del agente un comienzo de la operación criminosa que deliberó, en ellos no se puede encontrar la unívoca dirección al delito.

5. No integran conatos los actos que carecen de idoneidad, tanto subjetiva como objetiva.

A la inidoneidad que Carmignani llamo subjetiva, otros la denominan absoluta y otros abstracta. Es la inidoneidad que acompaña al sujeto activo de la ejecución, cualquiera que sea el sujeto pasivo de ella. A la inidoneidad que Carmignani llamo objetiva, otros la denominan relativa y unos más concreta. Es la inidoneidad que no acompaña constantemente a ciertos actos, sino que se produce respecto de un fin especial y de otro no.

Así, por ejemplo, pueden los peritos decir que la cantidad de veneno suministrada no era suficiente para matar a aquel a quien se le puso, por poseer una constitución excepcionalmente robusta, pero que era capaz de ocasionar la muerte de otros hombres de constitución ordinaria.

He aquí una inidoneidad relativa, concreta, objetiva, esto es, nacida del fin especial al cual tenia el agente, que era el de darle muerte a ese atleta. Esta inidoneidad no basta para excluir la tentativa, porque mirado en abstracto, en

modo absoluto o subjetivamente, el medio empleado poseía idoneidad.

A la inversa, los peritos pueden decir que el veneno no habría matado hombres de sólida constitución, pero que si podía muy bien matar a ese hombre al que se le quería suministrar, porque era de poca edad y de complejión débil.

He aquí que el medio ha perdido la condición de inidoneidad que, mirado en si de manera, abstracta, podía presentar, y se ha vuelto idóneo respecto del fin al que se dirigía en el caso concreto. En el primer caso, el peligro existía en abstracto y solo falto por el fortuito imprevisto de la excepcional constitución de la víctima elegida. En el segundo caso, el peligro existió verdaderamente.

Habría tentativa en ambos casos, porque el acto externo ofrece un grado de peligro que es suficiente para constituir su fuerza física.

Es grave error de una moderna escuela germánica pretender que cuando el medio es inidoneo tanto en abstracto como en concreto, también existe conato imputable políticamente.

Este sistema conduce directamente a castigar la sola intención y subvierte el principio político del derecho penal, introduciendo de nuevo en la ciencia, bajo el nombre distinto de contralor moral, el contralor religioso, que la lanzo por mucho tiempo en una cadena de errores subversivos de toda libertad civil.

Se ha dicho tentativa, y aquí uso esta palabra en contraposición de delito frustrado, porque, incluso admitida la distinción entre inidoneidad absoluta y relativa, sin una subdistinción conveniente no se le podría aplicar nunca esa regla al delito frustrado, como lo demostrare posteriormente.

Por ahora basta señalar que la insuficiencia de los medios no es contraria a la noción del conato de una manera absoluta, en tanto que lo es en modo absoluto y constante a la noción del delito frustrado.

Sin darse cuenta alguien ha entendido esta teoría de la inidoneidad de una manera tal que, la destruye.

Otro penso que la inidoneidad excluye la tentativa solo cuando era conocida por el agente. Pero esto es un error evidente, en el que se cayó por haber leído en las Institutas de Carmignani, que la inidoneidad debía ser objetiva, sin comprender el sentido en que nuestro gran maestro usaba esa palabra y traduciéndola, no se con que criterio, con el significado de inidoneidad conocida por el agente.

Según éstos, quien suministra azúcar con el fin de envenenar, solo puede evitar la imputación de la tentativa cuando se demuestre que sabía que los polvos preparados por él eran una sustancia incapaz de provocar la muerte.

Si pensaba erróneamente que el azúcar bastaba para matar o que los polvos eran arsénico, el debe responder (según esos) de tentativa de homicidio, a pesar de que la sustancia fuese absolutamente y respecto de cualquier individuo constantemente inidonea para matarlo.

Pero el error se evidencia tan pronto como se advierte que si se supone el conocimiento de la inocencia del medio, necesariamente desaparece la intención de alcanzar el fin. Cuando alguien utiliza un medio que sabe que es

incapaz de producir la muerte, o es preciso suponer que tal hombre esta loco o es necesario admitir que no quería matar.

Si el conocimiento de la inidoneidad del medio destruye por necesidad lógica la voluntad de alcanzar el fin, resulta que en tal hipótesis la tentativa desaparece por defecto de intención y no por defecto de idoneidad. Desaparece por defecto de la fuerza moral y no por defecto de la fuerza física. He aquí por que yo decía que entendiéndola de esta manera, inadvertidamente se destruía la regla de la inidoneidad.

La regla de la inidoneidad es una regla autónoma.

La inidoneidad produce la exclusión del elemento material del conato, y así la exclusión del conato por defecto de peligro.

Ella presupone el pleno concurso del elemento moral, vale decir, la intención malvada positivamente dirigida a lograr el fin delictuoso. La cual no puede existir si el que utiliza el medio no lo cree capaz de provocar el evento que resueltamente desea.

En este supuesto es que la regla de la inidoneidad produce su efecto jurídico destructor de la noción de la tentativa. Y lo produce, no en razón de falta de voluntad, sino en razón de falta de peligro, en virtud del principio último y supremo dominador de esta teoría, de que cuando cesa el peligro no queda nada más que la voluntad malvada, porque el acto externo inidoneo es como inexistente frente a la ley social y la sola voluntad no acompañada por daño y por peligro no puede ser castigada por la justicia terrena.

Sin embargo, interesa advertir que cuando se habla de tentativa, la inidoneidad de un acto no destruye la idoneidad de los actos precedentes.

Así, si después de una serie de actos dirigidos a un fin criminoso y perfectamente capaces de alcanzarlo, se ejecuta otro totalmente inidoneo e incluso destructivo de la idoneidad de los primeros, cuando la serie de actos precedentes idóneos ya constituía una tentativa punible, el último acto inidoneo no hace desaparecer la tentativa cumplida precedentemente.

El error que envolvió el intelecto del agente y lo condujo a realizar el acto inidoneo suponiéndolo idóneo, representa el fortuito que impidió el evento siniestro.

Esto impidió el delito consumado, pero no destruyó la tentativa ya cumplida, ni canceló la imputación en la que ya se había incurrido, sea porque *factum infectum fieri nequit*, sea porque este fue un proceso ulterior de la perseverante voluntad criminoso.

El envenenador preparo el veneno y se introdujo en la casa del enemigo para echárselo en la comida, pero sucedió que lo echo en una vasija donde hervía una sustancia que tenia la virtud de neutralizar su potencia homicida. Desde este momento todos los actos sucesivos dirigidos a consumir la propinación del veneno, recaen sobre un sujeto activo secundario que se ha vuelto inidoneo, porque ahora ya la mezcla no es más veneno.

Si desde el principio los actos ejecutivos hubiesen recaído sobre una sustancia absolutamente inocua, no habría habido nunca peligro y quedaría excluida toda idea de tentativa punible. Pero en el caso propuesto es necesario distinguir la primera serie de actos de la segunda.

Durante toda la primera serie el medio era idóneo. El malvado adquirió el veneno; lo preparo; se introdujo en la casa del enemigo y se acerco al hogar donde hervían las comidas. En toda esta serie de actos el medio fue idóneo: era un veneno mortífero.

Después de haberlo echado en la vasija que contenía la sustancia neutralizadora, el medio se volvió inidóneo.

Desde este momento la segunda serie de actos no puede pesar sobre la balanza de la justicia.

Esos actos son nulos, porque habiendo recaído sobre un medio inidoneo, no presentan peligro. Pero los primeros eran ya un hecho cumplido y poseían idoneidad, y, con ésta, peligro.

La primera serie de actos voluntarios, que presentan todos los caracteres de la tentativa, no pueden cancelarse por los actos sucesivos con los cuales, por un accidente, o involuntariamente, el mismo reo destruye el efecto de los primeros. En verdad, para hacer desaparecer el delito frustrado basta que la inidoneidad afecte uno solo de los muchos momentos de la ejecución del delito, en cualquier estadio de su serie en que recaiga, como explicaré después. Pero si la tentativa existía antes, no cesa de existir.

En el cálculo de la inidoneidad no debe, pues, perderse de vista nunca la consideración del orden cronológico que el acto inidoneo ocupa en la serie de los momentos ejecutivos. Y esto debe tenerse en cuenta para aplicar el principio, a mi parecer incriticable y productor de múltiples consecuencias, de que la inidoneidad antecedente informa todos los actos subsiguientes, pero ésta no modifica los actos antecedentes.

6. Cesa el conato por la concurrencia de un obstáculo jurídico para la existencia del delito querido.

Este caso sucede siempre que los actos ejecutivos, aunque abstractamente idóneos y explícitamente dirigidos por el agente al fin delictuoso, recaen sobre un sujeto pasivo que, en sí mismo o en las relaciones con la persona delincuente, ofrecía tales características que destruía legalmente la noción del delito deseado.

Esto se ejemplifica con el caso de quien, creyendo consumir adulterio con la mujer ajena, yace con la mujer propia o con mujer que sin saberlo, era ya viuda del propio consorte; o del que creyendo cometer un hurto, roba la cosa propia o la perteneciente a su padre; o del que introduciéndose nocturnamente en la casa de su enemigo, lo asalta en su lecho y creyéndolo dormido le hunde el puñal en el corazón, en tanto que por una enfermedad repentina ya no pertenecía al mundo de los vivos.

En éstos y en otros casos semejantes se encontraría con abundancia cuanto la ciencia exige para que exista tentativa criminosa, a saber: el elemento moral, en la determinación de cometer ese delito; el elemento físico, en la ejecución de actos conducentes a esa finalidad.

Pero la ley no encuentra adulterio en el concubito con la mujer propia o libre; ni encuentra hurto en la sustracción de las cosas propias o pertenecientes a los padres; ni homicidio en el apuñalamiento de un cadáver.

Si el delito no se consumó no fue por el obstáculo legal que lo volvió imposible a causa de la condición del sujeto pasivo o de las especiales relaciones entre este y el agente.

Ahora bien, ya que los actos se dirigieron sobre aquel sujeto, se dirigieron en toda su serie hacia una finalidad

legalmente imposible, y, por esto, no existió nunca, ni siquiera por un instante, el peligro de la violación de la ley.

Nuestros maestros enseñaron concordantemente que en tales casos desaparece la noción de la tentativa. Este es el caso llamado de delito impedido por causa legal (Delito Imposible).

En este punto de la doctrina debe, sin embargo, distinguirse entre el caso en el que el impedimento legal se refiere solamente al sujeto pasivo de la consumación, y en el que se refiere también al sujeto pasivo del atentado.

Se denomina sujeto pasivo del atentado todo aquello sobre lo que recaen los actos ejecutivos precedentes a la consumación. Se denomina sujeto pasivo de la consumación aquello sobre lo cual recaen los actos consumativos del delito.

Así, en el hurto ejecutado, por ejemplo, mediante fractura, el sujeto pasivo del atentado lo representan la puerta que el ladrón rompe y la casa que invade, porque al derribar la puerta y al introducirse en la casa no se consuma el hurto. Por el contrario, el mueble que el ladrón toma para apropiárselo constituye el sujeto pasivo de la consumación, porque con esa aprehensión se consuma el hurto.

Ahora bien, dije que la teoría del obstáculo legal, veraz cuando el obstáculo reside en el sujeto pasivo del atentado y de la consumación conjuntamente, no me parece verdadera cuando el obstáculo que se encuentra en el sujeto pasivo de la consumación no se encontró en el sujeto pasivo del atentado.

Volviendo al ejemplo del hurto con fractura, si el ladrón fuera sorprendido en este momento, no dudaríamos en imputarle el título de tentativa. Pero ocurrió que el ladrón después de la infracción, una vez introducido en la morada ajena, engañado por la oscuridad o el apuro, en vez de apoderarse de una cosa ajena, tomó la cosa propia que accidentalmente se encontraba allí.

Por cierto que nadie dirá que había consumado un hurto. Pero, ¿se puede considerar que ésta casualidad destruye la precedente tentativa, que era ya un hecho cumplido y que no estando dirigido a robar precisamente esta cosa, tenía desde el punto de vista de la intención y por el lado del poder material, todos los caracteres de la tentativa punible?

Me parece que no. Esa casualidad, ese error, es el fortuito que ha impedido la consumación, porque las relaciones entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la consumación impidieron la noción del delito.

Pero este fortuito no cancela la imputabilidad de los actos precedentes: en ellos había idoneidad y, al mismo tiempo, había peligro actual, y a no ser ese afortunado error se habría consumado un verdadero hurto.

Vuelvo, pues, al principio afirmado más arriba:

La inidoneidad del acto consumativo no destruye la idoneidad de los actos atentadores, y cuando estos presentan los caracteres constitutivos del atentado punible, la inidoneidad del acto consumativo es un fortuito que ha impedido la consumación, pero que no puede hacer cesar el precedente conato, ni la imputación en que ya se ha incurrido por éste.

Para que el obstáculo legal existente en el sujeto pasivo de la consumación destruyera la noción de la tentativa en los actos ejecutivos precedentes, se necesitaría demostrar que el ladrón derribo la puerta y se introdujo con el fin

preciso de sustraer aquella cosa que creía ajena y que era suya.

Entonces, habiéndose dirigido desde el principio los actos hacia un fin, con arreglo al cual el delito era legalmente imposible, desaparece toda idea de peligro también en los actos precedentes.

Pero no se puede decir lo mismo si el ladrón se introdujo con el fin de robar otros objetos y por casualidad erró.

7. Afín al precedente, es el caso de cesación del conato por la falta del sujeto pasivo de la consumación, o menos exacto como dicen otros, del objeto.

Unos ladrones se introdujeron con el fin de robar en una casa que estaba completamente vacía.

La Corte de Nápoles decidió que en este caso no concurrían los extremos de la tentativa de hurto, porque al pretender los ladrones robar donde no había nada para robar, se dispusieron a una cosa imposible.

Muchos criminalistas de valor fundan sobre esta consideración, la regla general de que la falta del sujeto pasivo de la consumación hace desaparecer siempre la tentativa.

El principio es verdadero y se señala como una aberración la sentencia de un tribunal superior de Sajonia, que en 1851 condenó como responsable de tentativa de aborto a una muchacha que había tomado un abortivo creyendo estar grávida cuando realmente no lo estaba. Sin embargo, me permitiría dudar de esta regla en el modo absoluto con que se la expone, y mis razones para dudar son las siguientes:

La inexistencia del sujeto pasivo del delito en el lugar donde el reo creía encontrarlo, puede representar el caso fortuito que haya impedido la consumación del delito. Pero si, sin este fortuito imprevisto, los actos precedentes presentaban una idoneidad capaz de despertar fundado temor, ¿por qué no debe tenerse en cuenta el peligro que existía en tales actos?

Supóngase que un enemigo mío haya puesto una bomba debajo de mi cama para prenderla y así matarme cuando vaya a acostarme.

A la hora en que acostumbraba acostarme y creyendo que lo estaba, prendió la bomba. Pero afortunadamente esa tarde me acosté en otra pieza o en ese momento me levante del lecho, y me salve.

Aplicando ilimitadamente la regla mencionada, se podrá decir que no existe tentativa punible, porque faltaba el sujeto pasivo. Estoy plenamente de acuerdo en que no existe delito frustrado, pero no me puedo convencer de que no exista tampoco tentativa.

Hasta el momento de la consumación yo veo una serie de actos malvadamente dirigidos a un fin nefasto y rebosantes de grave peligro, en relación con los cuales encuentro una imputación ya incurrida. No puedo convencerme de que esta imputación se cancele por la precipitación con que el malvado (siempre tenaz en su propósito delictuoso) ha realizado el acto consumativo.

Este ultimo acto fue inútil, inidoneo, y por esto esta bien que la justicia no lo tome en cuenta. Pero, a mi parecer, de esto no deriva que este último acto de más, con el cual el agente llevo hasta el extremo su perverso designio,

deba purgarlo de la imputación ya incurrida.

Y quien no advierte que resultaría absurdo mejorar la condición del justiciable por la única razón de que ha dado un paso más en la carrera del delito. ¿Puede acaso admitirse que un reo se salve de la responsabilidad que ya lo grava, perseverando en la cruel intención y ejecutando otro acto para violar la ley?

Creo, por lo tanto, que la regla de la falta del sujeto pasivo de la consumación tiene necesidad todavía de ser meditada por mentes más valiosas.

Gustoso distinguiría el caso en que el sujeto pasivo no había existido nunca en el lugar a donde se dirigía la acción, del caso en que ha existido y en verdad debía existir en el momento de la consumación del delito, pero por una casualidad había sido sacado y no se le había vuelto a colocar aún.

Así, si el edificio invadido por el ladrón estaba habitualmente vacío, se podrá decir que aquel se lanzó a la ventura, y a sus actos irreflexivos les podrá faltar el criterio de la tentativa. Pero si los objetos que pensaba robar estuvieron antes allí y solo por precaución del dueño fueron transportados poco antes a otro lugar, esta precaución o casualidad que representa el impedimento fortuito de la consumación, no le puede quitar al hecho el carácter de tentativa.

Exceso en la fuerza física del conato.

Existe defecto en la fuerza física del conato cuando en los actos en los cuales se pretende encontrar una tentativa, no ha existido peligro. El exceso se produce cuando los actos ejecutados ocasionaron un daño presente que, desde el punto de vista de la gravedad política, supera y absorbe la consideración de este peligro.

Esto ocurre cuando los actos realizados como un medio dirigido a un fin criminoso no obtenido:

1 constituyen ya una completa violación del mismo derecho y de la misma ley que se quería ofender con el acto final, de manera que la efectividad de la violación de la ley unida a la potencialidad del daño material, suplen la falta de efectividad de este;

2. o constituyen la violación completa de un derecho y de una ley más importantes. La teoría del exceso puede reducirse a la formula general de la prevalecencia del medio sobre el fin.

La prevalecencia, puede derivar de la prevalecencia del derecho abstracto que se atacó con el fin, o de la prevalecencia del bien material de que se privó con el medio.

En razón del primer resultado se puede establecer como regla que en los delitos de daño inmediato universal, el conato que ocasiono una lesión del derecho universal pasa a ser siempre un delito perfecto, aunque su agente no haya alcanzado su fin.

De tal manera, en los delitos contra la moral o la religión, solo puede existir un delito perfecto o un acto inocente.

Como no puede existir tentativa sin un acto externo incoativo de ejecución, resulta que los primeros actos externos conducentes a ultrajar la moral o la religión, aunque objetivamente aparezcan interrumpidos porque el malvado no alcanzó el fin querido (por ejemplo, no llego a romper, como quería, la imagen sagrada contra la cual dirigía sus golpes) presentan ya subjetivamente completa la ofensa a la religión o a la moral, y por esto se

consideran como delitos consumados.

Así, en ciertos delitos políticos en los cuales la violación de la ley consiste en el ataque contra la autoridad política del Estado, los actos ejecutivos no son nada o, si han comenzado la ejecución, quiero decir, si han comenzado el ataque contra el Gobierno, representan una violación de la ley ya completa en sí misma, esto es, un delito perfecto.

Del mismo modo, en los delitos de palabra cuyo comienzo unívoco de ejecución solo puede consistir en proferir ciertas palabras constitutivas (por ejemplo) de injurias o blasfemias, si esa palabra no se ha proferido, no habrá principio de ejecución, y si éste existiera, será necesario encontrar en ella la violación completa de la ley y, en consecuencia, ya no un peligro, sino un daño efectivo. Igualmente en todos los delitos los cuales perficiuntur unico actu, el comienzo de ejecución representa siempre el daño y la efectiva lesión del derecho, y por esto no admiten tentativa.

De la misma manera, en todos aquellos delitos en los cuales la ley castiga el solo peligro (como la ocultación de armas, donde esta se mantenga en el número de los verdaderos delitos), el comienzo de ejecución que representa el peligro constituye lo que le basta a la ley para tener un delito perfecto.

No importa que el reo tuviese la intención de denunciar más tarde esas armas y que esto se le haya impedido, pues en aquel primer momento existía ya consumada la infracción a la ley.

Con estos casos de exclusión del conato, Carmignani forma una tercera clase especial en la cual, según su lenguaje, desaparece la tentativa por la índole de la acción.

Es verdad que en tales casos la causa de la exclusión del conato es la índole de la acción. Pero ésta es la causa ontológica. La causa jurídica por la que las acciones de esa índole no admiten tentativa, es la fundada en el exceso, porque en esos casos la violación de la ley se encuentra ya consumada con los primeros actos de ejecución.

Por consiguiente, admitido que ambas fórmulas son exactas, elijo ésta, porque es más simple.

A causa del segundo resultado, el exceso hace desaparecer el conato en todos aquellos hechos que en la relación subjetiva son más graves o, por lo menos, de igual gravedad que en la relación objetiva.

Todas las acciones de los hombres son una cadena continua de medios y de fines. Si para degradarle la imputación con arreglo a la imperfección del delito, se le aceptase a un reo el pretexto de no haber conseguido su último fin, no tendríamos jamás un término y sería rarísima la aplicación de la pena y del título de delito perfecto.

Raramente (fuera de los casos de venganza) el delito es fin en sí mismo. Un hombre rapta una mujer para saciar su lujuria; otro jura en falso para hacer absolver a un reo; otro infunde temor para que se desista de un hecho; otro mata para lograr la herencia; otro se conjura para derrocar al Gobierno; otro difama a su enemigo para hacerle perder el empleo; otro predica dogmas impíos para que se reniegue de la fe; otro falsifica para lucrar, y, si me lo propusiera, no terminaría tan pronto con tales ejemplos.

He aquí que la primera violación de la ley en el designio del reo no es más que un medio para la consecución de un bien, en la cual se puede encontrar frecuentemente una segunda violación de aquella.

El acusado dirá: yo rapte la mujer, pero no desfogue el deshonesto apetito; jure en falso, pero no se me creyó; favorecí, pero el delito fue descubierto; atemorice, pero no se desistió; mate, pero no obtuve la herencia; me conjure, pero en vano; difame, pero no logre el deshonor de mi enemigo; predique, pero no tuve prosélitos.

Si lo dejáis seguir sobre esta línea no tendréis más que atentados. Pero esta línea esta rechazada por la ciencia moderna. Si el juez estuviese obligado a ir detrás del ultimo fin del reo para decidir si existe o no delito perfecto, se produciría una confusión sin limites, y no seria posible encontrar una formula para definir el conato.

La ciencia distingue, sin embargo, entre el cumplimiento del designio del reo y la efectiva violación de la ley. En ésta encuentra, según sus condiciones, delito perfecto, aunque el culpable no haya conseguido el ultimo fin de su designio, y no haya, quizás, ni siquiera comenzado la ejecución de los actos ulteriores que debían procurar ese fin.

En el designio del reo la operación esta incompleta o frustrada, pero a los ojos de la ciencia el delito esta consumado.

Si las acciones ulteriores que se esperaban del reo hubiesen violado un derecho más importante, el delito perfecto que fue medio se juzga como atentado del delito fin, precisamente porque el fin excede en gravedad política al medio.

Pero si, por el contrario, ocurre al revés, el delito destinado a ser medio se juzga como delito perfecto. Lo que sucede tanto si la prevaencia del medio sobre el fin surge de la naturaleza del derecho atacado con el mismo, por ser un derecho universal, como si, agrediéndose tanto con el medio como con el fin un derecho particular, la prevalencia del medio emerja de la entidad del derecho atacado.

En ambos casos, el hecho de haber deseado el fin puede agravar el delito, pero el de no haberlo obtenido no puede degradar el titulo.

Así, la calumnia, el favorecimiento y el falso testimonio, aunque interrumpidos objetivamente (por no haber alcanzado a provocar la condena del inocente o la absolucíon del culpable) son delitos perfectos, porque teniendo en mira la ley que se opone a tales delitos, la proteccíon de la santidad de la justicia pública, la violación del derecho universal que la ley protege esta completa tan pronto como lo están la acusación falsa o la deposición falsa, porque esta consumada la ofensa a la justicia y, por consiguiente, el delito

Art 98

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.1.2. Imputación del conato

Resulta la tentativa un delito imperfecto. Es evidente, por consiguiente, la primera regla sobre la medida de su imputabilidad, esto es, la de que el cálculo de esta debe tomar en primer lugar sus proporciones de la medida de la imputación que se le habría asignado al delito particular que se quería ejecutar, si hubiese llegado a su perfección.

La cosa es intuitiva. El conato representa un grado en cada uno de los delitos a los cuales se dirigía. En el cálculo de la fracción no se puede prescindir de considerar la cantidad del todo. Por consiguiente, al determinar la represión del conato el legislador no puede, sin riesgo de incurrir en error, establecer normas absolutas, sino solo relaciones de proporción con la represión de cada delito consumado.

No puede decir, por ejemplo, mediante una fórmula absoluta: quiero castigar el conato con tanto de cárcel; sino que es necesario que establezca una fórmula relativa. Y tiene dos maneras para expresar esa relación.

O puede decir mediante una fórmula única y general que la tentativa se castigue con una pena inferior en un cuarto, en un tercio, etc., a la correspondiente al delito perfecto; o puede decir que se la castigue con tanta casa de fuerza, si el delito consumado hubiera conducido a una pena perpetua; con tanto de cárcel, si el delito consumado hubiera conducido a la casa de fuerza; con tanto de pena aflictiva o pecuniaria, si aquel hubiera conducido a la pena de cárcel, etc.

Una u otra manera que haya elegido el legislador, es evidente que siempre obedece a la regla de lo relativo, y siempre alcanza la proporción adecuada.

Esta consideración no tiende, pues, a establecer la norma de la imputación del delito perfecto, sino solo a buscar la regla según la cual se debe determinar en el atentado el mayor o menor grado del fraccionamiento de la imputación atribuible al delito imperfecto, en proporción a la asignada al delito cumplido.

En tal indagación no se puede prescindir del examen de la cualidad y cantidad del conato. La primera determina el mayor o menor grado de la fuerza moral de la tentativa. La segunda, el grado de su fuerza física.

Art 99

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.1.2.1 Cualidad

Dice Manuzzi, que cualidad, es lo que hace que una cosa sea tal. La cualidad es un atributo de todo ente y constituye su modo de existir. El conato es un delito imperfecto.

Lo que lo hace quedar imperfecto constituirá, por consiguiente, el modo de ser, la especie, de cada tentativa. De esta manera, la cualidad de un delito imperfecto no se puede encontrar en otra parte que en la causa que detuvo su perfeccionamiento.

Por consiguiente, la cualidad del conato varía según que varíen las causas que impidieron la consumación del delito.

Respecto de la finalidad actual, esas causas pueden referirse a dos clases: voluntarias y casuales.

Omito la tercera clase, que comúnmente se enumera entre las causas legales, porque éstas no crean el conato, sino que lo destruyen por defecto.

Ahora bien, lógicamente no se puede llamar cualidad de una cosa a lo que la hace dejar de ser, ya que la cesación de la existencia es la cesación de todas las cualidades.

Cualidad del conato es lo que excluye el delito perfecto y hace nacer el conato. Las causas legales excluyen uno y otro.

Voluntaria se llama por antonomasia la causa que impide la ejecución que tuvo su génesis exclusivamente en un cambio totalmente espontaneo de la voluntad del agente.

Para que la causa que detiene el delito se pueda decir voluntaria, no solo es necesario que nazca de un arrepentimiento del agente, sino que, además, el arrepentimiento debe tener la característica de recaer sobre el fin y no sobre los medios.

Por medios entiendo todas las condiciones de lugar, tiempo y modo con los cuales el malvado había preordenado la ejecución del crimen.

Comprendidas en un sentido diverso, las causas voluntarias se confunden con las causas casuales morales (o mixtas), de las cuales hablaremos más adelante, y que en parte nacen por una casualidad superviniente y en parte por la voluntad del agente, que se determinó a desistir en razón de esa casualidad, a pesar de que la circunstancia superviniente no le impidiera materialmente continuar la acción delictuosa.

Si se probara que el malhechor desistió de la acción porque fue visto, o porque considero inoportuno el momento, o por cualquier otra causa distinta del renegamiento absoluto de la voluntad criminoso (esto es, del abandono del fin malvado), el reo no se ha arrepentido, no ha desistido del fin, sino solo de los medios; simplemente ha aplazado la ejecución del crimen o ha modificado su designio.

La causa que impidió la consumación no es ya, en el lenguaje científico, voluntaria. A lo más puede considerarse mixta, y entra naturalmente en las causas morales que veremos después.

Por consiguiente, la causa será siempre casual todas las veces que tuvo principio en una circunstancia extraña al agente, no solo cuando esta ejerció su influencia físicamente sobre su brazo, sino también cuando actuó moralmente sobre su ánimo determinándolo a desistir en el momento del delito.

Así, si el ladrón, después de haberse introducido en el domicilio ajeno donde podía robar con seguridad, víctima de un saludable remordimiento se retira porque reniega de la voluntad de cometer el hurto, puede considerarse verdaderamente arrepentido y la causa de la imperfección del delito es voluntaria.

Pero si el ladrón se retiró porque oyó que los propietarios estaban despiertos o porque un ladrido de perro lo hizo entrar en sospechas, no se puede considerar arrepentido y la causa se considera casual.

Las causas casuales se subdividen en causas morales y causas físicas. Distinción que me parece debe definirse de la siguiente manera:

Son causas físicas las que materialmente detuvieron el brazo del malhechor o volvieron inepto el instrumento que usaba, o las que interpuestas entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, impidieron el evento criminoso.

Son causas morales las que actúan sobre su voluntad y lo constriñen contra su deseo de interrumpir el curso de las acciones culpables.

Las unas y las otras son hijas de una accidentalidad, que la ley considera independiente del reo. La diferencia entre las causas casuales físicas y las causas casuales morales no reside, por consiguiente, en su primera génesis, sino en su diverso modo de actuar.

La génesis de unas y otras es siempre exterior al culpable. Es exterior si mientras el sicario le propina golpes a la víctima, un tercero le detiene el brazo y lo constriñe a desistir. Es igualmente exterior si el tercero se limita a gritar "detente, malvado", y así induce al sicario (que se ve descubierto) a desistir y fugar.

Pero en la primera hipótesis la causa exterior actúa físicamente sobre el culpable y la única causa del desistimiento fue la impotencia a que fue reducido, mientras que en la segunda hipótesis la causa exterior no detuvo físicamente su brazo, ni lo redujo a la impotencia para proseguir y matar a pesar de todos los gritos ajenos. Esa causa exterior actuó moralmente sobre el culpable y no habría bastado para impedir la muerte si el agente hubiera sido más temerario o más feroz, de modo que en el desistimiento intervino como causa próxima un momento de la voluntad del agente. Momento coaccionado y por esto diferente del espontáneo reconocimiento de la falta, pero también distinto del caso del forzado, que sufre una fuerza exterior impeditiva de sus actos a despecho de la malvada voluntad que persevera en el hasta el extremo.

Agréguese aquí la diferencia de noción entre los actos del forzado (actuado y no agente) y los actos del coaccionado (quien etiamsi coactus temen voluit) y aparecerá muy clara la distinción entre las causas casuales físicas y las causas casuales morales, y esto facilitará la comprensión de la razón de la diversidad de grado en la imputación de los dos casos.

Ahora bien, las distintas cualidades del conato, o sea la variedad de las causas que lo hicieron quedar tal, influye

sobre la medida de su imputación por un principio muy racional. La justicia exige que a quien se le pide cuentas del mal que ha hecho, se le tenga en cuenta el bien que realizó.

De aquí el principio de que el conato debe imputarse tanto menos, cuanto más referible a la voluntad del agente sea el no perfeccionamiento del crimen.

Ese principio se resuelve en dos reglas:

1. La aminoración llegará a su apogeo cuando en su génesis el desistimiento únicamente sea referible a la voluntad enteramente espontánea del mismo culpable. 2. Desde este punto la aminoración ira decreciendo de grado en grado en razón directa de la influencia del caso.

Cuando la causa sea voluntaria en el sentido mencionado, tendremos el efecto máximo de la aminoración. Pero ¿podrá llegar hasta el punto de cancelar toda imputación?

Tal es la opinión de Desimoni y de Rossi, que a mí me parece preferible a la contraria. Carmignani titubeo sobre esta cuestión y después de haber enseñado primero que el conato que quedaba tal por el arrepentimiento del agente, no era ya imputable (238), agrego la nota al 245, donde siguiendo las huellas de Boehmer y de Kemmerich, adopto la opinión de que al autor de tentativa se le debía atribuir siempre un ínfimo grado de imputación, aunque los actos de su tentativa no hubiesen producido ningún daño y hubiese desistido por arrepentimiento espontaneo.

Convengo con el insigne maestro en que mirada la cuestión con rigor ontológico, tan pronto como se ejecuta una tentativa dotada de características que la hacen imputable, el arrepentimiento posterior no la destruye, porque *factum infectum fieri nequit*. Si la tentativa era un hecho imputable, ya ejecutado, nació la obligación de responder frente a la ley penal.

Y así como la restitución de lo sustraído, por útil y completa que sea, no cancela el hurto ya consumado, del mismo modo la existencia de una tentativa punible no desaparece por el ulterior arrepentimiento espontaneo, por útil y sincero que sea.

Pero en este caso no se debe aceptar este riguroso modo de ver, sea porque entre un caso y otro no media identidad de razón; o porque las consideraciones políticas deben absorber toda consideración de estricta justicia.

No media identidad entre un caso y otro, porque cuando el delito fue consumado, se produjo un daño, se produjo la violación efectiva del derecho atacado, y esta violación no debe quedar impune una vez producida.

Pero cuando el autor de tentativa se arrepintió de sus acciones a mitad del camino, y antes de haber causado un daño y de haber violado algún derecho, si no pudo destruir lo hecho, destruyó, sin embargo, lo que del hecho le importaba a la sociedad impedir, esto es, el logro de la violación del derecho.

En el conato, la razón para castigar reside en el peligro, pero la sociedad no puede temer un peligro de los autores de tentativa que se arrepienten a mitad de camino.

He dicho, también, que las consideraciones políticas hacían prevalecer la opinión más benigna, desde que todos

sabemos que las leyes penales deben tender a prevenir los delitos futuros con el castigo de los pasados.

Sin reconocer en la prevención el único fin y el único fundamento de la aplicación de la pena (lo que nosotros no podemos admitir), es preciso, sin embargo, reconocer que un legislador sabio debe utilizar siempre esa consecuencia de la amenaza y de la efectiva aplicación de un mal al delincuente.

De manera que si para el legislador no es una buena razón castigar solo para prevenir, lo es, sin embargo, no castigar cuando el castigar sería causa de delitos.

No resulta contradictorio negarle a la utilidad el poder de autorizar a hacer y al mismo tiempo concederle el poder de impedir hacer lo que no se podría hacer sin un peligro seguro. La tutela del derecho es el único fundamento aceptable del derecho punitivo, porque si careciese de una sanción eficaz, la ley jurídica no sería más ley, sino simple consejo.

El único fin de la pena es el de tranquilizar a los coasociados, esto es, mantener en ellos la conciencia del derecho, mostrando cómo se tutela la ley que protege su libertad.

Pero, precisamente, de estas dos proposiciones se deriva:

1. Que cuando en un caso dado la sanción pone en peligro el derecho, la sanción debe enmudecer, porque cesa su razón de ser, de la misma manera como conviene que la sanción enmudezca en la muerte cometida por el agredido en defensa propia, en la cual se volvería una ayuda a la lesión y no a la protección del derecho.

De lo que deriva:

2. Que la sanción penal debe enmudecer también por la cesación de su fin, porque cuando su mantenimiento sea una probable causa de violación al derecho, entonces la amenaza de la pena, volviendo menos seguros a los buenos, naturalmente les da menos tranquilidad, y así, en vez de proporcionársela, disminuye la opinión de su propia seguridad.

Por consiguiente, constituirán defecto y verdadera aberración las sanciones de una ley penal que puedan, con oposito procedimiento, impulsar a la delincuencia.

Ahora bien, mientras que por un lado, la sociedad no arriesga nada perdonando al autor de tentativa arrepentido, la imposición de una pena, aunque benigna, puede resultar una causa impeditiva del arrepentimiento.

Por lo tanto, creo que el arrepentimiento tempestivo del autor del conato debe eximirlo de toda imputación.

Digo tempestivo. Esto es, ocurrido antes de que los actos ejecutados constituyan en sí mismos un hecho dañino y violador de un derecho, en cuyo caso la violación del derecho ya consumada constituye un título especial que queda imputable como tal.

Si Ticio agredió a su enemigo con el fin de matarlo y le propinó un golpe hiriéndolo levemente, pero a la vista de la sangre, de los ruegos o de las disculpas de la víctima, su corazón se ablandó y desistió; quedará siempre imputable de lesión ya causada.

Pero si la piedad lo vence antes de herir, aunque ya hubiese agarrado a la víctima y blandido el puñal, no se le

podrá imputar nada.

Tal conclusión no solo es impuesta por el peligro en que la ley imprevisora lanzaría al agredido diciéndole al agresor que de todos modos lo castigará, impulsándolo así a continuar. Sino que, además, es impuesta por la regla fundamental de que el daño mediato constituye el fundamento de la imputabilidad política de los hechos lesivos del derecho y de que este daño mediato se compone por la alarma de los buenos y el mal ejemplo para los malvados.

Ahora bien, el mal ejemplo en el caso de desistimiento voluntario es propiamente nulo, porque supondría la contradicción en la voluntad criminoso; supondría, vale decir, que alguien ha comenzado a hacer para no hacer; supondría que alguien se decidiera a ejecutar un delito con la esperanza de arrepentirse y no ejecutarlo, lo que resulta absurdo.

Solo se debe recordar que cuando la causa inmediata del desistimiento aparezca voluntaria, la presunción esta a favor del imputado.

De manera que si la acusación pretende sostener la falta de espontaneidad del desistimiento, debe proporcionar la prueba de la causa fortuita, y probar, además, que ésta obligó al agente a desistir.

De vuelta a la segunda regla, no cabe duda que la influencia de la voluntad del autor del atentado, incluso cuando no la acompañe la espontaneidad o la previsión, debe producir sensibles efectos sobre la imputación del conato.

En el conato se toma el peligro como base de la razón de castigar, y éste es tanto menor cuanto menor fue la tenacidad de la voluntad, la malicia o la audacia del reo al preparar o ejecutar el delito.

De suerte que de ahí resulta que el delito no alcanza a ser perfecto, aunque a despecho del reo, por su titubeo, por su inexperiencia o por la precipitación de su juicio al elegir los medios de ejecución.

Tal es la enseñanza de Niccolini, a la que apoya en la sentencia de Augusto, referida por Suetonio, en la que relata que aquel príncipe perdonó a un hijo autor de tentativa de parricidio eo quo timide gessisset.

La causa será siempre casual, porque si bien la falta de éxito debe referirse a un acto voluntario del reo, éste acto fue la causa de la falta de éxito contra sus previsiones o no fue enteramente espontaneo.

Sin embargo, la precipitación en un caso o el desistimiento en el otro, fueron actos voluntarios, y lo cierto es que si el delincuente hubiera sido más cauto y malicioso en el primer caso, o más audaz y obstinado en el segundo, se habría cumplido el evento.

Por consiguiente, la imputación subsistirá, pero deberá quedar en un grado menor que la que correspondería al atentado si una pura casualidad hubiese impedido la consumación de un delito, tan pertinazmente conducido y preparado con tanta astucia, que la circunstancia de su interrupción aparecía como excepcional e impensada. Puede verse cómo la cualidad del conato influye sobre la imputación.

Art 100

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.1.2.2 Cantidad

Se entiende como la cantidad de un ente lo que constituye sus proporciones de más o de menos en comparación con otro del mismo género.

El criterio de esta relación varía según la diversa naturaleza de los elementos materiales que se tomen en cuenta entre las cosas en las que se hace la confrontación. A veces la norma de la cantidad se deduce del número, del volumen o del peso, pero siempre subordinados a una idea de proporción.

Habíamos visto que la cualidad del conato se refiere a su fuerza moral, porque se deduce del grado de influencia de la voluntad del agente sobre el impedimento saludable o sobre sus efectos beneficiosos. La cantidad del conato se refiere a su fuerza física, porque depende del número y del influjo de los actos externos que constituyeron la tentativa.

El delito se compone de una serie de movimientos físicos, representado cada uno de ellos por un acto con el cual el malvado se encamina hacia el fin que se ha prefijado.

Cuando se detiene el curso de esos momentos de acción existe una tentativa, cuya cantidad resulta de la serie de los momentos que el agente ha recorrido en relación con los que le quedaban por recorrer.

Cuanto menor sea la serie de los actos que le quedaba por cumplir para consumir el delito, tanto mayor será la cantidad del conato; tanto mayor habrá sido el peligro, y tanto mayor deberá ser, en consecuencia, la imputación bajo este aspecto.

Por ello el sentido de la distinción generalmente acogida entre conato próximo y conato remoto. Distinción fácil de comprender en abstracto, pero difícil de concretar.

Cuanto más la serie de los actos ejecutivos se aproxime al acto consumativo del delito, tanto más se deberá considerar próximo el atentado; cuanto más distante esté, tanto más remoto deberá considerarse.

La proximidad es por naturaleza un termino relativo; pero es relativo respecto de la meta, no del punto de partida.

Adviertan toda la línea que debe recorrer el delincuente, y partan del acto interno, la determinación a delinquir, que por sí solo no presenta elementos para su imputabilidad política.

Al continuar, encontrarán los primeros movimientos que esta voluntad le imprime al cuerpo del reo, los cuales carecen de dirección unívoca hacia el delito, no siendo imputables, y con ello ya tendrán los actos preparatorios.

Encontrarán después los actos que manifiestan una dirección cierta hacia el crimen, pero que están todavía lejos de su consumación, y he ahí el conato remoto.

Adelante encontraran otros actos, de los que poco falta para consumir el delito, y tendrán el conato próximo.

Viene por último el acto de consumación, y si sigue el evento, tendrán el delito consumado; si no sigue el evento, tendrán el delito frustrado, cuando en la serie de los actos ejecutados se encuentran todos los que eran necesarios para producirlo, o bien, el máximo grado de la tentativa próxima si el evento no sigue por insuficiencia de alguno de los actos que eran necesarios para producirlo.

Resulta intuitiva la racionalidad del mayor castigo de la tentativa cuanto más se aproxima a la consumación. En razón de esa aproximación se vuelve mayor el peligro corrido por la sociedad y aumenta la perseverancia del reo en su propósito malvado.

He dejado establecido, que la proximidad del conato debe ser deducida del número y de la influencia de los actos que lo compusieron porque el solo criterio del número seria falaz.

Un delito puede exigir para su ejecución quince actos sucesivos, en tanto que otro puede efectuarse con solo cinco.

Quien haya ejecutado diez actos hacia el primer delito, estará a dos tercios de camino, en tanto que el que haya ejecutado cuatro actos hacia el segundo delito, estará a cuatro quintos de su camino.

Si la cantidad se calculara solo por el número de los actos ejecutados, tendremos mayor número en el primero que en el segundo, pero, ¿quién se atrevería a decir que aquél estuvo más próximo a la meta que éste?

La proximidad es un término relativo en relación con la meta, no al punto de partida. En esencia, para medir la cantidad del conato los actos deben ser pesados más que contados, o es necesario deducirla de un cálculo más bien negativo, considerando el número de los actos que quedaban por ejecutar y no el número de los ejecutados.

Es la razón por la que dije que la cantidad dependía no solo del número, sino también de la influencia de los momentos recorridos.

Vistos teóricamente todos estos principios aparecen simples y claros. Pero cuando se deba proceder a su aplicación práctica, ¿podrá la ciencia establecer una fórmula que proporcione una guía segura y constante?

He aquí la dificultad a la que ya hice referencia. ¿Cuál será el punto de separación entre actos preparatorios y conato; entre conato remoto y conato próximo; entre tentativa y delito frustrado? Es la investigación que queda por hacer para terminar el estudio de esta teoría.

No existe gran dificultad en la primera investigación si se siguen los preceptos de la escuela italiana.

La univocidad es la fórmula que señala el confín entre los actos preparatorios y el conato. Aunque en su aplicación práctica sufra necesariamente el influjo de circunstancias variables según los casos y no definibles a priori con una expresión general, esa fórmula proporciona, por otra parte, un criterio bastante útil para las necesidades prácticas.

La línea que sugirió Rossi para distinguir los actos preparatorios de los actos de ejecución, conduce a destruir la distinción entre conato próximo y conato remoto, trasladando todos los conatos remotos a la clase de los actos preparatorios.

Toda la equivocación consiste en confundir y unificar los actos de ejecución con los actos de consumación.

Esta unificación puede ser exacta según el lenguaje del art. 2 del código francés, el cual al requerir un principio de ejecución después de la manifestación con actos externos, evidentemente usa la fórmula actos ejecutivos como sinónimos de actos consumativos.

Pero frente a la verdad y al lenguaje científico común, preparar, ejecutar y consumir son tres momentos distintos.

Quien medite con atención lo que con amplitud discutió Rossi para sostener su nueva fórmula, conduce a la consecuencia última de que éste no encuentra el principio de la ejecución sino en el principio de la consumación.

Lo que vuelve absolutamente imposible concebir un conato remoto y conduce a trasladar todos los actos que verdaderamente serien ejecutivos, pero que no son todavía consumativos, a la categoría de los simplemente preparatorios.

Ahora bien, se puede pensar muy bien que el conato remoto no deba imputarse políticamente, pero es imposible destruir su noción.

Siguiendo esa línea, Rossi llegó a consecuencias científicamente inaceptables, aunque se deban aceptar frente a una ley local cuando deriven de una disposición especial de ésta.

Dice que mientras el ladrón se limitaba a derribar la puerta o a apoyar la escalera en el balcón para escalar y mientras el falsificador de moneda se limitaba a fabricar la moneda, no hacían más que preparar el delito, porque todavía, según él, aquel no había comenzado la ejecución del robo ni este el expendio de la moneda.

Dice que la ejecución del hurto comienza desde el momento en que el ladrón toma la cosa y la lleva consigo. Todas estas consecuencias chocan a cada paso con las más firmes reglas jurisprudenciales. Rossi (lite. 2, cap. 28), Roberti (volt 3, ps. 127 y 128) y Trebutien (vol. 1, p. 96, nota 13) ponen como regla absoluta la de que no se sale de los actos preparatorios hasta que no se comienza la violación del derecho que se quería ofender.

En lo que según mi modo de ver representa el pasaje del conato remoto al conato próximo, ellos ven, por el contrario, el pasaje de los actos preparatorios a los actos ejecutivos. El último y el más exacto de estos criminalistas apoya su opinión sobre el principio de la univocidad. Y el principio es verdadero, incontrastable. Pero el error reside en pretender que el principio de la no univocidad, que como regla abstracta es un criterio sólido de los actos preparatorios, pueda trasmutarse en una fórmula concreta configurable en un determinado modo de acción, de manera que de abstracta la regla se vuelva material y en su materialidad se mantenga absoluta incluso cuando las combinaciones del caso práctico excluirían la regla abstracta.

Una cosa es decir que la efracción y el escalamiento puedan a veces no considerarse como acto de ejecución del hurto porque carezcan de univocidad, en cuanto que en el caso concreto no concurren circunstancias tales que demuestren que la efracción o el escalamiento se han cometido con el fin de robar y no con otro fin, y otra muy distinta es decir que siempre deben ser considerados como actos de ejecución cuando presenten la más clara

univocidad. Entre uno y otro modo de razonar y de expresarse hay una diferencia esencial.

Una regla puede ser absolutamente verdadera; puede aplicarse justamente en ciertas condiciones a un caso concreto, pero no por esto puede transformarse en regla la aplicación, porque si concurren casos concretos semejantes a aquel en el cual la regla fue aplicada justamente, pero en los que falta la razón de la regla, esta deberá guardar silencio.

Así, Trebutien dice que quien fue sorprendido en la efracción y en el escalamiento podía tener la finalidad de raptar una mujer, y de esto deduce que tales actos carecen siempre del carácter de la tentativa de hurto.

Pero no advierte que las circunstancias pueden excluir perfectamente la posibilidad de todo otro ánimo fuera del de robar, y que cuando esto ocurre, la regla concreta es destruida por la regla abstracta.

Supóngase que cuatro pillos sean sorprendidos con carros cargados con barriles vacíos en el acto de derribar la puerta de mi bodega, ¿se podrá seguir diciendo que querían seducir una mujer en esa bodega deshabitada? ¿Podrá alegarse, como regla absoluta, que la efracción carece de univocidad hacia el hurto y que no puede constituir tentativa?

No es verdad que la jurisprudencia francesa autorice a tener como regla científica (como quiere colocarla Rossi) a la proposición de que la efracción no es una tentativa. Esto no es así por dos razones perentorias:

1) Porque las cortes de Francia nunca entendieron decidir la cuestión con arreglo a la ciencia, sino según el art. 2 de su código penal, el cual presenta dos características. La primera, en cuanto equipara respecto de la pena el conato y el delito perfecto. Por consiguiente, la moralidad de esos magistrados debió conducirlos a restringir fuertemente la noción del conato, y la humanidad lo acepta de buen grado. La segunda es que el art. 2 cuando habla de la tentativa seguida de un principio de ejecución, no considera la tentativa según la ciencia, sino una tentativa sui generis. Ahora bien, como para la ciencia toda tentativa tiene necesidad de un principio de ejecución, resulta claro que con arreglo al concepto del código de Francia, el principio de ejecución que este requiere como condición ulterior además de la tentativa no es la ejecución que de ordinario basta para constituir tentativa, sino que es alguna cosa de más, o sea, el efectivo principio de la violación del derecho. Por consiguiente, la regla de Rossi puede ser exacta en Francia como regla de derecho positivo; pero es inexacto hacer de ella una regla científica. Esta verdad está demostrada por el mismo fallo de Montpellier del 19 de febrero de 1852 ("Journal du Palais", 53, 2, 170) que se presenta como prueba de esa regla jurisprudencia. La corte no dice que la efracción no sea tentativa. Argumento sobre el art. 2 y señalando que la tentativa prevista por el art. 2 se castiga como el hurto consumado, observo que il y aurait danger social manifeste a assimiler une Parelle tentative, au crime consohme. Por lo tanto, la misma corte de Montpellier está de acuerdo en que la efracción es una tentativa, pero opina que no es la tentativa prevista por el art. 2.

2) La otra razón que demuestra que no es verdad que la jurisprudencia francesa haya sostenido esa regla como absoluta, es la de que todas las decisiones que se mencionan se fundan siempre sobre la apreciación del hecho. Véanse las decisiones de la Corte de Casación del 27 de agosto de 1812, 11 de junio de 1818, 23 de septiembre de 1825 y 4 de octubre de 1827. La sentencia de 1818 incluso critica a la corte de Nancy por haber apreciado mal el hecho al sostener que la efracción llevada a su juzgamiento no era una tentativa, pero se limita a esta censura, porque se declara incompetente para controlar las apreciaciones de hecho. Por consiguiente, la casación de Francia también admite que la efracción puede ser tentativa.

La ejecución de un delito es un viaje que hace el malvado hacia la violación de la ley.

Supongamos que quiero hacer un viaje a París. Mientras preparo el pasaporte y los baúles no he comenzado el viaje hacia París. Pero cuando me he puesto en camino, lo he comenzado, aunque los que me vean no sepan todavía si iré solo a Génova, o a Turín, o a París.

No se puede decir que la ejecución de mi viaje comience solo cuando alcance a ver la torre de Notre-Dame. Los otros podrán tener dudas sobre cual viaje he emprendido, pero lo cierto es que he emprendido un viaje.

De igual forma en la preparación criminal podrá quedar incierto a que delito se dirijan los actos ejecutivos, pero tan pronto como aparece cierto que se dirijan a un delito, se tiene un conato. No es cuestión del ser, sino del conocer.

Y la incertidumbre entre varios delitos posiblemente asequibles por esos actos, se resuelve con la regla que hace prevalecer la suposición más benigna.

La univocidad de su dirección hacia un acto criminal es, por lo tanto (objétese lo que se quiera desde el punto de vista ontológico), el único criterio que la ciencia le puede suministrar a la práctica para distinguir los actos preparatorios de la tentativa.

¿Cuál será el criterio que determine el punto de pasaje del conato remoto al conato próximo?

He aquí, según mi opinión, un nudo intrincado. Mientras tengamos a la vista actos muy lejanos o actos muy cercanos a la consumación, será fácil ponerse de acuerdo para ver en aquellos un conato remoto y en estos un conato próximo. Pero debe haber un punto de transición y de contacto entre el conato remoto y el próximo. Debe existir el último acto con el que termina la serie de los remotos, y debe existir el primer acto que abre la serie de los próximos.

Resulta indispensable determinar cual es aquél y cual éste, sea que el derecho positivo admita la imputación, aunque con diverso grado, tanto del remoto como del próximo, o que siguiendo la enseñanza de muchos doctores, exonere al remoto de toda imputación.

¿La determinación de este punto de pasaje deberá dejarse al arbitrio del pensamiento de los magistrados, sin que la ciencia les dé un criterio mas positivo que el de la vaga indicación de la proximidad o del alejamiento?

Sería ciertamente una necesidad práctica del derecho penal que la ciencia lo expresara para tranquilizar las conciencias y evitar la oscilación en la determinación de los castigos.

¿La ciencia, podrá llenar esa laguna?

Todos dicen que el conato próximo se debe castigar más que el remoto, y algunos incluso me dicen que el conato remoto debe dejarse impune. Pero aquí se detienen.

Carmignani se ocupo seriamente de encontrar esta fórmula tan importante y concluyó declarándola imposible, lo que bastaría para excusar a cualquiera que se abstuviera de tentar ese vado.

El criterio para establecer cuando el conato deja de ser remoto y se vuelve próximo, no se puede deducir del número de los actos ejecutados. Esto es intuitivo.

Tampoco se puede deducir del número de los actos que quedaban por realizar porque este número es variable según las circunstancias.

Diciendo que se determina por la influencia del último acto ejecutado, se sustituye a una fórmula indefinida otra no menos vaga y mudable según el modo de sentir de quien deba aplicarla, y una vez más se saca la justicia práctica del imperio de la razón para entregarla al gobierno del sentimiento.

Sin embargo, se puede aventurar una idea. Parecería que se pudiera decir que el conato pasa del grado de remoto al grado de próximo, cuando el culpable, trasladado al lugar destinado para la acción, actúa contra el hombre o la cosa sobre la que debe consumarse el delito.

Así, mientras el ladrón busca los escoplos o la escalera, o se dirige hacia la casa donde quiere robar, o esta espiando la ocasión de penetrar en ella, no ha ejecutado nada más que actos simplemente preparatorios.

Según mi parecer, recién entra en la vía del conato cuando apoya la escalera sobre el balcón o hunde el escoplo en la puerta, pero su conato es todavía remoto, porque sus actos recaen sobre el sujeto pasivo del atentado, pero aún no sobre el sujeto pasivo de la consumación.

Lo consideraría responsable de conato próximo cuando, habiendo penetrado a la casa, se acerca a la cosa que va a robar y comienza a actuar inmediatamente sobre el objeto sobre el que debe recaer el acto consumativo, que se encuentra presente. Entonces, la acción sobre el sujeto pasivo de la consumación ha comenzado o por lo menos es inminente.

Así, el cocinero que adquiere y macera la sustancia venenosa, realizará un acto meramente preparatorio del envenenamiento. Solo cuando la arroja en la olla de mi sopa, entra en el camino de la ejecución, y, de esta manera, del atentado; pero permanece siempre en la tentativa remota.

Se vuelve responsable de un atentado próximo solo recién cuando viene a ponerme la sopa en la mesa.

En una palabra, en tanto los actos se ejercen sobre el simple sujeto pasivo del atentado, yo no vería nada más que actos preparatorios o conato remoto, según que concurra o no la univocidad. Encontraría el comienzo del conato próximo allí donde las acciones vengán a dirigirse sobre el sujeto pasivo de la consumación: *rem scilicet vel personam in cuius perniciem exeruntur actus*: Carmignani, 228, edit. pis. , 1833.

De acuerdo con mi opinión, aquí está, el punto más oscuro y ambiguo de esta teoría. De esta ambigüedad nacieron, precisamente, las divergencias acerca de la imputación.

En efecto, los que confundieron el conato remoto con los actos preparatorios, debieron sostener la no imputabilidad del conato remoto, pero así destruyeron (como lo he señalado) una distinción prácticamente muy útil para la equitativa distribución de los castigos.

Por el contrario, los otros manteniendo viva de manera efectiva la distinción entre conato remoto y actos preparatorios, también le atribuyeron a aquél un grado de imputación.

De esta manera, en nuestra ciencia las fórmulas y las definiciones de la escuela producen resultados de gran importancia en el aula legislativa y en el foro. Pero la distinción, además de ser ontológicamente verdadera, es

jurídicamente necesaria.

Y si la fórmula de la univocidad es guía segura para distinguir los actos preparatorios de los conatos remotos, la fórmula de la presencia del sujeto pasivo en el acto en que cesó el atentado, puede ser un criterio útil para distinguir los remotos de los próximos, según que aquél haya sido sujeto pasivo del conato o de la consumación.

Bien entendido sin embargo, que esa presencia debe entenderse en el sentido de interescencia material en la ejecución del delito, de manera que sea real la condición de sujeto pasivo.

La última indagación relativa a distinguir la tentativa del delito frustrado, es muy fácil con tal que se capte la importancia de estas dos ideas correlativas entre sí, esto es, que el delito frustrado existe solo cuando:

1. Se hayan ejecutado todos los actos necesarios para lograr el evento criminoso;
2. Que este haya sido evitado por una eventualidad totalmente independiente del modo de actuar del culpable.

La noción más exacta del delito frustrado es la que da el código penal toscano en el art. 46, si se la entiende bien.

El criterio del delito frustrado no se debe deducir mezquinamente de la ejecución del último acto consumativo, y a raíz de esto, sostener que la tentativa ha cesado siempre y que ha surgido indistintamente el delito frustrado, aunque hubiese deficiencia en los actos precedentes por ser inidóneos o insuficientes, o por no haber sido ejecutados.

Sea que se haya omitido uno de los primeros actos o el último, o que la inidoneidad este en los primeros o resida en el último, es suficiente para que los actos necesarios para el delito no estén todos ejecutados.

Así, Niccolini le negó el carácter de delito frustrado al suministro de un veneno mineral muy apto para matar, pero que no se había disuelto en el líquido porque el culpable no lo había molido antes de echarlo en él. Y la Corte de Casación siguió su opinión.

Aquí se había ejecutado el acto de consumación, pero había faltado uno de los actos precedentes:

La trituración, la única que podía volver soluble o amalgamable con el líquido a esa sustancia, y de este modo deglutible.

Por consiguiente, el delincuente no había ejecutado toda la serie de actos que eran indispensables para lograr el malvado fin. El envenenamiento no estaba subjetivamente perfecto, y el evento no había sucedido, no por la intervención de una eventualidad, sino por la deficiencia de uno de los actos ejecutivos. La imperfección del delito era la consecuencia del modo de actuar del reo.

Por consiguiente, es un error pensar que siempre que se haya realizado el acto consumativo ya no se pueda hablar de atentado. Estamos siempre en estos términos cuando hubo deficiencia en uno de los actos, cualquiera que fuese el lugar que en su serie debía ocupar el acto inadvertidamente omitido o ineptamente efectuado.

La diferencia es solo la siguiente: cuando la deficiencia se encuentre solo en el último acto, subsistirá de ordinario la noción de la tentativa punible. Cuando resida en los actos precedentes, la imputabilidad de la tentativa podrá

subsistir o no, según que en el momento en que sucedió la deficiencia (acto omitido o inidoneo), se hubiera o no realizado una serie de actos suficientes para constituir un conato políticamente imputable.

Si la inidoneidad sobrevino en los comienzos, por ejemplo, si el culpable salió de su casa con el fusil cargado solo con pólvora, esta omisión informará toda la serie de sus acciones sucesivas, y habiendo estado todas exentas de peligro, no habrá tentativa punible.

Pero si la inidoneidad sobreviene cuando ya existía un atentado imputable, esta inidoneidad priva de valor a todos los actos sucesivos, los cuales se consideran como no ocurridos, ya que para la ley tanto vale no realizar un acto, como realizarlo inidoneo. Pero los antecedentes quedan intactos. Esto sucede en orden al conato.

Sin embargo, el delito frustrado debe quedar excluido siempre que haya faltado un acto cualquiera y en cualquier estadio de la acción pertinente.

Tal regla se adecua a un principio ontológico y a un principio jurídico, que se ayudan mutuamente. El principio ontológico es el siguiente: para considerar incompleto un ente basta que falte uno de los elementos necesarios para componerlo, cualquiera sea el lugar en que deba encontrarse. Una corona de rosario esta incompleta cuando le falta una perla. Y esto sucede tanto si falta el tercer padrenuestro, como si falta la última avemaría.

El delito frustrado se constituye por el agotamiento de todos los actos ejecutivos que se requieren para lograr el evento, pero privados de este por un fortuito. Por ello se lo llama, precisamente, frustrado.

Por consiguiente, el delito frustrado no esta completo cuando carece de uno (cualquiera que sea) de tales actos. Es un delito frustrado imperfecto, y un delito frustrado imperfecto vuelve a ser una simple tentativa.

El principio jurídico es el siguiente. A un justiciable se le atribuyen frecuentemente las consecuencias de su hecho, aunque no hayan sido previstas y deseadas por él. Esto se hace en virtud de la regla de índole política, según la cual quien quiere los medios es responsable (en los términos pertinentes) de las consecuencias.

Una obligación correlativa de justicia exige, por consiguiente, que se le tengan en cuenta los resultados menos graves que fueron la consecuencia de su modo de actuar, a pesar de que no hubiese previsto ni querido estas consecuencias menos graves.

Además, la sociedad castiga las acciones malvadas en razón del acto externo, y a la gravedad de éste la valora con arreglo al criterio del daño en el delito consumado, y con arreglo al del peligro en el delito tentado.

Cuando el acto externo llevaba en sí mismo la causa que lo volvió frustráneo, es evidente que el peligro fue menor. Y aunque también deba tomarse en consideración la intención malvada, al mismo tiempo es necesario convenir en que el malvado inexperto e incauto demuestra menor aplicación para delinquir y despierta menor alarma en los ciudadanos.

Desde cualquier punto de vista es preciso admitir teóricamente lo que nuestro código de 1853, dispone explícitamente: que el delito frustrado no existe, aunque se haya ejecutado el acto consumativo, cuando el impedimento del evento provino de causas congénitas al modo de actuar elegido por el justiciable.

Este punto doctrinario no presenta dudas cuando la causa impositiva provino de las condiciones materiales de los medios usados, vale decir, del sujeto activo del conato o de la consumación.

Si, a manera de ejemplo, se disparó un arma dotada de carga insuficiente y a causa de esta insuficiencia no sucedió el homicidio, sería irracional insistir sobre el homicidio frustrado.

La distinción entre la inidoneidad relativa y la inidoneidad absoluta, que puede ser justa en la simple tentativa, no se puede admitir en el delito frustrado.

En la tentativa queda siempre incierto qué condiciones acompañaran al acto de consumación. Por esto existe peligro.

Así, el arma cargada débilmente podía ser disparada a corta distancia, y así podía matar. Su potencia es toda ella de previsión conjetural, no demostrada por un resultado de hecho: podía ser, si bien también podía no ser.

Pero después del acto consumativo tenemos el resultado positivo de hecho. No tenemos certeza sobre cuales eran las condiciones materiales en las cuales el agente quiso utilizar el arma. Y tenemos la certeza de que en estas condiciones de hecho el arma era impotente. En los casos pertinentes subsistirá una tentativa.

Pero no se tendrá delito frustrado, porque el acto consumativo volvió eficaces las características de impotencia del arma, en vez de volver eficaces sus condiciones eventuales de potencia.

Cuando el enemigo se detuvo a cincuenta pasos de distancia para disparar esa arma, que solo a diez pasos podría haber producido la muerte, en el momento mismo del disparo ceso todo peligro por propia virtud de este último acto, incluso antes de que la bala caída a sierra a gran distancia de la víctima, le pusiese de manifiesto que no tenía nada que temer de ese acto.

Si el reo se hubiese aproximado más a la víctima, el disparo habría resultado mortal. Por consiguiente, en los medios no existía impotencia absoluta. Pero el reo disparo sin aproximarse, y así se produjo la impotencia relativa.

Pero ya que la descarga no resultó mortífera a consecuencia del modo de actuar del reo, el delito frustrado no surgió porque no se ejecutó todo lo que era necesario para obtener el efecto. Sería un verdadero contrasentido sostener lo contrario.

El último acto (el disparo a demasiada distancia) fue la causa que hizo desaparecer el peligro, y resulta un contrasentido que una imputación que tiene por principio y por medida el peligro, se aumente en un grado a causa del acto que lo hizo desaparecer.

Hasta aquí, como dije, no hay lugar ni para distinguir ni para dudar.

Sin embargo, cuando el obstáculo para el evento nace de las condiciones del sujeto pasivo, podrá dudarse si corresponde o no la misma regla, porque tales condiciones no son la obra del atentador. Este lo encontró en la cosa o en la persona sobre la cual, atentando o consumando, dirigió sus acciones físicas.

En ese supuesto es forzoso hacer la siguiente distinción. El impedimento que proviene del sujeto pasivo excluye el delito frustrado cuando fue conocido con anterioridad por el agente, aunque piense superarlo. No lo excluye cuando no lo conoció, ni lo previo.

Cuando el agente no conocía ni previo que el sujeto pasivo le opondría el obstáculo que trastorno el evento

deseado, ese impedimento representa el fortuito que salvo a la víctima y que no se vincula con el modo de actuar del delincuente.

Pero si él conocía la existencia de ese obstáculo y lo quiso afrontar pensando superarlo, en tanto que por su naturaleza ordinaria debía impedir el evento, como de hecho lo impidió, la causa de la falta de éxito se vincula con el modo de actuar del delincuente, esto es, con las condiciones que ha querido imprimirle a sus acciones.

La muerte no ocurrió, porque, en vez de cuidarse de remover este obstáculo o de usar medios más potentes, penso vencerlo con los medios que, naturalmente y por ley ordinaria de la naturaleza, eran impotentes para superarlo.

Ticio disparó un arma cargada con perdigón pequeño a una distancia tal que los proyectiles no podían ocasionar la muerte. He aquí la causa de la falta de éxito inherente al sujeto activo del delito.

El delito frustrado no existe tanto si el reo sabía que en esa arma había perdigón pequeño, como si no lo sabía y creía que había una bala.

La causa de la falta de éxito fu

Art 101

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2 COMPLICIDAD

La existencia de un delito se determina con la voluntad y el brazo de un solo hombre. Tan pronto como aquella ha determinado y éste ha ejecutado el hecho violador de la ley, no falta nada para la existencia completa del delito.

Aunque en el desenvolvimiento de los acontecimientos criminosos esta figura no siempre queda única y aislada con mucha frecuencia se agrupan a su alrededor otras personas, las cuales han contribuido en mayor o menor grado en el hecho delictuoso. De ahí la teoría de la complicidad, la cual se origina inevitablemente por la naturaleza misma de los hechos, esto es, por su susceptibilidad de recibir impulso de más de una mente o de más de una mano, y, de esta manera, por la posibilidad de que los momentos constitutivos de la criminalidad del hecho se dividan entre varios agentes.

Los términos complicidad y cómplices se usan según su derivación etimológica y, así, en un significado general, comprensivo de todos los delincuentes accesorios. Complex fue voz introducida por la media latinidad para señalar a quien se encontraba implicado en un delito consumado por otro. Los romanos ignoraron esta voz.

Posteriormente, los prácticos la usaron en un sentido más especial para indicar un concurso físico, en los actos precedentes a la consumación. Pero esto genera confusión, y nosotros debemos ser claros en la nomenclatura. Por lo tanto, me valdré de las palabras cómplice y complicidad en su sentido general, comprensivo de todos los delincuentes accesorios. Esto es, para designar a todos los que acceden a un delito consumado por otro,

participando en el de cualquier modo, con tal de que sea suficiente para volverlos más o menos corresponsables del hecho delictuoso.

Cuándo varias personas concurren en un delito, ¿cuál de ellas será el autor principal y cuáles serán los delincuentes accesorios?

En cualquier materia es siempre importante establecer claramente la terminología, la cual debe servir de vehículo para la comunicación de las ideas.

Autor principal solo es aquel que ha ejecutado el acto físico en la consumación del delito. Si varios lo ejecutan, varios serán los autores principales. Todos los demás son delincuentes accesorios.

Si no se restringe la noción al autor físico del acto que consuma la violación de la ley, en la ciencia no se encuentra otro criterio para definir al autor principal de un delito.

Al derecho constituido le puede bastar una locución compleja, que comprenda todos los casos que la ley quiso unificar bajo el punto de vista del castigo. Pero la ciencia tiene necesidad de términos exactos, de términos que respondan a cada posición ontológica diversa, para poder indicar con vocablos distintos la diversidad del modo de ser de estas posiciones, a los fines de aplicarles debidamente las consecuencias jurídicas.

Los jurisconsultos romanos, grandes maestros de exactitud en el lenguaje, frecuentemente equipararon cosas esencialmente diversas entre sí.

Pero en esas equiparaciones conservaron siempre en el lenguaje, variando los vocablos o agregándoles partículas que distinguen su uso impropio del propio, las notas características de los entes naturalmente distintos. Los romanos no habrían llamado autor del delito al instigador, que no había hecho nada en su consumación.

Un legislador puede encontrar justo que alguno de los cómplices se equipare al autor principal en la imputación y en la pena, y resuelto así este punto, expresara su voluntad equiparativa dándoles a todos ellos el nombre de autores del delito, y esta nomenclatura responderá suficientemente a las necesidades del derecho positivo.

Pero la ciencia no puede suponer resuelta a priori ninguna cuestión. Ella debe definir ante todo los entes que estudiará.

Cuando en los objetos de sus investigaciones encuentra condiciones naturalmente diferentes, es preciso que a cada uno le asigne un nombre distinto. Si después sus estudios conducen a la necesidad de equiparar para ciertos efectos estos entes ya segregados, subsistirá la segregación de los vocablos, porque se conforma a la naturaleza primitiva de esos objetos, y la diversidad del nombre no será un obstáculo para la equiparación.

Así, un legislador puede declarar culpable de parricidio incluso al homicida del padre adoptivo. Pero la ciencia nunca podrá expresar esta paternidad civil con el mismo nombre que la paternidad natural, porque son dos cosas intrínsecamente diversas.

Para ser autor principal de un delito es necesario haber participado directa y materialmente en las circunstancias constitutivas en el momento de la infracción, según su definición legal. Lo que distingue el autor del cómplice no es la responsabilidad o su grado, sino las condiciones físicas de la acción. Se puede ser autor de un hecho y no ser responsable, o serlo menos que el cómplice.

Por lo tanto, llamaremos autor principal solo al que a sabiendas y libremente ejecuta el acto consumativo del delito, o participa materialmente en este.

Si tal acto se ejecuta por más de uno, los autores principales serán varios, porque en varios concurre su nota característica. Todos los demás son delincuentes accesorios.

También se pretendió denominar autor al que había ideado el delito, sin tomar parte en su ejecución, y se le llamo autor psicológico para distinguirlo del autor físico. Pero el autor psicológico es el autor de una idea, no de un hecho. Por lo tanto, frente al derecho penal, que no encuentra la violación de la ley sino en el acto externo, mal se puede decir que es autor del delito el autor del pensamiento delictuoso. Será causa del delito. Pero con propiedad de lenguaje no se lo puede llamar autor, salvo el único caso en que el autor físico no haya actuado con voluntad libre e inteligente.

En este caso, debiendo considerarse al autor físico del hecho, como mero instrumento del que le dio el impulso, se le equipara a la materia bruta.

El autor del delito es el que se sirvió de su cuerpo, como si se hubiese servido de un palo, de una piedra o de una materia cualquiera. En tales casos no existe acción criminosa por parte del aparente autor, porque si fue forzado, por su parte no concurrió ni el hombre interno ni el externo. Fue actuado, no agente.

Si actuó con ignorancia o completamente coaccionado, o de alguna otra manera irresponsable, no concurre el hombre interno. Será autor del hecho, pero no es autor del delito, ya que a su respecto ese hecho no es delito. En ese caso, el agente del delito es solo aquel que se valió de su brazo como de un instrumento.

Pero quien participa en un hecho que otro ejecuta voluntariamente, no puede ser más que accesorio a ésta figura principal, porque la acción criminosa es de éste, no de aquél. Por esto, los criminalistas distinguieron siempre con gran exactitud los motores de los autores del delito. Recién entre los modernos prevaleció el deseo de unificar los motores y los autores, comprendiendo a aquellos bajo esta denominación. Pero la ciencia no gano con ello en exactitud.

Debe considerarse que es muy distinto el modo de esa accesión. Hay que recordar que el delito se compone de dos fuerzas indispensables para constituirlo: la fuerza moral resultante de la intención-voluntad inteligente (nisi voluntatis ad delictum); la fuerza física resultante del acto externo-acción (motus corporis ad delictum).

De esto resulta claro que la accesión puede eventualmente encontrarse en el elemento de la sola fuerza moral, o en el de la sola fuerza física, o en ambos.

Por consiguiente, es necesario distinguir tres casos de esa accesión:

- 1 Concurso de acción sin concurso de voluntad. En este supuesto se es causa física del delito sin ser su causa moral;
- 2 Concurso de voluntad sin concurso de acción. En este supuesto se es causa moral sin ser causa física;
3. Concurso de voluntad y de acción. Sé es, a un tiempo, causa física y moral.

Al hablar de causa del delito no se entiende hacer referencia a la que los romanos llamaban impulso criminal. El impulso es la causa de la causa y tiene con el delito una relación puramente mediata.

Cuando digo causa, entiendo expresar lo que ha dado vida al ente jurídico que se llama delito. Todo delito tiene una causa moral (que reside en la mente que ideó y quiso el delito) y una causa física (que se encuentra en el brazo que lo ejecuta).

Lo que mueve a una, a querer, y al otro, a ejecutar el delito, constituye el impulso, el motivo.

Cuando la causa física y la causa moral del delito se encuentran en personas diversas, el impulso criminal (o sea, el motivo determinante para actuar) puede ser idéntico o diverso en las dos causas del hecho criminoso, pero siempre es una cosa distinta de ellas. La causa es la fuerza que moral y físicamente le da el ser al delito; el impulso es lo que le imprime movimiento a esas fuerzas. La causa actúa sobre el delito; el impulso sobre la causa.

Es evidente que el caso de la violencia física no encuentra lugar en la teoría de la complicidad, porque el forzado (como ya dijimos), actuado y no agente, no ofrece ni concurso de voluntad ni concurso de acción. Es un instrumento pasivo y mecánico en la mano del malvado que lo mueve. Este (como he señalado antes) es el autor único del delito.

Lo mismo sucede cuando el autor material del hecho es irresponsable por su edad infantil, ignorancia, demencia o por otra razón que, excluyendo su responsabilidad frente a la ley penal, lo pone fuera de la esfera de los participantes en el delito.

Observen que los llevo lejos de la vieja participación de esta materia en accesorios ante delictum, accesorios delicti tempore y accesorios post delictum, distinción que encontrarán tomada como base de la teoría por muchos maestros de derecho criminal. Y lo hago especialmente porque esa partición, tomada como partición general de la doctrina, carece de verdad y, en mi opinión, demasiado ha oscurecido la materia que desarrollo.

Art 102

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.1 CONCURSO DE ACCIÓN SIN CONCURSO DE VOLUNTAD

En tal caso no pueden surgir nunca los términos de la complicidad. Frente a la ley punitiva no puede haber responsabilidad por un hecho, si no concurre responsabilidad moral. Y responsabilidad moral no puede existir donde no se encuentra intención dirigida al fin delictuoso.

La complicidad no puede resultar de una eventual convergencia de hechos, sin una positiva convergencia de voluntades.

Los principios mencionados son tan claros que a primera vista resulta superflua la exposición de este primer caso.

Pero si nos aproximamos a sus desenvolvimientos prácticos descubrimos la gran importancia que tiene su consideración especial.

El primer caso nos presenta cuatro figuras:

1. Intención inocentemente distinta.
2. Intención crimosamente distinta.
3. Intención negativamente indirecta.

Intención imperfecta.

Art 103

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.1.1 Intención inocentemente distinta

Cuando el auxiliador material del delito no lo prevé ni lo quiere, sino que quiere otra cosa enteramente inocente.

Es el caso del amigo que le presta la escopeta al amigo creyendo que la necesita para cazar. Es el caso del cerrajero que engañado por las honestas apariencias de un comprador, le hace una llave conforme al modelo, creyendo que había perdido la llave propia. Si con esa escopeta se comete un homicidio y con la llave un hurto, los que coadyuvaron a tales delitos, no son, sin embargo, sus cómplices, porque en ellos hubo concurso de acción sin concurso de voluntad.

Semejante es el caso de la sirvienta que por amores introduce en la casa del patrón un muchacho, el cual aprovecha la oportunidad para robar o matar al propietario. En algún caso especialísimo podrá surgir en la acción de estos la idea de una culpa o de una transgresión, pero siempre como figura aislada y autónoma. Nunca como complicidad, porque falta la convergencia de las voluntades y de este modo el nexo jurídico necesario para constituirlo.

Art 104

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.1.2 Intención crimosamente distinta

Como en el caso del que ayuda al compañero a consumir un delito, creyendo que lo hacia para consumir otro delito diverso. Pedro ha sostenido la escalera merced a la cual Luis se introdujo en la casa ajena. Pedro pensaba que Luis iba a robar y que luego dividiría con él el botín, pero Luis lo había engañado, pues tenía que cumplir una venganza.

Una vez adentro, Luis mato a su enemigo que estaba dormido. He aquí a Pedro engañado respecto del hurto y mezclado contra sus previsiones en un homicidio premeditado.

Si él consulta, ¿qué le dirá?

Que ingenuamente confiese, porque negando corre el riesgo de ser considerado injustamente como cómplice de homicidio. Confesando y justificando como mejor pueda su verdadera posición jurídica, no se podrá hablar de complicidad a su respecto.

Vayamos a los principios. Pedro tenia intención de robar, y ha efectuado actos de ejecución del hurto, idóneos para cometerlo y dirigidos hacia él. Se le podrá considerar atentante de hurto, porque el hurto no ha ocurrido por causas independientes de su voluntad.

Surgirá entonces el tema de una tentativa de complicidad, porque Pedro intento hacerse cómplice de un hurto, el cual nunca tuvo, por otra parte, su principio de ejecución, ya que Luis no tuvo jamás la intención de ejecutarlo. Pero si se le atribuye complicidad en el homicidio, no se lo podrá condenar, porque una complicidad por la sola cooperación material sin concurso de voluntad específica, es un absurdo legal.

En vano se le objetará que quiso un delito: la voluntad dirigida a un delito no puede transformarse en la intención dirigida a otro delito no querido, sin renegar de la noción elemental del dolo.

Lo anterior, por otra parte, se desenvuelve sin contraste cuando se trata de delitos de género diverso.

Cuando se trata solo de exceso en el género querido, puede existir responsabilidad solamente por la voluntad recaída sobre los medios. En realidad, debe señalarse que frente a la ley esta diferencia entre los partícipes de un delito y sus autores, puede presentarse bajo diversos aspectos.

En primer lugar, puede depender de una diversa posición jurídica de los varios partícipes, puede presentarse bajo el aspecto de la perseverancia del querer, de todo lo cual hablaremos posteriormente.

Puede, en fin, presentarse en la intención que originariamente se tuvo por uno y que fue distinta de la intención del otro. De esta diferencia debe hacerse mención en este lugar, porque conduce, precisamente, a un concurso de acción sin concurso de voluntad o con el concurso de voluntades distintas.

Pero este último caso de diferencia todavía puede desenvolverse bajo tres formas diversas:

1. La diferencia puede recaer sobre los resultados, porque, por ejemplo, uno quise matar y el otro simplemente herir.
2. Puede recaer sobre los medios, porque, por ejemplo, uno quiso servirse de un palo y el otro se sirvió de un puñal. Aunque en realidad se refieran a una diversidad originaria en la intención. De estas dos primeras formas de divergencia hablaremos también en la materia de las modificaciones.
3. Finalmente, la divergencia puede encontrarse en el grado del dolo respectivo, porque, por ejemplo, uno estaba bajo el impulso de una justa indignación y el otro se encontraba con ánimo tranquilo; o uno premeditó largamente el delito y el otro llegó casualmente al acto de la consumación y por un instantáneo impulso de simpatía hacia el agresor o de antipatía contra el agredido, ayudó eficazmente a la muerte.

En esta doble hipótesis surge la figura de una intención crimosamente distinta, pero bajo este segundo punto de vista tal intención no es ya razón para excluir, sino solamente para limitar la complicidad y sus efectos, porque rigurosamente no se trata de una diversidad de sustancia, sino de una diversidad de grado en la intención.

Aquí nos encontramos frente a una cuestión sobre la cual existen muy sustanciales divergencias entre los escritores y entre los prácticos.

El hecho de no admitir como absoluto el principio de la intención crimosamente distinta puede a veces beneficiar y a veces dañar al justiciable. Si se admite que el cómplice no provocado goza de la excusa del ímpetu, justificada en el autor por la provocación sufrida, la comunicación de la intención imperfecta del autor a su cómplice que tuvo una intención perfecta, beneficiaria al acusado de complicidad.

Si se pretende que el cómplice provocado no debe gozar de la excusa porque el autor no fue provocado; si se pretende que el cómplice que no premeditó debe sufrir la agravante porque el autor había premeditado la muerte, he aquí que la comunicación de la intención perfecta y del dolo de primer grado del autor al cómplice que tenía una intención imperfecta o un dolo de tercer grado, perjudica, mucho, y perjudica al acusado de complicidad.

En todas estas hipótesis tengo como principio absoluto la no comunicabilidad de partícipe a partícipe del grado de dolo en que respectivamente se hallan. Este principio no es, por otra parte, reconocido por todos.

Tenemos precedentes que demuestran que la aceptación ciega de la comunicabilidad de la intención y del grado del dolo de un hombre a otro ha producido terribles consecuencias. La ley del reino de Francia equipara en la pena el cómplice al autor principal. La jurisprudencia ha desenvuelto este cruel principio con la más inexorable severidad.

Así, si alguno se ha implicado en el hurto cometido por otro suponiendo que el hurto debía cometerse o fue

cometido sin ninguna de las circunstancias que aumentan su cantidad política, las cortes reales de Francia han juzgado muchas veces que el partícipe no era responsable de las circunstancias agravantes, en las cuales no ha participado ni física ni intencionalmente. Pero otras tantas veces la Corte de Casación casó, decidiendo que, consciente o no, voluntario o no, el cómplice debe ser castigado como autor principal.

Hasta aquí la jurisprudencia francesa se encontró en la necesidad de decidir de esa manera por la dura letra del código al cual debía obedecer. Pero aún más exorbitante resulta extender al cómplice, como se ha hecho, las agravantes del dolo.

Champy (en su docta disertación *De la complicité*, París, 1861) recuerda con dolor como años atrás fue decapitado un individuo que había prestado a su amigo el bastón del cual se valió éste para matar a su enemigo. La sentencia declaró que el bastón había sido prestado con la condición expresa y bajo la promesa de que se lo usaría módicamente y sin causarle graves ofensas a la víctima. Con tales declaraciones de hecho se decidió que existía complicidad en el homicidio.

Hasta aquí todo esta bien en virtud de la teoría del exceso, que explicare en otra parte. Pero, además, se decidió que había complicidad también en la premeditación, y aquí se cometió el error. Así fue condenado a muerte, como partícipe de un homicidio premeditado, quien nunca previo ni quiso el homicidio. Contrasentido palmario, porque la premeditación es una circunstancia que reside totalmente en el ánimo.

Admitido aún que el autor debiese responder, no de lesiones premeditadas y de homicidio instantáneo, sino de homicidio premeditado, por la razón de que su hecho posterior mostrara como había premeditado matar y no solo herir, admitido también esto (que, sin embargo, sería admitir mucho), digo, no podía repetirse la misma argumentación en orden al cómplice, respecto del cual se declaraba el concurso de una voluntad positiva contraria al homicidio.

Todos comprenden que no se puede premeditar (vale decir, querer con ánimo frío) lo que no se ha querido. La firme resolución de querer lo que no se ha deseado ni siquiera un instante, es un monstruo ideológico. No hay letra legal, por judaica que sea, que justifique tales aberraciones ante el tribunal de la lógica y del sentido común.

No pretendo decir que si el autor principal había sido personalmente ofendido por el muerto, si, por ejemplo, se trataba de un marido que mato a la esposa sorprendida en adulterio, la excusa de la provocación o del justo dolor se comunique al extraño que en vez de intentar calmarlo, le presto, con ánimo frío y cruel, eficaz ayuda en la muerte, porque la excusante reside totalmente en el ánimo y en su perturbación. Entre ánimo y ánimo si puede haber participación de su modo especial, esto es, por la comunicación del afecto perturbador, o del pensamiento homicida, o de la reciproca concordancia de las determinaciones. Esta participación no nace, en absoluto, de la mera participación material en el hecho, la cual no siempre unifica el estado subjetivo de los dos ánimos.

Si una justa causa exalta mi ánimo, esta misma justa causa no exalta siempre el ánimo de mi cómplice. Si mi ánimo se acomodó fríamente a un cruel pensamiento homicida, este pensamiento mortífero puede o no haber entrado en el ánimo del cómplice, o este puede haberlo abandonado o rechazado, o bien, pudo haber entrado en su ánimo con la rapidez del rayo y haberlo impulsado velozmente a la acción.

Esta bien que a quien ha querido los medios sin querer el fin, se lo pueda declarar responsable incluso del efecto no querido cuando era fácilmente previsible. Y por esto, al que proporciono el bastón se lo podía declarar partícipe del título de homicidio, porque en este título se incurre también con dolo indeterminado.

Pero al que proporciono el bastón con intención determinada contra el homicidio, no se lo puede considerar responsable de premeditación, o sea, de determinación hacia el homicidio.

Por consiguiente, aplicándole esta agravante se extienden a la intención de uno, las condiciones enteramente propias de la intención del otro.

No existe igualdad de razón para comunicar el hecho material ajeno y comunicar a uno la intención más cruel del otro. El hecho se comunica, porque de él se fue (si no autor) causa, aunque sin voluntad determinada.

La intención no se puede comunicar, porque, en sí, no la tuvo el cómplice, y porque éste no fue la causa de que el otro la tuviera, y, por el contrario, tuvo una intención totalmente opuesta.

Estos y otros errores semejantes se evitarían si los tribunales, incluso frente al draconiano precepto de la equiparación de la pena establecido por el código de Francia, recordaran la exacta noción de la complicidad y el supremo principio de que la imputabilidad moral es el precedente indispensable de la imputabilidad política, y que no se puede ser moralmente responsable de una circunstancia que reside por completo en el ánimo ajeno, que no es conocida, ni prevista, ni querida, cuando no es una consecuencia directa de lo que se ha previsto y querido. Principio supremo que en nuestro tema se desarrolla mediante la fórmula de la intención críminosamente distinta.

Para hacer prevalecer en el foro esta verdad donde se encuentra en vigor el férreo sistema de la adecuación, no es necesaria una reforma legislativa, de lo cual tengo solemne testimonio.

A pesar de esto, que a mí me parece evidente, los criminalistas franceses y también los belgas, aceptan sin repugnancia la regla de la comunicación de la premeditación a quien no premeditó. Hoorebecke (De la complicité, p 211) se expresa de la siguiente manera: la circonstance de la premeditation derive du fait criminel. Elle n'est point attache a la qualite de la personne, le complice doit en repondre: il sera puni comme assassin, esto es, decapitado.

Aceptado esto, resultaba una necesidad lógica extender al partícipe, por justa correspondencia, también la provocación bajo la cual había actuado el autor principal.

Si vale decir que el cómplice de un homicidio premeditado, aunque haya actuado por impulso improviso o con la sola intención de herir, es siempre cómplice de homicidio premeditado, no puede dejar de admitirse igualmente, que el cómplice del marido que sorprende a la adúltera y la mata, es siempre partícipe de un homicidio excusado, y que el marido que le ordena al sirviente la muerte de la adúltera (y que sería excusado si la matase de propia mano) se vuelve de esta manera cómplice de un homicidio a sangre fría, porque el sirviente actuó sin ninguna razón y solo por crueldad. ¿Quién no ve lo inadmisibile de esta doctrina?

Se sabe que la jurisprudencia de Francia procede con estricta adhesión al principio de la no comunicación, siempre que en el autor principal se encuentra en una circunstancia minorante de la imputación constitutiva de una intención imperfecta o una circunstancia excluyente de la imputación por ser excluyente de toda intención críminosa, y que al cómplice, en el cual no concurre intención imperfecta o intención directa, le aplica la pena ordinaria, aunque la degrade o la excluya respecto del autor principal. Esto esta de acuerdo con los principios.

De acuerdo con esto se decidió (casación, 17 de julio de 1835), que si bien el autor principal de una falsedad obró de buena fe, quedando de tal modo exento de toda imputación, a su cómplice, que actuó con dolo, se le debía aplicar la pena ordinaria de la falsedad. De la misma manera se decidió (casación, 21 de abril de 1815) que al

cómplice del menor no le aprovecha la imperfección de la intención del autor principal. Se decidió igualmente (casación, 20 de diciembre de 1832) que las circunstancias atenuantes admitidas en favor del autor principal no favorecen a su partícipe. Y se decidió muy bien en estos términos, precisamente, por el supremo principio de que se puede ser partícipe del hecho ajeno incluso sin ayuda material o sin haber actuado materialmente en todos sus momentos, pero no se puede ser partícipe del dolo o del grado de dolo que concurre en el codelincuente, si en sí mismo no se tiene dolo o el mismo grado de dolo.

Tal verdad se admite cuando en uno de los partícipes materiales falta enteramente el dolo. Pero, ¿por qué no debe admitirse también cuando en el partícipe concurre un menor grado de dolo?

El hecho será común, pero el dolo es individual. Si no habiendo premeditado la muerte y sin saber siquiera que mi compañero la había premeditado, le presto ayuda, condenándome a muerte olvidáis mi dolo particular que no la merecía, para atribuirme el dolo más ocioso y fatal de mi compañero, dolo que me es extraño y que ignoro.

Blanche (Deuxieme etude sur le Code penal, París, 1864, n 23) sostiene que el cómplice del homicidio provocado aunque no haya sido provocado debe gozar del beneficio de la excusa acordada al autor. Por cierto que a quien comunica la frialdad del ánimo y la premeditación, le resulta lógico comunicar también la turbación y la exaltación de la justa indignación. Pero, ¿cuál es el argumento que funda esta doctrina en el caso inverso? Es el mismo con que se funda el primero.

Oigamos a Blanche: pourquoi la loi tempère-t-elle la peine? Evidemrnt a raison meme des circonstances qui sont inhérentes Aufait incriminé et qui en atténuet la gravité. C'est donc l'incrimination meme qui se transforme, et ce n'est qu'a cause de cette transformation, que le chatiment se modifie. Il faut en tirer le consequence que le cómplice et le coauteur profiteront de l'abaissement de la peine, puisque la gravite du fait de complicité se mesure sur la gravite du fait principal.

He aquí, evidentemente, la acostumbrada confusión de ideas, que es fácil cuando no se distingue la cantidad del delito de su grado, pero que no puede engañar a quien se mantiene fiel a esta gran distinción de la escuela italiana.

No es verdad que la provocación transforme el hecho. El derecho lesionado es el mismo. Por la provocación, el provocador no ha perdido el derecho a la vida.

Existe un hombre muerto y la lesión al derecho no se ha vuelto distinta por la provocación. Se degrada la imputación, porque en el delito (que siempre es un homicidio) se encuentra una fuerza moral subjetiva menor que la ordinaria, en cuanto la determinación volitiva del matador fue impulsada violentamente por el ímpetu de una justa indignación.

No se castiga menos porque el hecho sea más leve. Se castiga menos porque el individuo presenta una menor maldad subjetiva.

La razón de degradar no reside en el hecho, sino en el estado de ánimo del agente, ni más ni menos como ocurriría si el matador fuese menor y en virtud del incompleto desarrollo de su inteligencia o por la menor firmeza de su voluntad, se le acordase una excusa.

El hecho, que todavía es el mismo, no se transforma: es el hombre matado por el hombre. El título del delito no varía. Pero una circunstancia totalmente individual vuelve excesiva la imputación plena de ese hecho al individuo que actuó con intención menos plena o imperfecta.

Pero esto no priva que a su compañero, que actúo con dolo pleno e intención perfecta, se le deba aplicar la plena imputación del hecho. Sería injusto proceder de otro modo, como sería injusto excusar al compañero del demente o del ebrio por la enfermedad mental de éste. ¿Y cómo?

Yo abrigaba un odio mortal contra Ticio; desde hacia mucho tiempo buscaba la oportunidad de lavar mis manos en su sangre, pero temía a la enormidad de la pena amenazada. Un día lo encuentro en una taberna mientras mantiene un altercado con Cayo. Veo que le tira una trompada a Cayo y que este amilanado se aparta.

Aprovechando la ocasión me digo: "Cayo ha sido provocado, me refugiere en su excusa". Me le acerco, le entrego un puñal y le reprocho su cobardía, y despertándole su ira, lo lanzo contra su agresor, y lo ayudo a matarlo. ¿Podré salir del paso con un corto periodo de cárcel, diciéndoles a mis jueces, debéis excusarme porque Gayo fue provocado?

Para mí la degradación de la imputación es siempre individual: no modifica el título, ni transforma el hecho.

La cantidad del delito es siempre la misma. Solo en uno de los justiciables la subjetividad criminosa presenta una fuerza degradada, la cual es, precisamente, la fuerza moral. Donde encuentro degradación, degrado; donde no la encuentro, no degrado.

En cuanto a la premeditación, esta evidente verdad se refuerza aún por nuevas consideraciones. Sea que la ley disponga en general que la pena del cómplice se debe equiparar siempre a la del autor principal, sea que disponga que debe establecerse una cierta proporción entre ambas, siempre importa un error creer que estas disposiciones les impiden a los magistrados tomar en consideración el diverso grado de dolo que existe en cada uno de los partícipes. Es un error que proviene de una confusión de términos. No se trata de una cuestión de pena, sino de una cuestión de complicidad.

Respecto del título más grave constituido por el dolo especial del autor físico, no hay complicidad en el partícipe material. En tanto que el autor principal cometía un asesinato, el partícipe entendía ayudar en una lesión o en un homicidio simple.

No se trata de una circunstancia agravante y no conocida, de la cual se pueda decir que el cómplice ha corrido el peligro. Se trata de un título diverso.

No es cómplice de asesinato quien crea participar en un homicidio o lesión, como no es cómplice de estupro violento quien abrió la puerta de la casa, si el autor del delito le había hecho creer que se introducía para cometer un hurto en beneficio común. No lo es, porque no ha tenido intención de participar de aquel crimen, sino en uno distinto.

Los juristas que aceptan la regla de la comunicación de la premeditación se aferren al argumento de la indivisibilidad del título.

Les parece inaceptable que a dos partícipes de un crimen se les apliquen dos títulos delictivos diferentes: a uno el título de homicidio y al otro el de asesinato, como lo llaman los franceses al homicidio premeditado. Pero la diferencia del título se vuelve en su contra cuando la disputa se lleva al campo de la intención, porque si bien he querido cometer un homicidio, no he querido cometer un asesinato.

De este modo, la diversidad objetiva entre el delito cometido por uno y el querido por el otro, refuerza mi tesis.

Por otra parte, la regla de la indivisibilidad del título no se puede aceptar como regla absoluta, porque prueba demasiado. Si dos individuos agarran al mismo tiempo a una muchacha, y uno, por su parte, la golpea para desfogar su rabia, y el otro, por la suya, le roba un collar, a estos dos que, sin embargo, materialmente se han prestado recíproca ayuda, es preciso declararlos, al uno autor de lesiones y al otro de hurto.

¿Que valor tiene la regla de la indivisibilidad del título cuando existe disparidad de proéresis criminal?

Es totalmente diferente la cuestión que proponen los escritores relativa a saber si el extraño que a sabiendas ayuda al criado a robar, o que ayuda al hijo en el parricidio, debe responder del título especial que surge de las cualidades personales del ejecutor del delito. Ahora no estamos frente a una cuestión de cualidades personales. Es cuestión de intención. Es cuestión de dolo. Y sobre la cantidad del dolo no se puede transigir en buena justicia. En el dolo no puede haber comunicación entre persona y persona. Cada uno debe responder más o menos del delito, según la cantidad de dolo que revele.

He aquí el absurdo a que nos vemos conducidos cuando procedemos con principios opuestos. Supongan que Ticio, con acecho y premeditación, ha agredido a su enemigo para matarlo. Confiado en sus fuerzas, quiere estrangularlo. Llega Cayo, que también estaba enemistado con ese infeliz, y por una instantánea inspiración malvada, viendo la lucha, piensa aprovecharse de ella y también se lanza sobre la víctima. ¿Que hará Cayo en este estado de ánimo?

Si ha sujetado el brazo de la víctima y ayudado así a Ticio a estrangularla, he aquí que es cómplice (sin premeditación) de un homicidio premeditado. Le comunican el dolo de propósito de Ticio; lo declaran cómplice de un asesinato, de un homicidio premeditado, y lo condenan a muerte con el autor principal.

Si, por el contrario, en ese estado de ánimo, Cayo ha esgrimido un puñal y con repetidos golpes ha matado al enemigo, es autor principal de un homicidio imprevisto. El ha sido el homicida. Por él se define el título del delito.

La ausencia en él de toda premeditación os obliga a aplicarle la pena del homicida simple. De esta manera, frente a la doctrina francesa, Cayo goza de mejor condición si ha matado por sí mismo de la que gozaría si se hubiese limitado a ayudar y darle coraje a otro. ¿Es posible que tales consecuencias no resulten absurdas y moralmente repugnantes?

Esos son los efectos del olvido del principio inconcuso de que el hombre es responsable de la violación de un derecho en razón de la mala intención y que por esto solo puede ser responsable en la medida y en la proporción adecuada a la mayor o menor intensidad de su dolo. Estas verdades ya no se discuten científicamente, las cuales he sostenido en el foro, incluso bajo el imperio del código de Francia, y por virtud de ellas tuve la satisfacción de sustraer dos víctimas al hacha del verdugo.

Puede decirse que esta opinión es doctrina común entre los prácticos: véase Federico Boehmer, ad Carpovium, pars 1, quaest 25, obs 2.

Por consiguiente, salvo la debida reverencia a los criminalistas franceses, tengo como apodíctica la regla de la intención criminalmente distinta, la que, en los casos pertinentes, debe considerarse siempre como circunstancia excluyente o como circunstancia limitativa de la complicidad.

Art 105

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.1.3 Intención negativamente indirecta

Repetidamente se advierte por todos los institutistas de derecho penal, que en los hechos culposos no se puede encontrar complicidad. Sin embargo, parece que en la práctica este principio fallo a veces. ¿Erró la practica? ¿Es falso el principio? Ni lo uno ni lo otro.

El principio es absolutamente verdadero, y mientras se pretenda deducir la acusación bajo el emblema de la complicidad, se chocara con este escollo y no se lo podrá superar, porque no se puede ser cómplice de un hecho que no se ha previsto ni querido. Pero esto no impide que el pretendido cómplice pueda tomarse en cuenta y castigarse como autor principal de un hecho autónomo, que tomado individualmente sea punible como culposo.

Nos ocuparemos de la teoría de las causas mediatas e inmediatas en los hechos culposos.

Pedro, de regreso de caza, ha penetrado en un café y ha dejado allí la escopeta cargada. He aquí un hecho imprudente.

Luis, que ha entrado a ese café, se ha puesto a examinar la escopeta, ha montado el gatillo y así, descuidadamente, la ha vuelto a colocar donde estaba. He aquí otro hecho imprudente.

Carlos, que ha llegado posteriormente, toma la escopeta y dirige su boca hacia los espectadores. He aquí de nuevo un hecho imprudente.

El gatillo se escapa, sale la bala y un hombre queda muerto. He aquí un homicidio culposo.

A nadie le cabe dudas acerca de la responsabilidad de Carlos. El se encuentra en culpa; fue la causa inmediata del homicidio.

Pero, ¿Pedro y Luis podrán ser castigados como cómplices de homicidio? Si la acusación se formulara en estos términos no prosperaría. No es admisible complicidad sin un concurso de voluntad criminosa, y aquí esa voluntad no existió ni siquiera en el autor principal.

Y aunque (cambiando la hipótesis) el autor principal actuase con dolo, volveríamos a lo mismo respecto de los

otros dos que se encontraron en simple culpa. Por este lado ellos no deben temer nada.

Sin embargo, ¿Pedro y Luis deberán quedar libres de todo reproche? Esto depende de la cuestión, que he tratado en otra oportunidad, de la responsabilidad de las causas mediatas en los hechos culposos.

Admitido que tal responsabilidad se extiende también a las causas mediatas, a Pedro y a Luis se les podrán imputar sus respectivos hechos como actos que por si mismos constituyen un delito culposo.

Al dejar en ese lugar la escopeta, Pedro fue la causa física (mediata) del desgraciado evento. He aquí una materialidad que proporciona base para la imputabilidad.

Pedro podía prever que era fácil que el arma dejada en ese lugar produjera daños, y voluntariamente olvido preverlos. He aquí el aspecto subjetivo de la culpa.

Lo mismo se puede decir del hecho de Luis. Pero si por este fundamento se castigara a Pedro y a Luis en razón del hecho de Carlos, no se los castigaría como cómplices de éste, ni como partícipes de su cuasidelito, y el vulgo que fundara así ese castigo, erraría de medio a medio.

Se los castigará porque en su hecho aislado existe cuanto es necesario para encontrar una culpa, que a sus autores los hace políticamente imputables desde que se produce el evento siniestro. Tan verdadero es esto que a veces en la causa inmediata podrá encontrarse culpa leve y culpa grave en la mediata; y a veces incluso puede no merecer reproche la causa inmediata, ser ella misma la víctima del hecho, y merecerlo la mediata, como lo demostrare en su oportunidad.

Este es el sentido en que pueden ser responsables los participantes en el hecho culposo, sin que por esto vacile el principio racional y constante de que en los hechos culposos no se admite complicidad.

Sutilizando, Tittmann pensó que se podía encontrar complicidad culposa en los hechos en que con facilidad se podía prever que se produciría el delito.

Pero cuando se detiene a concretar ésta fórmula, la ejemplifica con el caso del que le proporciona un arma al hombre que ve correr enfurecido detrás del enemigo. Sin embargo, no se necesita mucho esfuerzo para comprender que el ejemplo demuestra lo absurdo de la tesis.

Se puede afirmar que quien proporcionó el arma preveía que se le usaría para herir, y en tal caso no podrá decirse que no se ha querido lo que se previó si se realizó un acto útil para producirlo.

Según la naturaleza del arma suministrada, podrá hablarse de dolo determinado al homicidio o de dolo determinado solo a la lesión, pero siempre existirá dolo, porque sería muy arriesgado suponer una intención inocente en quien le proporcione el puñal a un hombre al que vio correr enfurecido detrás de otro.

O, por las circunstancias del caso, no se puede afirmar que quien proporcionó el instrumento previó que se usaría en daño de otra persona, y entonces no puede haber complicidad, porque no puede existir complicidad sin voluntad dirigida al fin, y no se puede concebir voluntad directa sin previsión actual.

La jurisprudencia francesa ha resuelto repetidamente en el sentido de que la coeficiencia accidental no basta, si no fue explícitamente prevista y deseada. Véase Legraverend, l. 6, sect 1, 52; Carnot, Cod pen, sur l'art 60, n 20;

Chauveau et Helie, Theorie du Code penal, t 2, 115; Corte de Casación de Francia, 12 de septiembre de 1812; 4 de febrero de 1814; 18 de mayo de 1815; 10 de octubre de 1816; 26 de septiembre de 1817; 17 de mayo de 1821; 26 y 27 de septiembre de 1822; 16 de junio de 1827; 2 de junio de 1832.

A esta doctrina no se oponen el fallo de la casación del 8 de septiembre de 1831, ni la referencia aparentemente contraria de Morin (journal criminal, vol 35, p 66) y del propio Chauveau (t 5, p 488), ya que se refiere al caso de un hecho imprudente, no de simple ayuda al delito ajeno, sino causativo en sí mismo de la consecuencia lesiva del derecho.

Del mismo modo, si dejo un mueble en medio de la calle y, al pasar por allí, Ticio tropieza con él y se quiebra un brazo, en virtud de mi contravención imprudente podrá ser castigado a título de lesión culposa, no porque yo sea cómplice de Ticio, quien, muy lejos de ser autor de un delito, es su paciente, sino porque el autor del delito soy yo solo, en cuanto que con imprudencia he ejecutado un acto que ha sido impulso o causa más o menos mediata de la lesión.

Se entiende claramente que el autor del delito no es el instrumento, y que respecto a la imputación penal, el hombre es instrumento cuando no es responsable.

Aunque sea el autor del hecho que fue la causa inmediata de la lesión del derecho, no por esto es el autor del delito, el cual encuentra su sujeto activo primario solo en aquél que, mientras realizó un acto externo causativo de lesión, tuvo una voluntad que lo vuelve responsable en razón de dolo o de desatención.

La corte de Florencia también admitió en un caso particular la comunicación de la culpa. Pero era un caso de verdadera correidad. Se trataba de dos jóvenes que tirando entrambos a mano un tílburí habían herido a un pasajero.

No fueron responsables el uno por el hecho del otro, sino cada uno por su propio hecho. Es cuestión de fórmula, pero la diversa fórmula se vuelve esencial por la posible aplicación a las diversas formas de complicidad.

El concurso moral culposo es un concepto imposible. Son concebibles un hecho material y un impulso moral imprudente que coadyuven con un hecho ajeno doloso o culposo o, incluso, desgraciado y no imputable al autor.

Pero cuando se castiga semejante hecho no se castiga un cómplice; se castiga al autor de ese hecho como autor de ese hecho.

Nos atenemos también a la fórmula magistral de Trebutien: la complicidad es real, no personal (I, leçon 19). Ella se conecta con el hecho material lesivo del derecho, con la persona autora del hecho.

Pero si esta conexión material es necesaria para constituir la complicidad, no siempre basta para hacer surgir su concepto jurídico. Para esto es necesario el nexu ideológico. En este reside el concepto jurídico del cómplice.

Cuándo falta una criminalidad principal o cuando falta el nexu ideológico entre el hecho del pretendido cómplice y el hecho principal, ¿Qué queda? Queda un hecho aislado que debe ser juzgado a su vez como principal.

El instigador al suicidio no encuentra su criminalidad en el hecho principal; no se lo puede considerar cómplice de un no delito. Es responsable de su hecho.

El hecho principal no es más que el resultado de su hecho. A la complicidad le falta el elemento jurídico de ser conexas a un delito.

El autor de un hecho imprudente puede haber causado un hecho principal lesivo. Este hecho principal puede ser:

1. no incriminable;
2. incriminable por culpa; y
3. incriminable por dolo.

En el primer caso falta el nexo jurídico con un delito. En los otros dos falta el nexo ideológico, que es esencial a la complicidad.

Juzgado aquel hecho por sus condiciones especiales, el hecho del otro no representa más que el evento, el resultado, un efecto consecuencia del primer hecho.

Desde otro punto de vista, resulta claro que si se admitiera complicidad por culpa se llegaría al absurdo, ya que debiendo medirse la pena del cómplice con arreglo a la del autor y pudiendo el autor doloso merecer casa de fuerza, esto conduciría a someter también al pretendido cómplice al criterio de esa pena, lo que llevaría a que si el imprudente fuese el autor del hecho lesivo sería castigado menos que si hubiese coadyuvado accidentalmente al hecho de otro. Lo que repugna manifiestamente.

La sutil teoría relativa a esta tercera figura no se puede desarrollar completamente, ni se puede evitar una confusión de ideas en sus concreciones, si no se le vincula con la segunda figura de que hemos hablado antes.

En efecto, cuando se propone genéricamente la cuestión de la complicidad en la culpa, vienen de inmediato a la mente diversos supuestos que se confunden entre sí con entera facilidad y producen confusión.

La exacta concreción de la regla exige que cada una de esas formas se estudie separadamente por la gran diferencia que media entre ellas.

A continuación, se distinguen las diversas hipótesis en las cuales puede surgir la oportunidad de la cuestión:

1. Puede existir un principal (autor) culposo y un accesorio (pretendido cómplice) también culposo. Estos son los términos del caso simple que he desarrollado hace poco y en el que sostengo que es un solecismo jurídico hablar de complicidad. Cada uno de los ejecutores de un hecho, que en sí mismo sea causativo del resultado violador del derecho, debe juzgarse en sí mismo.
2. Puede existir un principal no imputable y un accesorio culposo. He aquí inaceptable la relación jurídica de complicidad.

No se puede ser cómplice de un inocente. Si el imprudente que fue la causa del mal no pudiese ser castigado nada más que como accesorio, sería inevitable la impunidad de ese descuidado.

He tomado la sustancia venenosa puesta a mi alcance por la negligencia ajena, y he muerto. Si existe delito, soy víctima, no su autor.

Y el delito existe; un delito culposo por parte del descuidado que de esa manera dejó al alcance de otro la

sustancia mortífera.

Respecto de este delito culposo es necesario considerar al imprudente como autor y juzgar su hecho en sí mismo.

Lo que se hace cuando la sustancia venenosa ha sido ingerida por mi en daño mío, debe hacerse igualmente cuando yo, por una segunda imprudencia, la haya dado a otro y de este modo haya dado origen a un segundo hecho culposo, que también se deba juzgar en si mismo.

La justicia exige que uno y otro hecho se juzgue en si mismo, ya que yo puedo haberme encontrado en culpa leve o muy leve (o incluso ser totalmente irresponsable) cuando le proporcione al tercero esa sustancia, y haberse encontrado en culpa grave el primero que la expuso de tal suerte.

3. Puede encontrarse el principal en culpa y el accesorio en dolo. Yo puse el veneno al descubierto con la cruel intención de que la criada imprudente lo tomara por sal y envenenara a los patrones. Supóngase que en el hecho de la criada se admita una imprudencia.

He aquí un hecho suyo que en justicia debe ser castigado, ya que concurren los dos requisitos de la culpa y del resultado dañoso. Pero nadie se atreverá a decir que yo sea cómplice de este delito culposo, aunque materialmente no sea más que un accesorio, y nadie querrá castigarme con arreglo a esta benigna medida. Será necesario rechazar toda idea de complicidad, porque al absurdo lógico de admitir complicidad donde no existe nexo ideológico, corresponde (y es, precisamente, la fuerza del imperativo lógico la que lo exige) un absurdo jurídico.

4. Puede encontrarse el principal en dolo y el accesorio en culpa. Por una negligencia imperdonable deje el veneno al descubierto.

Otro lo uso criminalmente para matar a un tercero. Sin duda que este es autor de envenenamiento. Por lo tanto, ¿seré cómplice de envenenamiento y por mi imprudencia sufriré la pena de muerte? Nadie osará decirlo. ¿Seré autor del envenenamiento? Resulta imposible afirmarlo.

Ni lo uno, ni lo otro. Seré autor de un hecho imprudente, que ha sido causa de una lesión del derecho no prevista por mí, aunque previsible. Y este hecho imprudente deberá ser juzgado en sí mismo, según sus propias condiciones y con una medida totalmente propia.

En consecuencia, bajo cualquier aspecto que se configure la culpa no puede hacer surgir nunca la noción de la complicidad con un hecho ajeno, sea este culposo, inocente o doloso. La culpa puede ser juzgada y castigada como hecho aislado.

Solo se conecta con los hechos ajenos para buscar en ellos el resultado dañoso, que es el elemento material de la imputabilidad de la culpa. Al elemento moral lo debe encontrar en sí y graduarse su responsabilidad con arreglo a éste.

En aquél se busca la cantidad del delito culposo, midiéndola por el daño inmediato. En este se busca su grado, midiéndolo por la gravedad de la negligencia.

Mediante tal conclusión y esos nuevos ejemplos, vuelvo a un desenvolvimiento más amplio de la segunda figura y completo la demostración de que no puede haber complicidad cuando existe intención criminosa distinta.

La intención es crimosamente distinta en los tres casos diferentes posibles.

Quiero decir:

- O porque exista diferencia de dirección, en cuanto uno sienta hacia un delito y el otro hacia otro;
- O porque exista diferencia en el grado del dolo en cuanto aquí exista premeditación, allí impulso instantáneo y en otra parte, la justa indignación excusante.
- O porque exista diferencia intrínseca en el elemento moral, en cuanto en uno exista culpa y en el otro dolo.

Siempre habrá diferencia en la moralidad de la acción, y siempre deberá haber diferencia en la imputación. La máxima a chacun selon ses oeuvres, no es siempre verdadera en derecho penal, cuando se es llamado a dar cuenta del obrar ajeno.

En derecho penal, por el contrario, debe ser absoluta la máxima a chacun selon sa mechancete, porque si la gravedad del hecho es el tipo sobre el cual se determina la cantidad política del delito, la moralidad del agente es el tipo sobre el cual se constituye primero la responsabilidad individual y luego, según sus modificaciones, se mide y gradúa.

Principio, al mismo tiempo, de eminente verdad lógica y moral, que no puede dejar de dominar en la ciencia y de triunfar en la práctica salvo en aquellos países en los cuales un fatal precepto legislativo, con draconiana ferocidad, le impida a la reacia razón rendir homenaje a los supremos cánones de la justicia.

Art 106

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.1.4 Intención imperfecta

Generalmente se enseña que en los delitos de ímpetu no puede existir complicidad. La razón de tal doctrina reside en que en los hechos de ímpetu, a causa del ardor de los afectos no se puede encontrar una voluntad precisamente dirigida hacia un fin, ya que esto, naturalmente, exige la calma del razonamiento.

En esencia, las razones por las cuales en los hechos de ímpetu se excluye la complicidad, son análogas a aquellas por las cuales excluimos de ellos la tentativa.

Sin embargo, esa proposición no debe, aceptarse tan ciegamente tratándose de complicidad en el delito perfecto. Porque entre la complicidad en un delito llevado a su término por otro y la tentativa, existe la diferencia de que faltando en la tentativa el acontecimiento que revele la idea del agente, esta queda para el juez en la esfera de las previsiones conjeturables, mientras que en la complicidad atribuida respecto de un delito consumado, existiendo el evento obtenido, éste a veces puede proporcionar prueba explícita y positiva incluso del pensamiento del agente accesorio.

Con referencia a la complicidad, es necesario cuidarse de confundir los hechos de verdadero ímpetu con los de instantánea resolución.

Es claro que la regla mencionada procederá, junto con la razón que la dicto, en las acciones cometidas por impulso instantáneo y bajo la turbación de una violenta pasión. Pero no siempre se podrá decir que por estar excluida la deliberación del hecho lo esta la complicidad, porque todos comprenden que también en los actos de súbita resolución puede originarse un concierto sobre el acto, por el cual varias personas cooperen con voluntad positiva convergente a lograr un fin determinado.

Además, tampoco se puede decir que en los verdaderos hechos de ímpetu la complicidad es jurídicamente repugnante.

Lo único que se puede decir es que su prueba resultará tan difícil que será casi imposible. Una cosa es, en efecto, decir que cierta condición jurídica es difícil de probar, y otra distinta que cierta condición jurídica resulta repugnante a la ciencia. En este sentido constituiría un error rechazar de manera absoluta la posibilidad de complicidad en los hechos de riña y, en general, en los hechos de ímpetu.

En nuestra ciencia frecuentemente se aceptan como absolutas ciertas proposiciones, porque se las ha considerado con la mente preocupada por un caso al cual correspondían de manera exacta, pero sin advertir que podían existir casos análogos en los cuales, por concurrir una razón distinta, la regla debía fallar.

Así, la máxima de la L si in rixa 17 ff ad L Corn de sicariis, resulta indubitable si se aplica a actos disgregados, pero puede ser falaz si se aplica a actos directamente coeficientes.

Si se supone que dos personas por un súbito ímpetu se ponen a golpear a un mismo individuo, resultará justo que cada uno de ellos responda de sus propios golpes.

De complicidad no se podrá hablar, porque cada una de esas personas ha tenido la intención de desfogar su propia ira, no la de coadyuvar en el hecho del otro.

Pero si, por el contrario, uno de los dos ha agarrado al enemigo y sosteniéndolo firmemente, le grita al compañero, dale que yo lo tengo; o si en la riña uno le ha entregado al otro el arma homicida; o sí mientras unos reñían hubo quien incitó de viva voz a uno de los corrientes a golpear, ¿Se dirá, tal vez, que a causa del arrebató de indignación que los poseía, no hubo entre ellos complicidad, y que el que sujetó o entregó el arma o incitó, no es participe de la responsabilidad del heridor?

Es evidente que con esto se llegaría a aplicar una regla incluso más allá de donde cesa su razón de ser. ¿Qué, acaso no es posible que en el más arrebatado ardor de la pasión se dé una orden que lo haga al mandante partícipe de la responsabilidad del sicario?

Por consiguiente, con fórmula más exacta, el dolo de ímpetu lleva a presumir que el concurso de acción no va acompañado del concurso de voluntad, y que esta presunción triunfará siempre que no se tenga una manifestación explícita de voluntad que no deje lugar a dudas del concurso intencional del uno en el hecho del otro.

En una palabra, la regla no reside en el dolo de ímpetu, sino en la falta de concurso de voluntad. Si éste se realiza a pesar de aquél de un modo cierto, unívoco y positivo, la regla calla.

En este supuesto esta bien que el caso de los delitos de ímpetu encuentre su sede en esta primera categoría, como figura de concurso de acción sin concurso de voluntad, porque presuntivamente es tal.

Tales son las explicaciones del primer caso. Sin embargo, lo he desarrollado bajo un solo punto de vista, esto es, suponiendo siempre la falta del concurso de voluntad en el cómplice.

Nada obsta, por otra parte, que se inviertan las figuras, suponiendo que el concurso de voluntad criminosa desaparezca en el que cumple el acto de consumación del delito, persistiendo en el otro. Se obtendrá siempre el mismo resultado de que la complicidad se escapa de entre manos, porque queda un solo delincuente.

En esta segunda hipótesis desaparecerá la imputabilidad del autor físico, y el supuesto cómplice asumirá su figura, como causa voluntaria y única del hecho que causó la violación de la ley, porque la falta de voluntad en el autor físico lo transforma, como he dicho, en mero instrumento del otro, y convierte a éste en autor principal y único del delito.

Art 107

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.2 Concurso de voluntad sin concurso de acción

Con el propósito de describir la idea de la complicidad, es preciso suponer una voluntad comunicada explícitamente de una persona a otra.

En tanto que alguien se limita a desear el delito interiormente aplaude verlo ejecutar por otro, peca, pero no

delinque, porque al delito no le agrega ni fuerza moral ni fuerza física, el cual se desenvuelve, desde el comienzo al fin, sin recibir influencia alguna de parte de aquél.

Consecuentemente es necesario, suponer que esa voluntad ha sido manifestada y que, en más o en menos, ha servido para darle impulso al delito.

En sustancia, es necesario suponer, por un lado, la palabra, y por el otro, la acción.

La mente de uno ha acariciado la idea de la muerte y sus labios han pronunciado la palabra mata, y el brazo de otro ha respondido a esa palabra con la muerte. Este concepto puede parecer un caso único, pero no es así. Se desenvuelve en cinco figuras, que si bien pertenecen a la misma familia, son, sin embargo, muy distintas entre sí.

Son distintas las figuras del mandante, del coaccionador, del que ordena, del consejero y del socio.

Rasgos característicos muy pronunciados distinguen estas cinco figuras, constituyendo el mandato, la coacción, la orden, el consejo y la sociedad, entes jurídicos substancialmente diferentes

Mantengo esta nomenclatura de la vieja escuela, porque si puede aceptarse en un código que la palabra instigador, después de haber identificado a los efectos penales posiciones naturalmente diversas, pretenda abarcarlas con un solo vocablo, no le puede servir a la ciencia, a la cual le es necesario conocer y distinguir incluso con la nomenclatura los objetos sobre los cuales recaen sus investigaciones.

Se instiga al aconsejar, al encargar, al ordenar, al constreñir y al asociarse. La palabra instigador expresa una materialidad común a diversas condiciones jurídicas. La ciencia tiene necesidad de nombres que señalen estas diversas condiciones.

El rasgo que distingue estas cinco figuras se reconoce fácilmente. Lo indica la utilidad del delito.

Si el delito a ejecutarse redundaba en utilidad de quien solo concurre a él comunicándole su voluntad al autor físico del mismo, se tendrá la orden, o la coacción, o el mandato. Si el delito redundaba en utilidad exclusiva del autor físico, tendremos el congojo. Si redundaba en utilidad común, tendremos la sociedad.

Este dato jurídico es inalterable. Estas figuras podrán volverse impropias, concurriendo también en la acción el mandante, el socio y el consejero, caso en el cual ese concurso modificará su posición jurídica y posiblemente agravará su responsabilidad.

Pero nosotros estudiamos aquí los casos simples.

La distinción de la orden y de la coacción respecto del mandato se encuentra en una circunstancia que se le agrega al mandato.

El mandato es el encargo hecho a otro y aceptado por éste, de consumir un delito.

La orden es un mandato que, de parte de una persona dotada de autoridad, se trasmite a otra persona sujeta a esta autoridad.

La coacción, desde el punto de vista bajo el cual puede figurar en la teoría de la complicidad (vale decir, en el

solo caso de acción constreñida, no en el de reacción constreñida), es un mandato impuesto con la amenaza de un mal.

De tal modo, la orden y la coacción no son más que mandatos calificados. El abuso de autoridad en uno y el abuso de fuerza en el otro, constituyen, al mismo tiempo, su calificación y su nota característica.

De ahí que la orden y la coacción, de las que nos ocuparemos con amplitud en la doctrina de las minorantes, no ocupen nada más que un pequeño espacio en la teoría de la complicidad.

Consecuentemente, si la coacción y la orden alcanzan el apogeo jurídico que antes he señalado, de modo que resulte que la causa física del delito escape a toda imputación por falta de espontaneidad o de conocimiento, aparece manifiesto que la coacción y la orden no encuentran ya su sede en la presente teoría, porque solo queda un único delincuente.

Si, por el contrario, la coacción y la orden no alcanzan a ser tales que vuelvan inmune de imputación al autor físico del delito, las reglas de estos dos casos se confunden con las del mandato.

No parece exacta la fórmula establecida por Carmignani, cuando dice que cuanto menos sean imputables el que recibe la orden y el coaccionado, tanto más imputables serán el que ordena y el coaccionador. Para que esta regla fuera segura sería necesario que entre la imputación de los unos y la de los otros mediara una proporción constante en razón inversa, de la misma manera que en una deuda civil, en la cual mientras más ha pagado el deudor principal, menos queda a cargo del garante. Pero no sucede así.

La imputación de un delito no aminora por el solo hecho de dividirse y recaer sobre muchos. Por el contrario, a veces esto hace que aumente su gravedad política. Y puede suceder muy bien que el coaccionado sea imputable porque no concurra a su respecto alguno de los extremos del moderamen, sin que por esto disminuya la imputación del coaccionador.

Analizadas la coacción y la orden como mandatos calificados, reduciremos nuestras consideraciones a las tres figuras principales del concurso de voluntad sin concurso de acción, es decir, al mandato, al consejo y a la sociedad.

¿Cuándo se producirá una complicidad por este concurso de voluntad sin concurso en la acción?

Evidentemente, cuando haya nacido una acción. Ni el mandato, ni el consejo, ni la sociedad son conatos. Se sabe que para que exista tentativa es necesario que se haya comenzado la ejecución del delito.

Ahora bien, si dos se ponen de acuerdo en querer un delito, con esta sola concordia no han emprendido su ejecución.

Para que, por consiguiente, de esta unión de consentimientos surja la noción de la complicidad, será preciso que el coaccionado, el mandado, el mandatario, el aconsejado o el socio ejecutor, hayan emprendido algunos de los actos externos que sirven para la ejecución del delito. Es necesario que, por lo menos, sean autores de una tentativa.

Mientras no exista el comienzo material del delito deseado, el acuerdo criminal podrá considerarse como delito autónomo, pero no como elemento de una tentativa, ni como señal de complicidad en un delito que no ha

comenzado a existir.

Es un absurdo concebir la idea de una causa moral donde no existe un efecto. Podrá existir el delito de instigación, de asociación ilícita, de violencia o de abuso de autoridad, los cuales, si fueron consumados en su respectivo modo de ser, podrán ser imputados como hechos criminosos sui generis a todos los que concurrieron a ellos con su libre voluntad, pero nunca podrán imputarse con el criterio de la complicidad o de la tentativa.

Enseguida veremos las características del mandato, el consejo y de la sociedad para delinquir.

Art 108

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.2.1 Mandato

La nota distintiva de esas tres figuras la encontramos en el diverso reparto de la utilidad del delito. Esta no es una consideración puramente nominal. Trae consigo importantes consecuencias acerca del grado de responsabilidad del que solo moralmente participo en el delito.

Ya que la utilidad es el ordinario motor del ánimo humano, en los tres casos propuestos la voluntad del ejecutor presentara diferente impulso propio según la proporción de la utilidad del delito.

Por consiguiente, si el delito redundo solo en beneficio del autor físico, desde el punto de vista de la utilidad, este tendrá una fuerza automotriz no referible al consejero, y de ahí que la voluntad del que dio el consejo deberá considerarse como una fuerza que le dio menor impulso al delito.

Si, por el contrario, la utilidad es común, tendremos un impulso coigual en las dos voluntades. Si, por último, la utilidad redundará totalmente en beneficio de quien cometió a otro la ejecución del delito, resulta claro que habiendo faltado en el ánimo del autor una fuerza propia que lo moviera, el impulso de su deseo será referible al comitente, y la fuerza moral del delito encontrara su primera génesis en la voluntad de éste.

La utilidad que le redundo del delito al aconsejado o al socio ejecutor podría hacer pensar que incluso sin la palabra instigadora se habrían determinado al delito.

Por el contrario, la falta de utilidad del delito para el mandatario, hace presumir que sin ese mandato el mandatario no habría violado la ley. De esta manera, es una consecuencia que lógicamente deriva de las nociones constitutivas de estas tres figuras, la de que en razón del concurso moral, menor es la imputación en la hipótesis

del consejo, mayor en la de la sociedad y máxima en la del mandato.

La voluntad del aconsejado tuvo un impulso a la vista de su utilidad exclusiva; la del socio lo tuvo menor en la participación en la utilidad y la del mandatario no tuvo ninguno en si misma, sino que todo el impulso a la determinación criminosa le vino del mandante.

Las normas de esta imputación en su grado máximo se determinará a continuación.

Después de esto, resultara fácil ir hacia los grados inferiores. Estamos frente a una de las difíciles cuestiones científicas. Vale decir, la de si el mandante y mandatario deben equipararse en la imputación. En este punto divergen esencialmente los escritores.

Entre las distintas escuelas existe un abierto antagonismo. Unas sostienen que el mandante debe ser castigado a la par del mandatario, y otras que deben ser menos. La disputa enardeció los espíritus. Carmignani combatió a Rossi, y Roberti a Carmignani, y frecuentemente las invectivas substituyeron a las argumentaciones serias.

Analizando respecto de los escritos de los distintos autores que discernieron sobre este particular me parece ver que la divergencia tiene su origen en el diverso punto de vista del cual se parte para establecer la medida de la imputación de los delitos.

Unos pusieron su atención sobre la acción criminosa. Para ellos, el acto físico asume una prevalecencia de la cual no supieron liberarse.

Los otros la fijaron sobre la causa del delito, y su consideración ejerció una fuerza prevaleciente sobre su ánimo.

El mandante, dice Carmignani, quiso el delito; el mandatario lo quiso y lo ejecutó. Por consiguiente, si uno tiene voluntad y acción y el otro voluntad sin acción, resulta injusto que se castiguen igualmente.

En el delito se castiga un hecho, por lo tanto, la parte activa tomada en ese hecho debe predominar siempre en los criterios del cálculo.

El mandante, agrega Bertalud, será la causa moral del delito, pero no es su causa jurídica. Presentará una criminalidad subjetiva igual o, quizás, mayor que el agente físico. Pero la ley no castiga en sí misma la criminalidad subjetiva. Por perversas que sean las resoluciones, no se castigan mientras no haya nacido la criminalidad objetiva.

En consecuencia, en el mandante se castiga un elemento que por si mismo no seria punible. De ahí que entre el instigador y el autor exista una desigualdad jurídica.

Por el contrario, el mandante dice, Rossi (y con el Chauveau), fue la primera causa del delito. Fue la que le dio el impulso a la voluntad del mandatario, que fue su segunda causa.

Sería injusto que se castigara menos a aquél a cuya voluntad se remonta el primer origen del hecho delictuoso.

En el delito se castiga un efecto: la falta de acción en el mandante, que conduciría a imputarlo menos, encuentra, por consiguiente, una compensación en el aumento de fuerza causante, que se encuentra en él. En uno existe toda la acción, pero menos causa moral. En el otro existe toda la causa moral y nada de acción. El resultado de este

cálculo debe ser su equiparación.

Incluso me parece, que este modo distinto de considerar la cuestión se remonta a una divergencia más profunda en los principios fundamentales de nuestra ciencia.

Porque si al derecho de castigar se le atribuye por fundamento la necesidad política, lógicamente se deberá deducir la prevaencia de lo que se ha hecho.

Así, como la sociedad tiene su principal necesidad de defender el derecho contra quien a su mal querer (que por si solo permanecía perpetuamente inocuo) une la audacia de ejecutar el delito, ya que de este brazo nace el peligro, de la misma manera será lógico establecer una represión mayor contra quien ejecuto y quiso el delito y una menor contra quien solamente lo quiso.

Pero si, por el contrario, la génesis del derecho de castigar se vincula también a la violación del deber, el impulso moral dado a la violación asume carácter prominente, y la cronología de las respectivas voluntades influye sobre el calculo de la imputación.

De este modo, los principios científicos se encadenan entre si con un nexo lógico apenas perceptible, que, a veces, no es advertido ni siquiera por quien se encuentra bajo su influencia.

El doctor Giuliani dudo frente a este debate, e intento salir de él distinguiendo entre mandato gratuito y mandato remunerado.

Si el mandato es gratuito, dice, se puede pensar que un secreto impulso de su ánimo movió al mandatario hacia el delito, y entonces se podrá imputar menos al mandante. Pero si el mandante le compró con una paga su obra criminal, sobre aquél recae la plena imputación del delito.

No obstante la deferencia debida al maestro, no me convence esta distinción. No creo posible que el mandato remunerado sea más odioso respecto del mandante que el mandato gratuito.

Respecto del mandatario estoy conforme en encontrar por este lado una mayor gravedad nacida del salario.

Un hombre que mata a otro para servir al amigo o a la amada, muestra en medio de su delito algo de heroico que puede merecer conmiseración. Pero quien por paga mata a un inocente al que no odia, es el ser más vil y abominable, el más execrable entre todos los delincuentes.

Pero respecto del mandante no veo de la misma manera la influencia del salario. Quien abusa del generoso afecto de un amigo o de un amante y lo sacrifica impulsándolo al delito, es, al contrario, más vil y perverso que el que compra el delito con el oro. El alma del sicario ya debía estar inclinada hacia el mal, si por precio se volvió sicario. El alma del que ejecutó sin paga la venganza pudo ser pura hasta ese día y corromperse por exceso de devoción o de gratitud hacia el mandante.

Se me dirá que el mandante remunerador abuso de las necesidades del sicario. Desde ya niego estas necesidades.

En nueve casos sobre diez el sicario se vende por avaricia o para alimentar hábitos viciosos. Pero supongamos que existió también la necesidad. ¿Qué acaso, el abusar de las necesidades ajenas es más perverso que abusar de las afecciones ajenas? ¿Cuál es más vil, el hombre que compra una muchacha ávida de dinero o el que seduce una

joven enamorada, retribuyéndole su ciega afección con el deshonor? Considero que éste es más malvado que aquél.

El único argumento que puede apoyar esta distinción es una consideración política. El hombre adinerado, se puede decir, encontrara muchas veces un sicario, pero difícilmente encontró un amigo que mate por su afecto.

Por consiguiente, el concurso del precio hace más peligrosa para la sociedad a la persona del mandante.

En esta observación puede existir una verdad política. Pero la mayor dificultad para ejecutar un delito de cierta manera, no es un criterio justo para aminorar la imputación. Cuando se castiga el hecho ocurrido, las dificultades para su realización han desaparecido ya. Esto prueba que las dificultades han sido vencidas por el arte del instigador, y que el ejecutor gratuito ha sido encontrado.

En tal caso, solo se trata de hacer un cálculo de proporción entre el mandante y el ejecutor. La búsqueda de esta proporción no debe hacerse mirando solo si el mandante se debe castigar menos, sino si el mandatario debe ser castigado más que él. Debe considerarse la cuestión bajo este aspecto y la encontraran clara.

Admitido que el mandatario gratuito deba castigarse más que el mandante, la consecuencia será que el sicario asalariado se encontrará respecto del mandante en mejor condición que el gratuito.

Hagan ahora la confrontación entre los mandatarios. Quien no fue seducido por vil avidez, sino por reconocimiento o deferencia hacia un hombre que domino tanto su mente que lo llevo a jugarse la cabeza sin provecho ninguno, en comparación a su instigador será declarado más malvado, en tanto que el otro, que fue arrastrado a la muerte del inocente por la sed del oro, comparativamente será mirado con mejores ojos.

No considero que la distinción de Giuliani pueda resolver la presente cuestión.

Si en el mandato gratuito como en el asalariado, el mandante es la primera causa del delito, en ambos casos fue él quien lo ideo, lo quiso y supo encontrar la forma en que el brazo ajeno le sirviese para realizarlo. O se quiere tomar como guía la idea de la falta de acción, y de este modo tomársela en cuenta respecto del uno como del otro para imputarlos menos. O se quiere obedecer a la consideración de la causa y si tanto el uno como el otro fueron la primera causa y eficiente del delito, deben soportar su plena responsabilidad, como si el propio brazo lo hubiese consumado.

El impulso a la mano ejecutora fue dado por el mandante; si el medio para tal impulso fue el oro prometido u otro estímulo moral, su eficiencia resulta idéntica.

Ha prevalecido en Toscana, esta última opinión especialmente después del código de 1853, que en el art. 49 equipara el instigador al autor, tanto si por vía de mandato (debiéndosele entender simple), cuanto si por vía de amenazas, promesas o de otro modo (fórmula demasiado elástica), haya empujado al instigado al delito.

Una vez aceptado este principio, su aplicación no sería por lo demás, aceptable sino como una presunción a seguir en los casos normales, pero variable en los casos excepcionales.

Me explico: la equiparación del mandante al mandatario en el castigo, supone dos cosas:

1. Que en el uno y en el otro concorra una proéresis igualmente malvada;
2. Que el mandante haya sido la causa primaria del delito. Cuando en un caso dado desaparezca alguno de estos dos presupuestos, debe cesar también la regla de la equiparación.

Desaparece el primer presupuesto cuando, por ejemplo, existe premeditación en el uno y en el otro; o excusa de provocación para el uno y para el otro no.

Respecto del mandatario difícilmente se excluirá la premeditación, pero será muy fácil que esto suceda en el mandante.

En un acceso de cólera o, también, bajo el impulso de una injusta provocación, una persona ofendida profiere palabras de venganza e, incluso, ofrece, si se quiere, una paga para que se la ejecute, y un satélite infame, aprovechando esta indignación, se apresura a matar a la víctima.

En este satélite encontrarán claramente un dolo de propósito, pero en el mandante solo encontrarán un dolo de ímpetu.

Si hubiera consumado la muerte con su propia mano, lo habría favorecido la excusa de la provocación, ¿Por qué si en lugar de ello se vale del brazo ajeno, el ánimo frío del sicario hará aparecer enfriado de pronto el ánimo arrebatado y poseído de furor del mandador? Esto no se puede admitir.

Aplicar de esta manera la regla de la equiparación sería entenderla judaicamente. No, la equiparación procede solo en tanto exista igual grado de dolo.

De la misma manera que en la coacción y en la orden (mandatos calificados), mientras a la causa moral se le aplica la plena imputación del delito, a la causa física se le aminora o se le excluye la imputación en razón de la autoridad o del temor que aminora o excluye su dolo.

Así, se deben computar respecto de la causa moral las circunstancias especiales que actuaron sobre su voluntad, sin que con esto se viole la regla de la equiparación.

En todo el derecho penal no puede haber un caso en el cual la diferencia de grado del dolo no produzca resultados, ni puede existir una presunción iuris et de iure sobre uno u otro grado de maldad intencional. No admito un delito premeditado por presunción iuris et de iure. Cualquier forma criminosa puede admitir la hipótesis de una súbita resolución y de una proéresis merecedora de excusa.

Puede desaparecer el segundo presupuesto por demostración de una verdad contraria, o por una presunción legal.

El presupuesto de que el mandante es la causa primaria del delito desaparece por la prueba de una verdad contraria, cuando en un proceso se demuestra que la primera idea del delito nació del sicario y no del mandante.

Este es un caso fácil de encontrar no solo en los romances y dramas, sino también en la historia. Un sirviente malvado especula con las pasiones de su rico patrón. Si este tiene un enemigo, exalta su ocio y le ofrece su brazo bajo la apariencia de una generosa devoción, y tanto hace y dice, que el patrón, más que ordenar, consiente la muerte de ese enemigo.

¿Castigareis en este caso al mandante a la par del sicario? No.

Demostradas estas circunstancias, la regla de la equiparación debe cesar. Cesará por nuestro código, porque no será instigador quien adhirió a las instigaciones de otro. Cesará con arreglo a los principios de la ciencia, porque la doctrina de la equiparación se funda en su totalidad sobre la suposición de que el mandante haya concebido primero el delito, que haya arrastrado hacia él al mandatario, en una palabra, que él sea la causa primaria del delito.

Por consiguiente, excluida esta premisa, se debe excluir la consecuencia. Un cartabón establecido sobre la presunción de que yo sea seductor, ya no resulta justo cuando aparezco seducido.

Cesa también el segundo presupuesto por una presunción legal, cuando el mandatario tuvo sus motivos propios para consumir el delito.

Esta limitación esta textualmente sancionada por el art. 50 del código toscano, y es una derivación lógicamente indeclinable de la razón de la regla.

Se pretende equiparar en la pena al ejecutor del delito con el que lo mandó, porque se presume que este es la causa primaria del hecho delictuoso, de modo que la cantidad moral de participación en el delito se considera de igual peso que la cantidad física de la acción ejecutada por el otro ¿Por qué se hace esto? Porque, no teniendo el ejecutor ventaja alguna en el delito, es preciso creer que sin el mandato no lo habría cometido.

El concepto del mandato propio es que el delito se convierte en total beneficio del comitente. Pero si el sicario tenía sus motivos propios que lo empujaban hacia ese delito, la cosa es distinta.

Se puede poner en duda si el sicario, que se muestra ahora demasiado inclinado al delito, lo hubiese cometido también sin el mandato y por sus motivos.

La distinción es de Carpzovio (pars. 1, quaest. 4, n. 30), que la ha sacado de un consejo de Decio, de un Singolare de Marsiglio y Bossio. Por lo tanto, también esta sabia distinción deriva de genuina fuente italiana.

De todos modos, las fuerzas que han determinado la voluntad del sicario son dos. Una fue el mandato; la otra preexistía en el mandatario. Aquí el mandato se ha vuelto impropio.

El mandante no fue ya la causa única y primaria del delito. Representa así una cantidad menor de influencia moral sobre el hecho. Cesando por esto la consideración de la prevalencia de la causa, o sea de la cantidad moral de la complicidad, vuelve a ser dominante la consideración de la prevalencia de la cantidad física, o sea de la acción, y de esta manera ese mandante resulta menos punible que el mandatario.

Consecuente con tal pensamiento, el art. 50 de nuestro código no admite esta limitación, sino cuando los motivos propios del mandatario no fueron excitados por el mandante.

En efecto, si estos motivos particulares del ejecutor han sido excitados por el mandante, no representan ya en el mandatario una causa automotora y autogenética para delinquir. Ella ha sido también causada por el mandante, el cual vuelve a ser por sí solo la causa primaria del delito sucedido.

Innumerables veces se ha apreciado la dificultad en la interpretación de la palabra excitar, la cual, a decir verdad, no es muy feliz.

Algunos pensaron que la condición de la no excitación debía considerarse ausente tan pronto como el mandante hubiese fomentado con palabras en el sicario su motivo propio, aunque este motivo fuese preexistente y preconocido por el sicario.

Otros, por el contrario, pensaron que esto no basta para que exista excitación, sino que es necesario, además, que el mandante haya hecho nacer ese motivo en el ánimo del sicario, creándolo o poniéndoselo de manifiesto.

Esta dificultad nace del doble sentido de la palabra excitar. Excitare flammam significa iniciar un incendio. Excitar la llama también puede significar avivar un fuego ya encendido.

Así, unos entienden la palabra excitar en el sentido más estrecho de suscitar, y otros en el sentido más amplio de concitar.

No conozco que la jurisprudencia se haya pronunciado aún sobre esta delicada cuestión, pero diré que me parece aceptable la opinión más benigna. A esto me lleva la letra del artículo, el cual no dice excitar al instigado, sino excitar el motivo, lo que vuelve inaceptable entenderlo como concitar. A esto también me conducen los principios fundamentales de esta doctrina, porque dada la autogénesis de un motivo suyo propio en el ánimo del mandatario, preexistente al mandato y preconocido por él, desaparece el caso simple, en el cual el mandante se presenta como causa primaria del delito, y surge el caso mixto de la doble causa moral del delito, y entonces la consideración de la fuerza física del delito, totalmente atribuible al instigado, vuelve a ejercer importancia prevaleciente respecto a la falta de concurso del mandante en la acción.

Art 109

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.2.2 Consejo

El consejo es una insinuación hecha a otro para persuadirlo que cometa un delito en su exclusiva ventaja.

Cualquiera nota a primera vista, la inmensa diferencia que desde el punto de vista jurídico media entre esta figura y la precedente y cuanto menor es la cantidad moral de fuerza delictuosa en ésta que en aquella.

La circunstancia de que del delito no redunde ninguna utilidad para el consejero, conduce a sostener con gran

facilidad, que el consejo puede haber sido dado por momentánea irreflexión, sin el propósito de verlo ejecutado.

En la mayor parte de los casos el consejo no ha sido deliberado. Además de que, el hecho de estar el interés en delinquir totalmente concentrado en el autor físico, induce a admitir que incluso sin la palabra fomentadora éste habría cometido el delito.

A partir de esto se entablan las disputas sobre la imputabilidad política del consejo, que muchos negaron de manera absoluta, opinión que no se restringió a la de alguna escuela, sino que todavía hoy domina en muchas legislaciones, como, por ejemplo, en el Reino de Francia, donde el código, aunque severo, no encuentra un elemento de complicidad en la nuda instigación.

Respecto de la escuela italiana prevalecen un criterio más analítico y la famosa distinción entre el consejo eficaz y el consejo que llaman meramente exhortativo. Distinción que encuentra su raíz en la conciliación de varios fragmentos del derecho romano, pero que al mismo tiempo se asienta sobre una base muy racional, remontando al principio de la causa.

En el primero se encuentra un acto constitutivo de complicidad y como tal políticamente imputable. En el segundo, la doctrina común ve un acto que, por inmoral que sea, escapa a la censura penal.

Esto sucede porque en el primero se tiene por cierta su influencia sobre el acto criminoso, en tanto que en el segundo esta influencia aparece por lo menos dudosa.

Resulta, sin embargo, difícil determinar a priori la exacta línea de separación entre el consejo eficaz y el consejo exhortativo.

Los escritores podrán fácilmente ejemplificar el consejo eficaz mediante las instrucciones dadas al delincuente sobre la manera de alcanzar su malvado intento, porque siempre resulta fácil ejemplificar los dos miembros que surgen de una distinción en sus puntos extremos de divergencia.

Pero el nudo de la cuestión reside en los puntos de contacto entre uno y otro miembro. En esto, la ciencia no puede dar una fórmula clara, que separe con criterio infalible el consejo exhortativo del eficaz.

La eficacia no puede definirse de otra manera que como eficacia.

Por supuesto, dependerá, de la prudencia del magistrado determinar en los distintos casos si el consejo debe escapar a la imputación civil. En esto se deberá proceder atendiendo a una doble razón, vale decir: indagando en el ánimo del consejero si en él existió el propósito de impeler al otro al delito, e indagando en el ánimo del aconsejado si su voluntad recibió a causa de ese consejo un impulso al crimen.

En la conjunción de estos dos requisitos se encontrará la razón constitutiva de la imputabilidad del consejo, porque el primero constituirá el verdadero concurso de voluntad del consejero en el delito, y el segundo la eficiencia de este concurso. Es siempre el mismo principio fundamental el que domina la teoría. No puede existir un cómplice políticamente imputable, sino cuando en él se encuentre una causa voluntaria del delito ejecutado por otro.

Cuando se haya encontrado un consejo constitutivo de complicidad, corresponderá, entonces, ver que relación debe existir entre el grado de la imputación del autor principal y el grado de la imputación del consejero. En este

punto es doctrina común que el consejero, por eficazmente que haya concurrido al delito con su voluntad, debe, sin embargo, castigarse menos que el autor principal.

La razón de esto es evidente, porque en estos casos el delito recibe del autor principal, no solo toda la fuerza física, sino también la mayor parte de la fuerza moral, porque el motivo para delinquir reside en su totalidad en el aconsejado.

El código toscano ha previsto el caso del consejo en el art. 55, declarando auxiliador a quien ha facilitado o fortificado en otro la resolución de delinquir o le ha indicado los medios para cometer el delito.

El hecho de ser declarado auxiliador, conduce, en los casos ordinarios, a la aplicación de una pena menor de la que para el autor destina la ley.

La indicación de los medios se refiere a lo que la doctrina llama consejo con instrucciones. Este ejerce no solo un impulso sobre la voluntad del agente, sino que en cierto modo lo ejerce también sobre la acción, de la cual casi se vuelve medio.

De ahí que, con exacta visión, se equiparó en el grado de la imputación, la indicación de medios a su suministración, a pesar de que la ciencia incluya la primera entre las figuras de mero concurso moral y la segunda entre las de concurso físico.

Con esa primera fórmula, el código toscano encuentra, además, la imputabilidad del consejo también en todos los casos donde su eficacia emerja solo del impulso dado al delito en su fuerza moral, con el simple actuar sobre la voluntad del delincuente.

Cuando en alguno la resolución de delinquir era vacilante y la palabra ajena la fortificó, o cuando esa resolución no había nacido todavía y la palabra ajena facilitó su formación, la palabra aparece siempre como un consejo eficaz, porque si bien no ha coadyuvado a la acción, ha coadyuvado a la voluntad delictuosa.

Y aunque la ley no lo diga, se debe entender que esa palabra fortificadora, facilitadora o instructora que, con rigor tal vez excesivo, se equipara a la ayuda material, deberá ser emitida dolosamente, vale decir, a sabiendas y con el propósito de producir ese efecto.

Si no se llegaría a una exorbitancia, elevando tan gravemente la responsabilidad por una imprudente palabra de elogio a un pensamiento criminal.

Pero la incitación, la facilitación o la fortificación del designio criminoso puede realizarse tanto con la palabra como con la escritura. No existe una razón para distinguir.

La duda puede nacer cuando no sea inmediata, sino ejercida por intermedio de un tercero inocente. Por ejemplo, un falso mensaje remitido con la malvada finalidad de excitar al delito.

Pero yo no creo que la duda sea fundada, ya que dados los requisitos de la voluntad malvada en el excitador y de la eficiencia en la excitación, resulta indiferente la forma especial utilizada por el instigador malvado que ha logrado su fin perverso.

Desde luego, se comprende fácilmente que la fortificación, la facilitación y la indicación de los medios

representan un grado creciente de eficacia y, de ahí, un grado creciente de imputabilidad, que sin obstáculo podría ser establecido a priori por la ley, pero que, incluso frente a su silencio, no puede ser olvidada por el juez.

Art 110

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.2.3 Sociedad

Se encuentra claramente la sociedad delictuosa en el concierto entre dos o más personas tendiente a cometer un delito en interés común.

La comunidad del interés es el rasgo característico que distingue la sociedad del consejo y del mandato. Los distintos socios pueden concurrir todos a la acción, y entonces su respectiva imputación se regirá con arreglo a la parte que hayan tomado en aquella.

Pero puede también suceder que alguno de los socios no participe nada en la acción, caso en el que será responsable por el solo concurso moral.

Ahora bien, en tal hipótesis, la existencia de un interés propio en los autores principales del delito impide que toda su fuerza moral se refiera en su génesis al que solo concurrió moralmente. Por esto, frente a la paridad del elemento moral, la prevalecencia de la fuerza física, atribuible en su totalidad a los que actuaron, hace que a estos se los deba imputar más que a los otros.

En cuanto a estos claros principios se desenvuelve el código toscano, el cual, en el art. 59, previendo el caso del socio que no haya participado ni siquiera de presencia en la acción, permite que este merezca una pena inferior a la reservada para el autor principal.

No me parece que en este punto se le pueda reprochar al código haber incurrido en un pleonasma, porque en el art. 59 repita el mismo concepto expuesto en el art. 50. A mi me parece que entre ambos casos existe una diferencia muy sustancial, porque en el art. 59 se prevé la hipótesis de un interés común, entre el que fue causa física del delito y el que a él concurrió solo moralmente, en tanto que el art. 50 supone dos intereses distintos: uno totalmente propio del autor físico del delito y otro totalmente propio de quien le dio el impulso moral.

Esto resulta claro de la diversa locución, porque en un lado se usa la frase interés común y en el otro la frase motivos propios suyos.

Ahora bien, los motivos propios de cada delincuente son, evidentemente, cosa distinta del interés común. Estos dos casos son distintos no solo nominalmente, sino también racionalmente, y la diferencia es fecunda en resultados reales.

Se clasifica la sociedad criminosa en especial o general. Es especial cuando varios se ponen de acuerdo para cometer un delito en interés común. Es general cuando varios facinerosos estipulan un pacto entre sí de que, siendo necesario, se prestarán mutua ayuda en todos los delitos que cometan, y que la utilidad de todo delito cometido por cada uno de ellos será común y se repartirá también entre los socios que no hayan concurrido personalmente al delito.

Se puede considerar esta sociedad general bajo un doble aspecto. Se la puede considerar como delito autónomo o como elemento de complicidad.

Cuando esa asociación se considera como delito sui generis (en cuyo caso se le denomina ordinariamente asociación de malhechores) constituye un delito perfecto por sí misma tan pronto como se estipula el pacto criminal, y de inmediato somete a la correspondiente imputación y pena a los asociados, incluso antes de que ninguno de ellos haya cometido alguno de los delitos que se habla pensado cometer.

Este título delictivo especial debería ser considerado más bien como delito de daño universal antes que como delito de daño particular, porque para su consumación no tiene necesidad de un daño efectivo causado a cualquier individuo, sino que se contenta con la potencialidad de este daño y tiene su objetividad, propiamente, en el derecho abstracto que todos los ciudadanos tienen de que en el Estado no se constituya ninguna asociación particular en oposición al orden externo.

Cuando además de este delito sui generis, la asociación haya conducido al resultado de que uno de los aliados haya ejecutado cualquiera de los delitos a los cuales ella estaba preordenada, el delito especial de asociación asume la forma y el carácter ulterior de un hecho constitutivo de complicidad en esta infracción, por lo cual todos los asociados se consideran responsables también de ella, aunque no hayan participado personalmente, e incluso antes de que la hayan conocido, aunque, por casualidad, el delito haya sido descubierto antes de efectuarse el reparto de la utilidad, lo que debe señalarse como una singularidad jurídica, porque representa un caso especial de complicidad en un delito, atribuida a quien no tuvo ni voluntad dirigida a ese delito, ni conocimiento del delito en sí.

Al admitirse esta anomalía no se incurre en una injusticia porque el conocimiento y la voluntad generales suplén el conocimiento y la voluntad especiales. De modo que el elemento moral de la complicidad se encuentra en el consentimiento prestado de una manera general, y la participación en el elemento físico esta representada por el impulso dado a la determinación del autor del delito, que más audaz se lanza a él alentado por la alianza estipulada.

Por otra parte, el acceso en un momento dado a una sociedad ya constituida, no puede volver al nuevo asociado responsable por los delitos cometidos por la asociación precedentemente constituida entre los otros. No puede admitirse este efecto retroactivo a cargo del socio superviviente, porque éste, sin un vuelo pindárico, no puede ser considerado como concausa de los delitos que la asociación consumó antes de que él tomara parte, sin lo que el concepto de la complicidad resulta jurídicamente imposible.

Si al admitirlo en la sociedad, al nuevo asociado se le ha hecho parte en el botín acumulado con los precedentes

delitos, ello lo hará asumir a éste la figura de receptor (y para mí de continuador) de los delitos precedentes, de cuyo lucro participa. Pero con buena lógica no se podrá decir nunca que es un auxiliador, un socio y muchos menos un coautor.

Art 111

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.3 Concurso de voluntad y concurso de acción

Colocados todos los copartícipes de un delito sobre el teatro de la acción, las acciones materiales realizadas por cada uno de ellos se convierten en la norma del respectivo grado de imputación, y las distintas figuras de los participantes deben distinguirse y definirse principalmente con arreglo a esa norma.

Aquí tiene influencia la consideración del tiempo en que ocurrió esa participación moral y física en el delito, porque el tiempo se compenetra con la importancia de la acción y, de ahí, con su gravedad.

Debemos distinguir los actos en tres series. Aquellos que precedieron los momentos de la consumación del delito; los que fueron concomitantes a los actos de consumación y los que fueron subsiguientes a la perfección del delito.

Cuando si el concurso de la acción ocurre en los momentos que precedieron a la consumación del delito, tendremos el auxilio o, según el lenguaje de la vieja escuela, la complicidad en sentido estricto.

Si ese concurso se efectuó en los momentos concomitantes a la consumación, tendremos la correidad. Si se produce en los actos subsiguientes, tendremos el favorecimiento o el auxilio, según la distinta cronología de la voluntad del partícipe.

Son tres las figuras que aparecen en este caso: el auxiliador, el correo y el favorecedor.

Consiste el auxilio, en cualquier acto ejecutado o prometido antes de la consumación del delito ajeno, acto con el cual, efectiva y voluntariamente, se concurre personalmente al mismo, sin intervenir, sin embargo, en su consumación. Decimos personalmente para distinguir el auxilio del concurso moral; y efectivamente, porque la eficiencia del acto es un elemento indispensable de la complicidad.

Como demostraremos en breve, la ciencia no puede admitir tentativa de complicidad. Quien ejecute actos extraños y privados de toda influencia material sobre el delito que otro está cometiendo, aunque éste lo haga con el vano designio de facilitar ese delito, será un malvado imbécil, pero no un auxiliador. Así, quien para ayudar en

un envenenamiento intentara preparar un veneno sin lograrlo, no sería cómplice ni atentador de la muerte que se consumara con otro veneno, porque su acción no habría tenido efectividad sobre ese delito.

Afirmamos voluntariamente, porque una acción, aunque sea eficiente respecto del delito, no vuelve cómplice del mismo a quien la haya realizado sin ánimo de dirigirla a esa finalidad. Decimos sin participar en la consumación, porque si el acto de cooperación ocurre en este momento ya no se es auxiliador, sino correo.

Correo es tomada en préstamo del derecho civil, en el cual se denomina correos las distintas personas ligadas con igual vínculo, solidariamente entre ellas, a una obligación cualquiera.

Por analogía con esta significación originaria, se denomina correidad la conexión existente entre todos los que toman parte en el delito en los momentos de su consumación, sin tenerse en cuenta la mayor o menor importancia de los actos ejecutados por cada uno. En este lugar no se distingue el momento de la perfección del momento de la consumación del delito.

En muchos delitos el momento de la perfección es ontológico y jurídicamente uno solo: es aquel en el cual fue violado definitivamente el derecho que es el objeto del delito de que trata.

Los momentos de la consumación (o los actos consumativos) pueden ser varios. Todos los que intervienen en los momentos de la consumación son correos. El verdadero autor será aquel que realiza el momento de la perfección del crimen. Si el delito es de tal naturaleza que en ciertas circunstancias admita más de un momento de perfección (como el hurto de una cantidad de cosas ejecutado por varias personas, el cual se perfecciona con cada aprehensión de la cosa ajena) serán varios los autores o coautores. Si no admite nada más que un solo momento de perfección (como el estupro), el autor no puede ser nada más que uno solo.

Podrán existir correos, por ejemplo, el que sujeta a la doncella que se resiste; podrán existir auxiliadores, por ejemplo, quien introdujo al autor a la recámara de ella; pero hablando con exactitud, no podrá haber coautores, a pesar de que en la práctica la palabra coautores se usa con más amplitud.

Posteriormente se quiso extender la denominación de correo al autor psicológico, de la misma manera como se quería extender la denominación de autor principal. De este modo, al mandante se lo denominó correo.

Pero desde que el delito deba consistir en el hecho externo, que es el único que puede violar la ley, aquellos que no participaron físicamente y de modo principal en el hecho, nunca podrán considerarse correos con el ejecutor físico, sin producir confusión en la tecnología científica.

Ellos no son otra cosa que accesorios al hecho ajeno. Este sería delito sin esa accesión, pero esta accesión no sería delito sin ese hecho.

Deducir la correidad del mandante con el mandatario del supuesto que aquél se encuentra igualmente obligado que el ejecutor, significa caer en una petición de principio, poniendo como postulado absoluto lo que no es nada más que una consecuencia discutible.

Se discute la demostración que de esta nueva nomenclatura se lee en un opúsculo de un hábil criminalista, en el diario "La Temi", vol. 6, p 481. Dice que al mandante le resulta apropiada la denominación de correo, porque son correos todos aquellos en los cuales existe la misma principalidad de la obligación, por la cual cada uno de ellos,

si fuese el único deudor, sería plenamente reus.

Cualquiera puede ver la falacia de este argumento con solo recordar que el mandante no es deudor frente a la ley penal por el hecho propio, sino por el hecho ajeno. De modo que si el hecho de aquél, aislado del hecho de éste, no acarrea obligación alguna, la consecuencia es que la figura de aquél no puede ser más que accesoria a la figura de éste.

No debe ser una figura idéntica con aquél, sino una figura distinta, así como es distinta la acción material de la acción psicológica.

Condición indispensable de la principalidad es la de subsistir de por sí. Todo lo que para subsistir tenga necesidad de otro que lo sostenga, es y no puede ser más que accesorio.

Pero el concurso moral del mandante solo genera responsabilidad por el delito mandado al sicario, si éste lo ha ejecutado materialmente. Por lo tanto, éste es el reo principal; el otro no es nada más que un delincuente accesorio. Castíguese a la par, si así se desea, pero consérvase la nomenclatura que es congénita a la naturaleza de los entes, sin alterar el sentido genuino del lenguaje por una opinión.

Si bien resulta repugnante no poder denominar correos o coautores a dos delincuentes que por haber participado en el mismo delito son igualmente castigados por la ley positiva, obsérvese que igual o más repugnancia debe producir tener que llamar correos o coautores a dos personas castigadas desigualmente por esa misma ley.

De donde, siendo cierto que el mandante y el mandatario son castigados desigualmente cuando este tuvo sus motivos propios (código toscano, art. 50), es evidente que si para aplicar la denominación de correo o coautor fuera necesario servirse del criterio de la paridad de la imputación, la noción a priori del correo resultaría fluctuante, indefinida, variable. En tal caso, la ciencia solo podría darnos la noción a posteriori.

Por consiguiente, la noción del correo se debe buscar en el criterio ontológico. Se deben estudiar las cosas y según las distintas condiciones que constituyen sus distintas maneras de ser designarlas con nombres distintos para construir un lenguaje exacto y de ahí, según los principios reguladores de la respectiva naturaleza, determinar las reglas particulares de cada una, sin cuidarse si dos cosas ontológicamente distintas se encuentran sometidas a una misma regla que las domina a ambas, o viceversa.

El auxilio obtiene su importancia de la mayor o menor aproximación al acto de la consumación, y según esta aproximación se distingue en próximo y remoto. Naturalmente se entiende, que la imputación del auxilio se deberá graduar con arreglo a su cantidad física.

Deberá ser mayor en el auxilio próximo, consistente en actos que distan poco de la consumación del delito querido, y menor en el auxilio remoto, consistente en actos más alejados de ella, debiendo advertirse siempre que para juzgar sobre esa proximidad, los actos deben pesarse antes que contarse. Existe semejanza entre la cantidad del conato y la de la complicidad.

El criterio para distinguir en el simple auxilio si es próximo o remoto, puede ser análogo al que sugerimos para distinguir el conato remoto del próximo. Es necesario mirar el acto constitutivo de la complicidad.

Si este acto se conecta con los momentos de la consumación, con más facilidad el auxilio será próximo. Por ejemplo, a sabiendas se suministro el veneno o el puñal que debía matar. Si se conecta solo con los actos

simplemente ejecutivos será más fácilmente remoto. Por ejemplo, se suministro la escalera para introducirse a la casa a robar.

Esto es lógico, porque la influencia de un acto se ha ejercido sobre la consumación y la del otro solo sobre sus antecedentes. De modo que, en cierta forma, el cómplice es transportado al campo y al momento de la acción sobre los cuales su acto tuvo eficiencia. Pero aquí no se puede encontrar un criterio realmente infalible, dependiendo todo de las circunstancias particulares.

Igualmente, no es discutible la regla de que en la correidad la imputación debe ser igual para todos los partícipes, en cuanto atañe a la medida de ella que se deduce del hecho, sin consideración a lo que hizo uno u otro respecto de la consumación en sí, ya que esto es una eventualidad que no destruye la indivisibilidad del acto criminoso en el cual todos cooperaron conjuntamente.

También puede considerarse como una regla conforme a la justicia la de que el mero auxiliador, remoto o próximo, tiene que ser menos castigado que el autor del delito. A fuerza moral igual, la obra del auxiliador presenta una fuerza física menor en el delito que la del autor principal. Por consiguiente, sería injusto igualarlos. Esta es la verdadera y única razón de la disparidad de la imputación entre autor y auxiliador, y no la consideración de los motivos para delinquir, que alguno ha pretendido se deben presumir mayores en aquel que en éste, ya que este presunto menor interés es una conjetura arbitraria y variable, que, por lo tanto, no puede fundar un canon permanente de justicia.

Pero la equiparación en la pena del auxiliador con el autor, aunque mantenida por el código de Francia, es rechazada generalmente por los mejores criminalistas modernos e incluso por muchos franceses. Carece de peso el argumento de Cremani (Iib II, cap IV, 11) de que sin el auxiliador probablemente el autor no habría consumado el delito. Esta es también una hipótesis que no puede proporcionar una base sólida a una regla general. No vale el argumento de Schroter, que señala que es una mera casualidad que alguno haga más o menos en la acción delictuosa. Este argumento puede admitirse cuando se trate de partícipes todos intervinientes en los momentos consumativos.

Pero tratándose de un verdadero auxiliador, o sea, de uno a quien se le atribuyan actos ejecutivos del delito, precedentes al comienzo de los actos consumativos, resulta arbitrario afirmar que se debió a una casualidad que hiciera aquello y no esto. Tenemos lo hecho, y siempre se debe presumir que se hizo o no se hizo porque se quiso hacer o no hacer.

Respecto de quien le suministro el puñal al homicida antes del asesinato y sin asistirlo en éste, no tenemos la certeza de que habría tenido el coraje feroz de clavarle ese cuchillo en el corazón a un hombre.

¿Cómo es posible afirmar que esto fue una casualidad?

Kleinschrod reduce la cuestión a términos tan simples que en su simplicidad valen por cien disertaciones. El auxiliador, dice, debe ser menos castigado que el autor, porque el autor ha hecho todo el delito, mientras que el auxiliar solo ha hecho una parte.

Consecuentemente, en armonía con este criterio, si el auxilio fue tal que sin él el delito no pudiese absolutamente cometerse puede cesar la regla de la imputación desigual, porque esta influencia preponderante del auxilio sobre el delito, restablece el equilibrio entre aquellas dos fuerzas y le confiere al auxiliador el carácter de una causa determinante del delito. En este sentido se pronuncia también el código toscano, art. 57.

Advierto, sin embargo, que esta regla, por justa e incontrovertible que sea vista en abstracto, es igualmente espinosa y casi indefinible en sus aplicaciones concretas.

Además, en este tema del concurso de acción, importa definir cuales actos se exigen para constituir complicidad. Aquí se toma la palabra acción en su significado más amplio. De manera que también puede haber concurso de acción en un hecho negativo, incluso en una mera omisión o en la presencia, cuando la omisión o la presencia estaban voluntariamente coordinadas para facilitar el delito y lo facilitaron realmente.

El que monta guardia en la calle mientras el compañero roba en el domicilio ajeno; el que, con la finalidad de aumentarle el coraje, se encuentra presente en la muerte que su socio consuma; el sirviente que omite cerrar la puerta para que sus amigos saqueen la casa o que no acude a los gritos del patrón asesinado, porque precedentemente había prometido hacerse el de la vista gorda, todos son cómplices respectivamente del homicidio o del hurto, y todos son cómplices por concurso de acción.

Con el hecho de asistir mediante un acto corporal a la acción de su socio, la hacen propia, y su conducta, aunque negativa, se vuelve positiva respecto al delito, porque positivamente coadyuva.

Por consiguiente, también el acto negativo puede representar un concurso físico en la acción cuando concurren tres extremos:

1. Eficiencia de ese acto negativo sobre la consumación del delito.
2. Voluntad dirigida a ejecutarlo para ese fin.
3. Manifestación, tácita o expresa, de esa voluntad al autor principal.

Si concurriera la eficiencia sin la voluntad, no tendremos un cómplice, porque tendremos un concurso de acción sin concurso de voluntad. Si concurriera la voluntad sin la eficiencia, a esa voluntad inconexa le faltará el concurso de acción. Si concurriera una intención malvada y una eficiencia eventual sin acuerdo con el autor del delito, faltará el nexo ideológico entre la intención del culpable y la del pretendido auxiliador y desaparecerá por tercera vez la noción de la complicidad.

Escapa, de ahí, a la atribución de complicidad quien, por mera curiosidad, se haya detenido para ser espectador del homicidio cometido por otro, aunque con su detención haya facilitado eventualmente la muerte, porque el homicida hubiera pensado que se encontraba allí para asistirlo, y la víctima, creyéndolo un socio de su agresor, se haya desanimado en su posible resistencia.

Y escapa, también, a la imputación de complicidad quien, escondido sin saberlo los combatientes, se mantiene allí con la intención de ir en socorro del asesino cuando sea necesario.

El acto del primero tuvo eficiencia, pero careció del elemento de la voluntad que lo dotara de un nexo criminoso con la acción. El acto del segundo tuvo el elemento de la voluntad pero careció de eficiencia, porque su presencia desconocida no aumentó el coraje del agresor ni le produjo temor al agredido.

Uno será un desgraciado inocente, y el otro un malvado afortunado, pero ninguno de los dos será un cómplice del homicidio.

Finalmente, la noción de la complicidad no se puede aplicar al sirviente que enojado con el patrón, deja abierta una puerta de su casa con la esperanza de que algún ladrón se introduzca a robar, vengándose así de su patrón. Si, efectivamente, los ladrones entran y roban, existirá por parte del sirviente un acto que tuvo eficiencia sobre el hurto, ejecutado con mala intención, pero, no obstante, no será jurídicamente posible encontrar una complicidad entre dos que quizás nunca se han visto ni conocido.

Si quisiera castigarse al acto malvado de este sirviente será necesario aplicarle un título que lo castigue aisladamente.

En consecuencia, importaría hacer una deducción precipitada si a la nuda presencia se le atribuyera el carácter de complicidad, sin el apoyo de circunstancias que demostraran la intención dirigida al delito y el acuerdo de las voluntades.

La Corte de Casación de Francia (vease Dalloz, mot complicity, p 263, edit belg) decidió que un hermano, que se había mantenido como espectador inerte del homicidio que consumaba el hermano, no se podía considerar cómplice de aquél.

Cuando se admite que la nuda presencia puede ser un hecho constitutivo de participación en el crimen, se considera la duda bajo el simple punto de vista de la acción, presuponiendo, por otra parte, comprobado el elemento intencional.

Sobre este se exige una clara demostración, la cual se debe desear completa especialmente cuando se arriesgue el difícil asunto de sostener la complicidad, no en un delito consumado, sino en uno tentado.

Son necesarios, entonces, dos lances gigantescos:

Es preciso que el juez, de los actos de uno conjeture su intención especial dirigida al efecto más grave no obtenido, y que de la inercia del otro conjeture que este conjeturaba el ánimo del compañero y quería prestarle asistencia. Cuando se ve a la justicia moverse sobre estos hilos de telaraña no se puede evitar un escalofrío de espanto.

En cuanto de la complicidad por actos negativos tiene necesidad de distinciones muy importantes, porque el delito ajeno se puede facilitar con una simple omisión de dos maneras substancialmente diferentes. O sea, omitiendo una acción dada que habríamos podido realizar y cuya inexecución ha facilitado el delito, como si el sirviente al no cerrar debidamente la puerta ha facilitado la introducción del ladrón, u omitiendo un acto que realizado habría impedido el delito.

Respecto a la primera categoría de omisiones no hay seria disputa, porque el hecho omitido asume el carácter de medio de la ejecución, aunque en sí no sea el hecho criminoso.

Por consiguiente, todo es cuestión de saber o no saber. Si el que dejó abierta la puerta no tuvo conocimiento de que por ahí debían entrar los ladrones, no puede surgir una sospecha de complicidad, ya que no se puede querer lo desconocido, y sin voluntad no se puede ser cómplice. Existe una negligencia reprochable solo como hecho autónomo cuando involucra una falta en el ejercicio de un cargo.

Si, por el contrario, la omisión fue dolosamente dirigida a facilitar el delito, entonces se tiene muy claramente la noción de la complicidad por concurso en la acción siempre que exista el acuerdo, como antes lo he dicho.

La polémica recae, por el contrario, sobre la segunda categoría de omisiones: sobre aquellas que no han creado una materialidad facilitadora del crimen, sino que solo han hecho que la ejecución delictiva no se detenga, como habría sido posible.

Esta segunda forma de omisión se desenvuelve en tres casos:

1. En no haber amonestado al culpable.
2. En no haber detenido físicamente las acciones.
3. En no haber denunciado preventivamente el delito que se sabía que otro quería cometer.

Nace pues la duda de sí a pesar del conocimiento del delito que se iba a cometer y la posibilidad nuestra de impedirlo por uno de esos tres modos, nos volvemos responsables de complicidad por no haberlo impedido. La duda nace de que ese conocimiento y la no oposición al delito no puede confundirse con la voluntad y ni siquiera con el deseo de que el delito se cumpla.

En la solución del problema de sí el no amonestar, no detener y no denunciar, con la posibilidad de hacerlo, el delito ajeno, constituye o no un elemento de complicidad, los escritores y los legisladores han llegado a conclusiones muy distintas.

Algunos no encontraron reprochable el hecho de no amonestar y de no detener, buscando su excusa en el temor causado por el peligro propio, pero pretendieron que debía incriminarse la omisión de denuncia. Otros, haciendo una distinción totalmente empírica, enseñaron que la omisión de denuncia no debía imputarse en los delitos leves, pero sí en los graves y especialmente en los delitos contra el Estado. Doctrina que encontró acogida en los gobiernos absolutos.

Todos los criminalistas, sin embargo, que se atienen a la noción exacta de las cosas, señalan con razón que quien se limitó a no denunciar o a no impedir, jamás puede considerarse cómplice del delito, por la razón, que no admite replica: No se puede decir que con eso haya querido el delito, ya que puede haber omitido impedir por temor y omitido denunciar por piedad o por pudor.

De suerte que la existencia de una complicidad en un delito que no se ha querido sería un contrasentido lógico y jurídico.

Y de esta manera sacan la discusión del terreno de la complicidad y la llevan a la conveniencia de imputar esta omisión solo como delito sui generis.

Desde ese punto de vista, actualmente ha tenido cierto crédito la doctrina de la llamada solidaridad defensiva de los ciudadanos, que mira como un deber la prevención de los crímenes.

Se ha dicho que los coasociados tienen derecho a que cada uno de ellos, con posibilidad de hacerlo, prevenga con

sus fuerzas privadas los delitos, y en el olvido de esta posibilidad de prevenir se ha encontrado una violación de aquel deber y una lesión de este derecho.

Al inicio de su desarrollo, el principio de la solidaridad ciudadana se manifestó en el deber de los municipios de responder por los daños derivados de los delitos cometidos en los respectivos territorios, y fue enunciado con la fórmula caución universal o, según Mittermaier, caución mutua.

Su desenvolvimiento en este aspecto fue discutido con mucha erudición por Feuerbach, Diss de Universali Fideiussione, y por Kruseman.

De Fideiussione Universali Civium.

No fue nada más que un desenvolvimiento y, de esta manera, una mitigación de tal principio, la idea de considerar responsables no ya a todos los convivientes en la sierra del culpable, sino solo a los que habiendo tenido el poder de impedir el delito, se hubieran abstenido de hacerlo.

Esta idea fue aceptada por las cortes españolas en el proyecto penal de 1821, en el art. 494, y censurada por la Corte de Castilla la Nueva en sus observaciones sobre el proyecto en la p 59. Fue nuevamente propuesta en el proyecto portugués de 1862

La conveniencia de tal principio, que siempre puede ser discutido en un pueblo regido por instituciones libres y de avanzada civilización, no sería sostenible en un gobierno absoluto.

Krug tiene la idea de que la impopularidad de las leyes que castigan respecto del particular la omisión de denuncia, deriva del hecho de que los legisladores solo han impuesto la obligación de denunciar respecto de los delitos políticos. Al generalizarla, dice, se volverá popular, lo cual dudo.

Pero, por otro lado, es muy cierto que esta es una cuestión de principio y no de favor. O no se la debe admitir, o admitida debe generalizarse. Es indiscutible que si se quiere hacer de ella un delito especial, nunca le serán adaptables los caracteres de la complicidad.

La aceptabilidad del principio de la solidaridad ciudadana, así como la extensión que razonablemente se le puede dar a este principio para hacer del silencio o de la inercia un hecho delictuoso, no constituyen materia que corresponda al presente tema.

Aquí basta solo recordar que la utilidad e incluso la razonabilidad de imputar delictuosamente ciertas omisiones, nunca pueden ser suficientes para contradecir la naturaleza de las cosas y para hacer proclamar como verdad una contradicción.

Y existe contradicción absoluta entre la noción de la complicidad en un delito y la deficiencia de voluntad dirigida al delito.

Se podrá decir que quien no se vuelve soplón de ciertos delitos que han llegado a su conocimiento, viola un deber cívico y se hace pasible de una represión penal, pero jamás se podrá decir que el que se abstiene de denunciar se vuelve cómplice, a menos que se admita la exagerada presunción de que quien no denuncia el delito, desea y quiere que el delito ocurra.

Por consiguiente, fue errónea la opinión de los antiguos que admitieron la complicidad por reticencia. Más errónea todavía fue la opinión de Stubel, *De corpore delicti*, el cual no trepidó en enseñar que quien sabe que se va a cometer un delito y no lo denuncia, se vuelve coautor del delito.

Fue, también, un error de Schroter sostener que este era, por lo menos, un cómplice culposo.

Fuera de lugar se invoca la autoridad de Ciceron, *De officiis*, I, 7: *iniustitiam etiam esse eorum qui iniuriam, ab iis quibus infertur, si possint non propulsant.*

Como moralista, bien pudo haber dicho que se hace una cosa injusta al no socorrer en un peligro a nuestro semejante, pero no dice que esa inercia haga responsable del delito ajeno; ni habría podido decir que callando se quiere, o que sin querer se contraiga una sociedad criminosa.

Menos lejos de la verdad anduvo Tittmann, que, en quien no impidió o no denunció, encuentra, no las características del autor o del socio, sino solo las del fautor.

Se puede ser fautor de un delito incluso sin haber querido o sin querer el delito en sí, cuando conociéndoselo se favorezca su ocultación en daño de la justicia.

En este sentido podría no existir contradicción en encontrar una conexión de responsabilidad entre el culpable y el reticente, reduciéndose la cuestión a ver si conviene admitir un favorecimiento negativo.

Para finalizar, debo señalar que es tonta la solución que algunos pretendieron darle a esta controversia, diciendo que la complicidad nace, no de la presunta aprobación (!) del delito, sino del precepto legal, que habiendo impuesto denunciar, hace que quien no lo haga se vuelva partícipe del delito.

Así sería muy fácil resolver todos los problemas. Pero de este modo se destruye la ciencia y se va a parar al absurdo de encontrar el principio de toda justicia en el derecho positivo. En la ciencia no se debe buscar lo que haya dispuesto un legislador terreno, sino lo que éste pueda disponer sin chocar con la razón y sin lesionar la justicia.

Es momento de volver, brevemente, a las nociones que enuncie antes del segundo caso, para evitar una dificultad que podría perturbar la mente.

Dije que la palabra "hablada o escrita configuraba la orden, la coacción, el mandato, el consejo, la sociedad, casos todos de mero concurso moral.

Pero por esto no se debe creer que la palabra de lugar siempre solo a un concurso moral. Es preciso distinguir entre la palabra que simplemente actúa sobre la voluntad del autor físico y la palabra en la cual se exterioriza un comienzo de ejecución.

En esta segunda hipótesis la palabra constituye un verdadero concurso de acción, no solo en los delitos que consisten en palabras o escritos, sino en cualquier delito.

Cuando se le dice a otro: envenena, rapta, mata, y cosas semejantes, esta palabra no representa otra cosa que un impulso a la voluntad de quien debe actuar y, por consiguiente, no es un principio de ejecución. Pero cuando al farmacéutico se le dice: entregue el veneno; cuando con palabras insidiosas se induce a una virgen a trasladarse al

lugar donde el raptor IB espera; cuando con palabra traidora se invita a la víctima al lugar donde el enemigo la matará, no se da impulso a la voluntad del agente, se da impulso directamente a la acción.

Distinción sutil, pero exacta, que separa el caso en el cual la palabra expresa solo un concurso moral, del caso en el cual la palabra constituye el concurso físico.

En estas y en otras hipótesis semejantes, la palabra no es ya un medio dirigido solo a determinar la voluntad del agente, sino que es un medio dirigido a determinar físicamente la acción. Es un acto externo del que tenía necesidad la ejecución del delito. Tales palabras convierten en auxiliares y a veces también en correos.

Naturalmente que lo mismo sucede en todos los crímenes que, como la blasfemia, la injuria, la conjuración, etc., se consuman con la palabra. Es preciso, en suma, distinguir la palabra excitadora del ánimo del ejecutor, que presenta los términos de mero concurso en la fuerza moral del delito, de la palabra ejecutora, que ofrece los términos del concurso a su fuerza física.

Al ser de otra manera habría casos de coeficiencia dolosa que escaparían a la imputación. El que sabiendo el peligro que corría la víctima señalada para un delito, la instigo a hacer algo que facilitaba su consumación, no sería un mandante ni un consejero, porque el consejo o la orden no fueron dados al autor, sino a la víctima del delito, y podría no ser un socio en el delito. Es necesario, pues, en los términos pertinentes, considerarlo como participante en la acción.

Y por cierto que lo es, ya que el hecho positivo de su palabra entró en la cadena de los actos ejecutivos del maleficio, ni más ni menos como la mano que hubiera empujado al infeliz al precipicio. Aquí la palabra no fue excitadora hacia el delito, sino su ejecutora.

Expresé que los actos consecutivos a la consumación del delito podían entrañar la noción del auxilio o la del favorecimiento, según la cronología de la voluntad de quien realizo esos actos.

Si, aunque sean posteriores al cumplimiento de la acción criminosa, fueron prometidos o concertados antes de la consumación del delito, los hechos se retrotraen a causa de su conocimiento anterior y constituyen verd

Art 112

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.4 Casos Irregulares

En caso de limitar nuestros estudios solo a los casos ordinarios, ya habríamos agotado la teoría de la complicidad. Pero al enunciar hasta aquí las normas de la imputación para los diversos casos y grados de complicidad, hemos partido siempre de tres supuestos:

- 1) coherencia perseverante de las voluntades entre si;
- 2) coherencia de la acción con la voluntad;

3) coherencia de la posición personal jurídica de los participantes.

Ahora bien, esos equilibrados presupuestos pueden desaparecer en los casos particulares y, entonces, del desequilibrio nacen desproporciones que modifican las reglas establecidas hasta el momento. Es necesario, pues, detenernos todavía sobre esta teoría para examinar las consecuencias de esas posibles variaciones.

Art 113

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.4.1 Coherencia perseverante de las voluntades.

La coherencia de las voluntades necesariamente debe haber existido en un momento para que exista complicidad. Si el consentimiento en el *idem placitum* criminoso no se ha producido nunca, resulta absurdo pensar en una conexión. El vínculo del querer común es el anillo que liga a los partícipes de un delito.

Si el socio o el mandatario no aceptó la propuesta criminal, se tendrá una nuda proposición para delinquir, punible *in gravioribus* como hecho aislado (código penal toscano, art. 54), pero no fundándose en la complicidad.

Esto debe tenerse en cuenta para el caso en el que el recusante haya consumado luego el delito al cual se había negado antes. También en este caso la falta de acuerdo excluye la complicidad, y surge la presunción de que el recusante haya actuado por cuenta propia. También aquí la proposición para delinquir será punible como hecho aislado, ocasionador, a lo mas, del delito sucedido. Pero nunca podrá ser punible como complicidad.

No obstante, la duda se produce cuando en un comienzo existió el momento del acuerdo y, en consecuencia, en el se tendría el fundamento de la complicidad, pero después se produjo un cambio en una de las voluntades antes concordes.

La duda surge acerca de si y como tal cambio pueda modificar las reglas de la respectiva imputabilidad. Esto sucederá siempre que uno o el otro de los participantes varíe de pensamiento y se arrepienta. ¿Cuál será el efecto de ese arrepentimiento? Esta es la finalidad de esta primera investigación.

Evidentemente, los casos son dos: o se ha arrepentido el autor principal, o se ha arrepentido su cómplice. Si se arrepintió el autor principal, aquel que debía ejecutar la consumación, su arrepentimiento no puede haber dejado de modificar la acción prevista, y los principios son obvios.

O este se arrepiente antes de haber llegado a un acto de ejecución, y su arrepentimiento favorece al socio, al consejero y al mandante, en el sentido de que no existiendo acto ejecutivo políticamente imputable, estos no quedan deudores nada más que del nudo mandato, del nudo consejo o de la nuda asociación, aisladamente considerados, si y en cuanto sean políticamente imputables como hechos criminosos autónomos.

Si el autor principal se arrepiente después de que, para la ejecución del delito, había realizado actos que constituían una tentativa, habrá existido una tentativa para delinquir, sobre la cual podrá fundarse y medirse la imputación.

Pero esta imputación desaparecerá para el autor principal que tempestivamente se arrepintió, porque la detención de la acción criminal a su respecto, deriva de una causa voluntaria, según veremos después.

En lo que respecta al socio, al auxiliador y al mandante, ese arrepentimiento del autor principal es una causa extraña a su voluntad, puramente casual. De modo que el arrepentimiento del autor principal los favorecerá para evitarles la pena del delito consumado, como los habría favorecido cualquier otro fortuito que hubiese producido esto, pero no escapan a la pena de la tentativa.

Si el arrepentimiento no se produce en el autor principal, sino en el socio, consejero, mandante o auxiliador, el caso se complica.

Después de dado el consejo eficaz, el consejero se ha arrepentido; después de preparado el veneno, el auxiliador ha sentido repugnancia por el delito para el cual tan precipitadamente había proporcionado los medios; después de emitido el mandato, el mandante lo ha revocado.

Pero estos arrepentimientos no han detenido al autor principal, el cual ha recorrido todos los estadios del delito preestablecido. Para todas estas hipótesis la ciencia establece reglas especiales que varían con arreglo a las circunstancias.

Si ese arrepentimiento ha quedado ignorado por el autor principal, la responsabilidad del mandante, del cómplice o del consejero permanecerá, evidentemente, la misma.

De ellos recibió el delito un impulso cuando lo quisieron, y, luego, cuando ya no lo quisieron, no estuvieron a tiempo para detener los tristes efectos del impulso dado.

Un arrepentimiento que no sirve para impedir el delito, no puede cancelar el impulso dado al mismo, y por el quedan plenamente responsables sus autores frente a la ley civil.

Pero si el autor principal conoció a tiempo ese arrepentimiento y no obstante prosiguió adelante, entonces teóricamente interviene una nueva distinción.

Es necesario considerar si el concurso del cómplice arrepentido sirvió o no para facilitar el delito o fue un impulso determinante hacia este. Si no tuvo eficiencia sobre el delito, el autor principal siguió adelante por cuenta propia y bajo su exclusivo riesgo, y los demás no son partícipes o responsables de su tenacidad criminal. Pero si ese concurso de los arrepentidos sirvió para facilitar el delito; si, por ejemplo, el consejero había dado instrucciones indispensables para consumar el crimen o excitado la causa para delinquir en el autor, o el auxiliador había proporcionado lo necesario para ejecutarlo, no basta que estos se arrepientan después y que le hagan conocer a tiempo su arrepentimiento al autor principal, porque subsisten los efectos perniciosos de la malvada voluntad que

ha cesado en ellos. En el orden de los hechos, ellos permanecen siempre siendo las causas del delito. Será necesario, por consiguiente, si quieren cancelar el mal hecho, que no se limiten a arrepentirse y a manifestar su cambio, sino que usen de todas sus fuerzas para impedir el delito, cuyo suceso será la consecuencia de su anterior conducta. He aquí la diferencia que intercede entre el caso del auxiliador o del instructor y el caso ordinario del mandante o del socio.

Estos no habían realizado nada más que un pacto criminal, y si lo disolvieron a tiempo por su voluntad contraria, aunque el autor principal prosiga en el camino del delito, se le presume desvinculado de ellos. Contra ellos solo queda el cargo del primitivo pacto, sea mandato o sociedad; el cual, en los casos pertinentes, únicamente puede castigarse como delito autónomo.

Pero los otros se encuentran en posición más desgraciada porque la facilitación o el impulso dado por ellos al delito no es un hecho retractable, como lo es el consentimiento dado en un contrato.

Si el delito se produce, se produce siempre como continuación de un hecho que ha partido de ellos y que es irrevocable, y que cuando se produjo fue dirigido por ellos precisamente al delito.

Por esto se puede ver que respecto de la utilidad del propio arrepentimiento, el simple mandante se encuentra en mejor condición de la que se encuentra en ciertos casos el consejero.

Art 114

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.4.2 Coherencia de la acción con la voluntad.

Por el lado de la acción el equilibrio puede ser destruido tanto si la acción quedo atrás del querer, como cuando lo supero. Si la acción quedó atrás de la voluntad de los delincuentes, estamos en las reglas del conato, y resulta fácil resolver los distintos casos. Si la acción fue más lejos que la voluntad de los participantes, nos encontramos en los términos del exceso, y debe verse si de este exceso son responsables los delincuentes accesorios que no lo previeron.

Esta investigación, como la de la revocación, no permite que se le realice con mira especial al mandante. No.

La cuestión se vincula a principios más generales y puede presentarse con todo su interés en relación con cualquier caso de complicidad.

No solo un mandante pudo haber mandado golpear y el mandatario haber matado, sino que, igualmente, el consejero pudo haber insinuado herir y el otro haber matado; el socio pudo haber concertado que se lesionara y el

otro haber matado, y el auxiliador pudo haber proporcionado los medios para alcanzar a una persona creyendo que solo se le causarían lesiones, y los otros haberla matado.

Por consiguiente, la cuestión del exceso debe colocarse en términos generales.

Ahora bien, la cuestión del exceso se resuelve combinando lo que dijimos antes en orden al primer caso, con los principios generales de la ciencia.

Es verdad que sin concurso de voluntad no puede existir complicidad ni siquiera cuando exista concurso de acción, y mucho menos cuando falte también este.

Pero para hacer responsable del exceso no siempre es necesario que la voluntad recaiga explícitamente sobre él.

La política exige que también en materia penal se admita dentro de ciertos límites el principio de que quien quiso los medios debe haber querido el fin.

Será una responsabilidad de menor grado y no será posible pensar en un dolo de deliberación respecto a este exceso.

Se habrá, por ejemplo, deseado con premeditación una lesión y se habrá causado un homicidio, sin premeditación. Pero alguna responsabilidad existirá sin duda, porque no se puede admitir que quien quiso un hecho del cual podía surgir con facilidad un efecto grave, se libre de responder de ese efecto con solo decir: yo no lo quería.

Lo que diferencia la materia del exceso de la examinada en la segunda figura del primer caso, reside en la posible previsibilidad de las diversas consecuencias.

Quien creía ayudar a un ladrón a robar no podía prever que, por el contrario, su compañero dirigía su intención hacia un delito distinto. De ahí que en el caso de delito de género distinto, la irresponsabilidad proceda como regla absoluta.

Pero cuando se habla de exceso se supone el mismo género de delito. Y en estos términos, la previsibilidad del efecto más grave da motivo para distinguir.

De ahí que en este punto sea muy sabio el criterio sugerido por Carmignani, que distingue entre exceso en el fin y exceso en los medios. El exceso en los medios existe cuando el mandatario, el socio o el compañero utilizan medios distintos de los ordenados por el mandante, sugeridos por el socio o concertados con el compañero.

Por ejemplo, se dio la orden de apalear y el ejecutor utilizó, por el contrario, un puñal; o habiendo arrojado durante la refriega el palo, uno de los compañeros se vale de un cuchillo y mata. Con seguridad que no se podrá decir que el mandante, el socio o el auxiliador, incluso presentes, sean responsables de esta muerte.

La variación del medio excluye el hecho del homicida de sus voluntades y el homicidio recae por completo sobre quien quiso por si solo usar y por si solo uso los medios que lo causaron.

Existe, por consiguiente, exceso en el fin cuando se han utilizado los mismos medios ordenados o concertados. Por ejemplo, en los casos recién supuestos, no ha sido el puñal el que ha dado muerte, sino el palo, vale decir, el medio que consintieron los compañeros o el que prescribió el mandante, aunque con intenciones más benignas he

aquí como la voluntad referida a los medios basta para volver responsable incluso de las consecuencias sobre las cuales la voluntad no había sido explícitamente dirigida.

Esta responsabilidad del exceso en el fin procede sin dificultad, también cuando el exceso mismo resultante de los medios queridos es atribuible a un fortuito o a simple culpa del ejecutor.

Esa responsabilidad falta, sin embargo, cuando el exceso se produjo por dolo de éste, que a propósito, por maldad o para fines particulares, haya ido más allá de lo concertado o previsto con sus aliados.

En este caso, el efecto más grave encuentra una causa moral suficiente en su misma causa física, y en esto puede apoyarse la imputación de ésta.

He dicho por un fortuito, sin detenerme en la crítica que el gran Giuliani le hizo a Carmignani por haber enseñado esta verdad, como si éste, en contra de los principios científicos, hubiese imaginado un caso fortuito imputable.

La crítica se disipa tan pronto como se recuerda que el caso también es imputable cuando procede de quien versa in re illicita, y aquí nos encontramos, precisamente, en sus términos.

Desde luego, esta teoría del exceso, construida por Carmignani y elogiada por Romagnosi y después por la generalidad de los criminalistas, no choca con la teoría de la intención crimosamente distinta, sino que, por el contrario, se coordina con ella. Todo se resume con las siguientes distinciones.

La intención de dos culpables puede ser crimosamente distinta en sus condiciones subjetivas o en sus relaciones objetivas.

Es distinta en sus condiciones subjetivas, cuando en uno concurre el dolo de propósito y en el otro no; o en uno concurre el ímpetu, o la ebriedad o el error, y en el otro no. En estas condiciones cada uno debe ser juzgado con arreglo a su dolo particular.

Es distinta en sus relaciones objetivas, cuando la voluntad de uno tiende a un fin y la del otro a uno distinto, o bien cuando el hecho de este ha causado un efecto diverso. Aquí nace la subdistinción.

Si el efecto no previsto fue un delito de género distinto del representado por el fin querido por el partícipe, solo el autor del hecho responde de él.

Si di mandato de raptar a una doncella o cooperar en su rapto, pero uno de los raptos aprovechando la ocasión se enamora de su collar y se lo roba, no soy responsable del hurto, aunque mi conducta haya podido facilitarlos materialmente.

Si, por el contrario, el efecto no deseado fue un delito congénere del querido, aparece entonces la utilidad de la subdistinción, recién expuesta, del exceso en los medios y del exceso en el fin. Di mandato de raptar la doncella y los pícaros le ciñeron el cuello con un lazo, por lo cual resulto estrangulada. Yo no soy responsable del homicidio. Di mandato de raptar a la doncella y ordene que se le apretase el cuello para que no se oyeran sus gritos. Soy responsable del sofocamiento ocurrido, porque fue una consecuencia previsible de los medios deseados por mí.

Existe diferencia entre considerar a un delincuente responsable de los efectos materiales que sucedieron más allá de sus previsiones, y considerarlo responsable del estado de ánimo de su compañero.

En el efecto material más grave, se configura la lesión de un derecho ulterior que tiene necesidad de una protección especial, y cuando fue previsible con facilidad, por ser una consecuencia de los medios queridos, es justo poner su responsabilidad a cargo de quien fue su causa, aunque preterintencional.

El estado de ánimo del delincuente no configura una nueva violación de un derecho, sino una forma de la misma violación, por cuya forma no puede pesar la responsabilidad sino solo sobre aquel que en sí (esto es, en las condiciones de su ánimo) la presenta.

Art 115

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.4.3. Coherencia en la posición jurídica de las personas

Sea que las reglas establecidas en materia de complicidad conduzcan a atribuirle al cómplice una imputación menor, o que conduzcan a hacerle una imputación igual que al autor principal, siempre presuponen que todos los concurrentes al delito no tienen calidades excepcionales en su persona.

Si alguno de ellos tiene en su persona una calidad que conduce a aumentar o a disminuir su imputación, resulta cierta la regla general de que de este agravio o de este beneficio no deben participar los compañeros.

De esta manera, la reincidencia, la calidad de extranjero u otras que lleven un agravamiento de la pena, o la imbecilidad, la embriaguez, la minoridad u otra semejante que importe una excusa, cuando concurren para uno y para los otros no, alteran la responsabilidad de aquél y dejan intacta la imputación de estos, y así se produce un desequilibrio totalmente accidental en las proporciones ordinarias de la imputación. Hasta aquí no hay dudas.

Pero existen casos en los cuales las calidades personales influyen sobre el título del delito. Sobre este caso se han producido serias disputas entre los escritores.

Por regla, las calidades agravantes que derivan de las circunstancias materiales del hecho son comunes a todos aquellos que participaron en el hecho. Siempre, sin embargo, subordinadamente a las normas del conocimiento anterior o del exceso, ya expuestas.

Así, son considerados responsables de hurto violento o de hurto con fractura también aquellos que no usaron violencias o no realizaron efracción, siempre que en el momento en que actuaron tuvieron conciencia de su concurso y a pesar de esto persistieron en actuar.

Esto es muy natural, porque esas circunstancias agravantes fueron un medio para el delito conocido y querido por todos, y es solo una simple casualidad que fueran realizadas por la mano del uno o del otro.

Cuando, sin embargo, las agravantes no nacen de una circunstancia material del hecho, sino de una calidad especial de alguna persona (como el parricidio que trae su agravante de la calidad de hijo del matador; o el famulato que la trae de la domesticidad del ladrón), ¿que se deberá decir?

¿El cómplice que no es hijo o que no es sirviente, será participe del agravante que nace de la calidad de hijo o de sirviente que tiene el autor principal? Es una cuestión delicada.

Algunos han mirado el nombre, y del hecho de que un delito cambie de nombre al ser consumado por una persona dada, han deducido que se cambia el título y han negado que en el mismo delito se puedan juntar dos títulos distintos.

Los cómplices que conocieron las condiciones personales de su compañero, consintieron tomar parte en un delito al cual, debido al concurso de aquél, la ley le atribuía caracteres más graves, y por esto deben sobrellevar las consecuencias. Así, según esta doctrina, todos los conjurados que mataron a Cesar habrían sido culpables de parricidio, porque Bruto era hijo del dictador.

A partir de la decisión de la Corte de Casación dada en interés de la ley, el 3 de diciembre de 1812, hasta la decisión del 24 de marzo de 1853, la jurisprudencia de Francia se ha mantenido constantemente en este sentido riguroso.

Entre los más modernos, sostiene esta opinión Blanche (*Deuxieme étude pratique sur le Code penal*, París, 1864), quien resuelve la cuestión poniéndola de una manera que no parece muy exacta.

Dice que el título de parricidio emerge de las cualidades personales del muerto, y de ahí concluye que la agravante es inherente al hecho y por esto común a todos los que participan en éste.

El argumento no tendría réplica si verdaderamente la naciera de modo absoluto de la calidad inherente a la persona del muerto, como, por ejemplo, sucede con la calidad de sacerdote, de niño recién nacido, etc. Pero la calidad de padre solo es relativa. Existe frente a uno de los participes, pero no frente al otro. Por consiguiente, se vincula al hecho de uno y no al del otro.

Y de aquí nace la razón para dudar, la cual no se resuelve con la fórmula de Blanche.

Por el contrario, otros han considerado la cuestión bajo el punto de vista de la violación del deber. El cómplice que no es hijo o sirviente (dicen ellos) no ha violado el sagrado vínculo natural o no ha violado la fe y la obediencia debidas al patrón, y, por lo tanto, son menos culpables y deben ser menos castigados.

Pero lo cierto es que cuando la calidad que modifica el título se encuentra en el autor físico del delito, resulta algo repugnante dejarla inoperante respecto de los cómplices. Aunque a su respecto no exista violación del deber especial que liga al autor principal, ellos, sin embargo, han consentido y concurrido a la violación del deber a sabiendas (se supone) de que el deber iba a violarse. Esta observación llevaría a dudar de la doctrina más benigna.

Pero, por el otro lado, también es verdad que igualmente repugna que alguien sea castigado más severamente por

ser cómplice de otro, de lo que lo sería si él hubiera sido el autor principal. Esta observación conduce, a su vez, a dudar de la opinión más severa, y pesa mucho sobre mi ánimo.

La opinión de los primeros parece estrictamente legal. Fue seguida por Carmignani, abrazada por Giuliani y virilmente sostenida por Rauter (*Traité de droit criminel*, 119) y por el insigne Molinier ("*Revue critique*", vol 13, p 86).

La opinión de los segundos es más humana. La sostuvo Armellini respecto del fratricidio; Cremani, Roberti y Rossi la sostuvieron en relación con el parricidio, y antes de este último, en Franela la habían sostenido Carnot (*Instr*, 2, 574) y Legraverend 11, 133) y después de él, Boitard (*Código penal*, p 294) y Chauveau (*chap 11*), y en Bélgica Koorebeck (*Complicite*, p 208), así como en España, Pacheco (*Estudios de derecho penal*, p 178).

Esta reforzada por la opinión de otros insignes criminalistas, entre los más recientes, por la del profesor Tolomei, en su *Derecho penal*, Padua, 1863, p 218.

La fórmula más adecuada para resolver esta controversia es la que actualmente usa Trebutien. La complicidad, dice, solo puede ser real. La fórmula esta llena de sentido.

Significa que el cómplice es un accesorio del hecho, no de la persona del autor principal. Si el hecho es delito, aunque el autor principal no sea imputable, puede serlo el cómplice.

Si el hecho responde a un grado de imputabilidad de diez (a pesar de que el autor principal, por condiciones inherentes a su persona, no sea imputable más que como cinco, o lo deba ser como quince) la imputabilidad del cómplice se medirá sobre la medida de diez correspondiente al hecho, salvo la modificación en más o en menos de esta cantidad por las condiciones personales del cómplice.

Entre la persona del autor principal y la del cómplice no existe ningún nexo bajo el punto de vista de la respectiva imputabilidad. El nexo tanto del uno como del otro es con el hecho violador de la ley, y con la guía de esta sola relación se debe calcular y determinar la medida de la respectiva responsabilidad.

Pero en la aplicación de esta fórmula, Trebutien (influenciado por la jurisprudencia francesa) sigue una línea falsa cuando de la variación del nombre deduce la distinta realidad del hecho.

Si el homicidio, dice, se convierte en parricidio y el hurto en famulato, porque el autor del primero es un hijo y el del segundo un sirviente, es siempre por un nexo real que los cómplices se consideran respectivamente responsables de parricidio o de famulato.

Así, según él, la variación del nombre hace variar la cosa. De este modo, se llega a identificar la realidad con el nombre, y el nombre con la realidad, de manera que si la teoría hubiese querido o un legislador quisiera crear un nombre distinto para los delitos cometidos por los reincidentes o por los extranjeros, la calidad de extranjero o reincidente del autor del delito debería considerarse una realidad por el hecho de hacer surgir un título nominativamente distinto.

Que la premeditación fuera o no una realidad dependería de las eventualidades del lenguaje.

En Francia, donde se prefiere darle al homicidio premeditado el título de asesinato, la premeditación sería real, en tanto que en otras partes, debido a que el nombre de asesinato se reserva para su verdadero caso y el homicidio

premeditado permanece bajo el título de homicidio, semejante calidad quedaría como una calificación personal. Me permito abrigar dudas sobre esta manera de definir la realidad.

El nombre resulta una eventualidad derivada de la fantasía de los eruditos que, incluso, puede no existir, ya que existen muchas circunstancias agravantes de un hecho que no varían su nombre.

Por consiguiente, la realidad del hecho criminoso no se encuentra en el nombre que le han atribuido los criminalistas, sino que reside en las condiciones materiales que constituyeron la acción; reside en los resultados, o sea, en el efecto criminoso que representa la violación de la ley.

Si las escuelas le hubiesen atribuido al tercer hurto un nombre especial, ¿no resultaría de aquí que la condición de reincidente del autor principal sería una calidad real?

Cuando una legislación, por ejemplo, la toscana, como veremos enseguida, haya suprimido el nombre de parricidio, es evidente que desaparece la razón deducida del nombre. De manera que las condiciones intrínsecas no serían nada según este criterio deducido del nombre.

Para que tenga realidad, se necesita que la circunstancia agravante constituya un momento físico de la ejecución del delito. Aplaudo, por lo tanto, la fórmula del profesor De Rennes, pero no me convence la aplicación que de ella hace en el caso del parricidio.

La teoría de la realidad corresponde muy bien al caso del particular que se vuelve cómplice del notario, que abusando de su función comete una falsedad en documento público: (Casación de Francia, 13 de abril de 1821).

Corresponde también al cómplice del médico, que abusando de su arte haya procurado un aborto: (Casación, 16 de junio de 1865). Pero, según mi parecer, no concurren sus verdaderos términos cuando se la quiere aplicar a una relación personal que no influyó materialmente sobre la ejecución o facilitación del delito y que (para decirlo con nuestra fórmula) no representó ninguna función en la fuerza física del maleficio, y la cual solo se toma en cuenta para el aumento que representa en la fuerza moral subjetiva u objetiva.

Dudo en esta grave cuestión. Sin embargo, me inclinaría hacia la opinión más benigna en aquellos casos en que la calidad personal signifique una simple agravación del delito, sin cuidarme del cambio de nombre, como en el parricidio y en el fratricidio.

Además, dos casos conducen forzosamente a la comunicación:

1. El caso en el cual la calidad personal le da la esencia al maleficio.
2. El caso en el cual la calidad personal sirvió de medio al delito.

· La calidad personal le da la esencia al delito en la deserción, en el incesto, en el adulterio y en la bancarrota, los cuales, sin la condición de soldado, de pariente, de casado o de comerciante del autor principal, se reduciría al lícito ejercicio de la propia libertad en el primer caso; a simple fornicación no imputable políticamente en los otros dos casos, o a un mero fraude civil en el cuarto. Exonerar en estas hipótesis a los cómplices de las consecuencias de las calidades personales del autor, sería lo mismo que acordarles la impunidad,

y esto es absurdo. De la misma manera, cuando, en el caso inverso, la calidad personal le quita la esencia al delito, como en el caso del marido que haya tenido concubinato con la propia esposa, no puede ser castigado ni siquiera el partícipe. Este punto me parece claro.

· Si la calidad personal de uno de los partícipes sirvió de medio al delito, como sucede en el peculado y el famulato, la agravante que nace de esta calidad personal va a compenetrarse en cierto modo con el hecho, lo mismo que el escalamiento o la fractura. Ella se vuelve una realidad en el riguroso sentido ontológico, porque no habiéndose podido cometer el delito sin la intervención de la persona en la cual concurría la calidad que lo hace más ocioso, la calidad misma ha servido de instrumento a la ejecución. Ella ha intervenido como elemento de la fuerza física del delito. Por consiguiente, en estas condiciones especiales, asumiendo la calidad personal caracteres de realidad, debe resultar con influencia sobre la suerte de todos los partícipes, que a sabiendas gozaron de sus beneficios. Es un extremo del famulato, que el ladrón, además de prestar servicio continuo y asalariado, haya cometido el hurto abusando de la comodidad del servicio. En relación con esta noción del hurto doméstico, es imposible negar que la condición de sirviente del autor del hurto tiene una verdadera realidad. Si el servicio fue un medio, la calidad de sirviente lo fue también. La calidad de sirviente será personal, pero la eficiencia de la comodidad del servicio sobre el hecho es real. Por consiguiente, la Corte de Casación de Florencia, en dos sentencias (17 de febrero de 1855 y 28 de abril de 1860), se atuvo correctamente a la opinión más severa en el tema de la domesticidad, porque entre nosotros es de la esencia del famulato que el servicio haya sido un medio para el hurto. Pero esas sentencias serían discutibles en una legislación que le agravase la pena al sirviente también cuando la domesticidad no fuera un medio para el hurto y en los casos en los cuales de hecho el servicio no hubiera representado de ningún modo una ocasión para robar, de manera que en la condición del autor no se pudiera encontrar ninguna característica de realidad. En este caso, el agravamiento tendría toda su raíz en el odio contra la violación del deber, y no en la consideración del mayor peligro o de los elementos materialmente utilizados para la ejecución. Por cierto que de las decisiones mencionadas no se podría deducir una solución general del problema en sentido científico, y mucho menos una conclusión idéntica en materia de parricidio, en el cual es muy difícil de concebir la realidad de la condición de hijo.

Tengo que desarrollar una referencia hecha antes y demostrar así como asume distinta forma jurídica la grave cuestión de la comunicación de las calidades personales de uno de los partícipes en el homicidio.

Esto resulta del hecho que cuando el derecho positivo se propone este problema, puede proceder con dos métodos distintos, esto es:

1 Puede darle al delito un nombre especial a causa de la intervención de una determinada persona (el hijo del muerto) en el delito.

2 Puede dejar intacto el nombre del delito y no agravar su pena, sino solo establecer disposiciones especiales contra la persona en la cual concurre cierta calidad.

La divergencia de los efectos de éstos dos posibles métodos es irrecusable, y no solo refluye sobre la solución del problema, sino que, además, se remonta a la raíz de los argumentos con los cuales se pretende resolver. Es preciso, por consiguiente, que el problema se exponga claramente bajo ambos aspectos, para concretar sin equivocaciones la fórmula de la cuestión en uno y en otro caso, de manera que puedan discutirse sin confundir las ideas.

Primera situación:

La ley positiva ha aceptado la nomenclatura especial que usa la ciencia para designar la muerte de un ascendiente.

Ha mantenido el título de parricidio. He aquí, en esta circunstancia, la génesis del argumento de Carmignani, generalmente repetido, y que constituye el caballo de batalla de la opinión más severa:

El título de parricidio es un título distinto del título de homicidio. Desde que el hijo interviene en la muerte del padre, el hecho no es ya un homicidio; se ha transformado en otro delito, y el extraño que participa en este delito especial, debe someterse a las condiciones del título en el cual ha participado.

Es repugnante (se sigue diciendo) admitir dos títulos distintos en un hecho único. El delito se ha modificado por esa intervención, y debe pesar sobre todos los partícipes bajo la nueva forma que ha asumido.

Llevada la cuestión sobre este terreno, se comprende muy bien por que la jurisprudencia francesa, combinando el principio de la indivisibilidad del título con la noción del autor y del cómplice, haya procedido casi constantemente distinguiendo según que el hijo fuese autor o coautor o solo cómplice de la muerte, y así haya comunicado la agravante en el caso del hijo autor o del hijo coautor (casación, 20 de abril de 1827; 16 de julio de 1835; 23 de marzo de 1843; 9 de junio de 1848; 11 de septiembre de 1851; 24 de marzo de 1853) y no la haya reconocido en el caso del hijo cómplice (casación, 27 de abril de 1815, asunto Balitout, y 21 de marzo de 1844).

Con esto se reduce la cuestión a una pura materialidad, por la cual el hijo que le encargue a otro la muerte del padre, no incurre en ninguna agravación de pena.

Es principalmente bajo este punto de vista que la cuestión se debate entre los eruditos, y es bajo este punto de vista que, según mi modo de ver, permanece todavía axiomática, aunque deba considerarse prevaleciente, la doctrina de la comunicación de la calidad personal del ejecutor al partícipe y de la negativa a valorar la calidad en el partícipe.

Este sistema puede ser justo y aceptable frente a las disposiciones literales de tal o cual derecho positivo. Pero no me convence frente al derecho filosófico, ya que no me parece que responda ni al sentido moral, ni al criterio político.

Si al aumentar la cantidad de un delito en razón de las calidades personales del agente, se tiene en consideración la violación del deber especial, el reproche no debe aumentar más que respecto de aquel que aparezca ligado a él, y respecto de éste debe aumentar tanto si fue autor como si fue cómplice.

Pero si, por el contrario, la calidad personal se considera como elemento de gravedad política a causa de la mayor alarma que despierta el delito cometido por algunos, de la mayor facilidad para cometerlo, de la más fácil impunidad y de la aminoración del poder de defenderse de él, entonces la calidad personal asume el carácter de circunstancia del hecho criminoso y figura entre los elementos de su materialidad, y echando su peso sobre la balanza política, debe pesar indistintamente sobre todos los conocedores o consocios en el crimen, sin distinguir si en el lenguaje científico o legislativo, a aquél en el cual esa calidad se encuentra, se le ha dado el nombre de autor, correo, auxiliador, consejero, mandante o socio.

Desde el momento en que esa calidad ha ejercido sobre el hecho la influencia temida por la ley, las previsiones de esta se han cumplido, y el delito se agrava a cargo de todos.

He aquí, a cuales términos debería conducir la solución de este problema frente a la pura razón científica. Y este modo personal de ver es totalmente conforme con la doctrina de Roberti, que se ocupa ampliamente de él en su Curso de derecho penal, Vol. 2, núm. 692 al núm. 700.

Y es también conforme a la jurisprudencia napolitana, como lo hace notar el diccionario de Armellini en la palabra complicidad.

3. Lo que debe determinar la definición del título, no es la eventualidad de que la calidad aborrecida se encuentre en el autor o en el cómplice. O, más bien, no es de la definición de un título especial o de la asignación de un nombre especial de lo que debe depender la resolución del asunto. Sino que debe depender de la influencia concreta que la calidad personal tuvo sobre la ejecución del delito, en cuanto se quiera considerar el hecho como realmente más grave; o de la consideración del deber violado, en cuanto se pretenda considerar como más odiosa la acción de la persona que lo violó al delinquir.

Segunda situación:

Pero la cuestión asume una forma totalmente nueva y especial cuando se presenta frente a una legislación positiva, que (como el código penal Toscano de 1853) no haga diferencia en el título entre la muerte del padre y la muerte del extraviado.

El código toscano no contiene el título de parricidio. Como el extraño, el hijo parricida es castigado con la muerte si el homicidio fue premeditado (art. 309). Lo mismo que el extraño, es castigado con causa de fuerza de siete a doce años, si el homicidio es simplemente voluntario (art. 310).

Frente a este código o a otros semejantes a él, la cuestión no se puede poner correctamente bajo la fórmula de la comunicación de las agravantes, ni puede sufrir el influjo del principio de la transformación y de la indivisibilidad del título.

El código toscano ha expresado su odio contra la maldad del hijo, no con la agravación de su situación en los casos ordinarios, sino negándose toda minoración de la imputación en los casos en los cuales, en razón de condiciones excepcionales, la ley se la habría concedido a otro.

Si el homicidio premeditado es contra un ascendiente, no está permitido admitir las circunstancias extraordinarias que autorizan a imponer la ergástula en vez de la muerte (art. 309, 4). Cuando el homicidio es imprevisto, no se admite la excusa de la provocación si el muerto era un ascendiente del matador (art. 310, 31).

Ahora bien, a mí no me parece una sutileza, sino una verdad positiva, afirmar que frente al código, la cuestión es totalmente distinta de la que en general tratan los escritores sobre la comunicación o no del título de parricidio.

En consecuencia, en nuestro caso no se trata de la consideración de una circunstancia que agrave la cantidad o que cambie el título del delito, sino que se trata de la valoración o no de una circunstancia que por regla general degrada su fuerza moral subjetiva y, de este modo, aminora la imputación del mismo. Se trata de una cuestión que se aproxima más al argumento de la intención críminosamente distinta y de la que ya he hablado, que al problema de la comunicación de las calidades personales influyentes sobre el título, a las cuales aquí se hace referencia.

La equidad, la moral y la justicia, frente al silencio de la ley, primero le impusieron a todos los jueces castigar menos al matador o al herido que fue conducido a las violencias por una grave provocación. Luego hicieron de esto un precepto científico. Finalmente, condujeron a todos los buenos legisladores a acoger esta excusa en sus códigos como precepto absoluto. ¿Y por qué ha sucedido esto? Por la intuición de una degradación en la fuerza

moral del delito.

Al provocarlo se le aminora la imputación, porque la conmoción de la justa indignación excitada por las injustas violencias ajenas, lo pone en un estado de intención imperfecta.

Por regla, no es tolerable que en la balanza de la justicia una intención imperfecta pese igual que una intención perfecta y completa en todos sus momentos morales de inteligencia y de libertad. He aquí la razón de la excusa. Pero por supuesto, que esta excusa es enteramente subjetiva, totalmente individual. No reside en el hecho, sino en las condiciones del ánimo del agente. No altera la cantidad del delito considerado en sus elementos de hecho. Pero ese delito se imputa menos a quien lo comete bajo el impulso de una voluntad menos libre o menos lúcida.

Consiguientemente, esta excusa debe buscarse mediante indagaciones subjetivas en cada uno de los delincuentes, como la minoridad, como la debilidad mental, como la coacción, propia o impropia; como el error, la ebriedad u otra semejante, que se encuentra en uno de los delincuentes y en otro no, porque éste ha actuado con plenitud de intelecto y de libertad de elección, en tanto que el otro lo quiso porque su libertad fue restringida o porque su intelecto fue perturbado.

Por consiguiente, no resulta repugnante a la ciencia (y, por el contrario, esta en estricta armonía con las reglas de buena justicia) que de dos heridores, uno pueda considerarse provocado porque sufrió graves violencias de parte de su enemigo, y el otro no, porque se lanzó a la reyerta movido por una barbara sed de sangre o por odio, sin ninguna razón que pudiera hacerle considerar como propias las injurias sufridas por el provocado.

En materia de excusas deducidas de un estado de ánimo especial, no puede haber comunicación jurídica.

Considero esta regla como absoluta, porque no encuentro la razón de la excusa en la hipótesis (para mi extraña) de la pérdida del derecho en el provocador, sino en la realidad irrecusable de la modificación del estado del ánimo del delincuente.

Deseo advertir que esta regla no vacila por la costumbre de admitir provocación (o excusa de justo dolor) en las ofensas no causadas a nosotros mismos, sino a un pariente o amigo o, en general, a una persona que nos es querida.

Quien objetara así para impugnar la regla que afirmo, argumentaría sofísticamente.

Cuando he lesionado al que golpeo a mi hermano, no alego como excusa la turbación de ánimo que ha sufrido mi hermano, sino la turbación de mi ánimo, justificada por las ofensas infligidas a una persona que me es querida.

No es una comunicación de un estado intencional que se realiza de un hombre a otro. Es la valoración del estado intencional subjetivo en cada uno de los agentes.

Pero si, por el contrario, provocado por Cayo, me pongo a luchar con él, llega por casualidad un extraño y movido por el odio que abriga contra Cayo, lo mata supuesto que a ese extraño no lo liga ningún vinculo de afecto conmigo y que ni siquiera conoce la provocación que he sufrido antes, ¿sobre cual principio moral o jurídico se fundaría la excusa que se pretendiera admitir a favor de ese extraño? Supóngase al revés, que yo haya golpeado a Cayo y que este me haya vencido y que este golpeándome; si yo reacciono no seré un provocado, pero si mi hermano llega casualmente allí y viéndome en tierra maltrecho bajo los golpes de Cayo, siente conmovido su

ánimo y lo hiere, será necesario concederle a mi hermano una excusa, aunque a mí se me niegue, y será preciso que a mi se me niegue, a pesar de que a él se le conceda. El dolo es individual. Toda graduación del dolo debe ser individual.

Repito, por consiguiente, como regla absoluta, que todas las excusas que tienen su raíz en la fuerza moral subjetiva del delito, deben regularse con una medida enteramente especial en cada uno de los codelincuentes. Y no comprendo por qué motivos (respecto de esta verdad que todas las jurisprudencias admiten constantemente en materia de circunstancias atenuantes), alguno abriga dudas para admitirla, a propósito de la más sólida valoración de los grados del dolo.

Hago esta aclaración previa para abrir camino a la solución de nuestra duda en el segundo caso que propuse, porque me parece que negada la insostenible tesis de la indivisibilidad de la excusa, y admitido, por el contrario, el principio de su individualidad, la solución del asunto no resulta ya ni difícil ni discutible.

¿Que ha dispuesto, en efecto, el código toscano cuando le ha negado al hijo que mata al padre la excusa de la provocación?

Ha sancionado el supremo principio moral de la reverencia que se debe a la sagrada persona de los ascendientes. Si bien el padre se excedió incurriendo en indebidas violencias, no merecidas, quizás, por el hijo, este nunca debió olvidar que era hijo. Tampoco aquí se considera el derecho del provocante, sino la posición del provocado.

En el hijo cuya indignación ha sido provocada por las injustas sevicias paternas, existe, como en otra persona, la perturbación del ánimo, pero la ley ha desaprobado esta perturbación en el hijo, en tanto que, si no la tolera en otro, a lo menos por benigna compasión a la fragilidad humana, la lamenta y la excusa.

Esa perturbación del hijo no se considera justa, porque la ley la desapruueba y al hacerlo no hace más que repetir un precepto de la ley natural, que le impone a los hijos tolerar pacientemente incluso los excesos de aquellos que les dieron la vida. Es, por consiguiente, un deber enteramente excepcional en el individuo, el de sufrir los golpes sin reaccionar. Este deber no se puede extender al extraño.

Por tanto, la razón de la inadmisibilidad de la excusa no es común al extraño. Este se debe juzgar según el estado de su propio ánimo. En él es justa la indignación o el dolor que en el hijo es injusto.

Si veo golpear brutalmente a mi esposa, mi indignación es justa, y también lo es si soy personalmente golpeado en forma brutal, a pesar de que en uno y otro caso el golpeador sea el padre de mi esposa. Nadie duda que cuando yo llegue a matar a mi suegro como reacción por los golpes propinados a mi esposa o a mí, puedo ser excusado. Pero si sucede que mientras yo reacciono contra mi suegro, mi esposa se me une, de inmediato surge la terrible duda. Mi esposa es hija de mi agresor. Si es declarada autora o coautora de la muerte, no es excusable, porque así dispone (y sabiamente lo dispone) la ley.

Pero la excusa que me protegía en la reacción contra mi agresor hasta el momento en el que intervino en la lucha su hija, ¿habrá, por consiguiente, desaparecida mágicamente en un instante?

La ley que justamente valoraba mi razonable indignación como excusa frente a los primeros golpes que le propine al enemigo, ¿cancelará de pronto esta concesión, porque llegó el hijo de mi enemigo y se me unió para lesionarlo?

La degradante que me favorecía mientras era autor del delito, ¿no deberá favorecerme más por haberme vuelto

cómplice?

Si se afirmara esto, el formulismo de la denominación de autor o coautor tendría mayor fuerza que la verdad. La ley natural y la ley social no me imponían la obediencia pasiva y la tolerancia a las violencias de un extraño.

Se me debe juzgar con arreglo al conjunto de los hechos en todo aquell

Art 116

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.5 CASO ESPECIAL DE TENTATIVA

En ocasión de un hurto de gas se suscito en Alemania una viva disputa entre eminentes profesores sobre la siguiente cuestión:

Si a un ladrón se le puede imputar conjuntamente un hurto consumado y un hurto tentado, a consecuencia de la relativa consumación y de la relativa tentativa de que se haya hecho culpable en la misma acción.

Debe notarse que la cuestión se coloca en el caso de una misma acción. No se supone que el ladrón hubiera consumado hoy el hurto de una parte de los valores que pensaba robar y que mañana volviese a intentar el hurto del resto. En estas condiciones no cabe cuestión, porque la nueva acción es ontológicamente distinta de la primera y cada una de ellas presenta los términos de un delito autónomo, los cuales podrán ligarse en los casos pertinentes con el nexo jurídico de la continuación, pero nunca considerarse como delito único.

La hipótesis que se hace es la siguiente: Cayo se ha introducido en una casa donde había 2.000 liras, con la intención de robarlas todas. Cuando ha tomado 20 y las ha puesto en su bolsillo, es sorprendido, impidiéndosele tomar las otras 1.980. O bien, ya ha tomado y guardado en su bolsillo 1.000, cuando es sorprendido, impidiéndosele robar las otras 1.000.

Se pregunta si ese ladrón debe ser castigado solo por el hurto consumado de 20 o de 1.000 liras. O si debe serlo solo por una tentativa de hurto de 2.000 liras. O bien, si conjuntamente ha de ser castigado por el hurto consumado de 20 o de 1.000 liras y, además, por la tentativa de hurto de las otras 1.980 o 2.000 liras.

Geyer responde a esta cuestión diciendo que se debe acumular la pena del hurto ya consumado, con la de la tentativa de hurto del remanente.

Por el contrario, Glaser sostiene que solo se debe aplicar la pena de la tentativa de hurto del todo (2.000 liras), la cual absorbe la pena exigida por el hurto de la suma ya guardada en el bolsillo, porque este no representa nada más que un principio de ejecución del hurto de las 2.000 liras propuesto.

Considero radicalmente falsa la solución de Geyer e incompleta la de Glaser. La cuestión se debe resolver con una tercera fórmula, más en armonía con los principios y más conforme con la justicia en sus aplicaciones

prácticas.

Aquí no entran los términos de la continuación, a lo menos con arreglo a las nociones con que nuestras escuelas acogen la doctrina de la continuación y con las cuales es aplicada prácticamente en Toscana.

Respecto de hurto no es posible encontrar continuación delictiva en la mera repetición de actos, si no hay repetición de acciones.

La repetición de los actos es tan connatural al hurto y casi tan inseparable de él, que el hecho de deducir de ella la noción del hurto continuado, conduciría al absurdo de considerar como continuados todos los hurtos que recaen sobre más de un objeto.

Así, un ladrón que hubiera cortado un ramo de cerezo y llevado cincuenta cerezas, sería menos castigado que el que, trepado al cerezo, hubiese cortado veinte cerezas, ya que este repitió veinte veces el acto material de tomar una cereza y colocarla en el bolsillo con fin de lucro, y cada uno de estos actos representaba en si mismo un delito de hurto completo.

Debe decirse lo mismo del ladrón de dinero, que sería menos castigado si hubiera robado una billetera con sesenta liras, que si hubiese robado solo veinte, pero tomándolas y guardándolas una a una.

Es de la naturaleza del delito de hurto y de muchos otros, la repetición de los actos. Por ello no es posible, por consiguiente, abandonar el concepto del delito único.

Dejamos, pues, de lado la teoría de la continuación, la cual no encuentra términos hábiles en el caso propuesto, y que, por otra parte, no representa nada más que un sucedáneo de la solución de la cuestión. Sería prepóstera partir de esta noción, que supone resuelta la cuestión de la pluralidad de los delitos. Sería una palpable petición de principios.

Solo cuando la cuestión fuese resuelta en el sentido de la pluralidad de los delitos y de las imputaciones, podría buscarse si corresponde aplicar las dos penas en su totalidad, o si deben unificarse en una pena media, merced a la idea de la continuación.

Geyer sostiene que existen dos delitos punibles. Uno consumado y otro tentado, y que, por consiguiente, se deben aplicar las penas correspondientes al hurto de 20 o de 1.000 liras ya consumado y al hurto tentado de la suma remanente.

Sin embargo, esta doctrina es, en primer lugar, radicalmente injusta, porque si, por una necesidad jurídica, para que una tentativa sea políticamente imputable, debe encontrarse un elemento material que constituya su fuerza física subjetiva, será preciso que al acusado se le pueda reprochar como elemento material del atentado que se le quiere imputar, una serie de actos externos idóneos, constitutivos del principio de ejecución.

Ahora bien, en el caso propuesto, ¿donde están los actos externos exclusivamente referibles al segundo delito atribuido, esto es, a la tentativa de hurto de la suma remanente? Es evidente que para esta función se deben hacer servir la introducción del ladrón, la apertura del mueble y la aprehensión de las 20 o de las 1.000 liras. Pero todos estos actos externos ya han pesado sobre la balanza de la justicia. Se le han imputado todos al justiciable como elemento material del hurto consumado y cuya pena ya se le ha aplicado.

Es injusto imputar dos veces el mismo acto externo. Para la tentativa para la cual se desea también una pena, no queda, por consiguiente, nada más que la intención, y de la sola intención se pretende hacer una tentativa punible.

Además, la doctrina de Geyer conduce al absurdo. Para palpar esta verdad apliquemos nuestra hipótesis a un texto legal.

Tomemos el código toscano. El hurto consumado superior a 1.000 liras es castigado con un máximo de cárcel hasta 5 años (art. 376, let. d). La tentativa de hurto de 500 a 1.000 liras es castigada con un máximo de cárcel hasta 18 meses (art. 45, vinculado con el art. 376, let. d).

Si había 2.000 liras y el ladrón las robo a todas, no se le podrá aplicar una pena mayor a 5 años de cárcel.

Si de esas liras robo (esto es, tomo y echo al bolsillo) 1.200, esto autoriza a imponerle por el hurto consumado los 5 años de cárcel íntegros.

Pero si se convencen de que el ladrón tenía la intención de tomar también las otras 800, la doctrina de Geyer autoriza a infligirle a ese ladrón, además de los 5 años, otros 18 meses de cárcel por la supuesta tentativa de hurto de las otras 800 liras.

He ahí que, por un lado, se establece que el ladrón de 2.000 liras que se ha guardado en su bolsillo todas, no puede ser castigado con más de 5 años de cárcel; y, por otro lado, se comprueba que puede ser castigado con 6 años y medio y de cárcel el ladrón que queriendo robar 2.000 liras, solo alcanzo a guardar 1.200, porque su acción fue interrumpida.

Por consiguiente, se castiga más a éste que a aquél por la única razón de que consumó una lesión menor del derecho atacado; por la única razón de que no pudo llevar a término todo su malvado designio. Esto involucra un contrasentido. Es absurdo.

Pero Geyer encuentra una razón especial en su hipótesis, por la particularidad de que supone que el ladrón solo ha guardado en su bolsillo 4 florines.

Ahora bien; como el código austríaco considera una contravención el hurto de 4 florines y un crimen el hurto de 1.000, le parece que no implica contradicción alguna sostener que un mismo acto constituye una contravención consumada y al mismo tiempo una tentativa de crimen.

En virtud de esta observación se puede creer (si nos es posible captar los abstrusos pensamientos de Geyer) que éste debiera tener una doctrina diversa cuando el ladrón no hubiera guardado solo 4 florines, sino el número de florines que el código austríaco exige para que el hurto pase de la contravención al crimen.

En efecto, agrega Geyer, que sería contradictorio si una persona fuera castigada por tentativa de homicidio a causa de la primera herida inferida y por homicidio consumado a causa de la muerte producida por una segunda herida. Pero no repugna, dice él, que pueda concurrir una condena por lesión corporal grave con otra por tentativa de homicidio en una misma acción, porque estos dos títulos pueden concurrir idealmente, cuando la ley señala una línea de confín entre la lesión y el homicidio, como lo hace entre la contravención y el crimen.

Pero este orden de razonamiento se vincula con un concepto más vasto que, desgraciadamente, informa además

de la presente, otras cuestiones de derecho penal igualmente muy interesantes.

Se vincula al concepto de la escuela nominalista, la cual, frecuentemente, para decidir una u otra cuestión, se vale de la eventualidad de que a un hecho se le haya atribuido uno u otro nombre.

Para nosotros, que nos consideramos secuaces de la escuela ontológica, el nombre no es más que un accidente. La ciencia a priori no conoce nombres, sino hechos. Y a los hechos los estudia y les aplica las reglas jurídicas según los propios principios fundamentales.

Entonces resulta repugnante decir que si el ladrón ha echado a su bolsillo solo 4 florines, ha consumado un hurto, y luego decir que no lo ha consumado, sino simplemente tentado, si en vez de 4, se guardo 50 florines, como llega a admitirlo Geyer, para cuya distinción ideal, el hurto ya consumado de los primeros 4 florines desaparece solo porque el ladrón ha tomado otros.

No puede haber una distinción de especie por el simple accidente de un nombre. Si el hecho de comenzar a tomar parte del dinero cuya totalidad se pensaba robar, constituye el principio de ejecución para el hurto de la totalidad cuando se tomaron 10 monedas, también lo debe constituir cuando se tomaron 4.

Único es el designio criminal. Toda la serie de actos exteriores ejecutados por el delincuente no es más que una cadena de otros tantos momentos físicos de la ejecución de ese designio.

La definición del delito según la resultante de los momentos ejecutados o de la maldad del designio, dependerá, como se verá después, de la relativa gravedad, pero siempre se deberá encontrar en él un título solo.

Repugna que un designio criminoso único, dirigido a un único fin, y una única serie de actos ejecutivos congéneres y convergentes al mismo delito, se dividan para dar lugar a dos penalidades distintas.

En el hurto y en la efracción también existe la distinción nominal, sobre la cual funda Geyer su diferencia ideal, porque el hecho del daño causado a los inmuebles y el hecho del hurto de cosa mueble, tienen en la ley (de acuerdo con la fórmula de Geyer) una línea determinada que los separa.

Diferentes en el nombre, el daño y el hurto pueden ser también distintos en la clase según las eventuales disposiciones de una ley positiva, que lo coloque al primero entre las contravenciones y al segundo entre los crímenes.

Pero por esto, ¿al ladrón mediante efracción se le deberá aplicar la doble pena del hurto y del daño?

Más armónicamente con los principios, Glaser sostiene que en la hipótesis propuesta se debía atribuir un solo título e irrogarse una sola pena, en vez de infligírsele al reo una pena doble en razón de haber sido interrumpido.

Señaló que quien se vuelve culpable de tentativa de lesión grave no debe ser castigado al mismo tiempo por esta tentativa y por la lesión leve consumada que produjo, aunque esta no sea más que una contravención.

Tiene por dominante la unidad del designio, cuya ejecución completa estaba constituida por una serie compleja de momentos agotados. Y en la ejecución de un número mayor o menor de estos momentos, no encontró una razón para admitir la separabilidad en dos títulos de delitos distintos, constituido uno por los actos ejecutados y el otro por la intención. De ahí deduce la imputabilidad de un único título, y la deduce bien.

Sin embargo, al decir cuál debía ser el único título imputable en la cuestión propuesta, se pronunció indistintamente por la tentativa de hurto de la suma total que se pretendía robar. Pero aquí no estuvo en lo cierto.

En efecto, respecto de la indistinta admisión de la tentativa, se le puede objetar que, a su vez, esta doctrina también conduce al absurdo.

Supóngase que el ladrón (en la hipótesis que antes aplicamos al código toscano) ya hubiese tomado 1.200 liras. Con esto ya ha incurrido en la pena de cárcel hasta 5 años (art. 376, let. e).

Pero este ladrón quería robar 2.000 liras.

Si se acepta sin distinción la fórmula de Glaser, se deberá decir que la aprehensión de las 1.200 liras no es más que un principio de ejecución del hurto de las 2.000, y, de esta manera, ella solo deberá tomarse en consideración para un hurto tentado de 2.000 liras.

Ahora bien, sabemos (arts. 45 y 376, let e) que la tentativa de hurto de 2.000 liras no se puede castigar con cárcel mayor de 30 meses.

Por lo tanto, al ladrón que por haber tomado 1.200 liras se le podía infligir 5 años de cárcel, no se le puede infligir más que 30 meses si aduce y prueba que no solo quería robar esas liras, sino que pretendía robar más.

Por consiguiente, la mayor maldad del designio se convierte en una circunstancia que aminora la imputación del delito. Lo que es absurdo.

Por lo tanto, la fórmula de que en un sentido absoluto se debe aplicar la pena del hurto tentado sobre toda la cantidad, no puede ser absolutamente verdadera.

Es necesario, en consecuencia, tener por cierto el concepto de la unidad del título, pero expresándolo con una fórmula que permita distinguir según 109 casos y que siempre conduzca a resultados lógicos y conformes con la justicia.

Si recurrimos a la doctrina de Carmignani, encontramos que la fórmula esta lista. Es la fórmula de la prevalecencia, con la cual resolvió claramente los más abstrusos problemas, sea en el conflicto de varios títulos en materia de clasificación de delitos o de un atentado y de un delito consumado.

Aceptado el principio ontológico de que la unidad de la acción y del fin no permite que en un único hecho se encuentren conjuntamente dos títulos delictivos distintos, aunque aquél este materialmente dividido en varios momentos concatenados entre sí con la relación de medio y de fin, surgía la necesidad de determinar cual era el ente jurídico al que debía dar vida una serie de momentos ejecutados por un determinado fin, cuando por casualidad los distintos medios produjeran la lesión de distintos derechos, o cuando la lesión causada por estos difiriese de la producida por el último acto representativo del fin del agente.

Era imposible en esta indagación no caer (según los casos) en un absurdo, estableciendo una regla general que reconociera el criterio determinador del título solo en los medios o solo en el fin.

Este criterio no se podía deducir ni de la naturaleza del medio ni de la del fin, sino que era preciso recurrir a una

regla ontológica más amplia, quiero decir, la de que lo más absorbe a lo menos.

He ahí el concepto de la fecundísima teoría de la prevalecencia. Entre todos los momentos que componen la acción criminosa, sea que atañan a los medios o al fin, se debe buscar el que lesione un derecho de mayor importancia, o el que la ley quiere castigar más severamente.

En este derecho se debe buscar el criterio determinante de la esencia jurídica del delito, y definirlo con arreglo a él. Cualquier otro criterio resulta falaz en cualquier aplicación práctica, y no puede ser tomado como absoluto.

En efecto, ¿cuál es el interés, cuál es el fin que se propone el jurista al estudiar cual es el título delictivo más exacto aplicable a un determinado hecho?

Es, sin duda, la necesidad de servir a la justicia, de suerte que la pena no exceda de la que pueda merecer el agente desde el punto de vista de la intención o de los actos materiales, y que al mismo tiempo no sea inferior a la más grave que bajo uno u otro punto de vista haya merecido el agente. Si se incurre en error en el primer aspecto, se viola la justicia en perjuicio del justiciable, al cual se le inflige un castigo innecesario.

Si se incurre en error en el segundo aspecto, se viola la justicia en daño de la sociedad, a la que no se le dispensa la cantidad de defensa que le es debida.

Cuando, por el contrario, se aplica la pena mayor que corresponde con relación a los medios usados por el culpable, o con relación al más odioso de esos medios, o con relación a su fin, nadie tiene razón para quejarse, y se ha hecho justicia.

El culpable no se puede quejar, porque se le aplica la represión que ha merecido por ese medio o por ese fin más odioso del cual se ha hecho deudor. No se puede quejar la sociedad, porque en la represión más grave encuentra suficiente protección.

Pero para llegar a este resultado de aplicar siempre la represión más grave, para nunca dejar al descubierto la tutela jurídica de alguno de los derechos atacados como medio o como fin, es necesario, precisamente, definir previamente el carácter jurídico del delito con arreglo al más importante entre los derechos atacados.

En esta operación se procede con razón simple cuando se establece la comparación entre delito consumado y delito consumado. Pero se procede con razón compuesta cuando se establece la comparación entre delito consumado y delito tentado.

Así, un hurto consumado de 100 liras es siempre más grave que un hurto consumado de 50 liras. Pero un hurto tentado de 100 liras puede, por el contrario, considerarse como más leve que un hurto consumado de 50 liras, porque a los dos elementos positivos de 100 y de 50 se les agregan en el cálculo de la confrontación, los elementos del daño efectivo, que representa el delito consumado, y el del simple peligro, que representa el delito tentado.

Por esto, puede suceder que en la valoración de la respectiva cantidad política, la diferencia entre las dos sumas se elida por la diferencia entre el daño efectivo y el simple peligro.

Sin embargo, si la teoría, que decide sus problemas y determina sus nociones a priori, no puede entrar en este segundo cálculo de confrontación, que supone un derecho y una pena ya constituidos, el magistrado que, al

decidir los casos, procede, precisamente, tras el examen de un derecho y de una pena constituidos, no puede seguir estrictamente las deducciones de la teoría, cuando encuentre que contradicen a su principio fundamental. Debe, por el contrario, obedecer al principio fundamental y modificar las deducciones teóricas para no destruirlo.

Así, la fórmula de Glaser se puede considerar científicamente verdadera en relación con la teoría abstracta, que prescinde de la consideración de las diferentes penas establecidas por un código para la tentativa.

No obstante, cuando el magistrado que tiene el código bajo sus ojos, vea que las penas establecidas por aquél para la tentativa del delito más grave, son inferiores a las establecidas para el delito consumado más leve, se encontrará frente al siguiente resultado: que mientras la teoría le impondría aplicar la noción de la tentativa, porque ha supuesto que habría exceso del fin sobre el medio, el derecho constituido ha originado, por el contrario, en ese caso, un exceso del medio sobre el fin, porque, precisamente, al delito consumado, en el cual reside el principio de ejecución (a pesar de ser más leve), le ha aplicado una pena mayor que la establecida para la tentativa del delito que no se alcanza, a pesar de que este delito es más grave.

En este caso, el magistrado debe hacer justicia obedeciendo al principio fundamental de la prelación, porque la regla dominante de todas las cuestiones forenses no reside nunca en las deducciones, sino en el principio fundamental. Una deducción puede ser verdadera y exacta en noventa y nueve casos, porque no choca con el principio del cual emana. Pero si surge un centésimo caso en el cual la deducción, contradice al principio, ya no es verdadera, y se debe obedecer, no a ella, sino al principio.

Recurriendo al caso práctico y buscando su aplicación en el código toscano, para aclarar y demostrar nuestra opinión:

El ladrón quería robar 2.000 liras. La tentativa de este hurto no puede ser castigada con más de 30 meses de cárcel (arts. 45 y 367, let. e).

¿Que suma tomo el ladrón?

Si tomó sólo 100 liras, la oblación consumada por él no lo expondrá más que a 3 meses de cárcel. Por consiguiente, también frente al derecho positivo existe prelación del fin sobre el medio (art. 376, let. b).

La fórmula teórica también es correcta en su aplicación: en la tentativa de hurto de 2.000 liras desaparece la sustracción de las 100 liras, que fue su principio de ejecución, así como en la pena de esa tentativa se absorbe y ofrece suficiente energía la pena de la sustracción de las 100 liras.

Pero si, por el contrario, el ladrón ya había echado al bolsillo 100 liras, con esto ha consumado un hurto que lo expone a tres años de cárcel. Prácticamente existe exceso del medio sobre el fin, porque en los cálculos del legislador la proporción del daño sobre el peligro ha superado la proporción de las cantidades.

Por consiguiente, en este caso no hay más que aplicar la doctrina fundamental del conato. Siempre que exista exceso del hecho ejecutado sobre el hecho a ejecutarse o sobre el resultado a obtenerse, desaparece la noción de la tentativa. La noción jurídica de la tentativa no es imaginable como tentativa punible, cuando lo ya hecho está más severamente castigado que la tentativa del designio total.

En consecuencia, yo aceptaría la doctrina de Glaser, pero limitándola en su aplicación, cuando así lo exigiera el principio fundamental de la prelación, en cuyo caso aplicaría solo la pena de la sustracción ya consumada, ya

que no se puede tener en cuenta la tentativa respecto a lo demás, para no imputar dos veces el mismo elemento material, o sea, imputar una tentativa sin elemento material, como dije antes.

Art 117

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.3 DUPLICIDAD DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS

Ocurrió en Toscana un caso práctico, respecto del que la Corte Regia de Luca, en el fallo del 12 de abril de 1864, se pronuncio por la duplicidad de los delitos y de las penas.

A raíz de esto, el condenado recurrió ante la Corte Suprema de casación, la cual, mediante el decreto del 13 de julio de 1864, anuló la sentencia de la corte de Luca, en razón, precisamente, del error jurídico consistente en admitir pluralidad de delitos y de penas en un hurto en parte consumado y en parte tentado.

He aquí el hecho:

El 7 de abril de 1863 Onorio Librusti y Domenico Frediani, mediante el uso de una llave falsa, se introdujeron en la casa de Dumas, en Liorna. Habiendo entrado allí, uno de ellos se apoderó de un reloj de plata colgado de la pared y se lo echo al bolsillo; después procedió a abrir con un escoplo una cómoda cerrada con llave en la cual había 1.600 francos en efectivo.

En esta actitud fueron sorprendidos. Declarados culpables, Librusti y Frediani, fueron condenados por la Corte Regia de Luca en la forma siguiente: condena a Onorio Librusti como coautor de los mencionados hurto y tentativa de hurto en perjuicio de Dumas a dieciocho meses de cárcel por el hurto consumado, y a tres años de la misma pena por la tentativa. Condena a Domenico Frediani a 18 meses de cárcel por el hurto consumado y a 3 años de la misma pena por la tentativa de hurto en daño de los hermanos Dumas.

Librusti y Frediani recurrieron en casación de esa sentencia, y sus defensores (abogado Olinto Gherardi y Giambatista Carrara) dedujeron como motivo de nulidad de la sentencia denunciada, la violación de la ley, consistente en haber considerado como dos delitos una acción criminosa que, según su tesis, estaba ontológicamente unificada por la unidad de la resolución y por la unidad del contexto, y jurídicamente lo estaba, por lo menos, por la continuación.

Su conclusión era que tanto en el primero como en el segundo concepto, el hurto consumado del reloj y el hurto tentado de los 1.600 francos no podían ser castigados más que con una sola pena.

El decreto que dictó la Corte Suprema de casación respecto de esta parte del recurso fue el siguiente:

"considerando que los dos condenados, esto es, Domenico Frediani y Onorio Degl'Innocenti o Librusti, han atacado la sentencia deferida en derecho, porque considero y castigo como dos delitos distintos y separados el hurto consumado y la tentativa de hurto en daño de los hermanos Dumas, siendo que habiéndose realizado los mismos en el mismo lugar, en el mismo tiempo, con uso de llave falsa y fractura y en perjuicio de las mismas personas, debieron considerarse y castigarse como un solo delito.

"Considerando que dicho motivo esta bien fundado, en cuanto que habiendo la sentencia deferida sostenido en derecho que el hurto consumado y el hurto tentado, de los cuales consideran autores a los acusados, constituían dos imputaciones distintas, a las que corresponden penas separadas y distintas, aplico mal los arts. 72 y 75 del Código Penal y violo el art. 80, que limita la regla general establecida por el mismo código, esto es, la relativa a los delitos continuados, que obliga a imponer una sola pena, que debe aumentarse dentro de los límites legales: Annali di Giurisprudenza, 1854, primera parte, columna 595 P Q M casa la sentencia solo en la parte penal declarada por la Corte Real de apelación de Luca, el día 12 de abril de 1864, condenatoria de Domenico Frediani y Onorio Degl'Innocenti o Librusti, y reenvía la causa a la Corte Real de apelación de Florencia, para que sea tratada y decidida a los fines y efectos de los arts. 559 y 562 de las Declaraciones e Instrucciones del 9 de noviembre de 1838".

Después de haberse pronunciado de esa manera el oráculo de la corte reguladora, creo que ya no se puede discutir entre nosotros la siguiente cuestión jurídica: si el ladrón es sorprendido cuando ya ha consumado algunas pero no todas las sustracciones que pensaba realizar, no puede hablarse a su respecto de dos delitos, ni de cúmulo de dos penas, sino que solo se le puede imputar un solo título y aplicársele la pena de este.

Hasta aquí el problema esta resuelto de acuerdo con mi opinión, pero queda por averiguar cuales fueron los motivos que condujeron a la Corte Regia de Luca a sostener un pensamiento distinto, y cuales son las ulteriores consecuencias aplicativas del principio establecido por la Corte Suprema.

Las variadas oportunidades que en mi práctica he tenido de discutir con los ministerios públicos acerca de la unidad o acumulación de las penas, me han revelado claramente las causas del error jurídico que la Corte Suprema le reprocho a la Corte Regia de Luca.

Para nuestro código, es una condición para la unificación jurídica de dos acciones criminosas, que la única resolución criminosa haya conducido a varias violaciones de la misma ley.

Ahora bien, toda la cuestión reside en entender el verdadero concepto a que alude el legislador toscano cuando requiere para la unificación jurídica ese extremo de la identidad de la ley violada.

Algunos pensaron (y lo objetaron muchas veces en el foro) que ésta fórmula quisiera significar varias violaciones del mismo artículo de la ley.

Se trata de un hecho que presenta dos lesiones graves. Ambas lesiones son castigadas por un solo artículo del código.

Por lo tanto, se tienen varias violaciones de la misma ley. Pero, por el contrario, supóngase que se trate de una lesión grave y de una lesión leve. He aquí que es necesario aplicar dos penas, acumulando la de la lesión grave con la de la leve, ya que no pueden fundirse en una lesión continuada, ni pueden unificarse en una sola represión, porque la ley violada no es la misma, sino que los violados son dos artículos distintos.

Lo mismo he oído repetir cuando se trataba de un hurto calificado, el cual, en vez de concurrir con otro hurto calificado, concurría con un hurto simple.

Creo que la Corte Regia de Luca le rindió un desafortunado homenaje a esta interpretación y a esta doctrina, cuando creyó que no podía considerar como un solo delito continuado el hurto tentado y el hurto consumado por Librusti.

La tentativa es castigada por el art. 45 y el hurto consumado por el art. 376. Los acusados, se dice, han violado una ley con la tentativa y otra con el hurto consumado. No se puede hablar de unidad ontológica, ni sostener la unificación jurídica, porque no se trata de varias violaciones de la misma ley. Es necesario, por consiguiente, aplicar las dos penas.

Pero esta interpretación, censurada por la Corte Suprema, es inaceptable, en primer lugar, porque conduce al absurdo, como lo puedo demostrar hasta la evidencia.

Según esta doctrina, si Ticio ha herido gravemente a dos individuos en una riña, no se duda en aceptar la unificación, y no esta permitido aplicarle más de 3 años de cárcel. Pero si, por el contrario, en la misma riña, Cayo ha herido a dos individuos, a uno gravemente y al otro en forma leve, entonces el caso es distinto. Son dos las leyes violadas, y ya no estamos en los términos de la absorción, sino en los del cúmulo, y a Cayo se le pueden aplicar los mismos tres años de cárcel por la lesión grave, más ocho meses de cárcel por la lesión leve. Y si Cayo pregunta por que razón se le aplica un recargo de ocho meses sobre la pena de Ticio, es preciso responderle: se lo hace porque la segunda herida causada por Ticio era grave, en tanto que la que tú causaste era leve.

Supóngase ahora que Sempronio ha consumado sucesivamente dos hurtos y que ambos son calificados. Por el contrario, Seyo ha consumado uno solo y el otro ha quedado en tentativa, o bien, que el primer hurto era calificado y el segundo era simple. La consecuencia es idéntica. La pena de Sempronio no puede sobrepasar el máximo de la correspondiente a un hurto. Por el contrario, a Seyo, además del máximo de esta pena, se le puede irrogar la pena de la tentativa o la del hurto simple.

¿Por que ocurre esto?

Porque el segundo hurto de Sempronio era calificado o consumado, mientras que el segundo hurto de Seyo fue simple o quedo en tentativa. ¿Es posible que sea correcta una interpretación que conduce a estos absurdos? ¿Es posible que estuviera en el pensamiento del legislador toscano sancionar tales exorbitancias?

El sentido moral y el sentido lógico se rebelan contra esto, y la razón debe encontrar otra interpretación y otro pensamiento que no den paso a tales injusticias.

Cuando el legislador toscano prescribió para la unificación jurídica la condición de la identidad de la ley violada, con la palabra ley no entendió referirse a la estrecha consideración de un número.

No entendió aludir al artículo o al párrafo. Con solo suponer esto se viola la letra del precepto, porque este no dice artículo de ley, sino ley. Por consiguiente, el pensamiento que combato agrega arbitrariamente, en el precepto que finge interpretar, una palabra que no está en él.

Pero si nos remontamos a la razón del precepto, se descubre con claridad que el ánimo del legislador fue el de hacer referencia con la palabra ley a una cosa abstracta, inmaterial, no el de referirse a la accidentalidad de una

página, de un número o de una fecha de edicto, sino que mira más alto a la ley protectora del derecho. En una palabra, trata de expresar la identidad del derecho atacado.

Con las palabras misma ley quiso expresar la ley primitiva que proclama la inviolabilidad por parte del hombre de cada uno de los derechos de la humanidad.

Una es la ley que protege el derecho de la integridad personal; una la ley que protege la propiedad; una la que protege el honor; una la que protege el pudor, la religión, el Estado, etc. Hasta aquí entiendo y veo claro que quien ofende el honor ajeno y quien ofende la propiedad ajena, han violado dos leyes distintas.

Pero lo que no entiendo es que cuando alguno ha atacado dos veces la persona ajena, deba considerarse que ha violado dos leyes distintas, solo porque la primera de las víctimas estuvo enferma treintiuno días y la otra solo estuvo treinta.

El número del artículo y la fecha del edicto no son más que accidentalidades exteriores de la forma dada al precepto, las cuales no alteran su sustancia y su índole jurídica.

Si el legislador hubiese querido esto, habría exigido claramente la identidad de la pena. Pero el legislador no dijo nada de la pena, así como no habló de los artículos.

Se necesita referirse a la razón fundamental de la teoría de la continuación, ya que no se refiere a la consideración de tal o cual pena especial.

Deriva, por el contrario, de un principio de suprema justicia, que no permite que se duplique la pena de dos acciones cuando el elemento intencional de ambas acciones es uno solo, aunque su elemento material se haya exteriorizado en dos hechos distintos.

No lo permite, porque al castigar el primer hecho se pone a cargo del acusado el elemento de la maldad psicológica que lo inspiró, y este elemento considerado una vez y puesto ya a cargo del acusado, no puede en justicia volverse a considerar integralmente una segunda vez en el segundo hecho.

Por consiguiente, se tienen dos delitos con relación al elemento material, pero se tiene un solo delito respecto del elemento intencional.

Es más malvado aquel que toma dos veces la determinación de delinquir, que el que la toma una sola vez. Por consiguiente, la justicia exige que dos actos materiales del cuerpo y un solo acto de la intención pesen menos sobre la balanza que dos actos materiales y dos actos de la voluntad. Es la única razón plausible de la teoría de la continuación. De otro modo, esta no sería más que un recurso empírico de una voluntaria benignidad.

Respaldando a este principio fundamental, resulta claro que el legislador toscano, cuando quiso que la determinación criminosa fuese una sola, entendió que debía ser verdaderamente una sola en todas las relaciones de su existencia ideológica. Esto es, quiso que ella fuese única no solo subjetivamente, como puede ser la resolución de un malvado que al mismo tiempo resuelva robar una mujer y estuproarla, sino que quiso que también fuese única objetivamente, esto es, que se enderezara a la lesión de un mismo derecho, porque la verdadera unidad ideológica no puede existir sin la unidad de fin.

Y he aquí por que después de haber expresado el criterio de la unidad ideológica subjetiva con la fórmula una misma resolución criminosa, quiso expresar el criterio de la unidad ideológica objetiva mediante la fórmula de una misma ley. Y si es así, la palabra ley no puede significar en este lugar otra cosa que ataque al mismo derecho.

Cuando un malvado piensa delinquir, no piensa violar los arts. 20 y 100. Piensa violar un derecho ajeno, mediante cuya lesión se promete conseguir un bien sensible.

La unidad ideológica de la determinación no se rompe porque en la redacción de un código, ciertas circunstancias lleven un hecho bajo un artículo y otras lo conduzcan bajo otro. Ella se rompe, sin embargo, por su propia naturaleza, cuando se piensa violar el derecho de propiedad y (aunque sea contemporáneamente) se piensa violar el derecho al honor.

Si las violaciones de los dos derechos representan dos fines distintos en la mente de quien las piensa y no se unifican en ella en razón del nexo de medio a fin, es preciso decir que, aunque contemporáneas y no separadas en su génesis ni siquiera por un instante, se trata de dos violaciones distintas. Y con razón, cuando se llama al culpable a dar cuenta de los dos hechos, junto con la materialidad del primero se le imputa el primer acto de volición, y junto con la materialidad del segundo hecho se le imputa el segundo acto de volición. Y no hay duplicación de imputación. Pero la cosa es distinta cuando la duplicidad de la volición se quiere deducir de la eventualidad de la diversidad del artículo de la ley violada.

Prescindiendo de la consideración que el hecho de causar una herida leve y no una grave, o el de realizar una tentativa de hurto y no un hurto consumado, no entran en los cálculos y en las previsiones del delincuente, lo cierto es que en la esfera de tales previsiones no entra de ningún modo el número del artículo o la fecha del edicto que lo castigará cuando sea descubierto

Por consiguiente, la decisión de la Corte Suprema en la causa Librusti es incriticable y sabia, porque responde más a la letra de la ley, se conforma más a los principios fundamentales de la ciencia e impide consecuencias muy injustas.

Pero, ¿cuáles serán las consecuencias de esta regla en sus aplicaciones prácticas?

Esta investigación involucra dos cuestiones distintas:

- La primera surge acerca de la elección del título;
- La segunda reside en determinar cuando debe admitirse la unificación ontológica, y cuando simplemente la unificación jurídica.

Como ya lo señale en el artículo precedente, la primera cuestión sólo puede resolverse con la teoría de la prevalecencia.

Admitido que el justiciable convicto de un delito tentado y de otro consumado, debe ser declarado deudor de un solo delito continuado y sometido a la pena que para ese delito establece la ley, aumentada entre sus límites legales, respecto de muchos delitos no se puede dudar en responder que la pena aplicable será la del delito consumado, porque con relación a estos delitos (por ejemplo, el homicidio y el estupro), cuya medida no varía por obra de su cantidad natural, deberá decirse que el delito consumado es siempre más grave que el delito tentado.

Por esto, la pena de los delitos unificados por la continuación, deberá buscarse en el artículo de la ley que castiga el hecho consumado.

Pero en los delitos que de ordinario presentan una variación en la cantidad natural, puede variar la medida de su pena en razón de la variación de aquella; puede suceder que el delito que quedo simplemente tentado, merezca una pena más grave de la que correspondió a su consumación, a pesar de pertenecer ambos al mismo título.

Esto sucede más especialmente en el delito de hurto, cuando la ley haya reconocido como norma de la pena a aplicarse el criterio de su cantidad natural, vale decir, la mayor o menor importancia de la cosa robada.

Es evidente que según ese criterio un hurto consumado de diez liras es castigado menos que un hurto tentado de mil. En esta combinación no puede declararse de manera absoluta que en el mismo delito la consumación es más que la tentativa.

Cuando, por consiguiente, un justiciable sea declarado culpable de un hurto consumado y de un hurto tentado, unificados entre sí por el vínculo jurídico de la continuación, si bien ontológicamente distintos, no se puede decir resueltamente que se someta a la penalidad del hurto consumado, porque esta penalidad puede ser menor que aquella en la que el incurrió con el hurto tentado, y sería absurdo aliviar la pena merecida por él con la tentativa, por la razón de que había consumado otra sustracción; como sería absurdo aliviarle la pena del hurto consumado por la razón de que él había tentado otro hurto.

Por consiguiente, no se puede proceder con una fórmula concreta constante, sino solo con una fórmula abstracta como es la de la prevaencia.

Es necesario examinar el valor respectivo de lo sustraído en la sustracción consumada y en la sustracción tentada.

Confrontar la respectiva penalidad establecida por la ley según los diversos valores, y aplicarle a la delincuencia continuada resultante de las dos acciones criminosas, la que sea más grave, sin consideración a la prevaencia ideal de la consumación sobre la tentativa, porque ella queda absorbida por la prevaencia real de la pena.

En el código toscano esta combinación se presenta como muy probable. Ella se palpa en un sentido en el caso Librusti.

Por el hurto consumado del reloj, la Corte Regia de Luca lo condenó a 18 meses de cárcel atento al poco valor; lo condenó a tres años de cárcel por la tentativa de hurto de las 1.600 liras.

Ahora bien, el decreto de la casación prohibiendo la duplicación de las penas quiere que una se absorba en la otra; y, por cierto, que la pena del delito consumado se absorberá en la pena del delito tentado.

Pero si la condición de los respectivos valores hubiese sido al revés, también debería haberse realizado la absorción en un sentido opuesto. No me parece que esta solución pueda encontrar dificultad.

La segunda cuestión es mucho más difícil y discutible. Para comprender su importancia veamos ante todo los resultados que surgen de su solución.

Cuando se discute si dos acciones criminosas deben calificarse como dos delitos distintos o como un solo delito continuado, el resultado de la diversa solución es muy notable.

En el primer caso se aplicaran las dos penas; en el segundo caso no se podrá aplicar más que una sola pena. En el primer caso podrá producirse la acumulación de los dos máximos; en el segundo caso no será permitido exceder en la pena la medida de un máximo. Por lo tanto, bajo este aspecto la disputa es vital.

Y, por el contrario, se discute si dos acciones criminosas son en la naturaleza de ellas un solo delito por la conexión material, o por la conexión ideológica de medio a fin; o si, por el contrario, se deben tener como unificadas jurídicamente por la continuación, aunque sean ontológicamente diversas, la disputa tiene menor importancia (al menos frente al código toscano), porque no es cuestión más que de mínimos.

En efecto, entre nosotros la continuación, después de haber producido a favor del justiciable la reducción de la imputación de los dos hechos a la de un solo delito, hace que en su perjuicio la pena deba aumentarse dentro de sus límites legales.

Esto se pone de manifiesto en lo siguiente: que al delito continuado el juez no pueda aplicarle el mínimo de la penalidad relativamente determinada, sino que debe ir en alguna medida sobre ese mínimo, sea en días, sea en meses, según la naturaleza de la pena.

Ahora bien, como según nuestro código el juez puede moverse dentro de los límites legales de la pena relativamente determinada sin dar cuenta de su juicio y sin que la ley le imponga precepto alguno en este arbitrio suyo, resulta evidente que esta disputa no producirá resultado práctico sino en aquellos casos en los cuales el juez, por una piadosa consideración hacia el acusado, hubiera querido aplicarle el mínimo y se vio impedido por el obstáculo de la continuación.

Fuera de este caso, el juez podrá ceder a la insistencia de la defensa que sostiene la tesis del delito único y negar la continuación, y a pesar de esto aplicar el máximo; así como en otro caso podrá resistir la tesis de la defensa y declarar la continuación, y luego llegar en la pena mucho más abajo del máximo.

De este modo, la disputa se puede reducir muchas veces en el caso práctico a una simple cuestión de palabras.

A parte de esto, la definición del criterio que separa la unidad ontológica de la unificación jurídica es científicamente importante, y otro tanto incierta en algunos delitos, como es, precisamente, el del hurto.

Cuando los dos hechos criminosos están separados por un intervalo, como si el ladrón después de haber sustraído de una casa un objeto, vuelve a ella y toma otro, la solución no es dudosa: son dos delitos. Pueden unificarse jurídicamente por la continuación, merced al nexo ideológico de la única resolución criminoso. Pero desde el punto de vista material son dos acciones criminosas distintas.

Cuando, sin embargo, no hubo interrupción ni de tiempo, ni de lugar, y todos los actos se sucedieron constituyendo una misma acción, entonces es cuando surge una razón para dudar y para distinguir la pluralidad de los actos de la pluralidad de las acciones.

Esto es necesario especialmente en el hurto, en el cual en noventa y nueve casos sobre cien los ladrones toman más de un objeto, y, en consecuencia, casi siempre pueden oír que se les atribuye que cuando tomaron el primer objeto consumaron un hurto (y es verdad); que cuando tomaron el otro objeto consumaron otro hurto (y también es verdad), y que de tal manera son deudores de hurto continuado.

Pero esa aserción se contradice por la práctica constante de los tribunales. Diariamente se producen hurtos de muchos objetos, y los reos son siempre llamados a responder de hurto, sin hablar de continuación.

Y si Librusti y Frediani hubieran consumado el hurto del dinero como consumaron el hurto del reloj, habrían sido llevados a juicio atribuyéndoseles un solo hurto. Y puedo afirmar esto, porque puedo citar innumerables ejemplos de ladrones que, introduciéndose en una casa o en una taberna, habían sustraído muchos y diversos objetos: dineros, lencerías, platerías, joyas y cuanta otra cosa habían encontrado de su agrado. Y a pesar de que la aprehensión de cada uno de esos objetos representase un hurto en si consumado, la acusación trajo y trae a esos individuos como culpables de un solo hurto sumando el valor de lo sustraído, sin hablar nunca de continuación deducida de la multiplicidad de los objetos robados, porque deducir la continuación del hurto de la pluralidad de los objetos robados es positivamente una exageración.

Ahora bien, ¿de qué nacen, por consiguiente, en el caso de que hablo la duda y el conflicto?

La circunstancia que oscurece e impide aquí la aplicación de la verdad que tranquilamente se respeta en otros casos, nace de una excesiva deferencia al nominalismo; nace del hecho de que uno de los hurtos es tentado y el otro consumado. Esto le hizo aparecer a la Corte Regia de Luca imposible la unificación jurídica, y hace parecer a otros imposible la unificación ontológica.

Pero a mí me parece (salvo el respeto a las opiniones disidentes) que la circunstancia de la imperfección de un acto criminoso y de la perfección de otro, cuando son partes de un todo que si hubiese estado completo habría configurado un solo delito, no basta para excluir esta unidad.

Mi mente no alcanza a concebir este fenómeno, que de un ente que se habría considerado único si hubiese sido perfecto, se deban formar dos solo porque en una de sus partes quedo imperfecto.

Matemáticamente yo comprendo que la fracción constituya respecto de la unidad una cantidad heterogénea, de manera que, no pudiendo sumarse juntas, de ello resulte que dos sea una cantidad única, mientras que uno más medio deben considerarse dos cantidades.

Pero ontológicamente y mucho menos hablando jurídicamente, yo no creo que se pueda decir lo mismo.

Para demostrarlo, no hago más que una sola observación. Si el hecho de haber quedado uno de los actos imperfecto basta para destruir la unidad de la acción criminoso, llegaríamos inevitablemente a esta consecuencia: el juez toscano puede castigar con el mínimo de la pena al que robo dos relojes; pero deberá castigar más severamente al que robo el primer reloj y fue sorprendido mientras estaba por robar el segundo. A este no le podrá aplicar el mínimo sin incurrir en censura por violación de la ley.

El significado que esto tiene, en el hurto es una circunstancia agravante, ser sorprendido en flagrancia. Pero la teoría del hurto manifiesto no corresponde ya a nuestros días. O es preciso negar la unidad del hurto siempre que se robo más de un objeto, o negarle a la imperfección de un acto el poder de romper esa unidad.

Seamos lógicos, si queremos ser justos.

CAPITULO I

GIUSEPPE PUCCIONI Y EL

DERECHO PENAL

1.1 LA CÁTEDRA EN EL DERECHO PENAL

La ciencia penal no ostenta una auténtica vejez. Al principio fue confundida, junto con toda la doctrina jurídica, dentro del concepto general de la filosofía; cuando se separó de ésta, el estudio del derecho quedó por otra larga temporada compenetrado en el mismo.

El ingenio italiano tuvo la idea de separar la doctrina del derecho punitivo de la enseñanza general del derecho, haciendo de ella el objeto de una enseñanza especial. Gandino, en el siglo decimotercero, publicó un tratado particular: De maleficiis.

Rolandino Romaniceo publicó un escrito: De ordine maleficioꝝ, que parecía destinado a establecer las reglas particulares de los procedimientos criminales. Pero Rolandino y Gandino sólo eran jurisconsultos privados.

Es natural que los gobiernos que más apego tiene a la autoridad despótica prefieran la enseñanza positiva del derecho a la enseñanza filosófica.

La unidad de pensamiento unió en nuestra historia la institución de la enseñanza filosófica penal en Pisa, en 1763, con la abolición final de la escuela exegética en 1784; y la creación de una cátedra de jurisprudencia penal en Florencia, en 1778, con la promulgación del nuevo código penal en 1786.

Los anhelos de los doctos precedían al código Leopoldino. Se debía abatir desde sus raíces a la inquisición, basada en los tormentos, las pruebas privilegiadas y todo aquello que, estulto o cruel, había formado hasta entonces todo el armamento de la defensa pública. Procedimiento fundado sobre el inicuo principio de la sospecha, y un sistema penal fundado sobre el draconiano principio de la intimidación.

Por la fuerza convergente de las dos cátedras, los verdaderos principios de la moderna ciencia penal casi se encarnaron en nuestro pueblo. Así, pudo echar amplias raíces el sentimiento de respeto que se debe al ciudadano, aunque esté acusado de un crimen, y junto con la caridad hacia el infeliz sobre el que pende una acusación creció el respeto a los sagrados derechos de la defensa, cuyas potestades deben constituirse sobre la base de la igualdad con las potestades de la acusación, para disminuir lo más que sea posible el peligro de la condena de un inocente, en lo cual no sólo existe daño privado, sino el grave daño social de la impunidad del culpable. Deben trazarse los límites de los poderes de la acusación, o sea que se induzca engaño a la justicia por exceso de celo o miras ambiciosas.

CAPITULO I

GIUSEPPE PUCCIONI Y EL

DERECHO PENAL

1.1 LA CÁTEDRA EN EL DERECHO PENAL

La ciencia penal no ostenta una auténtica vejez. Al principio fue confundida, junto con toda la doctrina jurídica, dentro del concepto general de la filosofía; cuando se separó de ésta, el estudio del derecho quedó por otra larga temporada compenetrado en el mismo.

El ingenio italiano tuvo la idea de separar la doctrina del derecho punitivo de la enseñanza general del derecho, haciendo de ella el objeto de una enseñanza especial. Gandino, en el siglo decimotercero, publicó un tratado particular: De maleficiis.

Rolandino Romaniceo publicó un escrito: De ordine maleficioꝝ, que parecía destinado a establecer las reglas particulares de los procedimientos criminales. Pero Rolandino y Gandino sólo eran jurisconsultos privados.

Es natural que los gobiernos que más apego tiene a la autoridad despótica prefieran la enseñanza positiva del derecho a la enseñanza filosófica.

La unidad de pensamiento unió en nuestra historia la institución de la enseñanza filosófica penal en Pisa, en 1763, con la abolición final de la escuela exegética en 1784; y la creación de una cátedra de jurisprudencia penal en Florencia, en 1778, con la promulgación del nuevo código penal en 1786.

Los anhelos de los doctos precedían al código Leopoldino. Se debía abatir desde sus raíces a la inquisición, basada en los tormentos, las pruebas privilegiadas y todo aquello que, estulto o cruel, había formado hasta entonces todo el armamento de la defensa pública. Procedimiento fundado sobre el inicuo principio de la sospecha, y un sistema penal fundado sobre el draconiano principio de la intimidación.

Por la fuerza convergente de las dos cátedras, los verdaderos principios de la moderna ciencia penal casi se encarnaron en nuestro pueblo. Así, pudo echar amplias raíces el sentimiento de respeto que se debe al ciudadano, aunque esté acusado de un crimen, y junto con la caridad hacia el infeliz sobre el que pende una acusación creció el respeto a los sagrados derechos de la defensa, cuyas potestades deben constituirse sobre la base de la igualdad con las potestades de la acusación, para disminuir lo más que sea posible el peligro de la condena de un inocente, en lo cual no sólo existe daño privado, sino el grave daño social de la impunidad del culpable. Deben trazarse los límites de los poderes de la acusación, o sea que se induzca engaño a la justicia por exceso de celo o miras ambiciosas.

CAPITULO I

GIUSEPPE PUCCIONI Y EL

DERECHO PENAL

1.1.2 Oralidad del Proceso

Esas ideas de nuestro criminalista debían, en buena lógica, conducirlo a propugnar la oralidad pura en los procesos penales. La mente de Puccioni, siempre con buenas razones hacia las garantías de los acusados - que es garantía de la verdad y de la justicia -, no podía aprobar el proceso mixto en la forma que prevaleció entre nosotros, porque en ella la oralidad fue ahogada en el proceso escrito.

Si el testigo cambia la versión que el proceso escrito le atribuye haber dicho, cuando esos cambios se vuelven en perjuicio del acusado, se les acepta con presteza y se procura, sin más, su inserción en el acta. Pero si al testigo se le ocurre cambiar siquiera una sílaba en favor del acusado, se le hace objeto de agrios reproches, un seco desdén agita al Ministerio Público; se le amenaza con la cárcel inmediata, y no se tarda en mandarlo a ella, aunque no se tenga otra prueba de la supuesta falsedad que la diferencia entre lo que dice y lo que se escribió.

Obsérvese bien este punto, en el cual está todo el sofisma de las prácticas actúales. Ello es justo, y más bien necesario, cuando el testigo aparezca falso. Pues bien, todo el problema está en esa fórmula del aparecer falso. Ciertamente, sí el testigo es desmentido por otros que tienen una prevaencia de credibilidad que no sea la de perjudicar al acusado; si resultaron en el juicio oral circunstancias que hacen suponer un soborno; si el testigo se muestra incierto, dubitante, o narra cosas inverosímiles; si, en una palabra, por otros elementos extrínsecos surgen graves sospechas de su falsedad, deberá sin duda recurrirse a una medida contra él. Pero ésta no es la disputa y no es esto lo que ocurre. La disputa se plantea así: para afirmar que el testigo es sospechoso basta solamente la mera circunstancia de que él no confirme hasta la última letra todo lo que está registrado en el procedimiento escrito.

No es posible que el testigo convenga en haber perjurado, y mucho menos que mantenga nervios de acero frente a la amenaza de la cárcel y al ceño adusto de un magistrado. El busca su tranquilidad, su salvación, y afirma lo que se le exige. Así, en el juicio oral se sonsacan las declaraciones con una amenaza inminente, lo que no es más que una "tortura de guante blanco"; así se muestra a quien tiene ojos, cuánta hipocresía se esconde en aquella afirmación de la ley que no reconoce valor al procedimiento escrito y que anuncia que todo debe depender únicamente del proceso oral que, según la ley, debería ser todo, y que resulta nada en la realidad concreta de los hechos. Pero no siempre puede elegirse lo mejor cuando se debe luchar con los prejuicios y con los temores del gobierno, los cuales, por una singular fatalidad, combaten el bien y no previenen el mal.

CAPITULO I

GIUSEPPE PUCCIONI Y EL

DERECHO PENAL

1.2 LEGISLACIÓN PENAL

El reconocimiento del derecho penal como una ciencia particular y autónoma, y su segregación completa de las otras partes del derecho, rendía sus frutos en los tratados teóricos y, en las cátedras y debía también producirlos en la historia externa de las legislaciones. En efecto, entre los siglos XV y XVI, la idea según la cual debe formarse un estatuto particular con los delitos y las penas, estallaba en un movimiento de universal rivalidad de todos los Estados de Europa, para tener cada uno su propio estatuto criminal que tratara exclusivamente sobre los crímenes y las penas, aunque manteniendo siempre, en los primeros tiempos, unidos también a los ordenamientos del procedimiento punitivo.

Los gobiernos que derribaron y se dividieron entre sí el Imperio romano, presentaron en sus estatutos un conjunto en el que se fundaban todas las disposiciones que hoy son material para códigos vigentes, y en la Ley Sállica, en la Ripuaria y en otras leyes bárbaras existe un capítulo sobre las formas de las contrataciones escrito en seguida de un capítulo sobre los homicidios, y así sucesivamente; procediéndose con el mismo sistema de fusión en las colecciones del derecho canónico.

En la antigua Roma, se había cuidado de dictar particulares sanciones para una u otra especie de delito que era peor que otros; y si el mismo cuidado se tuvo después, respecto de otros hechos especiales, estas leyes, edictos o bandos, estaban muy lejos de constituir un código penal completo. También Leroslao, el Rómulo y el Numa del Imperio ruso, que tantos elogios merecieron de los historiadores de su nación por el gigantesco código que dictó en 1019, mantuvieron unidas en un solo cuerpo, a la manera de las antiguas Pandectas, no sólo las materias de fondo y de procedimiento, sino incluso las disposiciones penales y civiles. El impulso hacia la codificación especial de los delitos y de las penas partió, a comienzos de siglo XVI, de la nación germana.

En el año 1507, Jorge, obispo de Bamberg, compuso con la ayuda de Juan Schwarzenberg un estatuto penal que alcanzó fama bajo el nombre de Bambergense. Ese ejemplo estimuló al marqués de Brandeburgo a imitarlo, y con ayuda del mismo jurisconsulto, promulgó en 1516 su código penal. El ejemplo despertó la ambición de Carlos V, ya que deseaba que su imperio ganara la primacía sobre Alemania también en esta obra legislativa. Él, a su vez, solicitó la ayuda de Schwarzenberg, y de otros jurisconsultos para que todas las materias relativas a los delitos, penas y procedimientos penales, tuvieran disposiciones recogidas en un solo código. Pero, desde la muerte de Schwarzenberg en 1528 (según otros biógrafos en 1521), el código de Carlos no tuvo cumplimiento sino hasta 1532, quedando en la historia de la legislación alemana un punto oscuro, acremente disputado y combatido con las más esmeradas y contradictorias investigaciones entre los eruditos tudescos: saber el nombre de los redactores

de aquel estatuto penal y definir las verdaderas fuentes de las que tomaron las ideas y las disposiciones propuestas. Sobre esta divergencia, ya expresé antes mi opinión, y es que el código Carolino no era totalmente producción germánica, sino que Carlos V, señor en aquel periodo del reino de Nápoles, se valió también en dicho trabajo de la obra de algún jurisconsulto italiano, o por lo menos, tomó mucho de las célebres pragmáticas napolitanas, en las cuales se hallaban esparcidas disposiciones filosóficas y sabias que se anticipaban a los tiempos.

He reforzado este pensamiento por diversas confrontaciones que hice entre algunas de aquellas "pragmáticas" y algunas disposiciones de la Némesis Carolina, las que habría deseado completar si el tiempo y las fuerzas me lo hubieran permitido. El hecho es que Carlos V, en 1532, presentó aquel código a la Dieta de Ratisbona y obtuvo la sanción que, conforme al pensamiento del Emperador, debía convertirlo en el código penal de todos los Estados germánicos.

Y, efectivamente, si se exceptúa algún Estado particular como Hesse y la Sajonia, que quisieron tener sus propias constituciones, la "Némesis Carolina" llegó a ser el derecho penal común de toda Alemania y también de las repúblicas independientes del imperio, habiéndose mantenido en vigor en algunas de dichas provincias hasta nuestros días. A ese propósito, como señalan los comentaristas, sirvió admirablemente el juicio y la perspicacia de Carlos, quien, precisamente en miras de procurar que su código fuese aceptado de buen grado por todos los Estados germánicos, quiso que el mismo se señalase por una cierta benignidad (proporcionada siempre a las ideas de aquellos tiempos) y por el abandono de los rigores contra ciertos delitos religiosos; malicia que, según señalan, adoptó el Emperador para que su código no encontrase oposición en los Estados protestantes.

Pero, sobre todo, fue laudable en aquel trabajo una ingeniosa flexibilidad que lo hizo (como diré dentro de poco) adaptable al movimiento de las luces, a los deseos, a las necesidades y al desenvolvimiento civil de los diversos pueblos.

Sabio pensamiento fue ése, y enteramente opuesto a aquel que engañó la mente de otros más recientes legisladores, los cuales, mientras alimentaban igualmente en su ánimo el ambicioso deseo de que su propio código penal adquiriese autoridad en otros Estados y en otras provincias, procediendo de modo prepósteramente lo componían en forma draconiana y lo teñían con los más negros colores de la severidad, lo que, por cierto, sirvió para acrecentar las antipatías.

Se empeñó en imitar el trabajo de Carlos V su perpetuo émulo, Francisco I de Francia, quien en la Ordenanza de Villers _ Cotteret, promulgada en 1539, dio a su nación un código penal que quedó en vigor hasta la Revolución. Pero Francisco cayó en pésimas manos al confiar su obra al canciller Poujet, de execrada memoria. Por ello, si el código de Carlos se destacó por su filosofía y moderación, el código de Francisco se destacó, al contrario, por su exorbitancia de atroz severidad y por disposiciones que con horror se recuerdan como testimonio de iniquidad.

No es necesario seguir aquí el movimiento de imitación que impulsó entonces, por esa vía, a tantos otros Estados menores de Europa; basta decir que aconteció en aquella época lo que se ha renovado en nuestros tiempos, en los cuales, por el ejemplo del código penal francés de 1810 y del código bávaro de 1813, se ha visto en el curso de un medio siglo una competencia universal de todos los gobiernos de Europa, todos los cuales, desde los más grandes hasta los más pequeños, han querido tener, el uno después del otro, su propio código penal, siguiendo unas veces al uno y otras veces al otro de los dos modelos antedichos.

Y la competencia no ha terminado todavía.

Para los fines de este escrito me es preciso volver un instante a la Némesis Carolina e indicar el motivo de su grande y merecida celebridad, así como la gran utilidad que ella trajo a la ciencia y a la justicia penal.

Con el propósito de que su código pudiese ser duradero y adaptarse a la variedad de los tiempos y de los lugares, Carlos V, en el artículo final de su Constitución, ordenó con gran previsión que cada vez que los jueces se encontrasen perplejos ante algún caso y la especialidad de éste les hiciera parecer excesivamente dura la prescripción de la ley, recurriesen al consejo de los jurisperitos. El Emperador no se conformó con dictar ese precepto como disposición general, sino que lo fue repitiendo en los distintos títulos especiales de delitos que más le parecieron susceptibles de poder suscitar dudas en los casos prácticos.

CAPITULO I

GIUSEPPE PUCCIONI Y EL

DERECHO PENAL

1.2.1 Justicia Práctica

Por virtud de tal disposición, los jueces alemanes recurrieron frecuentísimamente a las facultades de derecho de los diversos países, y sometiéndoles los procesos dudosos, obtenían de ellas el oráculo, y en conformidad con éste decidían la suerte de los procesados.

De esto nació una justicia práctica envidiada y admirable para aquellas épocas. De esto nació una progresiva elaboración científica, que preparó materiales valiosísimos para la doctrina penal.

Las respuestas de las facultades fueron coleccionando por los más eminentes jurisconsultos tudescos bajo el título de *observationes, responsa, quaestiones* y otros semejantes, y formaron una biblioteca en la que el estudioso criminalista pudo encontrar el hilo orientador de los más abstrusos problemas y la solución, directa o analógica, de los casos más intrincados y difíciles.

CAPITULO I

GIUSEPPE PUCCIONI Y EL

DERECHO PENAL

1.2.2 Justicia Positivista

Lo contrario ocurría en Francia, donde el inexorable positivismo de las Ordenanzas encerraba a la justicia en un círculo de hierro y mataba toda tentativa de movimiento científico.

Fue esta la causa por la cual la Némesis Carolina pudo seguir viviendo hasta tiempos recientes, sostenida, no como las Ordenanzas francesas, por la fuerza de las bayonetas que las tuvieron en pie en medio de los gemidos de las víctimas y de las censuras de los doctos hasta el estallido de la venganza popular, sino mantenida por la reverencia de los eruditos y por la buena previsión que, frente a las otras legislaciones, la hizo rendirse al progreso cada día creciente de los principios humanitarios, y encarnarlos en la aplicación del código Carolino, usando de toda la amplitud concedida por el mismo al poder interpretativo. En Alemania, incluso la tiranía fue siempre sabia, mientras que en la antigua Francia sólo fue prepotente y feroz.

Así, pudo acontecer que en el siglo pasado viesan la luz en Alemania las Instituciones de derecho penal de Koch y de Puttmann, en las que todavía se encuentra un completo desenvolvimiento de los principios filosóficos del derecho criminal, coordinados al texto de la Némesis Carolina y a las respuestas de las facultades de derecho; mientras que en Francia, los tratados de Vouglans y de Jousse sólo se inspiraron en la torva luz de las Ordenanzas y sólo ofrecieron frutos de filosofía o de ciencia desecados y atrofiados por el positivismo.

Refiero estas particularidades relativas a la Constitución de Carlos V, por la analogía que presentan con el movimiento de la legislación penal en Toscana.

Es inútil recordar como fue entre nosotros la justicia penal en aquellos tiempos en que nos gobernaban los llamados órdenes diversos; y es mejor tender un velo sobre este periodo, que hace extraño contraste con la presente civilización de nuestra provincia. Basta decir que en Toscana las leyes penales no era nada mejores que las peores que hacían tan triste experiencia en otros países europeos.

CAPITULO I

GIUSEPPE PUCCIONI Y EL

DERECHO PENAL

1.2.3 Código Leopoldino

Pero, en 1763, ascendía al trono de Toscana Pedro Leopoldo y, entre tanto, Cesar Beccaría publicaba aquel estupendo libro que tantos y tan perennes beneficios trajo a la humanidad, a la justicia y a la ciencia penal.

El príncipe toscano, ambicioso de ganar fama para sí y de atraer al pueblo, confiado en el camino del progreso y de la civilización, se puso sin demora a realizar vitales reformas legislativas. Y, finalmente, en 1786, promulgó el reglamento penal que nos rigió hasta 1853 con universal encomio:

El código Leopoldino. Como este código fue merecedor de altos honores por los principios humanitarios que sancionó, y como influyó cada vez más en endulzar las costumbres del pueblo toscano, y como la rectitud de sus disposiciones procesales y la benignidad de los castigos volvieron cada vez más raros los delitos, hoy pertenece a la historia por todos conocida; además, contaban con el testimonio de Nani, de Mattei y de otros doctos que fuera de Toscana publicaron libros elogiosos.

Es preciso recordar aquí, como particularidad que da luz sobre la historia de la legislación penal toscana, un punto de contacto entre el art. 116 del código Leopoldino, reproducido luego en términos más amplios en el art. 28 de la Ley de agosto 30 de 1795 y el art. 219 de la Némesis Carolina.

En el art. 219, el emperador había previsto que las penas dictadas por él para cada delito en particular, podían variantibus circumstantiis resultar, en su aplicación práctica, excesivas y muy severas. Igual eventualidad previó los legisladores toscanos. Y el uno y los otros no quisieron aprisionar a la posteridad en las férreas tenazas de sus voluntades, sino dejar libre campo al desarrollo de la doctrina y a su complemento propio, la justicia penal. Por eso, aquellos sabios bien sabían que el peor defecto de una ley punitiva es su inmovilidad, porque esta triste fatalidad de que un hombre aplique pena a otro hombre no puede tener otra razón que la legitime, que la necesidad, y esa necesidad de castigar más o de castigar menos, que si es sobrepasada por el castigo, convierte a la justicia penal en injusticia, en acto de fuerza e iniquidad, no puede ser sino relativa a las condiciones de los tiempos y a los hábitos y costumbres, siempre mudables, de los diversos pueblos, por variedades y mutaciones que el legislador no puede prever ni dirigir.

Ello conduce a un progresivo decrecimiento del rigor punitivo, que está en correspondencia con la ley suprema de la constante civilización de los pueblos.

Por consiguiente, tanto el legislador alemán como los legisladores toscanos, procuraron dictar una disposición que

hiciera compatible la vida práctica de sus códigos con la actuación de la verdadera justicia, mediante la constante mutabilidad de los hechos criminosos y de la modificación de las costumbres.

El legislador alemán impuso a los jueces del crimen, como he dicho antes, la obligación de consultar, antes de emitir juicio, a las facultades de derecho más próximas, y de definir, según el parecer de aquéllas, el título jurídico conveniente a los casos particulares, adaptando a ellos los castigos.

CAPITULO I

GIUSEPPE PUCCIONI Y EL

DERECHO PENAL

1.2.4 Moderación de las Penas

Con la misma intención, los legisladores toscanos, dado que no tenían la jurisdicción penal confiada a escabinos, sino a óptimos magistrados muy eruditos en las materias del derecho, a quienes sin obligarlos a recurrir a las academias, les entregaron la potestad de moderar las penas adaptándolas a la proporción que les pareciese más conveniente por las particulares contingencias del caso o por los cambios de las costumbres y de los tiempos.

Esto no significaba abandonar las circunstancias atenuantes a la sensibilidad moral de hombres indoctos, sino someter perpetuamente los castigos al señorío de la ciencia.

Surgió en cierto modo, en Toscana, un segundo código criminal al lado de las leyes de 1786 y de 1795, y fue el que se llamó de las "costumbres judiciales", en las cuales se encontró el principio progresivo de la sabiduría de los jueces, que lentamente iba adaptando las penalidades a los movimientos de las costumbres, de las doctrinas, y a los hechos.

Esas costumbres judiciales merecieron el nombre de Ley o de Código supletorio. Por eso, cuando en 1838 el príncipe de Toscana quiso corregir los abusos de los procedimientos penales y los reconstruyó más acorde con la civilización de nuestro país, dictó un precepto taxativo según el cual los jueces debían aplicar las penas no sólo según las leyes soberanas, sino también según las costumbres judiciales; de suerte que impuso que debía ser motivo de casación y de anulación de un juicio criminal la violación de las leyes y también la violación de la práctica de juzgar, así como la omisión o el olvido de ésta. Como testimonio del modo amplio (y, sin embargo, siempre no censurado por aquel gobierno, pese a su despotismo), conque la magistratura toscana se sirvió de las facultades que de ese modo se le habían concedido; y para mostrar con cuanto juicio y utilidad general se sirvió de ellas, señalaré un solo hecho.

Por mucho que el código Leopoldino hubiese eliminado muchas partes del antiguo derecho penal, el mal era tan grande, que no se podía acabar todo de un solo golpe. Habían quedado, como señalé antes, restos de la antigua barbarie, y entre ellos la amenaza, para ciertos delitos, de la pena de fustigación, pública o privada, según los casos. Ahora bien, no sobrevino ninguna reforma legislativa que aboliera o modificara tal penalidad, la cual, además de envilecer la dignidad humana y resultar repugnante al sentir italiano, era fecunda ocasión de escándalo y excitaba al pueblo a mofarse de la ley o a insultar cruelmente la infelicidad ajena.

Pero es, sin embargo, un hecho histórico que desde 1813 a 1853 no se vio ya ni un solo ejemplo de fustigación pública o privada ejecutada por sentencia de juez, y solamente en raros casos fue infligida de manera privada por

la potestad administrativa.

Todo ello sucedía dentro de un gobierno celoso de su poder, y con el aplauso universal de la opinión pública; y la justicia penal toscana era elogiada, incluso en los países extranjeros, por aquellos que la conocían a fondo como modelo de honestidad y de cordura.

Nosotros conocemos en la historia de nuestro país varios momentos en los cuales la veleidad de extender las cadenas incluso sobre la sacra estatua de Temís invadió al gobierno de aquel tiempo.

Pero las tentaciones fueron vencidas, acaso por el temor, pues bien se conocía la resistencia que habría encontrado entre nosotros la invasión del poder ejecutivo sobre la administración de la justicia.

Se recurrió, eso sí, a artificios y acciones indirectas. Se ampliaron los poderes administrativos. Se constituyeron, en los consejos de prefectura, tribunales excepcionales con híbridas formas y efímeras garantías.

Bien se comprendía que había que mostrar reverencia hacia aquellos órganos de la justicia que el pueblo deseaba ver reverenciados; y cuanto más se temía del pueblo, tanto menos se osaba debilitar sus frenos.

Carlos V no fue menos fuerte y poderoso por la elasticidad que dieron a su código penal las elaboraciones científicas de las academias; y el poder del Gran Duque no habría tampoco vacilado por la justicia independiente administrada por nuestra magistratura, ni por la temperancia del poder ejecutivo respecto a aquélla, si las más grandes aspiraciones de los italianos no hubieran vuelto imposible su vida ulterior.

Progresista, y completada por los efectos de la práctica, la legislación penal toscana servía admirablemente a sus necesidades, y no había desorden o causa de descontento que reclamara una reforma. Pero en este siglo se venía renovando aquel ardor que ya se había producido en el siglo XVI, y todos los países europeos rivalizaban en el deseo de dictar un código penal, cada uno a su gusto. Leopoldo II estaba inquieto por la ambición de dejar un código penal que llevará al frente su nombre. La comisión Legislativa creada en Toscana en 1814, había envejecido gozando tranquilamente sus títulos, y en todo había pensado menos en fabricar códigos. Por ello el Gran Duque volvió los ojos hacia Gúsepe Puccioni, y por medio de su secretario privado lo estimuló a hacer un proyecto. No tardó en hacerlo, y lo presentó, al cual hizo seguir, como complemento, la relación del 29 de abril de 1838. En ella exponía el espíritu que informaba su proyecto.

Rememorando la gran sentencia de Bacon, según la cual han sido buenos legisladores no aquéllos que dieron a los pueblos leyes de su propio cuño, sino, aquéllos que de los pueblos las recibieron y convirtieron en preceptos legislativos las costumbres, Puccioni, en su proyecto, no tuvo más que un solo pensamiento y francamente lo reveló: reproducir la elaboración que durante medio siglo había recibido el derecho punitivo en las academias y en los tribunales de la Toscana, en edificar un código indígena que recorriendo las espléndidas líneas trazadas por la ley de 1786, respondiese al progreso de la opinión pública, de la ciencia y, en una palabra, de nuestra civilización.

Hemos estudiado atentamente este proyecto y, en verdad, podemos decir que Puccioni permaneció fiel en la ejecución, a la lealtad del concepto. Sin embargo, por ahora sólo diré que en ese trabajo, en vano se buscarían ideas o formas nuevas, ya que esto no entraba en el marco prefijado.

CAPITULO I

GIUSEPPE PUCCIONI Y EL

DERECHO PENAL

1.2.5 Custodia Preventiva

Se encuentran allí, aunque modificados y corregidos, aquellos vicios de las leyes anteriores que las condiciones de los tiempos permitían corregir y modificar; se conserva la índole de levedad de las penas, pero moderada prudentemente en algunos casos en los cuales se había avanzado demasiado lejos; poco hay, en una palabra, que como centella hiera la mente, pero poco o nada, también, que llevándonos a aquel periodo fuera merecedor de censura.

Sin embargo, no quiero continuar sin señalar, entre las diversas ideas que han llamado más mi atención, la que se refiere a la custodia preventiva de los inculpados.

Conservaba Puccioni, en su proyecto, el principio de justicia absoluta por el cual debe descontarse de la pena infligida a cada delincuente, aquella cantidad de tiempo que el mismo inculpadó pasó en las cárceles de custodia durante el estadio inquisitorio, más allá del breve espacio indispensable para la compilación de cada procedimiento. La custodia preventiva de los reos debe decretarse solamente según normas indefectibles dictadas por la ley, y de ella no debe hacerse un derroche inútil, sino ordenarla solamente para los delitos más graves. Malo es prodigarla para los lapsos menores, en los que falta toda su razón de ser, y peor aún dejarla a las eventualidades del arbitrio. Y cuando una suprema necesidad imponga usarla, justo es que el culpable la tolere mientras dure el tiempo necesario para el procedimiento, porque la necesidad del procedimiento fue consecuencia de su delito. Pero cuando dura más, ella es consecuencia o bien de la inercia de los oficiales públicos, o bien de fortuitos que no deben recaer sobre el imputado, por culpable que sea, porque su culpabilidad representa un demérito al que la justicia del legislador juzgó que le corresponde aquella cantidad que él amenazó como pena, de suerte que todo suplemento es injusto.

Por eso, todas las buenas legislaciones fijan hoy un término más allá del cual, si la detención se prolonga, debe ese suplemento ser restado de la pena que se aplique cuando se demuestre la culpabilidad.

El proyecto de Puccioni, al convertir estos preceptos en artículos de ley, les daba un desenvolvimiento ulterior, añadiendo que el cómputo de la prisión preventiva, cuando el reo estaba confeso, debía comenzar aun antes del término legal, es decir, desde el día de su confesión.

Esta idea, dada mi cortedad, me pareció nueva para 1838; pero lo cierto es que, fuera nueva o no, me parece buena y justa.

Es buena políticamente, porque induce a los reos a una confesión espontánea, la cual es por tantos conceptos

provechosa para la sociedad.

Es justo, porque desde el momento en que el reo ha emitido su confesión ingenua y sincera, ha hecho cuanto de su parte podía para impedir dilación de la sentencia definitiva.

Pero los celos que con demasiada frecuencia mueven a las cortes, y los titubeos del príncipe toscano, iban poco a poco combatiendo al complemento del nuevo código penal.

CAPITULO I

GIUSEPPE PUCCIONI Y EL

DERECHO PENAL

1.2.6 Esplendor de la Regeneración Italiana

En 1847, aparecieron finalmente los primeros esbozos de los cuales surgió después por medio de las fases que todos conocemos, el esplendor de la regeneración italiana. Era necesario y urgente realizar las reformas anheladas por el pueblo, para satisfacer a la opinión pública; el huracán que sordamente amenazaba de lejos trazaba las hesitaciones.

Se vio entonces entre tantos otros conatos de aquel período de transición, surgir el Mótu Proprio del 31 de mayo de 1847, que disponía:

"Art. 3: Se instituye una Comisión para la redacción del Código penal sobre la base de los principios y las máximas propuestas por distinguidos Magistrados que antes recibieron de nosotros el especial encargo de hacerlo, y respecto a los cuales nos reservamos dar nuestra definitiva sanción.

"Art. 4: Esta Comisión se compondrá del Comendador Giovanni Bologna, del Cav. Niccóló Lami y del Abogado Francesco Antoniό Móri, Profesor de Instituciones Criminales."

Necesitamos poco para comprender que las propuestas de los distinguidos magistrados que antes habían recibido del príncipe el encargo especial de hacerlo, eran principalmente los trabajos de Giuseppe Puccioni y su proyecto de código. Pero en aquella comisión se sentaba Francesco Mori.

Después de haber sido doctor en teología, Mori había ascendido a la cátedra de derecho criminal en la Universidad de Siena; después, con ocasión de las reformas universitarias de 1840, pasó a la Universidad pisana en lugar de Giovanni Carmignani, transferido a filosofía del derecho. Cuál era precisamente la fe científica de Francesco Mori, y cuál su programa? Todavía no lo he comprendido.

Por algunos amigos míos, eximios jurisconsultos, ex discípulos de Mori, han recogido no sólo informaciones, sino también he obtenido sus lecciones, copiados con diligencia por sus discípulos, y con ello he formado un tema especial de estudio.

Durante su estancia en Siena, se mostró resueltamente romagnosista y tomó como guía los escritos del profesor Giuliani. Cuando se convirtió en colega de Carmignani en el ateneo pisano, siguió las huellas de su colega, el que dejó allí tantas simpatías entre los estudiosos. Después pareció volcarse hacía la doctrina de Rossi, y así fluctuó

de la escuela política a la escuela ontológica, y de ésta, a la ascética.

Quien aseverara la preferencia de una u otra, arriesgaría un juicio peligroso.

Después llamaron su atención las doctrinas de Alemania, y se dedicó a publicar cuatro volúmenes de "scritti germanici" que había coleccionado y traducido, las cuáles utilizó para su enseñanza.

Pero también aquí se buscaría en vano el programa de su doctrina preferida, porque aquellos "scritti", (que no eran más que monografías de los más célebres y sabios profesores alemanes, que pertenecían a escuelas diversas y a menudo opuestas en sus principios fundamentales), no podrían suministrar el conocimiento del programa radical preferido por el nuevo profesor pisano.

Mori era hombre docto y muy erudito, que se había dedicado a estudiar minuciosamente el derecho punitivo, pero sin tener ninguna cercanía con la práctica. No podía, por consiguiente, simpatizar con el proyecto de Puccioni, en el cual el respeto a las costumbres prácticas de la Toscana prevalecía sobre las abstracciones teóricas.

De ahí que no deba sorprender que las prescripciones del "Motu proprio" granducal quedarán casi como una palabra vana y un consejo despreciado por quien debía respetarlas.

CAPITULO I

GIUSEPPE PUCCIONI Y EL

DERECHO PENAL

1.2.7 El Principio Moral

Por otra parte, según versiones de personas autorizadas y bien informadas, Mori también tenía, a la fecha del nombramiento, un proyecto propio de código ya terminado y preparado, con la esperanza de que oficiaría algún día como legislador. Y así pudo aquella comisión, en pocos meses, presentar un proyecto de código penal que era, en sustancia, el proyecto de Mori modificado por la obra de sus nuevos compañeros, y en el que el proyecto de Giuseppe Puccioni había ejercido una influencia limitada solamente a ciertas nociones de delitos especiales que por nuestra práctica habían venido recibiendo una particular fisonomía.

Por lo tanto, el hombre que las circunstancias habían constituido de ese modo en nuestro nomoteta penal, tenía muchas buenas condiciones para dar al nuevo código el aspecto de originalidad científica que algunos anhelaban.

A él no se le podía reprochar otra cosa que un leve tinte ascético que le quedaba de sus primeros amores, y una simpatía demasiado viva por el germanismo. El principio moral nunca debe ser olvidado por ningún legislador penal; pero, de ciertos hechos que son únicamente temas de sacristía, no debe ocuparse.

Por cierto que Alemania es inmensamente docta y benemérita en los tiempos antiguos y modernos de las ciencias jurídicas, y en los modernos mucho más de lo que ha sido Italia; y benemérita, asimismo, de la ciencia penal, después de Italia. El estudio de los escritores alemanes es indispensable a cualquier jurista italiano que no considere que toda la sabiduría consiste en conocer los artículos de un código y en entenderlo aplicando las áridas reglas de la gramática a su precepto positivo. Pero ciertas abstracciones sutiles, muy buenas en la academia, nublan a un estatuto penal destinado a una vida práctica y palpitante de verdad.

El proyecto de Móri resultó, por lo tanto, como lo auguraban las condiciones de su autor, un código eminentemente docto y sapiente, en el cual se encarnaban los últimos progresos de la doctrina contemporánea; pero un poco ascético y llevado, a veces, a conceptos difíciles en la práctica. Era eminente, sin embargo, por la pureza del lenguaje y por la exactitud de la tecnología siempre conservada, excepto en algunos casos particulares en los que las innovaciones germánicas se habían preferido a las denominaciones clásicas de la escuela italiana.

A pesar de ello, el proyecto era muy bueno, y debo decir que el mejor de cuantos hasta entonces había visto Europa, y es que cuando se juzga una obra, no es procedimiento leal el buscar y rebuscar algún defecto para proclamar que es mala; es preciso confrontar los defectos que tiene, que debe tenerlos siempre, como toda obra humana, con los defectos que presentan otras obras similares, y sobre esa confrontación imparcial, pronunciar el

juicio.

Leí hace poco un escrito de un afamado criminalista francés, en el cual, después de haber definido a su manera el derecho penal como terapéutica enemiga de las deducciones lógicas, concluía que los peores códigos criminales del mundo habían sido siempre los redactados por los doctos y los profesores. Por cierto que este criminalista no tenía ningún conocimiento del código toscano, o si lo tenía, era tan exacto como el de aquel otro colega suyo que, en 1860, publicó en la *Revue critique* como noticia ya averiguada por la historia, que le code Tóscan n'est plus qu'un souvenir. ¿Pero, cómo pretender que en Francia los escritores privados tengan noticias exactas sobre nuestras leyes? En el solemne informe que un senador presentaba al Senado de Francia el 22 de junio de 1866, en ocasión de una reforma legislativa, leía en la página 18 que en el reino de Nápoles ¡están todavía en pleno vigor las leyes penales borbónicas del 19 de mayo de 1819!

Poco faltó para que el proyecto Mori naufragara igual que el proyecto Puccioni entre las olas del temor y de las vacilaciones del gobierno.

Él lo había erigido sobre la base de la abolición de la pena de muerte, y había reducido la pena de ciertos delitos a la justa medida que es suficiente, en un estado organizado con arreglo a los principios de una política liberal. Pero á aquella pena abolida en 1847, se deseaba, después de la Restauración, restablecerá; y a aquellos delitos se los quería castigar con mayor severidad. Se quería que el nuevo código sirviera de instrumento a la política de aquellos momentos y diera satisfacción a lo que entonces se llamaba necesidad de dar fuerza a la autoridad. Como si la autoridad se reforzara con las segures, y no con las temperadas libertades y con el amor de los pueblos.

Por esto, el proyecto de Móri nunca habría alcanzado la sanción que constituía la meta deseada por su autor, si éste hubiera sido menos flexible.

Desdichadamente para su fama, Francesco Antolio Mori no tenía el temple de Giuseppe Puccioni. Ansioso de ver coronada su obra, transigió con sus propias convicciones, y en 1851 aceptó reformar su proyecto según las miras de quien había creído indispensable la mano de auxiliares para sostener el trono, y de hacerlo más conforme, como se decía, a las necesidades de los tiempos, que es como decir que se le agregaran las segures y todo cuanto correspondía a las necesidades del monarca restaurado y de sus nuevos ministros.

Luchó aquel buen hombre con todos los medios a su alcance; pero sí consentimos una vez en doblar la frente ante la fuerza que nos oprime, corremos el riesgo de tocar el suelo. Así, en 1853, vio la luz y obtuvo la sanción soberana aquel código que fue llamado de Morir y era, efectivamente, suyo, pero, en vez de dejar hundir la nave, el piloto había consentido que se la despojara de sus más preciados ornamentos.

De esa manera, hirió la mente de quienquiera que meditará sobre aquel libro el antagonismo entre la prudente benignidad en que generalmente se inspiraba, y el draconiano rigor de otras de sus partes; entre el principio de justicia al que de continuo obedecía, y la escandalosa blandura que mostraba hacia los delitos cometidos por los agentes del poder. Y mientras, por una parte, rindieron los doctos su elogio, por la otra protestó la nación.

Los rigores del código de 1853, contra todo delito religioso o político y con el aparato amenazador del verdugo, no bastaron, sin embargo, para salvar al príncipe lorenés y á sus ministros del 27 de abril de 1859, que con toda tranquilidad echó de Toscana, en el curso de pocas horas, al Gran Duque, a sus ministros y al verdugo, y para siempre. Nuevo testimonio, éste, del poco valor de la fuerza bruta contra la universal confraternidad de los pueblos.

CAPITULO I

GIUSEPPE PUCCIONI Y EL

DERECHO PENAL

1.2.8 Pena de Muerte - Abolición

El gobierno provisorio de la Toscana, después de haber proclamado inmediatamente la abolición de la pena de muerte, encaró las reformas al código de 1853, evidentemente con el doble propósito de coordinar las penalidades a dicha abolición y de eliminar las superfetaciones incompatibles con el nuevo orden de cosas. Si Mori no hubiera cedido al deseo de ver sancionado un código suyo, no habría ganado los ocios del provisorato de Siena; pero, en 1859, la patria, recordando su firmeza, no lo habría olvidado en este día.

Sin embargo, no faltó, en Toscana quien tuviera fuerza para cumplir la obra de la reforma penal. Los ojos ansiosos de todos se volvían hacia Giuseppe Puccioni, y el gobierno provisorio que tan bien se comportó en aquellos difíciles momentos, ordenó por decreto del 1 de mayo de 1859 la reforma penal, poniendo a Puccioni al frente de la comisión destinada a esa reforma y rodeándolo de jurisconsultos muy capaces.

Si, por un lado, los anhelos del foro y los votos de los cultores de la ciencia penal aguardaban ansiosamente el fruto de la sapiencia reunida en aquella comisión, ésta, por el otro, no tardó en responder al grave encargo que se le había confiado. El 25 de junio de 1859, estuvo en condiciones de presentar al gobierno su proyecto, junto con una esmerada exposición de los motivos de cada una de las enmiendas propuestas.

Pero no debe ocultarse que la expectativa pública fue defraudada cuando se promulgó el decreto del 10 de enero de 1860, que sancionaba, como resultado de la obra de la comisión, algunas mezquinas enmiendas al código penal toscano.

Nada de aquello que más se oponía a los cambios operados por el tiempo se suprimió, ni nada se corrigió de cuanto había sido materia de censura en la experiencia práctica. Pocos y magros artículos eran la migaja que se arrojaba al anhelo público; y ellos, muy lejos de relacionarse con las más urgentes reformas, se referían a temas de importancia secundaria.

Por eso, no sabría decirse si fue mayor el dolor o la sorpresa del público frente a aquella promulgación. Nos mirábamos unos a otros, nos preguntábamos en voz baja cómo había podido renovarse así, el parto de los montes. Y, sobre todo, nos pasmábamos pensando cómo aquel gran criminalista que valerosamente había tomado la iniciativa de censurar al nuevo código bajo el pasado gobierno toscano, señalando con tanto aplauso los defectos del mismo en su Comentario, monumento perpetuo de doctrina criminal, había podido, cuando se le llamó a actuar, olvidarse casi de sí mismo y de los principios profesados, y dejar escapar una ocasión tan buena para dar a nuestro código las modificaciones que todos anhelaban; modificaciones que, aunque pocas, eran sin embargo de gran interés y las únicas que podían coordinarlo con los cambios experimentados por Italia y con los más

genuinos principios de la doctrina, haciéndolo perfecto sobre todos los demás.

No quisimos quedar con esa duda. Conseguimos el texto del proyecto de reforma y su relación adjunta, y con su lectura, sentimos realizarse en nuestro ánimo la reverencia hacia Giuseppe Puccioni, arrepintiéndonos de haber dudado de él.

Entonces vimos con claridad que el intervalo de siete meses habla sido empleado únicamente para destruir la obra que la comisión, con gran penetración y sapiencia, había cumplido en el curso de cincuenta días, y que al decreto del 20 de enero la comisión no le había dado más que un visto.

El proyecto afectaba no menos de cuarenta y nueve artículos del código penal, en tanto que el decreto gubernativo sólo reformaba seis; y diremos que si la reforma propuesta hubiera sido íntegramente aceptada, habría debido cesar en absoluto el reproche que muchas veces oímos repetir después, vale decir, que el código toscano no se adapta a las conveniencias de un pueblo libre, que no es bueno en la práctica, que no es aceptable para la Italia regenerada. Para ofrecer un pequeño esquema del pensamiento de aquel trabajo, permítasenos incursionar por él rápidamente, para que otro pueda confrontar lo que fue sancionado.

Estudiaba el proyecto cada parte del código, y tanto sobre la parte general, como sobre la especial, introducía sus rectificaciones.

En la parte general, eran materia de éstas, el art. 20, 1, y los arts 69 y 70, en los cuales llevaba a términos de equidad el cómputo de la prisión preventiva; el art. 28, en el que moderaba el inconveniente de la vigilancia, hoy reconocida como pena que obsta a la enmienda del reo; el art. 37, que suprimía la multa al menor de edad, como pena que no castiga al extraviado, sino a sus inocentes padres, ampliando en el art. 38 la indagación sobre el discernimiento; los arts. 43, 45, 46, en los cuáles reducía la noción de la tentativa solamente al dolo de propósito; el art. 52, del que quitaba el repugnante premio concedido a la delación; el art. 72, en el que estimaba conveniente sustituir el sistema del cúmulo demasiado amplio de las penas, por un aumento proporcional en el caso de concurrencia de varios delitos; el art. 86, que suprimía la torpeza de hacer que la pena pecuniaria pasase a los hijos del condenado fallecido; el art. 89, en el que abreviaba los términos de la prescripción de la acción penal; el art. 94, en el cual se restituía a su genuino valor el efecto de las sentencias contumaciales o anuladas de cualquier modo.

La proyectada reforma en la parte especial, se ocupaba particularmente de los arts. 135, 136 y 137, de los cuales suprimía todo aquello que, en materia de delitos religiosos, era incompatible con la libertad de cultos sancionada por el Estatuto, y lo que, por un celo excesivo, se habla introducido sin el apoyo de buenas razones políticas; del art. 184, en el cual justamente sancionaba, con un castigo adecuado, las heridas y los excesos cometidos por los ejecutores de justicia en el ejercicio de sus funciones, así como sancionaba también con adecuado castigo, en el art. 336, 2, las heridas inferidas por particulares en perjuicio de los ejecutores de justicia; del art. 244, en el cual, a propósito de la falsedad en documento público, reducía (manteniendo el debido rigor contra las falsedades substanciales) a más benignas proporciones el castigo de ciertas falsedades sin importancia, que nosotros habíamos visto resolverse en la práctica muy a menudo en absoluciones, precisamente por las exorbitantes penas; del art. 308, en el que privaba de toda incertidumbre a la teoría de las heridas seguidas de muerte; de los arts. 309 y 310, en los cuales reconducía a los principios científicos la noción de la premeditación, y a una más conveniente amplitud la minorante de la provocación; de los arts. 311, 312, 328 y 330, de los cuales suprimían aquellas abstrusas indagaciones que la práctica había mostrado indefinibles en los casos concretos, y que, recientemente, han dado ocasión a censuras tan amargas como justas y sensatas; del art. 313, del cuál suprimía una fórmula que

con demasiada frecuencia lleva a la impunidad del homicidio en riña; de los arts. 315 y 317, en los que restauraba la división de la culpa, hecha ya clásica en la práctica forense, etcétera.

Nosotros no afirmamos que algunas de esas modificaciones no pudieran ofrecer materia de discusión frente a la doctrina criminal, en la que quizás no hay tema que, desde uno u otro aspecto, no pueda combatirse. Pero lo cierto es que la mayor parte de ellas respondían a la expectativa del público, del foro y de los más eruditos entre nuestros magistrados y, más especialmente, de todos aquellos que esperaban que se diera al código toscano la posibilidad de convertirse en el código general de Italia. Esta posibilidad contrariaba, precisamente, los deseos de los opositores. Pero nosotros hacemos aquí el mero papel de biógrafos, y no vamos a discutir en derecho. Y como biógrafos de nuestro eximio maestro, no podemos dejar de expresar como había respondido valerosamente a sus antecedentes en la obra legislativa que se encomendaba a su cuidado y talento.

¿Por qué sucumbió el proyecto de la Comisión? Es éste un arcano sobre el cuál no podemos ni debemos ocuparnos. No fueron, ciertamente, oposiciones científicas las que lo ocasionaron. Las causas que durante siete meses hostigaron la obra de la comisión, y después, de modo semejante, la mutilaron, debían remontarse a más altas esferas.

Y puesto que sinceramente profesamos la más devota estimación por el talento político de quien regia entonces los destinos de la provincia toscana, lejos de proferir palabras de censura, digamos que aquellas causas debieron ser grandes y potentes. De ahí que, para no hablar de otras cosas que pueden ser puro deseo científico, como consecuencia de este hecho, se tuvo que ver, como todavía se ve, no obstante los esfuerzos que el valeroso heredero del nombre de Puccioni ensayó en el Parlamento italiano, castigar severamente entre nosotros, como delitos no leves, ciertas acciones que no son tales en el resto de Italia, y que no pueden serlo frente a las disposiciones fundamentales del Estatuto.

Ni las reformas que en virtud de los poderes excepcionales se permitieron al Ministro Rattazzi en la reproducción que él hizo del código sardo en 1859, ni tampoco éstas que nuestra comisión propuso, obtuvieron la sanción gubernativa.

Indagará las causas de este hecho, la historia política de nuestro país las cuales, repito, debieron ser grandes, potentes y necesarias. Pero, entre tanto, la historia de la ciencia penal y de nuestra legislación, así como los cultores de la misma, tendrán como documento importante el trabajo de la comisión presidida por el ilustre Puccioni; y el nombre de éste deberá, por ese título, estar siempre unido al progreso de los estudios legislativos en Toscana.

CAPITULO I

GIUSEPPE PUCCIONI Y EL

DERECHO PENAL

1.3 JURISPRUDENCIA PENAL

Si la mente de Giuseppe Puccioni fue laboriosa y su obra resultó fructuosa para el derecho penal, en el campo de la enseñanza y de la legislación, no lo fue menos en el campo de la jurisprudencia.

Vimos ya cómo Puccioni fue llamado, desde sus primeros años, a formar parte de la noble magistratura toscana, y cómo infatigable siempre, supo acumular a las pesadas tareas de la judicatura los severos estudios del catedrático y del nomoteta. Queda ahora por recordar cómo Puccioni conservó constantemente, también en, aquella escabrosa función, su amor por la verdad y esa independencia de ánimo sin la cual nadie puede cumplir la misión de abanderado de la justicia sobre la tierra.

Tampoco necesitaba Puccioni ser innovador en esto, ni incitar a usos desacostumbrados a los colegas que encontraba en su camino. Repetiré aquí, tomándolas como lema de mí discurso, las solemnes palabras que hace poco pronunció con esclarecido ingenio Raffaele Conforti. En la introducción puesta por este ilustre jurisconsulto al libro que magníficamente compuso bajo el título de *La giurisprudenza della Corte di cassazione di Firenze*, leemos esta verdad: "en Toscana, la justicia no se puso jamás al servicio de la política".

Y esto estaba bien dicho, porque la magistratura toscana supo mostrar al mundo, ininterrumpidamente, durante un siglo, cómo la autoridad judicial debe y sabe conservar, frente a cualquier revolución gubernativa, esa independencia en homenaje a la verdad que es, sin duda, la vida íntima del sacerdocio de Temis.

Desearía yo que se publicara una historia genuina y completa de nuestra magistratura. No una historia externa que meramente recordara nombres y organizaciones, sino una historia interna que desarrollara la unidad de los principios cuya proclamación realizó siempre, durante largo tiempo, con paso lento y severo pero inflexible, este respetable cuerpo.

Si juzgamos entonces a los hombres con el seguro criterio que se infiere de sus obras, veríamos, incluso antes de 1786, a los jueces de Toscana, aunque sometidos a la presión de leyes bárbaras, iniciar sumisamente la encarnación de los principios de Beccaria y preluir la gran reforma de los procedimientos penales.

Y después la veríamos dar impulso poderoso al desenvolvimiento aplicativo de las reformas leopoldíneas, y proteger, por un lado, con mano firme las libertades del Estado, y tutelar, por el otro, con infatigable amor las libertades civiles del pueblo.

La observaríamos, en la pavorosa época de la dominación francesa, poner coto al positivismo homicida de leyes punitivas heterogéneas, que por doquier habían invadido Italia. Émula de la espléndida magistratura napolitana, que tanto se destacó en la empresa de humanizar las leyes gálicas, la magistratura toscana, en este trabajo humanitario de doctrina interpretativa, no se quedó atrás.

Y sería una obra útil a la enseñanza, a la vez que gloriosa para nuestra patria, la de quien, poniendo frente a frente las interpretaciones que ha recibido en Francia el código penal de 1810, con las interpretaciones que en el periodo de su dominación en Italia recibió aquel mismo código de los tribunales napolitanos y toscanos, mostrase que no hay ley, por mala que sea, que no pueda hacerse menos mala por la sapiencia de un intérprete humano y filósofo.

La magistratura toscana, después de la restauración de 1815, se constreñiría a la aplicación de ciertas leyes penales exorbitantes, nuevamente dictadas por el miedo, por ejemplo, la relativa al hurto violento, pero sin perder el coraje ni desesperar de la humanidad, sino buscando en los precedentes de la doctrina el modo jurídico de atemperar las exageraciones del poder legislativo.

La veríamos, finalmente, en los últimos tiempos de la dominación lorenesa, no perder ninguna ocasión de salvar las libertades civiles del completo naufragio con que parecía amenazarlas una reacción ciega e incipiente.

Entonces, cuando esa historia, construida sobre la base de los hechos no sobre las palabras del vulgo, hubiera esclarecido la gravitación continua de nuestros magistrados en el camino del progreso, ya no se oiría más la blasfemia que hace poco escuchamos, contra este respetable Cuerpo, esto es, que la magistratura toscana es reaccionaria y muestra antagonismo con las sutiles aspiraciones de los italianos. Y digo que es ésta una blasfemia, porque es totalmente contraria a la verdad de las cosas y consecuencia de un juicio errado.

Contrariamente, y con mejor conocimiento de causa, juzgaba a la magistratura toscana un hombre que, por su posición y experiencia, estaba en mejor condición que cualquier otro para comprender el pensamiento y las aspiraciones de aquélla.

Con razón, en efecto, rindió homenaje a esa conciencia del propio deber que dio siempre a nuestros magistrados el coraje de volver la espalda al poder, cualquiera que él fuese, y de no prestar jamás a sus exigencias la espada de la justicia, aquel ministro de Leopoldo II que participó en la última fase del gobierno granducal, y que tanto trabajó, sin darse cuenta, para impulsar a Italia a la deseada unificación.

En el libro publicado por el abogado Gennarelli: "Epistolario político toscano", página 181, se encuentra una carta del Ministro del Interior al Gran Duque en la que de modo principal toca a la magistratura toscana, unida a otras que la preceden y la siguen; a la vez, contiene importantes revelaciones para la historia secreta de aquellos tiempos, muestra qué juicio tenía de los hombres adscritos a nuestra magistratura aquel ministro que tantas veces los había encontrado en su camino como pesado obstáculo.

El príncipe restaurado se hallaba entonces entre las veleidades despóticas y las reminiscencias de las promesas de Gaeta, y los vínculos que lo ligaban al partido que, para su propio peligro, lo había repuesto en el trono. Él habría deseado abolir el Estatuto, la guardia nacional y las franquicias de la prensa; pero habría querido hacer esto sin decirlo y sin firmar un decreto que desengañase al pueblo de las esperanzas concebidas. Él ambicionaba alcanzar ese fin sin que el príncipe pareciera tomar parte, valiéndose de la obra de subalternos y también de la ayuda del poder judicial. El Ministro que quería llevarlo a la abolición de todas estas cosas, trataba de disuadirla, mostrándole la imposibilidad de tal proyecto; y en la carta a que aludo, destinada a conducir al príncipe a la

abolición de toda libertad de prensa, para convencerlo de que era vano que conseguirá el mismo intento con la ayuda del poder judicial, le delineaba cuáles eran las tendencias universales de nuestros magistrados (muy bien conocidas para ambos) y cómo éstos eran tan radicalmente liberales, que de ellos no podrían sacar partido alguno para sus fines.

Quien niegue el sincero liberalismo de la magistratura toscana, si no quiere instruirse en los hechos, instrúyase en este autorizado documento y en un juicio que tiene todos los caracteres de la verdad.

No es a la magistratura toscana a la que se le puede reprochar abusos y prepotencias conculcadoras de las libertades civiles, sustitución del arbitrio individual a la majestad de la ley, desprecio de los derechos de los ciudadanos y de sus patronos, crueldad en la interpretación de las leyes, no es a la magistratura toscana a la que puede hacérsele el reproche de haber doblado la cerviz en todo el transcurso de un siglo, por miras personales ante los deseos del poder ejecutivo.

Siempre imperturbable en la conciencia de su propia rectitud, ella logró a menudo que el despotismo se mordiera los labios convencido de su propia impotencia para vencer aquella roca, y nunca le procuró esa maligna sonrisa de complacencia que ilumina el rostro de un autócrata cuando encuentra gente flexible a todos sus deseos.

La magistratura toscana fue siempre amplia en el reconocimiento de su propio derecho de interpretar las leyes, ya que ella bien sabia cuan verdadera es la sentencia de Bacon según la cual así como las leyes son el áncora de la República, la jurisprudencia debe ser el áncora de las leyes. Pero aquí reside, precisamente, toda la dignidad, toda la grandeza, toda la utilidad civil de la magistratura.

He considerado siempre como uno de los signos más manifiestos del despotismo oriental, aquella audaz afirmación que Justiniano puso al frente de las Pandectas, *De confirmatione Digestorum*, proclamando que sólo a la divinidad soberana le pertenece la función de interpretar las leyes, la cual, si se considera como trabajo científico de jurisprudencia particular, es un contenido de la libertad de conciencia, y es una obra benemérita que sirve a los progresos de la doctrina y que prepara materiales de estudio que se volverán ventajosos y fecundos de luz para los jueces y para los nuevos legisladores; pero si se la considera como obra de aplicación práctica a los casos concretos, debe ser hecha por el poder judicial y no puede hacerse por otros.

Si cada vez que nace una duda sobre el verdadero significado y sobre la extensión de una ley, en una cuestión civil o criminal cualquiera, se debiera recurrir a interpelar al poder legislativo o el poder ejecutivo, la justicia vendría a ser administrada por estos, y el poder judicial, que siempre fue el baluarte más sólido de las libertades individuales en los tiempos más difíciles, quedaría abatida desde sus cimientos. Sería el poder legislativo o el ejecutivo el que efectivamente decidiría si el campo me pertenece a mí o a mi adversario, si debe aplicarse al acusado la galera o la muerte, y otras cosas semejantes. Los ministros del príncipe, que no siempre son sabios jurisconsultos y que a menudo sufren las influencias exteriores, serían los verdaderos jueces de cada controversia privada, y serían jueces incluso en aquellos casos en los cuales los gobernantes tuvieran, por desgracia, un interés particular opuesto quizás a los supremos principios de la justicia. Negar a los jueces la facultad de interpretar las leyes, es lo mismo que poner a todos los derechos de los ciudadanos bajo el ilimitado arbitrio del poder ejecutivo y confinar a los magistrados al mezquino y crudo conocimiento de los hechos.

Seguro de mis convicciones, confieso que no pude leer sin estremecerme una proposición que con gran calor se sostenía, no hace mucho, en un escrito publicado en acreditado diario jurídico, "Eco dei Tribunal", año XVII,

número 1783. El escritor de ese artículo, en ocasión del nuevo Código Penal que con ansiedad esperaban los Italianos, proponía que conjuntamente con este publicara el gobierno un comentario oficial, para resguardar, así se decía, a las nuevas leyes del manoseo de que la harían objeto los leguleyos. No pretendo lanzar reproches contra ese escrito; quiero creer que fue compuesto con la mayor buena fe del mundo e inspirado por ideas liberales, porque si hubiera sido escrito con un fin diverso, el egregio director de aquel diario, que siempre estuvo consagrado a la proclamación de los principios liberales, incluso en presencia de los tribunales del Estado, no le habría abierto sus envidiadas columnas, ni siquiera en tiempos anteriores al 14 de enero de 1867. Afirmo, sin embargo, que el escritor de aquel artículo dio prueba de una gran ingenuidad jurídica y política al mismo tiempo.

La idea de un comentario oficial que elimine para siempre el temido peligro de la interpretación de los leguleyos, es una ilusión jurídica.

Desde 1806 hasta nuestros días se han publicado tantos comentarios sobre el código de Napoleón, que con ellos podría formarse una biblioteca.

¿Y qué pasó? A cada instante el jurista encuentra en el foro nuevos casos complicados que permanecen dudosos frente al texto de la ley, y que en tantos comentarios no encuentran solución especial. Pero, del mismo modo que el hombre, al dictar una ley, por mucho que la estudie deja siempre abierto el campo a futuras dubitaciones, así también, al componer el comentario, nunca podrá eliminar todos los motivos de duda, y acaso surgirán otras.

Si no fuera así, no habría necesidad de comentarios oficiales, pues bastaría que el comentario fuere inyectado en la ley por ese hombre, en el que se supone tanta lucidez de percepción, tanto poder de previsión y tanta exactitud de fórmulas. Pero semejante hombre no existe.

Además, afirmo que la proposición, si no es dictada por inspiraciones despóticas, que ciertamente no lo son, revela una gran ingenuidad política.

Yo quisiera saber a quién se encargaría ese comentario oficial, que, según las previsiones del escritor, cerraría el camino a toda posible necesidad de interpretación futura del nuevo código, realizando así la visión a la cual, según se dice, estuvo sometido en un momento de su vida el mismo Gran Napoleón, pero de la que debió prontamente arrepentirse.

¿Deberla hacerlo el Ministerio, esto es, alguno de sus secretarios? ¿Estaríamos seguros entonces de que el código no caería en manos de leguleyos?

Parece que el escritor cree esto, y que los grandes jurisprudentes son para él imposibles en las supremas magistraturas del Reino. Pero entonces nos es muy fácil ver que el poder ejecutivo invadiría al poder legislativo, y que al código no lo habría hecho ya el Parlamento, sino el secretario.

¿Debería, en cambio, hacer el comentario oficial el mismo Parlamento? ¿Pero como admitir que en un régimen constitucional los representantes del pueblo digan a la Nación que sus magistrados no tienen ya licencia para interpretar las leyes!

El Parlamento, que está constituido como baluarte de todas las libertades civiles; el Parlamento, que tiene como misión proteger a la autoridad judicial contra las invasiones del poder ejecutivo, ¿deberla él primero dar el bárbaro ejemplo de un poder legislativo que invade al poder judicial?

En el equilibrio de los tres poderes reside el concepto del ordenamiento constitucional, y no puede haber verdadera libertad en un estado en que cada uno de éstos no sea independiente del otro en el desenvolvimiento de sus funciones particulares, todas convergentes al fin común de la protección del derecho y de la felicidad universal bajo el aura de la libertad.

Yo no transijo respecto a estas ideas cardinales. No tolero usurpaciones del poder ejecutivo sobre los otros dos, pero estimo igualmente perniciosas, y acaso más fecundas en pésimos ejemplos, las invasiones a que quisiera incitarse al poder legislativo sobre el poder judicial.

Así como el hombre no puede ser hombre sin un espíritu inteligente, así también la potestad judicial no puede ser tal si no debe hacer uso de sus luces y de su razón para extraer de la corteza muerta de los vocablos, la voluntad vivificante del legislador.

Ciertamente, si un código debiera llevar a tales consecuencias, yo me adheriría a la escuela de aquellos ilustres alemanes que veían en los códigos un peligro grave para la justicia práctica y la destrucción de todo progreso científico.

Pero no es esto precisamente lo que ocurre, porque la interpretación y aplicación de los códigos debe ser entregada no a los leguleyos, sino a los más sabios jurisconsultos de la Nación, cuya expresión está en el magistrado, los cuales, nutridos en el ambiente de los más vitales progresos de la ciencia jurídica, según los tiempos en que viven, encuentran la forma de servirse de la interpretación para conducir la ley al unísono con las ideas y con las necesidades contemporáneas.

Éste fue siempre el pensamiento al cual se plegó, como a un deber de conciencia, la magistratura toscana.

Cuando Giuseppe Puccioni vino a formar parte de ésta honorable corporación, no había que temer que actuara restringiendo las tendencias de sus colegas a mantener en la judicatura el venerado paladín de la más amplia y libre facultad de interpretación. Por el contrario, más bien era de prever que esa facultad la ejerciera Puccioni con el coraje y firmeza que le caracterizaba, y con la excelsitud de doctrina y pasión por las libertades civiles que en él resplandecían. Y en efecto, si analizamos las sentencias de Puccioni durante el largo periodo en que ocupó los primeros cargos en la antigua magistratura, así como las sentencias de la suprema corte de casación que se dictaron siendo él relator, encontraremos a cada paso espléndidos testimonios de la sabiduría y firmeza con las cuales, sin salir de la modesta función de intérprete, supo eliminar de las leyes penales vigentes el peligro de que resultaran contrarias a las libertades civiles; y encontraremos, asimismo, repetidos testimonios de la generosa independencia con la cual obedecía a sus propios deberes de conciencia, aun a despecho de la voluntad contraria del gobierno y sin tener en cuenta su propio peligro.

Irritado por los motines del 2 de septiembre de 1847, Carlos Ludovico, Duque de Lucca, vendió sus derechos a Leopoldo II, éste, al efectuar la anexión a la Toscana de la provincia luquesa, cuidó de atemperar en el ánimo de los luqueses el dolor de la pérdida autonomía; y puesto que sabía cuánto detestaban en aquella ciudad la pena de muerte, de la que se habían tenido demasiadas experiencias para no reconocerla tan ineficaz como cruel, el Gran Duque pensó que sería gran cosa inaugurar la posesión de los nuevos dominios anunciando la proscripción del verdugo.

Por eso, en la proclama del 14 de octubre de 1847, mientras hacia promesas de un gobierno bueno, como garantía del porvenir, daba, entre tanto, la abolición de la pena de muerte.

El Decreto granducal no hablaba más que de una sola provincia y era una ley especialmente dictada para una provincia.

Uno de esos positivistas que desearían hacer códigos con comentarios oficiales, para sustraerlos de las manos de los leguleyos, habría dicho que si Leopoldo II había abolido la pena de muerte en el ex Ducado luqués, ésta no era una razón suficiente para decir que la había abolido también en Toscana, donde estaba siempre escrita, a lo menos en las leyes fernandinas de 1795 y de 1816.

Pero la corte de casación no lo entendió así.

Firme en el principio de que no podía jamás suponerse que el príncipe quería tratar a una parte de sus súbditos más inhumanamente que a la otra, y firme también en el de que la suprema voluntad de todo legislador debe siempre distribuir con mano equitativa los castigos, la Corte, presidida y guiada por Giuseppe Puccióni e incluso con la anuencia del Ministerio Público, que aquel día desempeñaba Luigi Fornaciari, mediante el decreto del 25 de febrero de 1848 ("Annali di giurisp.", x, 1, 148) no sólo declaró como tema fuera de discusión que la ley de abolición del 14 de octubre debía considerarse general para toda la Toscana, sino que, además, estableció la consecuencia de que la escala penal excepcionalmente dispuesta con feroces medidas por la ley del 14 de junio de 1816, en contra de los hurtos violentos, debía estimarse modificada, para no atribuir al legislador el desorden de querer castigar igualmente, incluso con evidente peligro para la vida de los ciudadanos honestos, delitos que entre si presentaban una inmensa disparidad; vale decir, la muerte nefanda del propietario, y las violencias transitorias ejercidas sobre él con fines de hurto.

El gobierno calló y el público dio su aplauso; y a aquella sentencia reguladora se plegaron todos los tribunales del Gran Ducado, hasta 1853.

Por este ejemplo, se advierte que Giuseppe Puccióni y la Corte reguladora no hacían distinción entre juzgar entre el sentido de una ley y su existencia.

Tanto tiene el juez el poder de decidir, con el auxilio de los cánones de la buena hermenéutica, qué idea se esconde bajo el velo de las palabras ambiguas en un artículo de la ley, o con qué principios se deben regular los casos omitidos u olvidados por el legislador, como tiene el poder de decidir si un precepto que quiere presentarse como ley ha observado o adquirido la calidad o potencia de ley.

Es deber del juez administrar justicia, y en esta suprema fórmula se compendia toda la esfera de sus obligaciones y de sus atribuciones.

La injusticia es igualmente flagrante cuando a una ley se le hace decir lo que probablemente el legislador no quiso, como cuando se atribuye la dignidad de ley a una prescripción que nunca pudo tenerla o de la cual fue legítimamente despojada.

No es exacto que el juez, tanto en la una como en la otra hipótesis, se haga a sí mismo legislador. Él se mantiene religiosamente en la modesta función de interprete, con tal que lo que dice, lo diga apoyándose en una ley reconocida sin duda cómo tal.

Cuando el magistrado declara que una ley posterior, aunque no contenga la revocación o la enmienda expresa de la ley anterior, debe considerarse que la ha corregido o revocado, no hace en realidad de legislador, sino que interpreta la ley posterior; y esto no es proclamar que lo que él dice debe ser respetado porque él lo dice, sino porque lo dice el legislador competente. Cuando juzga que debe negársele toda eficacia de mandato a una ordenanza emanada de cualquier autoridad a la cual las leyes fundamentales del Estado todo le conceden, menos la potestad legislativa, no hace otra cosa que interpretar la ley fundamental. Y quien lo acuse de pisotear la ley por esto, cae en un círculo vicioso, porque supone como cierto aquello que la ley interpretada por el juez no ha querido que sea.

Está bien que ni el jurisconsulto ni el juez puedan abrogarse jamás la facultad de dar a sus interpretaciones el carácter de auténticas, vale decir, obligatorias para todos los casos y para todos los ciudadanos.

Ello significa que a los magistrados sucesivos les queda la libertad de juzgar de otra manera, si así les parece más conforme a la justicia, según su ciencia y conciencia. Pero la interpretación doctrinal pertenece al dominio del juez, y él solo debe resolver el caso práctico que pende ante él. Los eventuales conflictos que puedan surgir entre los diversos tribunales acerca de una forma discordante de interpretación, son remediados por la institución de una Suprema Corte reguladora; y cuando ésta no valga o el caso requiera más bien un cambio que una interpretación de la ley, será forzoso que resuelva la autoridad legislativa estimulada por el problema, y manifieste, para los casos futuros, cuál es su más cierta voluntad.

Pero pretender que los jueces se detengan ante una duda que plantea una ley como ante un escollo insuperable, es lo mismo que detener el movimiento de la justicia.

Pretender que el juez debe siempre obedecer a la letra, es un sofisma, porque supone que en la letra no existe la duda por la que, precisamente, se hace necesaria la función del intérprete; pretender que en cada página donde hay un precepto los jueces deben respetar a ojos cerrados el principio de la majestad soberana, aunque no emane de la autoridad competente, es lo mismo que exponer a los ciudadanos a todas las formas de tiranía; pretender que en cada ocasión en que el juez se encuentre frente a tales dificultades, deba suspender el juicio y remitir la decisión a la potestad legislativa, es lo mismo que derribar todos los órdenes del Estado y dejar los intereses y los derechos particulares a merced de la peligrosa oscilación de las influencias partidistas.

Es también sofisticada la afirmación de que sólo el legislador está en condición de reconocer el verdadero significado de las prescripciones dictadas, porque con ello se cae en el falso supuesto de que el redactor de la ley es eterno en su vida y en su oficio, lo que no es así, y es, por el contrario, imposible.

Misera (lo diré con las palabras de Elout, De interpretatione in iure criminal) illa mihi videtur conditio civitatis, in qua iudices tantum uti instrumenta adhibentur, et ubi ii qui auctoritatem qua induti sunt a summo imperante non possent adhibere et suum valere non possent proprium de rebus iudicium.

Esta saludable libertad de interpretación podría dar innumerables ejemplos en los precedentes de nuestra jurisprudencia, y, con más frecuencia que en otros, en aquellos que se inspiraron en las atinadas ideas de Giuseppe Puccioni.

Así, en la sentencia del 18 de enero de 1860 ("Annali di giurisprudenza", XXII, 1, 31) se dijo que la Ordenanza de la marina del 18 de octubre de 1748 no estaba ya en vigor en su parte penal, aunque el decreto soberano del 20 de junio de 1853 le mantuvo expresamente en vigor, porque el decreto de 1853, al encontrar a la Ordenanza de marina modificada y corregida en sus penalidades bárbaras por las costumbres judiciales toscanas, debía

entenderse que la habla querido confirmar en el estado y forma en que se hallaba aquel día.

Y aunque en el mismo decreto de 1853 se ordenó directamente y sin distinción la abolición completa de nuestras costumbres judiciales (que en un momento de cólera se le habían vuelto ociosas al nomoteta de entonces), bien se entendía que la abrogación de las costumbres debía referirse a aquellos hechos que el código nuevo había contemplado, pero no a los que habla dejado bajo las normas de los ordenamientos precedentes.

De tal modo, nuestro jurisconsulto y el sabio consejo que lo apoyó no vacilaron en decir que una parte de la Ley de 1748 no estaba en vigor y que una parte de las costumbres judiciales estaba en vigor todavía, a pesar de la letra del último decreto, en apariencia contraria a ambas proposiciones, juzgando así sobre la existencia respectiva de aquellas dos fuentes legislativas.

Y se hizo muy bien, ya que de otro modo, en pleno siglo XIX, habríamos querido mantener en Toscana la tortura y la hoguera.

Aún más valerosamente, procedió Puccióni y la Corte reguladora en el fallo del 5 de agosto de 1850 (Annali di giurisprudenza" 1717).

Estábamos en aquel periodo en que la Toscana se encontraba ocupada por las tropas austriacas, que bajo el nombre de auxiliares dominaban, en realidad, la cosa pública. Estaba en vigor entre nosotros, y religiosamente observado, el sistema oral de los juicios penales, por el cual ningún valor debía atribuirse a las deposiciones de los testigos realizadas en el procedimiento escrito, si ellos no venían en persona a confirmarlas, a la vista del público, en el debate oral.

La asistencia que los auxiliares prestaban a nuestras tropas en el servicio de policía para el mantenimiento del orden, hacía muy frecuentes los casos en que militares austríacos se encontraran presentes en delitos cometidos en Toscana, el conocimiento de los cuales se devolvía a los tribunales ordinarios y debía cumplirse con los procedimientos regulares observados entre nosotros.

Pero una orden del comandante austríaco prohibía a dichos militares obedecer a las citaciones que les fuesen transmitidas por nuestra autoridad con el fin de que testimoniaran en el debate público.

Consternada por este obstáculo, la corte criminal de Florencia, en un momento de debilidad, había resuelto que para los testimonios de los militares austríacos bastaba leer sus declaraciones escritas, y que en ellas debía hacerse plena fe, como si estuviesen repetidas en el juicio oral.

De tal modo, a una orden del día del comandante austríaco se le había acoplado la virtud de derogar, y casi diría destruir, la ley orgánica de nuestros procedimientos criminales. Esto, y con razón, no le pareció tolerable a nuestra Corte Suprema.

Llamada a pronunciarse en el caso que se le sometió, con la antedicha sentencia no tardó en casar aquel pronunciamiento y resolver lo contrario.

Bien es verdad que ante los reclamos del comandante tudesco, nuestro gobierno fue solícito en convertir en ley

sus órdenes del día, concediendo a las milicias auxiliares un privilegio incompatible con la buena marcha de la justicia.

Pero esto no significa una censura contra el fallo y, antes bien, demuestra mejor su utilidad y le hace el más grande elogio, porque ello sirvió para mostrar que nuestra magistratura no se plegaba a las veleidades, por imperiosas que fueran, del poder dominante.

Resultaba una prueba de gran coraje y de gran amor a la justicia, conservados por los sacerdotes de ésta aún con peligro para ellos, en tiempos en los que del arbitrio de un ministro dependía el empleo y la suerte de la familia.

La inamovilidad de los jueces proclamada por el Estatuto, hace menos peligrosa, pero no menos justa, esta independencia del poder judicial, aunque la palabra inamovilidad no parezca empleada en su propio y literal significado, sino más bien en el de irremovilidad.

Sabemos, en efecto, que nuestros jueces tienen hoy día, en la ley fundamental, la seguridad de no ser removidos, pero no tienen la seguridad de no ser movidos, lo que, por los intolerables perjuicios que puede ocasionar a una familia, resulta, desgraciadamente, incluso hoy día, una causa de graves temores; y de modo especial después que se han tenido ejemplos deplorables de la dilapidación de la sabiduría judicial hecha en un instante de precipitado escudriñamiento, por abuso de este poder de locomoción que puede tornar efímera la garantía de la prohibición de remover. Pero, de todos modos, no hay situación en la vida del hombre que no torne, en ciertos momentos, lleno de peligros el cumplimiento del propio deber; ni se debe temer tampoco que los miembros de la autoridad judicial, al pronunciar sus sentencias, piensen más en su propio porvenir que en el de la justicia.

Al contrario, en apoyo de mi argumento y para eliminar toda sospecha de que los elogios al extinto se encaminan a cubrir la censura a los sobrevivientes, me place terminar este escrito con un hecho contemporáneo que servirá para mostrar como los espléndidos ejemplos que nos han dejado Giuseppe Puccióni y la magistratura toscana, han germinado vigorosamente, y cómo todavía se conserva en Ital

CAPITULO I

GIUSEPPE PUCCIONI Y EL

DERECHO PENAL

1.3.1 Idolatría de la Propia Voluntad

La idolatría de la propia voluntad tiene un germen tan profundo en el corazón de los hombres, que a menudo arrastra inadvertidamente a su culto incluso a aquellos a quienes pertenece el título de liberales y de virtuosos.

Hemos visto, así, a hombres insignes por su mérito, no censurables por su respeto a la justicia, irreprochables por su sincera devoción a las garantías constitucionales, dictar a veces, en su calidad de ministros, como apéndice a una ley seriamente discutida por el Parlamento, ordenamientos sucesivos que, bajo el modesto título de reglamentos o de circulares, vendan más o menos directamente a derogar en parte y corregir la ley dictada por los poderes legítimos.

El pueblo siente y resiente la inconveniencia de esos hechos, porque si éstos se encarnaran en nuestro gobierno, el Estatuto Constitucional vendría a reducirse a una palabra vana, y sería ridículo que los representantes del pueblo se esforzaran en hacer la comedia de largas discusiones para impedir la sanción de un artículo que no parece oportuno, si al día siguiente del rechazo de ese artículo, éste, oculto bajo la máscara de ejecución de la ley, volviera a enseñorearse del asunto.

Al respecto, alguien se ocupó de que el Parlamento tomara la iniciativa y que con un pronunciamiento solemne censurara el abuso y cerrara el camino para que tal situación no vuelva a ocurrir.

Laudables tentativas se vieron, en este sentido, por parte de algún representante de la Nación. Pero, entre tanto, yo decía que para salvar el principio fundamental podía muy bien bastar la firmeza de la magistratura.

Y, en efecto, la Corte de Casación de Florencia no faltó a su gran misión, y con una sentencia del 1 de diciembre de 1866 declaró firmemente la invalidez y la ineficacia de una circular ministerial con la cual se había querido inconsultamente hacer apéndices y enmiendas a una ley sancionada por el Parlamento.

El principio fundamental, decía aquella resolución, de derecho constitucional que emana de la letra misma del Estatuto niega al poder ejecutivo la facultad de hacer leyes y de infligir sanciones penales contra casos ó hechos que las leyes existentes ni explícita ni virtualmente contemplan. Y por esta incensurable consideración derribó el usurpado trono que se estaba erigiendo a las circulares ministeriales.

Aquí están los frutos de las virtudes y del coraje de nuestros padres; he aquí los beneficios de los grandes ejemplos que nos han dejado Giuseppe Puccioni y sus venerados colegas.

El gran hombre es como un astro que deja tras de sí un haz de luz que ilumina la tierra, aun cuando aquél haya desaparecido del horizonte.

La pobreza del biógrafo no siempre responde a la grandeza del hombre cuya vida se contempla. Pero, a pesar de ello, pienso que con lo poco que he dicho puede cualquiera que no haya conocido a Puccioni formarse una idea de lo que había en él y de lo que perdió nuestra patria, tanto en la enseñanza como en la legislación y en la jurisprudencia.

Aquéllos que personalmente lo conocieron y se aproximaron a él, encontrarán un elogio que está por debajo de la verdad.

CAPITULO 2

ESTUDIOS JURÍDICOS

2.1 CODIGOS UNIVERSALES

¿Será acaso verdad que nosotros, miembros de la facultad de derecho, cuando cada año volvemos a verter desde nuestras cátedras en el seno de los asiduos discípulos el fruto de nuestros largos estudios y de nuestras meditaciones, con la intención de guiarlos en las difíciles doctrinas del derecho, no hacemos otra cosa que una obra vanidosa?

¿Será verdad que todos somos vendedores de un artificio que usurpa el nombre de ciencia, bueno solamente para oscurecer las mentes, para desviarlas de la verdad, y que es inútil para la sociedad civil, infructuoso y quizá enemigo del progreso humano?

¡Muchos hombres de agudísimo ingenio, que por muchos siglos vinieron, uno tras otro, consumiendo sus inteligencias para iluminar las disciplinas legales, para componerlas y ordenarlas de modo que resultase más fácil la vida práctica de las mismas; tantos volúmenes que fueron el fruto de sus afanes; tanta reverencia que los pueblos mostraron hacia aquellos doctos, otorgándoles el mérito de una altísima autoridad, todo no fue mas que un delirio, un engaño, una falaz alucinación!

En mi infancia, oí esta cruda sentencia contra los maestros de la enseñanza jurídica, en aquel tiempo en que las armas francesas habían traído a nuestra patria la novedad de los códigos universales. Pero fue un meteoro, que paso sobre el astro luminoso de la ciencia jurídica, para disiparse pronto y restituirla a su prístino y más vivo esplendor.

Que si por efecto de aquella sentencia se vieron, en un instante de ceguera, relegados a lo trivial aquellos áureos volúmenes en los cuales tanto amor habían puesto nuestros abuelos y nuestros padres, la verdad no tardo en hacerse reconocer, y aquellos volúmenes fueron buscados de nuevo diligentemente y se los tuvo, como antes, por estimadísimos, volviendo a pedir a las bibliotecas las fuentes de la doctrina que necesita el sacerdote de la justicia, y que otro quería entregar a los dictados de la fantasía o comprimir entre los áridos escollos de la gramática.

Entonces se oía gritar lo que hoy viene a repetirse entre nosotros con inoportunidad irreflexiva, vale decir, que cuando una nación ha condensado todos los preceptos jurídicos según los cuales quiere ser regida, en tantos códigos como lo escojan los diversos movimientos de la justicia, ya no es menester instruirse en el idioma de Solon y de Papiniano, ya no es menester velar a la débil luz del candil sobre los monumentos de las antiguas legislaciones y recorrer laboriosamente los escritos de aquellos hombres ilustres que las comentaron con erudición.

¿Con qué objeto vuelve hoy a decirse todo esto en Italia, cuando tenemos nuestros códigos?

Un ejemplar de los códigos, un calendario, una gramática y un diccionario italiano son la completa Biblioteca del jurisconsulto.

En la ley escrita esta el precepto que debe regular los derechos y los deberes respectivos de los ciudadanos. Esa ley esta al alcance de todos, para todos es clara e inteligible, porque esta redactada con fórmulas que cualquiera puede entender.

Un aprendizaje de nemotécnia, para que sean familiares y se confíen tenazmente a la memoria los artículos de los varios códigos, es todo lo que se debe exigir de los jóvenes que se encaminen hacia la jurisprudencia.

El resto no es mas que pérdida de tiempo y fatiga. Con el texto del código se debe aconsejar a los clientes, se deben defender los litigios, dirimir las controversias.

La ciencia legal no es ya el monopolio de unos pocos, conquistado al precio de largos sudores, sino que es accesible al dominio de cualquiera que conozca el lenguaje y tenga un poco de buen sentido para entenderlo y aplicarlo.

CAPITULO 2

ESTUDIOS JURÍDICOS

2.1 CODIGOS UNIVERSALES

¿Será acaso verdad que nosotros, miembros de la facultad de derecho, cuando cada año volvemos a verter desde nuestras cátedras en el seno de los asiduos discípulos el fruto de nuestros largos estudios y de nuestras meditaciones, con la intención de guiarlos en las difíciles doctrinas del derecho, no hacemos otra cosa que una obra vanidosa?

¿Será verdad que todos somos vendedores de un artificio que usurpa el nombre de ciencia, bueno solamente para oscurecer las mentes, para desviarlas de la verdad, y que es inútil para la sociedad civil, infructuoso y quizá enemigo del progreso humano?

¡Muchos hombres de agudísimo ingenio, que por muchos siglos vinieron, uno tras otro, consumiendo sus inteligencias para iluminar las disciplinas legales, para componerlas y ordenarlas de modo que resultase más fácil la vida práctica de las mismas; tantos volúmenes que fueron el fruto de sus afanes; tanta reverencia que los pueblos mostraron hacia aquellos doctos, otorgándoles el mérito de una altísima autoridad, todo no fue mas que un delirio, un engaño, una falaz alucinación!

En mi infancia, oí esta cruda sentencia contra los maestros de la enseñanza jurídica, en aquel tiempo en que las armas francesas habían traído a nuestra patria la novedad de los códigos universales. Pero fue un meteoro, que paso sobre el astro luminoso de la ciencia jurídica, para disiparse pronto y restituirla a su prístino y más vivo esplendor.

Que si por efecto de aquella sentencia se vieron, en un instante de ceguera, relegados a lo trivial aquellos áureos volúmenes en los cuales tanto amor habían puesto nuestros abuelos y nuestros padres, la verdad no tardo en hacerse reconocer, y aquellos volúmenes fueron buscados de nuevo diligentemente y se los tuvo, como antes, por estimadísimos, volviendo a pedir a las bibliotecas las fuentes de la doctrina que necesita el sacerdote de la justicia, y que otro quería entregar a los dictados de la fantasía o comprimir entre los áridos escollos de la gramática.

Entonces se oía gritar lo que hoy viene a repetirse entre nosotros con inoportunidad irreflexiva, vale decir, que cuando una nación ha condensado todos los preceptos jurídicos según los cuales quiere ser regida, en tantos códigos como lo escojan los diversos movimientos de la justicia, ya no es menester instruirse en el idioma de Solon y de Papiniano, ya no es menester velar a la débil luz del candil sobre los monumentos de las antiguas legislaciones y recorrer laboriosamente los escritos de aquellos hombres ilustres que las comentaron con erudición.

¿Con qué objeto vuelve hoy a decirse todo esto en Italia, cuando tenemos nuestros códigos?

Un ejemplar de los códigos, un calendario, una gramática y un diccionario italiano son la completa Biblioteca del jurisconsulto.

En la ley escrita esta el precepto que debe regular los derechos y los deberes respectivos de los ciudadanos. Esa ley esta al alcance de todos, para todos es clara e inteligible, porque esta redactada con fórmulas que cualquiera puede entender.

Un aprendizaje de nemotécnia, para que sean familiares y se confíen tenazmente a la memoria los artículos de los varios códigos, es todo lo que se debe exigir de los jóvenes que se encaminen hacia la jurisprudencia.

El resto no es mas que pérdida de tiempo y fatiga. Con el texto del código se debe aconsejar a los clientes, se deben defender los litigios, dirimir las controversias.

La ciencia legal no es ya el monopolio de unos pocos, conquistado al precio de largos sudores, sino que es accesible al dominio de cualquiera que conozca el lenguaje y tenga un poco de buen sentido para entenderlo y aplicarlo.

CAPITULO 2

ESTUDIOS JURÍDICOS

2.1.2 Función de los Códigos

Esta fatal opinión fue la que impulso, en los comienzos del presente siglo, a los doctos alemanes y de otras partes de Europa a levantar una bandera, enemiga declarada de toda codificación, proclamándola perniciosa para el progreso de la ciencia jurídica, encadenadora del pensamiento y del desenvolvimiento del derecho.

Pero no eran los códigos los que se oponían a la marcha de la ciencia. No podían serlo, porque no le habían sido ni el código de Justiniano, ni los de los Carlos, ni los de los Federicos, ni todos aquellos estatutos que los diversos pueblos se habían impuesto y que, en sustancia, en nada diferían de los nuevos códigos, excepto en una mayor o menor amplitud.

Lo que podía oponerse a la ciencia era solamente la desatinada creencia de tenerlo todo en los códigos, y de dar a estos los imposibles atributos de una enciclopedia, imitando, en cierto modo, la antigua visión de los que pretendieron encontrar el remedio de todas las enfermedades en una panacea universal.

Cuando los hombres se convencieron de que las funciones de los códigos respecto a la ciencia no alcanzaban para los propósitos establecidos, se vio a los doctos volver mas activamente al estudio de los antiguos volúmenes, con el fin de vincular con las nuevas las antiguas leyes y doctrinas y dar luz sobre aquellas mediante el auxilio de estas; y aun más, para extraer de tal confrontación argumentos sensibles de la progresividad de nuestras doctrinas, valiéndose de aquella para impulsarlas a ulteriores incrementos, o a la enmienda de las nuevas disposiciones, si en alguna parte estuvieron construidas con menos cuidado.

Y así, en la misma Francia, de donde había partido la audaz idea de la autocracia de los nuevos códigos, se vio restablecer la enseñanza del derecho romano a proporciones más amplias, y los doctos de aquella nación tendieron la mano a los eruditos alemanes y rivalizaron con ellos en el estudio de los viejos comentaristas, a fin de desarrollar, con su ayuda, reglas y criterios que sirvieran mejor para dirigir a la justicia en la interpretación y aplicación de los áridos textos de los nuevos códigos.

Volvamos a nosotros, sobre los pueblos que nos circundan. En todos ellos encontramos extinguida la manía popular de tener códigos propios; pero en todos encuentra también, después de los códigos, la enseñanza jurídica en las universidades, y establecido en ellas, por sobre cualquier otro, el estudio del derecho romano, así como discutidas y resueltas las cuestiones forenses con las respuestas de Scevola y de Papiniano y con las doctrinas de Cuyacio y de Gluck.

Porque tal es, precisamente, el fenómeno moral del desengaño en el alma humana: disipadas las alucinaciones, se vuelve con mayor entusiasmo a las cosas que se rechazaron.

CAPITULO 2

ESTUDIOS JURÍDICOS

2.2 ESTUDIO DE LA DOCTRINA

No obstante, ese elocuente hecho, que en todas partes hemos visto desenvolverse al aparecer los códigos, y que de modo constante nos presenta un momentáneo abandono seguido inmediatamente de un más caluroso retorno al estudio de las antiguas doctrinas, somos hoy testigos de que en la Italia redimida, la publicación de los códigos ha dado lugar al acostumbrado error, y escuchamos con demasiada frecuencia, incluso a personas que ocupan altos puestos, condenar al desprecio la sabiduría latina y tachar de vano el estudio de los monumentos de la antigua filosofía.

Bien se comprende que esas personas ostentan tal opinión para cegarse a sí mismas sobre el abismo que, por culpa de una prospera fortuna, han atravesado súbitamente; y repitiendo la sentencia non ragioniam di lor, ma guarda e pasea, seguiré confiando en las antiguas costumbres, porque tengo fe en la fuerza de la verdad, la cual, por su propia virtud, tarde o temprano da cuenta de tales desaciertos. No, la ciencia no se asusta por ellos, porque la ciencia es cosmopolita y alza su propio estandarte, por virtud de la ley indefectible de su perpetuo progreso.

El que debe espantarse por causa de tales opiniones es el pueblo, el que las insinúa, ya que ellas son preludio de decadencia y de tinieblas. Quien debe espantarse por eso es la juventud, que ya apartada en exceso, por el calor de su fantasía y por su natural esquividad, de los severos estudios de Temis, no encuentra en sí misma fuerza que la sostenga para vencer esas repugnancias, si un falso cálculo de la razón la induce a acariciar en su ánimo la creencia de que aquellos son superfluos.

CAPITULO 2

ESTUDIOS JURÍDICOS

2.2.1 Necesidad de su Estudio

Es falso que se puedan ser hábiles jurisconsultos, capaces defensores, sabios magistrados con solo aprender de memoria los artículos de los códigos con los cuales se gobierna el Estado. Esta afirmación, si de algún modo se la quiere construir bajo la forma de razonamiento, no puede encontrar apoyo en otra parte que en la escuela positiva. Esa escuela no reconoce derechos absolutos. Para ella, todo derecho humano emana del dictado del legislador terreno; antes de éste, no hay criatura que pueda atribuirse derechos, todo es fuerza y arbitrio, porque no puede existir derecho sin la conciencia de su seguridad, y la seguridad no puede darla sino la ley del príncipe.

Con tal sofisma, que, evidentemente, confunde la génesis del derecho con la tutela del mismo, ha querido construirse una doctrina que tenga como precedente la negación de toda ley natural y de todo principio moral absoluto, y, por consiguiente, el arbitrio mas desenfrenado en la potestad de los legisladores humanos.

Marchando por esa vía, bien se pudo decir que quien conocía el decreto del soberano conocía todo el derecho, porque antes de aquél decreto solo existía el vacío, la nada, en las regiones de la justicia; no existía un principio que le proporcionase a uno un fundamento racional para regular, para interpretar, para corregir, para aplicar el decreto del príncipe.

En un todo semejante a la fabulosa Minerva, que surgió del cerebro de Júpiter toda armada y completa, el derecho, según esta visión, solo nació entre los hombres el día que el gobierno quiso dictar preceptos para gentes a las que había reducido bajo su potestad; y habiendo nacido así, por repentina creación de la mente, o del capricho de ese legislador, no tenía naturalmente tras de sí ninguna razón que estudiar, ningún orden que seguir, excepto la voluntad de aquél.

CAPITULO 2

ESTUDIOS JURÍDICOS

2.3 ATEÍSMO JURÍDICO

Pero esta escuela, que ni siquiera merece el nombre de tal, es la más absurda de todas, porque conduce al ateísmo jurídico; porque así como el ateo pretende encontrar en la sola casualidad o en las fuerzas brutales la razón y la causa del mundo físico y del mundo moral, negando un orden providencial y una potestad superior al hombre, así también el discípulo de la escuela positiva, al dar a un individuo el poder de crear el derecho a su antojo, niega todo orden jurídico superior que gobierne a la humanidad y, de tal modo, niega el derecho en sí mismo, convirtiéndolo en una concesión del soberano.

Es la del positivismo, la más absurda de todas las doctrinas posibles, porque repugna a la conciencia universal y a la misma historia de la humanidad. El hombre, en efecto, si tiene deberes hacia sus semejantes, no puede dejar de tener derechos que le sirvan para el cumplimiento de aquellos; y ya que esta cadena de deberes y de derechos procede de su misma naturaleza de ente moralmente libre, así también los unos y los otros provienen en el de la mano que lo ha formado y existen antes de que otro individuo haya agregado su voluntad a la voluntad primitiva que lo había constituido.

Un periodo de vida humana desligado de todo deber, carente de todo derecho, porque todavía no se le ha antojado a un individuo ordenar "lo quiero así", es históricamente una fábula y racionalmente un imposible.

El hombre, desde su aparición, tuvo conciencia de tener derecho a la vida y a cuanto era necesario para conservarla y conducirla al fin de su propio destino, y no espero el decreto de su semejante para sentir, en el fondo de su alma, la voz que lo cercioraba de sus deberes hacia sus semejantes y de los derechos correlativos.

Si él busco en el consorcio civil y en la constitución de la autoridad humana una mas poderosa tutela para sus derechos, no lo hizo porque no tuviese o no conociese que tenía algún derecho, sino, precisamente, por la razón opuesta de que tenía y conocía tener derechos, y a estos quería tutelarlos mediante la organización de una fuerza humana en la cual se concentraran las fuerzas dispersas de los individuos, impotentes por el aislamiento y por sus conflictos recíprocos, para actuar aquella protección. Del derecho nació la sociedad civil, y no de ésta el derecho; del derecho nacieron los legisladores que lo reconocieron y lo proveyeron de sanciones actuales, y no ya de los legisladores el derecho.

La historia de todos los pueblos demuestra que hubo un periodo en el cual no existió ley constituida, sino que se rigió por costumbres en las cuales se exteriorizaba la voz intima de la conciencia, que a todos y respecto de todos proclamaba la existencia de derechos y deberes.

Nos muestra luego un segundo periodo, al que se llegó más tarde o más temprano, que comienza con el hecho de un hombre dotado de excepcional inteligencia y autoridad, el cual ha recogido aquellas costumbres en un cuerpo

de leyes escritas, creándolas, por virtud de su intelecto, con arreglo al orden que creía mejor, y dándoles fuerza y permanencia gracias a su autoridad.

Desde que en la formación de tales costumbres se habían involucrado las pasiones de los individuos, y al transformarse aquellas en ley permanente, se había introducido el arbitrio del que ocupaba el sitio de legislador, ocurrió que algunas verdades universalmente reconocidas se insinuaron en las diversas costumbres, y después en las diversas legislaciones, con lo que muchos errores contrariaban la ley jurídica primitiva, en vez de sostenerla.

De ahí la lenta y sucesiva elaboración de los códigos establecidos para regular a las diversas naciones, los cuales no emanaron del propósito de proclamar una verdad nueva, o un derecho nuevo, porque la verdad y el derecho no pueden ser creados por el hombre, sino que procedieron, al contrario, del propósito de proclamar una verdad y un derecho ya preexistentes y de reparar los desvíos de los primeros legisladores, o de procurar con mejores modos el reconocimiento universal de aquella verdad o de aquel derecho.

CAPITULO 2

ESTUDIOS JURÍDICOS

2.3.1 Jurisconsulto o Leguleyo

La humanidad devino, moviéndose en su marcha con incesante progreso, en el desarrollo del reconocimiento de la suprema ley jurídica, y de ello obtuvimos el mejoramiento legislativo que ahora gozamos, sin renunciar a la esperanza de un mejoramiento ulterior.

En consecuencia, si el derecho actual que los legisladores contemporáneos han formulado en sus códigos, no es más que la proclamación de verdades preexistentes y el resultado de una larga depuración madurada durante siglos y siglos mediante tales tentativas, es evidente que para adquirir el conocimiento de la ley jurídica actual no basta conocer las palabras del código.

Lo que distingue al jurisconsulto del leguleyo es, precisamente, que el leguleyo quiere saberlo todo en jurisprudencia cuando conoce la letra de la ley, mientras que el jurisconsulto no ve en la letra sino una forma transitoria en la cual se exterioriza, por un breve espacio de lugar y de tiempo, la ley suprema de razón universal.

El jurisconsulto basa toda su doctrina en que el reconocimiento de la verdadera y absoluta ley jurídica debe ser progresivo, lo que no sería así si su trabajo de explicación estuviese encadenado a una perpetua inmovilidad por el imperio autocrático de un legislador terreno.

Y recordando que con frecuencia el hombre, mientras corre de buena fe tras la verdad, encuentra el error con apariencias de ésta, y abraza este error para renegar de los principios de aquella que sus antecesores ya habían quizás reconocido, es preciso que recorra, con sus estudios, toda la serie de las tentativas hechas en los diversos siglos y países hacia ese fin, para persuadir a su propia conciencia de que, en realidad, el legislador de su nación se ha aproximado al principio absoluto de justicia mas de lo que lo hicieron otros legisladores precedentes y contemporáneos. De ahí, pues, la necesidad de realizar profundos estudios históricos y profundo análisis de las leyes que coexisten en el mundo civilizado. Sin esto no se es mas que un ser inanimado que se mueve y golpea sin comprender por que se mueve y por que golpea.

El jurisconsulto sabe, además, que incluso la ley positiva de un Estado no esta en la corteza de las palabras con las cuales fue expresada, sino en el concepto y en el espíritu que les dio vida. Y puesto que al hombre no le es posible conocer al desnudo y positivamente, en todos sus aspectos, la arcana voluntad de otro hombre, a esa voluntad hay que extraerla de la presunción de su perpetua coordinación a los designios racionales y justos.

Por eso, a cada cuestión que surja sobre la verdadera interpretación de cualquier ley positiva, es forzoso entenderla y aplicarla según los supremos principios de razón, los cuales, por lo tanto, deben ser necesariamente conocidos por quienquiera se dedique, en cualquier situación, al sacerdocio de la justicia.

Pero estos supremos principios de razón no pueden ser alcanzados y dominados, haciendo que en cierto modo

ellos se encarnen profundamente, como conviene al verdadero jurisconsulto, si, por un lado, no se consagran maduras meditaciones a la búsqueda de los mismos, con la ayuda de una sana filosofía; y si, por otro lado, en esa búsqueda no se profundizan los movimientos anteriores de la humanidad, manifiesta en los varios estatutos legislativos en los cuales se ha creído haber aferrado aquella verdad, o en aquellos de entre estos que, al menos, se consideren primarios y dominantes sobre los otros por su mayor riqueza de filosofía y de sapiencia.

Si, para juzgar bien y para aplicar rectamente las leyes presentes es necesario haber aprendido de las jurisprudencias anteriores, nadie, querrá negar que es el derecho romano el que, merece ser objeto de ese conocimiento indispensable, tanto por la vastedad de sus disposiciones, como por la agudeza de la doctrina en que se inspiró, como porque el es el padre común de todas las legislaciones actuales, de suerte que no es tan posible adquirir sabiduría de verdadero jurista sin el conocimiento profundo del derecho romano y de la filosofía jurídica, como no es posible ejercer correctamente la medicina o la cirugía sin un completo conocimiento de las condiciones anatómicas y fisiológicas del cuerpo humano.

CAPITULO 2

ESTUDIOS JURÍDICOS

2.4 MATERIALISMO JURÍDICO

La verdad fue ampliamente desarrollada por la escuela histórica, que surgió a principios de este siglo, casi por providencial beneficio, para hacer oportuno antagonismo al materialismo de aquella funesta doctrina que veía en el conocimiento de los códigos la última "luz" de todos los estudios legales.

CAPITULO 2

ESTUDIOS JURÍDICOS

2.4.1 Escuela Histórica

La escuela histórica impulsó las meditaciones de los juristas mas allá del estudio de las Pandectas, coordinándolo al de los hechos y al del movimiento universal de toda la humanidad, en las creencias, en las costumbres y en las obras legislativas.

Magnífica idea, que es fecundada no solo de una más noble erudición, sino también de una mayor rectitud en los juicios, ya que todos los hechos humanos se concatenan, por un misterioso vinculo, los unos con los otros y todos recíprocamente se iluminan para esclarecer la suprema razón de las cosas, que aquí y allá tiene, no mas que como un relámpago, manifestándose en la larga y fatigosa marcha de la civilización humana.

La escuela histórica a su vez se excedió en un dogmatismo inaceptable, cuando quiso proclamar como génesis absoluta y constante del derecho toda forma de reconocimiento que, en el correr de los siglos, los diversos pueblos han creído hacer de la suprema ley jurídica con tanta tenacidad buscada por los millares de hombres que poblaron la Tierra, y tan fácil y frecuentemente desconocida por el impulso de las pasiones humanas.

Afirmar que todo cuanto ha sido establecido, incluso en tiempos de ignorancia y de barbarie, por pueblos que se creyeron cultos cuando en realidad acaso no lo eran sino a medias, contiene una revelación de la suprema ley jurídica, no es otra cosa que un error por el cual encuentran justificación las mas barbaras sanciones y hasta el estado mismo de barbarie.

Esta fue la afirmación del absurdo que llevó a admitir en el mismo argumento la coexistencia de dos verdades contradictorias. Fue, en una palabra, la proclamación del politeísmo jurídico.

CAPITULO 2

ESTUDIOS JURÍDICOS

2.5 EL POLITEISMO JURIDICO

El politeísmo tiene como contenido necesario el ateísmo, porque quien afirma una pluralidad de dioses dotados de igual potencia, niega, por lógica necesidad, la existencia de un Dios que a todo y a todos domina.

Y, de igual modo, quien afirma la verdad suprema de dos leyes jurídicas de las cuales la una destruye a la otra, niega la existencia de una suprema ley jurídica, y niega, así, el carácter absoluto del derecho.

Si fue un principio de la suprema ley jurídica aquel estatuto que imponía, por manía guerrera o por egoísmo que se matara a los viejos, a los lisiados y a los enfermos, no puede ser un principio de la suprema ley jurídica el precepto que impone que se de a los lisiados, a los viejos y a los enfermos, caritativa y fraternal asistencia.

No puede existir una verdad diametralmente contraria a otra verdad, y quien esto sostenga niega la existencia de la verdad. No puede existir una suprema ley jurídica que se oponga diametralmente a otra ley jurídica, y el que sostenga esto niega, por lógica, la existencia de una ley suprema.

Purgada de esa idolátrica adoración de los hechos la escuela histórica ha rendido y rinde grandísimos beneficios a la doctrina, cuando aliada con la escuela ontológica, le ha prestado ayuda orientándola en el estudio de las diversas legislaciones antiguas y modernas, no ya para adorar con ciega fe brahmanica cualquiera estúpida aberración a la que se hayan dejado arrastrar en el transcurso de los tiempos, por obra de fogosos impulsos, los distintos pueblos, sino, por el contrario, para encontrar en esas mismas aberraciones la verdad de una justicia absoluta, aparte de una ulterior demostración de ella mediante la reconstrucción de la prueba de los hechos.

De igual manera, los maestros del habla latina llegaron a decirnos que entre las heces de Ennio y de Pacuvio habían encontrado joyas hermosísimas con las cuales se adornaba el elegante sermón, pero no quisieron decirnos que todos los giros y todas las palabras de aquellos antiguos debían conservarse como texto clásico del idioma del Lacio.

Quisieron decirnos, en sustancia, que con solo el estudio de los libros contemporáneos, no se aprende una lengua; y yo repito, que con el solo estudio de los códigos quedamos perpetuamente ignorantes en la ciencia del derecho.

CAPITULO 2

ESTUDIOS JURÍDICOS

2.6 ESCUELA ONTOLÓGICA

La única verdadera, es la escuela ontológica, porque extrae de la naturaleza del hombre las leyes que deben regirlo y que nacieron contemporáneamente al primer albor de su vida, precisamente porque él nació constituido de ese modo. En ello procede bajo la guía del principio universal que deduce las leyes reguladoras de todos los entes, de las condiciones propias de la naturaleza de cada uno de ellos, y, por consiguiente, de principios íntimos, constantes e indefectibles.

Pero, ya que para conocer precisamente las condiciones especiales de los entes, es necesario estudiarlos en todos sus desarrollos sucesivos, así también, para reconocer la verdadera ley jurídica en sus múltiples y variados efectos, es necesario estudiar el desarrollo de la humanidad en su relación con aquella ley.

Por eso, la escuela histórica conforta e ilumina admirablemente la doctrina filosófica del derecho, y las dos escuelas proceden con mutuo y reciproco beneficio a la conquista de la verdad.

De tal modo, los antiguos romanos, para instruirse en la sabiduría jurídica, se ayudaron con la filosofía, y llegaron a formarse de la jurisprudencia la idea de que ella era la noticia de todas las cosas humanas y divinas; pero, al mismo tiempo, aprendieron de la sabiduría griega, como antes de ellos los griegos habían aprendido de los egipcios y de otros pueblos de la antigüedad.

Y si nosotros queremos mostrarnos no del todo indignos hijos de nuestros padres, debemos imitarlos, y ayudarnos con el fruto de sus meditaciones, para marchar adelante hacia la conquista de la verdadera doctrina legal en sus genuinos fundamentos, en sus infinitas manifestaciones y en la respectiva aplicación de la jurisprudencia a la vida practica.

La sabiduría humana ha nacido en pequeños destellos de las sucesivas elaboraciones de las monadas que, en el largo periodo de la vida de la humanidad, consagraron sus inteligencias a la búsqueda de la verdad; pero nunca fue ni puede ser concedido a un hombre, llámese doctor, príncipe o emperador, el concentrar en su cerebro, como en un solo haz, todos aquellos destellos.

Arrogarse la autocracia de encadenar a la ciencia jurídica y de constituirse en el único enseñador de ella, es el más insensato entre todos los de delirios de la soberbia humana.

CAPITULO 3

DEFENSA PUBLICA Y PRIVADA

3.1 EL ORDEN

Decía Adriano Duport: que se hace demasiado honor a los gobiernos cuando se les atribuye exclusivamente el orden que reina en las sociedades civiles, desconociendo la inmensa parte que tiene en ello la naturaleza del hombre.

Una verdad actualmente no discutible es que el vínculo por el cual las criaturas humanas se restringen en el estado de asociación, no fue creación de la fuerza, ni de la voluntad arbitraria de los hombres.

Actualmente, en las doctrinas políticas es pacífico el rechazo de la fórmula por la cual se denominó estado de naturaleza a la vida extrasocial, y que vio en la agregación restricciones de la libertad humana y disminución de sus derechos.

El orden y la armonía son una ley eterna, y para su servicio existe en todo lo creado esa tendencia que, independientemente de los seres mismos que la soportan, los constriñe al orden y a la armonía con fuerza continua e irresistible.

El complemento de cada individuo no fue alcanzado en la creación de los cuerpos, mientras no fue establecido el orden en la agregación de sus elementos; y cada individuo no pudo decirse completo si en el mismo instante no se colocaba, respecto a los demás, en la condición de relación a la cual lo destinaba la ley eterna.

Nada hay indisciplinado en el mundo. Pero la concepción divina no se manifiesta en las obras por la vía mezquina de un mecanismo variable. La omnipotencia se exterioriza mediante un principio único; el principio más simple, pero infinito y constante, es la maravillosa fuerza de atracción, que por la ley de los contrarios se convierte, con el variar de las relaciones, en fuerza de repulsión.

Lo que para el mundo material es ley puramente física, es también para el hombre, ley moral.

Porque Dios quiso que el hombre no solo fuera, como el resto de la creación, testimonio de su grandeza y mero instrumento de la mutua elaboración de la materia, sino que, además, le rindiera el homenaje del culto: Lo doto de alma racional.

Ese rayo de inteligencia, que no es otra cosa que una emanación finita de la infinita inteligencia divina, reunió en el hombre, a la condición de ser físico, también la condición de ser moral; y en uno y otro aspecto él sufrió el influjo de la ley eterna del orden.

Y así como el hombre, en cuanto a su esencia corpórea, no alcanzo su complemento mientras las partes materiales

no hubieron obedecido a la ley de agregación de las mismas, así también, en su condición de ser moral debió sufrir contemporáneamente la respectiva ley de agregación moral con relación a sus semejantes.

Ese impulso que reunía las moléculas en el individuo, para que estuviese completa la organización material del hombre, y que entre uno y otro individuo marcaba las relaciones físicas convergentes a la armonía universal, ese mismo impulso, llevaba de golpe a los hombres a reunirse entre ellos por el vínculo moral, y el complemento moral era coetáneo del complemento físico.

De este modo, así como la disgregación de un miembro del cuerpo humano, que lo conduce al estado de aislamiento, es una desviación de su condición normal, así también la disgregación de un individuo, que lo conduce al aislamiento de su especie, va al mismo tiempo en retroceso del orden físico y moral de su destino.

Para reconocer la existencia de una ley de la naturaleza no es menester construir la fábula de un estado extrasocial preexistente a la agregación del hombre.

El estado social es sincrónico con la creación del hombre. Se actuó según las progresivas mutaciones de la humanidad. Pero esto no quita que ella no recibiera, en el instante la sujeción a una ley universal, absoluta, cuya primera fórmula era, la de la sociabilidad.

La atracción física unió al hombre con la mujer. Pero, después de agotada la tensión de aquella, el hombre y la mujer no se separaron como hacen las bestias: Porque la atracción moral quedó para mantener el consorcio, y se prolongó entre ellos y los hijos y en los hijos después de ellos, y así, se prolongó y se difundió infinitamente por toda la humanidad.

CAPITULO 3

DEFENSA PUBLICA Y PRIVADA

3.1 EL ORDEN

Decía Adriano Duport: que se hace demasiado honor a los gobiernos cuando se les atribuye exclusivamente el orden que reina en las sociedades civiles, desconociendo la inmensa parte que tiene en ello la naturaleza del hombre.

Una verdad actualmente no discutible es que el vínculo por el cual las criaturas humanas se restringen en el estado de asociación, no fue creación de la fuerza, ni de la voluntad arbitraria de los hombres.

Actualmente, en las doctrinas políticas es pacífico el rechazo de la fórmula por la cual se denominó estado de naturaleza a la vida extrasocial, y que vio en la agregación restricciones de la libertad humana y disminución de sus derechos.

El orden y la armonía son una ley eterna, y para su servicio existe en todo lo creado esa tendencia que, independientemente de los seres mismos que la soportan, los constriñe al orden y a la armonía con fuerza continua e irresistible.

El complemento de cada individuo no fue alcanzado en la creación de los cuerpos, mientras no fue establecido el orden en la agregación de sus elementos; y cada individuo no pudo decirse completo si en el mismo instante no se colocaba, respecto a los demás, en la condición de relación a la cual lo destinaba la ley eterna.

Nada hay indisciplinado en el mundo. Pero la concepción divina no se manifiesta en las obras por la vía mezquina de un mecanismo variable. La omnipotencia se exterioriza mediante un principio único; el principio más simple, pero infinito y constante, es la maravillosa fuerza de atracción, que por la ley de los contrarios se convierte, con el variar de las relaciones, en fuerza de repulsión.

Lo que para el mundo material es ley puramente física, es también para el hombre, ley moral.

Porque Dios quiso que el hombre no solo fuera, como el resto de la creación, testimonio de su grandeza y mero instrumento de la mutua elaboración de la materia, sino que, además, le rindiera el homenaje del culto: Lo doto de alma racional.

Ese rayo de inteligencia, que no es otra cosa que una emanación finita de la infinita inteligencia divina, reunió en el hombre, a la condición de ser físico, también la condición de ser moral; y en uno y otro aspecto él sufrió el influjo de la ley eterna del orden.

Y así como el hombre, en cuanto a su esencia corpórea, no alcanzo su complemento mientras las partes materiales no hubieron obedecido a la ley de agregación de las mismas, así también, en su condición de ser moral debió sufrir contemporáneamente la respectiva ley de agregación moral con relación a sus semejantes.

Ese impulso que reunía las moléculas en el individuo, para que estuviese completa la organización material del hombre, y que entre uno y otro individuo marcaba las relaciones físicas convergentes a la armonía universal, ese mismo impulso, llevaba de golpe a los hombres a reunirse entre ellos por el vínculo moral, y el complemento moral era coetáneo del complemento físico.

De este modo, así como la disgregación de un miembro del cuerpo humano, que lo conduce al estado de aislamiento, es una desviación de su condición normal, así también la disgregación de un individuo, que lo conduce al aislamiento de su especie, va al mismo tiempo en retroceso del orden físico y moral de su destino.

Para reconocer la existencia de una ley de la naturaleza no es menester construir la fábula de un estado extrasocial preexistente a la agregación del hombre.

El estado social es sincrónico con la creación del hombre. Se actuó según las progresivas mutaciones de la humanidad. Pero esto no quita que ella no recibiera, en el instante la sujeción a una ley universal, absoluta, cuya primera fórmula era, la de la sociabilidad.

La atracción física unió al hombre con la mujer. Pero, después de agotada la tensión de aquella, el hombre y la mujer no se separaron como hacen las bestias: Porque la atracción moral quedó para mantener el consorcio, y se prolongó entre ellos y los hijos y en los hijos después de ellos, y así, se prolongó y se difundió infinitamente por toda la humanidad.

CAPITULO 3

DEFENSA PUBLICA Y PRIVADA

3.1.1 Genesis de la Sociabilidad

La génesis de la sociabilidad humana debe reconocerse en un instinto universal, en vez de buscarla en la obra de la mera razón del hombre, porque repitiéndola por un impulso instintivo se la ennoblece en vez de deprimirla, se la consolida en vez de hacerla fluctuante. Los cálculos de la razón humana tienen siempre el carácter de voluntarios y mudables; el instinto es ley inmutable, porque es mandato divino. Los cálculos de la razón humana están, con demasiada frecuencia, sujetos a error; pero el hombre nunca erró sobre la conveniencia de la vida social.

A un hecho tan indispensable para la conservación y el progreso de la humanidad, Dios no podía dejarlo a merced de las oscilaciones de nuestra inteligencia.

Él tuvo que imprimir al corazón del hombre una fuerza constante, absoluta, que tornase indefectible la asociación del mismo.

La sociabilidad humana debe preceder a los cálculos del raciocinio, el cual necesita experiencia para juzgar las consecuencias de los propios hechos.

Los hombres se asociaron, y debían asociarse, antes de haber profetizado las necesidades físicas y morales que los llevaban a hacerlo, y las inmensas ventajas que de ello les iban a derivar. En el hombre, la sociabilidad no es un accidente, sino una necesidad; y como necesidad Dios la quiso, y como necesidad debió imponerle una génesis que emanara directamente de él, sin la intermediación tardía y falaz del raciocinio de la criatura.

CAPITULO 3

DEFENSA PUBLICA Y PRIVADA

3.1.2 Obediencia al Gobierno

La obediencia al gobierno de una sociedad civil, es consecuencia de la ley impresa al hombre por la naturaleza, como la armonía del sistema planetario es consecuencia de la ley impresa a cada uno de los cuerpos celestes desde el primer instante en que recibieron su complemento como individuos.

El impulso que constituyó el orden perdura por virtud de su potencia, y la fuerza ordenadora funciona como fuerza conservadora.

El orden es la ley eterna impuesta por Dios a todo lo creado. La tendencia a alcanzar y mantener esa armonía es el medio del cual Dios se ha valido para impulsar hacia ese fin a todos los seres, cada uno según su naturaleza y destino: medio constante, uniforme, infalible, mucho más de lo que son las eventuales oscilaciones de un calculo racional.

Insinuar que la obediencia a esa ley y, por consiguiente, en nuestro tema, la constitución de la sociedad civil, es un invento del ingenio del hombre, y la conservación de ella un efecto de su voluntad, es una blasfemia soberbia contra la sapiencia del Creador.

El estado de asociación es el ideal de la armonía para la raza humana. La tendencia congénita y universal a la agregación es el medio que Dios escogió para apartar al hombre del aislamiento.

Esta tendencia universal, constante, irresistible, proporciona, asimismo, la más sólida prueba de los supremos mandatos, y, al mismo tiempo cumple la ley y la revela a nuestros ojos.

CAPITULO 3

DEFENSA PUBLICA Y PRIVADA

3.1.3 El derecho como principio

Si el orden, como fin, es ley de Dios, y la tendencia al orden, como medio, es ley de nuestra naturaleza que nos ha sido impuesta por la mente suprema, las fuerzas subalternas que son precisas para el desarrollo de aquella ley primitiva son, ellas también, en su principio abstracto, queridas e impuestas por el Creador, de donde es ley de nuestra naturaleza el impulso hacia la respectiva actuación de las mismas. No existen porque el hombre haya querido que existan; existen porque Dios les ha dado condiciones tales que no pueden dejar de existir.

El llamado derecho internacional no es, en su principio, creación del hombre. Coexiste con las sociedades, como coexisten leyes que determinan las religiones entre los diversos mundos, entre los planetas y sus satélites, y como coexisten en el globo terrestre con el reino animal, con el reino vegetal y con todos los seres, las leyes que rigen sus respectivas relaciones.

El llamado derecho administrativo no es, en su principio, creación del hombre. Es una de las leyes subalternas que guían a la gran armonía, en la cual está prescripta la prosperidad de las naciones como medio para la prosperidad de las familias, y la prosperidad de las familias como medio para la prosperidad y el progreso moral del individuo.

El citado derecho privado emana, asimismo, de un principio absoluto. En la ley natural la que distribuye entre los hombres los respectivos derechos y los deberes, que son dos términos de inevitable correlación, de los cuales no puede afirmarse el uno sin la implícita afirmación del otro, porque el uno es el inevitable contenido del otro.

Sin una potencia superior que proveyese a la observancia de los derechos y deberes, serian vanas palabras. Las leyes físicas tienen en sí la propia fuerza de coacción y de sanción.

Un cuerpo, o no puede absolutamente desobedecer a la ley física, y he aquí que en ella se encuentra la fuerza intrínseca de coacción; o si la desobedece, encuentra en ella, por virtud de la ley misma, decaimiento o deterioración, y he aquí que en la ley física reside la fuerza intrínseca de la propia sanción.

Pero en las leyes morales no es así.

Las leyes morales no tienen otra fuerza de coacción que la íntima voz que llama al hombre al cumplimiento de sus deberes; no tienen otra sanción terrena que la sindéresis.

Pero las pasiones sofocan en el corazón del hombre el amor innato por la justicia y vencen la inquietud del arrepentimiento.

Así, es una verdad positiva que si las leyes físicas tienen en sí mismas las virtudes de coacción y de sanción, ambas suficientes y eficaces para su integral y perpetuo mantenimiento, las leyes morales no tienen sino una fuerza de coacción y una sanción inciertas, ambas, e insuficientes para sus necesidades. Por eso, sin una coacción inmediata, los choques desordenados del individualismo le harían imposible al hombre el goce de su libertad externa.

¡Felices nosotros, si las leyes morales tuviesen en ellas la fuerza indefectible de su propia observancia, como la tienen las leyes físicas! Dios, en su omnipotencia, también habría podido dar a las leyes morales esta coacción eficaz e inmediata.

Pero no la dio, porque el hombre debía ser libre a fin de que, ayudado por el sentido moral, por la luz de la razón y por la revelación religiosa, mereciera o desmereciera ante él, según sus propias obras, en el peregrinaje terreno. Justicia suprema, que prodiga el bien; pero que lo reserva solamente para quien sabe conquistarlo con sus obras.

Pero la violación de la ley moral en todos aquellos hechos en los cuales vendría a lesionar la libertad externa de los otros hombres, no podría ocurrir sin turbación del orden externo, el que solo puede configurarse en el respeto constante de los derechos de cada individuo.

De ahí la necesidad de una magistratura civil que supla la falta de coacción intrínseca de la ley moral y que constriña al hombre, con una fuerza externa, a la obediencia de sus propios deberes, no obstante la contraria influencia de la pasión, en aquellas partes en las cuales la violación de los deberes sería incompatible con el orden externo.

Por consiguiente, si para alcanzar el fin último del orden es indispensable el cumplimiento de aquellos deberes, cuya violación lo turbaría, y si, para conseguirlo, es necesaria una coacción externa que refuerce en esta parte las leyes morales, es intuitivo que la magistratura civil, instrumento necesario para el mantenimiento de los derechos privados, también es una emanación de la ley natural.

Sin embargo, no todos los derechos del hombre, una vez violados, pueden encontrar reparación en el resarcimiento coactivo, que muchas veces resulta imposible e insuficiente incluso respecto al individuo lesionado por la violación del derecho.

Hay derechos cuya violación no lesiona solamente al individuo que es víctima de ella, sino también a todos los otros miembros de la sociedad, por el temor, que a todos se comunica, de que se repita aquella violación. De tal modo, aun cuando la reintegración del derecho violado fuese posible, sería, sin embargo, en esos casos, inadecuada.

Por eso, la fuerza de coacción ejercida por el magisterio civil para el cumplimiento de las leyes morales tuteladoras del orden, no es medio suficiente para la observación de estas, sin el concurso de otro magisterio que, además de la fuerza de coacción, administre asimismo la sanción y supla también en esta parte la insuficiencia de las leyes morales.

He aquí la necesidad del magisterio penal.

El llamado derecho criminal no es tampoco un invento del hombre. Es una de las leyes que sirven a la armonía, por la cual es necesario que se refrenen las pasiones humanas con el temor de un mal inmediato y presente, cada vez que vayan a resultar nocivas de los derechos ajenos.

Las pasiones eran y son indispensables al hombre: como impulso para la acción y para el progreso moral, ellas también eran y son un instrumento de orden.

Pero, desde que trascienden en daño de otro y en ofensa de la justicia, se convierten en elemento de desorden y necesitan de una fuerza moderadora.

El derecho de amenazar al hombre un mal cuando ofenda injustamente a sus semejantes, con el fin de disuadirlo de que ofenda, y el derecho de infligirle ese mal cuando haya causado la ofensa, a fin de que la amenaza no quede como palabra vana, no es tampoco un invento del hombre.

Él arraiga en la ley natural; y la sociedad y la autoridad civil son, por el contrario, los medios que la misma ley eterna preestableció como indispensables para su ejercicio regulado.

Nada hay indisciplinado en el mundo. No puede existir ley que no tenga consigo la fuerza de coacción y de sanción. Sin esto no habría una ley, sino una palabra.

Las leyes morales que regulan las relaciones del hombre con su propio semejante, no tienen por virtud intrínseca la suficiencia de coacción y de sanción que da fuerza a las leyes físicas. Necesitan, por lo tanto, un resguardo exterior. Y este no puede ser otro que la autoridad social armada del derecho de coacción y de punición.

El fundamento del derecho de punir esta, por lo tanto, en la ley natural. No ya, como penso Locke, quien entrevió esta idea, pero estropeo su fórmula, debido a los errores de su tiempo; no ya porque la ley natural haya dado al hombre aislado el derecho de punir a otro hombre, sino porque la ley natural establece derechos y deberes y, por ello, un orden de justicia: prescribe la asociación como medio de actuar la justicia, y a la asociación le confía la fuerza necesaria para ese ultimo fin. De ello se induce necesariamente que esa fuerza debe ser empleada por la sociedad también para la defensa de sí misma. Y cuando yo digo ley natural no entiendo ya expresar las condiciones materiales del individuo, lo que lleva a confundir la voz de los apetitos con la revelación del sentido moral; yo la entiendo como la concebía Aristóteles: la ley del orden preestablecida a la humanidad por la mente suprema.

CAPITULO 3

DEFENSA PUBLICA Y PRIVADA

3.1.4 La Sociedad como Principio

La sociedad no es un principio, sino un instrumento, e instrumento indispensable de la ley eterna. La autoridad no es un principio, sino un instrumento, e instrumento indispensable de la sociedad. El derecho de punir no es un principio, sino un instrumento, e instrumento indispensable de la autoridad. Cadena indisoluble de medios. Emanaciones todas del principio absoluto, y todas convergentes a la armonía universal.

Sociedad, autoridad, coacción, punición. Instrumentos absolutamente justos en su principio, y que son justos en la forma de su actuación, mientras conserven obediencia a la ley primitiva y convergencia al eterno fin al que están predestinadas.

De tal manera, el derecho de punir remonta a dos grandes principios: la justicia absoluta, y la defensa de los derechos del hombre.

La necesidad de la defensa es la causa primera del derecho de punir. La justicia determina los límites y la medida del mismo.

La necesidad de la defensa no basta para legitimar la irrogación de una pena contra el que no violó los preceptos de la justicia.

La violación del precepto de justicia no basta para atribuir al brazo humano la autoridad de punir, si la defensa publica o privada no lo requiere.

En el uno y en el otro caso, la punición no es ya instrumento de orden, sino prepotencia y abuso, porque en el primer caso la ley moral contradice la sanción, y en el segundo no necesita de esta, bastando la ley moral en sí misma cuando no existe peligro para la libertad externa de los hombres. La injusticia de la pena es, en el primer caso, absoluta; y en el segundo, relativa, pero es siempre injusticia

Yo también pienso que es un error unificar en el solo principio moral la génesis del derecho punitivo, porque con ello se transmuta la función práctica del magisterio penal, impulsándolo a la dirección interna del hombre, con evidente exceso que sobrepasa el fin al cual esta dirigido, y sometiénolo a las indefinidas exigencias del ascetismo. Pero no veo por qué los utilitarios deban atemorizarse tanto por ese principio, que tengan que negarse en absoluto a reconocer en la ley moral uno de los fundamentos del derecho de punir. ¿A que temer, como consecuencia de ese asunto, la invasión por parte de la autoridad de la dirección interna del hombre, y, de tal modo, la subversión de toda libertad civil? Tan pronto como se distinguen tienen entre ellas las diversas partes de la ley moral, todo se desenvuelve en una convergencia admirable.

Que se distingan aquellas partes que atañen a las relaciones del hombre consigo mismo y con Dios y de las que atañen a sus relaciones con la sociedad y con sus propios semejantes. Que se distinga la ley moral protectora del orden externo u objetivo, de la ley moral promotora del perfeccionamiento interno, o sea del orden subjetivo.

Con ello, todo temor de exorbitancia se disipa de ambos lados. Se disipa el temor de que el principio utilitario, por una apariencia de bien, sea arrastrado a sancionar una cosa injusta. Se disipa el temor de que el principio moral, por el aliciente de lo bueno, haga desbordar a la función punitiva más allá de los confines de la mera dirección política. Y el principio utilitario y el principio moral se dan amistosamente la mano para sostener el edificio penal.

La ley moral, en las partes que conciernen al perfeccionamiento interno del hombre, tiene suficiente coacción en sí misma; y los efectos de su violación, siempre perniciosos para el mismo violador, más para el solo, le dan suficiente sanción. No así en las partes que atañen a las relaciones externas del hombre, en las cuales la violación de la ley moral sería perturbadora del orden exterior.

En éstas, necesita de una más pronta sanción. Necesita del brazo humano para ser mantenida y protegida, a fin de que los resultados de su violación, antes de recaer sobre el violador, no hieran a la humanidad inocente con universal disturbio.

A mal interno, coacción interna; a mal externo coacción externa. He ahí coordinada la ley moral con el principio político.

CAPITULO 3

DEFENSA PUBLICA Y PRIVADA

3.1.5 La Ciencia del Derecho Penal

La ciencia del derecho penal no es, por lo tanto, una ciencia con la cual se ande buscando lo que a uno u otro le place establecer. Es el desenvolvimiento de principios de razón eterna; es la búsqueda de verdades absolutas.

Quien considere a nuestra ciencia como el árido comentario de preceptos dictados por los hombres, falsea totalmente el concepto de la misma. Si la forma puede ser variable en la aplicación, los principios esenciales son inmutables.

¿Quién diría que es una invención del hombre el alimentarse? La necesidad de la nutrición es ley eterna de nuestra naturaleza, porque sin nutrición no es posible la duración de nuestra existencia ni la prosperidad del cuerpo.

Igualmente, es una ley eterna de nuestra naturaleza que exista una fuerza que refrene las pasiones ávidas o violentas de la criatura, porque sin ese freno no sería posible la duración y la prosperidad del linaje humano, y la libertad externa del hombre desaparecería bajo la presión de los más fuertes.

La elección entre los diversos medios de refrenamiento, puede, sin embargo, parecer dependiente del arbitrio del hombre, como puede parecer dependiente de su gusto la elección entre los varios medios de nutrición. Esto puede ser verdad dentro de ciertos límites, pero incluso en esa elección, existe siempre subordinación a principios absolutos.

Hay entre las diversas sustancias que se pueden ingerir, sustancias nocivas y sustancias inocuas Y, entre éstas, las hay menos proficuas y más ventajosas para la máquina humana. Debe preferirse éstas, y apartarse de aquellas, si se quiere obrar racionalmente.

Ahora bien, la ciencia que enseña estas cosas se llama higiene; y a una colección de los preceptos relativos a ella se le llama código higiénico.

¿Pero, es acaso el código higiénico el que da al veneno la potencia de matar, a los licores el poder de dañar y a otras sustancias el de favorecer a nuestro cuerpo?

Las leyes de relación entre las sustancias, por las cuales una materia nos favorece y otra nos daña, coexisten absolutamente en las sustancias mismas. La higiene no hace más que descubrir esas leyes.

De igual modo, las ciencias políticas en general, y el derecho criminal en particular, no crean las leyes de ordenamiento de las sociedades y de refrenamiento de los actos delictuosos. Ellas existen eternamente en los principios de la justicia absoluta. El publicista y el criminalista no hacen otra cosa que descubrir tales leyes.

La ciencia del derecho penal tiene, por tanto, su propia materia no en las leyes humanas, sino en los principios racionales según los cuales debe ser regulada la punición de los crímenes.

Estos principios preexisten a la ciencia. Es de su dominio investigarlos, no imponerlos.

Existen, por ley eterna de la naturaleza humana, métodos de administración económica que conducen a las naciones a la ruina; ordenamientos políticos que llevan a los Estados a la anarquía; otros que arrastran a los pueblos al embrutecimiento y a la corrupción; sistemas de refrenamiento que, si se adoptan por los legisladores, en vez de responder a su fin, lo contrarían.

A esta ley el criminalista no la puede destruir ni alterar, como no puede hacerlo el publicista o el economista, porque es superior a él. Tampoco puede el naturalista hacer que no exista la relación homicida o vivificante que la naturaleza ha puesto entre las sustancias.

La desviación de esos principios llevó siempre al criminalista al error, al legislador a la injusticia, a la sociedad a la turbación.

El ejercicio del magisterio punitivo no es para las autoridades sociales un derecho, sino un deber.

Leyes supremas prescribieron que para la tutela de los derechos del hombre, en cada agregación surgiera, como representación de las rectas voluntades de los congregados, una autoridad cuya fuerza de coacción y de sanción procediera uniforme y tranquila en su ejercicio. Leyes supremas impusieron a la autoridad el deber de ese ejercicio y, al mismo tiempo, los límites y el gobierno del ejercicio mismo.

Pero los hombres encargados de regir a los pueblos fueron también hombres, que son como decir, sujetos a las aberraciones del intelecto y al influjo de pasiones perversas.

Y he aquí a estos hombres abusando de la ley primitiva y trastornando los principios fundamentales del ministerio que les fue confiado.

El derecho internacional, en las manos de esos hombres, recibe sus normas de la fuerza; el hecho de la conquista constituye razón de imperio; los pueblos domados se doblegan; las nacionalidades se suprimen, y la tierra se divide entre los opresores, conculcando siempre a los débiles.

El derecho público, en las manos de esos hombres, va buscando en las nubes una génesis divina para la autoridad concreta, porque el apoyo racional no responde a los fines particulares de quien quiere dominar el Estado como cosa de su propiedad.

Las medidas económicas, por acción de ellos, se desnaturalizan, y los planes de prosperidad general son reemplazados por el interés de una casta o de una familia, a costa de la miseria y del languidecimiento de los más.

Los ordenamientos civiles se desvían también de sus sagrados fines, sustituyéndose a la razón el dogmatismo de los privilegios, para mantener en la opulencia a los predilectos del poder.

El derecho de punir, bajo la mano de esos hombres, se transforma en la autoridad de descargar la cuchilla sobre el cuello de los propios enemigos, no en defensa de los derechos de los ciudadanos, sino en auxilio de injustas opresiones, o en servicio de un partido, o para desfogar de caprichosas venganzas.

Así, los instrumentos del orden, preestablecidos por la ley natural, fueron falseados en su actuación; los factores de la civilidad se volvieron instrumentos de brutales tiranías; y aquella armonía que era el último fin de la ley eterna, se turba por el abuso de esa misma tendencia que la naturaleza nos ha dado para permitirnos alcanzarla.

Esa innata tendencia prevaleció en el hombre, y las sociedades permanecieron antes que disgregarse. Permanecieron en medio de las miserias, de las violencias, de las destrucciones. Los pueblos soportaron el abuso del derecho público, de las medidas económicas, de los ordenamientos civiles, del derecho penal, y los padecimientos sin fin que fueron consecuencia de todo ello.

Ni las sevicias de los tiranos, ni los furores del pueblo valieron para quebrantarlos.

Así, como en medio del estallido de las tormentas persiste la atracción molecular, y al cesar cada huracán la armonía se restablece de manera espontánea, así también, en los hombres, el espíritu de asociación y la tendencia al orden fueron siempre mayores que las causas disolutorias, ya sea que partieran de la furia popular, ya sea que provinieran de la prepotencia de unos pocos.

Por eso, bien decía Duport que no a los gobiernos, sino a la ley suprema de la naturaleza, se remonta la raíz del orden, ya que el ansia por conseguirlo conservó invicta su eficacia en medio de las colisiones de tantas fuerzas disipadoras.

Y duró, no por los gobiernos, sino incluso a despecho de estos.

A pesar de tantos males, en la lucha de opresiones insensatas y desesperadas reacciones, los hombres permanecieron coasociados.

Los ignaros y tímidos permanecieron, y lloraron resignados. Los audaces lucharon y cayeron. Y mientras el contraste duraba como choque de fuerzas materiales, los hombres de pensamiento hacían recaer sobre ese estado de cosas sus meditaciones.

Las inteligencias selectas sintieron que tales condiciones sociales no eran consentidas por la igualdad natural de los derechos de los hombres, y aborreciendo a aquellas, decapitaron el principio.

He aquí la reacción de las ideas, que ayuda a la reacción de los oprimidos contra los opresores; pero he aquí también el origen de los más absurdos sistemas, con los cuales se va a caer en la negación del derecho, combatiendo la ley fundamental, cuando, en realidad, no son los principios los que deben demolerse, sino los abusos de la actuación de los mismos.

He aquí que en la sociedad se viene a configurar una desviación del estado de naturaleza, fórmula misteriosa, lanzada para servir de pasto a las imaginaciones exaltadas. He aquí que a esta sociedad se le busca una génesis fantástica, según la conveniencia de los disputantes.

Los autores del poder actuante y los de la oposición se separan, en esta disputa, en dos campos distintos; y tanto en el uno como en el otro se sobrepasan los limites de la verdad, porque las pasiones dominan al intelecto.

No se disputa ya, de un lado, para mantener el mero principio abstracto de la autoridad social, sino para conservar la forma abusiva de sus aplicaciones; y se reniega toda génesis racional, porque la génesis racional repugna al abuso.

No se disputa ya, del otro lado, para corregir la forma, sino que se quiere destruir el principio, porque este aparece compenetrado con aquella y solidario en sus culpas.

Los unos buscan por encima de la tierra una autoridad sobrehumana, que sirva de obstáculo pavoroso a cualquier corrección de la forma abusiva. Los otros apelan al arbitrio individual, sustituyen los goces materiales por las reglas de una justicia absoluta y abandonan insensatamente la autoridad al arbitrio de las multitudes.

Así, por ambas partes se siguen sendas erradas. La ciencia queda envuelta en densísimas tinieblas. Los errores se refutan con errores, con perpetuo detrimento de la verdad.

Esta es la historia, estas las causas de tantas y tan nocivas aberraciones a que fueron sometidas las doctrinas políticas. Y las exorbitancias en las doctrinas políticas repercutieron fatalmente sobre el derecho penal.

Todas las ciencias están relacionadas entre sí por tales vínculos, que un falso concepto introducido en la una es ocasión frecuente de errores en la otra; y esto es inevitable si pertenecen a la misma familia.

Un error en el derecho publico es fuente inevitable de falaces consecuencias en las ciencias económicas y en el derecho penal.

Cuando se restituye al derecho público a su más simple y más exacto principio, cien dificultades se disipan en las otras ciencias.

En un tiempo, los hombres, dirigieron a sus próceres la pregunta: ¿por que reináis?, y no obtuvieron de ellos, como respuesta, sino una fábula o un insulto.

Fue una fábula responder: Yo reino porque una divinidad descendió sobre la Tierra para coronar a mis antepasados, e impuso que la progenie de éstos permaneciera en perpetua opresión sobre todos vosotros. Y fue un insulto: Reinamos porque somos los más fuertes.

Y cuando el ciudadano volvió a preguntar: ¿por que me castigas?, las respuestas fueron una infamia para el derecho penal, volviéndolo un sustituto de la venganza privada; una elevación al soberbio programa de protector de la divinidad ofendida; un arrojarlo sobre un mar, sin confines con la fórmula arbitraria de la necesidad política. Respuestas todas falaces, porque son derivaciones del falso postulado sobre el cual se asentaba la autoridad.

Pero el derecho público rectificó el primer error, y la razón del gobierno fue distinguida de la razón de los gobernantes.

A la pregunta de por qué existe una autoridad que domina a todos, se respondió con el documento de la ley

natural.

Existen las sociedades humanas porque es ley absoluta, impuesta por Dios al hombre, el estado de agregación, que es indispensable para el desenvolvimiento de las leyes físicas, de las leyes intelectuales y de las leyes morales que gobiernan la humanidad.

Domina una autoridad porque la agregación, por la ley natural prescripta, sería desordenada sin un centro que dirigiera sus movimientos y unificara sus voluntades. Pero esta autoridad existe, como necesaria tutela de la ley jurídica, para el fin del bien común, no para privilegio o provecho propio. En este sentido, y para este fin, la constitución de la autoridad, en su principio abstracto, emana de Dios.

Y a la pregunta subalterna de por qué esta autoridad se ejerce por el uno en vez de por el otro, debió dársele conveniente respuesta. La autoridad, designada para promover el bien de los más, es ejercida por el uno antes que por el otro, porque tal es el deseo de la mayoría, tácita o expresamente manifestado.

La ley suprema, antes que oponerse a la actuación de ese deseo, impone el respeto del mismo, porque el obedecerle conduce al último fin del orden, y el negarle lo contradice. La autoridad, en su principio abstracto, es legítima de legitimidad primitiva; la autoridad concreta es legítima de legitimidad derivativa.

Restituida así a los fundamentos de verdad y de justicia la noción constitutiva de la autoridad, simple y llanamente habría debido brotar la respuesta de por qué aquella autoridad flagela a los malvados con castigos, si el fatal error de la supuesta antinomia entre el estado de naturaleza y el estado social no hubiesen dejado vestigios de sí aún en los intelectos que más se creían purgados de él.

El derecho de punir es legítimo en la sociedad, porque la ley natural, atribuyendo al hombre derechos, quiso que se los respete; y esto no podía conseguirse de otro modo que armando a la sociedad de la fuerza de coacción y de la sanción que le faltan a la ley moral.

El derecho de punir se ejerce, por cuenta e interés de todos, por la autoridad directora de la agregación, porque a ella se le ha delegado el magisterio de la protección de los congregados y la expresión del deseo común. De tal modo, el ejercicio del derecho de punir es legítimo por ley natural, tan pronto como fue legítima la constitución de la autoridad.

El derecho de punir no es un *ius politicae necessitatis*, sino un derecho de necesidad natural.

Si una ley eterna no se hubiese manifestado al corazón del hombre, también en lo que atañe al derecho penal, con un sentimiento de simpatía universal y constante, ¿cómo explicar el hecho incontrastable de que la idea de que se incurre en castigo por causar un mal se repitió y se reprodujo en todos los tiempos y en todos los pueblos, de un extremo al otro del globo y bajo infinita variedad de costumbres, de legislaciones, de climas y de religiones?

Pudo errarse en el concepto racional; pudieron variar las formas de aplicación, pero la idea primaria de la punición como consecuencia del delito se manifestó a todas las naciones desde el origen del mundo hasta nosotros, por mucho que se avance en las tradiciones remotas y en los modernos descubrimientos. Y cuando un hecho se repite en esa forma constante, acompañado siempre por la conciencia universal de su rectitud, es preciso buscar la génesis del mismo no ya en la política, fórmula creada por el hombre y variable, sino en la ley eterna, que tiene su indefectible revelación en las tendencias, las cuales son las naturales e indefectibles promulgadoras

de aquella.

CAPITULO 3

DEFENSA PUBLICA Y PRIVADA

3.1.6 La Política

La política no es mas que un arte; arte también útil para las naciones cuando, partiendo de la justicia, tiene por fin el mejoramiento real de los pueblos. Pero si ella puede crear formas y dar ocasión a derechos derivativos, jamas puede ser creadora de derechos primitivos, porque seria creadora de su causa. Por lo tanto, siendo necesario reconocer que el derecho de punir es un derecho primitivo, forzoso es reconocerlo como una emanación de la ley suprema.

CAPITULO 3

DEFENSA PUBLICA Y PRIVADA

3.1.7 Conclusiones

Reduciré lo que hasta aquí he dicho a las más breves expresiones.

La ley eterna que Dios previo y prescribió a toda la creación es el orden.

La forma con la cual, por virtud de esa ley, el orden se exterioriza en relación con el hombre, es la asociación.

La ley de asociación lleva inherente la necesidad de una autoridad en la que se concentre el poder directivo para el fin del bien común.

Esta autoridad, en obediencia a su fin, debe estar dotada de las fuerzas que sean necesarias para hacer respetar los derechos del hombre y para protegerlo en el libre y justo ejercicio de sus facultades, lo que equivale a decir, para mantener la observancia de la ley moral en todas aquellas de sus partes cuya violación seria turbación del orden.

Tal es el origen, en ella, del derecho de coacción por medio del magisterio civil, del derecho de coacción por medio de disposiciones administrativas, del derecho de coacción por medio de las sanciones penales. Hasta aquí todo es absoluto y todo emana de la ley eterna.

Mas allá de estas bases fundamentales, el desarrollo de ellas deja de ser absoluto en sus desenvolvimientos particulares; pero queda, no obstante, siempre subordinado al fin al cual se dirigen esos principios. Fin que, siendo absoluto, señala normas indeclinables para la actuación de los mismos principios.

Este fin de la ley eterna del orden es el bien universal.

Cuando la autoridad social asume una forma contraria a ese fin, marcha al revés de lo que es absoluto, y no es ya un desarrollo, sino una contradicción de la ley primitiva.

Por consiguiente, toda forma que la autoridad asuma, todo modo de su ejercicio, sea en el magisterio administrativo, en el civil o en el penal, que contraríe el bien de la mayoría de los congregados, es injusta, es origen de desorden y es, por necesidad, transitorio, porque el orden es querido por Dios como instrumento de bien.

Por consiguiente, solo tendremos la actuación del orden preconcebido por la ley eterna, allí donde la forma explicativa del principio absoluto se manifieste coherente con la conciencia universal o sensibilidad moral

espontanea del hombre, lo que equivale a decir, con el sentimiento de la mayoría inteligente.

Al decir mayoría, digo honestidad, porque la mayoría es siempre de los buenos.

Y ello porque es una medida providencial la de que, con excepción de los pocos perdidamente corruptos, el dominio de la razón y la obediencia a la justicia es la regla, mientras que la turbación apasionada es la excepción, tanto en los individuos como en las multitudes.

La ley natural tiene por tipo a la justicia, y esa ley se revela al corazón de los hombres merced a las constantes aspiraciones del alma, o sea merced a las tendencias acompañadas de la conciencia de su rectitud y la repugnancia por los contrarios. Por tanto, en las mayorías inteligentes, después de breves oscilaciones que son momentos en los siglos, forzoso es que prevalezca lo que mejor se conforma al bien común y a la rectitud.

Y digo mayoría, para distinguirla de una facción inteligente, para distinguir precisamente los movimientos de pasiones tumultuarias o de ciegos impulsos, de los cálculos de la severa prudencia.

Porque Dios no ha dado al hombre, sobre los seres que lo circundan, el predominio de la fuerza, sino más bien el predominio del intelecto y de la moralidad. Ello muestra en que debe residir la verdadera potencia del hombre.

Vale decir, muestra que el hombre no puede tener sobre sus semejantes otra razón legítima de predominio que el intelectual y el moral. El hombre externo se doblega por viles esperanzas o temores ante el poder y ante la riqueza. Pero el hombre interior se mantiene rebelde y no se resigna dócilmente a otro imperio que al de la moralidad y la sabiduría.

De tal modo, el predominio de la mayoría no representa la opresión de la fuerza, sino el predominio de la razón y de la justicia.

La razón no es ya creadora de la ley moral, sino interprete o internuncia de esta ley. A ella, precisamente, Dios la compartió con el hombre, para que le abriese la contemplación de la justicia absoluta, a fin de que conformando a la misma prácticamente sus obras, pudiera actuar según su destino en la vía del propio perfeccionamiento.

Pero si en el asentimiento, tácito o expreso, de la mayoría inteligente se encuentra la razón que vuelve legítima a la autoridad en la forma especial de sus actuaciones, es preciso que esa verdad ejerza también su influencia sobre el derecho de punir, en lo que respecta a su ejercicio práctico.

De ello se sigue, pues, que cuando la actuación de la una se mantenga obediente al verdadero principio de su propia legitimidad, la actuación del otro, esto es, del magisterio penal, se aproximará más a su destino, y, por tanto, no solo al apego humanamente posible de su justicia, sino también de su utilidad.

Por el contrario, cuanto más vaya apartándose la actuación de la autoridad política de la verdadera génesis de su propia legitimidad, del mismo modo el magisterio penal se encontrara prácticamente alejado de su destino de instrumento de justicia y de instrumento de utilidad.

De esa conclusión se ha demostrado ya la primera parte, relativa a la justicia; la demostración de la segunda es intuitiva.

El mantenimiento del orden externo por el alejamiento de los hombres del delito, es el fin único de la ley penal

mediante la amenaza de una inmediata punición, por lo que su utilidad consiste en la mayor disminución posible de los delitos en la sociedad civil.

Ahora bien, si es verdad que la tendencia al orden tiene un predominio providencial sobre la universalidad de los hombres, es manifiesto que el derecho penal no puede responder a su propio fin cuando la forma de su actuación, en vez de simpatía, suscite repugnancias en la mayoría inteligente de los ciudadanos.

Fue un error pensar que es posible la discordancia entre la justicia de un acto, su utilidad y la simpatía de los hombres hacia el mismo acto.

El error nació de hacer aplicación de tales hechos al individuo, en vez de aplicarlos a la humanidad.

Aplicados a la humanidad se descubre, en cambio, que son convergentes entre sí y que en su convergencia completan la ley del orden.

Porque lo que es justo debe ser útil, ya que no puede suponerse que la ley natural haya impuesto al hombre deberes dañosos.

Y lo que es bueno y útil debe ser simpático, porque la tendencia instintiva es la fuerza de que se sirve la ley natural para llamar a los hombres a lo útil y a lo justo.

Ello conduce lógicamente a mostrar que si la autoridad se inicia o procede en oposición a lo justo, no puede estar en la vía de lo útil, y por esta doble desviación no puede encontrar el favor de la simpatía. De ahí que, si por tales causas se encuentra desprovista de una fuerza espontánea que mueva a los ciudadanos a sostener sus obras, esta constreñida a valerse de fuerzas artificiales. Y estas, mientras aumentan las causas de desorden, tarde o temprano se estrellan contra la antipatía popular.

Persuadir a los pueblos, no con palabras sino con hechos, de que la autoridad no gobierna para oprimirlos, sino para protegerlos; persuadirlos, no con palabras sino con hechos, de que los instrumentos de la justicia punitiva no son los odiosos puntales de un poder caprichoso, sino el paladín del bien común, estimular, así, las simpatías de las gentes hacia la autoridad y hacia el magisterio penal, es la mejor educación político-moral que pueda darse a una nación.

Y una nación habrá progresado tanto más en la civilización, cuanto más el gobierno se haya aproximado prácticamente a esas verdades y cuanto más los ciudadanos se hayan convencido de ellas.

La sociedad y la autoridad no pueden proceder conforme a la ley eterna, si la autoridad soberana no se olvida de sí misma frente al pueblo y si el pueblo no se recuerda a sí mismo frente a la autoridad.

Pero, para marchar hacia esa meta no es necesario hacer partir la génesis de la defensa pública del elástico derecho de la necesidad política. Es preciso realzarla a su verdadero principio, proclamar que es una necesidad de la ley natural, y, desembarazándola así de las transmutaciones del querer humano y de los caprichos individuales, darle una base que emane de Dios, llegando a la conclusión de que el hombre, que ha sido creado igual a otro hombre, no puede tener el derecho de castigar a sus semejantes si no extrae este derecho de una ley que domine a toda la humanidad.

Pero si fue la ley natural la que confió a la autoridad social la defensa del orden externo, ¿podrá decirse que la defensa pública se ha establecido mediante la abolición de toda defensa privada?

La naturaleza, que dio también al hombre sus fuerzas propias, válidas en muchos casos para su autoprotección y la de los demás, quiso también, encomendando a la autoridad social la defensa de los hombres, que estos abdicaran absolutamente todo ejercicio de la defensa privada?

La colisión entre la defensa pública y la defensa privada no es constante y perpetua, y en el variado desenvolvimiento de los casos ocurre con frecuencia que ambas se concilian.

La defensa pública limita, por lo tanto, a la defensa privada, pero no la destruye; y el publicista debe encontrar los límites de la legitimidad de ésta, después de haber conocido la génesis y los límites de la legitimidad de aquella.

La palabra defensa representa dos ideas, entre las cuales media una grandísima diferencia:

Expresa la idea simple de resguardo, si se interpone entre una cosa y los seres, animados o inanimados, que podrían dañarla. Así, el hombre con sus ropas defiende su cuerpo del frío; con buenas cerraduras defiende sus propiedades de los rapaces.

Mientras la defensa privada se manifiesta sobre esa línea de actuación, ninguna colisión puede surgir entre ella y la defensa pública, y sería absurdo impedir aquella por respeto a ésta.

Pero la palabra defensa, expresa, además, una idea compleja. Cuando el hombre no la ejerce solamente sobre sí o sobre sus cosas, sino actuando sobre la persona de otro o sobre las cosas de otro, la defensa no representa ya la simple idea de resguardo, sino también la de repulsa. Y esta acción ulterior, poniendo a la defensa en colisión con los derechos de aquel contra el cual se ejerce, no puede concederse ilimitadamente, porque de la justicia social solamente debe esperarse la regulación de los respectivos derechos de los hombres cuando eventualmente choquen entre ellos.

Hay, empero, un límite más allá del cual esa abolición de la defensa repulsiva de los particulares debe cesar, porque debe acallarse el derecho de la defensa pública, sustituyéndoselo por la defensa privada. Y este límite es señalado por la justa necesidad.

Cada vez que el auxilio de la justicia social sea tardío e impotente para impedir el mal que se amenaza, y la defensa privada pueda, con menor daño, impedirlo, otras tantas veces resurge el derecho de la defensa privada; y la necesidad del momento da, al mismo tiempo, la causa y la medida de la legitimidad del ejercicio de ella.

Aunque importe una violencia arrebatar un objeto de las manos de otro, nadie, sin embargo, querría castigar al propietario que, sorprendiendo o alcanzando al ladrón, retoma de él la cosa robada.

La ley que lo prohibiese no sería tutelar del derecho, sino protectora de delincuentes.

Aunque sea delito el poner la mano violentamente sobre otro, nadie, sin embargo, querría castigar al hombre que arrojase fuera de su casa al malvado que allí se introdujo en actitud hostil.

Habría en tales casos, un mal mucho mayor en sufrir la ofensa e invocar después la defensa pública, que en protegerse con los medios privados. Y el peligro en la espera y la menor eficacia de la defensa pública respecto a la mayor eficacia de la privada, constituyen la justa necesidad que legitima el uso de la fuerza privada, sin que por ello se ofenda la autoridad de la justicia social.

Pero la defensa privada puede incluso ir mas lejos. Cuando sea inminente un grave peligro, porque injustamente se amenace la vida, el cuerpo o el pudor de un ciudadano, y no exista otro medio para impedir la ofensa, la defensa privada puede llevar la repulsa hasta la lesión del cuerpo de otro, e incluso hasta la muerte misma.

Ahora bien, este principio de causar a otro una ofensa grave, e incluso la misma muerte, es legitimo e inmune a cualquier censura cuando lo impone la justa necesidad de la defensa del hombre, se admite concordantemente por todos los publicistas, moralistas y criminalistas como una verdad apodíctica que todos sienten en el corazón.

Parecería, pues, audaz volverla a examinar, y vano seria tomarla como tema de una exposición seria. El sentido moral revela de manera espontánea la verdad.

Pero si todos concuerdan en admitir la proposición de que la necesidad de la salvación del hombre legitima la defensa privada en todo aquello que se ejecute dentro de los límites de esa necesidad, no todos, sin embargo, concuerdan en establecer el verdadero principio sobre el cual debe fundarse la razonabilidad de tal proporción. Y es ésta una cuestión muy importante.

Mas todos saben que la formula de un precepto cualquiera nunca resulta exacta ni responde a las necesidades de su aplicación práctica, si no es clara y positiva la razón fundamental de la regla misma. Y esto es, precisamente, lo que ha ocurrido en la materia expuesta.

En efecto, mientras todos se apresuraron a enseñar que la coacción moral, dentro de los limites de la justa necesidad, debe ser hábil para cancelar toda responsabilidad penal, luego no estuvieron de acuerdo en definir la razón principal de este efecto; y de ello derivo que, según la verdad de la razón aceptada, unos admitieran la eficacia excusante de la coacción en ciertos casos en que los otros la negaban.

Yo no voy a desenterrar las diversas fórmulas que los antiguos publicistas presentaban para dar razón del derecho a la defensa propia. Ni la formula de quien buscó el fundamento del mismo en una emanación del derecho de punir; ni la de quien quiso equipararlo al derecho de guerra entre las naciones, ni otras opiniones semejantes que, refutadas ya mil veces, fueron desterradas de las escuelas.

Examinare solamente los dos principios que hoy día quedan en pie y que se dividen el reino de esta doctrina en las escuelas modernas. Me refiero al principio de la colisión de los deberes y al principio de la perturbación.

Los publicistas se atuvieron mas especialmente al primero, y reconocieron la legitimidad de la defensa privada en la colisión de los deberes.

El agredido tiene derecho de matar al agresor porque éste, al violar el deber que tenía de respetar la vida ajena, ha perdido el derecho de que se mantenga el respeto a la suya.

Pero este modo de explicar la colisión de los deberes, que tiene tanta apariencia de verdad, si en algún caso puede ser útil y bueno, no basta para todo lo que se necesita.

En primer lugar, aceptando ese principio no se lo podría rehusar en todas sus aplicaciones. Y, de tal modo, tendría que considerarse legítimo el acto de robar a quien previamente me robo, siempre dentro de los límites de lo sustraído, puesto que yo podría decir que habiendo violado el ladrón el deber de respetar mi propiedad, me desligo del deber de respetar la suya; consecuencia, ésta, que no es aceptada ni es en modo alguno aceptable.

Además, el principio de la colisión de los deberes cesa por completo cuando la defensa se ejercita matando a un no imputable, como en el caso de la agresión de un sonámbulo, de un coarto o de un loco.

El infeliz demente que amenaza mi vida, no viola ningún deber, porque siendo incapaz de moralidad por el morbosos infortunio, es incapaz de incurrir en violación.

Por consiguiente, no puede decirse que él ha perdido el derecho a su vida, de suerte que desapareciendo aquí la colisión de los deberes, la consecuencia debería ser la cesación de la regla.

Y así, en efecto, Cocceio, arrastrado por la fuerza lógica del principio del cual partía, llego a negar la cesación de la imputabilidad en el caso de la muerte de un inocente. Y también esta consecuencia es inaceptable y no aceptada, ya que hoy se admite sin discusión la legitimidad de la defensa propia, aunque sea ejercida contra un ser privado de razón o por cualquier otro motivo no responsable, con tal que la muerte fuese impuesta por justa, inminente e inevitable necesidad.

Igualmente, el principio de la colisión de los deberes no se adapta al caso del hurto cometido por extrema necesidad de hambre.

Los publicistas han querido, con razón, exonerar a este hecho de toda responsabilidad moral y política. Y para encontrar la razón de ello en el principio de la colisión de los deberes, dijeron que el hambre extrema en que languidecía el infeliz, había hecho cesar en el otro el derecho de propiedad; de donde la cesación de este derecho, según ellos, reconducía las cosas al estado de comunidad, que desligaba al hambriento del deber de respetarlas.

Aserción arbitraria y fantástica, que habría llevado al absurdo de liberar de la obligación de restituir, aunque la suerte del famélico hubiese cambiado. Base no demostrada, sino gratuitamente supuesta, por la cual Grocio tuvo la merecida censura de Nani y de Blackstone. Pero, como estos pensaron que habían refutado la regla por haber refutado la mala razón que de ella se daba, se creyeron autorizados a proclamar la regla opuesta, afirmando que la sustracción de la cosa ajena debe castigarse siempre, aunque este restringida al puro acto necesario de alimentarse momentáneamente y aunque este impuesta por la extrema y no culposa necesidad de sostener la propia vida. Pero esta dura consecuencia no es aceptable ni es aceptada hoy día, tanto en la teoría como en la práctica.

Es preciso, por lo tanto, admitir que puede darse, a veces, la violación de un derecho ajeno sin que haya lugar al castigo del violador. Y es preciso, por ello, encontrar otro principio que no sea el de la supuesta cesación del derecho en quien fue sujeto pasivo de la violación.

El común de los criminalistas se contento con dar razón del derecho con el hecho. Dijeron que el coaccionado no era punible porque era coaccionado, vale decir, no era punible porque la necesidad quitaba la libertad de elección.

Pero en ese modo de responder, o la supresión de la libertad se afirma en sentido absoluto y entonces se parte de un dato falso; o se la afirma en un sentido relativo, es decir, de supresión parcial, y entonces se elude la cuestión en lugar de resolverla.

Es falsa la proposición de que el coaccionado carece en sentido absoluto de libertad. Esto puede decirse del forzado, cuyo cuerpo esta sometido a una fuerza física que le subordina a la voluntad de otro, en actos en los cuales más que agente es actuado, y de los que no es causa sino instrumento pasivo.

Pero cuando el movimiento del cuerpo no es pasivo del querer de otro, sino que obedece a una determinación del querer del alma que lo informa, en esos movimientos debe reconocerse la consecuencia de la libertad humana, la cual, como potencia, no cesa por las causas mas o menos fuertes que impulsan al hombre a querer.

Necesario es aquello que no puede dejar de ser pero el coacto puede muy bien elegir su propio mal en vez del daño de otro. Es verdad que en la determinación su arbitrio sufre la influencia del mal temido y su elección está restringida en una alternativa, pero en esta alternativa es siempre libre, y cualquiera sea el resultado de su deliberación, el partido que elige es querido por él, porque era facultad suya no quererlo.

Y, precisamente porque al coaccionado le queda tanto la libertad interna como la externa, los moralistas dividen las acciones espontáneas en voluntarias y coaccionadas; y es celebre aquel pasaje de Epicteto: *at inquiet quis; qui mihi mortis proponit metum me cogit. Profecto non quod imminet in causa est, sed quia tibi satius videtur aliquid eorum facere, quam mortem oppetere.*

Por consiguiente, la necesidad que apremia al coaccionado solo es relativa. Y así como por los principios fundamentales de la imputabilidad, lo que aminora la libertad, pero sin suprimirla absolutamente, aminora mas no hace cesar la imputación, así también resolver la cuestión con el hecho es eludir la cuestión.

No es una necesidad inevitable que el hambriento robe o que la mujer mate a quien la violenta; el primer hecho es necesario para conservar la vida, y el segundo es necesario para conservar la pudicia.

Así, si yo quiero ver de noche, me es necesario el candil; pero si un hombre privado de todo medio para ver en la noche, roba un candil, no se libra de pena, porque es libre de elegir entre estar a oscuras o robar el candil.

Ahora bien, ¿no es tan libre el segundo entre robar el pan o morir?

Sin embargo, me dirán que media una grandísima diferencia entre estar a oscuras y morir. Convengo en ello, por cierto. Pero vuelvo a preguntar:

¿Por qué esa diferencia tiene por consecuencia que sea legítimo el hecho del uno, y que en nada alivie el hecho del otro?

La mujer, me dirán, estuvo necesitada, para conservar su honor, de matar al hombre que violentamente la comprimía.

Pero el caballero que recibió una bofetada en público, esta también necesitado de desafiar a duelo a su ofensor, si no quiere perder el honor pasando por vil. Y a éste lo castigan, mientras que a aquella la excusan.

¿Cuál es la razón de la diferencia?

La pérdida del honor para el caballero ultrajado, si no exige satisfacción, es un prestigio de la opinión. Estoy de acuerdo.

Pero es también un prestigio de la opinión que la mujer pierda el honor, porque alguno le haya hecho, contra su voluntad, lo que otro quizás le ha hecho ya muchas veces por su voluntad.

Pues bien, ¿cual es el principio racional por el cual excusan a ésta y no a aquél?

He aquí lo que yo busco; y no basta repetirme el hecho para darme razón de un derecho.

Por lo tanto, a ese modo de eludir la cuestión yo no le puedo dar el nombre de sistema, porque deja intacto el nudo verdadero cuya solución se desea.

Algunos criminalistas sintieron esa laguna, y reproduciendo una idea de Puffendorf (De off. hom., 1, 5, 20), recurrieron a la idea de la perturbación. Desaparece, dijeron, la responsabilidad penal de la violación constreñida por la necesidad de evitar un grave peligro, porque la presencia de ese peligro excita en la mente del hombre tal perturbación, que lo vuelve incapaz de frenar sus actos y de someterlos al dominio de la razón.

Y esa solución les pareció, por sobre todas, la verdadera; y se creyó haber dado con esta fórmula, para todos los casos, suficiente fundamento de la defensa inculpable.

No niego la utilidad de tal observación, como no le niego utilidad, en los congruos casos, al principio de la colisión de los deberes.

Pero digo, además, que esa fórmula tampoco es exacta ni responde a las necesidades de todos los casos.

En primer lugar, siguiendo el principio de la perturbación se vuelve la espalda a la misma nomenclatura y al lenguaje clásico de la ciencia, porque viene a llamársele excusado a un hecho que todos, hasta aquí, llamaron legítimo. La perturbación lleva a absolver al coaccionado únicamente *obmiserationem humanae imbecillitatis*.

Ahora bien, media una gran diferencia entre excusar un hecho y llamarlo legítimo. El que defiende su vida contra un peligro inmerecido, desdeña la palabra excusa.

Él tiene la conciencia de ejercer un derecho, y lo ejerce realmente cuando sustrae a la inevitable ruina una existencia humana. Pero la perturbación intelectual no es ni puede ser génesis de derechos.

Aparte esto, el principio de la perturbación procede de una hipótesis. Quiero admitir que la hipótesis de que hay turbación del intelecto ante la presencia de un grave peligro sea un hecho, mas que frecuente, ordinario, pero no es absoluto y constante.

Y quienquiera reflexione como los jefes de un ejercito se encuentran frente al peligro inminente de la vida, y emplean, no obstante, con sagaz perspicacia el intelecto, y quien recuerde los hechos históricos de hombres que, puestos en un riesgo mortal, dieron prueba de finísima penetración y de cálculos astutos, solo compatibles con la sangre fría, verán con facilidad lo que pienso, es decir, que la supuesta perturbación del agredido puede también, algunas veces, no existir.

Y entonces, cuando esto suceda; cuándo un proceso demuestre que el agredido conservó en medio del peligro toda la serenidad de la mente y actuó con los cálculos de un lucido raciocinio, si el principio excusarte es este único de la perturbación, ¿deberá castigarse a ese hombre?

La lógica así lo exigiría, y autorizaría al juez a decir: la ley te excusaba por tu supuesta turbación, pero tu te conservaste tranquilo y obraste reflexivamente; por lo tanto, yo no puedo excusarte. Y bien, esta consecuencia es también inaceptada e inaceptable.

Tales observaciones y tales ideas me llevaron a la opinión de que era menester una fórmula mas completa y una razón más infalible para fundamentar esta regla aceptada por todos: legitimidad de la defensa privada por causa de necesidad.

Y, ciertamente, si persistiéramos en derivar el derecho de punir de un mero principio político, yo encontraría grandes dificultades en dar exacta y completa razón de la legitimidad de la defensa privada.

Pero, ya que en aquel derecho yo veo, no una invención de la política humana, sino una norma de la ley eterna, me parece que de la legitimidad en cuestión da suficiente, simple y exacta razón la cesación del derecho de punir en la autoridad social.

El derecho de punir de la sociedad emana de la ley natural. Pero la ley natural ha dado al hombre, más que el derecho, el deber de conservar su propia existencia.

Este es un precepto de la ley primitiva, como lo es la asociación de los hombres, la sujeción de éstos a una autoridad y la fuerza coactiva en manos de esa autoridad para el mantenimiento del orden.

Los dos preceptos primitivos, precepto al hombre de que se conserve a sí mismo; sujeción del hombre a una pena cuando turbe el orden externo, no pueden dejar de estar coordinados entre sí. Si están coordinados, el segundo precepto no puede ser derogatorio del primero, sino que, por el contrario, tiene éste con aquel una exactísima convergencia, porque ambos tienden a la conservación del hombre. Por lo tanto, cuando habla el primer precepto, debe callar el segundo.

La ley eterna que da a la autoridad el derecho de castigar al hombre, debe callar cuando el hombre a quien se querría castigar no hizo, conservándose, más que obedecer justamente a la misma ley.

Es imposible que la ley natural, que ha dicho al hombre que no se deje matar, haya dicho a la autoridad que mate o castigue a ese hombre porque no se ha dejado matar. Por consiguiente, cuando el hombre ha obedecido al precepto natural de la propia conservación, sin que se le pueda reprochar culpa en las causas o exceso en el ejercicio, no existe ya autoridad que lo pueda castigar, porque la ley natural, que ha dado a la autoridad el derecho de punir, no puede contradecirse a sí misma.

Por lo tanto, debe afirmarse con toda exactitud que el derecho de punir ha cesado en la autoridad humana, respecto al hombre que no ha hecho mas que proveer a la necesidad de la conservación de una vida inocente.

En esta cesación de legitimidad de la defensa pública está la verdadera causa primera de la legitimidad de la defensa privada.

La ley eterna ordenó la defensa pública para suplir la insuficiencia de la defensa privada y para frenar los excesos de esta.

Pero cuando, por el contrario, ante la ineficacia momentánea de la defensa pública, la sola defensa privada era suficiente, y no puede tachársela de excesiva, la defensa pública no tiene ya fundamento para subsistir legítimamente, ni como fuerza supletoria, ni como fuerza moderadora.

Una lógica inexorable impone que cesando la causa deba cesar el efecto. Y cuando sobre una base tan sólida puede asentarse la legitimidad de la defensa inculpable, es vano ir detrás de otros principios, y abandonando el recto sendero de la naturaleza de las cosas, arrojarse en los fantásticos ambages de las hipótesis.

La lógica, que no engaña jamás, da espontáneamente la réplica que corresponde frente a la crítica de la justicia humana hacia aquel que violó los derechos de su semejante por la defensa necesaria de un inocente.

Ese hombre no está obligado a indagar el grado de responsabilidad del ofendido; ese hombre no está obligado a mentir, simulando una perturbación de espíritu cuya falsedad evidencia a menudo la perspicacia usada por él.

El no balbucea tembloroso, mendigando de la benignidad ajena una excusa y un perdón. El mira a su juez con gesto seguro, y le dice: yo estuve en mi derecho al ejercer la defensa privada cuando tu protección era, para la necesidad del caso, tardía; tu no estás en tu derecho cuando pretendes castigarme, porque la ley natural te armó de esa espada con el fin de que los inocentes sean tutelados, no para que sean matados.

Yo era inocente cuando impedí mi muerte; lo que hice estaba estrictamente requerido por la necesidad de evitarla; ello basta para que tu seas desarmado. Yo no demando piedad, sino justicia.

No se crea que ese sistema lleva a la consecuencia de legitimar solamente la defensa de sí mismo, y no la ajena: es todo lo contrario. No es la pasión que mueve a misericordia; es la razón que otorga el derecho. Cuando el agredido que se salvó estaba en condiciones de ejercer legítimamente la defensa propia, si por ser impotente por sí mismo para

CAPITULO 4

DEL DERECHO PUNITIVO

IDEA FUNDAMENTAL

4.1. EL DERECHO DE PUNIR

¡Punir; siempre punir! ¿Será, pues, una perpetua herencia del ser humano: este triste espectáculo de hombres dominados por malvadas pasiones, que desconocen los derechos de sus hermanos; y de otros hombres que, con conciencia de obrar legítimamente, reaccionan contra los ofensores, a veces aún más fieros, para despojarlos de sus derechos? Esta reciprocidad incesante de violencias y de dolores ¿será una ley inalterable, un vórtice del cual los hombres no podrán jamás esperar una salida en su eterno peregrinaje?

Sí. Esa es, por desgracia, la condición inseparable de la naturaleza humana.

Condición que por el progreso de las luces y de la civilización puede ser modificada en sus resultados, pero jamás destruida mientras la raza humana perdure.

Decir o pensar de otro modo sería lo mismo que negar con audacia la historia de todo el pasado; sería negar esa verdad, que de muchas maneras se revela a nuestro íntimo sentido y se confirma a nuestro intelecto.

Inseparable de la duplicidad de nuestra naturaleza, es la lucha entre los apetitos de los bienes sensibles y las aspiraciones del alma hacia los bienes suprasensibles, lucha que, cuando se resuelve con la victoria de las segundas, eleva a los hombres a las gestas virtuosas; pero cuando se resuelve con la victoria de los primeros, arrastra a los descarriados a la ofensa del propio semejante.

Excepcional, por tanto, pero siempre insuprimible de las etapas de la humanidad, es, y debe serlo, la violación de la ley jurídica.

CAPITULO 4

DEL DERECHO PUNITIVO IDEA FUNDAMENTAL

4.1. EL DERECHO DE PUNIR

¡Punir; siempre punir! ¿Será, pues, una perpetua herencia del ser humano: este triste espectáculo de hombres dominados por malvadas pasiones, que desconocen los derechos de sus hermanos; y de otros hombres que, con conciencia de obrar legítimamente, reaccionan contra los ofensores, a veces aún más fieros, para despojarlos de sus derechos? Esta reciprocidad incesante de violencias y de dolores ¿será una ley inalterable, un vórtice del cual los hombres no podrán jamás esperar una salida en su eterno peregrinaje?

Sí. Esa es, por desgracia, la condición inseparable de la naturaleza humana.

Condición que por el progreso de las luces y de la civilización puede ser modificada en sus resultados, pero jamás destruida mientras la raza humana perdure.

Decir o pensar de otro modo sería lo mismo que negar con audacia la historia de todo el pasado; sería negar esa verdad, que de muchas maneras se revela a nuestro íntimo sentido y se confirma a nuestro intelecto.

Inseparable de la duplicidad de nuestra naturaleza, es la lucha entre los apetitos de los bienes sensibles y las aspiraciones del alma hacia los bienes suprasensibles, lucha que, cuando se resuelve con la victoria de las segundas, eleva a los hombres a las gestas virtuosas; pero cuando se resuelve con la victoria de los primeros, arrastra a los descarriados a la ofensa del propio semejante.

Excepcional, por tanto, pero siempre insuprimible de las etapas de la humanidad, es, y debe serlo, la violación de la ley jurídica.

CAPITULO 4

DEL DERECHO PUNITIVO IDEA

FUNDAMENTAL

4.2 NATURALEZA DE LA LEY JURIDICA

Mas la ley jurídica es absoluta y eterna, y no puede ser impuesta por la mente suprema a la humanidad sin una sanción presente, eficaz y sensible que le quite la índole de ley imperfecta.

Esta sanción, por la cual se daba a la ley moral una garantía de su propia observancia que en sí misma no tenía.

Esta sanción, sin la cual habría sido una locura esperar sobre esta tierra el mantenimiento del orden externo entre las criaturas humanas, la confió Dios al brazo mismo del hombre, entregándole, como por intuición, la idea de la punición de los ofensores y dándole conciencia de la legitimidad de esa punición.

La reacción de los buenos contra los violadores del derecho, la irrogación a éstos de un castigo como punición del mal causado, son, consideradas filosóficamente, una necesidad de la naturaleza humana, así como consideradas históricamente, resultan ser nociones congénitas a la humanidad desde su cuna.

El primer delincuente, el primer homicida que ensangrentó la sierra, expresaba al Señor su pavor de que los otros hombres lo hubiesen matado, puesto que él había matado a su propio hermano.

Y las páginas sagradas nos dejan seguros de este hecho: que al primer delito del hombre fue coetánea la intuición espontánea de la pena irrogable por mano del hombre.

Todas las más antiguas tradiciones de los pueblos primitivos, las tradiciones que remontan a los tiempos patriarcales, a asociaciones de hombres sin gobiernos regularmente constituidos, todas nos recuerdan este hecho de que la conciencia humana señaló a los buenos que les correspondía el derecho de infligir un mal al que había causado un mal a su semejante.

La sociedad civil no fue la creadora de la ley jurídica. Ella es congénita a la raza humana desde su primer nacimiento. Y sería repugnante una idea diferente.

Porque si el Creador quiso formar el hombre como un ser moralmente libre, capaz de méritos y de deméritos, no pudo dejar de someterlo a deberes y, de tal modo, a una ley moral.

Ni pudo, por consiguiente, dejar de concederle aquellos derechos que le eran indispensables para el cumplimiento de tales deberes y, de tal modo, constituir una ley jurídica. La suma de ésta se compendia en el reconocimiento de

la libre facultad de remover todo obstáculo que se oponga al cumplimiento de un deber nuestro hacia Dios, hacia los demás y hacia nosotros mismos.

La obligación de cumplir esos deberes y de respetar esos derechos no le incumbe al hombre por un decreto de autoridad humana, sino por precepto primitivo de la ley del orden, a la cual fue el hombre sometido por su Creador.

La sociedad civil y, por ello, la autoridad que la representa, no es más que un instrumento de esa Ley, que es preexistente a aquélla. Regula la aplicación de la misma de conformidad al desenvolvimiento de las necesidades de los pueblos; es el órgano destinado, en las predisposiciones del orden humano, a actuar la eficaz protección del derecho, mediante las prohibiciones, mediante las prevenciones y mediante la punición.

Pero el derecho ha preexistido a la sociedad civil y a la constitución del gobierno, porque sin reconocer tal preexistencia, la misma sociedad no podría sostener su razón de ser de ningún modo, excepto invocando el principio materialista de la utilidad; y porque atribuyendo la creación del derecho a la sociedad, se imputaría al Creador el haber constituido un orden manco y defectuoso, una obra informe que después habría completado su creatura.

A esta perpetua misión que la mente suprema confió, en sus eternas predisposiciones, a las sociedades civiles, ¿cómo respondieron ellas?, ¿y cómo respondieron los gobernantes de las naciones?

¿La historia del derecho penal reconforta el ánimo con el espléndido ejemplo de una religiosa adhesión a la ley jurídica, o más bien nos indica una larga serie de nuevas lesiones causadas despiadadamente a la ley misma, o un largo peregrinaje entre las tinieblas, de la cual cada paso señala un naufragio de la justicia?

La historia de todas las ciencias, dijo un filosofo, no es más que la historia de los errores humanos. Verdad dolorosa, y tanto más dolorosa en nuestra ciencia, ya que en ella los errores han dejado tras de sí un vasto surco de sangre en un mar de lágrimas.

CAPITULO 4

DEL DERECHO PUNITIVO IDEA

FUNDAMENTAL

4.2.1 Como necesidad fatal

Y ésta era también una necesidad fatal para el género humano, el cual, desenvolviéndose lentamente por el camino de su indefinido perfeccionamiento, debía necesariamente presentar a cada fase de su progreso un derecho penal conformado a las condiciones del período en que se encontraba, ya que todo se coordina en el mundo moral, como todo se equilibra en el mundo material.

Si se evocan rápidamente las reminiscencias históricas del derecho penal, pronto quedaremos convencidos de esta verdad. Y, al mismo tiempo, podremos extraer de ella la certeza de los grandes progresos que, también en esta parte de las disciplinas humanas, nos ha procurado la civilización moderna, y encender nuestros ánimos en la razonada esperanza de un mejor futuro.

Pero no se crea que por hacer reminiscencias del derecho penal, voy a repetir en ella la cronología de los códigos de una u otra nación, o las vicisitudes legislativas de alguna categoría especial de delitos o de penas, no; yo contemplo al derecho penal en su idea.

Y en la historia de la humanidad, busco la génesis de la idea, su desarrollo, su progreso, su lucha entre la ignorancia y las pasiones, y su depuración entre la civilización y la razón humana.

Y si llego a contemplar esa idea en su esplendor contemporáneo, me alegraré al reconocer en las modernas luces, no el mediodía de la idea que tramonta sino el arco iris de una paz perpetua entre la humanidad y la justicia.

CAPITULO 4

DEL DERECHO PUNITIVOIDEA

FUNDAMENTAL

4.2.2 Principios que lo afectan

La verdad histórica en la cual se resume mi discurso, y que será demostrada por el desenvolvimiento de mi plan, es que la idea del derecho penal ha sido, durante cuarenta siglos, perjudicada, respectivamente, por tres principios diversos:

La preocupación de la venganza privada, que yo llamaré el principio individual; la preocupación de la venganza divina, que llamaré el principio supersticioso, y la preocupación de la autocracia soberana, que llamaré el principio despótico.

El predominio alternado de uno u otro de esos principios marca la historia del pasado del derecho penal. Y las lamentables aberraciones de la justicia punitiva, que cada página de esa historia recuerda, no fueron otra cosa que consecuencias necesarias de esos principios, todos igualmente falsos y todos más o menos subversivos de la libertad humana, sin la cual jamás puede existir ni verdadero orden, ni justicia.

La primera revelación del derecho penal que se hizo al intelecto humano, le fue hecha bajo la forma de un derecho individual, y, más precisamente, del derecho de la venganza privada.

Se reconocía, sí, que el hombre malvado cuyas malas obras hubiesen violado los derechos ajenos, debía ser sometido, a su vez, a una privación de derechos.

Pero la sede de este derecho de causar mal a quien había hecho mal a otro, se la hizo reposar únicamente en la persona del ofendido y de sus parientes o adherentes.

De este modo, la idea del derecho penal, que consiste únicamente en reconocer en alguno la facultad legítima de hacer padecer un mal a un hombre por causa de un mal que él haya cometido; está idea, que pasó inalterada a través de millares de generaciones para llegar hasta nosotros, tuvo en su génesis caracteres de identidad con una pasión viciosa, y se restringió al círculo del interés de uno o de pocos.

El principio individual, constituido de ese modo en dominador de la justicia punitiva, debió indudablemente moderarse por la necesidad de poner fin a las atroces venganzas, a las guerras civiles, a los estragos de los cuales era él, fuente perenne. Pero, a pesar de ello, el principio quedó, para pervertir la noción del derecho penal e impedirle marchar por su recto camino.

La institución de los representantes del ofendido y del ofensor, que debían moderar los enconos recíprocos y

decidir sobre la cantidad del castigo; la institución de un consenso de prudentes imparciales que compusieran los odios con reparaciones adecuadas, fueron temperamentos que sirvieron para aminorar las peligrosas consecuencias del erróneo principio.

Pero dejaron, sin embargo, todo el mal que era inseparable de la índole de aquél; y no sirvieron tampoco para procurar el bien que estaba en los destinos del derecho penal.

El principio individual, puesto como fundamento del derecho penal, tiene los siguientes defectos:

- Cultivar el sentimiento de la venganza y hacer a los hombres más salvajes y hostiles el uno hacía el otro; y, al dar una apariencia de legitimidad a los ocios y a los enconos, pervertir el sentido moral.
- Hacer precaria la obra preventiva del derecho penal, por la fácil esperanza de sustraerse a las persecuciones de un ofendido débil e impotente; con lo cual se perpetúa la dominación de la fuerza sobre la inteligencia.
- Y de hacer, finalmente, eludibles los castigos merced a las composiciones y a las indemnizaciones, que dejan fácil camino a los poderosos para perseverar en la vía de la violencia y de la iniquidad.

La idea de lo justo se pierde en el desenvolvimiento de ese principio, porque el concepto de una justicia absoluta, soberana de la humanidad, no puede asociarse con el concepto de una fuerza que es puesta totalmente bajo el libre poder del ofendido y bajo el arbitrio de los hombres.

La seguridad del derecho se encuentra, bajo este principio, en monstruosa lucha con la virtud, porque perdonar es virtud, y el perdón del ofendido embota la espada de la justicia.

El predominio de este falso principio fue tanto más grande cuanto más fieros fueron los pueblos y tenaces en su independencia. Por eso la historia nos muestra el predominio de ese principio en las naciones del norte, en las multitudes de origen escandinavo y en todos aquellos pueblos que, organizados en tribus, no tienen más que un pálido embrión de la sociedad civil y de los ordenamientos políticos de los pueblos cultos.

Así, ese principio fue llevado al centro de Europa por las invasiones de los bárbaros que se dividieron el Imperio romano. Así, lo vimos conservarse como exclusivo director de la justicia penal, hasta hace dos siglos, en Noruega; y conservarse todavía en otros pueblos que se mantuvieron más apartados de los contactos con las naciones civilizadas.

Y puesto que no hay planta de mala semilla que dé buen fruto, tampoco hay doctrina que emanada de un falso principio no coseche aberraciones y males; y así, la historia misma que nos recuerda las fases del predominio del principio individual, nos revela y nos confirma los deplorables efectos de dicho principio.

No es preciso recorrer largamente las tradiciones de aquella época tenebrosa, para que la mente tenga enseguida la representación de una serie incesante de rapiñas, de violencias y de horrores no interrumpidos, en los cuales solamente la fuerza gobernaba a las gentes y la justicia no se mostraba más que para convertirse en ciego instrumento de la fuerza.

Ésta, incluso en la palestra forense había erigido su trono, haciendo depender la inocencia de los acusados de la bravura de un atleta o de un gladiador.

Pero, al lado del principio individual, estuvo pronto a surgir, en las sociedades más adultas, como providencial moderador del mismo, el principio teocrático.

La única potencia que podía apaciguar a los hombres fieros de los siglos primitivos era la religión. Aquéllos que ante otro hombre semejante a ellos no habrían bajado la orgullosa frente, retrocedían en presencia de quien les hablase en nombre de un Dios omnipotente, supremo rector de lo creado.

Los sacerdotes instituyeron los lugares de asiló, donde se refugiaban los delincuentes y donde los ofendidos no osaban perseguirlos.

Los asilos daban lugar a que la primera irrupción de los enconos se detuviese. Y calmados los primeros furores de la venganza, los sacerdotes custodios del sacro lugar tenían tiempo de interponerse, de hacerse árbitros de las reparaciones, y jueces, en cierto modo, del delincuente que se había colocado bajo la sagrada égida del lugar inmune.

Hasta aquí, la obra fue piadosa y benéfica. Pero, en aquellos pueblos en donde la dominación sacerdotal pudo asumir la forma de imperio, la intromisión se convirtió en el ejercicio de una autoridad ilimitada.

Insinuado el concepto de la ofensa divina como principio esencial de la justicia punitiva, el derecho humano se empequeñeció y casi desapareció. Era una tontería hablar de la venganza privada cuando se tenía una ofensa más grave que vengar: el ultraje a la divinidad.

Por este caminó, el principio supersticioso vino a convertirse en el fundamento del derecho penal. Ya no se castigó al culpable para dar satisfacción al ofendido, sino para que aquél expiase la ofensa causada a Dios con su crimen.

De tal modo, las palabras supplicium, piacula, expiación se introdujeron en el lenguaje de la justicia criminal para desnaturalizar las fuentes de ésta y desviar el ejercicio de la misma de su recto fin.

Los juicios criminales se convirtieron, entonces, en ceremonias religiosas. La superstición dictó los más severos castigos contra delitos imaginarios, cómo la magia, las adivinaciones, los sortilegios. Y no tuvo límites la crueldad en el castigo de aquéllos que, sin haber ofendido a sus semejantes, se hubiesen manchado con algún pecado o hubiesen ultrajado de cualquier manera los emblemas exteriores de la religión, en los que la ignorancia materializaba el sublime concepto de Dios, sí es que en ellos no reconocía, con un fetichismo estúpido y profano, a la divinidad misma.

Así, en Egipto se condenaba a muerte al que hubiese matado un animal sagrado; las leyes de Siria, de la India, de Persia, de China, estaban llenas de exorbitancias semejantes.

Tampoco se mantuvo libre de ellas la misma Grecia, ya que en Atenas se mataba al que de un bosque sagrado cortase un retoño, y el Areópago castigó con la muerte a un niño que había arrancado una rama de la guirnalda de Diana.

El vicio de la intrusión del principio supersticioso en el derecho penal, consiste en confundir cosas que, por su propia naturaleza, son distintas: la teología con la jurisprudencia; la autoridad religiosa con la política; los deberes del hombre hacia los demás hombres, que la ley social debe defender, con los deberes del hombre hacia Dios, respecto de los cuales dicha ley no tiene razón de tutela.

Los efectos nocivos de este principio fueron los de volver bárbaro el derecho penal.

Éste se vio impulsado, por necesidad lógica, a la crueldad de los castigos y fue a parar audazmente a las más inexorables carnicerías. El hombre que se abroga la soberbia misión de vengar a la divinidad ofendida, no puede encontrar medida de crueldad que se adecue a la magnitud de una falta que es medida por la magnitud del numen ultrajado.

Pero el sacerdocio no pudo absorber totalmente el gobierno de la nación y reservarse el cetro de la dominación política. Entre pueblos guerreros, se quería como jefe quien fuese hábil para dirigir las batallas. Los héroes (capitanes de gentes de los tiempos llamados heroicos) se invistieron de un poder desenfrenado, y sus descendientes supieron usufructuar las hazañas de sus padres.

Convertidos en opresores de los pueblos conquistados y de sus mismos conciudadanos, algunos caudillos consiguieron fundar el poder despótico, lo que equivale a erigir en ley suprema de los coasociados la voluntad absoluta del que gobierna.

Entonces el derecho penal se inspiró en un nuevo principio muy diferente de los anteriores. El fundamento de la prohibición, el fundamento de la punición, no fue ya ni la ofensa al individuo, ni la ofensa a la divinidad. Fue la ofensa a la majestad soberana. Y la voluntad soberana que imponía la punición, al volverse autocrática, tuvo, con un círculo irracional, su fundamento en sí misma.

El vicio del principio despótico es suponer que un hombre pueda, a su arbitrio, crear o destruir la justicia. Ese principio lesiona el dogma de la igualdad, destruye todo respeto a la conciencia universal y fulmina contra la ciencia un fatal ostracismo, por la incensurabilidad de la ley soberana, que rechaza todo control de la razón.

Los efectos de ese principio fueron: sofocar todo sentido moral; dar a los que reinan la facultad de convertir a la justicia en fácil instrumento para oprimir a los súbditos; y conculcar todo derecho, bajo la apariencia de tutelar el derecho.

Se vio, entonces, castigar con la muerte las más leves irreverencias a la imagen del príncipe; perseguir las palabras y los pensamientos; perseguir a los enemigos del trono, hasta más allá de la tumba; perpetuar sobre los hijos inocentes el castigo del padre. Era justo todo lo que hacía al soberano, sólo porque le placía. Formas judiciales arbitrarias o violentas; jueces vendidos a la autoridad, delatores organizados, ennoblecidos y convertidos en dueños de la suerte de las familias.

Las penas no tuvieron otra medida que el capricho ó el miedo de los gobernantes, y la necesidad de consolidar con la sangre un cetro usado cómo flageló de la nación. Columnas de los tronos fueron los patíbulos, guardián y protector el verdugo. Idea terrible, de la cual no supieron escapar tampoco las repúblicas, que simbolizaron el poder con la seguridad.

De tal modo, esta tríada de viciosos principios se dividió la tierra, y el derecho penal fue, por desgracia, largo tiempo pervertido, de suerte que cuando no resultó una verdadera calamidad para los pueblos, resultó, por lo menos, inepto para producir el bien al que debe encaminarlo su legítima constitución.

Solamente cuando la espada romana ahogó la teocracia de los sabinos, de los etruscos y de los demás pueblos circundantes en el océano de la naciente República, tuvo el derecho penal un pálido rayo de luz que lo aproximó a su verdadero principio.

Los romanos, aunque privados de la luz del cristianismo, supieron en los buenos tiempos de la República, sobre las huellas de la filosofía estoica, erigir a la virtud y a la libertad el más espléndido altar que jamás tuvieron los pueblos paganos.

Con la ampliación del principio individual mediante la extensión del derecho de acusación a todos los ciudadanos, llevaron a la práctica la idea de que el delito no sólo ofende a la víctima, sino que ofende también a todos los ciudadanos, por el peligro de su repetición. Y la acusación pública fue, durante largos años, garantía menos vacilante de la seguridad común. Lejos, sin embargo, muy lejos, quedaron también ellos de alcanzar en su pureza el verdadero principio del derecho penal. La superstición contaminó los suplicios, y los derechos de la humanidad se ahogaron en el ideal del ciudadano romano.

Pero cuando el Imperio, emulando al despotismo oriental, convirtió a aquellos generosos romanos en una grey de esclavos, la idea del derecho penal fue de nuevo totalmente pervertida.

El principio despótico volvió a la monstruosa alianza con el principio teocrático; se tuvo al soberano como dueño absoluto de las vidas y haciendas de sus súbditos; y el título de lesa majestad humana rivalizó con el título de lesa majestad divina en segar víctimas y ensangrentar la tierra.

Y si Constantino castigó con la muerte a los adivinos, Justiniano castigó con la muerte a los blasfemos, a fin de que, con su sangre se aplacase la divinidad ofendida.

León castigó con la muerte al que fabricaba tinta roja, porque de ésta no se servía sino el emperador; y Arcadio ordenó que los hijos de los conspiradores debían andar errantes en perpetua miseria, lanzando al rostro de aquellos huérfanos el infame escarnio de que era por clemencia del emperador que se les perdonaba la vida.

Cayó el coloso execrado del Imperio, devorado por sus propios vicios. Y ello porque las espadas nórdicas, que se habrían embotado contra pechos libres, no podían encontrar resistencia en los millares educados para temblar, a los cuales todo yugo les parecía menos duro que aquél bajo el cual, envilecidos, gemían.

Éste es el fatal destino de la sombría planta del despotismo, la cual, apagando todo cuanto hay de vida en torno a ella, llega por fin a consumirse a sí misma. Un gobierno desconfiado y cruel está constreñido a sofocar en el pecho de los ciudadanos aquéllas que el valiente Ellero llamó los dos gérmenes divinos: el latir del corazón y el pensamiento. Y cuando en un pueblo se han extinguido la energía del corazón y la elasticidad de la mente, es fácil presa del primer invasor.

Cayó el Imperio romano, y con los pueblos del norte volvió a difundirse en el derecho penal de Europa el principio individual.

Pero no podía reproducirse en su simplicidad primitiva, la cual, aunque viciosa, no era, al menos, degradante de la naturaleza humana.

Y ello no pudo ser porque la superstición y las tradiciones de la extinta dominación se mezclaron con aquél de tal manera, que es acaso imposible definirla.

Resurgió, es verdad, la publicidad de los juicios; hubo tribunales de ciudadanos; se usó más moderación en los castigos. Pero las ordalías, los ritos supersticiosos y los duelos hicieron al engaño o a la fuerza árbitros de la justicia penal, de suerte que, ésta anduvo entre tinieblas por otro largo periodo.

La primera en disipar estas tinieblas fue la Iglesia romana, la gran civilizadora de esa época.

En el siglo XII, Bonifacio VIII estableció el proceso inquisitorio en materia penal. Éste fue, en aquel tiempo, un insigne progreso, ya que proclamó que los culpables debían ser juzgados según las pruebas y los criterios de la razón, y no por el resultado de combinaciones fortuitas. Bajo los anatemas de la Iglesia desaparecieron los duelos judiciales y aquellos juicios que, con execrable blasfemia, se llamaban juicios de Dios.

Y el proceso inquisitorio se vino extendiendo por toda Europa.

Pero si este método fue una reparación de los antiguos daños de las judicaturas irracionales, trajo consigo, desgraciadamente, otros no menos funestos, ya que hizo de la inquisición secreta y del tan cruel como estúpido experimento de la tortura, un instrumento demasiado dócil de persecución contra el inocente.

El ordenamiento de los métodos procesales dejaba, además, a la justicia penal siempre vagando en lo arbitrario, por falta de leyes positivas que definiesen los delitos y los castigos. Esa laguna era suplida, alternativamente, por los capitulares de Carlomagno, por las leyes de los godos y de los borgoñones y las tradiciones longobardas, entremezcladas con las tradiciones romanas. Una multitud de edictos caprichosos y severos aparecieron acá y allá, dado que el principio despótico intentaba volver a la superficie; y ante sus disposiciones, bárbaras o insensatas, las pródidas deliberaciones de los concilios sólo hacían un contraste impotente.

Debió, sin duda, sentirse, en el siglo XVI, imperiosa y universal la necesidad de suplir ese defecto, ya que en toda Europa era solamente España, nación que en esa época aventajaba a todas las demás en la civilización y en las luces, la que en sus fueros y en sus partidas tenía un sistema ordenado de legislación penal, aunque contaminado, sin embargo, por la confusión y por las aberraciones de aquellos tiempos.

En el año 1532, Carlos V promulgaba en la Dieta de Ratísbona, la célebre constitución llamada, por su nombre, la Carolina, que fue, en sustancia, un código criminal. Por este código, atemperado en su primitiva rigidez por la obra lenta de la elaboración práctica, fue regida hasta tiempos recientes la mayor parte de Alemania.

Imitándolo, su gran émulo Francisco de Francia no tardó en dictar, en 1539, la famosa Ordenanza Poyet, llamada de Villers Côtterets. Otro código criminal, que renovado por Luis XIV en 1670, y rodeado de una multitud de edictos templados en la misma fragua, gobernó al reino de Francia hasta los días de la revolución.

Está veleidad de codificar el derecho penal se difundió bien pronto en los reinos menores. Todos tuvieron, todos quisieron su código penal. Iván III lo dio a Rusia después de 1550. Por último, en 1667, Cristián V quiso dar también a Dinamarca un código criminal, cuya vigencia, lentamente modificada por los usos, ha durado hasta los tiempos actuales.

Pero es doloroso recordar cuál fue el derecho penal que se sancionaba con esas leyes. Sea que en el hombre predomine siempre su índole imitadora, sea que las necesidades y las ideas prevalecientes en un período de la vida humana reproduzcan por doquier los mismos efectos, lo cierto es que en el siglo XVI se despertó en Europa esa ansia universal de codificar las penas, que hemos visto reproducirse en el presente siglo. Y así como hoy se han dividido los legisladores en el camino de la imitación, corriendo algunos tras el Código de Napoleón, y otros tras el Código bávaro, también los estatutos de entonces, o calcaron los moldes de la Carolina, o los más atroces aún de la Ordenanza Poyet.

El principio despótico, casi al término de su larga guerra con los menos poderosos, levantaba de nuevo la frente soberbia, y se aliaba, en todos estos estatutos penales, con el principio supersticioso como fundamento del derecho de punir y la sola voluntad del príncipe que había impuesto el castigo.

La blasfemia, el sortilegio, el pacto satánico eran castigados con la muerte, lo mismo que todo leve atentado a la dignidad real.

Se castigaba con la muerte el hurto, el incesto, el contrabando, el rapto, la portación de armas, la caza en veda, la impresión de libros prohibidos y otros hechos menores. La draconiana paridad de las penas contra delitos diferentes, impulsaba a cometer los delitos mayores. La rueda, las tenazas, el descuartizamiento, el fuego, se usaban cómo medios para ejecutar la pena capital. La confiscación de bienes, la tortura, la inquisición secreta y larguísima, el desmedido arbitrio de los juzgadores, triste apéndice de tanto flagelo.

La suerte del derecho penal no fue mejor en los Estados republicanos. Es que también en la mayor parte de las repúblicas, al haberse olvidado el respeto al principio cristiano de la igualdad, se concentró en unos pocos la dominación, y el mal gobierno se diferenciaba solamente en el número y en el género de los opresores.

De ahí que el despotismo aristocrático se mostrara no menos corruptor de la justicia punitiva, por el dogmatismo de los privilegios de casta y por la inconstancia de la represión, efímera contra algunos, cruel para los otros. Ni siquiera allí donde el orden democrático había conservado un resto de su primitivo influjo, pudo ella elevarse a un nivel más puro, ya que ignorándose por completo el verdadero fundamento del derecho de punir, la justicia popular emulaba en ferocidad a los Estados vecinos, y en el mismo entusiasmo por la libertad política se ahogaba la libertad civil.

Tampoco se comprendió jamás plenamente que la libertad y la felicidad verdaderas no pueden ser alcanzadas por una nación, sino marchando por las huellas de la justicia.

Pero, ciertamente, en lo que atañe al maligno hábito de un derecho penal feroz, las monarquías superaron con amplitud a los demás gobiernos. La monarquía fundada sobre la fatal paradoja del derecho divino, después de haber dogmatizado a la política, dogmatizó al derecho penal.

Ella, las más de las veces, sólo buscaba consolidar el trono con el terror. Y sí en ocasiones proclamaba la ley de igualdad, simulando amor por el pueblo, no lo hacía más que para destruir la autoridad de los menos poderosos y para sustituir el antiguo por un nuevo principio de privilegio y de injusticia. La invocación de la igualdad ante la ley no fue otra cosa que una invocación a la guerra civil. De ahí que se lean edictos que autorizaban a la plebe a matar y a imponer tallas a aquellos que, con fórmula indefinida y elástica, se llamaba los devoradores del pueblo;

a extinguir sus familias, a destruir y saquear sus castillos.

Por eso, el principio democrático jamás se sustentó con convicción leal, sino con satánica sagacidad, para mover a las masas, demasiado prontas a servir de instrumento a las ambiciones ajenas. Y las masas fluctuaron.

Unas veces se refugiaron voluntariamente bajo las alas de la monarquía, como en Francia, para sustraerse al yugo de los grandes; y otras veces se refugiaron bajo el estandarte de los barones, como en Inglaterra y en algunas naciones eslavas, para librarse de las exigencias de los príncipes.

Allí, donde la monarquía se arrojaba el gobierno supremo del sacerdocio, la coalición del principio despótico con el supersticioso surgía espontáneamente en el derecho penal.

En los lugares en que las dos autoridades se mantenían separadas, surgía, no obstante, la coalición, porque la monarquía absoluta sentía la necesidad de tener como amigo y sostén al sacerdocio. Y ella, entonces, actuando en esto como sierva más que como ama, desbordaba en rigor contra el pecado, cuando no transfería directamente al mismo sacerdocio una parte del magisterio penal, instituyendo el terrible tribunal del Santo Oficio. Éste, a su vez, prestaba con harta frecuencia su tenebroso brazo a los deseos de la tiranía política.

La enmienda del culpable, esta generosa aspiración que tanto ha ennoblecido hoy día al magisterio represivo, para nada era tenida en cuenta por esas leyes.

Algún celoso obispo intentaba introducir esta idea piadosa en medio de las iras de los legisladores; pero las palabras de los hombres santos eran escarnecidas por los satélites del poder, á los cuales reportaba ganancias el delito.

La índole de esas leyes, para las cuales el único fin de la pena era la intimidación, se pone de manifiesto por la triste historia de los hechos.

Basta recordar que la constitución electoral sajona, la cual no tuvo la fortuna de contar con prácticas y ordenamientos sucesivos que, como sucedió con la Carolina, atemperasen sabiamente la originaria rigidez de la ley, dio al terrible Carpzovio la ocasión de jactarse de haber firmado, en el cursó de su magistratura, más de veinte mil condenas capitales, todas ejecutadas. Prueba matemática, demostración apodíctica de la inutilidad de la pena de muerte.

Basta recordar que las Ordenanzas de Francia permitieron al verdugo, en el período de los primeros 16 lustros del siglo pasado, segar 60,000 vidas humanas en la sola ciudad de París.

¿Y debe uno sorprenderse de que el fruto de tanta ferocidad fuese la reacción feroz de la revolución?

¿Es que de tales semillas se recogieron alguna vez frutos diferentes?

La equidad y la benignidad dan en cambio moderación y mansedumbre. La sangre da en cambio sangre y crueldad. Y un poder que se mantiene por medio del despedazamiento de los oprimidos, cuando suena la hora del pueblo es derribado con la masacre de los opresores.

Alguno quiso excusar esas leyes aduciendo la barbarie de aquellos tiempos. Pero la defensa es sofística, peca de petición de principio, porque la experiencia ha mostrado que, precisamente, tales leyes fueron causa, y no última, de esa barbarie.

La historia, maestra poderosa de la verdad, documenta que a aquellas leyes siguió, precisamente, la época de las más luctuosas carnicerías ejecutadas en nombre de la justicia.

Para moderar tanta profusión de suplicios, surgió la tendencia humanitaria de los prácticos. Éstos, tomando de la casuística distinciones sutiles y a menudo rebuscadas, intentaban atemperar en la aplicación práctica la inhumanidad de las leyes, haciéndolas menos funestas, incluso a despecho de la lógica.

Hoy mueven a risa las distinciones de Farinaccio y de Claro. Sin embargo, estos hombres marcaron un progreso en sus tiempos. No tuvieron ellos el coraje de levantarse para criticar la ley; procuraron diestramente eludirla y limar las garras de la fiera que no tenían la esperanza de matar. De ahí la gloria de sus nombres en los tiempos en que vivieron. De ahí el honor que gozó Claro, antes de Beccaria, de ver comentados sus escritos por los primeros doctos de Europa.

Pero las generosas tentativas no dieron más que débiles frutos, porque los procedimientos secretos las hacían, las más de las veces, impotentes. Por otra parte, negada la presunción de inocencia, habíase también destruido el sagrado derecho de la defensa.

Y sí la Carolina permitía que los acusados se defendiesen solamente en los delitos leves e insignificantes, las Ordenanzas de Francia, siempre tenaces en las perversas tradiciones de Poyet, expresamente despojaban de toda defensa a los infelices, sobre los cuales una sospecha maligna desencadenaba la calamidad de una inquisición secreta.

Tal fue la perversión, tales las consecuencias a las cuales se condujo al derecho penal, bajo la influencia de los dos falsos principios que más arriba he señalado. No había tampoco manera o esperanza de hacerlo desistir de las carnicerías del género humano, si él no se purgaba de aquellas dos funestas doctrinas: La de que él era instrumento para hacer expiar los pecados, o que no tenía otra base que la voluntad del gobierno y otro fin que acostumbrar a los pueblos a temblar.

En el paroxismo de agitada ignorancia que nos han puesto de relieve las angustias entre las cuales la justicia punitiva se debatió durante tantos siglos, no sólo se perdió el verdadero principio de la legitimidad de la punición, sino que se perdió también todo criterio racional en la elección y en la determinación de los castigos. Los tiempos de mayor barbarie fueron, al menos, lógicos, y la inexorabilidad del talión, al encontrar la razón del mal en la cantidad del mal causado, redujo todos sus cálculos a la respectiva adecuación.

Pero cuando se creyó aproximarse a la verdad, sin saber que se estaba mucho más lejos de ella, las penas no se establecieron como potencia que obrase sobre los ánimos reconduciéndolos al bien, sino como fuerza mecánica que actuase sobre los cuerpos para hacerles imposible ser instrumento de malos deseos.

Así, se cortó los dedos a los perjuros, con el mismo criterio con que en la antigüedad se había cortado un pie a los siervos fugitivos; se arrancó los ojos a los lujuriosos, para que ya no se les encendieran de concupiscencia; se cortó la nariz a las adúlteras, a fin de que, quedando deformes, ya no encontrasen amantes; se cortó la lengua a los blasfemos, y se cortó la mano a los falsarios.

En otras partes se siguió una relación figurada, poética, si el sagrado entusiasmo de la poesía tolerase esta profanación. Así, con el fuego se atribuyeron las llamas de la pasión impura; con el descuartizamiento, la inconstancia en la fe política; como antes, por la sofocación por el humo, la venta de humo. Y a ésta se le llamó, con bárbara irrisión de la ciencia, analogía de la pena; y tal analogía tuvo sus alabadores, incluso en las cumbres que, como civilistas, nosotros veneramos.

Jamás se llegó a conocer lo que tan bien sabía Dante, esto es, que la analogía de la pena debe relacionarse con la pasión impulsiva, y no con el mal causado, o con el modo, o con el órgano que es instrumento del delito.

CAPITULO 4

DEL DERECHO PUNITIVO IDEAL

FUNDAMENTAL

4.3 REGENERACION DE LAS DOCTRINAS

La obra de regeneración radical de las doctrinas criminales se cumplió lentamente por la escuela racionalista, a la cual nosotros le somos deudores de la actual civilización y del bien que hoy gozamos.

A la escuela racionalista le promovieron los dogmatistas infatigable guerra, ya que aquélla, sometiendo toda disposición legal al examen crítico de la razón humana, no reconoce al derecho otra base legítima que la justicia absoluta, que como tal se evidencie a la conciencia y se compruebe por los fríos cálculos del raciocinio.

Éstos, en cambio, no reconocían al derecho otro fundamento que una voluntad superior dictada por los monarcas terrenos. Aquélla llevaba a restituir a los hombres bajo la ley evangélica de la igualdad, enseñando la existencia de una verdad y de una justicia anterior a todo decreto humano. Éstos distribuían la dirección de la humanidad entre unos pocos afortunados, a los que se elevaba por encima de Dios; y no dejaban a las multitudes otra igualdad que la igualdad homicida de la obediencia ciega y pasiva.

A la escuela racionalista se le ha vuelto a hacer la guerra por otro lado, y la guerra continúa, y han dado armas a sus enemigos las aberraciones de algunos de sus secuaces, que, por impulso de pasiones o por la ilusión de una falsa dialéctica, la llevaron a consecuencias erróneas, exorbitantes y peligrosas, cuando quisieron, en materia religiosa, contraponer a los dogmas que todo católico debe tener en el corazón, los vuelos de una imaginación desenfrenada.

Pero, fuera de la religión, y más aún en las materias jurídicas, la verdad no puede estar en otra parte que en aquella escuela.

La razón humana, en efecto, es la primera ley que Dios reveló a la criatura; es la antorcha que él le dio para que iluminase su conciencia; es la guía primitiva y perpetua prodigada al hombre para dirigir su conducta e impulsarlo por el camino de su perfeccionamiento moral.

Los hechos humanos pueden ser, y son a veces, una manifestación de la verdad absoluta. Pero es la razón misma la que debe juzgar si lo fueron o no. Se debe deducir, merced a la experiencia práctica, un criterio para confirmar o corregir las que a nosotros nos parecen deducciones lógicas de un principio. Pero los hechos humanos no pueden ser los que constituyan la verdad y la justicia, porque la verdad y la justicia preexisten a todo hecho humano, y porque teniendo la aberración de las pasiones un dominio demasiado extenso en la vida de la humanidad, la historia de los hechos humanos, tomada como base del derecho, conduciría a un escepticismo

destructor de la conciencia humana.

A la escuela racionalista, el derecho penal le fue también deudor de su purificación.

Hacia la mitad del siglo pasado, hombres selectos recogieron las iras acumuladas durante tantos siglos entre las gentes contra el pavoroso edificio del viejo derecho penal. Y el edificio fue demolido por la obra de esos hombres.

Cesare Beccaria, capitán inmortal de esta falange, lanzó en Europa su libro, que semejando el pedrusco bajado del monte para golpear el pie del espantoso coloso, lo redujo a pedazos.

Al choque de sus argumentaciones, en las que, por lo demás, reprodujo con vivos colores las sentencias de los padres de la Iglesia, argumentaciones que, por estar los tiempos maduros y por los grandes hombres que se aliaban a él, adquirirían potente vigor, la antigua barbarie se sintió herida, dislocada en todas sus fibras.

Pero lo que hirió en el corazón al viejo derecho penal, no dejándole esperanza de resurgir nuevamente, fue la negación de los falsos principios con los cuales se habla entenebrecido y corrompido. Fue la negación del principio individual, del principio ascético y del principio despótico. Fue el reconocimiento de la verdadera razón de ser de la ley punitiva.

Una vez reconocido que el fundamento de la punición tiene por única base la necesidad de defender los derechos humanos, el derecho penal cesó de ser instrumento de venganzas privadas, cesó de ser el siervo de las exigencias sacerdotales, el instrumento de los miedos de los príncipes.

Bajo la mano de los potentes ingenios que sintetizaron las invectivas de Beccaria, entre los cuales recordaré a Sonnenfels y a Feuerbach en Alemania, a Romagnósi y a Carmignani en Italia, el derecho penal levantó serena la frente, fijando la mirada en una luz superior: la ley jurídica universal, señalada por la mano misma de Dios y revelada al hombre con el órgano de la razón. Ley independiente de los caprichos de los ofendidos, del fanatismo de los supersticiosos y de la aterradora ferocidad de los poderosos.

Los tres principios que habían pervertido al derecho penal quedaron como recuerdo y monumento de largos dolores, como advertencia a las gentes de mantenerse en guardia contra la perfidia de los mismos.

CAPITULO 4

DEL DERECHO PUNITIVO IDEA

FUNDAMENTAL

4.4 GRANDEZA DEL DERECHO PENAL

He aquí por qué caminos, por qué durísimas pruebas ha llegado el derecho penal a su actual estado de grandeza. He aquí de qué modo ha llegado a ser una ciencia que siente su noble misión de perfeccionadora de la humanidad y que siente aversión a reconocer siquiera como hermano al arte repugnante que, en los tiempos pasados, se llamó derecho criminal: arte que consistía en enseñar los dictados positivos de legisladores autónomos y crueles, en planear los modos de circunvenir a un acusado y las medidas para regular los trozos de cuerda y las opresiones de las tenazas.

La última fórmula de la civilización en el derecho político es la de la soberanía del derecho.

La última fórmula de la civilización en el derecho punitivo es la de la tutela jurídica. La una y la otra se unen a un principio universal absoluto, supremo garantizador de la libertad humana, al que debe prestar obediencia, además de las multitudes, también los gobernantes y legisladores. Me refiero a la ley natural: ley cuya negación es inconciliable con la creencia en un Dios, en una providencia, en un fin en la creación.

Ya no debe temerse que el principio individual vuelva a absorber al derecho penal. Lo que de él queda en alguna nación, como Inglaterra, por ejemplo, no suscita ningún temor al orden y a la justicia. Una categoría de delitos privados es racionalmente necesaria, y será más o menos amplia según las costumbres. Pero por esto no se lesiona a la ley jurídica.

Ya no debe temerse que la idea del derecho penal vuelva a confundirse con la idea de que hay que aplacar a la divinidad airada, o de que hay que servir ciegamente a la voluntad de un monarca.

El reinado de esos errores ha pasado, y el que hoy volviera a repetir la sentencia de que tout justice vient du roi, no suscitaría temor, sino hilaridad.

La fe en el rigor de los suplicios, el mesianismo del verdugo, no son hoy día más que recuerdos, los cuales, aunque arraiguen en algún pecho, no se atreven a reproducirse abiertamente.

Sin embargo, quedan aún peligros para la ciencia, peligros para la actuación práctica de la tutela jurídica; quedan escombros que atraviesan su camino, o como agudamente escribía hace poco Bosellini, hay todavía herrumbre que desherrar.

Los errores humanos tienen esta índole especial: vencidos bajo una de sus formas, toman un nuevo aspecto e intentan reproducirse bajo distintas apariencias. Después de la derrota del principio despótico y del principio supersticioso, fue ésa la manera insidiosa con que amenazaron un retorno latente en el moderno derecho penal.

El principio despótico, que ya no era capaz de regirse por el dogma efímero del derecho divino, dejó de sostener las dinastías vacilantes; pero, animosamente, puso todos sus esfuerzos en una persona ideal. Tomando el nombre de principio político intentó, a su vez, hacer a la ciudad dueña y señora de la justicia.

Los hombres habituados a ver en la ciega obediencia, en la negación de toda censura popular, el sostén del orden, que muchas veces se confundió con el silencio, como otro confundió el progreso con el movimiento, concibieron al Estado como una persona ideal, existente por sí misma, distinta de las personas de los coasociados. Y en los derechos, que atribuyeron a esta persona ficticia, intentaron ahogar, por una segunda vez, los derechos de los individuos.

El error de la vieja escuela estaba en suponer que los pueblos fueron hechos para los príncipes, y no los príncipes para el servicio de los pueblos.

El error de la nueva escuela estaba en suponer que los hombres fueron hechos para el Estado, y no el Estado constituido para el servicio de los hombres.

Los desenfrenados poderes que en un tiempo se atribuyeron a hombres coronados, se quisieron atribuir al nuevo Bríareo que se llamó Estado, mirándolo como una cosa diversa de los coasociados, y a sus derechos como independientes y diversos de los derechos de éstos.

La génesis del derecho se buscó entonces en la ley promulgada por el hombre: el principio de la justicia en la utilidad presente de los más.

Sustituida de ese modo la tiranía de una dinastía por la tiranía de una personalidad imaginaria, las juntas, las constituyentes, los comités de salud pública se sentaron en los escaños de los viejos ministros y dictaron leyes opresivas y despóticas.

Se sentaron en los escaños de los viejos cancilleres criminales, y recogiendo la herencia de éstos, continuaron su obra sanguinaria.

El verdugo no fue ya el sicario de un príncipe, sino el sicario de la sociedad; cambió de nombre y de mandato, ¡pero conservó el alto honor de ser considerado como órgano de la intimidación indispensable para la felicidad de los pueblos!

Idea fatal, que bajo cualquier forma que se manifieste y por cualquier autoridad que se proclame, es siempre contraria a la justicia, siempre falsa, tanto en moral como en política. Es siempre el principio despótico, que vuelve a levantar la cabeza para dominar a la justicia punitiva.

Pero es que aquél que yo denuncio como principio despótico, no tiene como condición suya el predominio de la voluntad de uno solo o de pocos, sino cualquier predominio de una voluntad humana sobre los dictados de la justicia eterna; y tan viciado es el fundamento de la punición cuando procede a la violación de derechos humanos por la necesidad o el gusto de pocos, como de muchos. No es la ley humana la que hace el derecho, sino que es el

derecho el que crea la justicia en las leyes sociales.

La estadalatría puede ser tan injusta como lo fue la idolatría que pedía víctimas humanas, y como lo fueron los edictos de Calígula.

Al hombre no se lo conduce al bien con el terror. Dios le dio la razón y la aspiración de la justicia, para que con ellas se fortaleciera en la lucha con las pasiones perversas. La razón, la simpatía, los afectos nobles y generosos, el ejemplo, son el arsenal infalible en el que debe poner fe todo aquél a quien le toque el pesado oficio de gobernar a las multitudes por el camino del derecho.

No hay pretensión de salud pública que legitime una injusticia; no hay ley humana que sea justa si no toma como punto de partida el respeto a la ley eterna del orden moral, prevista y deseada por el Creador.

Las necesidades variables de las naciones pueden modificar la forma de la actuación de la ley jurídica, pero los derechos de que el Creador hizo partícipes a los individuos no son parto de ley humana. Son los diques dentro de los cuales se debe desenvolver toda potencia humana, si no quiere convertirse en abuso y contrariar su propio destino.

El principio supersticioso tampoco osaría resurgir, ya que nadie podría hoy persuadir a las gentes cristianas de que Dios pide holocaustos de criaturas humanas. Pero, transformado en principio moral, amenaza nuevamente enturbiar la idea del derecho punitivo.

Algunas conciencias meticulosas hacen suceder a la exaltación religiosa, la exaltación moral.

El viejo enemigo convirtió en delitos civiles los pecados; el nuevo intenta convertir los vicios en delitos civiles.

Aquél confundió el oficio del magisterio penal con el tribunal de penitencia. Éste prueba a confundir la ley ética con la Ley jurídica, el oficio del criminalista con los oficios de policía.

Pero el empleo de la ley penal para las necesidades de la moral no es tolerable sino en los tiempos patriarcales. Los gobiernos demasiado paternas son, a veces, más perjudiciales para el desenvolvimiento de la actividad humana que los demasiado egoístas.

Y los unos y los otros equivocan igualmente su oficio, y exceden igualmente sus poderes. Incurre, pues, en ese exceso el gobierno que pretende ejercer su paternidad, su dirección moral, por medio de la cárcel y de los castigos. Porque no pudiendo ejercerse el magisterio punitivo sin la expoliación de un derecho, ésta no puede ser justificada sino por la necesidad inmediata de tutelar el derecho.

De estos dos nuevos peligros no supieron guardarse totalmente los códigos modernos que en gran cantidad se sucedieron en Europa en el presente siglo, al formular en disposiciones prácticas las modernas teorías de la ciencia penal.

Ninguno de los códigos contemporáneos, osó, por cierto, reproducir las sanciones de la Carolina o de las Ordenanzas de Francia.

Pero algunos, fanatizados por el amor al Estado, conservaron, desgraciadamente, tremendos vestigios del antiguo rigor; otros pecaron en querer hacerse vengadores de toda torpeza moral, y tomaron un tinte monástico.

No estuvieron exentos de esta última mácula algunos códigos de Alemania, ni tampoco se mantuvo totalmente inmune el código toscano, que bebió con exceso en aquellas fuentes.

Sobre todos, por ejemplo, se excede en seguir esa tendencia el código de Noruega, que después de veinte años de discusiones y de estudios, fue sancionado el 28 de agosto de 1842. Baste decir que la violación de todo deber, incluso respecto de sí mismo, fue convertida en delito por ese código: la intemperancia, el ocio, la irreverencia hacia los padres, la negligencia de los empleados en su oficio, y otros semejantes.

Los peligros de un código moralista no son, ciertamente, tan pavorosos como lo fueron los de un código teológico o los de un código autocrático, ya que la levedad de los castigos no hace gravemente sensibles las consecuencias de aquéllos.

Pero importa, sin embargo, un error que desnaturaliza la idea genuina del derecho penal y que impulsa a las autoridades a una molesta censura, destructiva de la paz de las familias, restricción no necesaria de la libertad humana.

CAPITULO 4

DEL DERECHO PUNITIVO IDEA

FUNDAMENTAL

4.4.1 Fundamento del Derecho Penal

El fundamento del derecho penal es la tutela jurídica. Es un desenvolvimiento necesario de esta idea que cuando no existe violación de derechos, la espada de la justicia no puede descargar sus golpes.

Consecuencia de tales principios es que el derecho penal no sea, en manera alguna, el enemigo y el moderador de la libertad humana, sino que sea, por el contrario, el protector, el guardián de ella; en una palabra, el complemento de la eterna ley del orden que dotó al hombre de derechos y que quiso que esos derechos no sean perjudicados ni por una fuerza privada, ni por una potestad pública. Cuando una criatura humana no ha atentado contra el derecho de otra, razón tiene de exigir que no se atente contra su persona y de gritar que es injusta la mano, cualquiera que ella sea, que pretende golpearla.

Son éstas, señaladas a grandes rasgos, las vicisitudes entre las cuales fluctuó en la vida de la humanidad, desde su comienzo hasta nuestros días, la idea del derecho penal.

El hecho que tales vicisitudes revelan a los ojos del observador, es culminante a la vez que positivo.

El hecho es éste: que a la moderación en las penalidades, a la aproximación del derecho punitivo con un principio racional y humano, siempre ha correspondido una disminución de los delitos, los cuales, en cambio, se han multiplicado tanto más obstinadamente, cuanto más crueles y atroces han sido los suplicios de los delincuentes.

Y este resultado debe consolar el ánimo en el melancólico estudio de la ciencia criminal, porque no es ya una especulación de filósofos humanitarios, sino que es la gran maestra de la vida la que da valor para pensar que una vez devuelto el derecho penal al dominio de la razón, reconducido su fundamento a la gran cadena de las leyes jurídicas absolutas, cuyo primer eslabón partió de la mente del Creador merced a la revelación de la ley natural, el derecho penal será potente palanca para el perfeccionamiento moral del género humano.

Y si el delito y la punición no podrán cesar completamente sobre la Tierra, se los verá, al menos, disminuir cada día más.

Volveré, por tanto, a las palabras de las cuales partí. Sí; punir, eternamente punir, es el destino inmutable de la humanidad. Pero, en el porvenir, no se punirá ya con ímpetu de caprichoso furor, sino con amor fraterno. No se

punirá ya envileciendo o destruyendo la personalidad humana, sino realzando al hombre, por el camino del dolor, al sentimiento de su propia dignidad, y llamándolo de nuevo al amor del bien. No se punirá ya para satisfacer fanáticos delirios o exigencias tiránicas, sino para tutelar el orden exterior, que Dios mismo previó ab eterno e impuso a la humanidad.

Un ilustre contemporáneo ha escrito que toda la filosofía de la vida se resume en estas palabras: esperar y tener esperanza.

Me parece que esa fórmula se adapta con exactitud al derecho penal en los tiempos presentes.

Nosotros, cultores de la ciencia penal, debemos esperar y tener esperanza de que el derecho punitivo se purgue de toda reliquia de la herrumbre antigua, y se muestre en la vida del foro tal cual lo enseñan las cátedras.

Esperar y tener esperanza en que la justa moderación de las penas estimule a los pueblos cada día más al amor fraterno, a la concordia ciudadana, primera y fuerte base de la sociedad cristiana.

Esperar y tener esperanza de que los príncipes, aboliendo la pena de muerte, sean los primeros en enseñar a los ciudadanos, merced a su propio ejemplo, a respetar la vida humana.

Y estas expectativas y estas esperanzas deben, hoy más que nunca, hacerse carne en nuestros corazones, puesto que el sol de Italia ha renacido para alumbrar sobre Europa.

CAPITULO 5

ENMIENDA DEL REO COMO ÚNICO

FUNDAMENTO DE LA PENA

5.1 CASTIGO O CORRECCIÓN

No ya castigar, sino corregir. He aquí el lema solemne que ha escrito en su bandera una escuela humanitaria de criminalistas modernos. Esta escuela, que ha dado a las aspiraciones del corazón el señorío de la mente, surgió desde un principio a la luz del día, inaugurándose con el sistema penitenciario.

Fortificada por los abusos de las antiguas penas desmoralizadoras; rica en argumentos de grave censura contra la perversión de las viejas cárceles; orgullosa de la idea magnífica del aislamiento enmendador, ella intentó introducir en las disciplinas penales una doctrina que pertenecía exclusivamente a la economía social.

CAPITULO 5

ENMIENDA DEL REO COMO ÚNICO

FUNDAMENTO DE LA PENA

5.2. DOCTRINA DE LA ECONOMÍA SOCIAL

Infiltrada, por ese camino, en la ciencia punitiva, invadió poco a poco las entrañas más vitales de la misma, y remontándose hasta el principio fundamental de la ciencia, transformó la ciencia en sí misma. Los adeptos de la nueva teoría, en el entusiasmo de su caridad ciudadana, no se limitaron a proscribir las formas de castigo que corrompían el ánimo del condenado, haciéndole casi imposible el retorno a la senda honesta; no sólo pidieron a la sociedad que se les entregara al culpable, a fin de estudiar los modos de hacerle provechoso, lo más que se pudiera, el tiempo de la expiación de la pena, y experimentar la redención moral del mismo.

Y sin mostrarse ya respetuosos de los decretos de la justicia, no se limitaron a pedirle que con las formas de sus castigos no se opusiera a los proyectos que ellos alimentaban.

La nueva escuela quiso hacerse dueña de la justicia; quiso prescribirle la medida de los castigos, levantar barreras que con su obra no pudiera franquear; y llegó, finalmente, a minar el poder de aquélla, negándole autoridad para castigar a los malvados, salvo en cuanto sirviese para enmendarlos, y no más.

De la modesta fórmula que predicaba la idea de que hay que procurar la enmienda del reo, se pasó a detener el brazo que la severa justicia extendía sobre el culpable; se llegó a negarle autoridad para seguir castigándolo cuando estuviera corregido; se llegó a negarle el derecho a la detención perpetua; se quiso obligarla a revocar sus sentencias, a fraccionar las condenas dictadas contra los facinerosos, a permitir que se los libérase a la mitad de la pena para experimentar si se hablan mejorado; se llegó, en una palabra, a desconocer completamente la necesidad de la tutela jurídica.

Y, finalmente, poniendo como única base y como único fin del derecho penal la enmienda del delincuente, se sostuvo que la pena no debía ser un mal, sino un beneficio para el condenado.

Destruída, así, la secular noción de la pena, la nueva teoría se cerró con aquella fórmula que demuele desde sus cimientos el edificio del viejo derecho penal, sustituyéndolo por un templo de nueva forma, todo adornado de dulzuras y esperanzas, todo brillante de caridad fraterna y de amor, en el que al culpable se lo pone sobre el altar para prodigarle toda clase de oficios piadosos y conducirlo a la beatitud: no ya castigar, sino corregir.

Habría querido adscribirme a esa escuela; y también habría querido iniciarlos, mis Jóvenes alumnos, en la ciencia criminal, no ya guiándolos por la dura senda, erizada de ásperas espinas, por la cual ella marchó hasta aquí por el nuevo sendero, todo hermoso de flores y de suaves consuelos.

Yo lo habría querido, porque mi corazón, respondía también a la idea de que ya no se debe afligir con

sufrimientos a la criatura perdida, sino, por el contrario, solamente amaestrarla y restituirla a la sociedad, a la familia, a sí misma, purificada de toda mancha anterior, asegurada contra futuras caídas.

La seducción del corazón y el ansia del deseo no han valido para persuadir a mi racio intelecto, y, envidiando a los otros la suavidad de sus convicciones, yo he debido largamente meditar y observar, arraigarme cada día más en las mías, y a éstas no podía traicionarlas en el oficio de mi enseñanza.

CAPITULO 5

ENMIENDA DEL REO COMO ÚNICO

FUNDAMENTO DE LA PENA

5.3. LA TUTELA JURÍDICA COMO FUNDAMENTO DE LA PENA

Rechazadas las falaces teorías de la expiación, del terror y de la venganza, no puede encontrarse fundamento racional al derecho punitivo, sino buscándolo en la tutela jurídica, querida por la ley suprema del orden. El hecho del hombre que tranquilamente procede a despojar a otro hombre de sus derechos, privándolo de sus bienes o de su libertad, presenta la lesión material de un derecho, que no puede conciliarse con la justicia sin deducirlo, precisamente, de una necesidad de derecho; vale decir, la necesidad de los derechos humanos que deben ser defendidos contra las malas pasiones, que no pueden dejarse indefensos sin perpetua perturbación del orden, y que no pueden defenderse sin la amenaza y la aplicación de una pena a los violadores del derecho.

Sí la pena tiene su fundamento en el principio de la tutela jurídica, el derecho penal debe sufrir en todos sus desenvolvimientos la influencia de ese principio y, por virtud del mismo, repeler toda dominación del principio de la enmienda.

Éste, por consiguiente, laudable y benéfico como es, no debe ser negado como doctrina independiente, sino que se lo debe restringir a los límites dentro de los cuales es socialmente posible; vale decir, que hay que reconducirlo a una función de economía social, afín al derecho punitivo, pero obligándolo a detenerse y a someterse reverentemente cada vez que quiera aplicar sus criterios en detrimento de aquél.

Repetiré una vez más mi profesión de fe; no combato el anhelo de enmendar a los culpables; me asocio de buen grado a la obra de los benefactores de la humanidad que consagran a ese fin sus estudios y sus fuerzas; no combato el sistema penitenciario, ni las sociedades de patronato, ni cuantas cosas imaginaron los modernos filántropos como medio para redimir los ánimos corrompidos por la suciedad de las malas tendencias. Pero no admito que todo esto se torne amenazante para el altar de la justicia punitiva, ni que invada y domine los problemas de la ciencia criminal.

Yo saludo a esa escuela como a una hermana que marcha paralelamente con el magisterio penal al perfeccionamiento humano, pero no como a una reina que se vuelva dominadora de aquél.

CAPITULO 5

ENMIENDA DEL REO COMO ÚNICO

FUNDAMENTO DE LA PENA

5.4. UNIFICACIÓN DE PRINCIPIOS

¿Cómo puede, en efecto, unificarse el principio de la punición para la tutela jurídica con el principio de la enmienda?

El uno hace del culpable una víctima, víctima de una necesidad de la naturaleza humana, víctima de sus propias faltas, pero siempre víctima, a la que impone con segura conciencia un padecimiento corporal y lo despoja de su libertad, porque es un deber que el violador del derecho repare, con mengua de sus derechos, la audaz negociación que, delinquiendo, él hizo de la ley; la confusión que, conculcándola, sembró en el ánimo de los demás.

Los ánimos de los buenos tenían la conciencia de su propia libertad, por virtud de la sanción con que la ley prometa protegerla contra los facinerosos.

El delito ha turbado esa conciencia; a la tranquilidad ha sucedido el miedo por el hecho culpable, y es preciso que el autor del hecho, sufriendo el mal amenazado, vuelva a rendir homenaje a la libertad ajena, a la majestad de la ley insultada, y devuelva a aquellos ánimos la confianza que él había hecho vacilar. En este sentido, la potestad punitiva no ve en el delincuente sino un enemigo que hay que subyugar.

Pero si, al contrario, se toma a la teoría de la enmienda como base del derecho punitivo, ¿dónde queda la tutela jurídica?

La enmienda subsiguiente a la violación desarma a la justicia, ya que por lógica deducción, una vez adoptado el nuevo principio, conduce directamente a prohibir que se castigue al culpable cuando después del delito se haya arrepentido y corregido.

El principio de la tutela jurídica exige, por necesidad lógica, la irredimibilidad, la certeza de la pena. Porque si la pena es una necesidad de la ley jurídica, que requiere una sanción para ser ley y no mero consejo, esa sanción debe ser una realidad efectiva en todos los casos de violación de la ley. Dicha sanción requiere que el mal que la constituye sea una consecuencia cierta e inevitable de todo delito, y ya que su razón de ser está en la violación del precepto, su aplicación debe ser indefectible y no puede depender de eventualidades sucesivas.

Ahora bien, me parece indudable que cuando dos principios vengán recíprocamente a destruirse en alguna de sus aplicaciones, es necesario reconocer que hay entre ellos una absoluta irreconciliabilidad que impide que ambos sean sostenidos como fundamentos de un sistema y que se los combine con un arbitrario eclecticismo.

Llega, en efecto, la ocasión del choque, y entonces es inevitable seguir, o bien lo que ordena uno de esos

principios, o bien lo que ordena el otro. Lo cual quiere decir que la concomitancia ficticia de los dos principios se disuelve, y el uno queda dominador del otro, o viceversa.

Por ello viene a reconocerse que los principios fundamentales no son ya dos, sino uno solo, y, precisamente, aquél que en la ocasión del conflicto sea reconocido como dominante.

En consecuencia, el principio que cede ante el otro por virtud del conflicto no es el verdadero señor de la doctrina, ya que si obra cuando tiene la concomitancia del otro, y no obra cuando éste lo abandona, es evidente que el principio verdadero, el principio exclusivo dominador del sistema, es solamente éste y no aquél.

Si se pretende que el derecho punitivo tiene por única base y por fin la enmienda del reo, la sociedad se encuentra desarmada frente a un delincuente corregido. Ella no tiene ya el derecho de castigarlo, y debe dejarlo incólume si no ha puesto todavía la mano sobre él, o debe abrirle las puertas de la cárcel si ya lo ha sometido a su poder.

Cesada la causa jurídica de la acción, obtenido por otra vía el fin de la misma, la acción, se vuelve ilógica e ilegítima. El castigo del reo después de su enmienda es una barbarie inútil e injusta.

Y tal es la fuerza inexorable de la lógica, tal la absoluta concatenación de esas consecuencias con aquel principio, que los secuaces de la escuela correccionalista se han visto conducidos a las mismas consecuencias.

Por eso han propugnado la abolición de las penas perpetuas, como obstativas a la enmienda; han sostenido el método de la liberación provisoria del delincuente que se muestre corregido; y han llegado, finalmente, a decir con palabras claras, que para el sistema que defiende la pena, ha cambiado de naturaleza; que a la pena debe reconocérsele un fin completamente diferente del que le atribuían los secuaces de la tutela jurídica.

Pero, para juzgar sí el principio de la enmienda puede llegar a tener soberanía en el derecho penal, debe, ante todo, dejarse bien establecido qué entienden los innovadores por enmienda del reo.

Y aquí me parece que la enmienda no puede tener más que dos formas: la una totalmente subjetiva e interior; la otra objetiva y exterior.

Se enmienda el hombre, en el primer sentido, cuando, purgado su ánimo de toda mancha de las malvadas propensiones, se realiza al amor de la virtud y al aborrecimiento del mal; en una palabra, se despierta al amor del bien por el bien mismo, y se vuelve idólatra del bien suprasensible, despreciador estoico del bien sensible.

Se enmienda un malvado, en el segundo sentido, cuando aprende por la experiencia a moderar sus inclinaciones, en forma de no dejarse arrastrar por las mismas a actos externos ofensivos de la ley, porque a ello lo determina un mero cálculo del bien sensible, una liquidación de sus cuentas. Ese hombre, para la sociedad, está corregido; se ha vuelto justo, pero no honesto. El otro está corregido frente a Dios; es honesto ante todo, y se vuelve justo porque es honesto.

El uno, cuando se encuentre libre del freno de la ley exterior, vuelve sin vacilación al delito. El otro lo aborrece por sí mismo y huye de él aun cuando pueda, sin ningún riesgo, cometerlo.

Ahora bien, ¿cuál es, de estas dos enmiendas, aquélla a la que los secuaces de la moderna escuela querrían dar el cetro de las disciplinas criminales, constituyéndola en el único principio regulador de las mismas?

Yo creo que no todos están perfectamente de acuerdo entre ellos, ni tampoco los adversarios, sobre la manera de entender el lema hierático de la enmienda, de suerte que me es forzoso examinarla bajo ambos aspectos.

CAPITULO 5

ENMIENDA DEL REO COMO ÚNICO

FUNDAMENTO DE LA PENA

5.5 LA ENMIENDA SUBJETIVA

Y entrando primeramente a considerar la enmienda subjetiva, yo sostengo decididamente que la autoridad social no tiene el derecho de exigirla, y mucho menos el de imponerla mediante la pena.

Esa negación es, en primer lugar, la consecuencia directa que deriva de la impotencia en que se agita el hombre cuando quiere poner su audaz mirada en las profundidades del corazón ajeno. Esa impotencia es, desgraciadamente, sentida por cualquiera que, antes o después, se aventure al inalcanzable intento de aferrar el pensamiento recóndito de la criatura; y mal se afirmaría el derecho de obtener una cosa que jamás puede saberse si se ha obtenido verdaderamente.

Pero, prescindiendo de esto, ¿de dónde sacarla la sociedad el derecho de someter á un culpable a largos remordimientos, a disminuirlo en el ejercicio de sus derechos, con el fin de purificar su alma de la mancha de los vicios?

Admitido esto en virtud del puro principio ascético, volvemos a la inquisición; y hay mayor razón en atormentar a un hombre para purgarlo del pecado y de la herejía y llevarlo al amor de Dios y a la salvación eterna, que la razón que existe, conforme al principio ascético, de someterlo a padecimientos para reconducirlo al amor de los hombres y a la devoción al derecho.

¿Qué te importa a ti (diría, no obstante, el procesado a su juez) que yo sea bueno o malo? ¿Quién te ha conferido la autoridad de dirigir mis creencias, los deseos de mi corazón? Déjame odiar a mis semejantes; déjame desear la mujer ajena, la cosa ajena.

Mientras yo no me mueva en la esfera de las acciones exteriores, soy independiente de ti, porque tu dominación es sobre el cuerpo, no sobre las inteligencias, las que no sufren otro imperio que el de Dios.

¿Cuál es la respuesta que puede darse a esa interpelación? ¿Se responderá, quizás, que el derecho de punir para mejorar al malvado existe en las potestades terrenas, porque él ayuda a las sociedades civiles, alejando el temor de futuros delitos?

Pero entonces hemos caído en el principio de la utilidad, principio falso, enteramente arbitrario y egoísta, al que le niegan todo respeto los mismos opositores a nuestro sistema. ¿Se dirá, acaso, que no es la utilidad, sino la tutela jurídica la que autoriza a eso, ya que si el derecho está asegurado contra toda lesión por parte del que fue interiormente enmendado, la enmienda subjetiva es un poderoso instrumento de la defensa del derecho?

Pero si se recurre a esa respuesta, nosotros hemos ganado la batalla, porque si los secuaces de la enmienda, para

dar solidez a su fundamento del derecho de punir llegan a confesar que el derecho de procurar la enmienda compete solamente al Estado, puesto que esta enmienda es un medio poderoso de tutela jurídica, resulta, entonces, que el principio de la tutela jurídica, que los adversarios invocan en su auxilio como último puntal de su edificio, viene a ser, en definitiva, el supremo principio regulador de la razón de penar, según la confesión de los mismos adversarios.

Pero no podría admitirse esa respuesta, porque tendría el vicio gravísimo de probar demasiado, en cuanto que, por temor a una posible contingencia, autorizaría la censura de la conciencia y destruiría la libertad de ésta.

Esa razón no tendría límites, y la autoridad social se convertiría en déspota de las creencias religiosas y de las opiniones políticas de los ciudadanos, y ejercerla ese despotismo nada menos que por medio del magisterio penal.

En realidad, no es definible una línea de separación que emancipe del principio ascético al principio de la enmienda, cuando éste se ha concebido en el sentido de enmienda subjetiva.

Existen delitos que nacen de opiniones y creencias políticas o religiosas. Reflexiónese qué quiere decir, frente a esos delitos, la fórmula enmienda interior del reo.

Evidentemente significa llevar al condenado a rectificarse de las convicciones religiosas o políticas que le impulsaron a delinquir. Mientras se procura obtener o haber obtenido que el condenado se encamine, por virtud de la pena, al propósito de no trascender a actos exteriores lesivos del orden político o religioso que domina en el Estado, ustedes no buscan y no obtienen otra cosa que la enmienda objetiva, la enmienda exterior, de la que hablaré dentro de poco.

Pero, para afirmar que han obtenido de ese hombre la enmienda interior, es necesario que puedan decir que ha guiado a las opiniones constitucionales al legitimista, a las monárquicas al republicano, a las católicas al dicidente, todo ello en nuestro país; y a las reformadas al católico en Inglaterra o en Rusia. ¿Y quién es el que hoy concede a la autoridad social el derecho de obtener esto mediante la pena?

Tampoco puede afirmarse que la autoridad social tenga el derecho de conducir, mediante castigos, al voluptuoso violento al aborrecimiento del sexo, al duelista a la cristiana tolerancia de las injurias, y así en otras cosas semejantes. Pero, sin ello, no se ha alcanzado en modo alguno la enmienda interior del reo.

No puede, por consiguiente, lo repito, admitirse que la autoridad social tenga el derecho de castigar por este fundamento de la corrección interna del hombre.

Puede admitirse, sí, que la sociedad tenga el derecho de procurar, mediante la pena, la enmienda objetiva del delincuente, esto es, la potestad de castigarlo con la esperanza de que en el porvenir uniforme sus propias acciones externas al precepto de la Ley. ¿Pero por qué se le concede esa potestad?

Evidentemente, porque sólo las acciones externas del hombre pueden turbar el orden jurídico, y la lesión del derecho, prevista por la autoridad, le da el poder de amenazar la pena y luego el derecho de aplicarla cuando la lesión haya ocurrido; porque la ley y su amenaza, cuando faltase la ejecución efectiva de la misma, no sería ya más que una palabra vana, tanto respecto del culpable, como respecto de todos los coasociados.

CAPITULO 5

ENMIENDA DEL REO COMO ÚNICO

FUNDAMENTO DE LA PENA

5.6 ENMIENDA OBJETIVA

La ley quedaría, de hecho, sin sanción; la amenaza sería una tonta jactancia, en la cual no encontrarían ni freno las pasiones del pervertido, ni causa de tranquilidad los justos deseos de los buenos ciudadanos. He aquí la única razón por la cual puede concederse a las potestades terrenas el derecho de punir; no para oprimir la libertad humana, sino para protegerla de los insultos que la destruirían si los actos externos del individuo se tolerasen incluso cuando fuesen lesivos de la misma.

Y he aquí que si la fórmula de la enmienda se limita a la sola enmienda objetiva, no se puede ya dar una base de razón a esa fórmula para justificar la pena sino recurriendo a la necesidad de la tutela jurídica; y he aquí que levantada la corteza de las diferentes palabras, el principio vital, supremo moderador, vuelve a ser reconocido en la defensa del derecho, y no en otra cosa.

La enmienda queda cómo un efecto consecuencia de la pena, que el magisterio punitivo no debe contrariar, sino, por el contrario, en cuanto le sea posible, facilitar y promover; pero ella no debe desviarse jamás del primitivo principio, ni hacer que se aparten del fin principal de éste sus operaciones.

El magisterio penal obedece al principio de la enmienda cuando en la aplicación material de los castigos elige aquellas formas especiales que mejor sirven para reconducir al culpable a la meditación de sus propios deberes.

Y lo obedece, asimismo, cuando intensifica su austeridad contra los reincidentes. Pero, por obedecer a ese deseo, no puede olvidar el fundamento primitivo de su legitimidad: la defensa de la ley; ni su fin principal: el restablecimiento de la tranquilidad en los ánimos honestos.

Si, por el contrario, seguimos las deducciones que los correccionalistas llevan adelante, consecuentes con el principio por ellos adoptado, encontramos que el magisterio punitivo llega insensiblemente a descuidar la defensa jurídica y a dejar a la ley sin suficiente sanción; en una palabra, olvida el deber de procurar la enmienda de todos, para correr tras la enmienda de uno solo; y, para evitar las recaídas, acelera las caídas.

Si se admite, en efecto, la supresión de las penas perpetuas; si se concede que el delincuente corregido ya no puede ser sometido legítimamente a la pena, no es ya cierta e irredimible la sanción de la ley. No es ya absoluta, es condicional, y de una condición que resulta puesta totalmente en manos del mismo culpable. Este, mostrándose arrepentido y corregido, ha adquirido el derecho de escapar al castigo. Imaginen al violador carnal que se ha vuelto impotente por una causa morbosa; al ladrón que habiéndose vuelto de golpe riquísimo, por una herencia inesperada, haya restituido lo que robó y se haya convertido en celoso partidario del derecho de propiedad; al disidente, que después de haber destruido nuestros altares en un acceso de fanático celo, se convierte de golpe a la fe católica: ¿cómo se podrán encerrar en casa de fuerza por los hurtos, por la violencia y por las profanaciones

cometidas? La enmienda se ha obtenido, y cesa la razón del castigo; cesa el fin de la pena; ella es injusta; serían bárbaros si quisieran aplicarla. ¿Cómo eximirse de tal reproche si se admite el nuevo principio regulador de la penalidad?

Pero los más entusiastas de la nueva doctrina responden a esa censura que, precisamente, debe ser así y así lo quiere el principio que sustentan, y que así lo quiere la justicia.

Del delincuente corregido, dicen, la sociedad, la ley jurídica, los ciudadanos todos no tienen ya nada que temer; por lo tanto, no hay daño alguno en dejarle impune. Fácil es sin embargo, demostrar que esa réplica procede también de una inversión de ideas y, particularmente, de limitar la fuerza moral objetiva que debe tener la pena, considerándola sólo con respecto al culpable, sin considerar que el delito tiene una fuerza moral objetiva que lesiona a todos los coasociados, intimidándolos si son buenos, o dándoles coraje para el mal si son malos.

Olvida que esa fuerza moral del delito debe, precisamente, ser reparada, y que para repararla no sirve la enmienda sino solamente inexorablemente aplicada en la medida que la ley estimó proporcionada a la necesidad de la tutela jurídica.

Por lo tanto, aunque un evento posterior al delito pueda darnos la seguridad de que el malhechor ya no atentará contra las libertades ajenas, no por esto será menos exacto que su delito ha quedado impune o castigado menos de lo que es necesario, a causa de tal evento. Lo que quiere decir que, para ese caso, ha faltado la sanción de la ley y de ello resulta que los mal inclinados, por tener el ejemplo de un delito que queda legalmente impune, se sienten estimulados en su audacia y adquieren la esperanza de conseguir lo mismo; y, por otro lado, los buenos quedan inseguros en su temor.

En una palabra, la fuerza moral del primer delito no queda vencida por ninguna fuerza contraria suficiente; ni respecto a los buenos, porque no se los ha tranquilizado, ni respecto a los perversos, a los cuales ese sistema enseña cómo se puede violar la ley, y, además, si son descubiertos, cómo pueden reducir a las mínimas proporciones el castigo con un simulacro de arrepentimiento.

Muchos delitos son, por su naturaleza, de hábito, y la enmienda, aunque sea solamente exterior, no podrá entrar en los planes del delincuente; pero en muchos otros delitos, nada cuesta al malvado predisponerse a una vida correcta, no obstante desahogar la pasión que en el momento lo consume. ¿Qué le cuesta arrepentirse y corregirse al amor furioso que raptó a la virgen que se le resistía, si con el rapto la obligó a casarse?

El pariente que acribillado de deudas pone la mano homicida sobre el pariente rico para conseguir la herencia; la adúltera que ya no tolera la autoridad del odiado marido, verán fácil el camino para arrepentirse y corregirse, ya que habrán, con el malvado homicidio, conseguido su intento. ¿Qué le queda de fuerza moral a una pena redimible con el arrepentimiento, frente a esas posiciones delictuosas?

Yo he tenido varias experiencias de estos casos, y si hubiera tenido que juzgar a los autores de atroces delitos según la vida que ellos llevaron después de la consumación del primer delito, no habría sabido de qué acusarlos.

La cesación de la pena en virtud de la enmienda no puede, por lo tanto, aceptarse sin reducir a la nada la defensa del derecho, ya que de ese modo se le quita a la pena lo que más fuerza le da, vale decir, su certeza.

Pero esto no es todo. ¿Cómo haremos nosotros para obtener la seguridad razonable de esa enmienda que aparenta el delincuente no descubierto o el delincuente condenado, el uno para evitar y el otro para mitigar el castigo?

Cuando se trate de un delito antiguo, tardíamente descubierto, se podrá tener una experiencia de enmienda en la vida intermedia, siempre dudosa, empero, porque es atribuible al temor de ser descubierto.

Pero cuando al delincuente se le ponen encima las manos sin demora, y se le encierra en prisión, ¿de dónde se obtiene una conclusión probable de su corrección? ¿Es que el sicario tuvo, en su soledad, hombres poderosos que pusieran a precio su obra infame: ¿Es que el hombre carnal que esta encerrado en una celda por cuatro o cinco años, tuvo ocasión de asaltar doncellas? ¿Es que tuvo el ladrón, al que tenéis bien alimentado y vestido, el aguijón de la necesidad y el espectáculo de la cosa ajena que atrajesen su mano rapaz? ¿Es que tuvo la joven infanticida, en su celda, la ocasión de resistir a las tentaciones de un seductor, o de luchar entre la publicidad de su deshonra y la muerte de un inocente niño? Es un sueño, una adivinación afirmar la enmienda de un facineroso mientras la parca alimentación modera sus sentidos, mientras la soledad de la celda reprime sus nervios, mientras la sirena de la ocasión no surge para seducirlo.

Y aquí, nuevamente, a esa objeción responden los maestros de la nueva escuela con el prestigioso invento de la liberación provisoria.

Nosotros no queremos, dicen, que crédulamente presten atención a toda apariencia de corrección. No. No queremos desautorizar a la Ley, no queremos cancelar la pena en que incurrió un culpable, ni derogar las sentencias judiciales. La cosa juzgada queda; queda la pena; solamente se suspende, en un momento dado, la ejecución de la misma.

Que se libere provisoriamente de la cárcel al condenado, cuando haya expiado una porción de la pena, cuando se muestre corregido; sin perjuicio de reconducirlo allí tan pronto de signos de que su enmienda no era sincera.

Por esa vía estimulan ustedes al condenado a corregirse con el aliciente de una aminoración de sufrimientos; después del egreso de la cárcel, lo tendrán bajo la continua presión del temor de ser reconducido a la pena, lo que lo mantiene en el buen sendero y, poco a poco, lo habitúa a la vida honesta.

Pero, vuelvo a preguntar: ¿cuál es la enmienda de la que pide un ensayo al condenado para liberarlo de la cárcel? No es, por cierto, la subjetiva, ya que está oculta a sus ojos tras un impenetrable velo, tanto más espeso cuanto más malicia hay en el delincuente.

No es la enmienda objetiva, porque no tienen ocasión de poderla experimentar y afirmar. Esta vaga fórmula del culpable que se muestra enmendado, ustedes no la pueden sintetizar más que en un cambio de la conducta exterior, deduciéndola de sus discursos, de su sumisión pasiva a las disciplinas de la cárcel, de sus palabras moduladas a contrición, de las prácticas religiosas por él observadas, y otras cosas semejantes.

Pero concretemos las ideas: dejemos los pensamientos huecos y descendamos a las realidades de la vida; entremos en las prisiones y descubriremos toda la vacuidad de esa fórmula.

CAPITULO 5

ENMIENDA DEL REO COMO ÚNICO

FUNDAMENTO DE LA PENA

5.7 HUÉSPEDES DE LAS PRISIONES

Ustedes creen que las cárceles se llenan de malvivientes, de gente acostumbrada a vivir en guerra con la sociedad, ociosos, vagabundos, descreídos, taberneros, mesalinas y otras gentes semejantes. Ustedes retratan las cárceles con el fantástico daguerrotipo de los novelistas modernos.

Pero esto, por experiencia propia (al menos en la provincia toscana), es un error. Esas condiciones se encontrarán en salteadores, ladrones de oficio y en una parte de reñidores y homicidas. Pero ésta no es la totalidad de los culpables, y ni siquiera la fracción mayor.

La mayor parte de los reclusos está constituida por gentes que tuvieron al comienzo una conducta regular y de apariencia honesta.

Las infanticidas no se reclutan entre las Tais, sino entre las doncellas que parecían morigeradas y cayeron por debilidad, dando el testimonio de su fragilidad por apego al honor. El duelista es, por lo común, un caballero respetado como probo y digno de honra. El falsificador de cuños era un artífice laborioso, industrioso, hábil, que no contento con las ganancias ordinarias, fue estimulado por su misma habilidad a obtener mayores lucros por la vía ilícita.

Ese empleado corrompido, ese curial prevaricador, ese notario falsificador de contratos, eran hombres de vida regular, a quienes la urgencia de una necesidad o la fascinación de un lucro crecido, momentáneamente sedujo. Lo mismo el perjurio; el raptor de la doncella, a quien acometió un amor frenético; la esposa seducida por el insidioso corruptor, con deshonor del tálamo; el colono que se arrebató de ira y rompió en mortales violencias contra el ladrón del fruto de sus largos sudores; aquel que por exceso de celo religioso pasó a vías de hecho; el capitán de nave que hizo baratería de las mercancías que le fueron confiadas; el mercader que, afectado por un desastre, buscó repararlo con la quiebra dolosa; todos ellos, nada ofrecen en sus conductas que sea censurable. ¿En qué, pues, deben ellos cambiar las costumbres de sus vidas?

La sirvienta que atraída por la ocasión ha robado a sus patrones, consumió su vida fatigosamente sirviendo a otros para ganarse el pan; el ladrón mismo, incluso el más común, sale a menudo del grupo de los trabajadores más asiduos, que sudan con la azada el día entero para ganarse un franco, con general confianza. Yo no encuentro sentido práctico en la fórmula "mostrarse corregido", aplicada a esos casos que son los más frecuentes.

Comprendo que pueda mostrarse corregido el vagabundo que en las cárceles aprendió un oficio y se habituó al trabajo. Pero la experiencia me muestra que no son estos vagabundos los que llenan las prisiones.

El vicio será, a menudo, preludio del delito; pero no todos los delitos comienzan con el vicio. Y entonces, ¿cuál será la enmienda que debe mostrar el condenado? No se trata, por lo demás, de cambiar hábitos de vida; se trata de frenar, en un momento dado, el ímpetu de una pasión, la violencia de una necesidad, la fascinación de una ocasión. ¿De dónde sacáis, por lo que respecta al hombre que encerrado en su celda no se encuentra ya en presencia de aquel impulso, de aquella fascinación, de aquella violencia moral; de dónde sacáis el criterio para considerarlo maduro de penitencia? ¿De sus palabras, de sus protestas? Pero de éstas es muy fácil que se muestre generoso quien, con ello, espera mejorar su suerte.

En segundo lugar, yo pregunto: ¿quién será el juez de semejante muestra de corrección; quién será el árbitro de acordar o negar la excarcelación provisoria, cuáles las formas, cuáles las garantías que rodearán a esa importante decisión?

Evidentemente, los supremos reguladores del arduo problema serán los que gobiernan la prisión; evidentemente, ninguna solemnidad de formas dará al público una seguridad de la leal aplicación de la medida y del mérito o del demérito del recluso liberado y del retenido.

Las simpatías y los favores ejercerán su funesta influencia en la emisión de un juicio tan elástico e indefinido; y cuando realmente no la ejerzan, el público sospechará de ello; y esto basta.

En tercer lugar, yo pregunto todavía: ¿cómo se definirán los hechos que deben reconducir a la cárcel al liberado; quién será el juez de ellos, cuáles las formas y las garantías del juicio? ¿Recaerá en la pena sólo por una sospecha, o para ello se requerirá una nueva y verificada infracción de la ley?

Esto no, ya que entonces no tendríamos otra cosa que un nuevo método para reprimir la reincidencia, radicalmente errado, porque mediría la represión no por el nuevo, sino por el primer delito.

Deben, por consiguiente, según el concepto del nuevo sistema, bastar las sospechas para que el liberado tenga que volver a sufrir totalmente la durísima pena. Y entonces, ¿no se introducirá aquí la protección por un lado, y la persecución por el otro?

Hoy ya no se tolera que sin un proceso regular, sin pruebas, sin el auxilio de la defensa y de la discusión pública, se obligue a un hombre a padecer ni siquiera unos pocos días de prisión. ¡Cómo admitir, entonces, que a un hombre se lo someta a cinco años o más de casa de fuerza (que a tanto puede ascender la pena suspendida) sin ninguna garantía, sin verificaciones solemnes, por la sola tenebrosa investigación de la policía o por la venenosa confianza de hostiles calumniadores!

En cuarto lugar, yo pregunto: ¿cuál será el efecto moral que ejercerá sobre el ánimo de los ciudadanos el espectáculo de un condenado a diez años de reclusión, que después de seis años es lanzado de nuevo al seno de la sociedad; Cuál el efecto de ver una sentencia solemne de magistrados convertida en palabra vana por los artificios de un malhechor, por los oráculos de un arcano poder que actúa en la sombra?

La conciencia de los buenos no sacará de ello, seguramente, indicios de seguridad. Y si llega a suceder que el liberado vuelva pronto a cometer graves delitos, ¡Cuál no será la perturbación de los ánimos!

Ciertamente, toda persona honesta deberá entonces, atemorizada, dirigir amargo reproche a la autoridad que olvidó la defensa del orden para dar fe a las mendaces promesas de un malvado, o para ceder a una mal entendida misericordia.

La sangre de una sola víctima que el recluso liberado haya derramado para tremendo desahogo de una atroz venganza, suscitará perpetuo grito de anatema contra una aspiración piadosa que sacrifica la vida de los buenos a la manía de mejorar a los perversos. Y sobre estos últimos, ¿cuál será el efecto moral de tal temperamento?

Sin duda, a la usual confianza en no ser descubiertos, se agregará la subalterna esperanza de escapar a la pena, en el peor de los casos a una gran parte, cuando no se consiga escapar a toda. Se le añade un peldaño al altar de Laverna; se aumenta la fe que perpetuamente tienen los malvados en la mentira.

Mentir delante de los jueces para vencer las pruebas y quedar impunes. Mentir después, delante de los superiores del establecimiento, para reducir a menores proporciones la justa penalidad decretada.

He aquí dos puertas abiertas a la esperanza de los mal inclinados.

Aun suponiendo que el expediente ayude a disminuir las recluidas, lo cierto es que en la misma medida perjudicará, haciendo más fáciles las caídas, cuántas más sean las vías para escapar al castigo. La eficacia del derecho penal tiene aquí su mayor enemigo. Ella decae cuanto más se refuerza esta poderosa excitadora del delito, esta perpetua destructora de la fuerza moral de la pena que es la esperanza de impunidad.

Cuando el magistrado, con arduo trabajo, con largas investigaciones ha llegado a vencer las defensas y las artes de un astuto malhechor, éste no ha perdido totalmente la batalla. Sí no ha conseguido engañar a sus jueces, podrá todavía conseguir engañar a los bonachones, a los guardianes, a los directores de la cárcel: al descaro de las negativas que resultaron vanas en la primera contienda, sucederá la ingenuidad de las confesiones, la ostentación de los remordimientos en la segunda guerra; y antes o después, la segunda tela del engaño será tejida de modo que las cadenas que el juez había impuesto al culpable, éste podrá mostrárselas, a despecho de aquél, despedazadas. Mi malicia, le dirá, fue más poderosa que tu espada.

¿Y creen ustedes que los hombres de buena fe resistirán la prueba cuando bajen a medirse con la perfidia de un malvado?

Oh, a cuántos de estos bonachones he visto yo ensalzar la bondad de un condenado que había caído bajo su patrocinio; y a mí, que conocía la intimidación de aquél, mucho más que ellos, me exageraban la dulzura de su ánimo, su arrepentimiento sincero. ¿Pero con qué resultado? A la primera prueba, la máscara cayó, y la bestezuela de Esopo, que por el poder de Júpiter había tomado las formas de mujer, no había perdido su índole primitiva.

CAPITULO 5

ENMIENDA DEL REO COMO ÚNICO

FUNDAMENTO DE LA PENA

5.8 LIBERACIÓN PROVISIONAL

Visto bajo el aspecto meramente empírico, el método de la liberación provisional no puede ser considerado sino como grávido de peligros para la tranquilidad social. Por ese sistema viene a darse coraje al mal inclinado, temor a los buenos; se turba el orden de las jerarquías, arrojando las sentencias de la magistratura a merced de la potestad inferior que respetuosamente debe ejecutarlas; se abre el camino a arbitrios peligrosos, al descrédito de la justicia; se aumenta la timidez de los testigos para declarar, las sospechas de los ofendidos para denunciar; y, en general, se disminuye la seguridad y la opinión de la seguridad.

Pero, aunque fueran imaginarios todos esos temores, ¿podría, no obstante ello, sostenerse frente a la ley jurídica la cesación de la pena por el sucesivo arrepentimiento, por sincero que fuera, del reo? Esto es lo que nosotros no podemos admitir frente a los genuinos principios del derecho de punir, el cual no puede jamás construirse sobre una base sólida, sino remontándose por una o por otra vía, a la necesidad de defender el derecho.

La defensa del derecho no es completa si no se muestra eficaz respecto a todos, vale decir, tanto respecto al que violó la ley, como respecto a aquéllos que no la transgredieron todavía.

Ahora bien, aun cuando sucediera que una superior revelación nos asegurara que el malvado ha vuelto sinceramente a la vida honesta, que ha renegado de sus malas tendencias, que ha formado con sólida resolución propósitos virtuosos; cuándo, en una palabra, por una celestial revelación estuviésemos seguros de que ese hombre no volverá a delinquir, ¿qué seguridad habremos adquirido con eso? La seguridad con respecto a ese individuo.

Pero el peligro quedaría, no obstante, respecto a los demás; y si por la enmienda de aquél se revocara la sanción del precepto se abatiera el dique de la pena, el espectáculo de la pena abolida o reducida a proporciones menores de las que exige la necesidad de la tutela jurídica, aniquilaría a ésta con respecto a los demás que no vieron ya en esa sanción la consecuencia inevitable del delito.

Para justificar la teoría de la enmienda, es necesario también, como ya dije, remontarse al principio de la defensa, porque no podría legitimarse el derecho de la sociedad a imponer la corrección, sino por la necesidad de la salvación común. Sin esto sería un abuso de fuerza inspirado por un ascetismo incompatible con la libertad humana.

CAPITULO 5

ENMIENDA DEL REO COMO ÚNICO

FUNDAMENTO DE LA PENA

5.9 PRINCIPIO DE LA DEFENSA

Ahora bien, si es forzoso remontarse al principio de la defensa, para ser lógicos, para no ser injustos, el principio de la defensa no puede coartarse sólo con respecto al delincuente.

La pena es una necesidad impuesta por la ley suprema del orden, porque no puede existir precepto sin sanción. El que ofendió el derecho violó el precepto, y la sanción debe alcanzarlo tal cual y en la medida que se reputó justa y conveniente para todos.

Sí se pone en poder del culpable el modificar la sanción, se destruye la autoridad de la ley. Al precepto, que es puro y absoluto, se le da una sanción condicional; y una sanción condicional no es sanción.

El sublime principio cristiano de la redención de la culpa es santo y sin peligro, mientras la punición de la culpa se amenace sólo con relación al pecador. La mente suprema pudo imponer a la criatura la ley que quiso para su mejoramiento, e imponerle el deber de perfeccionarse a sí misma.

Pero, ¿puede llevarse seriamente la teoría de la pena humana a este ámbito estrecho? ¿Puede concebirse que el hombre (excepto por la suprema razón de la auto-conservación) tenga autoridad para imponer a otro hombre que se haga bueno, y para martirizarlo porque alimenta malas propensiones?

Si se quiere partir del principio de la justicia, la irredimibilidad de la pena es un axioma. Si se parte del principio de la defensa, es una necesidad lógica. Si se parte de la necesidad de una sanción a la ley natural, es repugnante que la sanción sea elástica de modo que quede en poder del violador sufrirla o evitarla.

Siempre la pena debe concretarse en un mal que aflija el cuerpo, que oprima el espíritu y despierte en él la conciencia del propio deber, reconduciéndolo a respetar la ley. No puede jamás, sin contradicción, convertirse en un beneficio, en una medida paternal que se adopte principalmente en ventaja de quien desmereció frente al Estado.

Las relaciones entre el hombre y Dios son todas internas; las relaciones entre el hombre y la sociedad son todas externas; y cuando las condiciones de las mismas fueren desequilibradas materialmente, el remedio no puede ser sino material.

El delito impone un deber de reparación por el mal causado a la asociación, que no se cumple ni con la indemnización al lesionado, ni con las lágrimas del arrepentimiento, ni con la reconciliación con Dios.

No es posible afirmar que el retorno del culpable a la buena senda baste para eliminar los efectos del mal ejemplo, para aquietar la alarma de los buenos. La confusión del principio ascético con el principio político es doblemente perniciosa. Perniciosa, cuando conduce a un celo fanático a castigar la fealdad del alma del pecador que no ofendió al derecho; perniciosa, cuando lleva a olvidar la lesión del derecho por la purgación del alma del delincuente.

Quisiera aceptar la fórmula: que ya no sé castigue, sino que se corrija; pero no puedo llevar mi mente a la persuasión de que haya en ese programa ni utilidad ni justicia.

Punir, por consiguiente, y corregir, es la verdadera idea sobre la cual debe asentar su disciplina el derecho penal.

No exacerbar al caído con castigos enormes; no cerrarle el camino de la enmienda truncándole la vida; no empujarlo a la perdición con penalidades corruptoras.

Procurarle, con el dolor de la pena, la corrección, como consecuencia natural del hecho o del modo. Punir benignamente y con sapiencia civil, pero punir inflexiblemente, para que la defensa común se fortifique con doble fuerza.

Y si se quiere alimentar en el encarcelado una esperanza que sea para él una incitación al bien, que se lo haga aliviando su aislamiento, o de otros modos, pero no con la restitución anticipada de la libertad.

El sistema penitenciario, que reconduce al bien al extraviado por el camino de las meditaciones solitarias, sea su protección frente a las recaídas; y que se conserve y se amplíe con toda fuerza ese método saludable. Pero, frente al peligro de las caídas, que el derecho penal conserve toda su independencia, toda su potente majestad.

El magisterio penal debe mirar como aliadas a las disposiciones administrativas que se adoptan para mejorar al culpable, acoger con aplauso la caridad ciudadana que estudia las vías para enmendarlo, en su beneficio y en el de todos.

Pero no se olvide jamás que él es el primer guardián del derecho, el soldado de la seguridad común, y no permita que la piedad lo desarme y lo derribe del trono.

No reniego de la bandera humanitaria bajo la cual milité por tantos años. Antes bien, quiero presionar los ánimos en torno a ese sagrado estandarte, y hacer valerosos campeones del mismo. Pero debo advertir contra las exageraciones, precisamente porque temo que el mal fruto de éstas pueda valerse del miedo para llevar de nuevo al derecho penal bajo la funesta dominación del terror, ya que la idea feroz, aunque vencida, no desiste insidiosamente de las amenazas ni de los malignos conatos de una lucha obstinada.

Fue nuestra Italia la primera en abatir esa sangrienta dominación. Que sea la escuela italiana la prudente conservadora de los grandes beneficios conquistados por la civilización moderna.

CAPITULO 6

TUTELA JURÍDICA

6.1 FUENTES REMOTAS DEL DEREHO PENAL

Luego de habernos sentado otra vez, fraternalmente, al banquete de la ciencia, nos volvemos a encontrar como viejos conocidos, habituados ya a entenderse los unos con los otros, lo cual me permite preludiar este año mi curso.

Los conmino a considerar el derecho penal en sus fuentes más remotas, a fin de mostrarles que está en la primitiva intención del Creador, estrechamente ligado con los destinos progresivos de la humanidad.

El arte práctico de distribuir y aplicar las penas a los malvados, si está bien dirigido, es un instrumento poderoso del progreso civil, y si está mal dirigido, es, por el contrario, una causa de gravísimos tropiezos para el perfeccionamiento humano, un conservador de la barbarie, un corruptor y no un educador de los pueblos.

CAPITULO 6

TUTELA JURÍDICA

6.1.1 Fundamentos de su Genesis

Los fundamentos de donde extrae su génesis son el derecho en general, y el derecho punitivo en particular, son hechos ya claros para vuestros intelectos y arraigados en vuestras convicciones. Nutridas en la leche de una sana filosofía, vuestras mentes están puras de los errores insensatos del materialismo y de las nebulosas visiones del panteísmo.

El materialista confundió el alma con la vida, y, negando a Dios, lanzó al universo en poder del fortuito amontonamiento de los átomos.

El panteísta confundió, a su modo, la vida, el alma y Dios; y negó, así, a Dios su carácter esencial, esto es, el de un ser distinto de todos los otros seres; y unificó la causa con el efecto, el Creador con lo creado.

La sana filosofía parte de la base de la separación de tres series distintas de seres:

- la materia, ora inerte, ora dotada de vida según la variedad de sus transformaciones;
- el alma, dada al hombre como un privilegio especial, puro espíritu, inmortal y dotada de razón y de libertad, y por ello responsable de sus actos.

Dios, ser que precede a todos los seres y creador de todos. Ser por su naturaleza bueno, poderoso y sabio; infinito en su bondad, en su poder y en su sabiduría.

Reconocido de este modo, sobre la base de esos dogmas, como causa preexistente al universo, un ser creador, infalible en su bondad y en su sabiduría, es lógicamente necesario de ello este corolario:

- que el Creador debe haber tenido un fin en la creación;
- que este fin debe ser bueno; y
- que este fin no puede dejar de alcanzarse por quien todo lo sabe y todo lo puede.

CAPITULO 6

TUTELA JURÍDICA

6.1.2 La creación

Este fin es impenetrable para nuestras pobres mentes, porque, precisamente, es el secreto de Dios.

Nosotros no podemos más que tener por cierta, por la misma naturaleza de Dios, la bondad de ese fin y su seguro advenimiento, y entreverlo confusamente, acaso a través de millares de siglos, con la fórmula de un indefinido perfeccionamiento de lo creado. Vale decir: de un perfeccionamiento del mundo físico y de un perfeccionamiento del mundo espiritual.

Teniendo como apodíctica esa verdad de una ley eterna conservadora de lo creado, la cual marcha con impulso uniforme, continuo e incesante (aunque, por su mesurada lentitud, insensible a nosotros) hacia un mejoramiento indefinido, forzoso es reconocer un orden que ab eterno la providencia del Creador ha impuesto al universo y tanto al mundo físico como al mundo espiritual; orden que es instrumento de conservación y de incesante progreso. Orden que arrastra consigo todo obstáculo que intente detenerlo, porque es omnipotente por el impulso recibido de la omnipotencia celeste.

Esta ley eterna no puede ser desconocida sin renegar de la providencia o de la sabiduría de Dios.

Pero, ¿cómo procede el Creador al mantenimiento de este orden?

Él no procede, y no podría proceder, a su fin con medios variados y modificables, como son aquéllos de que se vale el corto intelecto del hombre.

Su instrumento de orden no puede ser sino una ley constante, inmutable; y esta ley debe resumirse como su primer impulso en un principio único y universal.

La variación implica la enmienda. El cambio de modos de acción presupone el error y el aleccionamiento de la experiencia.

Pero Dios no puede errar, ni tiene necesidad de experimentos para conocer las vías que conducen al cumplimiento de sus designios.

Ahora bien, ¿cuál es este principio único, universal, indefectible, por el cual actúa la ley del orden en el universo?

Es el principio de atracción.

CAPITULO 6

TUTELA JURÍDICA

6.2 PRINCIPIO DE ATRACCIÓN

En la atracción se resume el supremo principio al cual Dios, después del hecho portentoso de la creación del mundo físico y del mundo espiritual, confió el impulso, la conservación y el progresivo perfeccionamiento del uno y del otro.

El principio de atracción, que en el lenguaje científico se expresa con el mismo vocablo atracción, ya de afinidad, cohesión, instinto, armonía, simetría, cuando se aplica al mundo físico; y se expresa con el mismo vocablo atracción, ya de tendencia, aspiración, simpatía, cuando es aplicado al mundo espiritual.

Pero la variedad de los vocablos no excluye la identidad del principio, que se unifica en una fórmula y en un concepto absoluto y constante: tendencia de todos los seres creados a unirse con los seres homogéneos. Y por consecuencia de la ley de los contrarios: tendencia en todos los seres creados a rechazar de sí a los seres heterogéneos. De donde los opuestos vocablos de repulsión, desacuerdo, antagonismo, aversión, antipatía y otros semejantes.

No corresponde a mi enseñanza mostrarles el modo indeterminable y vario, pero siempre uniforme y seguro, con el cual ese principio de atracción ha ejercido y ejerce sus funciones motrices, conservadoras y perfeccionadoras en el mundo material. Aunque el tema sea vasto y seductor, no quiero dejarme llevar a la contemplación de los efectos que, en su totalidad, remontan en el mundo físico, como a su primera causa mecánica, al principio de la atracción.

Baste decir que si comienzan por la consideración de las esferas celestes, hasta el más ínfimo ser de, encontrarán dondequiera, en ese principio, la fuerza primaria que lo constituyó y que lo mantuvo en sus particulares condiciones.

A él le deben, el diamante su solidez, las plantas su vegetación, los animales su nutrición; en él, en una palabra, reconoce el universo el prodigioso instrumento con el cual la sabiduría divina condujo al orden a lo creado y lo conservará hasta el fin.

Mi misión me llama a contemplar solamente los estupendos fenómenos producidos por aquel principio en el mundo espiritual, para mostrar, en el mismo, la primera génesis de la sociabilidad humana y la primera causa del derecho penal.

No puedo, sin embargo, abstenerme de observar que tanto en los cuerpos como en las almas, no es posible concebir un perfeccionamiento sin un contacto recíproco de cuerpo con cuerpo, de alma con alma.

Y es una verdad incontestable que así como un átomo de materia, mientras quede enteramente aislado del contacto de otros cuerpos, permanecerá perpetuamente él mismo, así también un alma humana que no tenga jamás contacto con otras almas semejantes, podrá progresar en el desarrollo de su inteligencia, y para ello le bastarán los sentidos de los cuales está dotada por maravilloso y arcano mecanismo, y el contacto de aquéllos con cuerpos exteriores, pero no podrá jamás dar un paso en su perfeccionamiento moral, sin la ayuda de la comunicación con otras almas, a menos que un contacto, aun momentáneo, con Dios, merced a una revelación, no guíe a esta alma dispersa en el sendero de las abstracciones.

La cohesión y el roce son indispensables para todo progreso físico o moral.

El orden es, por consiguiente, una perpetua elaboración de lo creado, merced a la cual todos los seres, uniéndose recíprocamente y ayudándose según su naturaleza, se conducen lentamente, pero con incesante avance, a ese indefinido perfeccionamiento que se cumple según designios divinos en esta séptima jornada, de la cual nuestra vida rapidísima no es más que un momento.

Pero si el Creador reposa, no cesa por esto de progresar su obra.

En esta jornada, la transformación de la materia se opera mediante el contacto de los cuerpos.

La purificación de los espíritus se obtiene por el mutuo contacto de las inteligencias.

Pero la naturaleza del hombre es doble. Tiene un cuerpo, tiene sentidos, tiene un corazón en el cual se exterioriza su naturaleza sensitiva. Y como cuerpo sensible, está sometido a todas las leyes del mundo físico, a todos los apetitos de los seres dotados de vida.

Él tiene, además, un alma inteligente y libre. Y ésta su segunda naturaleza le da el conocimiento del bien y del mal, le da la razón para juzgar y elegir, y, de tal modo, una mente por la cual está sujeto a todas las aspiraciones de la misma y a todas las leyes del mundo moral.

Ahora bien, cuando fue el caso de preguntar por qué los hombres vivían asociados entre ellos, un filósofo osó responder, y cien seudofilósofos repitieron, que ello había ocurrido por libre elección de los hombres, que esta asociación era contraria a la primitiva ley natural, la cual había destinado a los hijos de Adán a vivir aislados y vagando sueltos, como bestias, por los campos.

Pero esta utopía, que indujo a tantas fantasías en tiempos no muy lejanos; este estado extrasocial y ferino al cual se soñó que estaba destinada, por su naturaleza, la humanidad, es una fábula si se la considera históricamente, y sería un estado contra natura si se la mira hipotéticamente.

Es la naturaleza misma del hombre la que lo destina a la vida de asociación, tanto si se considera al hombre simplemente como cuerpo, como si se lo considera como ser dotado de alma inteligente y razonable, que lo constituye en un estado de responsabilidad moral.

Yo digo que la asociación de los hombres es, en primer lugar, una ley del mundo físico. Y este aserto lleva directamente a la consecuencia de que aun cuando los hombres no fuesen otra cosa que puros animales, sin alma, sin razón, sin responsabilidad moral, tal especie de animales brutos estaría, por su naturaleza física, destinada a una vida sociable. Tenemos el ejemplo de ello en varias especies de brutos; la abeja, la hormiga, el castor.

Las necesidades físicas del hombre en su primera edad y en las diversas vicisitudes de su vida terrenal; la debilidad de su fibra; su condición inerme respecto a los animales feroces, cada uno de los cuales, como individuo, es en uno u otro de sus sentidos muy superior al hombre. Cien consideraciones, en una palabra, muestran que la raza humana deberla extinguirse rápidamente si sus necesidades no fuesen socorridas por la mutua asistencia de los propios semejantes, asistencia que sólo puede obtenerse merced a una asociación habitual y constante.

Si ocurriera que una abeja, vuelta de golpe capaz de hablar y de discurrir ordenadamente, nos dijera:

Las abejas, en su origen, erraban libremente en los prados, y cada una vivía por su cuenta; pero a ciertos antepasados nuestros les pareció bueno reunirse en una colmena, y así se hizo después, en prosecución de esa concordia; ¿qué responderían ustedes a esa abeja razonadora?

Se reirían de la soberbia idea, y mostrando a la abeja su destino sobre la Tierra, le dirían que la aptitud para fabricar cera y miel, no pudiendo desarrollarse sin una asociación, muestra que fue la naturaleza misma de las abejas y no su deseo lo que las condujo a una vida social.

De igual modo, el hombre, aun considerado meramente como parte del mundo físico, está destinado a la vida social, no sólo porque ésta es indispensable para la conservación de la raza, sino también porque en la perpetua elaboración de la materia, los cuerpos humanos ejercen una función mecánica, que según los designios de la Providencia coadyuva a esa elaboración.

Es en este sentido que los modernos geólogos han demostrado que prescindiendo de toda consideración a la naturaleza moral del hombre, su asociación debe reconocerse como un hecho cosmogónico.

El hombre, no sólo con respecto a sí mismo tiene físicamente la necesidad de asociarse.

La tiene también con respecto al resto de las cosas creadas, porque las artes, las industrias, el brazo del hombre en una palabra, tiene, en los designios de Dios, la misión de imprimir el movimiento a la materia inerte y acelerar sus providenciales transformaciones.

Todo, en la mano de Dios, es instrumento para sus fines; y siempre instrumento útil, nunca inútil. No importa que nuestras débiles mentes no conozcan esos fines ni el modo con el cual los seres terrenos sirven para procurarlos.

Basta tener fe en la sapiencia divina para creer que nada inútil se hace en cuanto se hace por obediencia a sus leyes.

Todos los seres que se agitan en la onda de la vida aquí en la Tierra; todos, desde el hombre hasta el más vil insecto, realizan una continua elaboración y transformación de la materia.

Y nosotros, aunque ignaros del último resultado que se obtendrá de ese incesante cambio, debemos confiar en la

sapiencia de quien así lo quiso, y creer que todo ello tiende a un último y grandiosísimo efecto; y debemos confiar en la bondad del mismo, y creer que este último resultado debe ser un bien. Un bien desconocido para nosotros, escondido todavía en las profundidades de la mente divina, pero bien grande y seguro, ya que el Eterno, de tantos modos, impele hacia él a lo creado.

CAPITULO 6

TUTELA JURÍDICA

6.2.1 La Sociabilidad

La sociabilidad del hombre es, por lo tanto, ante todo una ley física. Y el hombre tiene en su mismo cuerpo el principio de atracción hacia los otros hombres, que actúa sobre él aun antes de que la inteligencia haya dado un rayo de luz, y que lo conduciría a la vida social aun cuando él estuviese perpetuamente reducido a tener por guía el solo instinto animal.

Deduzco de ello que la asociación humana tiene, en los designios providenciales, un primer fin, totalmente material. Y este fin es la ayuda recíproca.

Pero, a la contemplación de las maravillas del mundo material, que son grandes, aunque con los ojos no alcancemos a ver más que una pequeña parte, suceden las maravillas del mundo espiritual, al cual es necesario que nos elevemos con las fuerzas del intelecto para que no nos formemos después de él más que un pálido e indefinido concepto.

Pero de todas las maravillas del poder divino, las más arcanas al entendimiento humano son aquellas que recaen sobre el mundo espiritual y sobre el modo con el cual éste actúa con tanta energía y con tanta rapidez sobre el cuerpo del hombre. De todos los prodigios de la omnipotencia divina, la obra más maravillosa que nosotros conocemos es el hombre. No sólo por su organismo corporal, que es admirable, sino por este acoplamiento del espíritu con la materia.

Nosotros podemos concebir el modo con el cual una potencia sobrehumana, poniendo en movimiento fuerzas inmensas y perpetuas, ha dado el orden al caos; pero el modo de acción del espíritu sobre el cuerpo y de reacción del cuerpo sobre el espíritu, es un portento sobre el cual el filósofo en vano concentra sus meditaciones. Y el vértigo que lo envuelve en esa contemplación le revela que él ha puesto su audaz mirada en un abismo impenetrable para el ojo humano.

Empero, la conjunción en nosotros de esas dos diversas naturalezas, es un hecho que nosotros sentimos y que nuestra razón nos confirma. Y lo poco que Dios ha permitido que nosotros comprendamos de ello, basta para convencernos de que el hombre tiene un alma inmortal; que esta alma tiene un porvenir; que este porvenir depende de la conducta interna y externa del individuo sobre la Tierra. Y que, así, el hombre, ser moralmente libre, tiene aquí abajo deberes que lo ligan, por los cuales su destino lo llama a procurar con toda su fuerza el propio perfeccionamiento moral.

Y encontramos también aquí un principio de atracción universal en él género humano, que se expresa con la fórmula de aspiración de la verdad, innata en el alma humana y que se desenvuelve en la aspiración de lo bello, de lo bueno y de lo justo; aspiraciones que cualquier hombre todavía no irreparablemente perdido en el camino de la corrupción, es preciso que confiese, por poco que entre en la contemplación interna de sí mismo.

Además, el hombre tiene una aspiración de afecto hacia sus semejantes, que también es sentida por todos, y sentida incluso por aquellos que, seducidos por una falsa escuela, hacen como si negaran.

Hubo, por desgracia, también aquí un filósofo fundador de una secta atrabiliaria y funesta, que puso al odio como supremo principio de las relaciones entre los hombres, para después no reconocer otro fundamento del derecho que la preponderancia de la fuerza brutal.

Hobbés, encontrando que el hombre se amaba muchísimo a sí mismo, extrajo de esto la consecuencia de que ese amor lo llevaba, por su naturaleza, al ocio de todos sus semejantes, porque en ellos encontraba obstáculos para la satisfacción de sus propias necesidades.

Pero el sofisma hobbesiano es palpable. El ocio del hombre hacia el hombre no es más que una excepción dependiente de aberraciones malvadas, o de colisiones fortuitas. La necesidad de convivir con los propios semejantes, de amarlos y de ser amado por ellos, es la condición ordinaria y universal del hombre.

Y por el contrario, el amor de sí mismo, en el que se quería encontrar una perpetua causa de aborrecimiento, es la primera causa de la aspiración de afecto de los hombres hacia los otros hombres, porque el hombre, amándose a sí mismo, es llevado a amar a los otros, en los que ve la semejanza de sí mismo.

En la razón de semejanza está la fuente de la simpatía, como en una razón de desemejanza está la fuente de toda antipatía.

Hay, por consiguiente, en el hombre, un desenvolvimiento del principio de atracción hacia los otros hombres, incluso bajo el aspecto de la simple sensibilidad moral, independientemente de cualquier propósito de cálculo, independientemente de cualquier necesidad o relación física; y he aquí, en el alma humana, un impulso congénito que converge con el impulso de las necesidades físicas a empujar a la humanidad al estado de asociación.

Y es necesario que así sea, por la ley eterna del orden. Porque así como el género humano tiene necesidad de la coasociación para conservarse físicamente y procurar lo mejor de su existencia material, así también él necesita el estado de sociedad para alcanzar el fin de su moral perfeccionamiento.

Jamás podría concebirse la idea de virtud y de honesto vivir en un hombre que estuviese solo en una isla deshabitada. Pero podría esperarse un perfeccionamiento moral en el hombre perpetuamente aislado.

La asociación, no sólo conduce al hombre a mejorar, convirtiendo en hábito la expansión de los sentimientos nobles determinados por las ocasiones que ofrece para el ejercicio de la benevolencia fraterna, por el ejemplo seductor de las mismas y por los goces que da el intercambio de los gratos y amorosos afectos, sino que, aún más, la asociación es, por sí misma, incentivo de progreso moral por el ejemplo recíproco y por la insatisfacción que causa al hombre el verse objeto de desaprobación y de aversión por parte de sus semejantes.

El principio de atracción, aplicado al mundo moral, conduce a esto: que siendo innata en el corazón humano la aspiración al bien, los hombres sean, por espontáneo impulso, impelidos a alabar y amar al que obra bien, y a censurar y huir del que obra mal.

Ahora bien, siendo la necesidad de amar inseparable de la necesidad de ser amado, el deseo de procurarse el

afecto y la estima de los demás es, en el hombre, vivísima incitación a purgarse de toda torpeza moral.

CAPITULO 6

TUTELA JURÍDICA

6.2.2 Educación recíproca

He aquí, por lo tanto, una segunda razón por la cual el estado social debe ser reconocido como el único que la ley de su naturaleza prescribe a la humanidad, incluso independientemente de toda necesidad corporal y de toda necesidad de recíproca ayuda material.

He aquí el segundo fin a que sirve, por la ley eterna del orden, la asociación de los hombres. Fin que yo llamaré de educación recíproca, y que se obtiene merced a la instrucción, al ejemplo, a la censura; en una palabra, mediante el contacto o el roce de las almas.

La educación recíproca se realiza espontáneamente entre todos los hombres reunidos, y se realiza por el predominio de las buenas aspiraciones; de donde, así como el hombre aislado se embrutece, el hombre asociado se civiliza. Y los dos modos en que se exterioriza esa fórmula de la educación recíproca, son la instrucción y la censura. La instrucción, que incluye el ejemplo, merced al cual los hombres se aleccionan recíprocamente y se incitan a hacer el bien; la censura, merced a la cual los buenos mortifican con su desprecio y con sus reprensiones al que ha obrado mal.

La vida moral e intelectual de cada individuo comenzaría con él y se extinguiría sin fruto en el breve lapso de su vida física. La sola coasociación puede crearle a la humanidad el poderoso instrumento de la tradición. Por ese instrumento, las generosas hazañas de los antepasados se mantienen vivas ante los ojos estupefactos de los descendientes, y los instruyen en las grandes virtudes por las cuales tantas conquistas que la inteligencia humana hizo y hace de continuo en el reino de lo ignoto, pudieron, como acumulado tesoro, transmitirse de generación a generación, y abrir el camino a los estupendos descubrimientos en las industrias y en las artes que forman el orgullo de nuestro siglo.

El desarrollo moral e intelectual de la humanidad sería no sólo imposible, sino inconcebible sin la coasociación.

Pero el fin de la ayuda recíproca y el fin de la recíproca educación, no son los únicos para los cuales la ley natural impuso al hombre el estado de sociedad. Hay un tercero, que es el que viene a guiarnos en nuestro terreno; vale decir, el fin de la tutela del derecho.

El hombre no está ligado solamente con los demás hombres por relaciones físicas y por relaciones morales. Está ligado también por relaciones jurídicas.

La naturaleza del hombre, en cuanto ser moralmente libre y responsable de sus propias determinaciones, lo somete a deberes. De ahí la ley moral que gobierna a la humanidad.

Ahora bien, no podría concebirse la sujeción a una ley moral, no podría reconocerse en la humanidad el vínculo del deber, si no se reconocieran también en ella derechos, y, precisamente, todos aquéllos que son necesarios para ejercer tales deberes.

La ley habría sido absurda y contradictoria consigo misma, si mientras impone al hombre el cumplimiento de ciertos deberes, no le hubiese concedido el derecho de ejecutar aquellos actos sin los cuales el deber no podría cumplirse.

Si el hombre tiene el deber de conservar su propia existencia, es preciso, sin duda, que tenga la facultad de apropiarse las cosas necesarias para tal conservación; es preciso, sin duda, que tenga la facultad de defender su cuerpo de las ofensas de una injusta agresión.

Si el hombre tiene el deber de ilustrarse para la búsqueda de la verdad y del modo de vivir honesto, es preciso, sin duda, que tenga el derecho de comunicar libremente a otros sus propios pensamientos.

Si el hombre tiene el deber de proveer a su salvación eterna, es preciso, sin duda, reconocerle el derecho a la libertad de conciencia.

Todo deber que domine al hombre, trae consigo la necesidad de un derecho correlativo a ese deber, y la suma de tales derechos se resume en la libertad externa del hombre.

De tal modo, ya desde un siglo a esta parte, los mejores publicistas han llegado a estar concordes en reconocer esta verdad: que los derechos del hombre tienen su origen y su fundamento no en la fuerza, ni en la ley humana, ni en las necesidades, ni en la utilidad, sino únicamente en el deber.

La ley del derecho existe como ley primitiva, absoluta, congénita al hombre; y no creada según su farmacia o por transitoria oportunidad.

Ella es una parte de la ley eterna del orden, la cual, desde el primer momento de la creación, y a fin de que el hombre pudiera cumplir su destino sobre la Tierra, le dio la facultad de ejercer libremente sus fuerzas para la satisfacción de sus propias necesidades, con la sola condición de ejercerlas sin ofender la libertad de su semejante.

De aquí la tercera especie de relación que liga al hombre con el hombre; es decir, el vínculo jurídico. Vínculo que también se nos revela por un impulso y tendencia espontánea, inculcada por la misma naturaleza, y que fue llamada aspiración de lo justo.

Pero la ley jurídica, ¿es perpetuamente respetada por el hombre?

No; no puede serlo, porque siendo el hombre libre, tiene la potencia de violar la ley jurídica, como tiene la potencia de violar toda ley moral. Y a violarla, no obstante las aspiraciones buenas que son congénitas de su alma, lo empujan con demasiada frecuencia los malos apetitos, excitados por sus sentidos corporales.

El alma y el cuerpo, acoplados en el hombre milagrosamente por Dios, son regidos por dos impulsos

aparentemente discordes. Es el principio del bien, unificado en un ser con el principio del mal. El alma, toda encendida de entusiasmo por la virtud, sedienta de la verdad, es iluminada por un sentido moral que le hace doloroso el caer en el momento mismo en que se determina a la caída.

El cuerpo, con sus desmedidos apetitos, con su esclavitud hacia los hábitos inertes, con sus fangosas necesidades, es el perpetuo enemigo de las aspiraciones de la mente.

Y he aquí una lucha de atracción con atracción. La filosofía pagana (que con excesiva ligereza es objeto de mofa por quien la mira en la corteza exterior, sin penetrar sus arcanos mitos), que dejó testimonio de sapiente ingenio, configuró esta lucha de las dos naturalezas humanas con la fábula de Japeto, el cual iluminó su mente con la centella robada al cielo, pero fue, por voluntad del hado, presa del pico de un buitre que perpetuamente roía su corazón. Aquella centella fue el emblema de la razón inteligente; este pico fue el emblema de las pasiones.

Y si bien el Creador dio a la razón humana fuerza bastante para dominar el cuerpo, sin embargo muy a menudo los instintos de éste prevalecen sobre aquélla. Los apetitos del bien sensible dominan las atracciones del bien suprasensible. La razón es vencida por la pasión; la jerarquía del gobierno humano es derribada; el alma, desarmada de su defensa, se convierte en sierva del cuerpo que ella estaba destinada a dominar.

Cuando tal es, en el individuo, el resultado de la lucha, ¿tienen las leyes morales una fuerza de coacción, una sanción con la cual mantener la observancia de su señorío?

No. A diferencia de las leyes físicas, que tienen en sí mismas poder bastante para tener a todos los seres sujetos a la obediencia, las leyes morales no tienen en sí mismas una fuerza eficazmente coactiva, ni pueden tenerla, porque están destinadas a actuar sobre un ser libre, y esa fuerza coactiva de las leyes morales sería destructiva del libre arbitrio del hombre y, de tal modo, de su facultad de merecer y desmerecer.

La necesidad física y la necesidad lógica no son, en su autocracia, superables, ni por el poder de la fuerza ni por el vigor del intelecto. Pero la necesidad moral es vencida por cada individuo, tan pronto como las aspiraciones del alma han sido en él subyugadas por la peligrosa fascinación de los sentidos.

Y, entonces, ¿qué ocurre?

Ocurre que si los desmedidos apetitos llevan al individuo a la violación de los derechos de los otros hombres, el vínculo jurídico es deshecho, la ley del derecho es una vana palabra que de nada sirve a los hombres impotentes para defenderla.

Todo es reducido a una cuestión de fuerza en el conflicto entre hombre y hombre. El derecho queda como una pura abstracción; en la realidad de los hechos, la única razón que vence es la razón del más fuerte.

Tal es, inevitablemente, la condición del hombre aislado. Cuando se encuentre con otro individuo más fuerte que él y que sea impulsado por una mala pasión a lesionar su derecho, éste es como si no existiese. Su vida, sus bienes, su libertad, todo es precario para él.

La ley jurídica nada le ha dado. Lo que conserva, lo conserva en virtud de su propia fuerza; y si la justicia triunfa, triunfa por casualidad.

No habría sido una ley eterna de orden, si tales debieran ser las condiciones de la humanidad.

La ley misma del orden debió, por tanto, desear que se constituyera una fuerza permanente, guardiana de la ley jurídica sobre la Tierra. Fuerza que, sin destruir directamente el libre arbitrio, proveyese a la necesidad de la tutela del derecho.

Ahora bien, esa tutela no podía hallarse sino en la coalición de los buenos contra los malos, porque siendo universal en los hombres las rectas aspiraciones del alma, y siendo la perversión de la pasión excepcional en aquellos que sufren su influencia por causas especiales, la preponderancia de los buenos sobre los malos era un presagio de seguro resultado, como ella lo es realmente en las condiciones ordinarias de la humanidad.

Pero, ya que la coalición de los buenos contra los malos no podría esperarse si los hombres vivieran aislados, la tutela del derecho es la tercera razón por la cual la ley eterna del orden impuso al género humano el estado de asociación.

La tutela del derecho por los hombres coasociados puede obtenerse, o bien directamente merced a una coacción que obligue al mal inclinado a respetar la ley jurídica; o bien indirectamente, merced a una sanción con la cual se amenace un mal a quien haya conculcado los derechos ajenos.

De este modo, el estado de sociedad es la única posible garantía de la ley jurídica. Y, así, la asociación es el necesario complemento de la ley del orden, bajo el triple aspecto del orden físico, del orden moral y del orden jurídico.

Felicidad material, virtud, justicia, eran tres cosas imposibles de conseguirse por el hombre aislado. Él las consigue, en lo que humanamente se puede, sólo en el estado de sociedad.

Por consiguiente, o hay que decir que el hombre fue arrojado sobre la Tierra para ser siempre infeliz, y jamás virtuoso y justo; o hay que decir que él fue, por condición primitiva y absoluta de su naturaleza, destinado al estado social.

- Existió como cuerpo para las necesidades físicas.
- Existió como alma para las necesidades intelectuales, morales.
- Existió como cuerpo unido con alma para las necesidades jurídicas.

Hasta aquí he hablado simplemente de asociación, no he hablado todavía de sociedad civil.

Éste es el último paso que queda por dar para llegar al terreno de nuestra ciencia.

CAPITULO 6

TUTELA JURÍDICA

6.2.3. Formas de Alcanzar los Fines

Los tres fines distintos por los cuales se impuso a la humanidad la asociación, vale decir: la ayuda recíproca, la recíproca educación y la tutela recíproca del derecho, ¿podrán ser alcanzados en un estado de sociedad meramente natural en el cual todos los asociados estuviesen en condiciones de perfecta igualdad y sin autoridad de gobierno que dominara?

Es, sin duda, concebible que los hombres coasociados en un estado de perfecta igualdad y sin constitución de gobierno alcanzasen el fin de la ayuda y el de la recíproca educación.

Y si a los hombres les hubiese sido imposible, ya sea desear o ejecutar la violación del derecho, ellos se habrían asociado por las otras causas; pero jamás les habría venido a la mente el constituir una autoridad sobre sí mismos, el someterse a un gobierno.

CAPITULO 6

TUTELA JURÍDICA

6.2.4 Violación del Derecho

Mas no sucedía lo mismo con el tercer fin. La violación del derecho es consecuencia inevitable de las pasiones humanas y la ley moral privada de toda coacción y de toda sanción restringida a la sola acción del sentimiento interno y de la *sindéresis*, no puede ni protegerse eficazmente a sí misma ni tutelar el derecho.

Menos malo es que la ley moral quede librada a la sola sanción de la *sindéresis* y de la reprobación de los buenos, porque las ofensas a la sola ley moral, mientras no se conviertan en ofensas a la ley jurídica por lesionar de cualquier modo la libertad ajena, sólo causan daño al individuo que las comete y para nada perturban el orden externo, en nada obstaculizan el progreso humano.

Pero cuando se trata de acciones que, además de ser deshonestas, son también injustas porque violan el derecho, esto es, la libertad de los otros hombres, es imposible esperar ni siquiera la sombra de un orden si esas acciones no son real y coactivamente impedidas o reprimidas.

Pero la tutela del derecho no puede obtenerse tampoco con la ayuda del brazo humano, ni directa ni indirectamente, en una sociedad puramente natural, en la que los hombres conserven condiciones de perfecta igualdad.

No la tutela directa, porque todo ataque al derecho implica por necesidad lógica, la negación del derecho.

Ahora bien, entre el agredido que afirma el derecho y el agresor que lo niega, los terceros que sean iguales a ellos no pueden ni constituirse en jueces ni hacer respetar su juicio. Entre el hombre que afirma la propiedad de la cosa que posee y el hombre que repite lo mismo asegurando que es suya, ninguno podría constituirse en juez en una asociación de iguales. Y aquél que pretendiese decidir la controversia, se arrogaría, con este solo hecho, una autoridad sobre los contendientes.

Mucho menos podría esperarse la defensa indirecta. En efecto, admítase incluso que los hombres, también en el estado de perfecta igualdad, hubiesen reconocido la necesidad de frenar las pasiones malvadas con la amenaza de un castigo contra el que estuviese por ofender los derechos ajenos.

Admítase que, bajo la forma del sentimiento de la venganza, o bajo la forma de aspiración de justicia, esta verdad apodíctica de que es necesario y se debe castigar las acciones lesivas del derecho se hubiese revelado a toda esa fraternidad de hombres, y que todos la hubieran aceptado como creencia universal.

Admitido todo esto, ¿cómo podría actuarse jamás la aplicación práctica de esa verdad en una asociación de

iguales? ¿Quién podría detener la persona del culpable, quién refutar sus impugnaciones, quién declarar su culpa, quién determinar la medida de un castigo?

Ciertamente, ninguno podrá hacerlo sin arrogarse una autoridad, una superioridad sobre aquel hombre; sin pisotear, en una palabra, la primitiva igualdad. Y si el ofendido por un delito solicitara el brazo de sus parientes y amigos para castigar al ofensor, ¿quién garantizaría que él no se excediese del debido castigo, y, de tal modo, que con ello no ocurriera una segunda injusticia?

Y prescindiendo también de esto, ¿le faltarían acaso al culpable adherentes y aliados para discutir la justicia del castigo amenazado y resistir? Inevitables luchas y sangrientas guerras civiles romperían, a la primera ocasión, esa fraternidad sin guía. Y el resultado sería siempre el predominio de la fuerza, la cual no es, por cierto, la constante compañera de la justicia.

Y bien, es necesidad de la naturaleza humana que quien ofende los derechos de su semejante en la Tierra, encuentre en ésta un mal como castigo de su maldad.

Es necesidad de la naturaleza humana, porque la ley del orden a la que la humanidad fue sometida por el Creador, exige que el derecho sea respetado, y el respeto al derecho no puede esperarse jamás si el que audazmente lo viola no es castigado. Es necesidad de la naturaleza humana, porque teniendo el hombre, por su destino en la Tierra, un indefinido perfeccionamiento moral, la amenaza de un padecimiento presente contra el que cause mal a otro constituye una dinámica saludable contra el estímulo de las pasiones perversas, y es fuente indispensable de mejoramiento moral, que, sin ello, sería vano esperar.

A menudo oímos a ciertas personas, sea por ferocidad de ánimo, sea por indiscreta meticulosidad, quejarse de la inutilidad de las penas, cada vez que ven, no obstante la amenaza de éstas, consumarse un delito.

Pero esas personas miran solamente al que, a pesar de la amenaza de la pena, ha ofendido el derecho, y no se acuerdan absolutamente de los otros mil que jamás, de modo alguno, han violado la ley.

Ciertamente, a estos mil que llevaron una larga vida sin ofender el derecho ajeno, no les faltó la ocasión. A muchos de ellos, el rencor les excitó en el ánimo pensamientos de venganza; a otros, los sentidos ansias de libidine; la necesidad sed de la cosa ajena. Sin embargo, se abstuvieron de seguir el impulso malvado y se habituaron a domar las pasiones rebeldes.

Tampoco les bastó a todos, en esta lucha, la ayuda de la moral y de la religión. A menudo socorrió a la virtud vacilante el temor de las penas. Y, para todos esos hombres, la amenaza de la pena fue útil; pero de una utilidad que, aunque grandísima, no la conoce ni la valora la grey de aquellos que están habituados a razonar solamente sobre los hechos palpables, contemplándolos por ideas preconcebidas desde un solo lado.

Sí; también el temor a los castigos humanos es un incentivo para el progreso humano en su civilización.

Pero, por lo tanto, si la ley del orden exige para la tutela del derecho la punición de los culpables, si éste es también un medio indispensable para conducir al hombre a su perfeccionamiento moral, y si esto es imposible en un estado de sociedad natural, el corolario inevitable de tales postulados es que la sociedad a la que el hombre está destinado por la ley de su naturaleza, es la sociedad civil. Es decir, una sociedad que esté presidida por un

poder supremo, que a todos domine, y que representando la voluntad general, dicte leyes positivas dominadoras de toda voluntad privada; y que proteja el derecho, sea directamente, haciendo que a cada uno le sea dado y mantenido lo que a él pertenece, sea indirectamente, amenazando un castigo a quien haya agredido el derecho de sus semejantes y violado la ley jurídica.

La idea del primer rey no es, por consiguiente, otra cosa que la de un defensor del derecho o defensor contra las opresiones externas como capitán militar, que es potestad transitoria, una vez pasado el peligro, ó defensor contra las agresiones internas como juez, que es potestad permanente.

La idea del primer Gobierno establemente constituido no es más que la de un magisterio mantenedor de la justicia.

El único fin absoluto para el cual es indispensable el gobierno en las asociaciones de los hombres, es la tutela del derecho.

El orden no consiste en el predominio del querer de unos pocos sobre todos, sino en ser ilesos e incólumes los derechos de todos.

La sociedad natural no basta para el destino de la humanidad por esta sola causa. La sociedad civil no es creación del arbitrio o del ingenio de los hombres. Ella está prescrita por la ley eterna del orden, pero está prescrita por esa sola necesidad de la protección del derecho.

Y en efecto, si consultamos las tradiciones de los pueblos primitivos, encontramos que, en los orígenes, sus próceres, sus jefes, su rey, no se ocupaban más que de la administración de la justicia.

En los gobiernos teocráticos, la función judicial era tenida como una parte del culto, porque a los hombres primitivos la idea abstracta de justicia no se les podía inculcar sino bajo la forma de religión.

Después, los jefes políticos de los diversos pueblos, una vez separado el poder secular del religioso por las necesidades de las guerras, continuaron, salvo en los momentos excepcionales de la defensa de la nación contra guerras exteriores o internas, limitándose, en su autoridad, al ejercicio del poder judicial.

Pero, sintiéndose poco a poco la necesidad de conducir a la humanidad a condiciones más prósperas, los gobiernos asumieron también la dirección de cosas que, para el orden absoluto, habría podido administrarse por los ciudadanos, porque corresponden al solo fin de la ayuda recíproca y de la recíproca educación, si las tinieblas de la ignorancia no les hubiesen hecho ineptos para procurarlo por impulso y obra meramente privados.

Así, para el fin de la ayuda, asumieron los gobiernos la dirección de los trabajos públicos, de los establecimientos sanitarios, de los hospicios para criaturas abandonadas e impotentes. Los caminos, los torrentes, el cultivo de las tierras, los puertos, el comercio y cien otras cosas semejantes, cayeron poco a poco bajo su potestad.

Así, para el fin de la educación recíproca, reclamaron para sí los gobernantes de los diversos Estados, en lo que respecta a la instrucción, la dirección de las escuelas públicas, la vigilancia sobre la enseñanza y sobre los espectáculos, la incrementación de las artes y de las industrias; y en lo que respecta a la censura, asumieron también la potestad suprema de corregir y vigilar las costumbres, incluso en aquello que no ofendía al derecho.

Así, al lado de la potestad de la defensa externa y de la autoridad judicial, los gobernantes de los pueblos se

encontraron investidos también de lo que se llama magisterio administrativo y magisterio de policía.

Estas dos potestades nada tienen que hacer con la ley jurídica, porque no responden directamente al fin de la tutela del derecho, sino a los muy distintos fines de la ayuda y de la educación recíproca.

Y bueno fue que ocurriese así; y fue providencial esa dilatación de poderes; y es bueno que, dentro de ciertos límites, perdure todavía. Porque los hombres aún no perfectamente civilizados, no estaban todavía maduros para esa fraternidad ciudadana que es necesaria para que a las necesidades de utilidad común, de asistencia, de instrucción, surjan de manera espontánea las asociaciones y coaliciones de fuerzas privadas que son, para ello, indispensables.

Pero ésta no es una necesidad absoluta; ella dura mientras la civilización de una nación no ha llegado a un punto tal que, lealmente comprendida la utilidad inmensa de la unión concordante de las fuerzas privadas, se vuelva inútil e inoportuna toda intervención gubernativa.

Los tiempos, empero, maduran. Y la civilización, con la ayuda de la imprenta, el telégrafo y el vapor, marcha a pasos fulminantes.

Inglaterra mostró a Europa cuál era el poder de las coaliciones de fuerzas privadas y cómo podía un pueblo inteligente actuar aquella fórmula del gobernarse por sí mismo (selfgovernment), y Europa se conmovió ante el ejemplo.

La inmensa red de vías férreas que surca gran parte del suelo europeo, los puentes, los canales, los pantanos desecados, los asilos infantiles, las cajas de ahorro y cien otras obras de nuestro siglo, dan solemne prueba de cuanto puede hacer, cuando es bien entendida, esa coalición de fuerzas ciudadanas, y cómo es ella honrosa, al par que profícua, para la nación, inocua para los gobiernos, fecunda en beneficios maravillosos.

Y cabe esperar, antes bien, debemos tener la firme creencia, que la humanidad, siempre más educada por la experiencia, siempre más ansiosa del progreso civil, siempre más desligada de las trabas de las rivalidades ciudadanas y de los miedos gubernativos, siempre mejor animada del deseo de sus libertades, dejando a un lado las vanidosas utopías, pronto llegará al punto de comprender que todo cuanto atañe al fin de la ayuda recíproca y de la recíproca educación, puede ser logrado por las fuerzas privadas de una nación, con tal que se pongan de acuerdo leal e inteligentemente.

Y entonces será superflua la intervención gubernativa en todo aquello que esté fuera de la tutela del derecho.

Defensa externa, o sea guerra; defensa interna, o sea justicia, es el campo al que deberán restringirse las potestades de los gobiernos, cuando los pueblos hayan comprendido sus derechos y deberes recíprocos y se hayan instruido en el modo de sostenerlos y cumplirlos.

Y entonces estará la civilización en su apogeo, y las naciones llegadas a esa cúspide gozarán de la máxima libertad civil que sea posible sobre la Tierra.

Por ello, la fórmula más simple con la cual se expresa el máximo grado posible de libertad civil, es ésta: un pueblo será tanto más libre, cuanto más el gobierno restrinja su acción a la tutela del derecho, dejando a la libre potestad de los ciudadanos el cumplimiento de todo aquello que, según la ley natural, corresponde a los otros dos fines de la asociación humana, vale decir, la ayuda y la cultura recíprocas.

Pero el derecho deberá quedar siempre fuera de la potestad de los particulares. Él necesitará perpetuamente una autoridad que lo declare y que con mano firme y constante lo conserve en el respeto que es indispensable para la seguridad humana.

Soñar una libertad que ponga bajo sus pies al derecho, es sustituir el despotismo del rey por el despotismo del pueblo; es cambiar el número y la condición de los tiranos, no suprimir la tiranía.

Dos sectas enemigas discutieron y discuten todavía sobre la pertinencia de la que ellos llaman soberanía.

Los unos pretendieron que la soberanía pertenecía a los reyes por transmisión divina operada de un modo misterioso a favor de ciertos individuos privilegiados y de su progenie, a perpetuidad; y sustituyendo un dogma arbitrario a los dictados de la razón eterna, dieron la Tierra y la humanidad a la discreción de aquellos pocos privilegiados.

Los otros, dando vida real a una idea fantástica e inaplicable, dijeron que la soberanía pertenecía sólo al pueblo.

Los primeros, prosiguiendo su camino, llegaron a afirmar aquella enorme paradoja de que toda justicia emana del rey y, de tal modo, deificaron el capricho de un individuo. Los otros arrojaron a la justicia a merced de las multitudes fascinadas por momentáneas pasiones y, a menudo, conducidas por la facundia de un demagogo.

Pero si por soberanía se entiende el poder de hacer lo que a uno le place, la facultad de hacer el mal impunemente, la facultad, en suma, de conculcar el derecho, esa soberanía, juzgada ante el tribunal de la razón con arreglo a las normas de la ley natural, está condenada a entrar en el número de las mentiras.

En ese sentido no hay soberanía, ni de pueblo ni de rey. El único soberano del mundo es Dios, porque teniendo por esencia suya a la justicia, no puede conculcarla.

La única soberanía que se puede reconocer sobre la Tierra es la soberanía del derecho. Porque el derecho es superior a los pueblos, así como a los príncipes, es inviolable por cada uno y por todos; liga al individuo como liga a la nación, liga al grande como al pequeño; y sujeta con un vínculo eterno a toda la humanidad.

Pero el derecho tiene necesidad absoluta de que su vida práctica se personifique en un poder terrenal que lo declare y que lo proteja con voz y con mano superior a todos los demás ciudadanos. Esta necesidad absoluta de una autoridad social para el fin de la justicia, no puede faltar por un progreso cualquiera de civilización que quiera imaginarse, porque el hombre, aunque sea civilizado, será siempre sujeto de pasiones que impelen a la violación de lo justo, y para reprimirlas no es suficiente el atractivo de las buenas aspiraciones, si no lo socorre la repulsión del temor. De donde resulta que la amenaza de un mal contra quien hace mal a otro, como factor de perfeccionamiento moral y como guardián del orden externo, es de una necesidad indefectible para la naturaleza y el destino humanos.

Nosotros, por lo tanto, reconocemos la necesidad del poder gubernativo, por ley natural. Reconocemos la necesidad de este poder como absoluta, para el único fin de la protección del derecho; y como simplemente relativa para cualquier otro fin. Por eso estimamos, como verdad apodíctica, que esa autoridad gubernativa, incluso en cuanto actúa para el fin del mantenimiento del orden externo, debe siempre quedar sujeta a la ley jurídica.

CAPITULO 6

TUTELA JURÍDICA

6.3 CONSECUENCIAS DE LOS PRINCIPIOS

Ahora me preguntarán cuáles son las consecuencias de esos principios y del postulado al que he llegado, cuál el nexo que lo une a la ciencia del derecho penal. Estrechísimo es el vínculo de tales verdades con nuestra ciencia, importantísimas las consecuencias que del mismo derivan.

CAPITULO 6

TUTELA JURÍDICA

6. 3.1 Primera Consecuencia

1a) La primera consecuencia que de ello se extrae, atañe a la génesis y a la legitimidad del derecho penal.

En la mayor parte de los criminalistas, el desenvolvimiento de sus doctrinas comenzó con la búsqueda referente al origen del derecho de punir en la autoridad social. Mostraron la necesidad de la asociación humana con el argumento de las necesidades físicas e intelectuales del hombre, y luego propusieron el problema de si, y por qué fundamento, tenía esa sociedad el derecho de punir a aquellos que en daño de otro violaban la ley.

Y planteado así el problema de un modo que suponía al derecho penal como un consecuente de la sociedad civil, cuando en realidad era el antecedente del mismo, se abrió el camino a un número indefinido de soluciones contradictorias entre sí, y de las cuales no es ahora el momento de razonar.

Yo invierto el método de la investigación. Encuentro en la ley eterna del orden humano la constitución del derecho, como derivación absoluta del deber; en la ley primitiva de la humanidad la necesidad de una tutela del derecho, que sea eficaz y presente. Y en esta necesidad de una tutela de la ley jurídica, encuentro la única razón absoluta de la sociedad civil y de la autoridad que la preside.

De tal modo, el problema que tiende a conocer si y por cuáles razones la autoridad social puede, como pena por un hecho ofensivo, despojar al hombre de sus derechos, de la libertad, de los bienes; este problema, no sólo es resuelto con una fórmula nítida e irrecusable, sino que, más propiamente, no es ya ni siquiera proponible como problema.

En efecto, una vez reconocida la necesidad de punir a los culpables, no como una necesidad política, sino como una necesidad de la ley natural, la cual exige que el precepto jurídico tenga una sanción eficaz y no quede como mero consejo establecido que la única razón absoluta de la existencia de la autoridad social es, precisamente, que la ley eterna del orden necesita de ella a fin de que el derecho sea protegido sobre la Tierra mediante el uso de una fuerza sensible y mediante la amenaza de castigos corporales contra quien se atreve a violarlo, ello conduce directamente a la improponibilidad del problema.

Porque cuando un poder es constituido precisamente con el fin de que él haga una cosa dada, es ridículo y contradictorio pedirle después el documento y el título por el cual hace tal cosa. El documento y el título es la ley eterna del orden humano, la cual quiso que se constituyera ese poder para que hubiera modo de ejercer el derecho punitivo que racionalmente preexistía a la constitución de aquél.

Solamente en esta fórmula es posible encontrar una explicación satisfactoria del hecho notable de la universalidad de un derecho penal en todos los pueblos y en todos los tiempos.

Reconducida su génesis no a un cálculo de prudencia humana o de especulación utilitaria, sino a la ley suprema de la naturaleza humana, promulgada a toda la humanidad con el órgano de las tendencias universales del alma y de la razón (atracción a la justicia, repulsión de la injusticia), la universalidad del derecho penal ya nada sorprende, porque es, precisamente, el carácter de todo lo que procede de la ley natural el ser universalmente adoptado por todos los pueblos.

Y aunque pueda existir variación en la forma, lo cierto es que si se encuentra una idea congénita al hombre, universal y espontánea, es, precisamente, ésta de que debe irrogarse un mal al que hace mal a otro.

CAPITULO 6

TUTELA JURÍDICA

6. 3.2 Segunda Consecuencia

2a) El derecho penal no es, ni puede considerarse sin grave error como un regulador de la libertad humana.

No puede concebirse como perteneciente al hombre la libertad de violar el derecho, porque no siendo la libertad otra cosa que la facultad de hacer lo que a uno le favorece, con la sola condición de no lesionar los derechos ajenos, la restricción de los actos ofensivos no es un limite a la libertad que se le imponga a uno por una fuerza externa; es la condición absoluta e intrínseca a su modo de ser.

La libertad es el derecho; el derecho es la libertad humana. Hay dos fórmulas. Pero el concepto es, en última sustancia, uno solo.

El derecho penal no es, por lo tanto, un regulador de la libertad humana. Es el protector de ésta. Quien lo describió como un freno de la libertad, falseó su naturaleza y lo convirtió en un instrumento de desorden, del cual, desgraciadamente, aprovecharon los déspotas de la Tierra.

CAPITULO 6

TUTELA JURÍDICA

6. 3.3 Tercera Consecuencia

3a) Consecuencia que se desprende, espontánea e irrecusablemente, de lo que estoy explicando, es que el magisterio penal tiene una génesis y una índole enteramente distinta del magisterio de policía.

Confundir las leyes de policía con las leyes penales, las contravenciones con los delitos, las coerciones administrativas con las verdaderas penas, fue causa de gravísimos errores en nuestra ciencia, cuyos vestigios, por desgracia, perduran todavía en muchos códigos y en las mentes de demasiadas personas.

Los efectos de ello fueron y son funestos, como ocurre siempre y debe ocurrir, por necesidad lógica, todas las veces que se quieran asimilar o unificar dos cosas esencialmente distintas por su naturaleza.

El magisterio de policía no tiene por fundamento la ley jurídica, sino la ley moral; y, asimismo, ésta se ocupa más frecuentemente del precepto de hacer el bien antes que del precepto de abstenerse del mal. No procede según las condiciones absolutas de la justicia, sino según las exigencias de las necesidades sociales.

El derecho penal es eterno, querido por la naturaleza humana para el mantenimiento de la justicia sobre la Tierra. La función de policía es, como función gubernativa, creación enteramente política. El derecho penal, según lo dicho, responde al fin de la tutela del derecho, y es indispensable que para alcanzar ese fin sea ejercido por la autoridad gubernativa.

El magisterio de policía responde al fin diverso de la educación de la humanidad, en cuanto sea alcanzado por medio de la censura; y no es absolutamente indispensable que para alcanzar ese fin sea ejercido por los gobernantes.

Mal procedería, por lo tanto, en el desenvolvimiento de la ciencia penal, quien se entrometiese en las consideraciones de los ordenamientos administrativos, y quien quisiera dar razón de éstos con los principios de aquélla. Entonces asumirían, en el derecho penal, una personalidad importante las ideas de conveniencia política, de necesidad social, de salud pública, las cuales, frente a la ley jurídica, no son más que fantasmas, porque no hay condición política, ni necesidad, ni razón de utilidad que valga para hacer legítimo el sacrificio de la justicia.

La separación de los reglamentos de policía del código penal; la contemplación de la transgresión como un ente radicalmente distinto del delito civil, no son cuestiones puramente académicas o que pertenezcan a la estética legislativa; son cuestiones de vida y de muerte para la justicia penal.

El delito debe tener, por su esencia, el dolo o el daño, mientras que la transgresión puede ser punible sin que en

ella concurra ni dolo ni daño.

El considerar a la transgresión como una especie de delito y unificar estas dos figuras en el código penal, lleva necesariamente a la más funesta confusión de ideas en la administración práctica de la justicia, porque arrastra a las mentes de los magistrados a considerar idénticos los principios fundamentales de la imputabilidad de aquélla y de éste.

Las consecuencias de esto son fatales, ya que ó se juzgan las transgresiones, en los casos prácticos, con los criterios fundamentales de la imputabilidad de los delitos, y entonces las transgresiones deberán quedar, demasiado a menudo, impunes con detrimento de la prosperidad pública; o los criterios fundamentales de las transgresiones se transportan inadvertidamente al juicio práctico de los delitos, y entonces el magisterio penal se vuelve, en daño de los ciudadanos, instrumento de esclavitud tan intolerable como injusta.

Los errores y los abusos por los cuales la tiranía de los poderosos convirtió, durante tantos siglos, al derecho penal en un flagelo de los pueblos, remontan, todos, a una sola idea cardinal, a un solo error que, como la hidra de la fábula, multiplicó sus fauces para devorar a la humanidad. Esta idea es, precisamente, la de transportar al derecho punitivo los puntos de vista de la policía

CAPITULO 6

TUTELA JURÍDICA

6. 3.4 Cuarta Consecuencia

4a) Finalmente, deriva de las premisas aquella consecuencia con la cual se formula el concepto de nuestra enseñanza.

El derecho penal, causa primaria de la constitución de la autoridad civil y preexistente a ella, debe tener normas cardinales deducidas de las reglas de la ley natural y conformes a la razón eterna. Estas normas no pueden ser sino absolutas. Y, por ello, no variables, ni por el cambio de formas sociales, ni por arbitrio de legisladores, ni por diferencias de clima, de religión, de tiempos.

Por consiguiente, el estudio de esas normas absolutas e invariables es lo que hace del derecho penal no un arte, sino una ciencia.

Esta ciencia no debe buscar sus preceptos en los códigos de los legisladores humanos, sino en el código eterno de la razón. Los códigos de las naciones se cambiarán muchas veces al arbitrio de los legisladores. El código de la razón no varía jamás.

El derecho criminal, por lo tanto, no es el árido comentario de un estatuto local, que por razón última nos dé lo que al legislador le place, y por toda justificación la supuesta utilidad y conveniencia de haberlo así dispuesto.

El derecho criminal, como ciencia filosófica, enseña a los legisladores antes que a los magistrados, y tanto a los unos como a los otros los domina como potencia sobrehumana e invencible.

Este derecho racional se puede conculcar, y muchas veces que conculcado por la prepotencia de los malvados llegados al poder, que hicieron de las penalidades un pernicioso instrumento de usurpaciones.

Fue conculcado por el ciego fanatismo de otros que, en su ignorancia, no vieron otro modo mejor de guiar al bien a la humanidad que los castigos, que en matar encontraron un modo benéfico de fecundar la virtud, y que se consideraron impotentes para frenar el delito si no lo hacían ahogándolo en un lago de sangre.

Pero esas aberraciones, si bien fueron un momentáneo obstáculo al progreso de la civilización humana, no pudieron sofocar la voz omnipotente de la razón, la cual volvió a alzar vencedora su cetro para reconducir a la humanidad a la vía del progreso civil. Y nosotros debemos deplorar esos errores, no hacer de ellos motivo para errar.

En nuestras investigaciones debemos siempre tener fija en el alma esta verdad: el único criterio de la legitimidad de todo ordenamiento director de la conducta externa del hombre, es su estricta adhesión a las necesidades del derecho.

Por lo tanto, toda legislación que por excesiva largueza deje sin defensa en alguna parte al derecho, es anárquica y toda legislación que restrinja y persiga las acciones humanas más allá de la necesidad de esa defensa, es despótica.

Ambas igualmente ilegítimas; parto desordenado de aberraciones humanas; funestas para la libertad civil, obstáculos a la grandeza y a la felicidad de una nación.

CAPITULO 6

TUTELA JURÍDICA

6.4. CONCEPTO CARDINAL DEL DERECHO POSITIVO

Para resumir el concepto cardinal del derecho punitivo, tal como lo reconozco con firme convencimiento, lo profeso con tenaz constancia y lo expongo, se limita a la simple fórmula de la tutela jurídica.

CAPITULO 6

TUTELA JURÍDICA

6. 5. LA TUTELA JURIDICA

La tutela jurídica, necesidad absoluta de la ley suprema que gobierna a la humanidad, manifiesta la razón de ser y el fin de la sanción penal, y señala, al mismo tiempo, las medidas y los límites de ella. La tutela jurídica da la razón de ser de la autoridad social y determina las medidas y los límites de los poderes de la misma. Sea éste el faro que constantemente ilumine nuestras mentes en el camino que tenemos que recorrer.

El sistema que adopta la necesidad de la tutela jurídica como fundamento del derecho de punir, no ha sido, hasta aquí, refutado por ninguno, porque los que rehusaron aceptarlo lo rechazaron sin combatirlo, no habiéndolo, permítaseme decirlo, comprendido en su concepto genuino.

Esto resulta claro cuando se ve que los opositores unas veces confunden esta fórmula con el sistema de la justicia absoluta; otras veces lo confunden con el sistema de la defensa social indirecta; y otras la miran como expresión de un sistema ecléctico, expuesto, así, a todos los vicios congénitos al eclecticismo, cuando al eclecticismo se lo quiere transportar del campo de las doctrinas experimentales a la consideración de los principios racionales, los que, por su naturaleza, son siempre únicos, y no son verdaderos si no son únicos.

Pero el sistema de la tutela jurídica no es nada de esto. Es el sistema de la tutela jurídica y nada más.

No es el sistema de la justicia absoluta. Éste toma sus bases del mundo suprasensible, mientras que el sistema de la tutela jurídica hunde sus sólidas raíces en el mundo sensible. El sistema de la justicia absoluta toma como fundamento la ley puramente moral, según la cual el que hace el bien debe encontrar el bien, y el que hace el mal debe encontrar el mal; y, así, en la expiación impuesta a quien ha hecho mal, encuentra la razón para aplicarle la pena.

Pero este sistema tiene dos defectos capitales, porque una vez admitida la verdad del principio como regulador del mundo moral, ese principio, en primer lugar, no da razón de por qué aquella facultad de imponer coactivamente esa expiación pertenece a la autoridad social, en vez de dejarla en las manos de Dios, y corre, así, evidente peligro de que el hombre imponga una nueva expiación a quien ya había, ante Dios, expiado plenamente el mal que hizo con la acción que se quiere declarar criminosa para someter a su autor a un segundo mal.

En segundo lugar, conduce al absurdo de que la sociedad pueda imponer una pena incluso por el mal que no causó daño a nadie, y, de tal modo, someter legítimamente a pena todos los vicios y todos los pecados.

Por el contrario, el sistema de la tutela jurídica combate directamente al sistema de la justicia absoluta en su raíz y en sus consecuencias. Nuestra fórmula parte del mundo sensible, considerando al hombre en su personalidad y en

el libre ejercicio de su actividad interna y externa, ejercicio que no puede ser desconocido por ningún semejante mientras no invada la esfera de los derechos ajenos; y en el mundo sensible encuentra, lógicamente, sus confines naturales.

Nosotros decimos que el hombre tiene derechos, que el derecho es y debe ser por la naturaleza misma del hombre. Ésta es la piedra angular de nuestro sistema, y tal proposición no teme ser negada por el culpable, porque éste, para negarnos la potestad de quitarle su libertad, necesita afirmar él mismo su derecho a la libertad, y, de tal modo, está constreñido a confesar la ley jurídica que él violó con el delito y que nosotros protegemos con la pena.

Por consiguiente, si la ley jurídica existe y debe existir en la humanidad, es lógicamente necesario reconocer en la misma el contenido de una sanción, porque sin sanción la ley es consejo y no ya ley.

Esta sanción, consistente en privar de un derecho a quien ha violado el derecho de los otros, es el único contenido posible de la ley jurídica, y es congénito a su esencia, porque ella, a los derechos que concede a cada individuo, les pone como límite no violar el derecho de los otros; y es congénito a la naturaleza misma del derecho, porque éste no sería más que una vana palabra si no tuviese por contenido implícito la facultad de defenderse a sí mismo.

Colocado sobre esta base el sistema de la tutela jurídica, explica cómo la autoridad social ejerce la punición, no por la idea abstracta de devolver mal por mal, sino porque en ella se concentra la potestad que pertenece a cada individuo de defender su propio derecho.

Asentado sobre esta base el sistema de la tutela jurídica, él niega a aquella autoridad el poder de castigar con pena sensible el mal suprasensible, porque no admite el derecho de punir cuando no ha sido lesionado el derecho de alguno; y, de tal modo, se opone a las consecuencias inevitables del sistema de la expiación, negando a la autoridad social el derecho de punir al hombre por sus vicios y por sus pecados, que, aunque graves frente a Dios y frente a él mismo, fueron inocuos para sus semejantes.

Por consiguiente, el sistema de la tutela jurídica, muy lejos de unificarse con el de la justicia absoluta, lo contradice en su base y en su fin, y yerra quien quiera identificar al uno con el otro.

El sistema de la tutela jurídica tampoco se identifica con el de la defensa social indirecta. Este sistema no tiene su base ni en la tierra ni en el cielo, sino que anda por el aire tomando como fundamento suyo a la sociedad civil, que ya supone constituida; y, sin demostrar la razón de ser de la autoridad social, le atribuye la facultad de defenderse a sí misma sin dar razón de por qué es así.

Éste es el primer defecto de tal sistema; mientras que, en cambio, el sistema de la tutela jurídica lo combate sobre este terreno, diciéndole que la ley jurídica protege al individuo y al derecho del individuo y no a la sociedad, la cual es y debe ser, y consiguientemente debe también respetarse, por la única razón de que las potestades individuales necesitan una concentración que haga posible el ejercicio de la defensa del derecho individual.

El sistema de la defensa social indirecta peca, en segundo lugar, porque hace del hombre un instrumentó en las manos de la sociedad, la que se sirve del cuerpo de un ciudadano para intimidar a los otros ciudadanos, martirizándolo a fin de persuadir a éstos de que no ofendan las leyes sociales, y, de tal modo, ese sistema no puede dar otra razón suprema de sí mismo que la utilidad, la cual, es, a fin de cuentas, su único fundamento.

Pero si el derecho del individuo es inmolido legítimamente a la utilidad de todos; si legítimamente se despoja a un individuo de sus derechos con el fin de infundir miedo a los otros, no hay ya razón para subordinar la consecución de esta grande utilidad general a la culpabilidad del condenado.

La impunidad de un grave delito es un mal social que domina a todos los otros. Un homicidio impune da coraje a otros diez, a otros veinte homicidas; y diez y veinte e incluso más ciudadanos inocentes serán sacrificados al puñal de aquellos que tomaron coraje de la impunidad de un primer delincuente.

Hay, por lo tanto, un cálculo que no falla. Si el procesado es, además, un ciudadano molesto, si la opinión pública sospecha grandemente que él es el autor del delito que el acusador le atribuye, sacrifíquesele aunque no se tengan suficientes pruebas de su culpabilidad; digo más, sacrifíquesele aunque se sepa que él no fue culpable de ese delito; la cuenta se vuelve clarísima: vale más sacrificar a un individuo inocente de mala fama, que hacer caer bajo el puñal de un asesino a veinte honestos e inocentes ciudadanos; la utilidad social, el fin de la intimidación vuelven legitima la condena del inocente.

He aquí los vicios capitales que el sistema de la tutela jurídica reprocha al sistema de la defensa social, y que se ruborizaría de tener en común con él.

Él dice a la autoridad: no tienes derecho de tocarle un cabello a un hombre si no tienes certeza de que él es culpable. Te lo prohíbe la ley jurídica, la cual existe para todos y existe también para ese hombre; los derechos de cada individuo son sagrados en cada individuo, y no pueden ser dañados sino en aquél que dañándolos en otro, se ha puesto en guerra con la prohibición de la ley jurídica y, de tal modo, se ha sujetado a su sanción.

¿Qué es este manejo que tú quiere hacer del hombre por tus fantásticas previsiones y temores? ¿Crees tú que tus penas bastarán para impedir los futuros delitos?

La historia de cien siglos debe desengañarte de esta tonta creencia, ya que la misma te da pruebas de que frente a la cuchilla siempre roja de sangre, los delitos han abundado, como frente a las relegaciones, a los exilios, a las detenciones e incluso a las simples penas pecuniarias.

La utilidad es una palabra elástica y variable según el pensamiento de cada uno; es un arco iris que cien personas ven, y todos creen ver el mismo, mientras que todos ven uno diverso.

Pero aun cuando tu cálculo fuese exacto que, por el contrario, se ha demostrado lo opuesto, no por ello la ley jurídica te consentiría violar los sagrados derechos de la personalidad humana por un mero cálculo de utilidad.

La aplicación de la pena, decimos nosotros, es un mero hecho consecuencial; hecho de necesidad lógica, porque el precepto y la sanción serían palabras risibles si ésta no alcanzara efectivamente al violador de aquél.

Pero la cuestión de la legitimidad debe plantearse sobre la sanción. Legitimada ésta como principio jurídico, la aplicación sucesiva del mal amenazado no es más que un hecho consecuencial a la prohibición y a la sanción, la cual resultaría nula sin la ejecución. El hecho de la aplicación no tiene el fin ni de hacer expiar ni de hacer temblar; es un acto pasivo de obediencia a la sanción, y tiene el único fin de mostrar que la sanción es una verdad.

Ahora bien, la sanción (amenaza de privación de derechos a quien lesione el derecho) tiene su legitimación espontánea en la legitimidad de la prohibición; es consecuencia lógica de la naturaleza de ley que debe reconocerse a la ley jurídica. Todo aquel que tiene la conciencia de tener derechos, conciencia en la cual todos concuerdan, tiene, además, la conciencia del implícito derecho a la defensa de aquéllos.

El fin de la sanción es el de completar la ley, para que cada uno sepa que su derecho está protegido mientras no viole el derecho ajeno. Pero la legitimidad de la sanción tiene como condición que el derecho se haya violado por aquél al cual la misma se debe aplicar.

Toda aplicación de la misma recaída sobre quien no violó el derecho, es una flagrante violación de la ley jurídica, sea que provenga del legislador o del juez; y es en ambos intolerables, aunque grande pueda ser la utilidad que de ella se espere.

He aquí lo que dice el sistema de la tutela jurídica al sistema de la defensa social indirecta. Muy lejos, por consiguiente, de identificarse con éste, es opuesta.

Tampoco se aproximan más a la verdad aquellos que califican de ecléctica a la fórmula de la tutela jurídica.

No es ecléctica, si a esta fórmula se la entiende en su sentido verdadero, ecléctico es el método que toma dos sistemas y los reúne en uno solo para hacer que ambos converjan a su finalidad. No es ecléctico un método original por el solo hecho de que tenga en común una fracción cualquiera con otros métodos.

No pueden decir que los molinos a vapor ofrecen un sistema ecléctico porque encuentran en ellos la rueda dentada de los molinos a agua y la acción del aire como fuerza motriz de los molinos a viento; ellos no son ni molinos a agua ni molinos a viento, son molinos a vapor.

Sería ecléctico el molinero que encontrara un modo posible de poner en una extremidad de su eje una rueda movida por el agua, y en la otra extremidad el molinete movido por el aire, y consiguiera hacer convergentes y concordantes estas dos fuerzas diversas encadenadas a su servicio. No es ecléctico el método de la iluminación a gas, aunque tenga de común con la iluminación a cera el candelabro, y con la iluminación a aceite la defensa del cristal. No es ni iluminación a cera ni iluminación a aceite; es iluminación a gas.

Sería ecléctico aquel que creyendo obtener una luz más viva, mezclara aceite y cera para hacerlos arder conjuntamente.

El sistema de la tutela jurídica combate al sistema de la justicia absoluta cuando pretende encontrar la legitimidad del derecho de punir solamente en la obligatoriedad de la expiación del mal; y combate, por otro lado, al sistema de la defensa social indirecta cuando a esa legitimidad pretende encontrarla en la esperada utilidad social.

Por lo tanto, no se puede decir realmente que él dé a esos dos sistemas un fraternal abrazo y los reúna a ambos en sí mismo, puesto que los rechaza y los niega tanto al uno como al otro. En consecuencia, los que llamaron ecléctica a nuestra fórmula abusaron de dicha palabra.

Además, el sistema de la tutela jurídica no sólo difiere de los otros dos en sus principios fundamentales, sino que difiere de ellos substancialmente en el desenvolvimiento de las deducciones.

Y esto tanto en lo que respecta a la prohibición, cuanto en lo que respecta a la sanción.

En relación con la prohibición, el sistema de la justicia absoluta, si quiere ser lógico, debe decir al legislador: tú tienes derecho de prohibir todas aquellas acciones que, siendo malvadas en si, llevan consigo el deber de la expiación.

Castiga también todo pecado y todo vicio, y procede tranquilo, porque estás en tu derecho; y de tal consecuencia no puede él sustraerse, salvo recurriendo a la distinción entre acciones lesivas y no lesivas de los derechos humanos, con lo cual se unifica con el sistema de la tutela jurídica.

El sistema de la defensa social, si quiere también ser lógico, tiene que decir al legislador: tú tienes derecho de convertir en delito todas las acciones que dañan el bienestar de tu sociedad; declara también delictivos el ocio, el celibato, la avaricia y cualquier dispersión caprichosa de fuerzas productivas y todas aquellas que otros querrían llamar transgresiones de policía.

La utilidad social te da, para ello, pleno poder. Pero en el sistema de la tutela jurídica, la prohibición, como es evidente, se regula por un criterio distinto y se encierra dentro de otros limites: los actos humanos que no violan el derecho de alguno, o que dirigiéndose a ello pueden ser completamente reducidos a la obediencia de la ley jurídica merced a una simple coacción directa, este sistema prohíbe que sean declarados delitos. No le basta el carácter malvado de una acción para autorizar al legislador a poner en movimiento el magisterio penal, cuando el derecho no fue lesionado; ni basta, cuando esto no ocurra, la previsión del beneficio de los más. Basta el magisterio civil, mientras su obra sea suficiente para mantener el imperio del derecho; que a lo demás provea la policía, como lo crea necesario. La ciencia penal no tiene nada en común con el arte del buen gobierno, el cual tiene por fin la prosperidad del Estado, el perfeccionamiento moral de los ciudadanos, el incremento de las riquezas de la nación, mientras que el magisterio punitivo no es y no debe ser más que el guardián de la seguridad.

En relación, ahora, a la medida de la sanción, es siempre muy diferente de los otros dos el desenvolvimiento práctico del sistema de la tutela jurídica.

Aquéllos, midiendo el delito por la no conmensurable gravedad del mal moral, prodigan, a fin de hacer adecuada la expiación, las más exorbitantes penalidades a delitos que ofenden derechos de leve importancia o por los cuales poco o nada se conmueve la conciencia de la seguridad personal en los demás; éstos, corriendo tras el intento de aterrorizar a los ciudadanos con la pena, a fin de que se abstengan de delinquir, se condenan, como nuevos Sisifos, a una progresividad de rigor que no tiene término, porque si quieren, al menos por una vez, ser lógicos, deben, cada vez que se vuelve a delinquir, confesar que la pena aplicada al delincuente anterior fue insuficiente para alcanzar su fin, y se ven en la necesidad de aumentarla para el porvenir.

De tal modo, el delincuente de hoy encuentra el fundamento de la mayor pena que le alcanza, no en un mayor daño causado sino en la maldad de los otros que, precediéndole ayer en ese delito, obligaron al legislador a una más enérgica severidad. Tales son, inevitablemente, las dos vías en las cuales se meten los dos opuestos sistemas.

Al contrario, el sistema de la tutela jurídica no se deja dominar ni por especulaciones morales ni por hechos exteriores; la elasticidad y fluctuación de las primeras y la accidentalidad de los segundos no entran en sus cálculos. Este sistema, que extrajo el fundamento de la prohibición de la necesidad de proteger el derecho, extrae la media de la sanción de la importancia del derecho que protege.

Por cuanto puede encontrarse en los cálculos humanos un dato positivo y constante, la base de esta media es la más positiva posible, porque así como el derecho del individuo es confesado por todos, así también no es sino mínima y excepcional la divergencia que puede encontrarse al valorar la importancia respectiva de los derechos en particular; por lo cual el criterio adoptado por este sistema como norma de la cantidad del delito, es tan ajeno al arbitrio como están colmados de él los otros dos.

Tal es el carácter fundamental del sistema que encuentra en la necesidad de tutelar el derecho el fundamento de la punición; y tales son sus deducciones en orden a la aplicación. A este sistema propugnado por Tolomei y abrazado por Ortolan, por Ellero, por Canonico y por otros ilustres catedráticos contemporáneos, combátanlo en sí mismo; pero no lo traten como indigno de observaciones especiales, haciéndole la falsa acusación de identificarse con otros sistemas que están en sus antípodas, y mucho menos reprochándole un eclecticismo que quiera combinar elementos discordantes.

Por lo tanto, el derecho criminal no es una doctrina que pueda reputarse italiana o inglesa, rusa o americana; no es una doctrina que pueda reputarse mahometana o cristiana, ni propia de estados monárquicos o republicanos; es una doctrina de la humanidad, la cual se contiene totalmente en ella, sea que se la considere en su conjunto, sea que se la quiera aplicar a una u otra de sus facciones.

Es doctrina cosmopolita, perpetua y universal, porque universal, perpetua y cosmopolita es la suprema ley natural (ius NATUM nón datum; y a la cual nón Edocti sed Imbuti fuimus) de la cual ella emana y la ley moral jurídica que es su reguladora suprema.

Ello basta para hacernos comprender que no es un arte, sino verdaderamente una ciencia, aquella sobre la cual vamos a sentar nuestras meditaciones.

También aquí quiero detenerme un instante, antes de cerrar mi discurso, porque el definir la doctrina penal como un arte o como una ciencia no es una simple diferencia de palabras, sino que es una cuestión fundamental que se relaciona con la vida teórica y práctica de la justicia punitiva, y porque nuevamente nos encontramos en oposición con algunos de nuestros colegas de ultramonte.

Uno de los más ilustres criminalistas de la gran nación escribía no hace mucho a un discípulo mío estas palabras, como para volverlo cauto y que no siguiese con tanta fe mis enseñanzas: "le dróit pénal ne peut etre une théorie rigoureuse, précise et mathématique comme les sciences exactes. C'est une thérapeutique morale (poéna remédium criminis), une formule de médication répressive, et régénératrice fondée sur l'expérience des faits laquellé par consequent, échappe par sa nature et sa fin, a toutes les déductions raffinées de la dialectique juridique. C'est ce qui explique pourquoi les plus savants auteurs speculatifs, et les plus éminents professeurs de droit ont rédigé de si mauvais codes".

Yo respeto las convicciones de todos, pero conservo las mías, y digo solamente que si para ser criminalista yo debiera renunciar a la lógica, dejaría sin demora esta cátedra.

Que en el conjunto de las operaciones indispensables para el desenvolvimiento práctico del magisterio punitivo hay una serie muy vasta en la cual resultan insuficientes los preceptos de la ciencia y surge la necesidad del estudio de las materialidades; y que, de tal manera, todos estos conocimientos asumen los caracteres de un arte, yo mismo lo he reconocido siempre.

Lo enseñé en mi programa con las palabras del ilustre senador Centofanti, y en otros escritos lo he repetido. Pero todo esto es completamente ajeno a la esfera de lo que constituye la doctrina del derecho penal filosófico y de su enseñanza teórica. En aquellos hechos, todo será, ciertamente, variable según las circunstancias de ciertas materialidades, y la obra experimental podrá dar tanta luz como ninguna se podría esperar de la abstracta razón filosófica de la doctrina.

Establecer una vigilante organización de espionaje para que los delitos y sus autores lleguen a conocimiento de la justicia; construir buenos establecimientos carcelarios, que respondan a las necesidades de la seguridad pública; establecer en ellos las disciplinas que mejor sirvan a la corrección de los condenados, o aquellas medidas que hagan más provechosos el trabajo de éstos y más económico el mantenimiento de los mismos; proveer los medios de hacer solícita y menos dispendiosa la formación de los procesos penales y rodearlos de aquellas cautelas que mejor los preserven de alteraciones y extravíos; instituir ordenamientos bien encaminados para que con la mayor velocidad y seguridad se puedan comprobar las reincidencias; elegir los lugares más oportunos donde deba expiarse la deportación o la relegación o abrirse una colonia penitenciaria; disponer las formas para que en los procesos orales el decoro y la calma se combinen con la publicidad, y se concilien los intereses de la justicia con los sagrados derechos de la defensa; encontrar los mejores modos de cobrar las multas o de recuperar las costas judiciales. Todo esto abre un amplísimo campo en el que la observación experimental será útil para instruir al filántropo que consagre a ello su obra; todo esto podrá constituir un conjunto de conocimientos y de prácticas de las cuales, con justicia, deberá estar orgulloso quien en ellas sea más erudito.

Pero el más erudito entre los eruditos en todas esas materias, podrá estar casi ayuno del derecho criminal; y toda esa, por otra parte, utilísima erudición suya, no le dará derecho a estimarse un criminalista ni a subir a una cátedra, del mismo modo que, en sentido inverso, los grandes filósofos pudieron adquirir nombre de maestros de la ciencia y aspirar a la fama de un Béccheria, sin haber entrado muy adentro en esas prácticas.

Y esto, ¿qué importa?

Este desenvolvimiento totalmente experimental del magisterio punitivo no debe ser confundido con la parte fundamental del mismo, en la cual las observaciones de los hechos no pueden dar más que una luz pálida y secundaria, pero jamás, nótese bien, autorizar a los empíricos a superar y conculcar los principios cardinales de la doctrina jurídica, ni aquellos que surgen de los mismos como deducciones de lógica necesidad, y mucho menos tratar de visionarios a los que, con religiosa fe, adhieren a esos principios y quieren que sean invariablemente respetados.

¿Para qué servirá la observación de los hechos y esta supuesta terapéutica, cuando examinen cuáles son las condiciones necesarias que deben concurrir en un acto humano para que él pueda, sin caer en tiranía, ser declarado delito?

¿Para qué sirven cuando buscan las condiciones de la imputabilidad humana; o cuando preguntan con qué proporción y en qué condiciones debe castigarse la tentativa, y si la justicia tolera que un cómplice secundario sea castigado a la par del autor principal; o si el derecho penal admite la teoría de la continuación, o la de la prescripción, o la de la extraterritorialidad?

¿Cómo podrán, sin seguir las deducciones de una buena dialéctica, encontrar la justa proporción que debe observarse para castigar delitos diferentes entre sí?

¿Es acaso sin necesidad de lógica y con la sola observación de los hechos que ustedes llegarán a establecer los criterios de la credibilidad en los testigos, de la valuabilidad en los indicios y del valor en las confesiones de los reos?

¿Podrán establecer empíricamente los respectivos límites de los derechos de la acusación y de la defensa?

¿O las reglas para calcular los votos de los juzgadores, o las condiciones que deben ser requeridas antes de que se llegue al encarcelamiento de un ciudadano por mera sospecha?

En todas aquellas materias en que entra en escena el derecho del individuo y el derecho de los coasociados y se estudia el arduo problema de cómo se puede proteger a éste sin conculcar aquél, y respetar a aquél sin poner a éste en peligro, la observación de los hechos no será enteramente muda; pero si de ella podrá extraerse alguna vez la comprobación del cálculo, no podrá ser jamás maestra de las reglas que dirijan el cálculo por la vía más segura.

La guía suprema no puede ser sino la razón, la cual, tomando como punto de partida los principios cardinales de la doctrina jurídica, saque de ellos, sucesivamente, las conclusiones que se necesitan.

Dar valor a los hechos, despreciando los principios filosóficos y sin coordinar a aquéllos con éstos mediante una sana dialéctica, vale tanto como pretender construir un muro con una bolsa de guijarros sin cemento.

Ciertamente, yo no llamaría a un profesor de derecho criminal que hubiese pasado toda su vida en la Academia, a hacer un reglamento carcelario o un código de seguridad o a dictar las medidas relativas a una colonia penitenciaria.

Yo daría valor a las respectivas luces del proyecto al director de cárceles, al sargento de policía, al intendente y, en una palabra, a todos aquellos que se ejercitaron en la experiencia correspondiente.

Evidentemente, la vida práctica de una ciencia es mejor conocida por aquéllos que en esa vida práctica emplearon activamente su propia obra.

Por cierto que yo no creo que por esa simple experiencia el intendente, el sargento de policía o el director de cárceles sea, por esa sola cualidad suya, capaz de dictarme los artículos del código penal, de definirme la teoría del grado en el delito, la noción de la tentativa o de la complicidad, de establecerme un justo reparto de los castigos proporcionado a la gravedad policia de los diversos delitos, ni de componer la teoría de las pruebas en los juicios penales.

A riesgo de encontrar los anatemas de nuestro censor, yo querría entregar esta obra legislativa a quien encarnó los principios fundamentales del derecho punitivo y se habituó a contemplar el proceso lógico de los mismos principios.

Acaso el más ilustre profesor de química, si bajase a la trastienda de la farmacia, tendría que ceder el puesto al viejo idóneo en la preparación solicita de cualquier medicina; acaso el más docto de la ciencia de Vitruvio y de Palladio no sería capaz de hacer un pequeño arco de ladrillos, y tendría que ceder el puesto al capataz experimentado.

Pero por esto ¿pondrían ustedes en la cátedra al idóneo farmacéutico o al capataz del albañil a enseñar la química o la matemática?

Yo respeto la obra infatigable y humanitaria de aquéllos que consagran sus estudios a la llamada ciencia del buen gobierno, no menos que a la llamada ciencia de las prisiones.

Les hago sincera reverencia y les reconozco como mis superiores en esas materias. Yo soy el primero en proclamar que ellos han adquirido un título sagrado a ser honrados por los contemporáneos, a la benevolencia de la posteridad, siempre que sus hábitos se hayan formado bajo la inspiración de los sentimientos humanitarios, y no de las veleidades del despotismo, de superiores o de subalternos.

Pero que ellos, a su vez, respeten la ciencia criminal: que no intenten derribar las bases de la misma y mucho menos impugnar su subsistencia.

La ciencia criminal es ciencia del derecho, que es como decir de una verdad suprema que emana de Dios y que fue impuesta por él, por decreto inalterable, a la humanidad.

Yo no conozco ciencia de buen gobierno ni ciencia de prisiones, no conozco empirismo ni terapéutica, ni observación de hechos que puedan inducir a conculcar el derecho. Y a la conculcación del derecho le abre, evidentemente, un ancho camino su negación. Y la negación del derecho está necesariamente implícita en la doctrina de los que niegan la autoridad de la lógica y el respeto a sus genuinas deducciones en el campo jurídico.

El derecho no nace del hecho, ni de las necesidades, sino de la infalible voluntad de aquél que dio el ser al mundo moral.

Los hechos, que no son hábiles para crear el más pequeño derecho, si no encuentra su raíz en aquella ley suprema, no pueden tener el poder de modificar el derecho ni siquiera en una línea, cuando ello esté en contra de esa ley.

Si para el ojo que mira superficialmente las cosas puede, a veces, aparecer que por el hecho se modifica el derecho, y si puede, en un cierto sentido concreto, ser exacta la regla de que del hecho nace el derecho, esto no puede ser verdad ni debe entenderse sino en cuanto al derecho individual que recibe por una ley anterior y suprema una determinada modificación en ocasión de un hecho.

Así, la venta es un hecho que modifica el derecho de propiedad; así, el derecho que tiene un hombre a su libertad personal se modifica por su hecho delictuoso.

Pero de tales modificaciones el hecho es mera ocasión, y no ya causa primitiva. Ésta remonta a una ley superior jurídica preexistente, la cual prescribe que el hecho de la venta extinga el dere

CAPITULO 7

DOLO

7.1 DEFINICIONES

Con respecto de la definición de dolo, los criminalistas se alinean en dos frentes:

- Algunos lo ven en la intención;
- Otros en la conciencia.

Los antiguos consideraron bueno el primer concepto; entre algunos modernos prevaleció el segundo, y ambas escuelas ostentan nombres respetables.

La conciencia en los hechos culpables esta constituida por la previsión de los efectos que derivaron de los actos ejecutados, y por el conocimiento de que estos efectos violaban la ley, y, por lo tanto, por el conocimiento anterior de la colisión que entre ésta y aquellos ocurrió.

Por cierto que la conciencia del mal que se hace debe ser un atributo indispensable del dolo, así como la gravedad y la extensión son atributos indispensables de la materia.

Pero por el hecho de que la materia deba necesariamente tener extensión y gravedad, ¿podrá acaso definírsela como un peso o un espacio?

La noción característica de un ente debe extraerse de lo que constituye su ser primero, y esta noción debe completarse con la indicación de los atributos que lo acompañan constantemente. Así, definimos la materia como una sustancia dotada de gravedad y de extensión; lo primero es el sujeto que se define; los otros son los predicados indefectibles.

Definiendo el dolo como una conciencia, se define el predicado en vez de definir el sujeto. La esencia del dolo no puede estar sino en la voluntad, de la cual es una fase.

El criminalista estudia al dolo en cuanto puede ser causa de acción. Pero la causa de acción no puede encontrarse en la mera conciencia. Es forzoso que el impulso hacia el acto parta de la fuerza volitiva; la perversidad no reside en el saber, sino en la determinación a un acto que se sabe malo.

De nada vale objetar que la voluntad sin conciencia no puede considerarse dolosa, porque se responde que tampoco la conciencia sin voluntad podría considerarse dolosa.

No se trata, pues, de la cuestión de que para formar el dolo deban concurrir simultáneamente tanto la voluntad como la conciencia; en esto estamos todos de acuerdo.

La discrepancia surge al determinar cual de las dos debe considerarse como principal y cual como complemento; en una palabra, cual de las dos debe representar la parte sustantiva en la definición del dolo.

Ahora bien:

Esta función debe atribuirse solamente a esa parte en la cual halló impulso la acción que luego se califica como dolosa; y toda vez que tal impulso proviene de la voluntad, mientras que la conciencia (aunque subsista eternamente) no podrá jamás ser causa de movimientos, por eso, la parte sustantiva de la definición del dolo deberá ser proporcionada por el elemento de la voluntad y no por el del intelecto.

Finalmente, si se constituye la noción del dolo sobre la base de la conciencia, o bien no sería aplicable, o sería totalmente repugnante a las clásicas distinciones de la doctrina entre dolo de comisión y dolo de omisión, dolo personal y dolo real, y traería a nuestra ciencia confusiones y dificultades.

Por eso, yo defino el dolo de este modo:

La intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley.

Siguiendo así el principio que me parece preferible, saco de mi definición todo lo que daba argumento de crítica a los secuaces de la doctrina contraria.

No mezclo consideraciones externas en la definición; no refiero la voluntad a la violación de la ley, sino al acto, ni descuido la función que la conciencia debe representar en la formación del dolo, porque diciendo intención designo un acto de la voluntad iluminada por el intelecto en su relación con la acción; y diciendo: que se sabe contrario a la ley, designo a la voluntad iluminada también en su relación con la ley.

El dolo así concebido es el que hace pasar al agente del estado general de imputabilidad (que siempre es presupuesto en él por su potencia de entender y de querer) al estado especial de imputabilidad por aquel hecho determinado, en cuanto se ha ejercido en acto su potencia con relación a la acción criminal a la que se determinaba con voluntad iluminada.

Por lo demás, no es esta una disputa por vanas palabras.

Al contrario, es fecunda en consecuencias, y graves, con relación al importante problema de la graduación del dolo.

Si se ve la esencia del dolo en la conciencia de violar la ley, es evidente que esta conciencia no puede admitir grados en su intensidad.

Cuando determino matar a un enemigo, tengo la conciencia de que este hecho violará la ley; pero esta conciencia no admite momentos ulteriores que aumenten su gravedad.

Tanto tengo la conciencia de violar la ley matando a mi enemigo, si la muerte sigue inmediatamente de la determinación homicida, como si lo mato después de dos días.

La conciencia que acompaña al acto de la muerte no se aumenta por la mayor precedencia de la determinación criminosa.

Y, sin embargo, todos los moralistas y criminalistas nos enseñan que el dolo sufre un aumento de gravedad por la premeditación, y el sentido moral confirma esta enseñanza en el corazón de todos como una verdad evidente.

Del mismo modo influyen sobre la mayor o menor gravedad del dolo las causas que impulsaron al hombre a la acción malvada, no solamente según los criminalistas (a los que podría considerarse guiados por consideraciones políticas), sino también por los moralistas que juzgan el acto interno puro.

De modo que también en esto, si se prescinde de las utopías de algún filósofo antiguo, tenemos el consenso universal de todos los que juzgan en forma racional y de todos los que por instinto se pronuncian guiados meramente por el sentido moral.

El que dijera que son iguales en dolo el matador del inocente y el matador de quien lo ha ofendido atrocemente; el matador por afán de enriquecerse y el que roba para subvenir a necesidades imperiosas, chocaría con la cordial repugnancia de todos los hombres a quienes el gusto por una teoría sistemática no les ha oscurecido las inspiraciones del sentido íntimo.

Sin embargo, la conciencia de violar la ley no sufre la menor alteración en razón de las causas que mueven la voluntad.

Pero si encontramos la parte sustantiva de la noción del dolo mas bien en la intención (que es un acto de la voluntad) que en la conciencia (que es función del intelecto), nos volveremos a encontrar en la dirección más conforme a la naturaleza de las cosas; porque ciertamente se peca con la voluntad y no se peca con el intelecto.

Al mismo tiempo hemos abierto la vía para asentar sobre principios tan verdaderos como absolutos el criterio para calcular la relativa gravedad del dolo y para ordenar racionalmente la distribución de sus diferentes grados.

CAPITULO 7

DOLO

7.1 DEFINICIONES

Con respecto de la definición de dolo, los criminalistas se alinean en dos frentes:

- Algunos lo ven en la intención;
- Otros en la conciencia.

Los antiguos consideraron bueno el primer concepto; entre algunos modernos prevaleció el segundo, y ambas escuelas ostentan nombres respetables.

La conciencia en los hechos culpables esta constituida por la previsión de los efectos que derivaron de los actos ejecutados, y por el conocimiento de que estos efectos violaban la ley, y, por lo tanto, por el conocimiento anterior de la colisión que entre ésta y aquellos ocurrió.

Por cierto que la conciencia del mal que se hace debe ser un atributo indispensable del dolo, así como la gravedad y la extensión son atributos indispensables de la materia.

Pero por el hecho de que la materia deba necesariamente tener extensión y gravedad, ¿podrá acaso definírsela como un peso o un espacio?

La noción característica de un ente debe extraerse de lo que constituye su ser primero, y esta noción debe completarse con la indicación de los atributos que lo acompañan constantemente. Así, definimos la materia como una sustancia dotada de gravedad y de extensión; lo primero es el sujeto que se define; los otros son los predicados indefectibles.

Definiendo el dolo como una conciencia, se define el predicado en vez de definir el sujeto. La esencia del dolo no puede estar sino en la voluntad, de la cual es una fase.

El criminalista estudia al dolo en cuanto puede ser causa de acción. Pero la causa de acción no puede encontrarse en la mera conciencia. Es forzoso que el impulso hacia el acto parta de la fuerza volitiva; la perversidad no reside en el saber, sino en la determinación a un acto que se sabe malo.

De nada vale objetar que la voluntad sin conciencia no puede considerarse dolosa, porque se responde que tampoco la conciencia sin voluntad podría considerarse dolosa.

No se trata, pues, de la cuestión de que para formar el dolo deban concurrir simultáneamente tanto la voluntad como la conciencia; en esto estamos todos de acuerdo.

La discrepancia surge al determinar cual de las dos debe considerarse como principal y cual como complemento; en una palabra, cual de las dos debe representar la parte sustantiva en la definición del dolo.

Ahora bien:

Esta función debe atribuirse solamente a esa parte en la cual halló impulso la acción que luego se califica como dolosa; y toda vez que tal impulso proviene de la voluntad, mientras que la conciencia (aunque subsista eternamente) no podrá jamás ser causa de movimientos, por eso, la parte sustantiva de la definición del dolo deberá ser proporcionada por el elemento de la voluntad y no por el del intelecto.

Finalmente, si se constituye la noción del dolo sobre la base de la conciencia, o bien no sería aplicable, o sería totalmente repugnante a las clásicas distinciones de la doctrina entre dolo de comisión y dolo de omisión, dolo personal y dolo real, y traería a nuestra ciencia confusiones y dificultades.

Por eso, yo defino el dolo de este modo:

La intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley.

Siguiendo así el principio que me parece preferible, saco de mi definición todo lo que daba argumento de crítica a los secuaces de la doctrina contraria.

No mezclo consideraciones externas en la definición; no refiero la voluntad a la violación de la ley, sino al acto, ni descuido la función que la conciencia debe representar en la formación del dolo, porque diciendo intención designo un acto de la voluntad iluminada por el intelecto en su relación con la acción; y diciendo: que se sabe contrario a la ley, designo a la voluntad iluminada también en su relación con la ley.

El dolo así concebido es el que hace pasar al agente del estado general de imputabilidad (que siempre es presupuesto en él por su potencia de entender y de querer) al estado especial de imputabilidad por aquel hecho determinado, en cuanto se ha ejercido en acto su potencia con relación a la acción criminosa a la que se determinaba con voluntad iluminada.

Por lo demás, no es esta una disputa por vanas palabras.

Al contrario, es fecunda en consecuencias, y graves, con relación al importante problema de la graduación del dolo.

Si se ve la esencia del dolo en la conciencia de violar la ley, es evidente que esta conciencia no puede admitir grados en su intensidad.

Cuando determino matar a un enemigo, tengo la conciencia de que este hecho violará la ley; pero esta conciencia no admite momentos ulteriores que aumenten su gravedad.

Tanto tengo la conciencia de violar la ley matando a mi enemigo, si la muerte sigue inmediatamente de la determinación homicida, como si lo mato después de dos días.

La conciencia que acompaña al acto de la muerte no se aumenta por la mayor precedencia de la determinación criminosa.

Y, sin embargo, todos los moralistas y criminalistas nos enseñan que el dolo sufre un aumento de gravedad por la premeditación, y el sentido moral confirma esta enseñanza en el corazón de todos como una verdad evidente.

Del mismo modo influyen sobre la mayor o menor gravedad del dolo las causas que impulsaron al hombre a la acción malvada, no solamente según los criminalistas (a los que podría considerarse guiados por consideraciones políticas), sino también por los moralistas que juzgan el acto interno puro.

De modo que también en esto, si se prescinde de las utopías de algún filósofo antiguo, tenemos el consenso universal de todos los que juzgan en forma racional y de todos los que por instinto se pronuncian guiados meramente por el sentido moral.

El que dijera que son iguales en dolo el matador del inocente y el matador de quien lo ha ofendido atrocemente; el matador por afán de enriquecerse y el que roba para subvenir a necesidades imperiosas, chocaría con la cordial repugnancia de todos los hombres a quienes el gusto por una teoría sistemática no les ha oscurecido las inspiraciones del sentido íntimo.

Sin embargo, la conciencia de violar la ley no sufre la menor alteración en razón de las causas que mueven la voluntad.

Pero si encontramos la parte sustantiva de la noción del dolo mas bien en la intención (que es un acto de la voluntad) que en la conciencia (que es función del intelecto), nos volveremos a encontrar en la dirección más conforme a la naturaleza de las cosas; porque ciertamente se peca con la voluntad y no se peca con el intelecto.

Al mismo tiempo hemos abierto la vía para asentar sobre principios tan verdaderos como absolutos el criterio para calcular la relativa gravedad del dolo y para ordenar racionalmente la distribución de sus diferentes grados.

CAPITULO 7

DOLO

7.2 CRITERIOS DE DOSIFICACIÓN

Los criterios que aumentan o disminuyen el dolo deben reducirse a dos. Uno de estos proviene de la génesis de la intención criminosa; el segundo de su duración.

Para aclarar estas ideas, voy a hacer una comparación: cuando alguno de nosotros quiere juzgar de la fuerza muscular de un hombre, lo examina mientras levanta un peso.

Del mayor peso del cuerpo levantado deduce un grado mayor de fuerza. Del mismo modo, el delito deduce del efecto la primera norma de su imputación. Y aquí hablo de delito y no de dolo.

Pero si se descompone el juicio sobre el grado de aquella fuerza muscular, remontándose hasta sus criterios racionales, se encuentra que el criterio no se apoya en el hecho único de la gravedad del peso levantado, sino en la combinación de esta con las condiciones accesorias en las cuales se aplicaba la fuerza del hombre.

En efecto, cuando dos hombres levantan un peso igual no significa que tienen fuerzas iguales. Ante todo, examinen si se ayudan con alguna cosa para levantar el peso.

Si uno apela a ese refuerzo y el otro no, se atribuye mayor intensidad a la fuerza de éste que a la de aquél.

Del mismo modo, es forzoso reconocer un grado mayor de perversidad en la voluntad que procede a la determinación criminosa por impulso totalmente espontáneo, que en aquella que alcanza la determinación malvada por una fuerza moral que la impele.

He aquí a la espontaneidad como el primer criterio de la gravedad del dolo, derivado del hecho de que la intención de delinquir sea o no ayudada por un impulso psicológico más o menos potente; y este impulso es la pasión vehemente.

Para continuar con el estudio comparativo entre las fuerzas físicas de aquellos dos hombres, consideren cuanto tiempo tiene levantado el peso cada uno.

Si uno lo ha sostenido durante breves instantes y el otro durante largo tiempo, atribuirán al segundo un grado mayor de fuerza que al primero. Del mismo modo, es preciso atribuir una fuerza menor a la voluntad que procede inmediatamente de la determinación criminosa, y una fuerza mayor a la voluntad que persevera largamente en la determinación malvada, y tanto mayor cuanto más largamente persevere.

He aquí el segundo criterio de la gravedad del dolo: la perseverancia de la voluntad en el malvado propósito.

Por el primer criterio somos llevados a indagar el dolo en las condiciones anteriores a su nacimiento; y por eso dije que se remonta hasta la génesis del dolo.

Por el segundo lo indagamos posteriormente.

Con el primero se parte de un hecho que ha influido intrínsecamente sobre la determinación dolosa; con el segundo se parte de un hecho que propiamente no ha influido sobre el dolo, pero que ha puesto de manifiesto su intensidad.

No se dice que la duración vuelve más intensa la fuerza del propósito malvado; se dice que la duración es un signo revelador de esta mayor intensidad.

Sobre tales observaciones fácilmente se construye la fórmula de la gradación del dolo. Su grado aumenta en razón inversa del impulso psicológico y en razón directa de su permanencia.

Pero esas dos condiciones, o pueden concurrir simultáneamente, o una sí y otra nó, o viceversa, o faltar ambas.

CAPITULO 7

DOLO

7.3 GRADOS DEL DOLO

De estas posibles combinaciones resulta que si queremos ser exactos, el dolo no puede ser distinguido mas que en cuatro grados. Cualquiera otra partición resulta incompleta.

CAPITULO 7

DOLO

7.3.1 Primer grado:

Espontaneidad y perseverancia en estado positivo.

Perseverancia en el malvado propósito y ausencia de pasión violenta.

He aquí el delito fríamente premeditado.

CAPITULO 7

DOLO

7.3.2 Segundo grado:

Espontaneidad disminuida; perseverancia en estado positivo.

Existe continuación del propósito malvado por un breve intervalo; pero bajo el predominio de vehemente pasión.

He aquí lo que la práctica denomino simple deliberación.

CAPITULO 7

DOLO

7.3.3 Tercer grado:

Espontaneidad en estado positivo; perseverancia en estado negativo.

Animo carente de la embriaguez de ciega pasión; pero falta de intervalo entre la determinación y la acción.

He aquí el delito que se dice voluntario simple o de resolución improvisa. Por cierto que es preciso suponer un afecto también en este grado de dolo; pero no un afecto que suprima la reflexión y el cálculo.

CAPITULO 7

DOLO

7.3.4 Cuarto grado:

Espontaneidad disminuida; perseverancia en estado negativo.

Entre la determinación y la acción no medio intervalo de tiempo, y existió impulso de pasión ciega.

He aquí el delito que se dice cometido bajo el ímpetu de los afectos. Este cuarto grado de dolo podrá ser equiparado, a veces, al tercero, con respecto a su imputabilidad política, por la evidente injusticia de la causa que concito la pasión; pero por sus condiciones psicológicas será siempre distinto de él, porque, justa o injustamente excitada, la pasión precipitó siempre la violación.

Las variedades de las condiciones ontológicas de estos cuatro grados de dolo son tan distintas y señaladas con caracteres tan notables, que, por una parte, no es posible confundirlos y, por la otra, repugna equipararlos en la valoración de su esencia. No es necesario demostrar esto desde el punto de vista ontológico.

Que tal diversidad de condiciones del dolo lleve a un grado diferente de imputación moral, es también una proposición cuya verdad todos sentimos.

Una voluntad es tanto más malvada y corrupta cuanto más larga y tenazmente se nutre con malvados designios.

Un ánimo se muestra tanto más depravado y perverso cuanto menos fue arrastrado al delictuoso propósito por impulsos apasionados que lo empujaron, agitado, fuera del recto camino.

Para el que delinque en el acceso de pasión ciega, el delito es la excepción; para el otro, es el hábito.

Pero la variedad de las condiciones ontológicas de los diversos grados del dolo y la variación de la respectiva imputación moral ¿deberá llevar a diferenciar también las condiciones jurídicas del mismo, es decir, a variar el grado de la imputación política del delito en proporción al dolo?

Así lo creo, porque toda variedad de dolo desarrolla una variación en el daño mediato, que es uno de los criterios mensuradores de los delitos.

Fácil me será demostrarlo cuando desarrolle la doctrina de la cantidad y del grado en el delito.

Por ahora, debo limitar nuestros estudios a las nociones primarias del delito y de sus elementos, baste haber aclarado en que consiste la esencia del dolo, cómo puede variar según su distinto grado de intensidad y de qué criterios debe ser deducida su gradación.

Por lo demás, en esta distinción del dolo en cuatro grados, que puede parecer nueva en teoría, no he hecho mas que aplicar una fórmula a lo que los antiguos prácticos han venido enseñando y los tribunales toscanos han sancionado y sancionan desde hace más de dieciséis lustros.

Los primeros dos grados son una subdivisión del dolo que los prácticos llaman expropósito, en el cual se contiene la resolución madurada con mente fría y la madurada bajo la turbación de una pasión violenta.

El tercero y el cuarto son una subdivisión del llamado dolo ex ímpetu, en el cual se contiene la instantánea determinación tomada sin grave agitación de espíritu y aquella a que arrastra una vehemente y rápida conmoción.

Solamente agregare que si bien la generalidad de los prácticos ha aplicado esta gradación solamente a los delitos de sangre, teóricamente ella procede con respecto a todos los delitos.

Acaso el practico diga que ciertos delitos son siempre premeditados, porque suponen una preordenación y un ánimo frío, según se dice del incendio, del infanticidio y del hurto.

CAPITULO 7

DOLO

7.4 EL DOLO EN OTROS DELITOS

Pero toda vez que, en la realidad de los hechos, estos delitos pueden ser ejecutados como cualquier otro sin intervalo entre la determinación y la acción, y ser precedidos por circunstancias que hayan excitado justamente el delirio de un afecto vehementísimo, como, por ejemplo, el hambre de la familia en el hurto; el peligro del honor y de sevicias en el infanticidio; las violencias actualmente sufridas en el incendio, no es posible aceptar, sin peligro de injusticia, una presunción *juris et de jure* de premeditación y de frialdad en la determinación criminosa, ni limitar solo a ciertos casos la graduabilidad eventual del dolo.

Racionalmente, esta es común a todos los delitos, ya que en todos los delitos es posible el concurso y la ausencia, simultánea o alternativa, de los dos criterios que modifican su gravedad.

Estoy plenamente de acuerdo en que el dolo no puede servir como norma para la clasificación de los delitos.

Todo ente debe ser clasificado según el elemento que constituye el principio supremo de su esencia.

¿Quién pretendería, por ejemplo, clasificar los animales según el color, formando así una misma familia con el león y la abeja?

El color es un atributo común a cualquier animal como a cualquier sustancia, pero no es un carácter constitutivo de su ser. Por lo tanto, la variación de este atributo llevara a una variación de especie en la misma clase, no a una variación de clase.

CAPITULO 7

DOLO

7.5 ESENCIA DEL DELITO

El delito tiene su esencia en la violación de un derecho; por lo tanto, solamente de la diferente especie del derecho violado puede derivar su clasificación natural, según lo veremos enseguida, porque la negación práctica de un derecho constituye la vida positiva del delito.

Pero si bien sobre las variedades del derecho lesionado debemos construir las clases y definir las diversas especies de las acciones criminosas, cada especie admite una subdivisión en otras tantas variedades distintas cuantos son los diversos grados del dolo de que estuvo informada la determinación criminal.

El delito como hecho material varía según el resultado y, por lo tanto, según el derecho violado.

El delito como hecho político sufre variaciones subalternas según la gravedad del dolo, precisamente porque deriva del dolo su condición de hecho político, ya que aquel es el fundamento de su imputabilidad política.

Y si la intención real, o sea el dolo, es uno de los elementos indispensables para constituir el delito y es, precisamente, el que le da fuerza moral, es lógicamente necesario reconocer que las variaciones y modificaciones del dolo deben variar y modificar la importancia política del delito en las distintas especies.

Algunos criminalistas modernos han distinguido el dolo en dos especies, a una de las cuales llaman dolo determinado y a la otra dolo indeterminado.

Llaman dolo determinado al que ha sido dirigido a un preciso fin criminal; por ejemplo, a la muerte del enemigo. Llaman dolo indeterminado a aquél del cual es informado el hombre que se ha dirigido a un fin malvado, previendo además que de sus actos pueda derivar un evento más grave, pero sin desear y querer este efecto; mas bien esperando que no ocurra.

Así, según esta distinción, quien golpea a su contrario para darle muerte, tiene el dolo determinado hacia el homicidio. Si alguien, en cambio, da golpes con el solo fin de golpear a su enemigo, al que no quiere dar muerte, y aun cuando prevea que de sus golpes puede resultar un efecto letal, no quiere, sin embargo, este efecto, y mas bien espera que no ocurra; en tal hipótesis, si la muerte ocurre, el sujeto está en dolo determinado con respecto a la lesión y en dolo indeterminado con relación al homicidio.

Dígase lo mismo del que golpea a una mujer sabiendo que esta encinta. Uno puede golpearla con el fin de que aborte: he ahí el dolo determinado al aborto. El otro la golpea esperando que no aborte, pero de hecho aborta: he ahí el dolo indeterminado hacia el aborto.

Esta fase especial del animo malvado no puede ser equiparada a la culpa, porque la culpa supone que no se haya previsto en absoluto el evento. Pero es un estado intermedio entre el pleno dolo y la culpa que, sin embargo, corresponde siempre a la especie del dolo, por la volición del medio con previsión del efecto.

CAPITULO 7

DOLO

7.6 DETERMINADO E INDETERMINADO

En el dolo determinado, el agente ha previsto y querido el efecto más grave. En el dolo indeterminado, lo ha previsto, pero no lo ha querido.

En la culpa, no lo ha querido ni previsto; solamente lo podía prever.

En sustancia, el dolo indeterminado se asemeja a esa especial condición del ánimo que los prácticos italianos llamaron preterintencionalidad (delito praeter intentionem).

Existe ésta cuando el agente tiende dolosamente a un fin nocivo, pero ocasiona un efecto más grave que el deseado.

Y digo que se asemeja y no que se identifica, porque el dolo indeterminado requiere la prueba de la previsión actual de la consecuencia más grave, aunque no vaya acompañada de explícita voluntad de producir precisamente semejante consecuencia; mientras que para la preterintencionalidad de la práctica basta una previsión presunta de la posibilidad de prever.

Pero las dos nociones del dolo indeterminado y de la preterintencionalidad difícilmente se encontraran en la practica sobre el mismo plano.

En efecto, el uso practico de la noción del dolo indeterminado es frecuente en materia de tentativa, porque para imputar que el afecto en determinada acción criminal superó al efecto, es necesario que se demuestre la volición precisamente dirigida al efecto más grave no obtenido, y es necesario que tal volición resulte de los criterios positivos.

Por el contrario, la noción de la preterintencionalidad solo se emplea prácticamente producido el efecto, esto es, cuando el resultado más grave ha ocurrido, pero por parte del imputado se argumenta, contrariamente al caso precedente, que el efecto ha superado al afecto, en cuanto él procedía sin volición positivamente dirigida al resultado más grave que derivó de su hecho.

La expresión "tentativa preterintencional" es un contrasentido lógico y jurídico.

Cuando la acusación quiere imputar una tentativa (por ejemplo, imputar homicidio tentado y no simplemente lesiones), toma como norte el elemento intencional del delito, y ya que su afirmación arraiga solamente sobre éste

(porque falta totalmente el elemento material, vista la deficiencia del efecto mas grave), es deber suyo justificar perfecta y completamente su fundamento, tanto con respecto a la previsión actual como con respecto a la volición.

Cuando, por el contrario, la acusación imputa un evento realmente verificado por acción del imputado, aquella tiene como raíz y fundamento suficiente el hecho, y con tal que demuestre el nexo ontológico entre la acción del imputado y la consecuencia lesiva de la cual quiere deducir el título que imputa, siempre estará fundada en la afirmación de este título.

Por ejemplo, demuestra la muerte de la víctima derivada por causa del hecho del imputado, y dice: estoy fundada en la afirmación del título de homicidio.

Pero entonces se presenta la necesidad de la investigación intencional, para atribuir a aquel título preestablecido sobre el evento, el predicado o cualidad que más le convenga.

En este examen ulterior, la distinción entre dolo determinado e indeterminado resulta útil en la práctica solamente cuando la acusación pretenda sostener que el homicidio fue acompañado de premeditación, porque para la premeditación, conforme al verdadero concepto de esta, se requiere la prueba de la volición del efecto mas grave producido, prueba que es imposible alcanzar sin la demostración de la previsión actual, que no puede ser suplida por la prueba de la simple previsibilidad, porque la previsibilidad no arroja mas que una presunción, y no es posible admitir premeditación presunta.

Pero si la acusación se limita a imputar la voluntariedad del homicidio (esto es, el dolo de tercer grado), la distinción entre dolo determinado y dolo indeterminado pierde toda utilidad práctica, porque la responsabilidad por el evento producido cae totalmente y por igual sobre aquél que fue su causa, si obró con previsión actual aunque sin volición taxativamente determinada a aquel evento.

Es entonces cuando se advierte la utilidad práctica de la noción de la preterintencionalidad: cuando en tal hipótesis el procesado niegue la previsión actual y falte la prueba de ésta.

Ante esa defensa, la acusación que está segura, en cuanto a elemento de hecho, del título que quiere imputar, pero que no puede afirmar igualmente el elemento intencional (indispensable para completar la figura criminal) sobre la base de la previsión actual no puede sostener su tesis sino sobre la base de la previsibilidad.

Y precisamente, la diferencia que existe entre la posibilidad de prever y la previsión efectivamente demostrada, marca la línea que separa el delito preterintencional del delito voluntario con dolo indeterminado.

Y si la acusación no logra convencer ni siquiera de esta posibilidad de prever el evento más grave, la imputación de éste escapará a toda figura de dolo e irá a parar a los términos del caso fortuito, limitándose la imputación tan solo al precedente querido y logrado, sin perjuicio de que se tomen en cuenta en la medida de su cantidad incluso los resultados no previsibles, pero nunca para fundar en estos una imputación directa al acusado. Ni para basar en ellos el título de su delito.

Por lo demás, la distinción entre dolo determinado y dolo indeterminado ni siquiera coincidiría con la que llamamos intención indirecta positiva, si la noción de intención indirecta positiva es aceptada en el sentido que a esta intención indirecta positiva le ha dado Carmignani.

En efecto, según el lenguaje de Carmignani, la intención indirecta positiva es aplicable tanto al dolo determinado como al dolo indeterminado, porque él coloca el criterio de la indirección en la relación entre los medios y el efecto; llamando directa la intención cuando el efecto era considerado como necesario, e indirecta cuando era consecuencia meramente posible de los medios empleados; de manera que hace prevalecer la consideración del nexo ontológico sobre la consideración del nexo ideológico que debía ser definido solamente según sus condiciones intrínsecas.

Ahora bien:

La noción del dolo indeterminado no puede aplicarse nunca a la intención directa, porque el efecto necesario no puede ser no querido una vez que fue previsto.

De esto no resulta que todos los casos de intención indirecta configuren el dolo indeterminado, porque estamos siempre dentro de los límites de la intención indirecta tanto cuando el efecto previsto como posible ha sido querido (y esto es verdadero dolo determinado) como cuando el efecto previsto como posible no ha sido querido en absoluto (lo que sería dolo indeterminado).

El celebre ejemplo con el cual De Simoni expresó el concepto de la intención indirecta positiva (esto es, el del marido que queriendo matar a la mujer dejó expuesto a su disposición un alimento envenenado del que la sabia golosa, en la esperanza de que lo comiera) expresa claramente el dolo determinado.

Expresaría, en cambio, el dolo indeterminado el otro caso de intención indirecta positiva: si con el alimento corrupto, a disposición de la mujer, el marido solamente hubiera querido ocasionarle una enfermedad transitoria, previendo la posible muerte ulterior, pero no deseando este efecto, y esperando que no ocurra.

Derivó probablemente de confundir estas dos situaciones de hecho y de suponer que la intención indirecta representa siempre un dolo indeterminado, la inexacta doctrina que estableció Carmignani cuando enseñó que el grado ínfimo de dolo se daba en la intención indirecta positiva.

El mismo, un poco antes, habla descrito esta intención refiriéndose al ejemplo de De Simoni. Pero el ejemplo de este no ofrece, por cierto, un caso de dolo indeterminado, porque el marido que él describe quería precisamente matar a la mujer.

Y por cierto que a esta condición de ánimo no puede corresponder el ínfimo grado del dolo, por el solo hecho de que los medios maliciosamente escogidos y preordenados al fin criminal podían eventualmente resultar ineficaces si a la mujer no se le ocurría tomar los alimentos intoxicados.

Aun admitiendo, si ello es posible, que la mayor o menor prontitud de los medios pueda influir sobre el cálculo de la gravedad del delito, en cuanto se aprecia el elemento externo de éste, es lo cierto que nada influye sobre la gravedad del elemento interno.

Muchas veces incluso demuestra una mayor criminalidad y malicia al escoger medios que puedan asumir la apariencia del infortunio.

Es un cálculo ulterior del malvado, con el cual diestramente cambia la menor probabilidad del evento con la mayor probabilidad de la propia impunidad.

Pero el dolo de éste, que fría y deliberadamente maduro el plan que le pareció más oportuno y menos arriesgado para alcanzar el doble fin de matar y de quedar impune, será siempre dolo de primer grado, a pesar de la eventual falla de los medios. Y cuando el evento verificado haya mostrado que de hecho los medios no resultaron infructuosos, no es posible racionalmente dar valor alguno a aquella posible falla de ellos, que resulto puramente hipotética.

El marido descrito por De Simoni, logrado su designio, era responsable de envenenamiento con premeditación.

O bien, es preciso rectificar la noción de la intención indirecta positiva, restringiéndola a la hipótesis de una previsión sin volición, o bien, es necesario decir que la creación del concepto de una intención indirecta positiva, que por el concurso de la previsión y de la volición siempre configura un dolo plenísimo, es una inútil superfetación que no da fruto alguno a la ciencia y que puede generar confusión.

La intención que prevé y quiere un fin malvado, es siempre en si directa, aunque se sirva de medios indirectos: el camino escogido para el viaje no altera en nada la dirección del ánimo del viajero.

Esta igualmente movido por la intención dirigida a la muerte del pájaro tanto el que lo busca y persigue con perros y escopetas, como el que pacientemente espera que caiga en la trampa.

Por cierto que no es indirecta esta segunda intención, toda vez que el único fin a que se dirige es la presa.

Hablando con rigor, ni siquiera pueden llamarse indirectos a los medios, porque tampoco éstos se dirigen a otro fin que el de la presa.

Para que una intención o un medio puedan decirse indirectos con relación a un fin, es necesario poder configurar otro fin al cual aquella o este sean dirigidos con prelación.

Pero ¿quien puede concebir el fin primario de la trampa, del acecho tendido al hombre, del veneno dispuesto para la mujer, respectivamente distinto del de la presa, del asalto y del envenenamiento?

Por lo tanto, en el ejemplo de De Simoni existe dirección de voluntad y dirección de medios. Y si se quiere conservar en la ciencia la noción de intención indirecta, es preciso configurarla en la previsión de un efecto posible, sin volición decidida del efecto mismo.

Lo cual lleva a la intención indirecta positiva a compenetrarse con el dolo indeterminado; porque, según advertí, hay dolo determinado cuando se previo y se quiso el delito; hay dolo indeterminado cuando se previo, pero no se quiso, porque se esperó que el evento más grave no ocurriera; y habrá culpa solamente cuando no se quiso y ni siquiera se previo.

Pero no se puede referir la preterintencionalidad a la culpa, porque la imprevisión constituye la esencia de la culpa. Y es imposible decir que quien pega bastonazos a su enemigo, aunque sin la intención de matarlo, no haya previsto que de ellos podía seguir la muerte.

Es más exacto considerar que previo ese riesgo; pero que, dominado por la pasión, quiso correrlo. Y si bien,

propiamente no deseara la muerte que causó, prefirió exponerse al peligro de causar muerte que dejar sin desahogo la ira que lo impulsaba a ofender.

Si hay un caso en el que, a los efectos penales, deba darse valor a una presunción, es éste de la presunción derivada del nexo entre los medios empleados y el más grave efecto producido, cuando los medios fueron empleados con intención de dañar.

En ésta, si bien las circunstancias pueden excluir una volición determinada, es imposible no presumir una previsión reprochable y más que suficiente para que en ella se reconozca dolo.

Adaptado de esta manera el concepto de dolo indeterminado a la preterintencionalidad, y rectificando la noción de la intención indirecta positiva de manera que ella coincida con ésta y con aquél, tal distinción, verdadera en teoría, puede resultar útil en la práctica.

No ocurre lo mismo con las otras distinciones que del dolo dejaron los antiguos.

CAPITULO 7

DOLO

7.7. DOLO DE SIMULACION Y DESIMULACION

Dolo de simulación y de disimulación; verdadero y presunto, y otras semejantes de las que prefiero no hablar, porque o son falsas o inútiles, y solo sirven para confundir las mentes.

En este argumento me he limitado a la más simple exposición de las nociones del dolo y de las formas del mismo que creo más exactas y útiles, tanto para la exposición teórica como para la aplicación práctica del derecho penal.

Intencionalmente no los he llevado por el laberinto sin fin de todo lo que los modernos han debatido con cien conceptos opuestos acerca del dolo, porque frente a la utilidad de una mera erudición, veía demasiado cerca el peligro de que sus mentes se enturbiaran con las ideas que refiriéndose al núcleo del elemento moral del delito interesa mucho tener siempre nítidas y firmes en el ánimo, como instrumentos a los que debemos recurrir a cada paso en la exposición ulterior de la doctrina penal.

CAPITULO 8

TENTATIVA EN EL ÍMPETU

Al Profesor Luigi Samminiatielli
(Florencia)

8.1 PREFACIO

Ilustrísimo señor:

A usted, que con tanta sabiduría y con tanto calor de convicción propugno siempre el principio científico que niega que la noción de la tentativa pueda encontrarse en los hechos de riña; a usted, honor de la cátedra y de la curia toscana, dirijo estas palabras para reclamar su atención sobre las dificultades resultantes del precitado argumento.

CAPITULO 8

TENTATIVA EN EL ÍMPETU

Al Profesor Luigi Samminiatielli
(Firencia)

8.1 PREFACIO

Ilustrísimo señor:

A usted, que con tanta sabiduría y con tanto calor de convicción propugno siempre el principio científico que niega que la noción de la tentativa pueda encontrarse en los hechos de riña; a usted, honor de la cátedra y de la curia toscana, dirijo estas palabras para reclamar su atención sobre las dificultades resultantes del precitado argumento.

CAPITULO 8

TENTATIVA EN EL ÍMPETU

8.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Habría observado, lo mismo que yo, como la experiencia ha confirmado nuestras previsiones en el desenvolvimiento práctico de un principio.

Nuestra corte suprema, en su sabia prudencia, creyó conveniente apartarse de la regla que todos los criminalistas italianos habían enseñado siempre y que ella misma había repetido con ellos, vale decir, que en los hechos cometidos por instantáneo arrebató, exaltación de indignación, no puede encontrarse la noción de la tentativa de homicidio por la imposibilidad de establecer que una mente así excitada, y que desordenada impele a actuar sin tener ni tiempo ni poder para calcular y reflexionar, pueda ofrecer el dolo determinado y dirigido explícitamente al fin de la muerte, y no a la vaga finalidad de causar un daño quien la impulso a la cólera.

La corte suprema no modificó en verdad este principio frente a la ciencia, pero lo declaro derogado por el código penal toscano.

Y a esto fue conducida (no resulta útil ocultarlo) por la consideración principal de que el código penal toscano no había establecido ninguna previsión respecto del disparo contra hominem cometido en riña.

Esta consideración ejerció doble influencia sobre la cuestión: ejerció influencia política y jurídica.

- Influencia política, en cuanto que el mantenimiento de la regla común dejaba libres e inmunes de castigo estos hechos demasiado frecuentes y peligrosos.

- Jurídica, en cuanto semejante consecuencia servía de argumento para interpretar que la misma no podría haber sido querida por el código toscano, y hacia necesario buscar la represión del disparo inocuo en la figura del homicidio tentado o de la lesión tentada.

Esta situación especial, en la cual se encontraban los supremos sacerdotes conservadores de la soberanía de la ley en Toscana, no conducía directamente a la consecuencia de que todo disparo debiera declararse homicidio tentado.

No, por cierto, ya que si una necesidad lógica podía forzar la persuasión de que quien disparaba contra otro un arma de fuego en el ardor de una repentina indignación, tuviera una intención indeterminada de causar daño a la persona de su enemigo, no concurría igual necesidad para sostener que esa intención formada sin reflexionar, mirara a la muerte del enemigo y no a un daño menor.

Por lo tanto, una cosa es decir que al disparo contra hominem por dolo de ímpetu se pudiese adaptar la noción de la tentativa, y otra entender que toda tentativa semejante debiera calificarse como homicidio tentado y no como lesión tentada, leve o grave o gravísima, según los casos.

Entre una y otra proposición media un abismo.

Admitida in genere como jurídicamente posible la noción de la tentativa en el ímpetu, quedaba siempre como una dificultad gravísima limitar en estas condiciones la tentativa a la muerte y no a la herida.

Y el argumento valioso, que necesariamente surgía del art. 44 del código toscano y del santo principio que en ese artículo se formuló, habría debido conducir la mayoría de las veces a ver en esos hechos una lesión tentada antes que un homicidio tentado.

Pero, como usted recuerda, en los escritos que presentábamos entonces a la Corte suprema, nosotros preconizamos que esto no ocurriría.

Preveimos que el principio, ya grávido en si de peligros, desbordase toda medida en su aplicación.

Decíamos que si este principio fuese admitido, el título de lesión iría poco a poco siendo cancelado por la práctica, ya que teniendo en si toda lesión una potencia más o menos próxima a volverse letal, el celo de los que ejercen la justicia represiva, los impulsaría con gran facilidad a confundir el elemento material de la tentativa con su elemento intencional, y a decir en la mayor parte de los casos: este acto tenía en si la potencia para matar, por consiguiente, existió homicidio tentado.

Nuestras observaciones parecieron entonces artificios defensivos, sutilezas dialécticas, tendientes a sostener la doctrina que creíamos más verdadera, a la cual queríamos hacer prevalecer aduciendo peligros que no eran reales.

Ahora bien, sin duda también habrá observado después, que, desgraciadamente, esas aprensiones se volvieron ciertas.

Habría observado como en todo caso de lesión en riña se ha venido agitando después la cuestión del homicidio tentado, y como más especialmente en el disparo de arma de fuego que no hirió, las cámaras de consejo han procedido casi constantemente a enviar por el título de homicidio no solo tentado, sino también frustrado, llevando así estos hechos al conocimiento de las cortes y bajo el peso de la detención preventiva, por la única razón de que resultaron inocuos.

Si el culpable hubiera obtenido un resultado dañoso hubiera puesto a la cámara en la alternativa de definir el título según el efecto o de definirlo según el afecto, pudiendo, por lo común, contentarse con aquel sin necesidad de ir a buscar a éste en los arcanos de un ánimo cegado por la ira.

Pero la falta de resultado dañoso, llevaba a la alternativa entre la nada y el alguna cosa, y ya que la nada repugnaba, debía llegarse a la tentativa; y ya que a la tentativa debía llegarse, se llegó, con deducción precipitada, a presumir (riesgosa palabra) más bien a la intención de matar que la de herir.

Este es el hecho que después de esta época confirma con claridad la historia de los decretos de envío.

De manera que el resultado ha comprobado bien lo que entonces decíamos nosotros. Afortunado aquel que disparando hiere: tiene una esperanza de que se admita el título de lesión. Desgraciado aquel que no hiere al enemigo. Por la necesidad de reprimir debe ser llamado a responder de una tentativa.

Y si a la tentativa debe llegarse, yéndose a lo más, será enviado como reo de ¡homicidio frustrado! La prisión preventiva lo alcanzará indefectiblemente; la competencia superior lo espera, junto con todo el aumento de dolores, de temores y de gastos que arrastra consigo.

Y esto es la consecuencia de un evento que el debe, por desventura, llamar desgracia: vale decir, el de no haber herido al enemigo.

No debería ser así, porque en estos hechos de riña debería presumirse deseado por el justiciable más bien el efecto más frecuente, que por cierto es la lesión, y no el homicidio; debería considerarse deseado el efecto menos grave, que es también la lesión.

Pero si así debiera ser, así no sucede, ya que por las fórmulas fatales de mantenerse amplios y de no prejuzgar al juicio de las cortes, se hace siempre el envío con arreglo al tipo de lo máximo.

Es verdad que las cortes las más de las veces reparan el error; pero cuando lo reparan, el daño está sufrido, e irreparable e injustamente sufrido. ¿Y por qué lo sufrió el justiciable?

Repítase una vez más: lo sufrió porque no hirió al adversario. Si lo hubiese herido, afortunada sería entonces su defensa.

Ella habría podido demostrar la impotencia de los proyectiles para penetrar en las carnes, y excluir o la potencia material del acto o la tendencia intencional del agente; ella habría podido demostrar la dirección del tiro hacia la extremidad inferior del cuerpo, y sostener, en una palabra, que el efecto querido era, precisamente, el obtenido.

Pero si el disparo no hirió, todas esas demostraciones se vuelven imposibles, y la fórmula de que se ha deseado el efecto obtenido: el efecto de no herir, no puede proponerse.

Estamos, pues, inevitablemente bajo el peso de una acusación por homicidio frustrado.

Para la vieja ciencia y la vieja legislación toscanas, todos estos peligros eran obvios.

CAPITULO 8

TENTATIVA EN EL ÍMPETU

8.3. BUSQUEDA DEL DOLO

La ciencia, declaraba que era imposible que la severa justicia buscara en las recónditas tinieblas de un alma inflamada por la indignación, el verdadero fin deseado por quien ni siquiera sabia lo que quería; y declaraba que era peligroso y fecundo en injusticias buscarlo, porque las condiciones esenciales del crimen se llegan a extraer no de la realidad, sino de una adivinación con frecuencia falaz.

La legislación toscana, proveía a la seguridad común y a la necesidad de la represión, manteniendo el titulo de disparo contra hominem y moderando su pena con arreglo principalmente a su materialidad, distancia, naturaleza de la carga, etc.; todas cosas positivas que el juez encontraba en los autos y no en los arranques de su fantasía.

Así, todo iba muy bien; sin peligro de impunidad, que nadie deseaba y nosotros menos que ningún otro, pero, además, sin peligro de ilusiones y errores a los cuales ninguno, y nosotros menos que nadie, podemos suscribir.

Sin embargo, los riesgos que anuncian no se han limitado en esta primera investigación. También a un efecto obtenido, a un efecto tal que no permite buscar en otra parte el criterio del titulo, le vienen hoy aplicando las cámaras de envío, con terquedad pavorosa, el titulo de homicidio frustrado.

CAPITULO 8

TENTATIVA EN EL ÍMPETU

8.3.1 Suposición del Dolo

Es siempre un insulto gratuito que se hace a la naturaleza humana esta precipitación en suponer constantemente la intención más feroz, y en persuadirse de que por leves causas un hombre se determine a destruir la criatura de Dios.

Pero cuando a este tremendo juicio se llega a pesar de los signos materiales que lo contradicen, no solo se incurre en un insulto a la humanidad, sino que se lo infiere a la lógica.

Entre los muchos casos que podría aducir como ejemplos de estas inexplicables aberraciones de un celo fanático, elegiré uno en el que hace poco preste mi patrocinio.

Lázaro, joven de apacibles costumbres, había despertado la indignación de Cesar por unas palabras imprudentes, vertidas meses antes, respecto de una amiga suya. Cesar ve un día a Lázaro que volvía de la iglesia; lo sigue, lo alcanza, y esgrimiendo un puñal le dirige palabras amenazadoras. Lázaro lo detiene tomándolo del cuello: extrae una pistola, la dirige hacia su muslo izquierdo, y dispara. El resultado es una lesión grave. El proceso se realiza con la contumacia de Lázaro, y la cámara de envío excluye el homicidio frustrado y el tentado, atento a la dirección del tiro, y lo envía por lesiones al tribunal correccional.

Llega el día de la sentencia y el turno encargado del fallo condena a Lázaro a ocho meses de cárcel. Lázaro se presenta voluntariamente.

Por el procedimiento toscano no puede aceptar la sentencia. Se realiza su examen: ingenuo confiesa, alegando haber obrado en defensa. No se realiza ningún otro acto, y ampliado el proceso solo por la intimación de la acusación, vuelve a la cámara de envío.

Pero en el intervalo había ocurrido entre nosotros un caso infeliz. Un joven, herido por una puñalada en un muslo en el pasado carnaval, había muerto debido a la sección de la arteria femoral.

Nuestra cámara de envío probablemente había aprendido en este proceso lo que antes no había advertido en sus decretos emitidos como cámara de envío y como cámara de juicio: había aprendido, esto es, que en el muslo humano existen troncos arteriales y que su sección es letal.

He aquí que el pobre Lázaro vio revocado el primer decreto y la primera sentencia, y encontró en el proceso un tercer decreto redactado por la misma mano que había redactado los dos primeros, donde la existencia de los troncos arteriales en el miembro herido se pone como criterio inevitable de homicidio frustrado, junto a la posibilidad (sic) de que la descarga tal vez hubiese, en la rapidez de la acción, herido mas abajo del lugar a donde había sido dirigida.

Y la Cámara de las acusaciones confirma este envío, y Lázaro debió verse conducido ante la competencia mayor. Y aunque la cámara de juicio de la corte no dudara un instante (con la adhesión del Ministerio Público) en rechazar, como fruto de un delito, el título de homicidio tentado o frustrado, y aplicara en cambio la benigna pena de la lesión provocada, esto no le evitó a Lázaro los peligros corridos, las angustias y ofensas sufridas, ni borro de los registros, que había sido llevado ante una corte como reo de homicidio frustrado. Ni esto garantiza que lo mismo no pueda repetirse cualquier día en cualquier lesión.

Si para evitar la ignominia y los riesgos y los daños de una acusación por homicidio frustrado, a quien es arrastrado a herir por un ímpetu instantáneo, no le basta alegar sus costumbres apacibles, la falta de una causa proporcionada para matar, la singularidad de la herida, la dirección de ella a las partes menos nobles del cuerpo, si esto no basta, Dios mío, que heridor podrá considerarse seguro frente a la "conatomia" que invade ciertos intelectos.

Hubo quien malignamente pretendió ver en este caso un artificio del tribunal de primera instancia.

Es habilidad, me dijeron, de algunos jueces disminuir el título y la pena en la contumacia del reo, para que no huya. Alentado por la benignidad del castigo vendrá voluntariamente a presentarse, y entonces se tendrá el poder de convertir el breve encarcelamiento en un lindo cargo de casa de fuerza.

Pero en este sistema, en el cual diría Dante: *si vede di giustizia orribil arte*, yo no quiero suponer, ni siquiera como posibilidad, que las tradiciones de Covarrubias renazcan en la magistratura toscana.

No, no; todo esto nace, no de exceso de astucia, sino de estrabismo jurídico.

CAPITULO 8

TENTATIVA EN EL ÍMPETU

8.3.2 Distintos del Delito

Todo nace del olvido de que el delito, bajo cualquier forma en que se configure, como consumado o como tentado, siempre debe tener distintos en sí y distintos en la respectiva prueba, los dos elementos que son indispensables para producir las dos fuerzas constitutivas de la esencia jurídica del delito: el elemento físico y elemento moral.

Muy frecuentemente se olvida este precepto fundamental. A veces, porque esta clara en alguno la voluntad de matar, se proclama un homicidio frustrado, sin advertir que los medios con los cuales se exteriorizo este deseo culpable, no eran aptos para el fin, y que en ellos mismos estaba la causa de la falta de éxito.

Otras veces, porque por sus condiciones materiales una lesión presentaba cualquier posibilidad de llegar a ser alguna vez letal, se repitió la declaración de homicidio tentado, sin buscar si verdaderamente quien causó la lesión dirigió sus actos al fin más feroz de matar.

CAPITULO 8

TENTATIVA EN EL ÍMPETU

8.3.3 Confusión del elemento

Suplir al elemento moral del delito con su elemento material, o suplir a su elemento material con su elemento moral, he ahí el perpetuo sofisma en el cual, como gorrión en torno al nido, giran perpetuamente ciertas mentes y allí se mantienen firmes como sobre una roca inexpugnable.

Quiso matar; por consiguiente, es un homicidio frustrado, y no importa nada que los actos mal medidos no respondieran, en las condiciones del hecho, al atroz designio. Los actos podían con el concurso de diversas condiciones causar la muerte, por consiguiente, es homicidio frustrado, y no interesa nada que el agente no aparezca informado por el dolo determinado precisamente a la muerte.

Y aquí se castiga el solo hecho sin la intención correspondiente, o la sola intención sin hecho exterior adecuado: y he ahí el delito reducido a una sola de sus fuerzas; he ahí los principios más elementales del derecho punitivo reducidos a nada en su aplicación práctica.

Y este punto de vista injusto llega a ser aún más funesto por otras opiniones erróneas que se le agregan. Aunque por algunos se piense y me haya tocado oír repetir con mucha frecuencia, que las cámaras de envío no deben prejuzgar frente a las cámaras de juicio. Formula de aspecto encantador y honesta, como toda otra que provenga de la sirena; pero formula terrible y arruinadora de toda libertad civil, si se la entiende con demasiada amplitud.

Admitiré que las cámaras de envío no deben obstaculizar el juicio de las cámaras de juicio cuando se trate de cuestiones graves que, reales y palpables, presente el proceso, y que por su complejidad merezcan sin hipérbole el título de cuestiones. Pero no admito que bajo el especioso motivo de no obstaculizar a las cámaras de juicio, se deba poner en un trono un pesimismo peligroso; se deba presumir siempre el delito más grave, y, así, destruir en las cámaras de envío el supremo principio, totalmente opuesto, que debe dominar en el foro.

No admito que una duda, una sospecha, una mera posibilidad de algún resultado ulterior, que eventualmente pueda surgir en el debate público, sea una razón suficiente para llegar de inmediato al título más grave, y, así, enviar al acusado sometido a custodia preventiva, a la competencia criminal.

Existe una sospecha de premeditación, me dijeron a veces, por consiguiente, es necesario enviar por lesiones premeditadas (y entretanto encarcelar), porque en el debate público podría aparecer esta premeditación y la cámara de consejo no debe obstaculizar el juicio del mérito.

Existe poco o nada que demuestre la complicidad de este individuo, o la intención de matar de aquél otro; pero tal

complicidad o tal intención podría resultar en el juicio oral, por consiguiente, se debe enviar al reo como cómplice, o bien, bajo el título de homicidio frustrado y no de lesión.

Así, toda duda se resuelve en contra del inquirido; toda posibilidad se investiga en su daño, con tal de que se decline la competencia menor y se enriquezcan las estadísticas de las cortes reales y los registros de los encarcelamientos preventivos.

Así, en menos de un año, vi un numero exorbitante de decretos de la cámara de consejo, responder con un envío a otras tantas requisitorias de los ministerios públicos, que solicitaban se declarara no haber lugar a juicio.

Vi llevarse ante las cortes a muchos que solo debieron ser reenviados a sufrir cárcel o poco más. La teoría de lo posible, sustituida a la doctrina de la probabilidad; el engañoso argumento de no dañar un proceso, de no invadir la jurisdicción de las cortes, conducen a no juzgar en el envío con arreglo a las constancias reales de los autos, sino a valerse de esperanzas y a no ocuparse de resolver lo que según mi débil entendimiento, parece ser lo que se debe examinar y resolver.

En efecto, ¿para qué están instituidas las cámaras de envío si no, precisamente, para juzgar antes de que juzguen las cámaras de juicio?

Y si es así, ¿el prejuicio no es algo congénito a la institución, y no la desnaturaliza quien no lo admite?

Por otra parte, ¿de qué lado esta el daño mayor?

Según esta teoría es preciso mantenerse amplios, imputar el título más grave, para enviar a las cortes un justiciable contra el cual se prevé que podrán surgir (aunque todavía no existan) a circunstancias constitutivas, precisamente, del título más grave.

Así se encarcela, se agrava la suerte del justiciable, y ya que en noventa y nueve casos sobre cien el juicio oral desmiente estas previsiones de las cámaras de envío, en vez de confortarlas, resulta que a un ciudadano se le han infligido sufrimientos injustos; a los tribunales superiores se les ha ocasionado perdidas de tiempo; se han aumentado los gastos, y se ha producido el espectáculo de una corte real que condena a pocos días de prisión.

He aquí los daños del sistema del pesimismo; he aquí las consecuencias de la teoría de la esperanza puesta como base de la acusación.

¿Cuales serán los daños del método opuesto? Para la justicia ninguno; para el ejemplo, mucho menos.

El envío al tribunal inferior no le ata ya los brazos a la acusación. Si en un caso raro, en el juicio oral realmente se prueba de manera clara la premeditación o la intención homicida que en el proceso escrito no era nada mas que una posibilidad, la cámara de juicio se declarara incompetente, el arresto se decretara con arreglo a las nuevas constancias y todo irá debidamente al fin de la justicia. En este caso raro, por lo tanto, no se ha causado ningún daño; en los otros, mas frecuentes, por el contrario, se ha impedido una injusta agravación de dolores.

¿Dónde esta, por lo tanto, la razón para preferir un método que nunca puede ser causa de daños injustos a un método que con la mayor frecuencia los lleva consigo? Cual sea la razón de esto, no quiero ni averiguarlo ni decirlo.

Solo diré que yendo por esta línea no habrá lesión personal que no deba enviarse a la corte, porque no hay lesión que no pueda volverse mortal; no existe proceso por heridas en el cual un inesperado testimonio no pueda revelar en el heridor la intención de matar.

Por esto, ya que las cámaras de envío no deben anticiparse al juicio sobre el mérito, todas las lesiones personales deben ser enviadas a la corte, porque en todas puede suceder que resulte que el heridor haya obrado con el fin de matar, admitido tal principio, la lógica inexorable conduce a esto.

Pero no, se responde, no, las cámaras de envío llevan, sin embargo, a muchos bajo el simple título de lesión. Y yo respondo, a mi vez, que cuando hacen eso (y hacen muy bien) se anticipan al juicio del mérito.

Por lo tanto, no les esta prohibido anticiparse a él; obstaculizarlo; no es cuestión ni de poder ni de principios; es cuestión de aplicación más o menos razonable, y nada más. O más bien, dígase francamente, el escrúpulo de no anticiparse es un expediente al que se recurre cuando en un caso no se quiere ver o examinar una cuestión, a pesar de que en otro caso se lo deja prontamente de lado cuando se quiere examinar la cuestión.

CAPITULO 8

TENTATIVA EN EL ÍMPETU

8.3.4 Impetu en el Duelo

Pero volviendo al asunto de la tentativa en el ímpetu, es forzoso requerir su atención sobre una confrontación que, a mi parecer, resulta importante para persuadir de que nuestra última jurisprudencia está en conflicto abierto con la ley, si, como se debe, se tiene que presumir que esta se inspira en la obediencia a la justicia distributiva.

Les ruego pensar en el duelo.

En muchos códigos contemporáneos (toscano, sardo, español, prusiano, etc.), el hallazgo exacto de la ciencia moderna ha sugerido sanciones que castigan el duelo como delito especial lesivo de la justicia pública, en el cual los resultados más graves no hacen más que aumentar la penalidad.

En otros lugares, como en Francia, donde esta doctrina no es todavía un precepto legislativo, no se castiga el duelo como duelo, sino que a la herida o al homicidio se le aplica la pena ordinaria de estos delitos.

En uno como en el otro, sistema, es, sin embargo, cierto esto: que al duelo no se le aplica la noción de la tentativa. El código prusiano prevé el caso del convenio expreso de batirse hasta que uno de los adversarios muera, y muy sabiamente aumenta (165 y 169) las penas pertinentes incluso en el caso de que la muerte no ocurra.

Pero tampoco en este código hay nada que aluda a la noción de la tentativa. Esto es claro, ya que el duelo sin resultado mortal es castigado con un máximo de 5 años de detención, mientras que la tentativa de homicidio (32) se castiga con una pena de un mínimo de 10 años. Por consiguiente, también para este código, que ha considerado el convenio expreso de muerte, el disparar la pistola en duelo contra el enemigo sin herirlo, no es homicidio tentado, sino un delito mucho menor.

En Francia no encuentro ejemplo de una aplicación de la teoría del conato al duelo. Esto sería repugnante en Toscana ante la letra clara de nuestro código.

Por consiguiente, es algo positivo que en la práctica actual la pena del duelo se mide por el evento, y no por las conjeturas de una intención más feroz.

Por otra parte, resulta fácil comprender que si al duelo le fuera aplicable la noción del conato, el título de homicidio tentado sería el criterio ordinario de tales hechos: siempre se llegaría a esta medida imputativa, salvo en el caso especial de los duelos expresamente pactados a primera sangre o con convenciones excepcionales análogas.

En realidad (una vez admitido el principio) con mucha mayor razón debería el juez persuadirse del ánimo de matar, en el duelo que en la riña, sea porque en el duelo hay lugar para calculo y reflexión, sea porque frecuentemente al duelo conducen decididas hostilidades y causas graves, o porque, para salvar la vida, la presencia del peligro propio obliga al duelista a medir el tiro contra el enemigo lo mejor que pueda.

Sin embargo, en el duelo no se habla nunca de lesión tentada o de homicidio tentado, y no se lo hace con justa razón, porque en el duelista no se encuentra el deseo de extinguir la vida del adversario, sino solo el de obtener una reparación del honor, que se logra incluso con solo batirse.

Pero si es justo que en el duelo solo se juzgue la culpabilidad con arreglo al efecto obtenido; y si es razonable o, mas bien, absolutamente lógico, aceptar este corolario del ánimo a consecuencia del cual se desciende al desafío, ¿no existen iguales razones (e incluso, diré, más potentes) para sostener lo mismo en el disparo o herida en riña?

Personas que hasta poco antes eran muy amigas; que no tenían ningún interés en la muerte de otro; que no podían esperar ningún lucro de ello, repentinamente, olvidadas del primitivo afecto, por una palabra injusta, por una broma, por una divergencia de opiniones, se encienden de súbita cólera y llegan de inmediato a las manos. Estos no se desafían; no, porque no son caballeros o porque en las tabernas no se acostumbra todavía la formalidad del desafío; pero proceden sin preámbulos a golpearse y de los golpes van a los cuchillos y pistolas: he aquí el disparo que afortunadamente resulto inocuo.

¿Por qué ese disparo deberá considerarse un homicidio tentado, nuestra ley no permite que esto se diga cuando la lucha fue acordada fríamente a manera de batalla singular?

El que riñe de este modo actúa mas irreflexivamente que aquel que, al día siguiente de sufrir una ofensa, después de un placido sueño, le envía un cartel de desafío a su ofensor. Estos, al cambiarse golpes, se encuentran también, como el duelista, frente a un grave peligro propio, y la idea de la defensa se mezcla (frecuentemente con prevalencia) con la de la ofensa. Estos (dígase la verdad) no actúan porque tengan un interés en la muerte del adversario, sino que, como el duelista (y más ciegamente que éste), actúan para desfogar una rabia, la cual se satisface con cualquier daño ocasionado al adversario.

He aquí el verdadero concepto, el único concepto que claramente se percibe por el que, por ímpetu instantáneo, procede a ofender la persona de otro.

¿Es conforme a la justicia distributiva que se castigue menos al duelista que incrusta la bala de su pistola en el pecho del enemigo, pero no lo mata, que a aquél que frente a un puñal esgrimido en su contra o por un ultraje que lo impulsa a una ciega indignación, dispara su pistola sin ofender? ¿Es razonable que a un ánimo que no calcula nada ni prevé nada, se le acople el concepto jurídico de un designio mortal, en tanto que este designio no se concede a quien medito la lucha y previo tanto las posibles consecuencias que, tal vez, hizo su testamento antes de descender al terreno? ¿Es justo que éste sea castigado como culpable de simple lesión, y que sobre el otro recaiga la pena de homicidio frustrado?

Ustedes ven dos actos materialmente idénticos: un hombre que dispara una pistola cargada a bala contra el pecho de una persona que esta en ese momento enfrente y que lo amenaza a su vez. Ustedes verán en estos dos actos idénticos conseguir el idéntico resultado de que la muerte no sucede. ¿Por qué los juzgan ad imparia? ¿Por que

juzgan a uno según la norma del efecto, y al otro según la norma de un afecto que suponen y que no es adaptable a la instantaneidad de la acción y a la agitación del agente?

La particularidad de las condiciones que circundan el duelo, en cuanto se lo considera informado por el fin de obtener una reparación del honor, no da suficiente razón de esta diversidad.

En primer lugar, en la riña tampoco es siempre el ocio el que impulsa a golpear: las más de las veces es el pensamiento de lograr (de manera plebeya) la reparación instantánea de un insulto sufrido.

Pero, de ahora en adelante, la cuestión que propongo es totalmente independiente de tal observación, consiste en saber por qué cuando la ley prevé el caso de duelo con homicidio, no debe igualmente prever el caso de duelo con tentativa de homicidio.

Sin embargo, evidentemente, nuestro código no prevé esta forma criminosa, porque asigna penalidades graduadas totalmente sobre el evento y no sobre el afecto.

Señalado esto, la cuestión subalterna a la que me refiero, consiste en saber por qué motivo el interprete deba atribuirle la voluntad de reconocer la posibilidad de tentativa, en una batalla realizada por un subitáneo impulso del ánimo y con inmediato cambio de acción y de reacción, a una ley que no admite posibilidad jurídica de la tentativa en una batalla realizada después de largos y fríos preparativos.

CAPITULO 8

TENTATIVA EN EL ÍMPETU

8.4 CONCLUSIONES

He aquí, ilustre señor, lo que he querido exponerle, para tener sobre ello, como buena recompensa, el fruto de sus meditaciones.

Usted no podrá renegar de los principios que nos instilaron nuestros maestros; tal vez en estas referencias encontrará argumento para construir su ulterior demostración. Sé bien, que se dirá que los términos de mi confrontación no valen frente al texto del código toscano, porque, se dirá, el código castiga el duelo sin resultado nocivo y no castiga la riña sin resultado nocivo. Pero esta réplica, que no es ni siquiera totalmente verdadera, no salva a la ley de una intolerable contradicción, que ha sido insinuada por la nueva jurisprudencia al admitir la tentativa en los hechos de riña; esta réplica es llevada al desborde en su aplicación practica cuando para colmar la pretendida laguna del código, no se está contento con el título de lesión tentada, sino que se cae en el homicidio tentado; esta réplica, en fin, supone, que es función de la jurisprudencia suplir a la ley, incluso a costa de volverla contradictoria e injusta.

Pisa, a 17 de septiembre de 1863

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

Desde un punto de vista subjetivo la fuerza física del delito, tiene su elemento en el movimiento del cuerpo del agente, y vista objetivamente tiene su resultado en la violación material de la ley, en otras palabras en el daño inmediato, puede ser dividida entre varios individuos a causa de interrupción o inoperabilidad de los actos externos, o por causa de la división de los mismos.

La interrupción o inoperabilidad de la fuerza física subjetiva, y la ausencia de fuerza física objetiva, conduce a la teoría del delito imperfecto; la división, a la teoría de la complicidad.

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.1 CONATO (TENTATIVA)

La razón para castigar el delito reside toda en las dos condiciones que lo constituyen: ser un hecho lesivo de la seguridad, y provenir de un acto voluntario del hombre. Como el concurso de la segunda condición hace surgir de la primera, además del daño inmediato el daño mediato o reflejo, el castigo de este hecho es exigido para restablecer en los ciudadanos la opinión de la propia seguridad.

No obstante, sucede después que una voluntad malvada se ha determinado a la violación de la ley, y después que por su impulso la mano u otro órgano corpóreo del hombre emprende los actos externos que, por su naturaleza y por el destino que les dio el agente, debían llevar a esa violación, el curso de los actos queda interrumpido o, llevado al extremo, no consigue el efecto quebrantado del derecho contra el cual los actos habían sido dirigidos por el agente. Cuando esto sucede, no se puede decir que exista un delito perfecto, porque no se realizó la lesión a la seguridad y el derecho amenazado no resulto dañado. En este caso se trata de una tentativa.

El delito tentado se denomina conato porque tiene, su esencia en un esfuerzo (conatus) de la voluntad, unido a un esfuerzo del cuerpo. Conatus in itinere (como dijo Alciato) crimen in meta.

Nada es tan común al hombre como el conato. Nuestra vida, desde la aurora al ocaso, no es más que una incesante cadena de conatos.

Pero si el concepto abstracto de la tentativa, como cosa connatural al hombre, es algo fácil de concebirse y definirse, no lo es igualmente el concepto del conato como ente jurídico. Todos los actos con los cuales un hombre, en ejecución de un designio preconcebido, se dispone a alcanzar un determinado fin que luego no alcanza, son conatos en el sentido natural, pero no siempre son conatos en el sentido jurídico.

¿La ley punitiva puede tomar en cuenta este conato?

¿Dónde reside la razón para imputarlo políticamente a su autor?

La falta de todo daño inmediato y, por esto, la cesación de toda efectiva violación de derechos, podría hacer dudar

acerca de que desapareciera toda razón para castigar el atentado, ya que si el fundamento de la imputabilidad política de ciertos actos tiene su origen en el daño material causado por ellos, si este desaparece en el conato, parece que también debería desaparecer la imputación. Pero no es así.

A la razón para castigar deducida del daño inmediato, que desaparece en las tentativas, se substituye, en éstas, la razón deducida del peligro corrido. Este desempeña las funciones del daño, y la acción queda como delito, aunque le falte la fuerza física objetiva y, quizás, también, haya quedado incompleta su fuerza física subjetiva.

Esta idea es la base de toda la doctrina de la tentativa criminosa.

Aunque no deba deplorarse un evento dañoso; sin embargo, el ánimo de los ciudadanos se conmueve en presencia de una voluntad malvada que ya había comenzado la ejecución de actos dirigidos a ese infeliz evento y que eran aptos para causarlo, y ante el pensamiento de que una mera casualidad, cuya repetición no se puede prever, ha salvado a la víctima del mal que la amenazaba y a la sociedad del luto y del terror de un delito ejecutado.

Al poner en peligro la seguridad, la tentativa también ha producido un daño político. A este daño político le es necesario el remedio político del castigo de aquel a cuya malvada voluntad nada le faltó fuera de los favores de la fortuna.

Compréndase bien que cuando aquí se habla de peligro, se entiende un peligro ya corrido, no de un peligro meramente futuro. Confundir estas dos ideas conduciría a falsas consecuencias. El peligro futuro (o peligro meramente temido) no puede aceptarse por si solo como legítima razón para castigar. En otra forma se llegaría a castigar las puras intenciones delictuosas e, incluso, las malas inclinaciones, y destruyendo los límites entre la función de la moral y la de la ley punitiva y confundiendo las atribuciones del magisterio penal con las elásticas funciones de la policía, se trastornarían los cánones más seguros de la imputabilidad política. Cuando hablamos de peligro en esta materia, entiéndase, por consiguiente, un peligro que en un momento dado ha existido verdaderamente como hecho, no un peligro simplemente previsto.

Debe advertirse igualmente que, según la opinión de muchos doctores, seguida por algunas legislaciones, el conato no debería imputarse políticamente sino cuando tiende a delitos graves y atroces.

En los delitos menores, el daño sería leve, si fueran consumados, y, por consiguiente, más leve es el daño mediato que surge por el mero peligro.

De donde, según esta doctrina (que, por otra parte, no fue aceptada por el código toscano), los atentados de estos delitos más tenues se dejan impunes. Tal era la regla prevaleciente en el derecho romano; tal es la prevaleciente en el derecho francés.

Pero si la razón de castigar el conato se encuentra en esta idea del peligro (ya que es cierto que por grande que sea un peligro nunca iguala en gravedad al mal efectivamente ocurrido), es preciso, por lógica y por justicia, sacar la conclusión de que la tentativa, aunque llevada al extremo, nunca puede imputarse a la par del delito consumado.

Esto sería equiparar en la balanza de la justicia, un peligro a un daño efectivo. Todos comprenden fácilmente que esta equiparación repugna.

Agrégase a eso que la diferencia de entidad del peligro respecto al daño inmediato del delito perfecto, no

encuentra compensación en un aumento de daño mediato. Por el contrario, ocurre todo lo opuesto: sea que este se considere en el mal ejemplo para los malvados, o que se lo considere en el temor de los buenos ciudadanos, lo cierto es que tanto el uno como el otro tendrán siempre un menor grado de fuerza en la tentativa.

Lo tendrá el primero, porque no es una incitación a delinquir, el hecho de ver que han resultado vanos los esfuerzos del apetito malvado que se quería satisfacer y que, a pesar de esto, se ha encontrado una pena, aunque más benigna. Lo tendrá el segundo, al ser menor el espanto, porque no está alimentado por la piedad hacia la víctima (potente excitadora de la conmoción de los ánimos) y se encuentra moderado por la fe en la providencia, que muchas veces destruye los designios malvados.

A tales razones se agrega la consideración política de que, equiparando en la pena la tentativa al delito consumado, la ley traicionaría su misión de defensa social, esta sola advertencia disipa toda duda. La ley que igualara en la imputación, la tentativa al delito acabado, llegaría a crear en el ánimo de aquel cuya mala acción se frustra, una causa para repetir sus esfuerzos y recomenzar la ejecución.

Esta causa se encontraría en el pensamiento de que con la sola tentativa que ha ejecutado, ha incurrido en el castigo máximo amenazado para ese título delictuoso. Así, después del atentado, la renovación de los actos y el logro de la consumación del delito, quedarían sin represión respecto del reo.

De tal manera, después de librada de una tentativa, la víctima elegida quedaba sin defensa por parte de la ley penal en relación con ese malhechor.

Todo esto resulta manifiesto con solo advertir como la ley, cuando le dice al autor de la tentativa: "yo te castigo como si hubieras acabado el delito", ni más ni menos, le viene a decir: "yo no te castigare por los esfuerzos que repitas, aunque con estos llegues a la consumación de tus malos designios".

Resulta tan claro cuanto de impolítico hay en este concepto, que causa sorpresa ver que hombres doctos y legisladores avisados, han abrazado la falsa idea de la equiparación.

No es válido objetar que cuando el malvado ha puesto en movimiento todo lo que ha podido para violar la ley, si no alcanza su fin maligno por un hecho fortuito, obtiene por el efecto que tiene el caso en la aminoración de la pena, una ventaja inmerecida. La objeción cae, no solo frente a las consideraciones políticas recién desenvueltas, sino que, además, por las simples consideraciones de justicia.

En efecto, sabemos que en los delitos no se castiga la sola intención perversa, sino el acto externo acompañado por aquella.

Ahora bien, un acto externo seguido por un desgraciado efecto tendrá siempre mayor entidad que uno no seguido por ningún daño, de manera que la desigualdad en la respectiva imputación no transgrediera los preceptos de la justicia distributiva.

Y ya que la fortuna tiene tanto que ver en los eventos humanos, no repugna que también lo tenga en la responsabilidad por las acciones delictuosas. Y así como la desgracia de un daño mayor ocasionado con intenciones más benignas perjudica al reo, porque aumenta su responsabilidad en razón del evento, aunque sea preterintencional, del mismo modo resulta justo que la fortuna lo ayude cuando, contrariando sus previsiones, haya producido un evento menos siniestro que aquel al cual se dirigían sus acciones.

Por consiguiente, deben establecerse estos dos principios: que el peligro corrido por la sociedad a causa de una tentativa es suficiente razón para imputarlo políticamente; pero que la imputación de la tentativa nunca puede equipararse a la que se habría dirigido contra el delito, si el efecto hubiera correspondido al afecto. Esto vuelve necesarias dos consideraciones en esta teoría.

El principio de que el conato puede ser imputable, lleva al criminalista a la necesidad de estudiar sus caracteres constitutivos, para conocer cuando existe y cuando no existe un atentado en el sentido jurídico. El principio de que el conato siempre deba imputarse menos que el delito consumado, lleva a la necesidad de estudiar las normas con arreglo a las cuales convenga modular este degradamiento de imputación.

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.1.1 Cuando existe la tentativa

Para conocer la existencia de la tentativa, es necesario rastrear sus elementos constitutivos procediendo con método analítico, para luego reconstruir su definición.

Advertimos que en el delito perfecto su fuerza moral deriva de la intención, y su fuerza física del acto externo dañoso. En el delito imperfecto se deduce igualmente su fuerza moral de la intención.

Pero en la tentativa debe faltar el efecto dañoso que la convertiría en delito consumado; y ya que las funciones del daño se representan en la tentativa por el peligro, es una consecuencia lógica que, precisamente, la fuerza física del conato, o sea, su elemento material, se constituya por el peligro que el derecho ha corrido de ser violado, es decir, que se constituya por el acto externo peligroso.

Hallar el conato en el solo peligro inherente a la potencia de un acto, sin la dirección intencional hacia este daño, es lo mismo que llevar la imputación civil más allá de los límites de la imputación moral, y ofender la justicia para servir a una especulación de falsa política.

Distinguir el conato en la sola intención por su dirección a causar un daño, sin la realidad del peligro de este daño inherente a la potencia del acto ejecutado, implica castigar la mera intención, tomando solo el principio moral como fundamento de la imputabilidad política.

Los dos elementos distintos le atribuyen al conato dos fases distintas que obligan a examinarlo bajo dos puntos de vista separados:

- Un aspecto objetivo, en cuanto el conato se mira en la intención del agente respecto de un determinado fin delictuoso que trasciende el resultado obtenido.
- Un aspecto subjetivo, del conato se observa en el acto externo constitutivo de su ejecución.

Estas dos palabras, objetividad y subjetividad, han sido utilizadas por los conservadores en sentido diverso y a menudo confuso.

Sin embargo, prefiero seguir la nomenclatura de Nani, Carmignani y en general de los italianos.

El examen del atentado obliga a la mente humana a dos consideraciones diversas.

Una que no considera en el ánimo del atentante el estado de la intención (que se supone siempre perfecta y directa), sino el fin al cual ella miró. Otra que contempla los medios que el cuerpo de él, considerado como instrumento del ánimo, pone en movimiento como idóneos para la consecución del fin.

La primera consideración puede llamarse objetiva, y la otra, subjetiva; nomenclatura que, si bien se ha abusado con frecuencia de ella, es la más oportuna y la más significativa para expresar el doble procedimiento de la teoría del atentado delictuoso.

Así se expresa Carmignani en la Teoría (vol. 2, p. 301), quien después subdivide la indagación subjetiva en cuanto se refiere al sujeto activo, esto es, al atentante, o se refiere al sujeto pasivo, esto es, a la cosa o persona sobre la que recayeron los actos ejecutivos del delito.

Por el contrario, los conservadores usaron en sentido distinto esta nomenclatura. A lo que Carmignani la llama sujeto pasivo, ellos lo llaman objeto de la tentativa; de modo que para ellos la indagación objetiva es la que se refiere a la víctima señalada, a la cosa a robarse, etc.; en tanto que, según el lenguaje de Carmignani, estas representan el sujeto pasivo, y este puede ser sujeto pasivo del atentado o sujeto pasivo de la consumación.

En una palabra, el objeto en el lenguaje de Carmignani, es una figura enteramente intelectual: el fin de la acción según como lo concibe el agente. El objeto, según los otros, es una figura siempre material: la cosa o la persona sobre la que recae la acción.

Esta diversidad de nomenclatura dio origen a varias contradicciones aparentes en las enseñanzas de unos y otros. Contradicciones que en realidad no existen.

Y a esta materia ya demasiado abstrusa y difícil, se le agrego también la dificultad y la ambigüedad del lenguaje. Pero así como el lenguaje no es más que un instrumento, y en materia de instrumento se prefiere al que mejor sirve para el uso para el que se le destina, de la misma manera permítaseme seguir el lenguaje de mis maestros, porque también me parece el más apropiado a las necesidades de la escuela en el desenvolvimiento de la presente teoría, y, al mismo tiempo, el más apropiado para evitar funestas equivocaciones en la aplicación práctica de los principios.

Tenemos, pues, la intención y el peligro. He aquí los dos elementos constitutivos del conato.

El primero representa su elemento moral; el segundo, el elemento físico.

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.1.1.1 Elemento moral. Indagación objetiva

En cuanto a la intención (o sea, el propósito que tuvo el agente de alcanzar con su acto un fin más criminoso que aquel que el acto en si alcanzo materialmente) es la que conduce a abandonar la consideración de lo acontecido, para proceder a la consideración de lo que debía acontecer conforme fue concebido por el agente.

Debido a la intención no solo se vuelven imputables ciertos actos que materialmente resultaron inocuos, sino que por ella también un delito perfecto deja de deducir el criterio de su imputación de las condiciones materiales; y si estaba enderezado hacia un delito más grave, queda sometido a las normas de la medida más grave a que lo conduce la consideración de que el no era el fin del agente, sino un simple medio.

De esta manera, una herida o la ruptura de una puerta (delitos en sí consumados) pueden considerarse como tentativas de homicidio o de hurto y experimentar una desnaturalización jurídica, porque el agente los ejecuto como medio para alcanzar el homicidio o el hurto.

Acaecidos los hechos (el hombre fue matado, la casa despojada) es el evento en sí el que manifiesta la intención del agente.

Salvo la demostración de lo contrario por parte del acusado, la presunción jurídica es que él quiso hacer lo que hizo, ya que las presunciones jurídicas se deducen del curso ordinario de las cosas, y es más frecuente que el hombre haga lo que deseaba hacer, que no haga lo que no entendía hacer.

Dado el suceso, la intención representa ordinariamente una figura concomitante y subordinada a él en la determinación del titulo.

En el atentado por el contrario, el evento no existe; el peligro por el que hace sus veces.

El evento se mide por un efecto que realmente fue producido por los actos externos; el peligro por una mera previsión de un efecto que los actos externos podían o no conseguir.

Ahora bien, es claro que la previsión de un evento no es la compañera indefectible de la probabilidad del evento mismo.

En la infinita variedad de las relaciones entre el mundo físico y el mundo moral, es tan frecuente que, para alcanzar un fin dado, un hombre ejecute un acto que no tiene en sí ningún poder para alcanzarlo, aunque él en su ilusión así lo crea, como que ejecute un acto que tiene en sí ese poder, sin que, por lo demás, calcule esta potencia y dirija su voluntad a este fin.

Una cosa es, por consiguiente, que un acto externo tenga en sí el poder de conducir a un efecto, y otra distinta es que el autor de tal acto previera o deseara este efecto.

Del evento se puede deducir una presunción de voluntad. De la posibilidad del evento no se puede deducir nada más que una sospecha de tal voluntad.

De aquí deriva la consecuencia de que el elemento moral del conato tiene necesidad de una prueba específica.

No basta decir: tal acto tenía poder para causar este efecto, por lo tanto, el agente quiso tal efecto. De aquí surge la consecuencia de que la intención debe tener en el conato caracteres particulares que no se requieren en el delito perfecto.

De aquí resultan las dos proposiciones de que en la tentativa la intención debe ser directa y perfecta.

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.1.1.1.1 Debe ser directa.

Para constituir tentativa no basta la intención indirecta; y aquí por intención indirecta se debe contemplar más especialmente la indirecta negativamente tal, ya que la indirección de los medios, cuando hubo dirección en la voluntad, no altera las condiciones intrínsecas de la intención, y así tenemos siempre los caracteres del dolo. Esto es de la más intuitiva evidencia.

En los hechos culposos la sociedad no reclama el castigo de una voluntad malvada, sino de una voluntad imprudente que omitió calcular todas las secuelas posibles de los actos a los cuales daba impulso.

Ahora bien, la sociedad no tiene derecho de reclamar el castigo de estos actos imprudentes, sino en cuanto deba deplorar un evento delictuoso, vale decir, la efectiva violación de un derecho.

Cuando el resultado fue inocente y el ánimo no estaba dirigido a dañar, carece de toda base para reclamar una pena.

En el delito consumado la sociedad funda su derecho a castigar sobre el daño real y, siempre que en la voluntad de quien fue su causa se encuentra una razón de reproche (aunque sea por simple omisión de previsión), el derecho materialmente violado debe tener un grado de satisfacción.

Por el contrario, en el atentado ella funda la razón de castigar sobre la intención de violar la ley; intención contrariada por la fortuna, pero causativa de un peligro real.

Por consiguiente, cuando falto el efecto dañoso y el ánimo de violar la ley, la sociedad no puede considerarse ofendida ni por el hecho ni por la intención, y no tiene ningún fundamento para exigir un castigo.

En la tentativa no me reprochan el mal que he causado, porque no existe, sino aquel que dicen yo quería causar.

Pero si acusándoseme de culpa están de acuerdo en que yo no quería causar ningún mal, ¿qué me reprochan ustedes?

El grado de imputación en la tentativa debe medirse por la entidad del derecho a cuya violación yo dirigía mis acciones.

Pero si mis actos no estaban dirigidos a la violación de ningún derecho, el calculo de mi imputación no puede dar más que un resultado negativo.

Negativo es el dato del evento; negativo es el dato de la intención. De dos cantidades negativas no puede resultar una cantidad positiva.

Decir que se ha tentado hacer lo que no se preveía y no se quería hacer, es, en las más comunes circunstancias, un imposible lógico.

Una tentativa de delito culposo es un contrasentido jurídico.

Es verdad que algunos conservadores quisieron sostener lo contrario, e imaginaron la extraña figura de la tentativa culposa: (véase Winssinger, De dolo et culpa, cap. 4, & 4; Lelievre, De poenarum adaequatione, ps 15 y ss, y los allí citados.)

Pero examinando sus argumentaciones se descubre intuitivo el sofisma.

Comienzan, en efecto, por establecer la proposición general de que la sociedad tiene derecho de prevenir con la amenaza de una pena, no solo los hechos que efectivamente violan el derecho, sino, también, aquellos que lo ponen en peligro de ser violados, y que cuando la pena esta preventivamente amenazada por la ley, su aplicación es siempre justa.

Enseguida pasan a demostrar la proposición particular de que ciertos hechos cometidos por mera imprudencia y sin intención maligna, ponen en peligro la seguridad.

Omitiendo las observaciones sobre la primera proposición, ¿cuál es la conclusión lógica que surge de este silogismo?

Evidentemente, no es la de que se daba admitir una tentativa sin intención, sino únicamente la de la legitimidad de prohibir y reprimir ciertos hechos en los cuales se encuentra un peligro inminente para la seguridad individual, aunque no se hayan cometido con fines negativos.

Ahora bien, alguien no niega, dentro de los delitos limites, la punibilidad en general de estos hechos, siempre que se consideren como transgresiones de policía y no como verdaderos delitos, por la falta, precisamente, de la "proéresis" criminosa.

Así, entre los pueblos cultos, en las calles transitadas se prohíben las carreras de coches, los disparos de armas de fuego y otras cosas semejantes, aunque se ejecuten sin daño para nadie.

De esta manera se provee a los peligros de tales hechos, en los cuales, precisamente, se ejemplifica por los contradictores la necesidad de admitir la tentativa culposa de lesión. Pero a esta conclusión ilógica no se llegaría ni aun cuando no existiera otro medio de proveer a la seguridad, salvo si la ley se funda en una contradicción, a pesar de que la contradicción induzca la falsedad, y sea inaceptable que el castigo se haga residir sobre una base falsa.

Por lo tanto, mucho menos puede admitirse que se llegue a esto cuando esa necesidad no existe y al peligro de los casos que se temen se puede proveer suficiente tomándolos en consideración como hechos consumados en sí mismos.

No existe, pues, lugar a dudas sobre la primera regla de que al conato le es necesaria la intención directa. Y tan lejos se está de que en derecho penal pueda admitirse seriamente la figura de la tentativa culposa, cuanto que para la doctrina común de los penalistas es ahora algo cierto que la tentativa no se admite ni siquiera en los hechos de dolo indeterminado: *dolus indeterminatus determinatur ab exitu* (véase la lección sobre el dolo).

Si, por lo tanto, aquel que tuvo la intención de hacerme un mal, pero sin tener precisamente la intención de quitarme la vida, cuando en realidad no me haya causado más que una lesión leve, no puede ser imputado de homicidio tentado por la sola circunstancia de que era posible y previsible que de su hecho resultara mi muerte.

Es absurdo que se admita la tentativa cuando ni siquiera concurrió un dolo y un ánimo dirigido a dañarme.

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.1.1.1.2 La intención debe ser perfecta para que exista tentativa.

Esta segunda proposición es hoy controvertida a raíz de que algunos escritores, especialmente entre los modernos, han dudado de ella. Sostienen la opinión que excluye la tentativa en el dolo de ímpetu: Rossi, Nani, Carmignani, Lauria, Giuliani, Puccioni, Romagnosi, Pizzoli, Romano, Jenull, y Mittermaier. Parece que Roberti se inclina a la opinión contraria. Pero si bien este escritor quiso limitar en los casos extremos la regla, no entendió, sin embargo, convertir en regla la limitación, como apresuradamente quisiera sostenerlo alguno.

Recordamos que los términos de esta investigación corresponden solo en el caso de dolo de cuarto grado, esto es, aquel que reúne los dos caracteres de la instantaneidad y del dominio de un afecto ciego.

En los actos fríamente premeditados, en los actos deliberados, en los actos de resolución instantánea no excitada por ímpetu de ciego afecto, desaparece toda razón para excluir la tentativa, porque la voluntad que contó con el tiempo para reflexionar o con la calma del espíritu para calcular, pudo muy bien ordenar una serie de operaciones hacia un fin determinado y expresamente previsto, además del obtenido.

Sin embargo, cuando al agente le falta el intervalo para deliberar y la calma para calcular las consecuencias de los actos a los cuales era impulsado, la generalidad de los criminalistas niega que se pueda aplicar la noción de la tentativa. La razón es más bien psicológica que jurídica.

El elemento moral de la tentativa de un delito se tiene jurídicamente tan pronto como se supone la intención dirigida a ejecutarlo. Pero psicológicamente se niega que en las resoluciones instantáneas, a un ánimo agitado por una pasión vehemente se le pueda atribuir una voluntad definitivamente dirigida hacia un fin distinto del obtenido. La pasión quita la lucidez del intelecto. La rapidez de la acción no da ocasión para calcular. Se actúa por desahogo del afecto que nos conmueve, sin reflexionar sobre lo que ocurrirá por lo que hacemos.

En una palabra, la distinción entre acto timado como medio y efecto deseado como fin, implica un razonamiento que no es compatible con el ánimo engeguedido por la pasión instantánea.

El hombre enojado o espantado, que toma el arma que le ha suministrado el furor o el terror, golpea por desahogo del sentimiento que lo agita; hiere por herir, no piensa en la muerte de su enemigo, o si esta idea le pasa por el pensamiento, no le parece como un efecto que decididamente quiera conseguir.

En tales condiciones, el evento debe ser el único criterio para definir el título del crimen, porque es el único dato donde la justicia encuentra certeza.

Quienquiera que haya observado las acciones del hombre agitado por una gran indignación o por un gran temor, y lo haya visto destruir objetos preciosos y muy apreciados por él; dañar a personas tiernamente amadas u ofenderse a sí mismo, necesariamente debe convenir en que con ese estado de ánimo no es compatible la idea de un cálculo que dirija los movimientos del cuerpo hacia un determinado fin.

Si alguna rara ocasión, el hombre encendido por ciega indignación, puede representarse la idea determinada de dar muerte al enemigo y puede tender hacia esta, creo que si tal lucidez de previsión y tal explícito deseo pudieran en casos raros haberse madurado incluso en el ímpetu de una viva pasión, el juez no tendrá nunca un criterio suficiente para considerarlo cierto.

Siendo que los actos del hombre enfurecido son de ordinario irracionales y carecen de cálculo, de ellos no será posible deducir con seguridad que, en un caso dado, la lesión fue un medio y no un fin.

En tales condiciones es mejor aceptar una regla que conducirá a castigar con menos pena un caso excepcional sobre cien, que, renegando de la regla, exponer a la justicia a ver castigados con mayor pena los noventa y nueve casos que la merecen menor.

De los actos se puede deducir la voluntad del hombre que razona; pero este criterio resulta falaz en el hombre que no razona. Cuando el juez lo adopta, lo hace a sangre fría, y por las previsiones que hace en este estado, deduce las previsiones del hombre puesto fuera de sí.

Pero semejante empréstito de las propias previsiones, resulta lógicamente vicioso, porque parte de la equiparación de dos posiciones distintas, quiero decir, de la posición tranquila en la cual se encuentra el juez y la posición de impetuosa turbación en la cual se encontraba el agente; lo que conduce al sofisma de aplicar a casos distintos un razonamiento uniforme, que resulta las más de las veces falaz, y convierte las sentencias en vuelos pindáricos.

Entre los pueblos en los cuales el principio de la inadmisibilidad de la tentativa en el ímpetu reina aceptado por la jurisprudencia, nadie puso en duda nunca que la represión resultara insuficiente.

Si, por el contrario, se admite que en los actos ejecutados bajo el impulso de violenta cólera, pueda aplicarse la noción de la tentativa, no habrá más herida con arma a la cual no se le pueda aplicar, por una adivinación del juez, el título de homicidio tentado.

La aptitud de los medios para producir la muerte ocupara constantemente el lugar de la voluntad de causar la muerte. Y así se confundirán los dos elementos del conato, que son y deben mantenerse esencialmente distintos; se suplirá con uno lo que falta en el otro, olvidando que cada uno debe tener una existencia independiente.

Se considerará la potencia del acto y se olvidará que quien dispara un arma de fuego, puede desear la muerte o solo la lesión, o puede desear un daño cualquiera (el que viniera), sin desear, precisamente, más aquella que ésta.

Tal es, justamente, el estado de ánimo que mueve al heridor en los hechos de riña: el de obtener la satisfacción de una injuria sufrida o la repulsa de una agresión. Satisfacción y repulsa que se obtienen con cualquier daño inferido al adversario, sin llegar a su exterminio, por el cual el agente no siente un deseo y un interés especiales que no se

satisfagan con menos.

Esta es la equivocación en la cual caen los que en tal cuestión razonan con ejemplos. Si el ejemplo se busca en un caso en el que la muerte de la víctima era la consecuencia necesaria y constante de las acciones del justiciable, yo admitiré que en tal caso deba cesar la regla, no por una previsión especial del agente, sino porque la naturaleza del hecho (cuando éste no puede ser más que medio para un solo fin) no permite ya la distinción entre voluntad dirigida al medio y voluntad dirigida al fin. Pero si esto puede realizarse alguna muy rara vez en el delito frustrado, nunca será adaptable a la simple tentativa.

Roberti supuso el caso del hombre iracundo que hubiese arrojado al enemigo desde la cima de un campanario. Todos comprenden que el único efecto posible de este lanzamiento es la muerte, a no ser un milagro. Y entonces, ya que la consecuencia del acto no puede ser más que una, al que ejecuto ese acto, es, sin duda, necesario atribuirle la intención de obtener ese único efecto posible.

Así, respecto del hombre que, iracundo o no, le prendió fuego a la cabaña del enemigo para vengarse, es necesario decir que quiso incendiar, porque no pudiendo su acto conducir a otro efecto que al del incendio, su naturaleza no admite la distinción entre medio y fin.

Pero cuando se quiere generalizar estos ejemplos y aplicarlos a la herida con ciertas clases de instrumentos, o a la herida causada con arma dirigida a ciertas partes del cuerpo humano, se cambia sin advertirlo la posición del caso, porque a un supuesto en el cual lo posible era uno solo, la muerte, se sustituye otro, en el cual los posibles eran dos, la herida, o la muerte, y, más bien, con arreglo a la experiencia, resultaba más probable aquella que ésta.

La única objeción jurídica que se le podría hacer a esta teoría sería la siguiente.

Cuando el hombre enojado mata, le imputan homicidio voluntario; por consiguiente, se admite la voluntad de matar también en la ira.

Ahora bien, si se admite esta voluntad cuando el efecto ha sucedido, ¿por qué no admitirla también cuando el efecto no ha sucedido? La objeción no tiene solidez.

Cuando el efecto ha sucedido, la base de la imputación de homicidio es el hecho que se ha realizado de la muerte de un ciudadano. Sea que el agente, en su ira, la previese expresamente como consecuencia de su obrar y, precisamente, quisiera esta consecuencia, sea que, confusamente entendiera hacerle mal al enemigo, sin discernir claramente su muerte como consecuencia de sus actos, siempre es lo mismo.

La muerte ocurrió, y ocurrió por los medios que el agente voluntariamente utilizó con el fin de dañar a su enemigo: si el mal superó a sus previsiones, siempre es responsable de él. Esta severa regla tiene su base en la conexión probable entre los medios empleados y el evento que de ellos ha seguido, conexión que hace al agente responsable incluso de la falta de previsión. Esto tiene su razón en la necesidad política de una defensa proporcionada a la ofensa realizada.

Pero en la tentativa no se puede tomar como base de la imputación el evento. Aquella no encuentra apoyo en éste, sino que tiene toda su raíz en la voluntad del agente.

En este caso, la voluntariedad de los medios no es ya suficiente para crear el título de homicidio, si estos no

causaron un homicidio. Es necesaria la voluntad dirigida al fin. Y esta nunca puede encontrarse con seguridad en un hombre cuya mente esta oscurecida por una ciega pasión y que sin calculo y sin reflexión llega a actuar. Su dolo es siempre indeterminado.

Bastará para que se considere doloso, el hecho ocurrido, pero no bastará para suplir al efecto que no sucedió, porque la vaga intención de dañar que impulsaba al hombre enfurecido a ofender (aunque fluctuara entre la idea de herir y la de matar), solo puede recibir su determinación del evento.

Si realmente se teme que de esta regla resulte una represión demasiado débil para ciertas heridas acompañadas de peligro efectivo, a la mano está el medio de repararlo obedeciendo a los principios de la ciencia, en vez de recurrir a lo tortuoso.

El peligro de vida es una condición intrínseca a la herida, independientemente de cualquier previsión del heridor.

No aumenta la fuerza física objetiva, y es una razón muy justa para aumentar la imputación, como lo es la lesión o cualquier otro efecto más grave de la lesión. Pero esto como consecuencia totalmente propia del elemento material.

Y así como el mayor daño aumenta la imputación de la herida sin necesidad de que aquél fuese expresamente previsto por el agente, del mismo modo el mayor peligro que una lesión le haya efectivamente ocasionado a un hombre, debe aumentar la imputación como consecuencia del simple criterio de sus condiciones materiales, aunque tal peligro de vida no fuese explícitamente previsto por el agente.

Deduciendo el aumento de imputación del peligro efectivo o potencial de una herida, se obedece a una norma verdadera y certificable. Si se pretendió extraerlo de una explícita previsión incluso en aquellos casos en los cuales ella es psicológicamente imposible o nunca discernible con seguridad, se sigue una norma que en abstracto carece de verdad y que en concreto es falaz. Y a un criterio positivo y seguro se sustituye el arbitrio y la impresión, última guía de las cuestiones intencionales, que prácticamente tiene por consecuencia el desorden y la injusticia flagrantes, ya que siendo distinta la fuerza adivinatoria de los distintos colegios juzgadores, da por resultado una fluctuante disparidad de castigos que alarma la conciencia pública.

Hoy, si alguien disparara en riña una pistola contra su adversario y lo hiriera, se vera castigado con algunos meses de prisión por el titulo de lesión. Mañana, otro disparará una pistola en riña contra su adversario y no le causara ninguna herida, pero se vera castigado con una pena grave, precisamente porque no habiendo herido no era aplicable el titulo de lesión y el juez lo busco en el homicidio tentado.

El público ve estas contradicciones y sólo saca de ellas motivos para desconfiar de la justicia.

Jamás podrá repetirse y recomendarse suficiente la verdad lógica y jurídica de que los dos elementos del atentado exigen, cada uno de ellos, una demostración especial y de por sí completa. Quien se sirva de lo que pueda haber de claridad en uno de los dos elementos, para suplir lo que falta en el otro, razonará mal y violará las reglas de la buena justicia.

La siguiente deducción resulta viciosa: Pedro utiliza contra su enemigo un arma que tenía potencia para matar,

por consiguiente, tuvo intención de matar.

Así como lo será la de quien diga: Pedro tuvo intención de matar, por consiguiente, el instrumento que uso tenía ese poder.

El vicio lógico de esas dos deducciones está en que en ellas se toma como verdadera una proposición general que puede ser relativamente falsa.

En efecto, la segunda deducción presupone la proposición general de que todos los actos realizados con intención de ocasionar la muerte tienen el poder de causarla. El segundo silogismo presupone la proposición general de que quien utiliza instrumentos que poseen el poder de matar, debe tener la intención de matar.

Ahora bien, si la primera resulta intuitivamente absurda, no es menos falaz la segunda proposición.

Salta a la vista de todos el error de la primera, porque el ánimo con que se realiza un acto no cambia las condiciones ontológicas del acto mismo.

Por esto, si a veces los tribunales erraron al pretender encontrar un conato en actos que en sí mismos no eran idóneos para matar, porque los encontraron ejecutados con intención de matar, la causa de este error fue con más frecuencia la noción poco exacta que tenían de la tentativa, que la de un vicio de razonamiento.

Pero no es igualmente claro el error de la segunda proposición, porque la oscuridad que envuelve la intención del agente frente a las miradas de los hombres, exige que se la deduzca de hechos exteriores, y en este tema resulta muy fácil incurrir en equivocaciones.

Por lo tanto, los tribunales, que muy a menudo pretendieron encontrar un conato de homicidio en actos ejecutados por el agente sin un propósito explícitamente dirigido a la muerte, no erraron debido a nociones inexactas sobre el derecho, sino por un precipitado y vicioso razonamiento.

Pero si la aptitud del medio supliera a la previsión del agente y a la determinación positiva de su ánimo, las leyes ya no deberían hablar de tentativa, sino que deberán determinar la penalidad con arreglo a los actos externos, y decir que quien utiliza armas para ofender, debe ser castigado como culpable de homicidio imperfecto, siempre que las armas tuvieran en sí el poder de matar.

Pero la ciencia y las leyes no hablan así, sino que hablan de tentativa, con la cual, además de la idoneidad de los medios que constituyen su fuerza física, debe concurrir también la determinación de la mente hacia el efecto más grave no obtenido, que constituye su fuerza moral.

Ahora bien, el hecho de haber elegido un medio mortal en vez de otro para ofender al enemigo, podrá ser una conjetura para inducir a afirmar el ánimo dirigido a producir la muerte. Pero cuando esta no era una consecuencia ordinaria y casi necesaria de los medios usados, los mismos no ofrecen nada más que una conjetura, cuya sustitución a una prueba completa representa un grave error.

Esta conjetura es de las llamadas a posteriori, ya que la determinación precede al acto. De ahí que se diga que teniendo aptitud mortífera el acto consecuente, también debe ser mortífera la determinación precedente. Pero cuando el medio utilizado podía o no ocasionar la muerte, no es de buena lógica decir que quien lo utilizó quisiera, precisamente, causarla, por el contrario; decir que ya que el medio podía o no producir la muerte, del

mismo modo, a quien lo utilizo le era indiferente lograr o no el resultado mortal.

Por consiguiente, si la muerte no ocurrió, solo debe responder de lo sucedido. Supuesto, incluso, que la condición natural del medio pudiera transmutarse de pronto en la condición excepcional del ánimo del agente, siempre se debería decir que si la condición material del medio era incierta, debía serlo también la condición del ánimo.

Por lo demás, esa transmutación no responde siempre a la verdad, ya que la conjetura a posteriori supone siempre que el agente haya conocido y calculado las condiciones naturales del medio.

Lo que no sucede siempre, y no sucede, por cierto, en los actos emprendidos bajo el impulso de una repentina indignación, en los cuales, furor arma ministrat y el hombre toma un instrumento y no otro, no después de una elección calculada para lograr un designio más feroz, sino porque la ocasión se lo puso a la mano.

Cuando haya intervenido un acto de madura reflexión, tal conjetura tendrá un valor; cuando ese acto haya faltado, no podrá tener ninguno.

Muy a menudo el juez que en las peligrosas cuestiones intencionales argumenta a posterior, incurre en un error porque olvida todo lo que puede intervenir de fortuito entre el acto posterior y la determinación anterior.

En la tentativa de homicidio he visto distinguir (por ejemplo) entre el uso de arma blanca y el uso de arma de fuego. Cuando se ha herido con arma blanca (se me ha dicho), la mano dirigía el golpe y se ha herido como y donde se ha querido. Por consiguiente, si la herida no ha ocasionado la muerte, es un signo claro de que no se ha querido causarla. Pero cuando se trata del arma de fuego no sucede así, ya que la mano del hombre no guía al proyectil al punto preciso donde se quiere. ¿Cuál debía ser la consecuencia de esta distinción?

Debía ser la de rechazar la tentativa en las heridas con arma blanca, ya que el criterio revelador del ánimo se quería encontrar en la actuación de la mano. Pero no podía ser la de aceptar siempre la tentativa en el uso de armas de fuego, ya que si la incierta correspondencia del proyectil a la voluntad del que dispara, podrá ser una razón suficiente para admitir que quiso un resultado efectivo más grave, no es igualmente una buena razón para que esta impotencia para dirigir con exactitud el proyectil, deba hacer aceptar el ánimo más feroz.

La elección del arma de fuego aumenta las probabilidades de fallar en la lesión. ¿Cuál es, por consiguiente, el orden de ideas por el cual, de la elección de un medio que ofrecía mayores probabilidades de fallar, se saca, con una deducción opuesta, una voluntad más firmemente resuelta a matar?

Pero, además, en este difícil sendero se olvida muy a menudo la consideración de las circunstancias intervinientes entre la determinación y el resultado.

Frente a uno que, con arma cargada con proyectil grueso, hiere a su enemigo en el pecho, y a otro que lo hiere en las piernas, se podrá recurrir al argumento enseñado por los prácticos, de que el lugar de la herida es un indicio de la intención del heridor.

Pero, ¿Quién asegura que a esos dos heridores, por demás inexpertos en el manejo del arma, no les ocurrió precisamente lo contrario de lo que querían? ¿Quién autoriza a negar que quien hirió al enemigo en la pierna no

apuntó al pecho, y que quien hirió en el pecho no apuntó a la pierna?

Si así fuera, resultaría que condenando como responsable de simple lesión al que hirió en las piernas, se equivoca la verdad en pro del acusado.

Y menos mal si así sucede. Pero también puede ocurrir que se condene como culpable de homicidio tentado al que había apuntado a las piernas con la finalidad precisamente, de ocasionarle poco daño al enemigo, lo que es una deplorable injusticia.

He aquí como una eventualidad (que no se exterioriza ni en un daño ni en un peligro mayor) decide de la suerte de los sometidos a juicio.

Supóngase otro caso en el que dos culpables mezclaron en la carga proyectil grueso con proyectil menudo.

Uno de ellos hirió de lleno al enemigo. Al descubrirse la mezcla se pensó que si el autor hubiese tenido la intención de matar no habría cargado con proyectil menudo.

Esas postas podían haberse mezclado con los balines pequeños por descuido del vendedor y sin saberlo el acusado.

En razón de estas dudas se excluye el homicidio tentado, y se hace muy bien, porque toda duda debe ser resuelta en favor del acusado.

Pero el otro delincuente no ha herido de lleno a la víctima. Más inseguro su pulso y menos resuelto su ánimo, la descarga no ha causado herida.

Se inspeccionan los lugares, los árboles y el muro que estaban enfrente. Del proyectil menudo no se encuentran huellas, pero si se halla una posta que, tal vez, fuera la única de la carga. He aquí, se dice, la presencia del proyectil grueso en el arma.

Los prácticos enseñan que el proyectil grueso constituye un indicio del ánimo homicida. Los peritos establecen que una descarga compuesta por ese proyectil grueso podía causar la muerte. Por consiguiente, el autor es responsable de homicidio tentado. Pero, por el contrario, yo concluiría con una proposición general que librara para siempre a la conciencia del juez de tales embarazos.

La conjetura a posteriori no es buena guía, salvo cuando se refiere a un resultado necesario o, a lo menos, ordinario del hecho.

Pero, ¿la muerte ocasionada con arma de fuego es el resultado, si no necesario, siquiera ordinario y más probable del disparo? La estadística de los procesos criminales demuestra que sobre cien procesos por heridas no hay, tal vez, cuatro de homicidio.

La propia estadística de las batallas, donde, sin embargo, se lucha con armas mucho más mortales, demuestra que el número de heridos supera en mucho al de muertos. Por consiguiente, cuando sobre la base de un medio que podía causar la muerte, pero que era más probable que no la ocasionara, se convencerán de que el agente quería matar, sin darse cuenta, llegarán al contrasentido de unificar y volver convergentes los dos principios contradictorios que se encuentran entre las condiciones de los medios y las del ánimo.

El criterio menos falaz y, a veces, apodíctico para estar seguro de la intención del agente, es el que se deduce a priori y de manera especial de la causa para delinquir.

Este criterio es sólido porque tiene una base lógica. Si el fin del heridor era casarse con la mujer de la víctima, o enmudecer al testigo, o gozar de la herencia de aquella, o alcanzar, en una palabra, un fin que exigía la muerte del enemigo, sea que el heridor hubiera recurrido al arma blanca o a la de fuego, al proyectil grueso o al menudo, deberemos siempre estar ciertos de la intención más cruel, porque no admitiéndola se llegaría a suponer una intención loca en el agente, una contradicción intrínseca en el mismo.

Si antes de la acción, el culpable, no por jactancia u ostentación, sino con propósito serio, hubiere manifestado desear la muerte del enemigo, también podrá estarse cierto en la admisión de su intención homicida. Pero cuando en los antecedentes se encuentra una indignación que fluctúa y que puede tener su desahogo tanto en la muerte como en la herida, y cuando en los subsiguientes se encuentran medios usados que si bien podían causar la muerte, podían también no producirla, en la investigación intencional no se encuentra nada más que incertidumbre y fluctuación; y en esta incertidumbre el juez concienzudo debe abandonar la vaguedad de las adivinaciones funestas y atenerse a la regla de que en la duda se debe presumir la intención más benigna, y debe prevalecer la opinión más favorable al acusado.

Solo puedo deplorar la verdadera precipitación y casi diría audacia, con la que alguno llega, por un fatal hábito, a declararse dogmáticamente convencido de la oculta intención de un acusado, por la vía de cálculos y razonamientos que, tal vez, no entraron jamás en la mente de aquel infeliz.

Por consiguiente, la regla, que alguien expone como precepto jurídico, de que en razón de la naturaleza del arma, de la calidad del proyectil o de la dirección del disparo, se debe suponer como presunción la intención de matar, conduce a un verdadero abuso de doctrina.

Es verdad que los prácticos sugirieron esos criterios como reguladores de las cuestiones del ánimo, ¿pero en que términos lo sugirieron?

Ocupándose poco o nada de la tentativa, enseñaron esta regla en el caso del homicidio consumado. Pero en el homicidio consumado el título se constituye por el evento. Existe el hecho positivo de que un hombre le ha quitado la vida a otro hombre. El título es irrecusable: es un homicidio.

Solo puede haber cuestión sobre la forma subjetiva. Se puede dudar si el matador debe responder del homicidio en razón de dolo o de culpa; o si debe admitirse la preterintencionalidad, o bien aceptarse o sostenerse la premeditación.

Resulta muy natural que la previsión se deduzca de la previsibilidad y que la previsibilidad se deduzca del nexo ontológico más o menos estrecho entre la causa y el efecto.

Todo esto es lógico, ya que, al fin de cuentas, entra a actuar el principio de necesaria admisión en el derecho penal, mientras la defensa no demuestre lo contrario, esto es, que cuando el efecto sucedió, quien quiso el medio quiso el efecto.

Pero en caso de la tentativa, el hecho no nos ofrece el título de homicidio, porque el hombre se encuentra vivo. A este título sería necesario estructurarlo en su totalidad sobre la base de la intención. Ya no es cuestión de mayor o menor previsibilidad de un resultado sucedido. Es, por el contrario, cuestión de una voluntad dirigida a un efecto no producido.

Y en semejante campo las presunciones deducidas a posteriori no pueden tener valor decisivo. Una cosa es que por vía de presunciones se conecte un hecho cierto a la voluntad de quien fue su causa real, y otra es que por vía de presunciones se pretenda establecer una voluntad decidida a procurar una realidad que no sucedió y distinta de la que sucedió.

Al homicida se le puede decir: debiste haber previsto el efecto que causaste, porque estaba en la naturaleza de los medios que usaste poder producir lo que produjeron. Pero al heridor no se le puede decir: debiste haber querido matar y no sólo herir, porque debiste haber previsto que podía resultar la muerte.

Con este último modo de reproche se va de la presunción de poder, que es incierta, a la afirmación de la voluntad, que debe ser cierta.

Una posibilidad no realizada se equipara a una posibilidad realizada, por arrancar el título de su base de realidad y transportarlo sobre la base de una idea, como si poder y deber fueran en todos los casos idénticos a los efectos jurídicos.

Lo son, efectivamente, cuando se juzga de la relación de un evento verificado con la moralidad del agente que fue su causa. No lo son, por el contrario, cuando se pretende afirmar la divergencia entre el efecto verificado y la intención del agente.

La presunción que sugiere el sentido común es siempre la de que cada uno ha querido hacer lo que ha hecho. Cuando se trata de reforzar esta presunción para excluir la excusa de la preterintencionalidad, será valorable la potencia conocida del acto ejecutado y del medio usado.

Pero no puede valer igualmente para destruir esta presunción, para atribuirle a quien en la realidad es un heridor, el reproche de homicida en la intención.

Resulta ilógico que por bueno que sea un argumento para convalidar una presunción de sentido común, resulte igualmente valioso para destruirla. Se exigen argumentos más fuertes que una mera posibilidad, ya que de la posibilidad se extrae nada más otra posibilidad; o se exige en relación necesaria entre medio y fin, vuelta inepta por una circunstancia imprevista, como en el envenenamiento o en el lanzamiento de un hombre del campanario; o se exigen otras conjeturas o revelaciones del ánimo que correspondan a los precedentes y que, a su vez, jueguen en la relación de causa a efecto, como motivos para suscitar la voluntad más feroz.

En los actos cometidos por impulso súbito de indignación, falta en absoluto todo criterio deducido de los precedentes. La causa para ofender es instantánea y por lo común no guarda proporción con la muerte de un hombre.

No hay ninguna preordenación del cálculo, ni existe preparación de los medios. Se ha disparado; se ha herido; es todo.

Por lo tanto, el elemento intencional se deriva del hecho; se construye únicamente sobre los criterios materiales de

la acción, de la cual el fin es la incógnita que debe buscarse. Se confunde, en una palabra, el elemento intencional con el elemento material, incluso cuando este no lo prueba al primero por una necesidad ontológica. De esta manera, se llega a construir el conato con uno solo de sus elementos, en tanto que estos deben concurrir simultáneamente para constituirlo.

He aquí, al fin de cuentas, que las cuestiones intencionales confiadas al criterio único de esta conjetura, se tornan en billetes de lotería: si acertamos, ganamos.

Tengo, por consiguiente, por verdadero también este segundo requisito, sin ocuparme de si la corte de casación de Florencia tuvo razón cuando declaró que, con arreglo a la ley positiva toscana, no se podía encontrar una tentativa en el dolo de ímpetu, o bien, si la tuvo cuando luego le dio por declarar lo contrario.

Los derechos positivos y las jurisprudencias (fluctuantes o no), que interpretan un estatuto penal particular de algún país, no alteran los principios de la ciencia.

Concluyo, pues, en que el elemento moral de la tentativa debe consistir en una intención directa y perfecta.

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.1.1.2 Elemento físico. Indagación subjetiva

En la tentativa la función del daño inmediato lo desempeña el peligro. Así, como por lo general el crimen consumado no puede existir si no existe daño, de la misma manera no puede haber tentativa si no existe peligro.

No obstante, en ciertos actos el peligro no puede tomarse en consideración por un doble motivo. O porque no existe (y entonces falta el conato en razón de defecto en la fuerza física); o porque existe un daño efectivo o potencial que sobrepasa la consideración del peligro, caso en el cual falta el conato en razón de exceso.

El defecto en la fuerza física del conato.

Para decir que en ciertos actos hubo peligro y que de esta manera hubo tentativa, es necesario que esos actos representen un comienzo de ejecución. Sólo desde el momento en que con algún acto externo se ha emprendido la violación de un derecho, se puede decir con exactitud que ha comenzado el estado peligroso para ese derecho. Hasta este momento existirá un temor, y nada más.

Conforme a lo anterior, se deducen dos principios:

1) Que para que exista tentativa se precisa un acto externo de ejecución; que este acto externo debe tener el poder de alcanzar el fin delictuoso.

De aquí las muchas consecuencias que excluyen la noción del conato (por defecto en su fuerza física) en ciertos casos en los cuales alguien erróneamente la encontró.

Respecto del primer principio se deduce que:

1. Los puros pensamientos no pueden considerarse como conatos.

Ya sabemos que con los puros pensamientos no se viola la ley civil. Sin acto externo no existe delito: por consiguiente, sin acto externo no hay tentativa. Y cuando al pensamiento delictuoso lo siga su manifestación, esta simple manifestación no representara jamás un comienzo de ejecución. Ni se puede decir, como alguno objetó,

que esta regla sufra excepción en los delitos de prensa, en los cuales, el pensamiento anárquico, inmoral o antirreligioso, no se castiga como un principio de ejecución de un ataque al trono o al altar, o como principio de ejecución del delito al que el escrito incita a los demás, sino como un delito consumado, cuya fuerza física objetiva se encuentra en la difusión de la idea subversiva. El daño se causa a la sociedad con la corrupción potencial de los ánimos ajenos.

2. No configuran tentativa las amenazas aunque vayan acompañadas por gestos, cuando el gesto no esta dirigido a comenzar la ejecución del crimen, sino solo a expresar la intención de cometerlo.

Aquí no solo falta la fuerza física del conato, porque en el acto externo visto en sí mismo no importa emprender la ejecución criminosa, sino que falta, además, el elemento moral, porque no se puede estar seguro de que el que amenaza tenga verdaderamente el ánimo de llegar a la ejecución después.

Si las amenazas (cuyo daño consiste en el temor causado) se castigaran como conatos, se llegaría al absurdo de tenerlas que dejar impunes cuando constase la intención de no ejecutarlas.

3. No son tentativa los acuerdos criminosos.

Las ideas, aunque comunicadas con la palabra entre dos malvados, así como la voluntad llevada al más deliberado propósito en el concierto efectuado entre varios criminales, no dejan de ser una simple idea y una simple voluntad. La palabra no es un acto externo que comience la ejecución de un homicidio, de un estupro o de un incendio.

El acuerdo criminoso y de la misma manera el mandato, la instigación y la sociedad para delinquir, pueden imputarse como delitos autónomos, pero no como tentativas, porque quien le ordena a otro que ejecute, no ha comenzado la ejecución del delito que quiere.

En cuanto al segundo principio se deduce que:

4. Los actos simplemente preparatorios no son conatos.

Si bien estos pueden representar en el designio del agente un comienzo de la operación criminosa que deliberó, en ellos no se puede encontrar la unívoca dirección al delito.

5. No integran conatos los actos que carecen de idoneidad, tanto subjetiva como objetiva.

A la inidoneidad que Carmignani llamo subjetiva, otros la denominan absoluta y otros abstracta. Es la inidoneidad que acompaña al sujeto activo de la ejecución, cualquiera que sea el sujeto pasivo de ella. A la inidoneidad que Carmignani llamo objetiva, otros la denominan relativa y unos más concreta. Es la inidoneidad que no acompaña constantemente a ciertos actos, sino que se produce respecto de un fin especial y de otro no.

Así, por ejemplo, pueden los peritos decir que la cantidad de veneno suministrada no era suficiente para matar a aquel a quien se le puso, por poseer una constitución excepcionalmente robusta, pero que era capaz de ocasionar la muerte de otros hombres de constitución ordinaria.

He aquí una inidoneidad relativa, concreta, objetiva, esto es, nacida del fin especial al cual tenia el agente, que era

el de darle muerte a ese atleta. Esta inidoneidad no basta para excluir la tentativa, porque mirado en abstracto, en modo absoluto o subjetivamente, el medio empleado poseía idoneidad.

A la inversa, los peritos pueden decir que el veneno no habría matado hombres de sólida constitución, pero que si podía muy bien matar a ese hombre al que se le quería suministrar, porque era de poca edad y de compleción débil.

He aquí que el medio ha perdido la condición de inidoneidad que, mirado en si de manera, abstracta, podía presentar, y se ha vuelto idóneo respecto del fin al que se dirigía en el caso concreto. En el primer caso, el peligro existía en abstracto y solo faltó por el fortuito imprevisto de la excepcional constitución de la víctima elegida. En el segundo caso, el peligro existió verdaderamente.

Habría tentativa en ambos casos, porque el acto externo ofrece un grado de peligro que es suficiente para constituir su fuerza física.

Es grave error de una moderna escuela germánica pretender que cuando el medio es inidoneo tanto en abstracto como en concreto, también existe conato imputable políticamente.

Este sistema conduce directamente a castigar la sola intención y subvierte el principio político del derecho penal, introduciendo de nuevo en la ciencia, bajo el nombre distinto de contralor moral, el contralor religioso, que la lanzo por mucho tiempo en una cadena de errores subversivos de toda libertad civil.

Se ha dicho tentativa, y aquí uso esta palabra en contraposición de delito frustrado, porque, incluso admitida la distinción entre inidoneidad absoluta y relativa, sin una subdistinción conveniente no se le podría aplicar nunca esa regla al delito frustrado, como lo demostrare posteriormente.

Por ahora basta señalar que la insuficiencia de los medios no es contraria a la noción del conato de una manera absoluta, en tanto que lo es en modo absoluto y constante a la noción del delito frustrado.

Sin darse cuenta alguien ha entendido esta teoría de la inidoneidad de una manera tal que, la destruye.

Otro penso que la inidoneidad excluye la tentativa solo cuando era conocida por el agente. Pero esto es un error evidente, en el que se cayó por haber leído en las Institutas de Carmignani, que la inidoneidad debía ser objetiva, sin comprender el sentido en que nuestro gran maestro usaba esa palabra y traduciéndola, no se con que criterio, con el significado de inidoneidad conocida por el agente.

Según éstos, quien suministra azúcar con el fin de envenenar, solo puede evitar la imputación de la tentativa cuando se demuestre que sabía que los polvos preparados por él eran una sustancia incapaz de provocar la muerte.

Si pensaba erróneamente que el azúcar bastaba para matar o que los polvos eran arsénico, el debe responder (según esos) de tentativa de homicidio, a pesar de que la sustancia fuese absolutamente y respecto de cualquier individuo constantemente inidonea para matarlo.

Pero el error se evidencia tan pronto como se advierte que si se supone el conocimiento de la inocencia del medio,

necesariamente desaparece la intención de alcanzar el fin. Cuando alguien utiliza un medio que sabe que es incapaz de producir la muerte, o es preciso suponer que tal hombre esta loco o es necesario admitir que no quería matar.

Si el conocimiento de la inidoneidad del medio destruye por necesidad lógica la voluntad de alcanzar el fin, resulta que en tal hipótesis la tentativa desaparece por defecto de intención y no por defecto de idoneidad. Desaparece por defecto de la fuerza moral y no por defecto de la fuerza física. He aquí por que yo decía que entendiéndola de esta manera, inadvertidamente se destruía la regla de la inidoneidad.

La regla de la inidoneidad es una regla autónoma.

La inidoneidad produce la exclusión del elemento material del conato, y así la exclusión del conato por defecto de peligro.

Ella presupone el pleno concurso del elemento moral, vale decir, la intención malvada positivamente dirigida a lograr el fin delictuoso. La cual no puede existir si el que utiliza el medio no lo cree capaz de provocar el evento que resueltamente desea.

En este supuesto es que la regla de la inidoneidad produce su efecto jurídico destructor de la noción de la tentativa. Y lo produce, no en razón de falta de voluntad, sino en razón de falta de peligro, en virtud del principio último y supremo dominador de esta teoría, de que cuando cesa el peligro no queda nada más que la voluntad malvada, porque el acto externo inidoneo es como inexistente frente a la ley social y la sola voluntad no acompañada por daño y por peligro no puede ser castigada por la justicia terrena.

Sin embargo, interesa advertir que cuando se habla de tentativa, la inidoneidad de un acto no destruye la idoneidad de los actos precedentes.

Así, si después de una serie de actos dirigidos a un fin criminoso y perfectamente capaces de alcanzarlo, se ejecuta otro totalmente inidoneo e incluso destructivo de la idoneidad de los primeros, cuando la serie de actos precedentes idóneos ya constituía una tentativa punible, el último acto inidoneo no hace desaparecer la tentativa cumplida precedentemente.

El error que envolvió el intelecto del agente y lo condujo a realizar el acto inidoneo suponiéndolo idóneo, representa el fortuito que impidió el evento siniestro.

Esto impidió el delito consumado, pero no destruyó la tentativa ya cumplida, ni canceló la imputación en la que ya se había incurrido, sea porque *factum infectum fieri nequit*, sea porque este fue un proceso ulterior de la perseverante voluntad criminoso.

El envenenador preparo el veneno y se introdujo en la casa del enemigo para echárselo en la comida, pero sucedió que lo echo en una vasija donde hervía una sustancia que tenia la virtud de neutralizar su potencia homicida. Desde este momento todos los actos sucesivos dirigidos a consumir la propinación del veneno, recaen sobre un sujeto activo secundario que se ha vuelto inidoneo, porque ahora ya la mezcla no es más veneno.

Si desde el principio los actos ejecutivos hubiesen recaído sobre una sustancia absolutamente inocua, no habría habido nunca peligro y quedaría excluida toda idea de tentativa punible. Pero en el caso propuesto es necesario

distinguir la primera serie de actos de la segunda.

Durante toda la primera serie el medio era idóneo. El malvado adquirió el veneno; lo preparo; se introdujo en la casa del enemigo y se acerco al hogar donde hervían las comidas. En toda esta serie de actos el medio fue idóneo: era un veneno mortífero.

Después de haberlo echado en la vasija que contenía la sustancia neutralizadora, el medio se volvió inidóneo.

Desde este momento la segunda serie de actos no puede pesar sobre la balanza de la justicia.

Esos actos son nulos, porque habiendo recaído sobre un medio inidoneo, no presentan peligro. Pero los primeros eran ya un hecho cumplido y poseían idoneidad, y, con ésta, peligro.

La primera serie de actos voluntarios, que presentan todos los caracteres de la tentativa, no pueden cancelarse por los actos sucesivos con los cuales, por un accidente, o involuntariamente, el mismo reo destruye el efecto de los primeros. En verdad, para hacer desaparecer el delito frustrado basta que la inidoneidad afecte uno solo de los muchos momentos de la ejecución del delito, en cualquier estadio de su serie en que recaiga, como explicaré después. Pero si la tentativa existía antes, no cesa de existir.

En el cálculo de la inidoneidad no debe, pues, perderse de vista nunca la consideración del orden cronológico que el acto inidoneo ocupa en la serie de los momentos ejecutivos. Y esto debe tenerse en cuenta para aplicar el principio, a mi parecer incriticable y productor de múltiples consecuencias, de que la inidoneidad antecedente informa todos los actos subsiguientes, pero ésta no modifica los actos antecedentes.

6. Cesa el conato por la concurrencia de un obstáculo jurídico para la existencia del delito querido.

Este caso sucede siempre que los actos ejecutivos, aunque abstractamente idóneos y explícitamente dirigidos por el agente al fin delictuoso, recaen sobre un sujeto pasivo que, en sí mismo o en las relaciones con la persona delincuente, ofrecía tales características que destruía legalmente la noción del delito deseado.

Esto se ejemplifica con el caso de quien, creyendo consumir adulterio con la mujer ajena, yace con la mujer propia o con mujer que sin saberlo, era ya viuda del propio consorte; o del que creyendo cometer un hurto, roba la cosa propia o la perteneciente a su padre; o del que introduciéndose nocturnamente en la casa de su enemigo, lo asalta en su lecho y creyéndolo dormido le hunde el puñal en el corazón, en tanto que por una enfermedad repentina ya no pertenecía al mundo de los vivos.

En éstos y en otros casos semejantes se encontraría con abundancia cuanto la ciencia exige para que exista tentativa criminosa, a saber: el elemento moral, en la determinación de cometer ese delito; el elemento físico, en la ejecución de actos conducentes a esa finalidad.

Pero la ley no encuentra adulterio en el concubito con la mujer propia o libre; ni encuentra hurto en la sustracción de las cosas propias o pertenecientes a los padres; ni homicidio en el apuñalamiento de un cadáver.

Si el delito no se consumó no fue por el obstáculo legal que lo volvió imposible a causa de la condición del sujeto pasivo o de las especiales relaciones entre este y el agente.

Ahora bien, ya que los actos se dirigieron sobre aquel sujeto, se dirigieron en toda su serie hacia una finalidad legalmente imposible, y, por esto, no existió nunca, ni siquiera por un instante, el peligro de la violación de la ley.

Nuestros maestros enseñaron concordantemente que en tales casos desaparece la noción de la tentativa. Este es el caso llamado de delito impedido por causa legal (Delito Imposible).

En este punto de la doctrina debe, sin embargo, distinguirse entre el caso en el que el impedimento legal se refiere solamente al sujeto pasivo de la consumación, y en el que se refiere también al sujeto pasivo del atentado.

Se denomina sujeto pasivo del atentado todo aquello sobre lo que recaen los actos ejecutivos precedentes a la consumación. Se denomina sujeto pasivo de la consumación aquello sobre lo cual recaen los actos consumativos del delito.

Así, en el hurto ejecutado, por ejemplo, mediante fractura, el sujeto pasivo del atentado lo representan la puerta que el ladrón rompe y la casa que invade, porque al derribar la puerta y al introducirse en la casa no se consuma el hurto. Por el contrario, el mueble que el ladrón toma para apropiárselo constituye el sujeto pasivo de la consumación, porque con esa aprehensión se consuma el hurto.

Ahora bien, dije que la teoría del obstáculo legal, veraz cuando el obstáculo reside en el sujeto pasivo del atentado y de la consumación conjuntamente, no me parece verdadera cuando el obstáculo que se encuentra en el sujeto pasivo de la consumación no se encontró en el sujeto pasivo del atentado.

Volviendo al ejemplo del hurto con fractura, si el ladrón fuera sorprendido en este momento, no dudaríamos en imputarle el título de tentativa. Pero ocurrió que el ladrón después de la infracción, una vez introducido en la morada ajena, engañado por la oscuridad o el apuro, en vez de apoderarse de una cosa ajena, tomó la cosa propia que accidentalmente se encontraba allí.

Por cierto que nadie dirá que había consumado un hurto. Pero, ¿se puede considerar que ésta casualidad destruye la precedente tentativa, que era ya un hecho cumplido y que no estando dirigido a robar precisamente esta cosa, tenía desde el punto de vista de la intención y por el lado del poder material, todos los caracteres de la tentativa punible?

Me parece que no. Esa casualidad, ese error, es el fortuito que ha impedido la consumación, porque las relaciones entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la consumación impidieron la noción del delito.

Pero este fortuito no cancela la imputabilidad de los actos precedentes: en ellos había idoneidad y, al mismo tiempo, había peligro actual, y a no ser ese afortunado error se habría consumado un verdadero hurto.

Vuelvo, pues, al principio afirmado más arriba:

La inidoneidad del acto consumativo no destruye la idoneidad de los actos atentadores, y cuando estos presentan los caracteres constitutivos del atentado punible, la inidoneidad del acto consumativo es un fortuito que ha impedido la consumación, pero que no puede hacer cesar el precedente conato, ni la imputación en que ya se ha incurrido por éste.

Para que el obstáculo legal existente en el sujeto pasivo de la consumación destruyera la noción de la tentativa en

los actos ejecutivos precedentes, se necesitaría demostrar que el ladrón derribo la puerta y se introdujo con el fin preciso de sustraer aquella cosa que creía ajena y que era suya.

Entonces, habiéndose dirigido desde el principio los actos hacia un fin, con arreglo al cual el delito era legalmente imposible, desaparece toda idea de peligro también en los actos precedentes.

Pero no se puede decir lo mismo si el ladrón se introdujo con el fin de robar otros objetos y por casualidad erró.

7. Afín al precedente, es el caso de cesación del conato por la falta del sujeto pasivo de la consumación, o menos exactito como dicen otros, del objeto.

Unos ladrones se introdujeron con el fin de robar en una casa que estaba completamente vacía.

La Corte de Nápoles decidió que en este caso no concurrían los extremos de la tentativa de hurto, porque al pretender los ladrones robar donde no había nada para robar, se dispusieron a una cosa imposible.

Muchos criminalistas de valor fundan sobre esta consideración, la regla general de que la falta del sujeto pasivo de la consumación hace desaparecer siempre la tentativa.

El principio es verdadero y se señala como una aberración la sentencia de un tribunal superior de Sajonia, que en 1851 condenó como responsable de tentativa de aborto a una muchacha que había tomado un abortivo creyendo estar grávida cuando realmente no lo estaba. Sin embargo, me permitiría dudar de esta regla en el modo absoluto con que se la expone, y mis razones para dudar son las siguientes:

La inexistencia del sujeto pasivo del delito en el lugar donde el reo creía encontrarlo, puede representar el caso fortuito que haya impedido la consumación del delito. Pero si, sin este fortuito imprevisto, los actos precedentes presentaban una idoneidad capaz de despertar fundado temor, ¿por qué no debe tenerse en cuenta el peligro que existía en tales actos?

Supóngase que un enemigo mío haya puesto una bomba debajo de mi cama para prenderla y así matarme cuando vaya a acostarme.

A la hora en que acostumbraba acostarme y creyendo que lo estaba, prendió la bomba. Pero afortunadamente esa tarde me acosté en otra pieza o en ese momento me levante del lecho, y me salve.

Aplicando ilimitadamente la regla mencionada, se podrá decir que no existe tentativa punible, porque faltaba el sujeto pasivo. Estoy plenamente de acuerdo en que no existe delito frustrado, pero no me puedo convencer de que no exista tampoco tentativa.

Hasta el momento de la consumación yo veo una serie de actos malvadamente dirigidos a un fin nefasto y rebosantes de grave peligro, en relación con los cuales encuentro una imputación ya incurrida. No puedo convencerme de que esta imputación se cancele por la precipitación con que el malvado (siempre tenaz en su propósito delictuoso) ha realizado el acto consumativo.

Este ultimo acto fue inútil, inidoneo, y por esto esta bien que la justicia no lo tome en cuenta. Pero, a mi parecer,

de esto no deriva que este último acto de más, con el cual el agente llevo hasta el extremo su perverso designio, deba purgarlo de la imputación ya incurrida.

Y quien no advierte que resultaría absurdo mejorar la condición del justiciable por la única razón de que ha dado un paso más en la carrera del delito. ¿Puede acaso admitirse que un reo se salve de la responsabilidad que ya lo grava, perseverando en la cruel intención y ejecutando otro acto para violar la ley?

Creo, por lo tanto, que la regla de la falta del sujeto pasivo de la consumación tiene necesidad todavía de ser meditada por mentes más valiosas.

Gustoso distinguiría el caso en que el sujeto pasivo no había existido nunca en el lugar a donde se dirigía la acción, del caso en que ha existido y en verdad debía existir en el momento de la consumación del delito, pero por una casualidad había sido sacado y no se le había vuelto a colocar aún.

Así, si el edificio invadido por el ladrón estaba habitualmente vacío, se podrá decir que aquel se lanzó a la ventura, y a sus actos irreflexivos les podrá faltar el criterio de la tentativa. Pero si los objetos que pensaba robar estuvieron antes allí y solo por precaución del dueño fueron transportados poco antes a otro lugar, esta precaución o casualidad que representa el impedimento fortuito de la consumación, no le puede quitar al hecho el carácter de tentativa.

Exceso en la fuerza física del conato.

Existe defecto en la fuerza física del conato cuando en los actos en los cuales se pretende encontrar una tentativa, no ha existido peligro. El exceso se produce cuando los actos ejecutados ocasionaron un daño presente que, desde el punto de vista de la gravedad política, supera y absorbe la consideración de este peligro.

Esto ocurre cuando los actos realizados como un medio dirigido a un fin criminoso no obtenido:

1 constituyen ya una completa violación del mismo derecho y de la misma ley que se quería ofender con el acto final, de manera que la efectividad de la violación de la ley unida a la potencialidad del daño material, suplen la falta de efectividad de este;

2. o constituyen la violación completa de un derecho y de una ley más importantes. La teoría del exceso puede reducirse a la formula general de la prevalecencia del medio sobre el fin.

La prevalecencia, puede derivar de la prevalecencia del derecho abstracto que se atacó con el fin, o de la prevalecencia del bien material de que se privó con el medio.

En razón del primer resultado se puede establecer como regla que en los delitos de daño inmediato universal, el conato que ocasiono una lesión del derecho universal pasa a ser siempre un delito perfecto, aunque su agente no haya alcanzado su fin.

De tal manera, en los delitos contra la moral o la religión, solo puede existir un delito perfecto o un acto inocente.

Como no puede existir tentativa sin un acto externo incoativo de ejecución, resulta que los primeros actos externos conducentes a ultrajar la moral o la religión, aunque objetivamente aparezcan interrumpidos porque el malvado no alcanzó el fin querido (por ejemplo, no llego a romper, como quería, la imagen sagrada contra la cual

dirigía sus golpes) presentan ya subjetivamente completa la ofensa a la religión o a la moral, y por esto se consideran como delitos consumados.

Así, en ciertos delitos políticos en los cuales la violación de la ley consiste en el ataque contra la autoridad política del Estado, los actos ejecutivos no son nada o, si han comenzado la ejecución, quiero decir, si han comenzado el ataque contra el Gobierno, representan una violación de la ley ya completa en si misma, esto es, un delito perfecto.

Del mismo modo, en los delitos de palabra cuyo comienzo unívoco de ejecución solo puede consistir en proferir ciertas palabras constitutivas (por ejemplo) de injurias o blasfemias, si esa palabra no se ha proferido, no habrá principio de ejecución, y si éste existiera, será necesario encontrar en ella la violación completa de la ley y, en consecuencia, ya no un peligro, sino un daño efectivo. Igualmente en todos los delitos los cuales perficiuntur unico actu, el comienzo de ejecución representa siempre el daño y la efectiva lesión del derecho, y por esto no admiten tentativa.

De la misma manera, en todos aquellos delitos en los cuales la ley castiga el solo peligro (como la ocultación de armas, donde esta se mantenga en el número de los verdaderos delitos), el comienzo de ejecución que representa el peligro constituye lo que le basta a la ley para tener un delito perfecto.

No importa que el reo tuviese la intención de denunciar más tarde esas armas y que esto se le haya impedido, pues en aquel primer momento existía ya consumada la infracción a la ley.

Con estos casos de exclusión del conato, Carmignani forma una tercera clase especial en la cual, según su lenguaje, desaparece la tentativa por la índole de la acción.

Es verdad que en tales casos la causa de la exclusión del conato es la índole de la acción. Pero ésta es la causa ontológica. La causa jurídica por la que las acciones de esa índole no admiten tentativa, es la fundada en el exceso, porque en esos casos la violación de la ley se encuentra ya consumada con los primeros actos de ejecución.

Por consiguiente, admitido que ambas fórmulas son exactas, elijo ésta, porque es más simple.

A causa del segundo resultado, el exceso hace desaparecer el conato en todos aquellos hechos que en la relación subjetiva son más graves o, por lo menos, de igual gravedad que en la relación objetiva.

Todas las acciones de los hombres son una cadena continua de medios y de fines. Si para degradarle la imputación con arreglo a la imperfección del delito, se le aceptase a un reo el pretexto de no haber conseguido su último fin, no tendríamos jamás un término y sería rarísima la aplicación de la pena y del titulo de delito perfecto.

Raramente (fuera de los casos de venganza) el delito es fin en sí mismo. Un hombre rapta una mujer para saciar su lujuria; otro jura en falso para hacer absolver a un reo; otro infunde temor para que se desista de un hecho; otro mata para lograr la herencia; otro se conjura para derrocar al Gobierno; otro difama a su enemigo para hacerle perder el empleo; otro predica dogmas impíos para que se reniegue de la fe; otro falsifica para lucrar, y, si me lo propusiera, no terminaría tan pronto con tales ejemplos.

He aquí que la primera violación de la ley en el designio del reo no es más que un medio para la consecución de un bien, en la cual se puede encontrar frecuentemente una segunda violación de aquella.

El acusado dirá: yo rapte la mujer, pero no desfogue el deshonesto apetito; jure en falso, pero no se me creyó; favorecí, pero el delito fue descubierto; atemorice, pero no se desistió; mate, pero no obtuve la herencia; me conjure, pero en vano; difame, pero no logre el deshonor de mi enemigo; predique, pero no tuve prosélitos.

Si lo dejáis seguir sobre esta línea no tendréis más que atentados. Pero esta línea esta rechazada por la ciencia moderna. Si el juez estuviese obligado a ir detrás del ultimo fin del reo para decidir si existe o no delito perfecto, se produciría una confusión sin limites, y no seria posible encontrar una formula para definir el conato.

La ciencia distingue, sin embargo, entre el cumplimiento del designio del reo y la efectiva violación de la ley. En ésta encuentra, según sus condiciones, delito perfecto, aunque el culpable no haya conseguido el ultimo fin de su designio, y no haya, quizás, ni siquiera comenzado la ejecución de los actos ulteriores que debían procurar ese fin.

En el designio del reo la operación esta incompleta o frustrada, pero a los ojos de la ciencia el delito esta consumado.

Si las acciones ulteriores que se esperaban del reo hubiesen violado un derecho más importante, el delito perfecto que fue medio se juzga como atentado del delito fin, precisamente porque el fin excede en gravedad política al medio.

Pero si, por el contrario, ocurre al revés, el delito destinado a ser medio se juzga como delito perfecto. Lo que sucede tanto si la prevalecencia del medio sobre el fin surge de la naturaleza del derecho atacado con el mismo, por ser un derecho universal, como si, agrediéndose tanto con el medio como con el fin un derecho particular, la prevalencia del medio emerja de la entidad del derecho atacado.

En ambos casos, el hecho de haber deseado el fin puede agravar el delito, pero el de no haberlo obtenido no puede degradar el titulo.

Así, la calumnia, el favorecimiento y el falso testimonio, aunque interrumpidos objetivamente (por no haber alcanzado a provocar la condena del inocente o la absolución del culpable) son delitos perfectos, porque teniendo en mira la ley que se opone a tales delitos, la protección de la santidad de la justicia pública, la violación del derecho universal que la ley protege esta completa tan pronto como lo están la acusación falsa o la deposición falsa, porque esta consumada la ofensa a la justicia y, por consiguiente, el delito

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.1.2. Imputación del conato

Resulta la tentativa un delito imperfecto. Es evidente, por consiguiente, la primera regla sobre la medida de su imputabilidad, esto es, la de que el cálculo de esta debe tomar en primer lugar sus proporciones de la medida de la imputación que se le habría asignado al delito particular que se quería ejecutar, si hubiese llegado a su perfección.

La cosa es intuitiva. El conato representa un grado en cada uno de los delitos a los cuales se dirigía. En el cálculo de la fracción no se puede prescindir de considerar la cantidad del todo. Por consiguiente, al determinar la represión del conato el legislador no puede, sin riesgo de incurrir en error, establecer normas absolutas, sino solo relaciones de proporción con la represión de cada delito consumado.

No puede decir, por ejemplo, mediante una fórmula absoluta: quiero castigar el conato con tanto de cárcel; sino que es necesario que establezca una fórmula relativa. Y tiene dos maneras para expresar esa relación.

O puede decir mediante una fórmula única y general que la tentativa se castigue con una pena inferior en un cuarto, en un tercio, etc., a la correspondiente al delito perfecto; o puede decir que se la castigue con tanta casa de fuerza, si el delito consumado hubiera conducido a una pena perpetua; con tanto de cárcel, si el delito consumado hubiera conducido a la casa de fuerza; con tanto de pena aflictiva o pecuniaria, si aquel hubiera conducido a la pena de cárcel, etc.

Una u otra manera que haya elegido el legislador, es evidente que siempre obedece a la regla de lo relativo, y siempre alcanza la proporción adecuada.

Esta consideración no tiende, pues, a establecer la norma de la imputación del delito perfecto, sino solo a buscar la regla según la cual se debe determinar en el atentado el mayor o menor grado del fraccionamiento de la imputación atribuible al delito imperfecto, en proporción a la asignada al delito cumplido.

En tal indagación no se puede prescindir del examen de la cualidad y cantidad del conato. La primera determina el mayor o menor grado de la fuerza moral de la tentativa. La segunda, el grado de su fuerza física.

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.1.2.1 Cualidad

Dice Manuzzi, que cualidad, es lo que hace que una cosa sea tal. La cualidad es un atributo de todo ente y constituye su modo de existir. El conato es un delito imperfecto.

Lo que lo hace quedar imperfecto constituirá, por consiguiente, el modo de ser, la especie, de cada tentativa. De esta manera, la cualidad de un delito imperfecto no se puede encontrar en otra parte que en la causa que detuvo su perfeccionamiento.

Por consiguiente, la cualidad del conato varía según que varíen las causas que impidieron la consumación del delito.

Respecto de la finalidad actual, esas causas pueden referirse a dos clases: voluntarias y casuales.

Omito la tercera clase, que comúnmente se enumera entre las causas legales, porque éstas no crean el conato, sino que lo destruyen por defecto.

Ahora bien, lógicamente no se puede llamar cualidad de una cosa a lo que la hace dejar de ser, ya que la cesación de la existencia es la cesación de todas las cualidades.

Cualidad del conato es lo que excluye el delito perfecto y hace nacer el conato. Las causas legales excluyen uno y otro.

Voluntaria se llama por antonomasia la causa que impide la ejecución que tuvo su génesis exclusivamente en un cambio totalmente espontáneo de la voluntad del agente.

Para que la causa que detiene el delito se pueda decir voluntaria, no solo es necesario que nazca de un arrepentimiento del agente, sino que, además, el arrepentimiento debe tener la característica de recaer sobre el fin y no sobre los medios.

Por medios entiendo todas las condiciones de lugar, tiempo y modo con los cuales el malvado había preordenado

la ejecución del crimen.

Comprendidas en un sentido diverso, las causas voluntarias se confunden con las causas casuales morales (o mixtas), de las cuales hablaremos más adelante, y que en parte nacen por una casualidad superviniente y en parte por la voluntad del agente, que se determinó a desistir en razón de esa casualidad, a pesar de que la circunstancia superviniente no le impidiera materialmente continuar la acción delictuosa.

Si se probara que el malhechor desistió de la acción porque fue visto, o porque considero inoportuno el momento, o por cualquier otra causa distinta del renegamiento absoluto de la voluntad criminosa (esto es, del abandono del fin malvado), el reo no se ha arrepentido, no ha desistido del fin, sino solo de los medios; simplemente ha aplazado la ejecución del crimen o ha modificado su designio.

La causa que impidió la consumación no es ya, en el lenguaje científico, voluntaria. A lo más puede considerarse mixta, y entra naturalmente en las causas morales que veremos después.

Por consiguiente, la causa será siempre casual todas las veces que tuvo principio en una circunstancia extraña al agente, no solo cuando esta ejerció su influencia físicamente sobre su brazo, sino también cuando actuó moralmente sobre su ánimo determinándolo a desistir en el momento del delito.

Así, si el ladrón, después de haberse introducido en el domicilio ajeno donde podía robar con seguridad, víctima de un saludable remordimiento se retira porque reniega de la voluntad de cometer el hurto, puede considerarse verdaderamente arrepentido y la causa de la imperfección del delito es voluntaria.

Pero si el ladrón se retiró porque oyó que los propietarios estaban despiertos o porque un ladrido de perro lo hizo entrar en sospechas, no se puede considerar arrepentido y la causa se considera casual.

Las causas casuales se subdividen en causas morales y causas físicas. Distinción que me parece debe definirse de la siguiente manera:

Son causas físicas las que materialmente detuvieron el brazo del malhechor o volvieron inepto el instrumento que usaba, o las que interpuestas entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, impidieron el evento criminoso.

Son causas morales las que actúan sobre su voluntad y lo constriñen contra su deseo de interrumpir el curso de las acciones culpables.

Las unas y las otras son hijas de una accidentalidad, que la ley considera independiente del reo. La diferencia entre las causas casuales físicas y las causas casuales morales no reside, por consiguiente, en su primera génesis, sino en su diverso modo de actuar.

La génesis de unas y otras es siempre exterior al culpable. Es exterior si mientras el sicario le propina golpes a la víctima, un tercero le detiene el brazo y lo constriñe a desistir. Es igualmente exterior si el tercero se limita a gritar "detente, malvado", y así induce al sicario (que se ve descubierto) a desistir y fugar.

Pero en la primera hipótesis la causa exterior actúa físicamente sobre el culpable y la única causa del

desistimiento fue la impotencia a que fue reducido, mientras que en la segunda hipótesis la causa exterior no detuvo físicamente su brazo, ni lo redujo a la impotencia para proseguir y matar a pesar de todos los gritos ajenos. Esa causa exterior actuó moralmente sobre el culpable y no habría bastado para impedir la muerte si el agente hubiera sido más temerario o más feroz, de modo que en el desistimiento intervino como causa próxima un momento de la voluntad del agente. Momento coaccionado y por esto diferente del espontaneo reconocimiento de la falta, pero también distinto del caso del forzado, que sufre una fuerza exterior impeditiva de sus actos a despecho de la malvada voluntad que persevera en el hasta el extremo.

Agréguese aquí la diferencia de noción entre los actos del forzado (actuado y no agente) y los actos del coaccionado (quien etiamsi coactus temen voluit) y aparecerá muy clara la distinción entre las causas casuales físicas y las causas casuales morales, y esto facilitará la comprensión de la razón de la diversidad de grado en la imputación de los dos casos.

Ahora bien, las distintas cualidades del conato, o sea la variedad de las causas que lo hicieron quedar tal, influye sobre la medida de su imputación por un principio muy racional. La justicia exige que a quien se le pide cuentas del mal que ha hecho, se le tenga en cuenta el bien que realizó.

De aquí el principio de que el conato debe imputarse tanto menos, cuanto más referible a la voluntad del agente sea el no perfeccionamiento del crimen.

Ese principio se resuelve en dos reglas:

1. La aminoración llegará a su apogeo cuando en su génesis el desistimiento únicamente sea referible a la voluntad enteramente espontánea del mismo culpable. 2. Desde este punto la aminoración ira decreciendo de grado en grado en razón directa de la influencia del caso.

Cuando la causa sea voluntaria en el sentido mencionado, tendremos el efecto máximo de la aminoración. Pero ¿podrá llegar hasta el punto de cancelar toda imputación?

Tal es la opinión de Desimoni y de Rossi, que a mí me parece preferible a la contraria. Carmignani titubeo sobre esta cuestión y después de haber enseñado primero que el conato que quedaba tal por el arrepentimiento del agente, no era ya imputable (238), agrego la nota al 245, donde siguiendo las huellas de Boehmer y de Kemmerich, adopto la opinión de que al autor de tentativa se le debía atribuir siempre un ínfimo grado de imputación, aunque los actos de su tentativa no hubiesen producido ningún daño y hubiese desistido por arrepentimiento espontaneo.

Convengo con el insigne maestro en que mirada la cuestión con rigor ontológico, tan pronto como se ejecuta una tentativa dotada de características que la hacen imputable, el arrepentimiento posterior no la destruye, porque factum infectum fieri nequit. Si la tentativa era un hecho imputable, ya ejecutado, nació la obligación de responder frente a la ley penal.

Y así como la restitución de lo sustraído, por útil y completa que sea, no cancela el hurto ya consumado, del mismo modo la existencia de una tentativa punible no desaparece por el ulterior arrepentimiento espontaneo, por útil y sincero que sea.

Pero en este caso no se debe aceptar este riguroso modo de ver, sea porque entre un caso y otro no media identidad de razón; o porque las consideraciones políticas deben absorber toda consideración de estricta justicia.

No media identidad entre un caso y otro, porque cuando el delito fue consumado, se produjo un daño, se produjo la violación efectiva del derecho atacado, y esta violación no debe quedar impune una vez producida.

Pero cuando el autor de tentativa se arrepintió de sus acciones a mitad del camino, y antes de haber causado un daño y de haber violado algún derecho, si no pudo destruir lo hecho, destruyó, sin embargo, lo que del hecho le importaba a la sociedad impedir, esto es, el logro de la violación del derecho.

En el conato, la razón para castigar reside en el peligro, pero la sociedad no puede temer un peligro de los autores de tentativa que se arrepienten a mitad de camino.

He dicho, también, que las consideraciones políticas hacían prevalecer la opinión más benigna, desde que todos sabemos que las leyes penales deben tender a prevenir los delitos futuros con el castigo de los pasados.

Sin reconocer en la prevención el único fin y el único fundamento de la aplicación de la pena (lo que nosotros no podemos admitir), es preciso, sin embargo, reconocer que un legislador sabio debe utilizar siempre esa consecuencia de la amenaza y de la efectiva aplicación de un mal al delincuente.

De manera que si para el legislador no es una buena razón castigar solo para prevenir, lo es, sin embargo, no castigar cuando el castigar sería causa de delitos.

No resulta contradictorio negarle a la utilidad el poder de autorizar a hacer y al mismo tiempo concederle el poder de impedir hacer lo que no se podría hacer sin un peligro seguro. La tutela del derecho es el único fundamento aceptable del derecho punitivo, porque si careciese de una sanción eficaz, la ley jurídica no sería más ley, sino simple consejo.

El único fin de la pena es el de tranquilizar a los coasociados, esto es, mantener en ellos la conciencia del derecho, mostrando cómo se tutela la ley que protege su libertad.

Pero, precisamente, de estas dos proposiciones se deriva:

1. Que cuando en un caso dado la sanción pone en peligro el derecho, la sanción debe enmudecer, porque cesa su razón de ser, de la misma manera como conviene que la sanción enmudezca en la muerte cometida por el agredido en defensa propia, en la cual se volvería una ayuda a la lesión y no a la protección del derecho.

De lo que deriva:

2. Que la sanción penal debe enmudecer también por la cesación de su fin, porque cuando su mantenimiento sea una probable causa de violación al derecho, entonces la amenaza de la pena, volviendo menos seguros a los buenos, naturalmente les da menos tranquilidad, y así, en vez de proporcionársela, disminuye la opinión de su propia seguridad.

Por consiguiente, constituirán defecto y verdadera aberración las sanciones de una ley penal que puedan, con oposito procedimiento, impulsar a la delincuencia.

Ahora bien, mientras que por un lado, la sociedad no arriesga nada perdonando al autor de tentativa arrepentido, la imposición de una pena, aunque benigna, puede resultar una causa impositiva del arrepentimiento.

Por lo tanto, creo que el arrepentimiento tempestivo del autor del conato debe eximirlo de toda imputación.

Digo tempestivo. Esto es, ocurrido antes de que los actos ejecutados constituyan en sí mismos un hecho dañino y violador de un derecho, en cuyo caso la violación del derecho ya consumada constituye un título especial que queda imputable como tal.

Si Ticio agredió a su enemigo con el fin de matarlo y le propinó un golpe hiriéndolo levemente, pero a la vista de la sangre, de los ruegos o de las disculpas de la víctima, su corazón se ablandó y desistió; quedará siempre imputable de lesión ya causada.

Pero si la piedad lo vence antes de herir, aunque ya hubiese agarrado a la víctima y blandido el puñal, no se le podrá imputar nada.

Tal conclusión no solo es impuesta por el peligro en que la ley imprevisora lanzaría al agredido diciéndole al agresor que de todos modos lo castigará, impulsándolo así a continuar. Sino que, además, es impuesta por la regla fundamental de que el daño mediato constituye el fundamento de la imputabilidad política de los hechos lesivos del derecho y de que este daño mediato se compone por la alarma de los buenos y el mal ejemplo para los malvados.

Ahora bien, el mal ejemplo en el caso de desistimiento voluntario es propiamente nulo, porque supondría la contradicción en la voluntad criminoso; supondría, vale decir, que alguien ha comenzado a hacer para no hacer; supondría que alguien se decidiera a ejecutar un delito con la esperanza de arrepentirse y no ejecutarlo, lo que resulta absurdo.

Solo se debe recordar que cuando la causa inmediata del desistimiento aparezca voluntaria, la presunción esta a favor del imputado.

De manera que si la acusación pretende sostener la falta de espontaneidad del desistimiento, debe proporcionar la prueba de la causa fortuita, y probar, además, que ésta obligó al agente a desistir.

De vuelta a la segunda regla, no cabe duda que la influencia de la voluntad del autor del atentado, incluso cuando no la acompañe la espontaneidad o la previsión, debe producir sensibles efectos sobre la imputación del conato.

En el conato se toma el peligro como base de la razón de castigar, y éste es tanto menor cuanto menor fue la tenacidad de la voluntad, la malicia o la audacia del reo al preparar o ejecutar el delito.

De suerte que de ahí resulta que el delito no alcanza a ser perfecto, aunque a despecho del reo, por su titubeo, por su inexperiencia o por la precipitación de su juicio al elegir los medios de ejecución.

Tal es la enseñanza de Niccolini, a la que apoya en la sentencia de Augusto, referida por Suetonio, en la que relata que aquel príncipe perdonó a un hijo autor de tentativa de parricidio eo quo timide gessisset.

La causa será siempre casual, porque si bien la falta de éxito debe referirse a un acto voluntario del reo, éste acto fue la causa de la falta de éxito contra sus previsiones o no fue enteramente espontaneo.

Sin embargo, la precipitación en un caso o el desistimiento en el otro, fueron actos voluntarios, y lo cierto es que si el delincuente hubiera sido más cauto y malicioso en el primer caso, o más audaz y obstinado en el segundo, se habría cumplido el evento.

Por consiguiente, la imputación subsistirá, pero deberá quedar en un grado menor que la que correspondería al atentado si una pura casualidad hubiese impedido la consumación de un delito, tan pertinazmente conducido y preparado con tanta astucia, que la circunstancia de su interrupción aparecía como excepcional e impensada. Puede verse cómo la cualidad del conato influye sobre la imputación.

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.1.2.2 Cantidad

Se entiende como la cantidad de un ente lo que constituye sus proporciones de más o de menos en comparación con otro del mismo género.

El criterio de esta relación varía según la diversa naturaleza de los elementos materiales que se tomen en cuenta entre las cosas en las que se hace la confrontación. A veces la norma de la cantidad se deduce del número, del volumen o del peso, pero siempre subordinados a una idea de proporción.

Habíamos visto que la cualidad del conato se refiere a su fuerza moral, porque se deduce del grado de influencia de la voluntad del agente sobre el impedimento saludable o sobre sus efectos beneficiosos. La cantidad del conato se refiere a su fuerza física, porque depende del número y del influjo de los actos externos que constituyeron la tentativa.

El delito se compone de una serie de movimientos físicos, representado cada uno de ellos por un acto con el cual el malvado se encamina hacia el fin que se ha prefijado.

Cuando se detiene el curso de esos momentos de acción existe una tentativa, cuya cantidad resulta de la serie de los momentos que el agente ha recorrido en relación con los que le quedaban por recorrer.

Cuanto menor sea la serie de los actos que le quedaba por cumplir para consumar el delito, tanto mayor será la cantidad del conato; tanto mayor habrá sido el peligro, y tanto mayor deberá ser, en consecuencia, la imputación bajo este aspecto.

Por ello el sentido de la distinción generalmente acogida entre conato próximo y conato remoto. Distinción fácil de comprender en abstracto, pero difícil de concretar.

Cuanto más la serie de los actos ejecutivos se aproxime al acto consumativo del delito, tanto más se deberá considerar próximo el atentado; cuanto más distante esté, tanto más remoto deberá considerarse.

La proximidad es por naturaleza un termino relativo; pero es relativo respecto de la meta, no del punto de partida.

Adviertan toda la línea que debe recorrer el delincuente, y partan del acto interno, la determinación a delinquir, que por sí solo no presenta elementos para su imputabilidad política.

Al continuar, encontrarán los primeros movimientos que esta voluntad le imprime al cuerpo del reo, los cuales carecen de dirección unívoca hacia el delito, no siendo imputables, y con ello ya tendrán los actos preparatorios.

Encontrarán después los actos que manifiestan una dirección cierta hacia el crimen, pero que están todavía lejos de su consumación, y he ahí el conato remoto.

Adelante encontraran otros actos, de los que poco falta para consumir el delito, y tendrán el conato próximo.

Viene por último el acto de consumación, y si sigue el evento, tendrán el delito consumado; si no sigue el evento, tendrán el delito frustrado, cuando en la serie de los actos ejecutados se encuentran todos los que eran necesarios para producirlo, o bien, el máximo grado de la tentativa próxima si el evento no sigue por insuficiencia de alguno de los actos que eran necesarios para producirlo.

Resulta intuitiva la racionalidad del mayor castigo de la tentativa cuanto más se aproxima a la consumación. En razón de esa aproximación se vuelve mayor el peligro corrido por la sociedad y aumenta la perseverancia del reo en su propósito malvado.

He dejado establecido, que la proximidad del conato debe ser deducida del número y de la influencia de los actos que lo compusieron porque el solo criterio del número seria falaz.

Un delito puede exigir para su ejecución quince actos sucesivos, en tanto que otro puede efectuarse con solo cinco.

Quien haya ejecutado diez actos hacia el primer delito, estará a dos tercios de camino, en tanto que el que haya ejecutado cuatro actos hacia el segundo delito, estará a cuatro quintos de su camino.

Si la cantidad se calculara solo por el número de los actos ejecutados, tendremos mayor número en el primero que en el segundo, pero, ¿quién se atrevería a decir que aquél estuvo más próximo a la meta que éste?

La proximidad es un término relativo en relación con la meta, no al punto de partida. En esencia, para medir la cantidad del conato los actos deben ser pesados más que contados, o es necesario deducirla de un cálculo más bien negativo, considerando el número de los actos que quedaban por ejecutar y no el número de los ejecutados.

Es la razón por la que dije que la cantidad dependía no solo del número, sino también de la influencia de los momentos recorridos.

Vistos teóricamente todos estos principios aparecen simples y claros. Pero cuando se deba proceder a su aplicación práctica, ¿podrá la ciencia establecer una fórmula que proporcione una guía segura y constante?

He aquí la dificultad a la que ya hice referencia. ¿Cuál será el punto de separación entre actos preparatorios y conato; entre conato remoto y conato próximo; entre tentativa y delito frustrado? Es la investigación que queda por hacer para terminar el estudio de esta teoría.

No existe gran dificultad en la primera investigación si se siguen los preceptos de la escuela italiana.

La univocidad es la fórmula que señala el confín entre los actos preparatorios y el conato. Aunque en su aplicación práctica sufra necesariamente el influjo de circunstancias variables según los casos y no definibles a priori con una expresión general, esa fórmula proporciona, por otra parte, un criterio bastante útil para las necesidades prácticas.

La línea que sugirió Rossi para distinguir los actos preparatorios de los actos de ejecución, conduce a destruir la distinción entre conato próximo y conato remoto, trasladando todos los conatos remotos a la clase de los actos preparatorios.

Toda la equivocación consiste en confundir y unificar los actos de ejecución con los actos de consumación.

Esta unificación puede ser exacta según el lenguaje del art. 2 del código francés, el cual al requerir un principio de ejecución después de la manifestación con actos externos, evidentemente usa la fórmula actos ejecutivos como sinónimos de actos consumativos.

Pero frente a la verdad y al lenguaje científico común, preparar, ejecutar y consumir son tres momentos distintos.

Quien medite con atención lo que con amplitud discutió Rossi para sostener su nueva fórmula, conduce a la consecuencia última de que éste no encuentra el principio de la ejecución sino en el principio de la consumación.

Lo que vuelve absolutamente imposible concebir un conato remoto y conduce a trasladar todos los actos que verdaderamente serien ejecutivos, pero que no son todavía consumativos, a la categoría de los simplemente preparatorios.

Ahora bien, se puede pensar muy bien que el conato remoto no deba imputarse políticamente, pero es imposible destruir su noción.

Siguiendo esa línea, Rossi llegó a consecuencias científicamente inaceptables, aunque se deban aceptar frente a una ley local cuando deriven de una disposición especial de ésta.

Dice que mientras el ladrón se limitaba a derribar la puerta o a apoyar la escalera en el balcón para escalar y mientras el falsificador de moneda se limitaba a fabricar la moneda, no hacían más que preparar el delito, porque todavía, según él, aquel no había comenzado la ejecución del robo ni este el expendio de la moneda.

Dice que la ejecución del hurto comienza desde el momento en que el ladrón toma la cosa y la lleva consigo. Todas estas consecuencias chocan a cada paso con las más firmes reglas jurisprudenciales. Rossi (lite. 2, cap. 28), Roberti (volt 3, ps. 127 y 128) y Trebutien (vol. 1, p. 96, nota 13) ponen como regla absoluta la de que no se sale de los actos preparatorios hasta que no se comienza la violación del derecho que se quería ofender.

En lo que según mi modo de ver representa el pasaje del conato remoto al conato próximo, ellos ven, por el contrario, el pasaje de los actos preparatorios a los actos ejecutivos. El último y el más exacto de estos criminalistas apoya su opinión sobre el principio de la univocidad. Y el principio es verdadero, incontrastable. Pero el error reside en pretender que el principio de la no univocidad, que como regla abstracta es un criterio sólido de los actos preparatorios, pueda trasmutarse en una fórmula concreta configurable en un determinado modo de acción, de manera que de abstracta la regla se vuelva material y en su materialidad se mantenga absoluta incluso cuando las combinaciones del caso práctico excluirían la regla abstracta.

Una cosa es decir que la efracción y el escalamiento puedan a veces no considerarse como acto de ejecución del hurto porque carezcan de univocidad, en cuanto que en el caso concreto no concurren circunstancias tales que demuestren que la efracción o el escalamiento se han cometido con el fin de robar y no con otro fin, y otra muy distinta es decir que siempre deben ser considerados como actos de ejecución cuando presenten la más clara univocidad. Entre uno y otro modo de razonar y de expresarse hay una diferencia esencial.

Una regla puede ser absolutamente verdadera; puede aplicarse justamente en ciertas condiciones a un caso concreto, pero no por esto puede transformarse en regla la aplicación, porque si concurren casos concretos semejantes a aquel en el cual la regla fue aplicada justamente, pero en los que falta la razón de la regla, esta deberá guardar silencio.

Así, Trebutien dice que quien fue sorprendido en la efracción y en el escalamiento podía tener la finalidad de raptar una mujer, y de esto deduce que tales actos carecen siempre del carácter de la tentativa de hurto.

Pero no advierte que las circunstancias pueden excluir perfectamente la posibilidad de todo otro ánimo fuera del de robar, y que cuando esto ocurre, la regla concreta es destruida por la regla abstracta.

Supóngase que cuatro pillos sean sorprendidos con carros cargados con barriles vacíos en el acto de derribar la puerta de mi bodega, ¿se podrá seguir diciendo que querían seducir una mujer en esa bodega deshabitada? ¿Podrá alegarse, como regla absoluta, que la efracción carece de univocidad hacia el hurto y que no puede constituir tentativa?

No es verdad que la jurisprudencia francesa autorice a tener como regla científica (como quiere colocarla Rossi) a la proposición de que la efracción no es una tentativa. Esto no es así por dos razones perentorias:

1) Porque las cortes de Francia nunca entendieron decidir la cuestión con arreglo a la ciencia, sino según el art. 2 de su código penal, el cual presenta dos características. La primera, en cuanto equipara respecto de la pena el conato y el delito perfecto. Por consiguiente, la moralidad de esos magistrados debió conducirlos a restringir fuertemente la noción del conato, y la humanidad lo acepta de buen grado. La segunda es que el art. 2 cuando habla de la tentativa seguida de un principio de ejecución, no considera la tentativa según la ciencia, sino una tentativa sui generis. Ahora bien, como para la ciencia toda tentativa tiene necesidad de un principio de ejecución, resulta claro que con arreglo al concepto del código de Francia, el principio de ejecución que este requiere como condición ulterior además de la tentativa no es la ejecución que de ordinario basta para constituir tentativa, sino que es alguna cosa de más, o sea, el efectivo principio de la violación del derecho. Por consiguiente, la regla de Rossi puede ser exacta en Francia como regla de derecho positivo; pero es inexacto hacer de ella una regla científica. Esta verdad está demostrada por el mismo fallo de Montpellier del 19 de febrero de 1852 ("Journal du Palais", 53, 2, 170) que se presenta como prueba de esa regla jurisprudencia. La corte no dice que la efracción no sea tentativa. Argumento sobre el art. 2 y señalando que la tentativa prevista por el art. 2 se castiga como el hurto consumado, observo que il y aurait danger social manifeste a assimiler une Pareille tentative, au crime consoime. Por lo tanto, la misma corte de Montpellier está de acuerdo en que la efracción es una tentativa, pero opina que no es la tentativa prevista por el art. 2.

2) La otra razón que demuestra que no es verdad que la jurisprudencia francesa haya sostenido esa regla como absoluta, es la de que todas las decisiones que se mencionan se fundan siempre sobre la apreciación del hecho. Véanse las decisiones de la Corte de Casación del 27 de agosto de 1812, 11 de junio de 1818, 23 de septiembre de 1825 y 4 de octubre de 1827. La sentencia de 1818 incluso critica a la corte de Nancy por haber apreciado mal el hecho al sostener que la efracción llevada a su juzgamiento no era una tentativa, pero se limita a esta censura, porque se declara incompetente para controlar las apreciaciones de hecho. Por consiguiente, la casación de Francia también admite que la efracción puede ser tentativa.

La ejecución de un delito es un viaje que hace el malvado hacia la violación de la ley.

Supongamos que quiero hacer un viaje a París. Mientras preparo el pasaporte y los baúles no he comenzado el viaje hacia París. Pero cuando me he puesto en camino, lo he comenzado, aunque los que me vean no sepan todavía si iré solo a Génova, o a Turín, o a París.

No se puede decir que la ejecución de mi viaje comience solo cuando alcance a ver la torre de Notre-Dame. Los otros podrán tener dudas sobre cual viaje he emprendido, pero lo cierto es que he emprendido un viaje.

De igual forma en la preparación criminosa podrá quedar incierto a que delito se dirigían los actos ejecutivos, pero tan pronto como aparece cierto que se dirigían a un delito, se tiene un conato. No es cuestión del ser, sino del conocer.

Y la incertidumbre entre varios delitos posiblemente asequibles por esos actos, se resuelve con la regla que hace prevalecer la suposición más benigna.

La univocidad de su dirección hacia un acto criminoso es, por lo tanto (objétese lo que se quiera desde el punto de vista ontológico), el único criterio que la ciencia le puede suministrar a la práctica para distinguir los actos preparatorios de la tentativa.

¿Cuál será el criterio que determine el punto de pasaje del conato remoto al conato próximo?

He aquí, según mi opinión, un nudo intrincado. Mientras tengamos a la vista actos muy lejanos o actos muy cercanos a la consumación, será fácil ponerse de acuerdo para ver en aquellos un conato remoto y en estos un conato próximo. Pero debe haber un punto de transición y de contacto entre el conato remoto y el próximo. Debe existir el último acto con el que termina la serie de los remotos, y debe existir el primer acto que abre la serie de los próximos.

Resulta indispensable determinar cual es aquél y cual éste, sea que el derecho positivo admita la imputación, aunque con diverso grado, tanto del remoto como del próximo, o que siguiendo la enseñanza de muchos doctores, exonere al remoto de toda imputación.

¿La determinación de este punto de pasaje deberá dejarse al arbitrio del pensamiento de los magistrados, sin que la ciencia les dé un criterio mas positivo que el de la vaga indicación de la proximidad o del alejamiento?

Sería ciertamente una necesidad práctica del derecho penal que la ciencia lo expresara para tranquilizar las conciencias y evitar la oscilación en la determinación de los castigos.

¿La ciencia, podrá llenar esa laguna?

Todos dicen que el conato próximo se debe castigar más que el remoto, y algunos incluso me dicen que el conato remoto debe dejarse impune. Pero aquí se detienen.

Carmignani se ocupo seriamente de encontrar esta fórmula tan importante y concluyó declarándola imposible, lo que bastaría para excusar a cualquiera que se abstuviera de tentar ese vado.

El criterio para establecer cuando el conato deja de ser remoto y se vuelve próximo, no se puede deducir del número de los actos ejecutados. Esto es intuitivo.

Tampoco se puede deducir del número de los actos que quedaban por realizar porque este número es variable según las circunstancias.

Diciendo que se determina por la influencia del último acto ejecutado, se sustituye a una fórmula indefinida otra no menos vaga y mudable según el modo de sentir de quien deba aplicarla, y una vez más se saca la justicia práctica del imperio de la razón para entregarla al gobierno del sentimiento.

Sin embargo, se puede aventurar una idea. Parecería que se pudiera decir que el conato pasa del grado de remoto al grado de próximo, cuando el culpable, trasladado al lugar destinado para la acción, actúa contra el hombre o la cosa sobre la que debe consumarse el delito.

Así, mientras el ladrón busca los escoplos o la escalera, o se dirige hacia la casa donde quiere robar, o esta espionando la ocasión de penetrar en ella, no ha ejecutado nada más que actos simplemente preparatorios.

Según mi parecer, recién entra en la vía del conato cuando apoya la escalera sobre el balcón o hunde el escoplo en la puerta, pero su conato es todavía remoto, porque sus actos recaen sobre el sujeto pasivo del atentado, pero aún no sobre el sujeto pasivo de la consumación.

Lo consideraría responsable de conato próximo cuando, habiendo penetrado a la casa, se acerca a la cosa que va a robar y comienza a actuar inmediatamente sobre el objeto sobre el que debe recaer el acto consumativo, que se encuentra presente. Entonces, la acción sobre el sujeto pasivo de la consumación ha comenzado o por lo menos es inminente.

Así, el cocinero que adquiere y macera la sustancia venenosa, realizará un acto meramente preparatorio del envenenamiento. Solo cuando la arroja en la olla de mi sopa, entra en el camino de la ejecución, y, de esta manera, del atentado; pero permanece siempre en la tentativa remota.

Se vuelve responsable de un atentado próximo solo recién cuando viene a ponerme la sopa en la mesa.

En una palabra, en tanto los actos se ejercen sobre el simple sujeto pasivo del atentado, yo no vería nada más que actos preparatorios o conato remoto, según que concurra o no la univocidad. Encontraría el comienzo del conato próximo allí donde las acciones vengán a dirigirse sobre el sujeto pasivo de la consumación: *rem scilicet vel personam in cuius perniciem exeruntur actus*: Carmignani, 228, edit. pis. , 1833.

De acuerdo con mi opinión, aquí esta, el punto más oscuro y ambiguo de esta teoría. De esta ambigüedad nacieron, precisamente, las divergencias acerca de la imputación.

En efecto, los que confundieron el conato remoto con los actos preparatorios, debieron sostener la no imputabilidad del conato remoto, pero así destruyeron (como lo he señalado) una distinción prácticamente muy útil para la equitativa distribución de los castigos.

Por el contrario, los otros manteniendo viva de manera efectiva la distinción entre conato remoto y actos preparatorios, también le atribuyeron a aquél un grado de imputación.

De esta manera, en nuestra ciencia las fórmulas y las definiciones de la escuela producen resultados de gran importancia en el aula legislativa y en el foro. Pero la distinción, además de ser ontológicamente verdadera, es jurídicamente necesaria.

Y si la fórmula de la univocidad es guía segura para distinguir los actos preparatorios de los conatos remotos, la fórmula de la presencia del sujeto pasivo en el acto en que cesó el atentado, puede ser un criterio útil para distinguir los remotos de los próximos, según que aquél haya sido sujeto pasivo del conato o de la consumación.

Bien entendido sin embargo, que esa presencia debe entenderse en el sentido de interescencia material en la ejecución del delito, de manera que sea real la condición de sujeto pasivo.

La última indagación relativa a distinguir la tentativa del delito frustrado, es muy fácil con tal que se capte la importancia de estas dos ideas correlativas entre sí, esto es, que el delito frustrado existe solo cuando:

1. Se hayan ejecutado todos los actos necesarios para lograr el evento criminoso;
2. Que este haya sido evitado por una eventualidad totalmente independiente del modo de actuar del culpable.

La noción más exacta del delito frustrado es la que da el código penal toscano en el art. 46, si se la entiende bien.

El criterio del delito frustrado no se debe deducir mezquinamente de la ejecución del último acto consumativo, y a raíz de esto, sostener que la tentativa ha cesado siempre y que ha surgido indistintamente el delito frustrado, aunque hubiese deficiencia en los actos precedentes por ser inidóneos o insuficientes, o por no haber sido ejecutados.

Sea que se haya omitido uno de los primeros actos o el último, o que la inidoneidad este en los primeros o resida en el último, es suficiente para que los actos necesarios para el delito no estén todos ejecutados.

Así, Niccolini le negó el carácter de delito frustrado al suministro de un veneno mineral muy apto para matar, pero que no se había disuelto en el líquido porque el culpable no lo había molido antes de echarlo en él. Y la Corte de Casación siguió su opinión.

Aquí se había ejecutado el acto de consumación, pero había faltado uno de los actos precedentes:

La trituración, la única que podía volver soluble o amalgamable con el líquido a esa sustancia, y de este modo deglutible.

Por consiguiente, el delincuente no había ejecutado toda la serie de actos que eran indispensables para lograr el malvado fin. El envenenamiento no estaba subjetivamente perfecto, y el evento no había sucedido, no por la intervención de una eventualidad, sino por la deficiencia de uno de los actos ejecutivos. La imperfección del delito era la consecuencia del modo de actuar del reo.

Por consiguiente, es un error pensar que siempre que se haya realizado el acto consumativo ya no se pueda hablar de atentado. Estamos siempre en estos términos cuando hubo deficiencia en uno de los actos, cualquiera que fuese el lugar que en su serie debía ocupar el acto inadvertidamente omitido o ineptamente efectuado.

La diferencia es solo la siguiente: cuando la deficiencia se encuentre solo en el último acto, subsistirá de ordinario la noción de la tentativa punible. Cuando resida en los actos precedentes, la imputabilidad de la tentativa podrá subsistir o no, según que en el momento en que sucedió la deficiencia (acto omitido o inidoneo), se hubiera o no

realizado una serie de actos suficientes para constituir un conato políticamente imputable.

Si la inidoneidad sobrevino en los comienzos, por ejemplo, si el culpable salió de su casa con el fusil cargado solo con pólvora, esta omisión informará toda la serie de sus acciones sucesivas, y habiendo estado todas exentas de peligro, no habrá tentativa punible.

Pero si la inidoneidad sobreviene cuando ya existía un atentado imputable, esta inidoneidad priva de valor a todos los actos sucesivos, los cuales se consideran como no ocurridos, ya que para la ley tanto vale no realizar un acto, como realizarlo inidoneo. Pero los antecedentes quedan intactos. Esto sucede en orden al conato.

Sin embargo, el delito frustrado debe quedar excluido siempre que haya faltado un acto cualquiera y en cualquier estadio de la acción pertinente.

Tal regla se adecua a un principio ontológico y a un principio jurídico, que se ayudan mutuamente. El principio ontológico es el siguiente: para considerar incompleto un ente basta que falte uno de los elementos necesarios para componerlo, cualquiera sea el lugar en que deba encontrarse. Una corona de rosario esta incompleta cuando le falta una perla. Y esto sucede tanto si falta el tercer padrenuestro, como si falta la última avemaría.

El delito frustrado se constituye por el agotamiento de todos los actos ejecutivos que se requieren para lograr el evento, pero privados de este por un fortuito. Por ello se lo llama, precisamente, frustrado.

Por consiguiente, el delito frustrado no esta completo cuando carece de uno (cualquiera que sea) de tales actos. Es un delito frustrado imperfecto, y un delito frustrado imperfecto vuelve a ser una simple tentativa.

El principio jurídico es el siguiente. A un justiciable se le atribuyen frecuentemente las consecuencias de su hecho, aunque no hayan sido previstas y deseadas por él. Esto se hace en virtud de la regla de índole política, según la cual quien quiere los medios es responsable (en los términos pertinentes) de las consecuencias.

Una obligación correlativa de justicia exige, por consiguiente, que se le tengan en cuenta los resultados menos graves que fueron la consecuencia de su modo de actuar, a pesar de que no hubiese previsto ni querido estas consecuencias menos graves.

Además, la sociedad castiga las acciones malvadas en razón del acto externo, y a la gravedad de éste la valora con arreglo al criterio del daño en el delito consumado, y con arreglo al del peligro en el delito tentado.

Cuando el acto externo llevaba en sí mismo la causa que lo volvió frustráneo, es evidente que el peligro fue menor. Y aunque también deba tomarse en consideración la intención malvada, al mismo tiempo es necesario convenir en que el malvado inexperto e incauto demuestra menor aplicación para delinquir y despierta menor alarma en los ciudadanos.

Desde cualquier punto de vista es preciso admitir teóricamente lo que nuestro código de 1853, dispone explícitamente: que el delito frustrado no existe, aunque se haya ejecutado el acto consumativo, cuando el impedimento del evento provino de causas congénitas al modo de actuar elegido por el justiciable.

Este punto doctrinario no presenta dudas cuando la causa impeditiva provino de las condiciones materiales de los medios usados, vale decir, del sujeto activo del conato o de la consumación.

Si, a manera de ejemplo, se disparó un arma dotada de carga insuficiente y a causa de esta insuficiencia no sucedió el homicidio, sería irracional insistir sobre el homicidio frustrado.

La distinción entre la inidoneidad relativa y la inidoneidad absoluta, que puede ser justa en la simple tentativa, no se puede admitir en el delito frustrado.

En la tentativa queda siempre incierto qué condiciones acompañaran al acto de consumación. Por esto existe peligro.

Así, el arma cargada débilmente podía ser disparada a corta distancia, y así podía matar. Su potencia es toda ella de previsión conjetural, no demostrada por un resultado de hecho: podía ser, si bien también podía no ser.

Pero después del acto consumativo tenemos el resultado positivo de hecho. No tenemos certeza sobre cuales eran las condiciones materiales en las cuales el agente quiso utilizar el arma. Y tenemos la certeza de que en estas condiciones de hecho el arma era impotente. En los casos pertinentes subsistirá una tentativa.

Pero no se tendrá delito frustrado, porque el acto consumativo volvió eficaces las características de impotencia del arma, en vez de volver eficaces sus condiciones eventuales de potencia.

Cuando el enemigo se detuvo a cincuenta pasos de distancia para disparar esa arma, que solo a diez pasos podría haber producido la muerte, en el momento mismo del disparo ceso todo peligro por propia virtud de este último acto, incluso antes de que la bala caída a sierra a gran distancia de la víctima, le pusiese de manifiesto que no tenía nada que temer de ese acto.

Si el reo se hubiese aproximado más a la víctima, el disparo habría resultado mortal. Por consiguiente, en los medios no existía impotencia absoluta. Pero el reo disparo sin aproximarse, y así se produjo la impotencia relativa.

Pero ya que la descarga no resultó mortífera a consecuencia del modo de actuar del reo, el delito frustrado no surgió porque no se ejecutó todo lo que era necesario para obtener el efecto. Sería un verdadero contrasentido sostener lo contrario.

El último acto (el disparo a demasiada distancia) fue la causa que hizo desaparecer el peligro, y resulta un contrasentido que una imputación que tiene por principio y por medida el peligro, se aumente en un grado a causa del acto que lo hizo desaparecer.

Hasta aquí, como dije, no hay lugar ni para distinguir ni para dudar.

Sin embargo, cuando el obstáculo para el evento nace de las condiciones del sujeto pasivo, podrá dudarse si corresponde o no la misma regla, porque tales condiciones no son la obra del atentador. Este lo encontró en la cosa o en la persona sobre la cual, atentando o consumando, dirigió sus acciones físicas.

En ese supuesto es forzoso hacer la siguiente distinción. El impedimento que proviene del sujeto pasivo excluye el delito frustrado cuando fue conocido con anterioridad por el agente, aunque piense superarlo. No lo excluye cuando no lo conoció, ni lo previo.

Cuando el agente no conocía ni previo que el sujeto pasivo le opondría el obstáculo que trastorno el evento deseado, ese impedimento representa el fortuito que salvo a la víctima y que no se vincula con el modo de actuar

del delincuente.

Pero si él conocía la existencia de ese obstáculo y lo quiso afrontar pensando superarlo, en tanto que por su naturaleza ordinaria debía impedir el evento, como de hecho lo impidió, la causa de la falta de éxito se vincula con el modo de actuar del delincuente, esto es, con las condiciones que ha querido imprimirle a sus acciones.

La muerte no ocurrió, porque, en vez de cuidarse de remover este obstáculo o de usar medios más potentes, penso vencerlo con los medios que, naturalmente y por ley ordinaria de la naturaleza, eran impotentes para superarlo.

Ticio disparó un arma cargada con perdigón pequeño a una distancia tal que los proyectiles no podían ocasionar la muerte. He aquí la causa de la falta de éxito inherente al sujeto activo del delito.

El delito frustrado no existe tanto si el reo sabía que en esa arma había perdigón pequeño, como si no lo sabía y creía que había una bala.

La causa de la falta de éxito fu

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2 COMPLICIDAD

La existencia de un delito se determina con la voluntad y el brazo de un solo hombre. Tan pronto como aquella ha determinado y éste ha ejecutado el hecho violador de la ley, no falta nada para la existencia completa del delito.

Aunque en el desenvolvimiento de los acontecimientos criminosos esta figura no siempre queda única y aislada con mucha frecuencia se agrupan a su alrededor otras personas, las cuales han contribuido en mayor o menor grado en el hecho delictuoso. De ahí la teoría de la complicidad, la cual se origina inevitablemente por la naturaleza misma de los hechos, esto es, por su susceptibilidad de recibir impulso de más de una mente o de más de una mano, y, de esta manera, por la posibilidad de que los momentos constitutivos de la criminalidad del hecho se dividan entre varios agentes.

Los términos complicidad y cómplices se usan según su derivación etimológica y, así, en un significado general, comprensivo de todos los delincuentes accesorios. *Complex* fue voz introducida por la media latinidad para señalar a quien se encontraba implicado en un delito consumado por otro. Los romanos ignoraron esta voz.

Posteriormente, los prácticos la usaron en un sentido más especial para indicar un concurso físico, en los actos precedentes a la consumación. Pero esto genera confusión, y nosotros debemos ser claros en la nomenclatura. Por lo tanto, me valdré de las palabras cómplice y complicidad en su sentido general, comprensivo de todos los delincuentes accesorios. Esto es, para designar a todos los que acceden a un delito consumado por otro, participando en el de cualquier modo, con tal de que sea suficiente para volverlos más o menos corresponsables del hecho delictuoso.

Cuándo varias personas concurren en un delito, ¿cuál de ellas será el autor principal y cuáles serán los delincuentes accesorios?

En cualquier materia es siempre importante establecer claramente la terminología, la cual debe servir de vehículo para la comunicación de las ideas.

Autor principal solo es aquel que ha ejecutado el acto físico en la consumación del delito. Si varios lo ejecutan, varios serán los autores principales. Todos los demás son delincuentes accesorios.

Si no se restringe la noción al autor físico del acto que consuma la violación de la ley, en la ciencia no se encuentra otro criterio para definir al autor principal de un delito.

Al derecho constituido le puede bastar una locución compleja, que comprenda todos los casos que la ley quiso unificar bajo el punto de vista del castigo. Pero la ciencia tiene necesidad de términos exactos, de términos que respondan a cada posición ontológica diversa, para poder indicar con vocablos distintos la diversidad del modo de

ser de estas posiciones, a los fines de aplicarles debidamente las consecuencias jurídicas.

Los jurisconsultos romanos, grandes maestros de exactitud en el lenguaje, frecuentemente equipararon cosas esencialmente diversas entre sí.

Pero en esas equiparaciones conservaron siempre en el lenguaje, variando los vocablos o agregándoles partículas que distinguen su uso impropio del propio, las notas características de los entes naturalmente distintos. Los romanos no habrían llamado autor del delito al instigador, que no había hecho nada en su consumación.

Un legislador puede encontrar justo que alguno de los cómplices se equipare al autor principal en la imputación y en la pena, y resuelto así este punto, expresara su voluntad equiparativa dándoles a todos ellos el nombre de autores del delito, y esta nomenclatura responderá suficientemente a las necesidades del derecho positivo.

Pero la ciencia no puede suponer resuelta a priori ninguna cuestión. Ella debe definir ante todo los entes que estudiará.

Cuando en los objetos de sus investigaciones encuentra condiciones naturalmente diferentes, es preciso que a cada uno le asigne un nombre distinto. Si después sus estudios conducen a la necesidad de equiparar para ciertos efectos estos entes ya segregados, subsistirá la segregación de los vocablos, porque se conforma a la naturaleza primitiva de esos objetos, y la diversidad del nombre no será un obstáculo para la equiparación.

Así, un legislador puede declarar culpable de parricidio incluso al homicida del padre adoptivo. Pero la ciencia nunca podrá expresar esta paternidad civil con el mismo nombre que la paternidad natural, porque son dos cosas intrínsecamente diversas.

Para ser autor principal de un delito es necesario haber participado directa y materialmente en las circunstancias constitutivas en el momento de la infracción, según su definición legal. Lo que distingue el autor del cómplice no es la responsabilidad o su grado, sino las condiciones físicas de la acción. Se puede ser autor de un hecho y no ser responsable, o serlo menos que el cómplice.

Por lo tanto, llamaremos autor principal solo al que a sabiendas y libremente ejecuta el acto consumativo del delito, o participa materialmente en este.

Si tal acto se ejecuta por más de uno, los autores principales serán varios, porque en varios concurre su nota característica. Todos los demás son delincuentes accesorios.

También se pretendió denominar autor al que había ideado el delito, sin tomar parte en su ejecución, y se le llamo autor psicológico para distinguirlo del autor físico. Pero el autor psicológico es el autor de una idea, no de un hecho. Por lo tanto, frente al derecho penal, que no encuentra la violación de la ley sino en el acto externo, mal se puede decir que es autor del delito el autor del pensamiento delictuoso. Será causa del delito. Pero con propiedad de lenguaje no se lo puede llamar autor, salvo el único caso en que el autor físico no haya actuado con voluntad libre e inteligente.

En este caso, debiendo considerarse al autor físico del hecho, como mero instrumento del que le dio el impulso, se le equipara a la materia bruta.

El autor del delito es el que se sirvió de su cuerpo, como si se hubiese servido de un palo, de una piedra o de una

materia cualquiera. En tales casos no existe acción criminosa por parte del aparente autor, porque si fue forzado, por su parte no concurrió ni el hombre interno ni el externo. Fue actuado, no agente.

Si actuó con ignorancia o completamente coaccionado, o de alguna otra manera irresponsable, no concurre el hombre interno. Será autor del hecho, pero no es autor del delito, ya que a su respecto ese hecho no es delito. En ese caso, el agente del delito es solo aquel que se valió de su brazo como de un instrumento.

Pero quien participa en un hecho que otro ejecuta voluntariamente, no puede ser más que accesorio a ésta figura principal, porque la acción criminosa es de éste, no de aquél. Por esto, los criminalistas distinguieron siempre con gran exactitud los motores de los autores del delito. Recién entre los modernos prevaleció el deseo de unificar los motores y los autores, comprendiendo a aquellos bajo esta denominación. Pero la ciencia no ganó con ello en exactitud.

Debe considerarse que es muy distinto el modo de esa accesión. Hay que recordar que el delito se compone de dos fuerzas indispensables para constituirlo: la fuerza moral resultante de la intención-voluntad inteligente (nisi voluntatis ad delictum); la fuerza física resultante del acto externo-acción (motus corporis ad delictum).

De esto resulta claro que la accesión puede eventualmente encontrarse en el elemento de la sola fuerza moral, o en el de la sola fuerza física, o en ambos.

Por consiguiente, es necesario distinguir tres casos de esa accesión:

- 1 Concurso de acción sin concurso de voluntad. En este supuesto se es causa física del delito sin ser su causa moral;
- 2 Concurso de voluntad sin concurso de acción. En este supuesto se es causa moral sin ser causa física;
3. Concurso de voluntad y de acción. Sé es, a un tiempo, causa física y moral.

Al hablar de causa del delito no se entiende hacer referencia a la que los romanos llamaban impulso criminal. El impulso es la causa de la causa y tiene con el delito una relación puramente mediata.

Cuando digo causa, entiendo expresar lo que ha dado vida al ente jurídico que se llama delito. Todo delito tiene una causa moral (que reside en la mente que ideó y quiso el delito) y una causa física (que se encuentra en el brazo que lo ejecutó).

Lo que mueve a una, a querer, y al otro, a ejecutar el delito, constituye el impulso, el motivo.

Cuando la causa física y la causa moral del delito se encuentran en personas diversas, el impulso criminal (o sea, el motivo determinante para actuar) puede ser idéntico o diverso en las dos causas del hecho criminoso, pero siempre es una cosa distinta de ellas. La causa es la fuerza que moral y físicamente le da el ser al delito; el impulso es lo que le imprime movimiento a esas fuerzas. La causa actúa sobre el delito; el impulso sobre la causa.

Es evidente que el caso de la violencia física no encuentra lugar en la teoría de la complicidad, porque el forzado (como ya dijimos), actuado y no agente, no ofrece ni concurso de voluntad ni concurso de acción. Es un instrumento pasivo y mecánico en la mano del malvado que lo mueve. Este (como he señalado antes) es el autor único del delito.

Lo mismo sucede cuando el autor material del hecho es irresponsable por su edad infantil, ignorancia, demencia o por otra razón que, excluyendo su responsabilidad frente a la ley penal, lo pone fuera de la esfera de los participantes en el delito.

Observen que los llevo lejos de la vieja participación de esta materia en accesorios ante delictum, accesorios delicti tempore y accesorios post delictum, distinción que encontrarán tomada como base de la teoría por muchos maestros de derecho criminal. Y lo hago especialmente porque esa partición, tomada como partición general de la doctrina, carece de verdad y, en mi opinión, demasiado ha oscurecido la materia que desarrollo.

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.1 CONCURSO DE ACCIÓN SIN CONCURSO DE VOLUNTAD

En tal caso no pueden surgir nunca los términos de la complicidad. Frente a la ley punitiva no puede haber responsabilidad por un hecho, si no concurre responsabilidad moral. Y responsabilidad moral no puede existir donde no se encuentra intención dirigida al fin delictuoso.

La complicidad no puede resultar de una eventual convergencia de hechos, sin una positiva convergencia de voluntades.

Los principios mencionados son tan claros que a primera vista resulta superflua la exposición de este primer caso.

Pero si nos aproximamos a sus desenvolvimientos prácticos descubrimos la gran importancia que tiene su consideración especial.

El primer caso nos presenta cuatro figuras:

1. Intención inocentemente distinta.
2. Intención crimosamente distinta.
3. Intención negativamente indirecta.

Intención imperfecta.

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.1.1 Intención inocentemente distinta

Cuando el auxiliador material del delito no lo prevé ni lo quiere, sino que quiere otra cosa enteramente inocente.

Es el caso del amigo que le presta la escopeta al amigo creyendo que la necesita para cazar. Es el caso del cerrajero que engañado por las honestas apariencias de un comprador, le hace una llave conforme al modelo, creyendo que había perdido la llave propia. Si con esa escopeta se comete un homicidio y con la llave un hurto, los que coadyuvaron a tales delitos, no son, sin embargo, sus cómplices, porque en ellos hubo concurso de acción sin concurso de voluntad.

Semejante es el caso de la sirvienta que por amores introduce en la casa del patrón un muchacho, el cual aprovecha la oportunidad para robar o matar al propietario. En algún caso especialísimo podrá surgir en la acción de estos la idea de una culpa o de una transgresión, pero siempre como figura aislada y autónoma. Nunca como complicidad, porque falta la convergencia de las voluntades y de este modo el nexo jurídico necesario para constituirlos.

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.1.2 Intención crimosamente distinta

Como en el caso del que ayuda al compañero a consumir un delito, creyendo que lo hacia para consumir otro delito diverso. Pedro ha sostenido la escalera merced a la cual Luis se introdujo en la casa ajena. Pedro pensaba que Luis iba a robar y que luego dividiría con él el botín, pero Luis lo había engañado, pues tenía que cumplir una venganza.

Una vez adentro, Luis mato a su enemigo que estaba dormido. He aquí a Pedro engañado respecto del hurto y mezclado contra sus previsiones en un homicidio premeditado.

Si él consulta, ¿qué le dirá?

Que ingenuamente confiese, porque negando corre el riesgo de ser considerado injustamente como cómplice de homicidio. Confesando y justificando como mejor pueda su verdadera posición jurídica, no se podrá hablar de complicidad a su respecto.

Vayamos a los principios. Pedro tenia intención de robar, y ha efectuado actos de ejecución del hurto, idóneos para cometerlo y dirigidos hacia él. Se le podrá considerar atentante de hurto, porque el hurto no ha ocurrido por causas independientes de su voluntad.

Surgirá entonces el tema de una tentativa de complicidad, porque Pedro intento hacerse cómplice de un hurto, el cual nunca tuvo, por otra parte, su principio de ejecución, ya que Luis no tuvo jamás la intención de ejecutarlo. Pero si se le atribuye complicidad en el homicidio, no se lo podrá condenar, porque una complicidad por la sola cooperación material sin concurso de voluntad especifica, es un absurdo legal.

En vano se le objetará que quiso un delito: la voluntad dirigida a un delito no puede transformarse en la intención dirigida a otro delito no querido, sin renegar de la noción elemental del dolo.

Lo anterior, por otra parte, se desenvuelve sin contraste cuando se trata de delitos de género diverso.

Cuando se trata solo de exceso en el género querido, puede existir responsabilidad solamente por la voluntad recaída sobre los medios. En realidad, debe señalarse que frente a la ley esta diferencia entre los participes de un delito y sus autores, puede presentarse bajo diversos aspectos.

En primer lugar, puede depender de una diversa posición jurídica de los varios participes, puede presentarse bajo el aspecto de la perseverancia del querer, de todo lo cual hablaremos posteriormente.

Puede, en fin, presentarse en la intención que originariamente se tuvo por uno y que fue distinta de la intención del otro. De esta diferencia debe hacerse mención en este lugar, porque conduce, precisamente, a un concurso de acción sin concurso de voluntad o con el concurso de voluntades distintas.

Pero este último caso de diferencia todavía puede desenvolverse bajo tres formas diversas:

1. La diferencia puede recaer sobre los resultados, porque, por ejemplo, uno quise matar y el otro simplemente herir.
2. Puede recaer sobre los medios, porque, por ejemplo, uno quiso servirse de un palo y el otro se sirvió de un puñal. Aunque en realidad se refieran a una diversidad originaria en la intención. De estas dos primeras formas de divergencia hablaremos también en la materia de las modificaciones.
3. Finalmente, la divergencia puede encontrarse en el grado del dolo respectivo, porque, por ejemplo, uno estaba bajo el impulso de una justa indignación y el otro se encontraba con ánimo tranquilo; o uno premeditó largamente el delito y el otro llegó casualmente al acto de la consumación y por un instantáneo impulso de simpatía hacia el agresor o de antipatía contra el agredido, ayudó eficazmente a la muerte.

En esta doble hipótesis surge la figura de una intención crimosamente distinta, pero bajo este segundo punto de vista tal intención no es ya razón para excluir, sino solamente para limitar la complicidad y sus efectos, porque rigurosamente no se trata de una diversidad de sustancia, sino de una diversidad de grado en la intención.

Aquí nos encontramos frente a una cuestión sobre la cual existen muy sustanciales divergencias entre los escritores y entre los prácticos.

El hecho de no admitir como absoluto el principio de la intención crimosamente distinta puede a veces beneficiar y a veces dañar al justiciable. Si se admite que el cómplice no provocado goza de la excusa del ímpetu, justificada en el autor por la provocación sufrida, la comunicación de la intención imperfecta del autor a su cómplice que tuvo una intención perfecta, beneficiaría al acusado de complicidad.

Si se pretende que el cómplice provocado no debe gozar de la excusa porque el autor no fue provocado; si se pretende que el cómplice que no premeditó debe sufrir la agravante porque el autor había premeditado la muerte, he aquí que la comunicación de la intención perfecta y del dolo de primer grado del autor al cómplice que tenía una intención imperfecta o un dolo de tercer grado, perjudica, mucho, y perjudica al acusado de complicidad.

En todas estas hipótesis tengo como principio absoluto la no comunicabilidad de partícipe a partícipe del grado de dolo en que respectivamente se hallan. Este principio no es, por otra parte, reconocido por todos.

Tenemos precedentes que demuestran que la aceptación ciega de la comunicabilidad de la intención y del grado del dolo de un hombre a otro ha producido terribles consecuencias. La ley del reino de Francia equipara en la pena el cómplice al autor principal. La jurisprudencia ha desenvuelto este cruel principio con la más inexorable severidad.

Así, si alguno se ha implicado en el hurto cometido por otro suponiendo que el hurto debía cometerse o fue cometido sin ninguna de las circunstancias que aumentan su cantidad política, las cortes reales de Francia han juzgado muchas veces que el partícipe no era responsable de las circunstancias agravantes, en las cuales no ha participado ni física ni intencionalmente. Pero otras tantas veces la Corte de Casación casó, decidiendo que, consciente o no, voluntario o no, el cómplice debe ser castigado como autor principal.

Hasta aquí la jurisprudencia francesa se encontró en la necesidad de decidir de esa manera por la dura letra del código al cual debía obedecer. Pero aún más exorbitante resulta extender al cómplice, como se ha hecho, las agravantes del dolo.

Champy (en su docta disertación De la complicité, París, 1861) recuerda con dolor como años atrás fue decapitado un individuo que había prestado a su amigo el bastón del cual se valió éste para matar a su enemigo. La sentencia declaró que el bastón había sido prestado con la condición expresa y bajo la promesa de que se lo usaría módicamente y sin causarle graves ofensas a la víctima. Con tales declaraciones de hecho se decidió que existía complicidad en el homicidio.

Hasta aquí todo esta bien en virtud de la teoría del exceso, que explicare en otra parte. Pero, además, se decidió que había complicidad también en la premeditación, y aquí se cometió el error. Así fue condenado a muerte, como participe de un homicidio premeditado, quien nunca previo ni quiso el homicidio. Contrasentido palmario, porque la premeditación es una circunstancia que reside totalmente en el ánimo.

Admitido aún que el autor debiese responder, no de lesiones premeditadas y de homicidio instantáneo, sino de homicidio premeditado, por la razón de que su hecho posterior mostrara como había premeditado matar y no solo herir, admitido también esto (que, sin embargo, sería admitir mucho), digo, no podía repetirse la misma argumentación en orden al cómplice, respecto del cual se declaraba el concurso de una voluntad positiva contraria al homicidio.

Todos comprenden que no se puede premeditar (vale decir, quererse con ánimo frío) lo que no se ha querido. La firme resolución de querer lo que no se ha deseado ni siquiera un instante, es un monstruo ideológico. No hay letra legal, por judaica que sea, que justifique tales aberraciones ante el tribunal de la lógica y del sentido común.

No pretendo decir que si el autor principal había sido personalmente ofendido por el muerto, si, por ejemplo, se trataba de un marido que mato a la esposa sorprendida en adulterio, la excusa de la provocación o del justo dolor se comunique al extraño que en vez de intentar calmarlo, le presto, con ánimo frío y cruel, eficaz ayuda en la muerte, porque la excusante reside totalmente en el ánimo y en su perturbación. Entre ánimo y ánimo si puede haber participación de su modo especial, esto es, por la comunicación del afecto perturbador, o del pensamiento homicida, o de la reciproca concordancia de las determinaciones. Esta participación no nace, en absoluto, de la mera participación material en el hecho, la cual no siempre unifica el estado subjetivo de los dos ánimos.

Si una justa causa exalta mi ánimo, esta misma justa causa no exalta siempre el ánimo de mi cómplice. Si mi ánimo se acomodó fríamente a un cruel pensamiento homicida, este pensamiento mortífero puede o no haber entrado en el ánimo del cómplice, o este puede haberlo abandonado o rechazado, o bien, pudo haber entrado en su ánimo con la rapidez del rayo y haberlo impulsado velozmente a la acción.

Esta bien que a quien ha querido los medios sin querer el fin, se lo pueda declarar responsable incluso del efecto no querido cuando era fácilmente previsible. Y por esto, al que proporcione el bastón se lo podía declarar participe del titulo de homicidio, porque en este titulo se incurre también con dolo indeterminado.

Pero al que proporcione el bastón con intención determinada contra el homicidio, no se lo puede considerar responsable de premeditación, o sea, de determinación hacia el homicidio.

Por consiguiente, aplicándole esta agravante se extienden a la intención de uno, las condiciones enteramente propias de la intención del otro.

No existe igualdad de razón para comunicar el hecho material ajeno y comunicar a uno la intención más cruel del otro. El hecho se comunica, porque de él se fue (si no autor) causa, aunque sin voluntad determinada.

La intención no se puede comunicar, porque, en sí, no la tuvo el cómplice, y porque éste no fue la causa de que el otro la tuviera, y, por el contrario, tuvo una intención totalmente opuesta.

Estos y otros errores semejantes se evitarían si los tribunales, incluso frente al draconiano precepto de la equiparación de la pena establecido por el código de Francia, recordaran la exacta noción de la complicidad y el supremo principio de que la imputabilidad moral es el precedente indispensable de la imputabilidad política, y que no se puede ser moralmente responsable de una circunstancia que reside por completo en el ánimo ajeno, que no es conocida, ni prevista, ni querida, cuando no es una consecuencia directa de lo que se ha previsto y querido. Principio supremo que en nuestro tema se desarrolla mediante la fórmula de la intención crimosamente distinta.

Para hacer prevalecer en el foro esta verdad donde se encuentra en vigor el férreo sistema de la adecuación, no es necesaria una reforma legislativa, de lo cual tengo solemne testimonio.

A pesar de esto, que a mí me parece evidente, los criminalistas franceses y también los belgas, aceptan sin repugnancia la regla de la comunicación de la premeditación a quien no premeditó. Hoorebecke (De la complicité, p 211) se expresa de la siguiente manera: la circonstance de la premeditation derive du fait criminel. Elle n'est point attache a la qualite de la personne, le complice doit en repondre: il sera puni comme assassin, esto es, decapitado.

Aceptado esto, resultaba una necesidad lógica extender al partícipe, por justa correspondencia, también la provocación bajo la cual había actuado el autor principal.

Si vale decir que el cómplice de un homicidio premeditado, aunque haya actuado por impulso improviso o con la sola intención de herir, es siempre cómplice de homicidio premeditado, no puede dejar de admitirse igualmente, que el cómplice del marido que sorprende a la adúltera y la mata, es siempre partícipe de un homicidio excusado, y que el marido que le ordena al sirviente la muerte de la adúltera (y que sería excusado si la matase de propia mano) se vuelve de esta manera cómplice de un homicidio a sangre fría, porque el sirviente actuó sin ninguna razón y solo por crueldad. ¿Quién no ve lo inadmisibles de esta doctrina?

Se sabe que la jurisprudencia de Francia procede con estricta adhesión al principio de la no comunicación, siempre que en el autor principal se encuentra en una circunstancia minorante de la imputación constitutiva de una intención imperfecta o una circunstancia excluyente de la imputación por ser excluyente de toda intención crimososa, y que al cómplice, en el cual no concurre intención imperfecta o intención directa, le aplica la pena ordinaria, aunque la degrade o la excluya respecto del autor principal. Esto esta de acuerdo con los principios.

De acuerdo con esto se decidió (casación, 17 de julio de 1835), que si bien el autor principal de una falsedad obró de buena fe, quedando de tal modo exento de toda imputación, a su cómplice, que actuó con dolo, se le debía aplicar la pena ordinaria de la falsedad. De la misma manera se decidió (casación, 21 de abril de 1815) que al cómplice del menor no le aprovecha la imperfección de la intención del autor principal. Se decidió igualmente (casación, 20 de diciembre de 1832) que las circunstancias atenuantes admitidas en favor del autor principal no favorecen a su partícipe. Y se decidió muy bien en estos términos, precisamente, por el supremo principio de que se puede ser partícipe del hecho ajeno incluso sin ayuda material o sin haber actuado materialmente en todos sus momentos, pero no se puede ser partícipe del dolo o del grado de dolo que concurre en el codelincuente, si en sí

mismo no se tiene dolo o el mismo grado de dolo.

Tal verdad se admite cuando en uno de los partícipes materiales falta enteramente el dolo. Pero, ¿por qué no debe admitirse también cuando en el partícipe concurre un menor grado de dolo?

El hecho será común, pero el dolo es individual. Si no habiendo premeditado la muerte y sin saber siquiera que mi compañero la había premeditado, le presto ayuda, condenándome a muerte olvidáis mi dolo particular que no la merecía, para atribuirme el dolo más ocioso y fatal de mi compañero, dolo que me es extraño y que ignoro.

Blanche (Deuxieme etude sur le Code penal, París, 1864, n 23) sostiene que el cómplice del homicidio provocado aunque no haya sido provocado debe gozar del beneficio de la excusa acordada al autor. Por cierto que a quien comunica la frialdad del ánimo y la premeditación, le resulta lógico comunicar también la turbación y la exaltación de la justa indignación. Pero, ¿cuál es el argumento que funda esta doctrina en el caso inverso? Es el mismo con que se funda el primero.

Oigamos a Blanche: pourquoi la loi tempère-t-elle la peine? Evidemrnt a raison meme des circonstances qui sont inhérentes Aufait incriminé et qui en atténuet la gravité. C'est donc l'incrimination meme qui se transforme, et ce n'est qu'a cause de cette transformation, que le chatiment se modifie. Il faut en tirer le consequence que le cómplice et le coauteur profiteront de l'abaissement de la peine, puisque la gravite du fait de complicité se mesure sur la gravite du fait principal.

He aquí, evidentemente, la acostumbrada confusión de ideas, que es fácil cuando no se distingue la cantidad del delito de su grado, pero que no puede engañar a quien se mantiene fiel a esta gran distinción de la escuela italiana.

No es verdad que la provocación transforme el hecho. El derecho lesionado es el mismo. Por la provocación, el provocador no ha perdido el derecho a la vida.

Existe un hombre muerto y la lesión al derecho no se ha vuelto distinta por la provocación. Se degrada la imputación, porque en el delito (que siempre es un homicidio) se encuentra una fuerza moral subjetiva menor que la ordinaria, en cuanto la determinación volitiva del matador fue impulsada violentamente por el ímpetu de una justa indignación.

No se castiga menos porque el hecho sea más leve. Se castiga menos porque el individuo presenta una menor maldad subjetiva.

La razón de degradar no reside en el hecho, sino en el estado de ánimo del agente, ni más ni menos como ocurriría si el matador fuese menor y en virtud del incompleto desarrollo de su inteligencia o por la menor firmeza de su voluntad, se le acordase una excusa.

El hecho, que todavía es el mismo, no se transforma: es el hombre matado por el hombre. El título del delito no varía. Pero una circunstancia totalmente individual vuelve excesiva la imputación plena de ese hecho al individuo que actuó con intención menos plena o imperfecta.

Pero esto no priva que a su compañero, que actuó con dolo pleno e intención perfecta, se le deba aplicar la plena imputación del hecho. Sería injusto proceder de otro modo, como sería injusto excusar al compañero del demente o del ebrio por la enfermedad mental de éste. ¿Y cómo?

Yo abrigaba un odio mortal contra Ticio; desde hacia mucho tiempo buscaba la oportunidad de lavar mis manos en su sangre, pero temía a la enormidad de la pena amenazada. Un día lo encuentro en una taberna mientras mantiene un altercado con Cayo. Veo que le tira una trompada a Cayo y que este amilanado se aparta.

Aprovechando la ocasión me digo: "Cayo ha sido provocado, me refugiare en su excusa". Me le acerco, le entrego un puñal y le reprocho su cobardía, y despertándole su ira, lo lanzo contra su agresor, y lo ayudo a matarlo. ¿Podré salir del paso con un corto periodo de cárcel, diciéndoles a mis jueces, debéis excusarme porque Cayo fue provocado?

Para mí la degradación de la imputación es siempre individual: no modifica el título, ni transforma el hecho.

La cantidad del delito es siempre la misma. Solo en uno de los justiciables la subjetividad criminosa presenta una fuerza degradada, la cual es, precisamente, la fuerza moral. Donde encuentro degradación, degrado; donde no la encuentro, no degrado.

En cuanto a la premeditación, esta evidente verdad se refuerza aún por nuevas consideraciones. Sea que la ley disponga en general que la pena del cómplice se debe equiparar siempre a la del autor principal, sea que disponga que debe establecerse una cierta proporción entre ambas, siempre importa un error creer que estas disposiciones les impiden a los magistrados tomar en consideración el diverso grado de dolo que existe en cada uno de los partícipes. Es un error que proviene de una confusión de términos. No se trata de una cuestión de pena, sino de una cuestión de complicidad.

Respecto del título más grave constituido por el dolo especial del autor físico, no hay complicidad en el partícipe material. En tanto que el autor principal cometía un asesinato, el partícipe entendía ayudar en una lesión o en un homicidio simple.

No se trata de una circunstancia agravante y no conocida, de la cual se pueda decir que el cómplice ha corrido el peligro. Se trata de un título diverso.

No es cómplice de asesinato quien crea participar en un homicidio o lesión, como no es cómplice de estupro violento quien abrió la puerta de la casa, si el autor del delito le había hecho creer que se introducía para cometer un hurto en beneficio común. No lo es, porque no ha tenido intención de participar de aquel crimen, sino en uno distinto.

Los juristas que aceptan la regla de la comunicación de la premeditación se aferren al argumento de la indivisibilidad del título.

Les parece inaceptable que a dos partícipes de un crimen se les apliquen dos títulos delictivos diferentes: a uno el título de homicidio y al otro el de asesinato, como lo llaman los franceses al homicidio premeditado. Pero la diferencia del título se vuelve en su contra cuando la disputa se lleva al campo de la intención, porque si bien he querido cometer un homicidio, no he querido cometer un asesinato.

De este modo, la diversidad objetiva entre el delito cometido por uno y el querido por el otro, refuerza mi tesis.

Por otra parte, la regla de la indivisibilidad del título no se puede aceptar como regla absoluta, porque prueba demasiado. Si dos individuos agarran al mismo tiempo a una muchacha, y uno, por su parte, la golpea para

desfogar su rabia, y el otro, por la suya, le roba un collar, a estos dos que, sin embargo, materialmente se han prestado recíproca ayuda, es preciso declararlos, al uno autor de lesiones y al otro de hurto.

¿Que valor tiene la regla de la indivisibilidad del titulo cuando existe disparidad de proéresis criminosa?

Es totalmente diferente la cuestión que proponen los escritores relativa a saber si el extraño que a sabiendas ayuda al criado a robar, o que ayuda al hijo en el parricidio, debe responder del titulo especial que surge de las cualidades personales del ejecutor del delito. Ahora no estamos frente a una cuestión de cualidades personales. Es cuestión de intención. Es cuestión de dolo. Y sobre la cantidad del dolo no se puede transigir en buena justicia. En el dolo no puede haber comunicación entre persona y persona. Cada uno debe responder más o menos del delito, según la cantidad de dolo que revele.

He aquí el absurdo a que nos vemos conducidos cuando procedemos con principios opuestos. Supongan que Ticio, con acecho y premeditación, ha agredido a su enemigo para matarlo. Confiado en sus fuerzas, quiere estrangularlo. Llega Cayo, que también estaba enemistado con ese infeliz, y por una instantánea inspiración malvada, viendo la lucha, piensa aprovecharse de ella y también se lanza sobre la víctima. ¿Que hará Cayo en este estado de ánimo?

Si ha sujetado el brazo de la víctima y ayudado así a Ticio a estrangularla, he aquí que es cómplice (sin premeditación) de un homicidio premeditado. Le comunican el dolo de propósito de Ticio; lo declaran cómplice de un asesinato, de un homicidio premeditado, y lo condenan a muerte con el autor principal.

Si, por el contrario, en ese estado de ánimo, Cayo ha esgrimido un puñal y con repetidos golpes ha matado al enemigo, es autor principal de un homicidio improviso. El ha sido el homicida. Por él se define el titulo del delito.

La ausencia en él de toda premeditación os obliga a aplicarle la pena del homicida simple. De esta manera, frente a la doctrina francesa, Cayo goza de mejor condición si ha matado por sí mismo de la que gozaría si se hubiese limitado a ayudar y darle coraje a otro. ¿Es posible que tales consecuencias no resulten absurdas y moralmente repugnantes?

Esos son los efectos del olvido del principio inconcuso de que el hombre es responsable de la violación de un derecho en razón de la mala intención y que por esto solo puede ser responsable en la medida y en la proporción adecuada a la mayor o menor intensidad de su dolo. Estas verdades ya no se discuten científicamente, las cuales he sostenido en el foro, incluso bajo el imperio del código de Francia, y por virtud de ellas tuve la satisfacción de sustraer dos víctimas al hacha del verdugo.

Puede decirse que esta opinión es doctrina común entre los prácticos: véase Federico Boehmer, ad Carpovium, pars 1, quaest 25, obs 2.

Por consiguiente, salvo la debida reverencia a los criminalistas franceses, tengo como apodíctica la regla de la intención crimosamente distinta, la que, en los casos pertinentes, debe considerarse siempre como circunstancia excluyente o como circunstancia limitativa de la complicidad.

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.1.3 Intención negativamente indirecta

Repetidamente se advierte por todos los institutistas de derecho penal, que en los hechos culposos no se puede encontrar complicidad. Sin embargo, parece que en la práctica este principio fallo a veces. ¿Erró la practica? ¿Es falso el principio? Ni lo uno ni lo otro.

El principio es absolutamente verdadero, y mientras se pretenda deducir la acusación bajo el emblema de la complicidad, se chocara con este escollo y no se lo podrá superar, porque no se puede ser cómplice de un hecho que no se ha previsto ni querido. Pero esto no impide que el pretendido cómplice pueda tomarse en cuenta y castigarse como autor principal de un hecho autónomo, que tomado individualmente sea punible como culposo.

Nos ocuparemos de la teoría de las causas mediatas e inmediatas en los hechos culposos.

Pedro, de regreso de caza, ha penetrado en un café y ha dejado allí la escopeta cargada. He aquí un hecho imprudente.

Luis, que ha entrado a ese café, se ha puesto a examinar la escopeta, ha montado el gatillo y así, descuidadamente, la ha vuelto a colocar donde estaba. He aquí otro hecho imprudente.

Carlos, que ha llegado posteriormente, toma la escopeta y dirige su boca hacia los espectadores. He aquí de nuevo un hecho imprudente.

El gatillo se escapa, sale la bala y un hombre queda muerto. He aquí un homicidio culposo.

A nadie le cabe dudas acerca de la responsabilidad de Carlos. El se encuentra en culpa; fue la causa inmediata del homicidio.

Pero, ¿Pedro y Luis podrán ser castigados como cómplices de homicidio? Si la acusación se formulara en estos términos no prosperaría. No es admisible complicidad sin un concurso de voluntad criminosa, y aquí esa voluntad no existió ni siquiera en el autor principal.

Y aunque (cambiando la hipótesis) el autor principal actuase con dolo, volveríamos a lo mismo respecto de los otros dos que se encontraron en simple culpa. Por este lado ellos no deben temer nada.

Sin embargo, ¿Pedro y Luis deberán quedar libres de todo reproche? Esto depende de la cuestión, que he tratado en otra oportunidad, de la responsabilidad de las causas mediatas en los hechos culposos.

Admitido que tal responsabilidad se extiende también a las causas mediatas, a Pedro y a Luis se les podrán

imputar sus respectivos hechos como actos que por si mismos constituyen un delito culposo.

Al dejar en ese lugar la escopeta, Pedro fue la causa física (mediata) del desgraciado evento. He aquí una materialidad que proporciona base para la imputabilidad.

Pedro podía prever que era fácil que el arma dejada en ese lugar produjera daños, y voluntariamente olvido preverlos. He aquí el aspecto subjetivo de la culpa.

Lo mismo se puede decir del hecho de Luis. Pero si por este fundamento se castigara a Pedro y a Luis en razón del hecho de Carlos, no se los castigaría como cómplices de éste, ni como partícipes de su cuasidelito, y el vulgo que fundara así ese castigo, erraría de medio a medio.

Se los castigará porque en su hecho aislado existe cuanto es necesario para encontrar una culpa, que a sus autores los hace políticamente imputables desde que se produce el evento siniestro. Tan verdadero es esto que a veces en la causa inmediata podrá encontrarse culpa leve y culpa grave en la mediata; y a veces incluso puede no merecer reproche la causa inmediata, ser ella misma la víctima del hecho, y merecerlo la mediata, como lo demostrare en su oportunidad.

Este es el sentido en que pueden ser responsables los participantes en el hecho culposo, sin que por esto vacile el principio racional y constante de que en los hechos culposos no se admite complicidad.

Sutilizando, Tittmann pensó que se podía encontrar complicidad culposa en los hechos en que con facilidad se podía prever que se produciría el delito.

Pero cuando se detiene a concretar ésta fórmula, la ejemplifica con el caso del que le proporciona un arma al hombre que ve correr enfurecido detrás del enemigo. Sin embargo, no se necesita mucho esfuerzo para comprender que el ejemplo demuestra lo absurdo de la tesis.

Se puede afirmar que quien proporcionó el arma preveía que se le usaría para herir, y en tal caso no podrá decirse que no se ha querido lo que se previó si se realizó un acto útil para producirlo.

Según la naturaleza del arma suministrada, podrá hablarse de dolo determinado al homicidio o de dolo determinado solo a la lesión, pero siempre existirá dolo, porque sería muy arriesgado suponer una intención inocente en quien le proporcione el puñal a un hombre al que vio correr enfurecido detrás de otro.

O, por las circunstancias del caso, no se puede afirmar que quien proporcionó el instrumento previó que se usaría en daño de otra persona, y entonces no puede haber complicidad, porque no puede existir complicidad sin voluntad dirigida al fin, y no se puede concebir voluntad directa sin previsión actual.

La jurisprudencia francesa ha resuelto repetidamente en el sentido de que la coeficiencia accidental no basta, si no fue explícitamente prevista y deseada. Véase Legraverend, l. 6, sect 1, 52; Carnot, Cod pen, sur l'art 60, n 20; Chauveau et Helie, Theorie du Code penal, t 2, 115; Corte de Casación de Francia, 12 de septiembre de 1812; 4 de febrero de 1814; 18 de mayo de 1815; 10 de octubre de 1816; 26 de septiembre de 1817; 17 de mayo de 1821; 26 y 27 de septiembre de 1822; 16 de junio de 1827; 2 de junio de 1832.

A esta doctrina no se oponen el fallo de la casación del 8 de septiembre de 1831, ni la referencia aparentemente

contraria de Morin (journal criminal, vol 35, p 66) y del propio Chauveau (t 5, p 488), ya que se refiere al caso de un hecho imprudente, no de simple ayuda al delito ajeno, sino causativo en sí mismo de la consecuencia lesiva del derecho.

Del mismo modo, si dejo un mueble en medio de la calle y, al pasar por allí, Ticio tropieza con él y se quiebra un brazo, en virtud de mi contravención imprudente podrá ser castigado a título de lesión culposa, no porque yo sea cómplice de Ticio, quien, muy lejos de ser autor de un delito, es su paciente, sino porque el autor del delito soy yo solo, en cuanto que con imprudencia he ejecutado un acto que ha sido impulso o causa más o menos mediata de la lesión.

Se entiende claramente que el autor del delito no es el instrumento, y que respecto a la imputación penal, el hombre es instrumento cuando no es responsable.

Aunque sea el autor del hecho que fue la causa inmediata de la lesión del derecho, no por esto es el autor del delito, el cual encuentra su sujeto activo primario solo en aquél que, mientras realizó un acto externo causativo de lesión, tuvo una voluntad que lo vuelve responsable en razón de dolo o de desatención.

La corte de Florencia también admitió en un caso particular la comunicación de la culpa. Pero era un caso de verdadera correidad. Se trataba de dos jóvenes que tirando entrambos a mano un tílburí habían herido a un pasajero.

No fueron responsables el uno por el hecho del otro, sino cada uno por su propio hecho. Es cuestión de fórmula, pero la diversa fórmula se vuelve esencial por la posible aplicación a las diversas formas de complicidad.

El concurso moral culposo es un concepto imposible. Son concebibles un hecho material y un impulso moral imprudente que coadyuven con un hecho ajeno doloso o culposo o, incluso, desgraciado y no imputable al autor.

Pero cuando se castiga semejante hecho no se castiga un cómplice; se castiga al autor de ese hecho como autor de ese hecho.

Nos atenemos también a la fórmula magistral de Trebutien: la complicidad es real, no personal (I, leçon 19). Ella se conecta con el hecho material lesivo del derecho, con la persona autora del hecho.

Pero si esta conexión material es necesaria para constituir la complicidad, no siempre basta para hacer surgir su concepto jurídico. Para esto es necesario el nexo ideológico. En este reside el concepto jurídico del cómplice.

Cuándo falta una criminalidad principal o cuando falta el nexo ideológico entre el hecho del pretendido cómplice y el hecho principal, ¿Qué queda? Queda un hecho aislado que debe ser juzgado a su vez como principal.

El instigador al suicidio no encuentra su criminalidad en el hecho principal; no se lo puede considerar cómplice de un no delito. Es responsable de su hecho.

El hecho principal no es más que el resultado de su hecho. A la complicidad le falta el elemento jurídico de ser conexa a un delito.

El autor de un hecho imprudente puede haber causado un hecho principal lesivo. Este hecho principal puede ser:

1. no incriminable;
2. incriminable por culpa; y
3. incriminable por dolo.

En el primer caso falta el nexo jurídico con un delito. En los otros dos falta el nexo ideológico, que es esencial a la complicidad.

Juzgado aquel hecho por sus condiciones especiales, el hecho del otro no representa más que el evento, el resultado, un efecto consecuencia del primer hecho.

Desde otro punto de vista, resulta claro que si se admitiera complicidad por culpa se llegaría al absurdo, ya que debiendo medirse la pena del cómplice con arreglo a la del autor y pudiendo el autor doloso merecer casa de fuerza, esto conduciría a someter también al pretendido cómplice al criterio de esa pena, lo que llevaría a que si el imprudente fuese el autor del hecho lesivo sería castigado menos que si hubiese coadyuvado accidentalmente al hecho de otro. Lo que repugna manifiestamente.

La sutil teoría relativa a esta tercera figura no se puede desarrollar completamente, ni se puede evitar una confusión de ideas en sus concreciones, si no se le vincula con la segunda figura de que hemos hablado antes.

En efecto, cuando se propone genéricamente la cuestión de la complicidad en la culpa, vienen de inmediato a la mente diversos supuestos que se confunden entre sí con entera facilidad y producen confusión.

La exacta concreción de la regla exige que cada una de esas formas se estudie separadamente por la gran diferencia que media entre ellas.

A continuación, se distinguen las diversas hipótesis en las cuales puede surgir la oportunidad de la cuestión:

1. Puede existir un principal (autor) culposo y un accesorio (pretendido cómplice) también culposo. Estos son los términos del caso simple que he desarrollado hace poco y en el que sostengo que es un solecismo jurídico hablar de complicidad. Cada uno de los ejecutores de un hecho, que en sí mismo sea causativo del resultado violador del derecho, debe juzgarse en sí mismo.
2. Puede existir un principal no imputable y un accesorio culposo. He aquí inaceptable la relación jurídica de complicidad.

No se puede ser cómplice de un inocente. Si el imprudente que fue la causa del mal no pudiese ser castigado nada más que como accesorio, sería inevitable la impunidad de ese descuidado.

He tomado la sustancia venenosa puesta a mi alcance por la negligencia ajena, y he muerto. Si existe delito, soy víctima, no su autor.

Y el delito existe; un delito culposo por parte del descuidado que de esa manera dejó al alcance de otro la sustancia mortífera.

Respecto de este delito culposo es necesario considerar al imprudente como autor y juzgar su hecho en sí mismo.

Lo que se hace cuando la sustancia venenosa ha sido ingerida por mí en daño mío, debe hacerse igualmente

cuando yo, por una segunda imprudencia, la haya dado a otro y de este modo haya dado origen a un segundo hecho culposo, que también se deba juzgar en si mismo.

La justicia exige que uno y otro hecho se juzgue en si mismo, ya que yo puedo haberme encontrado en culpa leve o muy leve (o incluso ser totalmente irresponsable) cuando le proporcione al tercero esa sustancia, y haberse encontrado en culpa grave el primero que la expuso de tal suerte.

3. Puede encontrarse el principal en culpa y el accesorio en dolo. Yo puse el veneno al descubierto con la cruel intención de que la criada imprudente lo tomara por sal y envenenara a los patrones. Supóngase que en el hecho de la criada se admita una imprudencia.

He aquí un hecho suyo que en justicia debe ser castigado, ya que concurren los dos requisitos de la culpa y del resultado dañoso. Pero nadie se atreverá a decir que yo sea cómplice de este delito culposo, aunque materialmente no sea más que un accesorio, y nadie querrá castigarme con arreglo a esta benigna medida. Será necesario rechazar toda idea de complicidad, porque al absurdo lógico de admitir complicidad donde no existe nexo ideológico, corresponde (y es, precisamente, la fuerza del imperativo lógico la que lo exige) un absurdo jurídico.

4. Puede encontrarse el principal en dolo y el accesorio en culpa. Por una negligencia imperdonable deje el veneno al descubierto.

Otro lo uso criminalmente para matar a un tercero. Sin duda que este es autor de envenenamiento. Por lo tanto, ¿seré cómplice de envenenamiento y por mi imprudencia sufriré la pena de muerte? Nadie osará decirlo. ¿Seré autor del envenenamiento? Resulta imposible afirmarlo.

Ni lo uno, ni lo otro. Seré autor de un hecho imprudente, que ha sido causa de una lesión del derecho no prevista por mí, aunque previsible. Y este hecho imprudente deberá ser juzgado en sí mismo, según sus propias condiciones y con una medida totalmente propia.

En consecuencia, bajo cualquier aspecto que se configure la culpa no puede hacer surgir nunca la noción de la complicidad con un hecho ajeno, sea este culposo, inocente o doloso. La culpa puede ser juzgada y castigada como hecho aislado.

Solo se conecta con los hechos ajenos para buscar en ellos el resultado dañoso, que es el elemento material de la imputabilidad de la culpa. Al elemento moral lo debe encontrar en sí y graduarse su responsabilidad con arreglo a éste.

En aquél se busca la cantidad del delito culposo, midiéndola por el daño inmediato. En este se busca su grado, midiéndolo por la gravedad de la negligencia.

Mediante tal conclusión y esos nuevos ejemplos, vuelvo a un desenvolvimiento más amplio de la segunda figura y completo la demostración de que no puede haber complicidad cuando existe intención criminosa distinta.

La intención es crimosamente distinta en los tres casos diferentes posibles.

Quiero decir:

- O porque exista diferencia de dirección, en cuanto uno sienta hacia un delito y el otro hacia otro;
- O porque exista diferencia en el grado del dolo en cuanto aquí exista premeditación, allí impulso instantáneo y en otra parte, la justa indignación excusante.
- O porque exista diferencia intrínseca en el elemento moral, en cuanto en uno exista culpa y en el otro dolo.

Siempre habrá diferencia en la moralidad de la acción, y siempre deberá haber diferencia en la imputación. La máxima a chacun selon ses oeuvres, no es siempre verdadera en derecho penal, cuando se es llamado a dar cuenta del obrar ajeno.

En derecho penal, por el contrario, debe ser absoluta la máxima a chacun selon sa mechancete, porque si la gravedad del hecho es el tipo sobre el cual se determina la cantidad política del delito, la moralidad del agente es el tipo sobre el cual se constituye primero la responsabilidad individual y luego, según sus modificaciones, se mide y gradúa.

Principio, al mismo tiempo, de eminente verdad lógica y moral, que no puede dejar de dominar en la ciencia y de triunfar en la práctica salvo en aquellos países en los cuales un fatal precepto legislativo, con draconiana ferocidad, le impida a la reacia razón rendir homenaje a los supremos cánones de la justicia.

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.1.4 Intención imperfecta

Generalmente se enseña que en los delitos de ímpetu no puede existir complicidad. La razón de tal doctrina reside en que en los hechos de ímpetu, a causa del ardor de los afectos no se puede encontrar una voluntad precisamente dirigida hacia un fin, ya que esto, naturalmente, exige la calma del razonamiento.

En esencia, las razones por las cuales en los hechos de ímpetu se excluye la complicidad, son análogas a aquellas por las cuales excluimos de ellos la tentativa.

Sin embargo, esa proposición no debe, aceptarse tan ciegamente tratándose de complicidad en el delito perfecto. Porque entre la complicidad en un delito llevado a su término por otro y la tentativa, existe la diferencia de que faltando en la tentativa el acontecimiento que revele la idea del agente, esta queda para el juez en la esfera de las previsiones conjeturables, mientras que en la complicidad atribuida respecto de un delito consumado, existiendo el evento obtenido, éste a veces puede proporcionar prueba explícita y positiva incluso del pensamiento del agente accesorio.

Con referencia a la complicidad, es necesario cuidarse de confundir los hechos de verdadero ímpetu con los de instantánea resolución.

Es claro que la regla mencionada procederá, junto con la razón que la dicto, en las acciones cometidas por impulso instantáneo y bajo la turbación de una violenta pasión. Pero no siempre se podrá decir que por estar excluida la deliberación del hecho lo esta la complicidad, porque todos comprenden que también en los actos de súbita resolución puede originarse un concierto sobre el acto, por el cual varias personas cooperen con voluntad positiva convergente a lograr un fin determinado.

Además, tampoco se puede decir que en los verdaderos hechos de ímpetu la complicidad es jurídicamente repugnante.

Lo único que se puede decir es que su prueba resultará tan difícil que será casi imposible. Una cosa es, en efecto, decir que cierta condición jurídica es difícil de probar, y otra distinta que cierta condición jurídica resulta repugnante a la ciencia. En este sentido constituiría un error rechazar de manera absoluta la posibilidad de complicidad en los hechos de riña y, en general, en los hechos de ímpetu.

En nuestra ciencia frecuentemente se aceptan como absolutas ciertas proposiciones, porque se las ha considerado con la mente preocupada por un caso al cual correspondían de manera exacta, pero sin advertir que podían existir casos análogos en los cuales, por concurrir una razón distinta, la regla debía fallar.

Así, la máxima de la L si in rixa 17 ff ad L Corn de sicariis, resulta indubitable si se aplica a actos disgregados, pero puede ser falaz si se aplica a actos directamente coeficientes.

Si se supone que dos personas por un súbito ímpetu se ponen a golpear a un mismo individuo, resultará justo que cada uno de ellos responda de sus propios golpes.

De complicidad no se podrá hablar, porque cada una de esas personas ha tenido la intención de desfogar su propia ira, no la de coadyuvar en el hecho del otro.

Pero si, por el contrario, uno de los dos ha agarrado al enemigo y sosteniéndolo firmemente, le grita al compañero, dale que yo lo tengo; o si en la riña uno le ha entregado al otro el arma homicida; o sí mientras unos reñían hubo quien incitó de viva voz a uno de los corrientes a golpear, ¿Se dirá, tal vez, que a causa del arrebatado de indignación que los poseía, no hubo entre ellos complicidad, y que el que sujetó o entregó el arma o incitó, no es participe de la responsabilidad del heridor?

Es evidente que con esto se llegaría a aplicar una regla incluso más allá de donde cesa su razón de ser. ¿Qué, acaso no es posible que en el más arrebatado ardor de la pasión se dé una orden que lo haga al mandante partícipe de la responsabilidad del sicario?

Por consiguiente, con fórmula más exacta, el dolo de ímpetu lleva a presumir que el concurso de acción no va acompañado del concurso de voluntad, y que esta presunción triunfará siempre que no se tenga una manifestación explícita de voluntad que no deje lugar a dudas del concurso intencional del uno en el hecho del otro.

En una palabra, la regla no reside en el dolo de ímpetu, sino en la falta de concurso de voluntad. Si éste se realiza a pesar de aquél de un modo cierto, unívoco y positivo, la regla calla.

En este supuesto esta bien que el caso de los delitos de ímpetu encuentre su sede en esta primera categoría, como figura de concurso de acción sin concurso de voluntad, porque presuntivamente es tal.

Tales son las explicaciones del primer caso. Sin embargo, lo he desarrollado bajo un solo punto de vista, esto es, suponiendo siempre la falta del concurso de voluntad en el cómplice.

Nada obsta, por otra parte, que se inviertan las figuras, suponiendo que el concurso de voluntad criminosa desaparezca en el que cumple el acto de consumación del delito, persistiendo en el otro. Se obtendrá siempre el mismo resultado de que la complicidad se escapa de entre manos, porque queda un solo delincuente.

En esta segunda hipótesis desaparecerá la imputabilidad del autor físico, y el supuesto cómplice asumirá su figura, como causa voluntaria y única del hecho que causó la violación de la ley, porque la falta de voluntad en el autor físico lo transforma, como he dicho, en mero instrumento del otro, y convierte a éste en autor principal y único del delito.

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.2 Concurso de voluntad sin concurso de acción

Con el propósito de describir la idea de la complicidad, es preciso suponer una voluntad comunicada explícitamente de una persona a otra.

En tanto que alguien se limita a desear el delito interiormente aplaude verlo ejecutar por otro, peca, pero no delinque, porque al delito no le agrega ni fuerza moral ni fuerza física, el cual se desenvuelve, desde el comienzo al fin, sin recibir influencia alguna de parte de aquél.

Consecuentemente es necesario, suponer que esa voluntad ha sido manifestada y que, en más o en menos, ha servido para darle impulso al delito.

En sustancia, es necesario suponer, por un lado, la palabra, y por el otro, la acción.

La mente de uno ha acariciado la idea de la muerte y sus labios han pronunciado la palabra mata, y el brazo de otro ha respondido a esa palabra con la muerte. Este concepto puede parecer un caso único, pero no es así. Se desenvuelve en cinco figuras, que si bien pertenecen a la misma familia, son, sin embargo, muy distintas entre sí.

Son distintas las figuras del mandante, del coaccionador, del que ordena, del consejero y del socio.

Rasgos característicos muy pronunciados distinguen estas cinco figuras, constituyendo el mandato, la coacción, la orden, el consejo y la sociedad, entes jurídicos substancialmente diferentes

Mantengo esta nomenclatura de la vieja escuela, porque si puede aceptarse en un código que la palabra instigador, después de haber identificado a los efectos penales posiciones naturalmente diversas, pretenda abarcarlas con un solo vocablo, no le puede servir a la ciencia, a la cual le es necesario conocer y distinguir incluso con la nomenclatura los objetos sobre los cuales recaen sus investigaciones.

Se instiga al aconsejar, al encargar, al ordenar, al constreñir y al asociarse. La palabra instigador expresa una materialidad común a diversas condiciones jurídicas. La ciencia tiene necesidad de nombres que señalen estas diversas condiciones.

El rasgo que distingue estas cinco figuras se reconoce fácilmente. Lo indica la utilidad del delito.

Si el delito a ejecutarse redundaba en utilidad de quien solo concurre a él comunicándole su voluntad al autor físico del mismo, se tendrá la orden, o la coacción, o el mandato. Si el delito redundaba en utilidad exclusiva del autor físico, tendremos el congojo. Si redundaba en utilidad común, tendremos la sociedad.

Este dato jurídico es inalterable. Estas figuras podrán volverse impropias, concurriendo también en la acción el mandante, el socio y el consejero, caso en el cual ese concurso modificará su posición jurídica y posiblemente agravará su responsabilidad.

Pero nosotros estudiamos aquí los casos simples.

La distinción de la orden y de la coacción respecto del mandato se encuentra en una circunstancia que se le agrega al mandato.

El mandato es el encargo hecho a otro y aceptado por éste, de consumir un delito.

La orden es un mandato que, de parte de una persona dotada de autoridad, se trasmite a otra persona sujeta a esta autoridad.

La coacción, desde el punto de vista bajo el cual puede figurar en la teoría de la complicidad (vale decir, en el solo caso de acción constreñida, no en el de reacción constreñida), es un mandato impuesto con la amenaza de un mal.

De tal modo, la orden y la coacción no son más que mandatos calificados. El abuso de autoridad en uno y el abuso de fuerza en el otro, constituyen, al mismo tiempo, su calificación y su nota característica.

De ahí que la orden y la coacción, de las que nos ocuparemos con amplitud en la doctrina de las minorantes, no ocupen nada más que un pequeño espacio en la teoría de la complicidad.

Consecuentemente, si la coacción y la orden alcanzan el apogeo jurídico que antes he señalado, de modo que resulte que la causa física del delito escape a toda imputación por falta de espontaneidad o de conocimiento, aparece manifiesto que la coacción y la orden no encuentran ya su sede en la presente teoría, porque solo queda un único delincuente.

Si, por el contrario, la coacción y la orden no alcanzan a ser tales que vuelvan inmune de imputación al autor físico del delito, las reglas de estos dos casos se confunden con las del mandato.

No parece exacta la fórmula establecida por Carmignani, cuando dice que cuanto menos sean imputables el que recibe la orden y el coaccionado, tanto más imputables serán el que ordena y el coaccionador. Para que esta regla fuera segura sería necesario que entre la imputación de los unos y la de los otros mediara una proporción constante en razón inversa, de la misma manera que en una deuda civil, en la cual mientras más ha pagado el deudor principal, menos queda a cargo del garante. Pero no sucede así.

La imputación de un delito no aminora por el solo hecho de dividirse y recaer sobre muchos. Por el contrario, a veces esto hace que aumente su gravedad política. Y puede suceder muy bien que el coaccionado sea imputable porque no concurra a su respecto alguno de los extremos del moderamen, sin que por esto disminuya la imputación del coaccionador.

Analizadas la coacción y la orden como mandatos calificados, reduciremos nuestras consideraciones a las tres figuras principales del concurso de voluntad sin concurso de acción, es decir, al mandato, al consejo y a la sociedad.

¿Cuándo se producirá una complicidad por este concurso de voluntad sin concurso en la acción?

Evidentemente, cuando haya nacido una acción. Ni el mandato, ni el consejo, ni la sociedad son conatos. Se sabe que para que exista tentativa es necesario que se haya comenzado la ejecución del delito.

Ahora bien, si dos se ponen de acuerdo en querer un delito, con esta sola concordia no han emprendido su ejecución.

Para que, por consiguiente, de esta unión de consentimientos surja la noción de la complicidad, será preciso que el coaccionado, el mandado, el mandatario, el aconsejado o el socio ejecutor, hayan emprendido algunos de los actos externos que sirven para la ejecución del delito. Es necesario que, por lo menos, sean autores de una tentativa.

Mientras no exista el comienzo material del delito deseado, el acuerdo criminal podrá considerarse como delito autónomo, pero no como elemento de una tentativa, ni como señal de complicidad en un delito que no ha comenzado a existir.

Es un absurdo concebir la idea de una causa moral donde no existe un efecto. Podrá existir el delito de instigación, de asociación ilícita, de violencia o de abuso de autoridad, los cuales, si fueron consumados en su respectivo modo de ser, podrán ser imputados como hechos criminosos sui generis a todos los que concurrieron a ellos con su libre voluntad, pero nunca podrán imputarse con el criterio de la complicidad o de la tentativa.

Enseguida veremos las características del mandato, el consejo y de la sociedad para delinquir.

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.2.1 Mandato

La nota distintiva de esas tres figuras la encontramos en el diverso reparto de la utilidad del delito. Esta no es una consideración puramente nominal. Trae consigo importantes consecuencias acerca del grado de responsabilidad del que solo moralmente participo en el delito.

Ya que la utilidad es el ordinario motor del ánimo humano, en los tres casos propuestos la voluntad del ejecutor presentara diferente impulso propio según la proporción de la utilidad del delito.

Por consiguiente, si el delito redunda solo en beneficio del autor físico, desde el punto de vista de la utilidad, este tendrá una fuerza automotriz no referible al consejero, y de ahí que la voluntad del que dio el consejo deberá considerarse como una fuerza que le dio menor impulso al delito.

Si, por el contrario, la utilidad es común, tendremos un impulso coigual en las dos voluntades. Si, por último, la utilidad redundará totalmente en beneficio de quien cometió a otro la ejecución del delito, resulta claro que habiendo faltado en el ánimo del autor una fuerza propia que lo moviera, el impulso de su deseo será referible al comitente, y la fuerza moral del delito encontrara su primera génesis en la voluntad de éste.

La utilidad que le redunda del delito al aconsejado o al socio ejecutor podría hacer pensar que incluso sin la palabra instigadora se habrían determinado al delito.

Por el contrario, la falta de utilidad del delito para el mandatario, hace presumir que sin ese mandato el mandatario no habría violado la ley. De esta manera, es una consecuencia que lógicamente deriva de las nociones constitutivas de estas tres figuras, la de que en razón del concurso moral, menor es la imputación en la hipótesis del consejo, mayor en la de la sociedad y máxima en la del mandato.

La voluntad del aconsejado tuvo un impulso a la vista de su utilidad exclusiva; la del socio lo tuvo menor en la participación en la utilidad y la del mandatario no tuvo ninguno en si misma, sino que todo el impulso a la determinación criminoso le vino del mandante.

Las normas de esta imputación en su grado máximo se determinará a continuación.

Después de esto, resultara fácil ir hacia los grados inferiores. Estamos frente a una de las difíciles cuestiones científicas. Vale decir, la de si el mandante y mandatario deben equipararse en la imputación. En este punto divergen esencialmente los escritores.

Entre las distintas escuelas existe un abierto antagonismo. Unas sostienen que el mandante debe ser castigado a la

par del mandatario, y otras que deben ser menos. La disputa enardeció los espíritus. Carmignani combatió a Rossi, y Roberti a Carmignani, y frecuentemente las invectivas substituyeron a las argumentaciones serias.

Analizando respecto de los escritos de los distintos autores que discernieron sobre este particular me parece ver que la divergencia tiene su origen en el diverso punto de vista del cual se parte para establecer la medida de la imputación de los delitos.

Unos pusieron su atención sobre la acción criminosa. Para ellos, el acto físico asume una prevaencia de la cual no supieron liberarse.

Los otros la fijaron sobre la causa del delito, y su consideración ejerció una fuerza prevaleciente sobre su ánimo.

El mandante, dice Carmignani, quiso el delito; el mandatario lo quiso y lo ejecutó. Por consiguiente, si uno tiene voluntad y acción y el otro voluntad sin acción, resulta injusto que se castiguen igualmente.

En el delito se castiga un hecho, por lo tanto, la parte activa tomada en ese hecho debe predominar siempre en los criterios del cálculo.

El mandante, agrega Bertalud, será la causa moral del delito, pero no es su causa jurídica. Presentará una criminalidad subjetiva igual o, quizás, mayor que el agente físico. Pero la ley no castiga en sí misma la criminalidad subjetiva. Por perversas que sean las resoluciones, no se castigan mientras no haya nacido la criminalidad objetiva.

En consecuencia, en el mandante se castiga un elemento que por sí mismo no sería punible. De ahí que entre el instigador y el autor exista una desigualdad jurídica.

Por el contrario, el mandante dice, Rossi (y con el Chauveau), fue la primera causa del delito. Fue la que le dio el impulso a la voluntad del mandatario, que fue su segunda causa.

Sería injusto que se castigara menos a aquél a cuya voluntad se remonta el primer origen del hecho delictuoso.

En el delito se castiga un efecto: la falta de acción en el mandante, que conduciría a imputarlo menos, encuentra, por consiguiente, una compensación en el aumento de fuerza causante, que se encuentra en él. En uno existe toda la acción, pero menos causa moral. En el otro existe toda la causa moral y nada de acción. El resultado de este cálculo debe ser su equiparación.

Incluso me parece, que este modo distinto de considerar la cuestión se remonta a una divergencia más profunda en los principios fundamentales de nuestra ciencia.

Porque si al derecho de castigar se le atribuye por fundamento la necesidad política, lógicamente se deberá deducir la prevaencia de lo que se ha hecho.

Así, como la sociedad tiene su principal necesidad de defender el derecho contra quien a su mal querer (que por sí solo permanecía perpetuamente inocuo) une la audacia de ejecutar el delito, ya que de este brazo nace el peligro, de la misma manera será lógico establecer una represión mayor contra quien ejecuto y quiso el delito y una menor contra quien solamente lo quiso.

Pero si, por el contrario, la génesis del derecho de castigar se vincula también a la violación del deber, el impulso moral dado a la violación asume carácter prominente, y la cronología de las respectivas voluntades influye sobre el calculo de la imputación.

De este modo, los principios científicos se encadenan entre si con un nexo lógico apenas perceptible, que, a veces, no es advertido ni siquiera por quien se encuentra bajo su influencia.

El doctor Giuliani dudo frente a este debate, e intento salir de él distinguiendo entre mandato gratuito y mandato remunerado.

Si el mandato es gratuito, dice, se puede pensar que un secreto impulso de su ánimo movió al mandatario hacia el delito, y entonces se podrá imputar menos al mandante. Pero si el mandante le compró con una paga su obra criminal, sobre aquél recae la plena imputación del delito.

No obstante la deferencia debida al maestro, no me convence esta distinción. No creo posible que el mandato remunerado sea más odioso respecto del mandante que el mandato gratuito.

Respecto del mandatario estoy conforme en encontrar por este lado una mayor gravedad nacida del salario.

Un hombre que mata a otro para servir al amigo o a la amada, muestra en medio de su delito algo de heroico que puede merecer conmiseración. Pero quien por paga mata a un inocente al que no odia, es el ser más vil y abominable, el más execrable entre todos los delincuentes.

Pero respecto del mandante no veo de la misma manera la influencia del salario. Quien abusa del generoso afecto de un amigo o de un amante y lo sacrifica impulsándolo al delito, es, al contrario, más vil y perverso que el que compra el delito con el oro. El alma del sicario ya debía estar inclinada hacia el mal, si por precio se volvió sicario. El alma del que ejecutó sin paga la venganza pudo ser pura hasta ese día y corromperse por exceso de devoción o de gratitud hacia el mandante.

Se me dirá que el mandante remunerador abuso de las necesidades del sicario. Desde ya niego estas necesidades.

En nueve casos sobre diez el sicario se vende por avaricia o para alimentar hábitos viciosos. Pero supongamos que existió también la necesidad. ¿Qué acaso, el abusar de las necesidades ajenas es más perverso que abusar de las afecciones ajenas? ¿Cuál es más vil, el hombre que compra una muchacha ávida de dinero o el que seduce una joven enamorada, retribuyéndole su ciega afección con el deshonor? Considero que éste es más malvado que aquél.

El único argumento que puede apoyar esta distinción es una consideración política. El hombre adinerado, se puede decir, encontrara muchas veces un sicario, pero difícilmente encontró un amigo que mate por su afecto.

Por consiguiente, el concurso del precio hace más peligrosa para la sociedad a la persona del mandante.

En esta observación puede existir una verdad política. Pero la mayor dificultad para ejecutar un delito de cierta manera, no es un criterio justo para aminorar la imputación. Cuando se castiga el hecho ocurrido, las dificultades para su realización han desaparecido ya. Esto prueba que las dificultades han sido vencidas por el arte del instigador, y que el ejecutor gratuito ha sido encontrado.

En tal caso, solo se trata de hacer un cálculo de proporción entre el mandante y el ejecutor. La búsqueda de esta proporción no debe hacerse mirando solo si el mandante se debe castigar menos, sino si el mandatario debe ser castigado más que él. Debe considerarse la cuestión bajo este aspecto y la encontraran clara.

Admitido que el mandatario gratuito deba castigarse más que el mandante, la consecuencia será que el sicario asalariado se encontrará respecto del mandante en mejor condición que el gratuito.

Hagan ahora la confrontación entre los mandatarios. Quien no fue seducido por vil avidez, sino por reconocimiento o deferencia hacia un hombre que domino tanto su mente que lo llevo a jugarse la cabeza sin provecho ninguno, en comparación a su instigador será declarado más malvado, en tanto que el otro, que fue arrastrado a la muerte del inocente por la sed del oro, comparativamente será mirado con mejores ojos.

No considero que la distinción de Giuliani pueda resolver la presente cuestión.

Si en el mandato gratuito como en el asalariado, el mandante es la primera causa del delito, en ambos casos fue él quien lo ideó, lo quiso y supo encontrar la forma en que el brazo ajeno le sirviese para realizarlo. O se quiere tomar como guía la idea de la falta de acción, y de este modo tomársela en cuenta respecto del uno como del otro para imputarlos menos. O se quiere obedecer a la consideración de la causa y si tanto el uno como el otro fueron la primera causa y eficiente del delito, deben soportar su plena responsabilidad, como si el propio brazo lo hubiese consumado.

El impulso a la mano ejecutora fue dado por el mandante; si el medio para tal impulso fue el oro prometido u otro estímulo moral, su eficiencia resulta idéntica.

Ha prevalecido en Toscana, esta última opinión especialmente después del código de 1853, que en el art. 49 equipara el instigador al autor, tanto si por vía de mandato (debiéndosele entender simple), cuanto si por vía de amenazas, promesas o de otro modo (fórmula demasiado elástica), haya empujado al instigado al delito.

Una vez aceptado este principio, su aplicación no sería por lo demás, aceptable sino como una presunción a seguir en los casos normales, pero variable en los casos excepcionales.

Me explico: la equiparación del mandante al mandatario en el castigo, supone dos cosas:

1. Que en el uno y en el otro concurra una proéresis igualmente malvada;
2. Que el mandante haya sido la causa primaria del delito. Cuando en un caso dado desaparezca alguno de estos dos presupuestos, debe cesar también la regla de la equiparación.

Desaparece el primer presupuesto cuando, por ejemplo, existe premeditación en el uno y en el otro; o excusa de provocación para el uno y para el otro no.

Respecto del mandatario difícilmente se excluirá la premeditación, pero será muy fácil que esto suceda en el mandante.

En un acceso de cólera o, también, bajo el impulso de una injusta provocación, una persona ofendida profiere palabras de venganza e, incluso, ofrece, si se quiere, una paga para que se la ejecute, y un satélite infame,

aprovechando esta indignación, se apresura a matar a la víctima.

En este satélite encontrarán claramente un dolo de propósito, pero en el mandante solo encontrarán un dolo de ímpetu.

Si hubiera consumado la muerte con su propia mano, lo habría favorecido la excusa de la provocación, ¿Por qué si en lugar de ello se vale del brazo ajeno, el ánimo frío del sicario hará aparecer enfriado de pronto el ánimo arrebatado y poseído de furor del mandador? Esto no se puede admitir.

Aplicar de esta manera la regla de la equiparación sería entenderla judaicamente. No, la equiparación procede solo en tanto exista igual grado de dolo.

De la misma manera que en la coacción y en la orden (mandatos calificados), mientras a la causa moral se le aplica la plena imputación del delito, a la causa física se le aminora o se le excluye la imputación en razón de la autoridad o del temor que aminora o excluye su dolo.

Así, se deben computar respecto de la causa moral las circunstancias especiales que actuaron sobre su voluntad, sin que con esto se viole la regla de la equiparación.

En todo el derecho penal no puede haber un caso en el cual la diferencia de grado del dolo no produzca resultados, ni puede existir una presunción iuris et de iure sobre uno u otro grado de maldad intencional. No admito un delito premeditado por presunción iuris et de iure. Cualquier forma criminosa puede admitir la hipótesis de una súbita resolución y de una proéresis merecedora de excusa.

Puede desaparecer el segundo presupuesto por demostración de una verdad contraria, o por una presunción legal.

El presupuesto de que el mandante es la causa primaria del delito desaparece por la prueba de una verdad contraria, cuando en un proceso se demuestra que la primera idea del delito nació del sicario y no del mandante.

Este es un caso fácil de encontrar no solo en los romances y dramas, sino también en la historia. Un sirviente malvado especula con las pasiones de su rico patrón. Si este tiene un enemigo, exalta su ocio y le ofrece su brazo bajo la apariencia de una generosa devoción, y tanto hace y dice, que el patrón, más que ordenar, consiente la muerte de ese enemigo.

¿Castigareis en este caso al mandante a la par del sicario? No.

Demostradas estas circunstancias, la regla de la equiparación debe cesar. Cesará por nuestro código, porque no será instigador quien adhirió a las instigaciones de otro. Cesará con arreglo a los principios de la ciencia, porque la doctrina de la equiparación se funda en su totalidad sobre la suposición de que el mandante haya concebido primero el delito, que haya arrastrado hacia él al mandatario, en una palabra, que él sea la causa primaria del delito.

Por consiguiente, excluida esta premisa, se debe excluir la consecuencia. Un cartabón establecido sobre la presunción de que yo sea seductor, ya no resulta justo cuando aparezco seducido.

Cesa también el segundo presupuesto por una presunción legal, cuando el mandatario tuvo sus motivos propios para consumir el delito.

Esta limitación esta textualmente sancionada por el art. 50 del código toscano, y es una derivación lógicamente indeclinable de la razón de la regla.

Se pretende equiparar en la pena al ejecutor del delito con el que lo mandó, porque se presume que este es la causa primaria del hecho delictuoso, de modo que la cantidad moral de participación en el delito se considera de igual peso que la cantidad física de la acción ejecutada por el otro ¿Por qué se hace esto? Porque, no teniendo el ejecutor ventaja alguna en el delito, es preciso creer que sin el mandato no lo habría cometido.

El concepto del mandato propio es que el delito se convierte en total beneficio del comitente. Pero si el sicario tenía sus motivos propios que lo empujaban hacia ese delito, la cosa es distinta.

Se puede poner en duda si el sicario, que se muestra ahora demasiado inclinado al delito, lo hubiese cometido también sin el mandato y por sus motivos.

La distinción es de Carpzovio (pars. 1, quaest. 4, n. 30), que la ha sacado de un consejo de Decio, de un Singolare de Marsiglio y Bossio. Por lo tanto, también esta sabia distinción deriva de genuina fuente italiana.

De todos modos, las fuerzas que han determinado la voluntad del sicario son dos. Una fue el mandato; la otra preexistía en el mandatario. Aquí el mandato se ha vuelto impropio.

El mandante no fue ya la causa única y primaria del delito. Representa así una cantidad menor de influencia moral sobre el hecho. Cesando por esto la consideración de la prevaencia de la causa, o sea de la cantidad moral de la complicidad, vuelve a ser dominante la consideración de la prevaencia de la cantidad física, o sea de la acción, y de esta manera ese mandante resulta menos punible que el mandatario.

Consecuente con tal pensamiento, el art. 50 de nuestro código no admite esta limitación, sino cuando los motivos propios del mandatario no fueron excitados por el mandante.

En efecto, si estos motivos particulares del ejecutor han sido excitados por el mandante, no representan ya en el mandatario una causa automotora y autogenética para delinquir. Ella ha sido también causada por el mandante, el cual vuelve a ser por sí solo la causa primaria del delito sucedido.

Innumerables veces se ha apreciado la dificultad en la interpretación de la palabra excitar, la cual, a decir verdad, no es muy feliz.

Algunos pensaron que la condición de la no excitación debía considerarse ausente tan pronto como el mandante hubiese fomentado con palabras en el sicario su motivo propio, aunque este motivo fuese preexistente y preconocido por el sicario.

Otros, por el contrario, pensaron que esto no basta para que exista excitación, sino que es necesario, además, que el mandante haya hecho nacer ese motivo en el ánimo del sicario, creándolo o poniéndoselo de manifiesto.

Esta dificultad nace del doble sentido de la palabra excitar. Excitare flammam significa iniciar un incendio. Excitar la llama también puede significar avivar un fuego ya encendido.

Así, unos entienden la palabra excitar en el sentido más estrecho de suscitar, y otros en el sentido más amplio de

concitar.

No conozco que la jurisprudencia se haya pronunciado aún sobre esta delicada cuestión, pero diré que me parece aceptable la opinión más benigna. A esto me lleva la letra del artículo, el cual no dice excitar al instigado, sino excitar el motivo, lo que vuelve inaceptable entenderlo como concitar. A esto también me conducen los principios fundamentales de esta doctrina, porque dada la autogénesis de un motivo suyo propio en el ánimo del mandatario, preexistente al mandato y preconocido por él, desaparece el caso simple, en el cual el mandante se presenta como causa primaria del delito, y surge el caso mixto de la doble causa moral del delito, y entonces la consideración de la fuerza física del delito, totalmente atribuible al instigado, vuelve a ejercer importancia prevaleciente respecto a la falta de concurso del mandante en la acción.

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.2.2 Consejo

El consejo es una insinuación hecha a otro para persuadirlo que cometa un delito en su exclusiva ventaja.

Cualquiera nota a primera vista, la inmensa diferencia que desde el punto de vista jurídico media entre esta figura y la precedente y cuanto menor es la cantidad moral de fuerza delictuosa en ésta que en aquella.

La circunstancia de que del delito no redunde ninguna utilidad para el consejero, conduce a sostener con gran facilidad, que el consejo puede haber sido dado por momentánea irreflexión, sin el propósito de verlo ejecutado.

En la mayor parte de los casos el consejo no ha sido deliberado. Además de que, el hecho de estar el interés en delinquir totalmente concentrado en el autor físico, induce a admitir que incluso sin la palabra fomentadora éste habría cometido el delito.

A partir de esto se entablan las disputas sobre la imputabilidad política del consejo, que muchos negaron de manera absoluta, opinión que no se restringió a la de alguna escuela, sino que todavía hoy domina en muchas legislaciones, como, por ejemplo, en el Reino de Francia, donde el código, aunque severo, no encuentra un elemento de complicidad en la nuda instigación.

Respecto de la escuela italiana prevalecen un criterio más analítico y la famosa distinción entre el consejo eficaz y el consejo que llaman meramente exhortativo. Distinción que encuentra su raíz en la conciliación de varios fragmentos del derecho romano, pero que al mismo tiempo se asienta sobre una base muy racional, remontando al principio de la causa.

En el primero se encuentra un acto constitutivo de complicidad y como tal políticamente imputable. En el segundo, la doctrina común ve un acto que, por inmoral que sea, escapa a la censura penal.

Esto sucede porque en el primero se tiene por cierta su influencia sobre el acto criminoso, en tanto que en el segundo esta influencia aparece por lo menos dudosa.

Resulta, sin embargo, difícil determinar a priori la exacta línea de separación entre el consejo eficaz y el consejo exhortativo.

Los escritores podrán fácilmente ejemplificar el consejo eficaz mediante las instrucciones dadas al delincuente sobre la manera de alcanzar su malvado intento, porque siempre resulta fácil ejemplificar los dos miembros que surgen de una distinción en sus puntos extremos de divergencia.

Pero el nudo de la cuestión reside en los puntos de contacto entre uno y otro miembro. En esto, la ciencia no puede dar una fórmula clara, que separe con criterio infalible el consejo exhortativo del eficaz.

La eficacia no puede definirse de otra manera que como eficacia.

Por supuesto, dependerá, de la prudencia del magistrado determinar en los distintos casos si el consejo debe escapar a la imputación civil. En esto se deberá proceder atendiendo a una doble razón, vale decir: indagando en el ánimo del consejero si en él existió el propósito de impeler al otro al delito, e indagando en el ánimo del aconsejado si su voluntad recibió a causa de ese consejo un impulso al crimen.

En la conjunción de estos dos requisitos se encontrará la razón constitutiva de la imputabilidad del consejo, porque el primero constituirá el verdadero concurso de voluntad del consejero en el delito, y el segundo la eficiencia de este concurso. Es siempre el mismo principio fundamental el que domina la teoría. No puede existir un cómplice políticamente imputable, sino cuando en él se encuentre una causa voluntaria del delito ejecutado por otro.

Cuando se haya encontrado un consejo constitutivo de complicidad, corresponderá, entonces, ver que relación debe existir entre el grado de la imputación del autor principal y el grado de la imputación del consejero. En este punto es doctrina común que el consejero, por eficazmente que haya concurrido al delito con su voluntad, debe, sin embargo, castigarse menos que el autor principal.

La razón de esto es evidente, porque en estos casos el delito recibe del autor principal, no solo toda la fuerza física, sino también la mayor parte de la fuerza moral, porque el motivo para delinquir reside en su totalidad en el aconsejado.

El código toscano ha previsto el caso del consejo en el art. 55, declarando auxiliador a quien ha facilitado o fortificado en otro la resolución de delinquir o le ha indicado los medios para cometer el delito.

El hecho de ser declarado auxiliador, conduce, en los casos ordinarios, a la aplicación de una pena menor de la que para el autor destina la ley.

La indicación de los medios se refiere a lo que la doctrina llama consejo con instrucciones. Este ejerce no solo un impulso sobre la voluntad del agente, sino que en cierto modo lo ejerce también sobre la acción, de la cual casi se vuelve medio.

De ahí que, con exacta visión, se equiparó en el grado de la imputación, la indicación de medios a su suministración, a pesar de que la ciencia incluya la primera entre las figuras de mero concurso moral y la segunda entre las de concurso físico.

Con esa primera fórmula, el código toscano encuentra, además, la imputabilidad del consejo también en todos los casos donde su eficacia emerja solo del impulso dado al delito en su fuerza moral, con el simple actuar sobre la voluntad del delincuente.

Cuando en alguno la resolución de delinquir era vacilante y la palabra ajena la fortificó, o cuando esa resolución no había nacido todavía y la palabra ajena facilitó su formación, la palabra aparece siempre como un consejo eficaz, porque si bien no ha coadyuvado a la acción, ha coadyuvado a la voluntad delictuosa.

Y aunque la ley no lo diga, se debe entender que esa palabra fortificadora, facilitadora o instructora que, con rigor tal vez excesivo, se equipara a la ayuda material, deberá ser emitida dolosamente, vale decir, a sabiendas y con el propósito de producir ese efecto.

Si no se llegaría a una exorbitancia, elevando tan gravemente la responsabilidad por una imprudente palabra de elogio a un pensamiento criminal.

Pero la incitación, la facilitación o la fortificación del designio criminoso puede realizarse tanto con la palabra como con la escritura. No existe una razón para distinguir.

La duda puede nacer cuando no sea inmediata, sino ejercida por intermedio de un tercero inocente. Por ejemplo, un falso mensaje remitido con la malvada finalidad de excitar al delito.

Pero yo no creo que la duda sea fundada, ya que dados los requisitos de la voluntad malvada en el excitador y de la eficiencia en la excitación, resulta indiferente la forma especial utilizada por el instigador malvado que ha logrado su fin perverso.

Desde luego, se comprende fácilmente que la fortificación, la facilitación y la indicación de los medios representan un grado creciente de eficacia y, de ahí, un grado creciente de imputabilidad, que sin obstáculo podría ser establecido a priori por la ley, pero que, incluso frente a su silencio, no puede ser olvidada por el juez.

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.2.3 Sociedad

Se encuentra claramente la sociedad delictuosa en el concierto entre dos o más personas tendiente a cometer un delito en interés común.

La comunidad del interés es el rasgo característico que distingue la sociedad del consejo y del mandato. Los distintos socios pueden concurrir todos a la acción, y entonces su respectiva imputación se regirá con arreglo a la parte que hayan tomado en aquella.

Pero puede también suceder que alguno de los socios no participe nada en la acción, caso en el que será responsable por el solo concurso moral.

Ahora bien, en tal hipótesis, la existencia de un interés propio en los autores principales del delito impide que toda su fuerza moral se refiera en su génesis al que solo concurrió moralmente. Por esto, frente a la paridad del elemento moral, la prevalecencia de la fuerza física, atribuible en su totalidad a los que actuaron, hace que a estos se los deba imputar más que a los otros.

En cuanto a estos claros principios se desenvuelve el código toscano, el cual, en el art. 59, previendo el caso del socio que no haya participado ni siquiera de presencia en la acción, permite que este merezca una pena inferior a la reservada para el autor principal.

No me parece que en este punto se le pueda reprochar al código haber incurrido en un pleonasma, porque en el art. 59 repita el mismo concepto expuesto en el art. 50. A mi me parece que entre ambos casos existe una diferencia muy sustancial, porque en el art. 59 se prevé la hipótesis de un interés común, entre el que fue causa física del delito y el que a él concurrió solo moralmente, en tanto que el art. 50 supone dos intereses distintos: uno totalmente propio del autor físico del delito y otro totalmente propio de quien le dio el impulso moral.

Esto resulta claro de la diversa locución, porque en un lado se usa la frase interés común y en el otro la frase motivos propios suyos.

Ahora bien, los motivos propios de cada delincuente son, evidentemente, cosa distinta del interés común. Estos dos casos son distintos no solo nominalmente, sino también racionalmente, y la diferencia es fecunda en resultados reales.

Se clasifica la sociedad criminosa en especial o general. Es especial cuando varios se ponen de acuerdo para cometer un delito en interés común. Es general cuando varios facinerosos estipulan un pacto entre sí de que, siendo necesario, se prestarán mutua ayuda en todos los delitos que cometan, y que la utilidad de todo delito cometido por cada uno de ellos será común y se repartirá también entre los socios que no hayan concurrido

personalmente al delito.

Se puede considerar esta sociedad general bajo un doble aspecto. Se la puede considerar como delito autónomo o como elemento de complicidad.

Cuando esa asociación se considera como delito sui generis (en cuyo caso se le denomina ordinariamente asociación de malhechores) constituye un delito perfecto por sí misma tan pronto como se estipula el pacto criminal, y de inmediato somete a la correspondiente imputación y pena a los asociados, incluso antes de que ninguno de ellos haya cometido alguno de los delitos que se habla pensado cometer.

Este título delictivo especial debería ser considerado más bien como delito de daño universal antes que como delito de daño particular, porque para su consumación no tiene necesidad de un daño efectivo causado a cualquier individuo, sino que se contenta con la potencialidad de este daño y tiene su objetividad, propiamente, en el derecho abstracto que todos los ciudadanos tienen de que en el Estado no se constituya ninguna asociación particular en oposición al orden externo.

Cuando además de este delito sui generis, la asociación haya conducido al resultado de que uno de los aliados haya ejecutado cualquiera de los delitos a los cuales ella estaba preordenada, el delito especial de asociación asume la forma y el carácter ulterior de un hecho constitutivo de complicidad en esta infracción, por lo cual todos los asociados se consideran responsables también de ella, aunque no hayan participado personalmente, e incluso antes de que la hayan conocido, aunque, por casualidad, el delito haya sido descubierto antes de efectuarse el reparto de la utilidad, lo que debe señalarse como una singularidad jurídica, porque representa un caso especial de complicidad en un delito, atribuida a quien no tuvo ni voluntad dirigida a ese delito, ni conocimiento del delito en sí.

Al admitirse esta anomalía no se incurre en una injusticia porque el conocimiento y la voluntad generales suplen el conocimiento y la voluntad especiales. De modo que el elemento moral de la complicidad se encuentra en el consentimiento prestado de una manera general, y la participación en el elemento físico esta representada por el impulso dado a la determinación del autor del delito, que más audaz se lanza a él alentado por la alianza estipulada.

Por otra parte, el acceso en un momento dado a una sociedad ya constituida, no puede volver al nuevo asociado responsable por los delitos cometidos por la asociación precedentemente constituida entre los otros. No puede admitirse este efecto retroactivo a cargo del socio superviviente, porque éste, sin un vuelo pindárico, no puede ser considerado como concausa de los delitos que la asociación consumó antes de que él tomara parte, sin lo que el concepto de la complicidad resulta jurídicamente imposible.

Si al admitirlo en la sociedad, al nuevo asociado se le ha hecho parte en el botín acumulado con los precedentes delitos, ello lo hará asumir a éste la figura de receptor (y para mí de continuador) de los delitos precedentes, de cuyo lucro participa. Pero con buena lógica no se podrá decir nunca que es un auxiliador, un socio y muchos menos un coautor.

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.3 Concurso de voluntad y concurso de acción

Colocados todos los copartícipes de un delito sobre el teatro de la acción, las acciones materiales realizadas por cada uno de ellos se convierten en la norma del respectivo grado de imputación, y las distintas figuras de los participantes deben distinguirse y definirse principalmente con arreglo a esa norma.

Aquí tiene influencia la consideración del tiempo en que ocurrió esa participación moral y física en el delito, porque el tiempo se compenetra con la importancia de la acción y, de ahí, con su gravedad.

Debemos distinguir los actos en tres series. Aquellos que precedieron los momentos de la consumación del delito; los que fueron concomitantes a los actos de consumación y los que fueron subsiguientes a la perfección del delito.

Cuando si el concurso de la acción ocurre en los momentos que precedieron a la consumación del delito, tendremos el auxilio o, según el lenguaje de la vieja escuela, la complicidad en sentido estricto.

Si ese concurso se efectuó en los momentos concomitantes a la consumación, tendremos la correidad. Si se produce en los actos subsiguientes, tendremos el favorecimiento o el auxilio, según la distinta cronología de la voluntad del partícipe.

Son tres las figuras que aparecen en este caso: el auxiliador, el correo y el favorecedor.

Consiste el auxilio, en cualquier acto ejecutado o prometido antes de la consumación del delito ajeno, acto con el cual, efectiva y voluntariamente, se concurre personalmente al mismo, sin intervenir, sin embargo, en su consumación. Decimos personalmente para distinguir el auxilio del concurso moral; y efectivamente, porque la eficiencia del acto es un elemento indispensable de la complicidad.

Como demostraremos en breve, la ciencia no puede admitir tentativa de complicidad. Quien ejecute actos extraños y privados de toda influencia material sobre el delito que otro esta cometiendo, aunque éste lo haga con el vano designio de facilitar ese delito, será un malvado imbécil, pero no un auxiliador. Así, quien para ayudar en un envenenamiento intentara preparar un veneno sin lograrlo, no sería cómplice ni atentador de la muerte que se consumara con otro veneno, porque su acción no habría tenido efectividad sobre ese delito.

Afirmamos voluntariamente, porque una acción, aunque sea eficiente respecto del delito, no vuelve cómplice del mismo a quien la haya realizado sin ánimo de dirigirla a esa finalidad. Decimos sin participar en la consumación, porque si el acto de cooperación ocurre en este momento ya no se es auxiliador, sino correo.

Correo es tomada en préstamo del derecho civil, en el cual se denomina correos las distintas personas ligadas con igual vinculo, solidariamente entre ellas, a una obligación cualquiera.

Por analogía con esta significación originaria, se denomina correidad la conexión existente entre todos los que toman parte en el delito en los momentos de su consumación, sin tenerse en cuenta la mayor o menor importancia de los actos ejecutados por cada uno. En este lugar no se distingue el momento de la perfección del momento de la consumación del delito.

En muchos delitos el momento de la perfección es ontológico y jurídicamente uno solo: es aquel en el cual fue violado definitivamente el derecho que es el objeto del delito de que trata.

Los momentos de la consumación (o los actos consumativos) pueden ser varios. Todos los que intervienen en los momentos de la consumación son correos. El verdadero autor será aquel que realiza el momento de la perfección del crimen. Si el delito es de tal naturaleza que en ciertas circunstancias admita más de un momento de perfección (como el hurto de una cantidad de cosas ejecutado por varias personas, el cual se perfecciona con cada aprehensión de la cosa ajena) serán varios los autores o coautores. Si no admite nada más que un solo momento de perfección (como el estupro), el autor no puede ser nada más que uno solo.

Podrán existir correos, por ejemplo, el que sujeta a la doncella que se resiste; podrán existir auxiliadores, por ejemplo, quien introdujo al autor a la recámara de ella; pero hablando con exactitud, no podrá haber coautores, a pesar de que en la práctica la palabra coautores se usa con más amplitud.

Posteriormente se quiso extender la denominación de correo al autor psicológico, de la misma manera como se quería extender la denominación de autor principal. De este modo, al mandante se lo denominó correo.

Pero desde que el delito deba consistir en el hecho externo, que es el único que puede violar la ley, aquellos que no participaron físicamente y de modo principal en el hecho, nunca podrán considerarse correos con el ejecutor físico, sin producir confusión en la tecnología científica.

Ellos no son otra cosa que accesorios al hecho ajeno. Este sería delito sin esa accesión, pero esta accesión no sería delito sin ese hecho.

Deducir la correidad del mandante con el mandatario del supuesto que aquél se encuentra igualmente obligado que el ejecutor, significa caer en una petición de principio, poniendo como postulado absoluto lo que no es nada más que una consecuencia discutible.

Se discute la demostración que de esta nueva nomenclatura se lee en un opúsculo de un hábil criminalista, en el diario "La Temi", vol. 6, p 481. Dice que al mandante le resulta apropiada la denominación de correo, porque son correos todos aquellos en los cuales existe la misma principalidad de la obligación, por la cual cada uno de ellos, si fuese el único deudor, sería plenamente reus.

Cualquiera puede ver la falacia de este argumento con solo recordar que el mandante no es deudor frente a la ley penal por el hecho propio, sino por el hecho ajeno. De modo que si el hecho de aquél, aislado del hecho de éste, no acarrea obligación alguna, la consecuencia es que la figura de aquél no puede ser más que accesoria a la figura de éste.

No debe ser una figura idéntica con aquél, sino una figura distinta, así como es distinta la acción material de la acción psicológica.

Condición indispensable de la principalidad es la de subsistir de por sí. Todo lo que para subsistir tenga necesidad de otro que lo sostenga, es y no puede ser más que accesorio.

Pero el concurso moral del mandante solo genera responsabilidad por el delito mandado al sicario, si éste lo ha ejecutado materialmente. Por lo tanto, éste es el reo principal; el otro no es nada más que un delincuente accesorio. Castíguese a la par, si así se desea, pero consérvese la nomenclatura que es congénita a la naturaleza de los entes, sin alterar el sentido genuino del lenguaje por una opinión.

Si bien resulta repugnante no poder denominar correos o coautores a dos delincuentes que por haber participado en el mismo delito son igualmente castigados por la ley positiva, obsérvese que igual o más repugnancia debe producir tener que llamar correos o coautores a dos personas castigadas desigualmente por esa misma ley.

De donde, siendo cierto que el mandante y el mandatario son castigados desigualmente cuando este tuvo sus motivos propios (código toscano, art. 50), es evidente que si para aplicar la denominación de correo o coautor fuera necesario servirse del criterio de la paridad de la imputación, la noción a priori del correo resultaría fluctuante, indefinida, variable. En tal caso, la ciencia solo podría darnos la noción a posteriori.

Por consiguiente, la noción del correo se debe buscar en el criterio ontológico. Se deben estudiar las cosas y según las distintas condiciones que constituyen sus distintas maneras de ser designarlas con nombres distintos para construir un lenguaje exacto y de ahí, según los principios reguladores de la respectiva naturaleza, determinar las reglas particulares de cada una, sin cuidarse si dos cosas ontológicamente distintas se encuentran sometidas a una misma regla que las domina a ambas, o viceversa.

El auxilio obtiene su importancia de la mayor o menor aproximación al acto de la consumación, y según esta aproximación se distingue en próximo y remoto. Naturalmente se entiende, que la imputación del auxilio se deberá graduar con arreglo a su cantidad física.

Deberá ser mayor en el auxilio próximo, consistente en actos que distan poco de la consumación del delito querido, y menor en el auxilio remoto, consistente en actos más alejados de ella, debiendo advertirse siempre que para juzgar sobre esa proximidad, los actos deben pesarse antes que contarse. Existe semejanza entre la cantidad del conato y la de la complicidad.

El criterio para distinguir en el simple auxilio si es próximo o remoto, puede ser análogo al que sugerimos para distinguir el conato remoto del próximo. Es necesario mirar el acto constitutivo de la complicidad.

Si este acto se conecta con los momentos de la consumación, con más facilidad el auxilio será próximo. Por ejemplo, a sabiendas se suministro el veneno o el puñal que debía matar. Si se conecta solo con los actos simplemente ejecutivos será más fácilmente remoto. Por ejemplo, se suministro la escalera para introducirse a la casa a robar.

Esto es lógico, porque la influencia de un acto se ha ejercido sobre la consumación y la del otro solo sobre sus antecedentes. De modo que, en cierta forma, el cómplice es transportado al campo y al momento de la acción sobre los cuales su acto tuvo eficiencia. Pero aquí no se puede encontrar un criterio realmente infalible, dependiendo todo de las circunstancias particulares.

Igualmente, no es discutible la regla de que en la correidad la imputación debe ser igual para todos los participes,

en cuanto atañe a la medida de ella que se deduce del hecho, sin consideración a lo que hizo uno u otro respecto de la consumación en sí, ya que esto es una eventualidad que no destruye la indivisibilidad del acto criminoso en el cual todos cooperaron conjuntamente.

También puede considerarse como una regla conforme a la justicia la de que el mero auxiliador, remoto o próximo, tiene que ser menos castigado que el autor del delito. A fuerza moral igual, la obra del auxiliador presenta una fuerza física menor en el delito que la del autor principal. Por consiguiente, sería injusto igualarlos. Esta es la verdadera y única razón de la disparidad de la imputación entre autor y auxiliador, y no la consideración de los motivos para delinquir, que alguno ha pretendido se deben presumir mayores en aquel que en éste, ya que este presunto menor interés es una conjetura arbitraria y variable, que, por lo tanto, no puede fundar un canon permanente de justicia.

Pero la equiparación en la pena del auxiliador con el autor, aunque mantenida por el código de Francia, es rechazada generalmente por los mejores criminalistas modernos e incluso por muchos franceses. Carece de peso el argumento de Cremani (Iib II, cap IV, 11) de que sin el auxiliador probablemente el autor no habría consumado el delito. Esta es también una hipótesis que no puede proporcionar una base sólida a una regla general. No vale el argumento de Schroter, que señala que es una mera casualidad que alguno haga más o menos en la acción delictuosa. Este argumento puede admitirse cuando se trate de participes todos intervinientes en los momentos consumativos.

Pero tratándose de un verdadero auxiliador, o sea, de uno a quien se le atribuyan actos ejecutivos del delito, precedentes al comienzo de los actos consumativos, resulta arbitrario afirmar que se debió a una casualidad que hiciera aquello y no esto. Tenemos lo hecho, y siempre se debe presumir que se hizo o no se hizo porque se quiso hacer o no hacer.

Respecto de quien le suministro el puñal al homicida antes del asesinato y sin asistirlo en éste, no tenemos la certeza de que habría tenido el coraje feroz de clavarle ese cuchillo en el corazón a un hombre.

¿Cómo es posible afirmar que esto fue una casualidad?

Kleinschrod reduce la cuestión a términos tan simples que en su simplicidad valen por cien disertaciones. El auxiliador, dice, debe ser menos castigado que el autor, porque el autor ha hecho todo el delito, mientras que el auxiliar solo ha hecho una parte.

Consecuentemente, en armonía con este criterio, si el auxilio fue tal que sin él el delito no pudiese absolutamente cometerse puede cesar la regla de la imputación desigual, porque esta influencia preponderante del auxilio sobre el delito, restablece el equilibrio entre aquellas dos fuerzas y le confiere al auxiliador el carácter de una causa determinante del delito. En este sentido se pronuncia también el código toscano, art. 57.

Advierto, sin embargo, que esta regla, por justa e incontrovertible que sea vista en abstracto, es igualmente espinosa y casi indefinible en sus aplicaciones concretas.

Además, en este tema del concurso de acción, importa definir cuales actos se exigen para constituir complicidad. Aquí se toma la palabra acción en su significado más amplio. De manera que también puede haber concurso de acción en un hecho negativo, incluso en una mera omisión o en la presencia, cuando la omisión o la presencia estaban voluntariamente coordinadas para facilitar el delito y lo facilitaron realmente.

El que monta guardia en la calle mientras el compañero roba en el domicilio ajeno; el que, con la finalidad de aumentarle el coraje, se encuentra presente en la muerte que su socio consuma; el sirviente que omite cerrar la puerta para que sus amigos saqueen la casa o que no acude a los gritos del patrón asesinado, porque precedentemente había prometido hacerse el de la vista gorda, todos son cómplices respectivamente del homicidio o del hurto, y todos son cómplices por concurso de acción.

Con el hecho de asistir mediante un acto corporal a la acción de su socio, la hacen propia, y su conducta, aunque negativa, se vuelve positiva respecto al delito, porque positivamente coadyuva.

Por consiguiente, también el acto negativo puede representar un concurso físico en la acción cuando concurren tres extremos:

1. Eficiencia de ese acto negativo sobre la consumación del delito.
2. Voluntad dirigida a ejecutarlo para ese fin.
3. Manifestación, tácita o expresa, de esa voluntad al autor principal.

Si concurriera la eficiencia sin la voluntad, no tendríamos un cómplice, porque tendríamos un concurso de acción sin concurso de voluntad. Si concurriera la voluntad sin la eficiencia, a esa voluntad inconexa le faltaría el concurso de acción. Si concurriera una intención malvada y una eficiencia eventual sin acuerdo con el autor del delito, faltaría el nexo ideológico entre la intención del culpable y la del pretendido auxiliador y desaparecerá por tercera vez la noción de la complicidad.

Escapa, de ahí, a la atribución de complicidad quien, por mera curiosidad, se haya detenido para ser espectador del homicidio cometido por otro, aunque con su detención haya facilitado eventualmente la muerte, porque el homicida hubiera pensado que se encontraba allí para asistirlo, y la víctima, creyéndolo un socio de su agresor, se haya desanimado en su posible resistencia.

Y escapa, también, a la imputación de complicidad quien, escondido sin saberlo los combatientes, se mantiene allí con la intención de ir en socorro del asesino cuando sea necesario.

El acto del primero tuvo eficiencia, pero careció del elemento de la voluntad que lo dotara de un nexo criminoso con la acción. El acto del segundo tuvo el elemento de la voluntad pero careció de eficiencia, porque su presencia desconocida no aumentó el coraje del agresor ni le produjo temor al agredido.

Uno será un desgraciado inocente, y el otro un malvado afortunado, pero ninguno de los dos será un cómplice del homicidio.

Finalmente, la noción de la complicidad no se puede aplicar al sirviente que enojado con el patrón, deja abierta una puerta de su casa con la esperanza de que algún ladrón se introduzca a robar, vengándose así de su patrón. Si, efectivamente, los ladrones entran y roban, existirá por parte del sirviente un acto que tuvo eficiencia sobre el hurto, ejecutado con mala intención, pero, no obstante, no será jurídicamente posible encontrar una complicidad entre dos que quizás nunca se han visto ni conocido.

Si quisiera castigarse al acto malvado de este sirviente será necesario aplicarle un título que lo castigue aisladamente.

En consecuencia, importaría hacer una deducción precipitada si a la nuda presencia se le atribuyera el carácter de complicidad, sin el apoyo de circunstancias que demostraran la intención dirigida al delito y el acuerdo de las voluntades.

La Corte de Casación de Francia (vease Dalloz, mot complicity, p 263, edit belg) decidió que un hermano, que se había mantenido como espectador inerte del homicidio que consumaba el hermano, no se podía considerar cómplice de aquél.

Cuando se admite que la nuda presencia puede ser un hecho constitutivo de participación en el crimen, se considera la duda bajo el simple punto de vista de la acción, presuponiendo, por otra parte, comprobado el elemento intencional.

Sobre este se exige una clara demostración, la cual se debe desear completa especialmente cuando se arriesgue el difícil asunto de sostener la complicidad, no en un delito consumado, sino en uno tentado.

Son necesarios, entonces, dos lances gigantescos:

Es preciso que el juez, de los actos de uno conjeture su intención especial dirigida al efecto más grave no obtenido, y que de la inercia del otro conjeture que este conjeturaba el ánimo del compañero y quería prestarle asistencia. Cuando se ve a la justicia moverse sobre estos hilos de telaraña no se puede evitar un escalofrío de espanto.

En cuanto de la complicidad por actos negativos tiene necesidad de distinciones muy importantes, porque el delito ajeno se puede facilitar con una simple omisión de dos maneras substancialmente diferentes. O sea, omitiendo una acción dada que habríamos podido realizar y cuya inejecución ha facilitado el delito, como si el sirviente al no cerrar debidamente la puerta ha facilitado la introducción del ladrón, u omitiendo un acto que realizado habría impedido el delito.

Respecto a la primera categoría de omisiones no hay seria disputa, porque el hecho omitido asume el carácter de medio de la ejecución, aunque en sí no sea el hecho criminoso.

Por consiguiente, todo es cuestión de saber o no saber. Si el que dejó abierta la puerta no tuvo conocimiento de que por ahí debían entrar los ladrones, no puede surgir una sospecha de complicidad, ya que no se puede querer lo desconocido, y sin voluntad no se puede ser cómplice. Existe una negligencia reprochable solo como hecho autónomo cuando involucra una falta en el ejercicio de un cargo.

Si, por el contrario, la omisión fue dolosamente dirigida a facilitar el delito, entonces se tiene muy claramente la noción de la complicidad por concurso en la acción siempre que exista el acuerdo, como antes lo he dicho.

La polémica recae, por el contrario, sobre la segunda categoría de omisiones: sobre aquellas que no han creado una materialidad facilitadora del crimen, sino que solo han hecho que la ejecución delictiva no se detenga, como habría sido posible.

Esta segunda forma de omisión se desenvuelve en tres casos:

1. En no haber amonestado al culpable.
2. En no haber detenido físicamente las acciones.
3. En no haber denunciado preventivamente el delito que se sabía que otro quería cometer.

Nace pues la duda de sí a pesar del conocimiento del delito que se iba a cometer y la posibilidad nuestra de impedirlo por uno de esos tres modos, nos volvemos responsables de complicidad por no haberlo impedido. La duda nace de que ese conocimiento y la no oposición al delito no puede confundirse con la voluntad y ni siquiera con el deseo de que el delito se cumpla.

En la solución del problema de sí el no amonestar, no detener y no denunciar, con la posibilidad de hacerlo, el delito ajeno, constituye o no un elemento de complicidad, los escritores y los legisladores han llegado a conclusiones muy distintas.

Algunos no encontraron reprochable el hecho de no amonestar y de no detener, buscando su excusa en el temor causado por el peligro propio, pero pretendieron que debía incriminarse la omisión de denuncia. Otros, haciendo una distinción totalmente empírica, enseñaron que la omisión de denuncia no debía imputarse en los delitos leves, pero sí en los graves y especialmente en los delitos contra el Estado. Doctrina que encontró acogida en los gobiernos absolutos.

Todos los criminalistas, sin embargo, que se atienen a la noción exacta de las cosas, señalan con razón que quien se limitó a no denunciar o a no impedir, jamás puede considerarse cómplice del delito, por la razón, que no admite replica: No se puede decir que con eso haya querido el delito, ya que puede haber omitido impedir por temor y omitido denunciar por piedad o por pudor.

De suerte que la existencia de una complicidad en un delito que no se ha querido sería un contrasentido lógico y jurídico.

Y de esta manera sacan la discusión del terreno de la complicidad y la llevan a la conveniencia de imputar esta omisión solo como delito sui generis.

Desde ese punto de vista, actualmente ha tenido cierto crédito la doctrina de la llamada solidaridad defensiva de los ciudadanos, que mira como un deber la prevención de los crímenes.

Se ha dicho que los coasociados tienen derecho a que cada uno de ellos, con posibilidad de hacerlo, prevenga con sus fuerzas privadas los delitos, y en el olvido de esta posibilidad de prevenir se ha encontrado una violación de aquel deber y una lesión de este derecho.

Al inicio de su desarrollo, el principio de la solidaridad ciudadana se manifestó en el deber de los municipios de responder por los daños derivados de los delitos cometidos en los respectivos territorios, y fue enunciado con la fórmula caución universal o, según Mittermaier, caución mutua.

Su desenvolvimiento en este aspecto fue discutido con mucha erudición por Feuerbach, Diss de Universalis Fideiussione, y por Kruseman.

De Fideiussione Universali Civium.

No fue nada más que un desenvolvimiento y, de esta manera, una mitigación de tal principio, la idea de considerar responsables no ya a todos los convivientes en la sierra del culpable, sino solo a los que habiendo tenido el poder de impedir el delito, se hubieran abstenido de hacerlo.

Esta idea fue aceptada por las cortes españolas en el proyecto penal de 1821, en el art. 494, y censurada por la Corte de Castilla la Nueva en sus observaciones sobre el proyecto en la p 59. Fue nuevamente propuesta en el proyecto portugués de 1862

La conveniencia de tal principio, que siempre puede ser discutido en un pueblo regido por instituciones libres y de avanzada civilización, no sería sostenible en un gobierno absoluto.

Krug tiene la idea de que la impopularidad de las leyes que castigan respecto del particular la omisión de denuncia, deriva del hecho de que los legisladores solo han impuesto la obligación de denunciar respecto de los delitos políticos. Al generalizarla, dice, se volverá popular, lo cual dudo.

Pero, por otro lado, es muy cierto que esta es una cuestión de principio y no de favor. O no se la debe admitir, o admitida debe generalizarse. Es indiscutible que si se quiere hacer de ella un delito especial, nunca le serán adaptables los caracteres de la complicidad.

La aceptabilidad del principio de la solidaridad ciudadana, así como la extensión que razonablemente se le puede dar a este principio para hacer del silencio o de la inercia un hecho delictuoso, no constituyen materia que corresponda al presente tema.

Aquí basta solo recordar que la utilidad e incluso la razonabilidad de imputar delictuosamente ciertas omisiones, nunca pueden ser suficientes para contradecir la naturaleza de las cosas y para hacer proclamar como verdad una contradicción.

Y existe contradicción absoluta entre la noción de la complicidad en un delito y la deficiencia de voluntad dirigida al delito.

Se podrá decir que quien no se vuelve soplón de ciertos delitos que han llegado a su conocimiento, viola un deber cívico y se hace pasible de una represión penal, pero jamás se podrá decir que el que se abstiene de denunciar se vuelve cómplice, a menos que se admita la exagerada presunción de que quien no denuncia el delito, desea y quiere que el delito ocurra.

Por consiguiente, fue errónea la opinión de los antiguos que admitieron la complicidad por reticencia. Más errónea todavía fue la opinión de Stubel, De corpore delicti, el cual no trepidó en enseñar que quien sabe que se va a cometer un delito y no lo denuncia, se vuelve coautor del delito.

Fue, también, un error de Schroter sostener que este era, por lo menos, un cómplice culposo.

Fuera de lugar se invoca la autoridad de Ciceron, De officiis, I, 7: iniustitiam etiam esse eorum qui iniuriam, ab iis quibus infertur, si possint non propulsant.

Como moralista, bien pudo haber dicho que se hace una cosa injusta al no socorrer en un peligro a nuestro semejante, pero no dice que esa inercia haga responsable del delito ajeno; ni habría podido decir que callando se quiere, o que sin querer se contraiga una sociedad criminosa.

Menos lejos de la verdad anduvo Tittmann, que, en quien no impidió o no denunció, encuentra, no las características del autor o del socio, sino solo las del fautor.

Se puede ser fautor de un delito incluso sin haber querido o sin querer el delito en sí, cuando conociéndoselo se favorezca su ocultación en daño de la justicia.

En este sentido podría no existir contradicción en encontrar una conexión de responsabilidad entre el culpable y el reticente, reduciéndose la cuestión a ver si conviene admitir un favorecimiento negativo.

Para finalizar, debo señalar que es tonta la solución que algunos pretendieron darle a esta controversia, diciendo que la complicidad nace, no de la presunta aprobación (!) del delito, sino del precepto legal, que habiendo impuesto denunciar, hace que quien no lo haga se vuelva partícipe del delito.

Así sería muy fácil resolver todos los problemas. Pero de este modo se destruye la ciencia y se va a parar al absurdo de encontrar el principio de toda justicia en el derecho positivo. En la ciencia no se debe buscar lo que haya dispuesto un legislador terreno, sino lo que éste pueda disponer sin chocar con la razón y sin lesionar la justicia.

Es momento de volver, brevemente, a las nociones que enuncie antes del segundo caso, para evitar una dificultad que podría perturbar la mente.

Dije que la palabra "hablada o escrita configuraba la orden, la coacción, el mandato, el consejo, la sociedad, casos todos de mero concurso moral.

Pero por esto no se debe creer que la palabra de lugar siempre solo a un concurso moral. Es preciso distinguir entre la palabra que simplemente actúa sobre la voluntad del autor físico y la palabra en la cual se exterioriza un comienzo de ejecución.

En esta segunda hipótesis la palabra constituye un verdadero concurso de acción, no solo en los delitos que consisten en palabras o escritos, sino en cualquier delito.

Cuando se le dice a otro: envenena, raptá, mata, y cosas semejantes, esta palabra no representa otra cosa que un impulso a la voluntad de quien debe actuar y, por consiguiente, no es un principio de ejecución. Pero cuando al farmacéutico se le dice: entregue el veneno; cuando con palabras insidiosas se induce a una virgen a trasladarse al lugar donde el raptor IB espera; cuando con palabra traidora se invita a la víctima al lugar donde el enemigo la matará, no se da impulso a la voluntad del agente, se da impulso directamente a la acción.

Distinción sutil, pero exacta, que separa el caso en el cual la palabra expresa solo un concurso moral, del caso en el cual la palabra constituye el concurso físico.

En estas y en otras hipótesis semejantes, la palabra no es ya un medio dirigido solo a determinar la voluntad del agente, sino que es un medio dirigido a determinar físicamente la acción. Es un acto externo del que tenía necesidad la ejecución del delito. Tales palabras convierten en auxiliares y a veces también en correos.

Naturalmente que lo mismo sucede en todos los crímenes que, como la blasfemia, la injuria, la conjuración, etc., se consuman con la palabra. Es preciso, en suma, distinguir la palabra excitadora del ánimo del ejecutor, que presenta los términos de mero concurso en la fuerza moral del delito, de la palabra ejecutora, que ofrece los términos del concurso a su fuerza física.

Al ser de otra manera habría casos de coeficiencia dolosa que escaparían a la imputación. El que sabiendo el peligro que corría la víctima señalada para un delito, la instigo a hacer algo que facilitaba su consumación, no sería un mandante ni un consejero, porque el consejo o la orden no fueron dados al autor, sino a la víctima del delito, y podría no ser un socio en el delito. Es necesario, pues, en los términos pertinentes, considerarlo como participante en la acción.

Y por cierto que lo es, ya que el hecho positivo de su palabra entró en la cadena de los actos ejecutivos del maleficio, ni más ni menos como la mano que hubiera empujado al infeliz al precipicio. Aquí la palabra no fue excitadora hacia el delito, sino su ejecutora.

Expresé que los actos consecutivos a la consumación del delito podían entrañar la noción del auxilio o la del favorecimiento, según la cronología de la voluntad de quien realizo esos actos.

Si, aunque sean posteriores al cumplimiento de la acción criminosa, fueron prometidos o concertados antes de la consumación del delito, los hechos se retrotraen a causa de su conocimiento anterior y constituyen verd

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.4 Casos Irregulares

En caso de limitar nuestros estudios solo a los casos ordinarios, ya habríamos agotado la teoría de la complicidad. Pero al enunciar hasta aquí las normas de la imputación para los diversos casos y grados de complicidad, hemos partido siempre de tres supuestos:

- 1) coherencia perseverante de las voluntades entre si;
- 2) coherencia de la acción con la voluntad;
- 3) coherencia de la posición personal jurídica de los participantes.

Ahora bien, esos equilibrados presupuestos pueden desaparecer en los casos particulares y, entonces, del desequilibrio nacen desproporciones que modifican las reglas establecidas hasta el momento. Es necesario, pues, detenernos todavía sobre esta teoría para examinar las consecuencias de esas posibles variaciones.

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.4.1 Coherencia perseverante de las voluntades.

La coherencia de las voluntades necesariamente debe haber existido en un momento para que exista complicidad. Si el consentimiento en el *idem placitum* criminoso no se ha producido nunca, resulta absurdo pensar en una conexión. El vínculo del querer común es el anillo que liga a los partícipes de un delito.

Si el socio o el mandatario no aceptó la propuesta criminal, se tendrá una nuda proposición para delinquir, punible *in gravioribus* como hecho aislado (código penal toscano, art. 54), pero no fundándose en la complicidad.

Esto debe tenerse en cuenta para el caso en el que el recusante haya consumado luego el delito al cual se había negado antes. También en este caso la falta de acuerdo excluye la complicidad, y surge la presunción de que el recusante haya actuado por cuenta propia. También aquí la proposición para delinquir será punible como hecho aislado, ocasionador, a lo mas, del delito sucedido. Pero nunca podrá ser punible como complicidad.

No obstante, la duda se produce cuando en un comienzo existió el momento del acuerdo y, en consecuencia, en el se tendría el fundamento de la complicidad, pero después se produjo un cambio en una de las voluntades antes concordes.

La duda surge acerca de si y como tal cambio pueda modificar las reglas de la respectiva imputabilidad. Esto sucederá siempre que uno o el otro de los participantes varíe de pensamiento y se arrepienta. ¿Cuál será el efecto de ese arrepentimiento? Esta es la finalidad de esta primera investigación.

Evidentemente, los casos son dos: o se ha arrepentido el autor principal, o se ha arrepentido su cómplice. Si se arrepintió el autor principal, aquel que debía ejecutar la consumación, su arrepentimiento no puede haber dejado de modificar la acción prevista, y los principios son obvios.

O este se arrepiente antes de haber llegado a un acto de ejecución, y su arrepentimiento favorece al socio, al consejero y al mandante, en el sentido de que no existiendo acto ejecutivo políticamente imputable, estos no quedan deudores nada más que del nudo mandato, del nudo consejo o de la nuda asociación, aisladamente considerados, si y en cuanto sean políticamente imputables como hechos criminosos autónomos.

Si el autor principal se arrepiente después de que, para la ejecución del delito, había realizado actos que constituirían una tentativa, habrá existido una tentativa para delinquir, sobre la cual podrá fundarse y medirse la imputación.

Pero esta imputación desaparecerá para el autor principal que tempestivamente se arrepintió, porque la detención de la acción criminoso a su respecto, derivo de una causa voluntaria, según veremos después.

En lo que respecta al socio, al auxiliador y al mandante, ese arrepentimiento del autor principal es una causa extraña a su voluntad, puramente casual. De modo que el arrepentimiento del autor principal los favorecerá para evitarles la pena del delito consumado, como los habría favorecido cualquier otro fortuito que hubiese producido esto, pero no escapan a la pena de la tentativa.

Si el arrepentimiento no se produce en el autor principal, sino en el socio, consejero, mandante o auxiliador, el caso se complica.

Después de dado el consejo eficaz, el consejero se ha arrepentido; después de preparado el veneno, el auxiliador ha sentido repugnancia por el delito para el cual tan precipitadamente había proporcionado los medios; después de emitido el mandato, el mandante lo ha revocado.

Pero estos arrepentimientos no han detenido al autor principal, el cual ha recorrido todos los estadios del delito preestablecido. Para todas estas hipótesis la ciencia establece reglas especiales que varían con arreglo a las circunstancias.

Si ese arrepentimiento ha quedado ignorado por el autor principal, la responsabilidad del mandante, del cómplice o del consejero permanecerá, evidentemente, la misma.

De ellos recibió el delito un impulso cuando lo quisieron, y, luego, cuando ya no lo quisieron, no estuvieron a tiempo para detener los tristes efectos del impulso dado.

Un arrepentimiento que no sirve para impedir el delito, no puede cancelar el impulso dado al mismo, y por el quedan plenamente responsables sus autores frente a la ley civil.

Pero si el autor principal conoció a tiempo ese arrepentimiento y no obstante prosiguió adelante, entonces teóricamente interviene una nueva distinción.

Es necesario considerar si el concurso del cómplice arrepentido sirvió o no para facilitar el delito o fue un impulso determinante hacia este. Si no tuvo eficiencia sobre el delito, el autor principal siguió adelante por cuenta propia y bajo su exclusivo riesgo, y los demás no son partícipes o responsables de su tenacidad criminoso. Pero si ese concurso de los arrepentidos sirvió para facilitar el delito; si, por ejemplo, el consejero había dado instrucciones indispensables para consumir el crimen o excitado la causa para delinquir en el autor, o el auxiliador había proporcionado lo necesario para ejecutarlo, no basta que estos se arrepientan después y que le hagan conocer a tiempo su arrepentimiento al autor principal, porque subsisten los efectos perniciosos de la malvada voluntad que ha cesado en ellos. En el orden de los hechos, ellos permanecen siempre siendo las causas del delito. Será necesario, por consiguiente, si quieren cancelar el mal hecho, que no se limiten a arrepentirse y a manifestar su cambio, sino que usen de todas sus fuerzas para impedir el delito, cuyo suceso será la consecuencia de su anterior conducta. He aquí la diferencia que intercede entre el caso del auxiliador o del instructor y el caso ordinario del mandante o del socio.

Estos no habían realizado nada más que un pacto criminal, y si lo disolvieron a tiempo por su voluntad contraria, aunque el autor principal prosiga en el camino del delito, se le presume desvinculado de ellos. Contra ellos solo queda el cargo del primitivo pacto, sea mandato o sociedad; el cual, en los casos pertinentes, únicamente puede castigarse como delito autónomo.

Pero los otros se encuentran en posición más desgraciada porque la facilitación o el impulso dado por ellos al

delito no es un hecho retractable, como lo es el consentimiento dado en un contrato.

Si el delito se produce, se produce siempre como continuación de un hecho que ha partido de ellos y que es irretractable, y que cuando se produjo fue dirigido por ellos precisamente al delito.

Por esto se puede ver que respecto de la utilidad del propio arrepentimiento, el simple mandante se encuentra en mejor condición de la que se encuentra en ciertos casos el consejero.

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.4.2 Coherencia de la acción con la voluntad.

Por el lado de la acción el equilibrio puede ser destruido tanto si la acción quedo atrás del querer, como cuando lo supero. Si la acción quedó atrás de la voluntad de los delincuentes, estamos en las reglas del conato, y resulta fácil resolver los distintos casos. Si la acción fue más lejos que la voluntad de los participantes, nos encontramos en los términos del exceso, y debe verse si de este exceso son responsables los delincuentes accesorios que no lo previeron.

Esta investigación, como la de la revocación, no permite que se le realice con mira especial al mandante. No.

La cuestión se vincula a principios más generales y puede presentarse con todo su interés en relación con cualquier caso de complicidad.

No solo un mandante pudo haber mandado golpear y el mandatario haber matado, sino que, igualmente, el consejero pudo haber insinuado herir y el otro haber matado; el socio pudo haber concertado que se lesionara y el otro haber matado, y el auxiliador pudo haber proporcionado los medios para alcanzar a una persona creyendo que solo se le causarían lesiones, y los otros haberla matado.

Por consiguiente, la cuestión del exceso debe colocarse en términos generales.

Ahora bien, la cuestión del exceso se resuelve combinando lo que dijimos antes en orden al primer caso, con los principios generales de la ciencia.

Es verdad que sin concurso de voluntad no puede existir complicidad ni siquiera cuando exista concurso de acción, y mucho menos cuando falte también este.

Pero para hacer responsable del exceso no siempre es necesario que la voluntad recaiga explícitamente sobre él.

La política exige que también en materia penal se admita dentro de ciertos limites el principio de que quien quiso los medios debe haber querido el fin.

Será una responsabilidad de menor grado y no será posible pensar en un dolo de deliberación respecto a este exceso.

Se habrá, por ejemplo, deseado con premeditación una lesión y se habrá causado un homicidio, sin premeditación. Pero alguna responsabilidad existirá sin duda, porque no se puede admitir que quien quiso un hecho del cual podía surgir con facilidad un efecto grave, se libre de responder de ese efecto con solo decir: yo no lo quería.

Lo que diferencia la materia del exceso de la examinada en la segunda figura del primer caso, reside en la posible previsibilidad de las diversas consecuencias.

Quien creía ayudar a un ladrón a robar no podía prever que, por el contrario, su compañero dirigía su intención hacia un delito distinto. De ahí que en el caso de delito de género distinto, la irresponsabilidad proceda como regla absoluta.

Pero cuando se habla de exceso se supone el mismo género de delito. Y en estos términos, la previsibilidad del efecto más grave da motivo para distinguir.

De ahí que en este punto sea muy sabio el criterio sugerido por Carmignani, que distingue entre exceso en el fin y exceso en los medios. El exceso en los medios existe cuando el mandatario, el socio o el compañero utilizan medios distintos de los ordenados por el mandante, sugeridos por el socio o concertados con el compañero.

Por ejemplo, se dio la orden de apalear y el ejecutor utilizó, por el contrario, un puñal; o habiendo arrojado durante la refriega el palo, uno de los compañeros se vale de un cuchillo y mata. Con seguridad que no se podrá decir que el mandante, el socio o el auxiliador, incluso presentes, sean responsables de esta muerte.

La variación del medio excluye el hecho del homicida de sus voluntades y el homicidio recae por completo sobre quien quiso por si solo usar y por si solo uso los medios que lo causaron.

Existe, por consiguiente, exceso en el fin cuando se han utilizado los mismos medios ordenados o concertados. Por ejemplo, en los casos recién supuestos, no ha sido el puñal el que ha dado muerte, sino el palo, vale decir, el medio que consintieron los compañeros o el que prescribió el mandante, aunque con intenciones más benignas he aquí como la voluntad referida a los medios basta para volver responsable incluso de las consecuencias sobre las cuales la voluntad no había sido explícitamente dirigida.

Esta responsabilidad del exceso en el fin procede sin dificultad, también cuando el exceso mismo resultante de los medios queridos es atribuible a un fortuito o a simple culpa del ejecutor.

Esa responsabilidad falta, sin embargo, cuando el exceso se produjo por dolo de éste, que a propósito, por maldad o para fines particulares, haya ido más allá de lo concertado o previsto con sus aliados.

En este caso, el efecto más grave encuentra una causa moral suficiente en su misma causa física, y en esto puede apoyarse la imputación de ésta.

He dicho por un fortuito, sin detenerme en la crítica que el gran Giuliani le hizo a Carmignani por haber enseñado esta verdad, como si éste, en contra de los principios científicos, hubiese imaginado un caso fortuito imputable.

La crítica se disipa tan pronto como se recuerda que el caso también es imputable cuando procede de quien versa in re illicita, y aquí nos encontramos, precisamente, en sus términos.

Desde luego, esta teoría del exceso, construida por Carmignani y elogiada por Romagnosi y después por la generalidad de los criminalistas, no choca con la teoría de la intención crimosamente distinta, sino que, por el contrario, se coordina con ella. Todo se resume con las siguientes distinciones.

La intención de dos culpables puede ser críminosamente distinta en sus condiciones subjetivas o en sus relaciones objetivas.

Es distinta en sus condiciones subjetivas, cuando en uno concurre el dolo de propósito y en el otro no; o en uno concurre el ímpetu, o la ebriedad o el error, y en el otro no. En estas condiciones cada uno debe ser juzgado con arreglo a su dolo particular.

Es distinta en sus relaciones objetivas, cuando la voluntad de uno tiende a un fin y la del otro a uno distinto, o bien cuando el hecho de este ha causado un efecto diverso. Aquí nace la subdistinción.

Si el efecto no previsto fue un delito de género distinto del representado por el fin querido por el partícipe, solo el autor del hecho responde de él.

Si di mandato de raptar a una doncella o cooperar en su rapto, pero uno de los raptos aprovechando la ocasión se enamora de su collar y se lo roba, no soy responsable del hurto, aunque mi conducta haya podido facilitar materialmente.

Si, por el contrario, el efecto no deseado fue un delito congénere del querido, aparece entonces la utilidad de la subdistinción, recién expuesta, del exceso en los medios y del exceso en el fin. Di mandato de raptar la doncella y los pícaros le ciñeron el cuello con un lazo, por lo cual resulto estrangulada. Yo no soy responsable del homicidio. Di mandato de raptar a la doncella y ordene que se le apretase el cuello para que no se oyeran sus gritos. Soy responsable del sofocamiento ocurrido, porque fue una consecuencia previsible de los medios deseados por mí.

Existe diferencia entre considerar a un delincuente responsable de los efectos materiales que sucedieron más allá de sus previsiones, y considerarlo responsable del estado de ánimo de su compañero.

En el efecto material más grave, se configura la lesión de un derecho ulterior que tiene necesidad de una protección especial, y cuando fue previsible con facilidad, por ser una consecuencia de los medios queridos, es justo poner su responsabilidad a cargo de quien fue su causa, aunque preterintencional.

El estado de ánimo del delincuente no configura una nueva violación de un derecho, sino una forma de la misma violación, por cuya forma no puede pesar la responsabilidad sino solo sobre aquel que en sí (esto es, en las condiciones de su ánimo) la presenta.

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.4.3. Coherencia en la posición jurídica de las personas

Sea que las reglas establecidas en materia de complicidad conduzcan a atribuirle al cómplice una imputación menor, o que conduzcan a hacerle una imputación igual que al autor principal, siempre presuponen que todos los concurrentes al delito no tienen calidades excepcionales en su persona.

Si alguno de ellos tiene en su persona una calidad que conduce a aumentar o a disminuir su imputación, resulta cierta la regla general de que de este agravio o de este beneficio no deben participar los compañeros.

De esta manera, la reincidencia, la calidad de extranjero u otras que lleven un agravamiento de la pena, o la imbecilidad, la embriaguez, la minoridad u otra semejante que importe una excusa, cuando concurren para uno y para los otros no, alteran la responsabilidad de aquél y dejan intacta la imputación de estos, y así se produce un desequilibrio totalmente accidental en las proporciones ordinarias de la imputación. Hasta aquí no hay dudas.

Pero existen casos en los cuales las calidades personales influyen sobre el título del delito. Sobre este caso se han producido serias disputas entre los escritores.

Por regla, las calidades agravantes que derivan de las circunstancias materiales del hecho son comunes a todos aquellos que participaron en el hecho. Siempre, sin embargo, subordinadamente a las normas del conocimiento anterior o del exceso, ya expuestas.

Así, son considerados responsables de hurto violento o de hurto con fractura también aquellos que no usaron violencias o no realizaron efracción, siempre que en el momento en que actuaron tuvieron conciencia de su concurso y a pesar de esto persistieron en actuar.

Esto es muy natural, porque esas circunstancias agravantes fueron un medio para el delito conocido y querido por todos, y es solo una simple casualidad que fueran realizadas por la mano del uno o del otro.

Cuando, sin embargo, las agravantes no nacen de una circunstancia material del hecho, sino de una calidad especial de alguna persona (como el parricidio que trae su agravante de la calidad de hijo del matador; o el famulato que la trae de la domesticidad del ladrón), ¿que se deberá decir?

¿El cómplice que no es hijo o que no es sirviente, será participe del agravante que nace de la calidad de hijo o de sirviente que tiene el autor principal? Es una cuestión delicada.

Algunos han mirado el nombre, y del hecho de que un delito cambie de nombre al ser consumado por una persona dada, han deducido que se cambia el título y han negado que en el mismo delito se puedan juntar dos títulos

distintos.

Los cómplices que conocieron las condiciones personales de su compañero, consintieron tomar parte en un delito al cual, debido al concurso de aquél, la ley le atribuía caracteres más graves, y por esto deben sobrellevar las consecuencias. Así, según esta doctrina, todos los conjurados que mataron a Cesar habrían sido culpables de parricidio, porque Bruto era hijo del dictador.

A partir de la decisión de la Corte de Casación dada en interés de la ley, el 3 de diciembre de 1812, hasta la decisión del 24 de marzo de 1853, la jurisprudencia de Francia se ha mantenido constantemente en este sentido riguroso.

Entre los más modernos, sostiene esta opinión Blanche (Deuxieme étude pratique sur le Code penal, París, 1864), quien resuelve la cuestión poniéndola de una manera que no parece muy exacta.

Dice que el título de parricidio emerge de las cualidades personales del muerto, y de ahí concluye que la agravante es inherente al hecho y por esto común a todos los que participan en éste.

El argumento no tendría réplica si verdaderamente la naciera de modo absoluto de la calidad inherente a la persona del muerto, como, por ejemplo, sucede con la calidad de sacerdote, de niño recién nacido, etc. Pero la calidad de padre solo es relativa. Existe frente a uno de los partícipes, pero no frente al otro. Por consiguiente, se vincula al hecho de uno y no al del otro.

Y de aquí nace la razón para dudar, la cual no se resuelve con la fórmula de Blanche.

Por el contrario, otros han considerado la cuestión bajo el punto de vista de la violación del deber. El cómplice que no es hijo o sirviente (dicen ellos) no ha violado el sagrado vinculo natural o no ha violado la fe y la obediencia debidas al patrón, y, por lo tanto, son menos culpables y deben ser menos castigados.

Pero lo cierto es que cuando la calidad que modifica el título se encuentra en el autor físico del delito, resulta algo repugnante dejarla inoperante respecto de los cómplices. Aunque a su respecto no exista violación del deber especial que liga al autor principal, ellos, sin embargo, han consentido y concurrido a la violación del deber a sabiendas (se supone) de que el deber iba a violarse. Esta observación llevaría a dudar de la doctrina más benigna.

Pero, por el otro lado, también es verdad que igualmente repugna que alguien sea castigado más severamente por ser cómplice de otro, de lo que lo sería si él hubiera sido el autor principal. Esta observación conduce, a su vez, a dudar de la opinión más severa, y pesa mucho sobre mi ánimo.

La opinión de los primeros parece estrictamente legal. Fue seguida por Carmignani, abrazada por Giuliani y virilmente sostenida por Rauter (Traite de droit criminel, 119) y por el insigne Molinier ("Revue critique", vol 13, p 86).

La opinión de los segundos es más humana. La sostuvo Armellini respecto del fratricidio; Cremani, Roberti y Rossi la sostuvieron en relación con el parricidio, y antes de este último, en Franela la habían sostenido Carnot (Instr, 2, 574) y Legraverend 11, 133) y después de él, Boitard (Código penal, p 294) y Chauveau (chap 11), y en Bélgica Koorebeck (Complicite, p 208), así como en España, Pacheco (Estudios de derecho penal, p 178).

Esta reforzada por la opinión de otros insignes criminalistas, entre los más recientes, por la del profesor Tolomei,

en su Derecho penal, Padua, 1863, p 218.

La fórmula más adecuada para resolver esta controversia es la que actualmente usa Trebutien. La complicidad, dice, solo puede ser real. La fórmula esta llena de sentido.

Significa que el cómplice es un accesorio del hecho, no de la persona del autor principal. Si el hecho es delito, aunque el autor principal no sea imputable, puede serlo el cómplice.

Si el hecho responde a un grado de imputabilidad de diez (a pesar de que el autor principal, por condiciones inherentes a su persona, no sea imputable más que como cinco, o lo deba ser como quince) la imputabilidad del cómplice se medirá sobre la medida de diez correspondiente al hecho, salvo la modificación en más o en menos de esta cantidad por las condiciones personales del cómplice.

Entre la persona del autor principal y la del cómplice no existe ningún nexo bajo el punto de vista de la respectiva imputabilidad. El nexo tanto del uno como del otro es con el hecho violador de la ley, y con la guía de esta sola relación se debe calcular y determinar la medida de la respectiva responsabilidad.

Pero en la aplicación de esta fórmula, Trebutien (influenciado por la jurisprudencia francesa) sigue una línea falsa cuando de la variación del nombre deduce la distinta realidad del hecho.

Si el homicidio, dice, se convierte en parricidio y el hurto en famulato, porque el autor del primero es un hijo y el del segundo un sirviente, es siempre por un nexo real que los cómplices se consideran respectivamente responsables de parricidio o de famulato.

Así, según él, la variación del nombre hace variar la cosa. De este modo, se llega a identificar la realidad con el nombre, y el nombre con la realidad, de manera que si la teoría hubiese querido o un legislador quisiera crear un nombre distinto para los delitos cometidos por los reincidentes o por los extranjeros, la calidad de extranjero o reincidente del autor del delito debería considerarse una realidad por el hecho de hacer surgir un título nominativamente distinto.

Que la premeditación fuera o no una realidad dependería de las eventualidades del lenguaje.

En Francia, donde se prefiere darle al homicidio premeditado el título de asesinato, la premeditación sería real, en tanto que en otras partes, debido a que el nombre de asesinato se reserva para su verdadero caso y el homicidio premeditado permanece bajo el título de homicidio, semejante calidad quedaría como una calificación personal. Me permito abrigar dudas sobre esta manera de definir la realidad.

El nombre resulta una eventualidad derivada de la fantasía de los eruditos que, incluso, puede no existir, ya que existen muchas circunstancias agravantes de un hecho que no varían su nombre.

Por consiguiente, la realidad del hecho criminoso no se encuentra en el nombre que le han atribuido los criminalistas, sino que reside en las condiciones materiales que constituyeron la acción; reside en los resultados, o sea, en el efecto criminoso que representa la violación de la ley.

Si las escuelas le hubiesen atribuido al tercer hurto un nombre especial, ¿no resultaría de aquí que la condición de reincidente del autor principal sería una calidad real?

Cuando una legislación, por ejemplo, la toscana, como veremos enseguida, haya suprimido el nombre de parricidio, es evidente que desaparece la razón deducida del nombre. De manera que las condiciones intrínsecas no serían nada según este criterio deducido del nombre.

Para que tenga realidad, se necesita que la circunstancia agravante constituya un momento físico de la ejecución del delito. Aplaudo, por lo tanto, la fórmula del profesor De Rennes, pero no me convence la aplicación que de ella hace en el caso del parricidio.

La teoría de la realidad corresponde muy bien al caso del particular que se vuelve cómplice del notario, que abusando de su función comete una falsedad en documento público: (Casación de Francia, 13 de abril de 1821).

Corresponde también al cómplice del médico, que abusando de su arte haya procurado un aborto: (Casación, 16 de junio de 1865). Pero, según mi parecer, no concurren sus verdaderos términos cuando se la quiere aplicar a una relación personal que no influyó materialmente sobre la ejecución o facilitación del delito y que (para decirlo con nuestra fórmula) no representó ninguna función en la fuerza física del maleficio, y la cual solo se toma en cuenta para el aumento que representa en la fuerza moral subjetiva u objetiva.

Dudo en esta grave cuestión. Sin embargo, me inclinaría hacia la opinión más benigna en aquellos casos en que la calidad personal signifique una simple agravación del delito, sin cuidarme del cambio de nombre, como en el parricidio y en el fratricidio.

Además, dos casos conducen forzosamente a la comunicación:

1. El caso en el cual la calidad personal le da la esencia al maleficio.
2. El caso en el cual la calidad personal sirvió de medio al delito.

· La calidad personal le da la esencia al delito en la deserción, en el incesto, en el adulterio y en la bancarrota, los cuales, sin la condición de soldado, de pariente, de casado o de comerciante del autor principal, se reduciría al lícito ejercicio de la propia libertad en el primer caso; a simple fornicación no imputable políticamente en los otros dos casos, o a un mero fraude civil en el cuarto. Exonerar en estas hipótesis a los cómplices de las consecuencias de las calidades personales del autor, sería lo mismo que acordarles la impunidad, y esto es absurdo. De la misma manera, cuando, en el caso inverso, la calidad personal le quita la esencia al delito, como en el caso del marido que haya tenido concubito con la propia esposa, no puede ser castigado ni siquiera el partícipe. Este punto me parece claro.

· Si la calidad personal de uno de los partícipes sirvió de medio al delito, como sucede en el peculado y el famulato, la agravante que nace de esta calidad personal va a compenetrarse en cierto modo con el hecho, lo mismo que el escalamiento o la fractura. Ella se vuelve una realidad en el riguroso sentido ontológico, porque no habiéndose podido cometer el delito sin la intervención de la persona en la cual concurría la calidad que lo hace más ocioso, la calidad misma ha servido de instrumento a la ejecución. Ella ha intervenido como elemento de la fuerza física del delito. Por consiguiente, en estas condiciones especiales, asumiendo la calidad personal caracteres de realidad, debe resultar con influencia sobre la suerte de todos los partícipes, que a sabiendas gozaron de sus beneficios. Es un extremo del famulato, que el ladrón, además de prestar servicio continuo y asalariado, haya cometido el hurto abusando de la comodidad del servicio. En relación con esta noción del hurto doméstico, es imposible negar que la condición de sirviente del autor del hurto tiene una verdadera realidad. Si el servicio fue

un medio, la calidad de sirviente lo fue también. La calidad de sirviente será personal, pero la eficiencia de la comodidad del servicio sobre el hecho es real. Por consiguiente, la Corte de Casación de Florencia, en dos sentencias (17 de febrero de 1855 y 28 de abril de 1860), se atuvo correctamente a la opinión más severa en el tema de la domesticidad, porque entre nosotros es de la esencia del famulato que el servicio haya sido un medio para el hurto. Pero esas sentencias serían discutibles en una legislación que le agravase la pena al sirviente también cuando la domesticidad no fuera un medio para el hurto y en los casos en los cuales de hecho el servicio no hubiera representado de ningún modo una ocasión para robar, de manera que en la condición del autor no se pudiera encontrar ninguna característica de realidad. En este caso, el agravamiento tendría toda su raíz en el odio contra la violación del deber, y no en la consideración del mayor peligro o de los elementos materialmente utilizados para la ejecución. Por cierto que de las decisiones mencionadas no se podría deducir una solución general del problema en sentido científico, y mucho menos una conclusión idéntica en materia de parricidio, en el cual es muy difícil de concebir la realidad de la condición de hijo.

Tengo que desarrollar una referencia hecha antes y demostrar así como asume distinta forma jurídica la grave cuestión de la comunicación de las calidades personales de uno de los partícipes en el homicidio.

Esto resulta del hecho que cuando el derecho positivo se propone este problema, puede proceder con dos métodos distintos, esto es:

1 Puede darle al delito un nombre especial a causa de la intervención de una determinada persona (el hijo del muerto) en el delito.

2 Puede dejar intacto el nombre del delito y no agravar su pena, sino solo establecer disposiciones especiales contra la persona en la cual concurre cierta calidad.

La divergencia de los efectos de éstos dos posibles métodos es irrecusable, y no solo refluye sobre la solución del problema, sino que, además, se remonta a la raíz de los argumentos con los cuales se pretende resolver. Es preciso, por consiguiente, que el problema se exponga claramente bajo ambos aspectos, para concretar sin equivocaciones la fórmula de la cuestión en uno y en otro caso, de manera que puedan discutirse sin confundir las ideas.

Primera situación:

La ley positiva ha aceptado la nomenclatura especial que usa la ciencia para designar la muerte de un ascendiente. Ha mantenido el título de parricidio. He aquí, en esta circunstancia, la génesis del argumento de Carmignani, generalmente repetido, y que constituye el caballo de batalla de la opinión más severa:

El título de parricidio es un título distinto del título de homicidio. Desde que el hijo interviene en la muerte del padre, el hecho no es ya un homicidio; se ha transformado en otro delito, y el extraño que participa en este delito especial, debe someterse a las condiciones del título en el cual ha participado.

Es repugnante (se sigue diciendo) admitir dos títulos distintos en un hecho único. El delito se ha modificado por esa intervención, y debe pesar sobre todos los partícipes bajo la nueva forma que ha asumido.

Llevada la cuestión sobre este terreno, se comprende muy bien por que la jurisprudencia francesa, combinando el principio de la indivisibilidad del título con la noción del autor y del cómplice, haya procedido casi constantemente distinguiendo según que el hijo fuese autor o coautor o solo cómplice de la muerte, y así haya comunicado la agravante en el caso del hijo autor o del hijo coautor (casación, 20 de abril de 1827; 16 de julio de

1835; 23 de marzo de 1843; 9 de junio de 1848; 11 de septiembre de 1851; 24 de marzo de 1853) y no la haya reconocido en el caso del hijo cómplice (casación, 27 de abril de 1815, asunto Balitout, y 21 de marzo de 1844).

Con esto se reduce la cuestión a una pura materialidad, por la cual el hijo que le encargue a otro la muerte del padre, no incurre en ninguna agravación de pena.

Es principalmente bajo este punto de vista que la cuestión se debate entre los eruditos, y es bajo este punto de vista que, según mi modo de ver, permanece todavía axiomática, aunque deba considerarse prevaleciente, la doctrina de la comunicación de la calidad personal del ejecutor al partícipe y de la negativa a valorar la calidad en el partícipe.

Este sistema puede ser justo y aceptable frente a las disposiciones literales de tal o cual derecho positivo. Pero no me convence frente al derecho filosófico, ya que no me parece que responda ni al sentido moral, ni al criterio político.

Si al aumentar la cantidad de un delito en razón de las calidades personales del agente, se tiene en consideración la violación del deber especial, el reproche no debe aumentar más que respecto de aquel que aparezca ligado a él, y respecto de éste debe aumentar tanto si fue autor como si fue cómplice.

Pero si, por el contrario, la calidad personal se considera como elemento de gravedad política a causa de la mayor alarma que despierta el delito cometido por algunos, de la mayor facilidad para cometerlo, de la más fácil impunidad y de la aminoración del poder de defenderse de él, entonces la calidad personal asume el carácter de circunstancia del hecho criminoso y figura entre los elementos de su materialidad, y echando su peso sobre la balanza política, debe pesar indistintamente sobre todos los conocedores o consocios en el crimen, sin distinguir si en el lenguaje científico o legislativo, a aquél en el cual esa calidad se encuentra, se le ha dado el nombre de autor, correo, auxiliador, consejero, mandante o socio.

Desde el momento en que esa calidad ha ejercido sobre el hecho la influencia temida por la ley, las previsiones de esta se han cumplido, y el delito se agrava a cargo de todos.

He aquí, a cuales términos debería conducir la solución de este problema frente a la pura razón científica. Y este modo personal de ver es totalmente conforme con la doctrina de Roberti, que se ocupa ampliamente de él en su Curso de derecho penal, Vol. 2, núm. 692 al núm. 700.

Y es también conforme a la jurisprudencia napolitana, como lo hace notar el diccionario de Armellini en la palabra complicidad.

3. Lo que debe determinar la definición del título, no es la eventualidad de que la calidad aborrecida se encuentre en el autor o en el cómplice. O, más bien, no es de la definición de un título especial o de la asignación de un nombre especial de lo que debe depender la resolución del asunto. Sino que debe depender de la influencia concreta que la calidad personal tuvo sobre la ejecución del delito, en cuanto se quiera considerar el hecho como realmente más grave; o de la consideración del deber violado, en cuanto se pretenda considerar como más odiosa la acción de la persona que lo violó al delinquir.

Segunda situación:

Pero la cuestión asume una forma totalmente nueva y especial cuando se presenta frente a una legislación positiva, que (como el código penal Toscano de 1853) no haga diferencia en el título entre la muerte del padre y la muerte del extraviado.

El código toscano no contiene el título de parricidio. Como el extraño, el hijo parricida es castigado con la muerte si el homicidio fue premeditado (art. 309). Lo mismo que el extraño, es castigado con causa de fuerza de siete a doce años, si el homicidio es simplemente voluntario (art. 310).

Frente a este código o a otros semejantes a él, la cuestión no se puede poner correctamente bajo la fórmula de la comunicación de las agravantes, ni puede sufrir el influjo del principio de la transformación y de la indivisibilidad del título.

El código toscano ha expresado su odio contra la maldad del hijo, no con la agravación de su situación en los casos ordinarios, sino negándose toda minoración de la imputación en los casos en los cuales, en razón de condiciones excepcionales, la ley se la habría concedido a otro.

Si el homicidio premeditado es contra un ascendiente, no está permitido admitir las circunstancias extraordinarias que autorizan a imponer la ergástula en vez de la muerte (art. 309, 4). Cuando el homicidio es imprevisto, no se admite la excusa de la provocación si el muerto era un ascendiente del matador (art. 310, 31).

Ahora bien, a mi no me parece una sutileza, sino una verdad positiva, afirmar que frente al código, la cuestión es totalmente distinta de la que en general tratan los escritores sobre la comunicación o no del título de parricidio.

En consecuencia, en nuestro caso no se trata de la consideración de una circunstancia que agrave la cantidad o que cambie el título del delito, sino que se trata de la valoración o no de una circunstancia que por regla general degrada su fuerza moral subjetiva y, de este modo, aminora la imputación del mismo. Se trata de una cuestión que se aproxima más al argumento de la intención críminosamente distinta y de la que ya he hablado, que al problema de la comunicación de las calidades personales influyentes sobre el título, a las cuales aquí se hace referencia.

La equidad, la moral y la justicia, frente al silencio de la ley, primero le impusieron a todos los jueces castigar menos al matador o al heridor que fue conducido a las violencias por una grave provocación. Luego hicieron de esto un precepto científico. Finalmente, condujeron a todos los buenos legisladores a acoger esta excusa en sus códigos como precepto absoluto. ¿Y por qué ha sucedido esto? Por la intuición de una degradación en la fuerza moral del delito.

Al provocarlo se le aminora la imputación, porque la conmoción de la justa indignación excitada por las injustas violencias ajenas, lo pone en un estado de intención imperfecta.

Por regla, no es tolerable que en la balanza de la justicia una intención imperfecta pese igual que una intención perfecta y completa en todos sus momentos morales de inteligencia y de libertad. He aquí la razón de la excusa. Pero por supuesto, que esta excusa es enteramente subjetiva, totalmente individual. No reside en el hecho, sino en las condiciones del ánimo del agente. No altera la cantidad del delito considerado en sus elementos de hecho. Pero ese delito se imputa menos a quien lo comete bajo el impulso de una voluntad menos libre o menos lúcida.

Consiguientemente, esta excusa debe buscarse mediante indagaciones subjetivas en cada uno de los delincuentes, como la minoridad, como la debilidad mental, como la coacción, propia o impropia; como el error, la ebriedad u

otra semejante, que se encuentra en uno de los delincuentes y en otro no, porque éste ha actuado con plenitud de intelecto y de libertad de elección, en tanto que el otro lo quiso porque su libertad fue restringida o porque su intelecto fue perturbado.

Por consiguiente, no resulta repugnante a la ciencia (y, por el contrario, esta en estricta armonía con las reglas de buena justicia) que de dos heridores, uno pueda considerarse provocado porque sufrió graves violencias de parte de su enemigo, y el otro no, porque se lanzó a la reyerta movido por una barbara sed de sangre o por odio, sin ninguna razón que pudiera hacerle considerar como propias las injurias sufridas por el provocado.

En materia de excusas deducidas de un estado de ánimo especial, no puede haber comunicación jurídica.

Considero esta regla como absoluta, porque no encuentro la razón de la excusa en la hipótesis (para mi extraña) de la pérdida del derecho en el provocador, sino en la realidad irrecusable de la modificación del estado del ánimo del delincuente.

Deseo advertir que esta regla no vacila por la costumbre de admitir provocación (o excusa de justo dolor) en las ofensas no causadas a nosotros mismos, sino a un pariente o amigo o, en general, a una persona que nos es querida.

Quien objetara así para impugnar la regla que afirmo, argumentaría sofisticadamente.

Cuando he lesionado al que golpeo a mi hermano, no alego como excusa la turbación de ánimo que ha sufrido mi hermano, sino la turbación de mi ánimo, justificada por las ofensas infligidas a una persona que me es querida.

No es una comunicación de un estado intencional que se realiza de un hombre a otro. Es la valoración del estado intencional subjetivo en cada uno de los agentes.

Pero si, por el contrario, provocado por Cayo, me pongo a luchar con él, llega por casualidad un extraño y movido por el odio que abriga contra Cayo, lo mata supuesto que a ese extraño no lo liga ningún vinculo de afecto conmigo y que ni siquiera conoce la provocación que he sufrido antes, ¿sobre cual principio moral o jurídico se fundaría la excusa que se pretendiera admitir a favor de ese extraño? Supóngase al revés, que yo haya golpeado a Cayo y que este me haya vencido y que este golpeándome; si yo reacciono no seré un provocado, pero si mi hermano llega casualmente allí y viéndome en tierra maltrecho bajo los golpes de Cayo, siente conmovido su ánimo y lo hiere, será necesario concederle a mi hermano una excusa, aunque a mí se me niegue, y será preciso que a mi se me niegue, a pesar de que a él se le conceda. El dolo es individual. Toda graduación del dolo debe ser individual.

Repito, por consiguiente, como regla absoluta, que todas las excusas que tienen su raíz en la fuerza moral subjetiva del delito, deben regularse con una medida enteramente especial en cada uno de los delincuentes. Y no comprendo por qué motivos (respecto de esta verdad que todas las jurisprudencias admiten constantemente en materia de circunstancias atenuantes), alguno abriga dudas para admitirla, a propósito de la más sólida valoración de los grados del dolo.

Hago esta aclaración previa para abrir camino a la solución de nuestra duda en el segundo caso que propuse, porque me parece que negada la insostenible tesis de la indivisibilidad de la excusa, y admitido, por el contrario, el principio de su individualidad, la solución del asunto no resulta ya ni difícil ni discutible.

¿Que ha dispuesto, en efecto, el código toscano cuando le ha negado al hijo que mata al padre la excusa de la provocación?

Ha sancionado el supremo principio moral de la reverencia que se debe a la sagrada persona de los ascendientes. Si bien el padre se excedió incurriendo en indebidas violencias, no merecidas, quizás, por el hijo, este nunca debió olvidar que era hijo. Tampoco aquí se considera el derecho del provocante, sino la posición del provocado.

En el hijo cuya indignación ha sido provocada por las injustas sevicias paternas, existe, como en otra persona, la perturbación del ánimo, pero la ley ha desaprobado esta perturbación en el hijo, en tanto que, si no la tolera en otro, a lo menos por benigna compasión a la fragilidad humana, la lamenta y la excusa.

Esa perturbación del hijo no se considera justa, porque la ley la desaprueba y al hacerlo no hace más que repetir un precepto de la ley natural, que le impone a los hijos tolerar pacientemente incluso los excesos de aquellos que les dieron la vida. Es, por consiguiente, un deber enteramente excepcional en el individuo, el de sufrir los golpes sin reaccionar. Este deber no se puede extender al extraño.

Por tanto, la razón de la inadmisibilidad de la excusa no es común al extraño. Este se debe juzgar según el estado de su propio ánimo. En él es justa la indignación o el dolor que en el hijo es injusto.

Si veo golpear brutalmente a mi esposa, mi indignación es justa, y también lo es si soy personalmente golpeado en forma brutal, a pesar de que en uno y otro caso el golpeador sea el padre de mi esposa. Nadie duda que cuando yo llegue a matar a mi suegro como reacción por los golpes propinados a mi esposa o a mí, puedo ser excusado. Pero si sucede que mientras yo reacciono contra mi suegro, mi esposa se me une, de inmediato surge la terrible duda. Mi esposa es hija de mi agresor. Si es declarada autora o coautora de la muerte, no es excusable, porque así dispone (y sabiamente lo dispone) la ley.

Pero la excusa que me protegía en la reacción contra mi agresor hasta el momento en el que intervino en la lucha su hija, ¿habrá, por consiguiente, desaparecida mágicamente en un instante?

La ley que justamente valoraba mi razonable indignación como excusa frente a los primeros golpes que le propine al enemigo, ¿cancelará de pronto esta concesión, porque llego el hijo de mi enemigo y se me unió para lesionarlo?

La degradante que me favorecía mientras era autor del delito, ¿no deberá favorecerme más por haberme vuelto cómplice?

Si se afirmara esto, el formulismo de la denominación de autor o coautor tendría mayor fuerza que la verdad. La ley natural y la ley social no me imponían la obediencia pasiva y la tolerancia a las violencias de un extraño.

Se me debe juzgar con arreglo al conjunto de los hechos en todo aquell

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.2.5 CASO ESPECIAL DE TENTATIVA

En ocasión de un hurto de gas se suscito en Alemania una viva disputa entre eminentes profesores sobre la siguiente cuestión:

Si a un ladrón se le puede imputar conjuntamente un hurto consumado y un hurto tentado, a consecuencia de la relativa consumación y de la relativa tentativa de que se haya hecho culpable en la misma acción.

Debe notarse que la cuestión se coloca en el caso de una misma acción. No se supone que el ladrón hubiera consumado hoy el hurto de una parte de los valores que pensaba robar y que mañana volviese a intentar el hurto del resto. En estas condiciones no cabe cuestión, porque la nueva acción es ontológicamente distinta de la primera y cada una de ellas presenta los términos de un delito autónomo, los cuales podrán ligarse en los casos pertinentes con el nexa jurídico de la continuación, pero nunca considerarse como delito único.

La hipótesis que se hace es la siguiente: Cayo se ha introducido en una casa donde había 2.000 liras, con la intención de robarlas todas. Cuando ha tomado 20 y las ha puesto en su bolsillo, es sorprendido, impidiéndosele tomar las otras 1.980. O bien, ya ha tomado y guardado en su bolsillo 1.000, cuando es sorprendido, impidiéndosele robar las otras 1.000.

Se pregunta si ese ladrón debe ser castigado solo por el hurto consumado de 20 o de 1.000 liras. O si debe serlo solo por una tentativa de hurto de 2.000 liras. O bien, si conjuntamente ha de ser castigado por el hurto consumado de 20 o de 1.000 liras y, además, por la tentativa de hurto de las otras 1.980 o 2.000 liras.

Geyer responde a esta cuestión diciendo que se debe acumular la pena del hurto ya consumado, con la de la tentativa de hurto del remanente.

Por el contrario, Glaser sostiene que solo se debe aplicar la pena de la tentativa de hurto del todo (2.000 liras), la cual absorbe la pena exigida por el hurto de la suma ya guardada en el bolsillo, porque este no representa nada más que un principio de ejecución del hurto de las 2.000 liras propuesto.

Considero radicalmente falsa la solución de Geyer e incompleta la de Glaser. La cuestión se debe resolver con una tercera fórmula, más en armonía con los principios y más conforme con la justicia en sus aplicaciones prácticas.

Aquí no entran los términos de la continuación, a lo menos con arreglo a las nociones con que nuestras escuelas acogen la doctrina de la continuación y con las cuales es aplicada prácticamente en Toscana.

Respecto de hurto no es posible encontrar continuación delictiva en la mera repetición de actos, si no hay repetición de acciones.

La repetición de los actos es tan connatural al hurto y casi tan inseparable de él, que el hecho de deducir de ella la noción del hurto continuado, conduciría al absurdo de considerar como continuados todos los hurtos que recaen sobre más de un objeto.

Así, un ladrón que hubiera cortado un ramo de cerezo y llevado cincuenta cerezas, sería menos castigado que el que, trepado al cerezo, hubiese cortado veinte cerezas, ya que este repitió veinte veces el acto material de tomar una cereza y colocarla en el bolsillo con fin de lucro, y cada uno de estos actos representaba en si mismo un delito de hurto completo.

Debe decirse lo mismo del ladrón de dinero, que sería menos castigado si hubiera robado una billetera con sesenta liras, que si hubiese robado solo veinte, pero tomándolas y guardándolas una a una.

Es de la naturaleza del delito de hurto y de muchos otros, la repetición de los actos. Por ello no es posible, por consiguiente, abandonar el concepto del delito único.

Dejamos, pues, de lado la teoría de la continuación, la cual no encuentra términos hábiles en el caso propuesto, y que, por otra parte, no representa nada más que un sucedáneo de la solución de la cuestión. Sería prepóstera partir de esta noción, que supone resuelta la cuestión de la pluralidad de los delitos. Sería una palpable petición de principios.

Solo cuando la cuestión fuese resuelta en el sentido de la pluralidad de los delitos y de las imputaciones, podría buscarse si corresponde aplicar las dos penas en su totalidad, o si deben unificarse en una pena media, merced a la idea de la continuación.

Geyer sostiene que existen dos delitos punibles. Uno consumado y otro tentado, y que, por consiguiente, se deben aplicar las penas correspondientes al hurto de 20 o de 1.000 liras ya consumado y al hurto tentado de la suma remanente.

Sin embargo, esta doctrina es, en primer lugar, radicalmente injusta, porque si, por una necesidad jurídica, para que una tentativa sea políticamente imputable, debe encontrarse un elemento material que constituya su fuerza física subjetiva, será preciso que al acusado se le pueda reprochar como elemento material del atentado que se le quiere imputar, una serie de actos externos idóneos, constitutivos del principio de ejecución.

Ahora bien, en el caso propuesto, ¿donde están los actos externos exclusivamente referibles al segundo delito atribuido, esto es, a la tentativa de hurto de la suma remanente? Es evidente que para esta función se deben hacer servir la introducción del ladrón, la apertura del mueble y la aprehensión de las 20 o de las 1.000 liras. Pero todos estos actos externos ya han pesado sobre la balanza de la justicia. Se le han imputado todos al justiciable como elemento material del hurto consumado y cuya pena ya se le ha aplicado.

Es injusto imputar dos veces el mismo acto externo. Para la tentativa para la cual se desea también una pena, no queda, por consiguiente, nada más que la intención, y de la sola intención se pretende hacer una tentativa punible.

Además, la doctrina de Geyer conduce al absurdo. Para palpar esta verdad apliquemos nuestra hipótesis a un texto legal.

Tomemos el código toscano. El hurto consumado superior a 1.000 liras es castigado con un máximo de cárcel

hasta 5 años (art. 376, let. d). La tentativa de hurto de 500 a 1.000 liras es castigada con un máximo de cárcel hasta 18 meses (art. 45, vinculado con el art. 376, let. d).

Si había 2.000 liras y el ladrón las robo a todas, no se le podrá aplicar una pena mayor a 5 años de cárcel.

Si de esas liras robo (esto es, tomo y echo al bolsillo) 1.200, esto autoriza a imponerle por el hurto consumado los 5 años de cárcel íntegros.

Pero si se convencen de que el ladrón tenía la intención de tomar también las otras 800, la doctrina de Geyer autoriza a infligirle a ese ladrón, además de los 5 años, otros 18 meses de cárcel por la supuesta tentativa de hurto de las otras 800 liras.

He ahí que, por un lado, se establece que el ladrón de 2.000 liras que se ha guardado en su bolsillo todas, no puede ser castigado con más de 5 años de cárcel; y, por otro lado, se comprueba que puede ser castigado con 6 años y medio y de cárcel el ladrón que queriendo robar 2.000 liras, solo alcanzo a guardar 1.200, porque su acción fue interrumpida.

Por consiguiente, se castiga más a éste que a aquél por la única razón de que consumó una lesión menor del derecho atacado; por la única razón de que no pudo llevar a término todo su malvado designio. Esto involucra un contrasentido. Es absurdo.

Pero Geyer encuentra una razón especial en su hipótesis, por la particularidad de que supone que el ladrón solo ha guardado en su bolsillo 4 florines.

Ahora bien; como el código austríaco considera una contravención el hurto de 4 florines y un crimen el hurto de 1.000, le parece que no implica contradicción alguna sostener que un mismo acto constituye una contravención consumada y al mismo tiempo una tentativa de crimen.

En virtud de esta observación se puede creer (si nos es posible captar los abstrusos pensamientos de Geyer) que éste debiera tener una doctrina diversa cuando el ladrón no hubiera guardado solo 4 florines, sino el número de florines que el código austríaco exige para que el hurto pase de la contravención al crimen.

En efecto, agrega Geyer, que sería contradictorio si una persona fuera castigada por tentativa de homicidio a causa de la primera herida inferida y por homicidio consumado a causa de la muerte producida por una segunda herida. Pero no repugna, dice él, que pueda concurrir una condena por lesión corporal grave con otra por tentativa de homicidio en una misma acción, porque estos dos títulos pueden concurrir idealmente, cuando la ley señala una línea de confín entre la lesión y el homicidio, como lo hace entre la contravención y el crimen.

Pero este orden de razonamiento se vincula con un concepto más vasto que, desgraciadamente, informa además de la presente, otras cuestiones de derecho penal igualmente muy interesantes.

Se vincula al concepto de la escuela nominalista, la cual, frecuentemente, para decidir una u otra cuestión, se vale de la eventualidad de que a un hecho se le haya atribuido uno u otro nombre.

Para nosotros, que nos consideramos secuaces de la escuela ontológica, el nombre no es más que un accidente. La ciencia a priori no conoce nombres, sino hechos. Y a los hechos los estudia y les aplica las reglas jurídicas según los propios principios fundamentales.

Entonces resulta repugnante decir que si el ladrón ha echado a su bolsillo solo 4 florines, ha consumado un hurto, y luego decir que no lo ha consumado, sino simplemente tentado, si en vez de 4, se guardo 50 florines, como llega a admitirlo Geyer, para cuya distinción ideal, el hurto ya consumado de los primeros 4 florines desaparece solo porque el ladrón ha tomado otros.

No puede haber una distinción de especie por el simple accidente de un nombre. Si el hecho de comenzar a tomar parte del dinero cuya totalidad se pensaba robar, constituye el principio de ejecución para el hurto de la totalidad cuando se tomaron 10 monedas, también lo debe constituir cuando se tomaron 4.

Único es el designio criminal. Toda la serie de actos exteriores ejecutados por el delincuente no es más que una cadena de otros tantos momentos físicos de la ejecución de ese designio.

La definición del delito según la resultante de los momentos ejecutados o de la maldad del designio, dependerá, como se verá después, de la relativa gravedad, pero siempre se deberá encontrar en él un título solo.

Repugna que un designio criminoso único, dirigido a un único fin, y una única serie de actos ejecutivos congéneres y convergentes al mismo delito, se dividan para dar lugar a dos penalidades distintas.

En el hurto y en la efracción también existe la distinción nominal, sobre la cual funda Geyer su diferencia ideal, porque el hecho del daño causado a los inmuebles y el hecho del hurto de cosa mueble, tienen en la ley (de acuerdo con la fórmula de Geyer) una línea determinada que los separa.

Diferentes en el nombre, el daño y el hurto pueden ser también distintos en la clase según las eventuales disposiciones de una ley positiva, que lo coloque al primero entre las contravenciones y al segundo entre los crímenes.

Pero por esto, ¿al ladrón mediante efracción se le deberá aplicar la doble pena del hurto y del daño?

Más armónicamente con los principios, Glaser sostiene que en la hipótesis propuesta se debía atribuir un solo título e irrogarse una sola pena, en vez de infligírsele al reo una pena doble en razón de haber sido interrumpido.

Señaló que quien se vuelve culpable de tentativa de lesión grave no debe ser castigado al mismo tiempo por esta tentativa y por la lesión leve consumada que produjo, aunque esta no sea más que una contravención.

Tiene por dominante la unidad del designio, cuya ejecución completa estaba constituida por una serie compleja de momentos agotados. Y en la ejecución de un número mayor o menor de estos momentos, no encontró una razón para admitir la separabilidad en dos títulos de delitos distintos, constituido uno por los actos ejecutados y el otro por la intención. De ahí deduce la imputabilidad de un único título, y la deduce bien.

Sin embargo, al decir cuál debía ser el único título imputable en la cuestión propuesta, se pronunció indistintamente por la tentativa de hurto de la suma total que se pretendía robar. Pero aquí no estuvo en lo cierto.

En efecto, respecto de la indistinta admisión de la tentativa, se le puede objetar que, a su vez, esta doctrina también conduce al absurdo.

Supóngase que el ladrón (en la hipótesis que antes aplicamos al código toscano) ya hubiese tomado 1.200 liras. Con esto ya ha incurrido en la pena de cárcel hasta 5 años (art. 376, let. e).

Pero este ladrón quería robar 2.000 liras.

Si se acepta sin distinción la fórmula de Glaser, se deberá decir que la aprehensión de las 1.200 liras no es más que un principio de ejecución del hurto de las 2.000, y, de esta manera, ella solo deberá tomarse en consideración para un hurto tentado de 2.000 liras.

Ahora bien, sabemos (arts. 45 y 376, let e) que la tentativa de hurto de 2.000 liras no se puede castigar con cárcel mayor de 30 meses.

Por lo tanto, al ladrón que por haber tomado 1.200 liras se le podía infligir 5 años de cárcel, no se le puede infligir más que 30 meses si aduce y prueba que no solo quería robar esas liras, sino que pretendía robar más.

Por consiguiente, la mayor maldad del designio se convierte en una circunstancia que aminora la imputación del delito. Lo que es absurdo.

Por lo tanto, la fórmula de que en un sentido absoluto se debe aplicar la pena del hurto tentado sobre toda la cantidad, no puede ser absolutamente verdadera.

Es necesario, en consecuencia, tener por cierto el concepto de la unidad del título, pero expresándolo con una fórmula que permita distinguir según 109 casos y que siempre conduzca a resultados lógicos y conformes con la justicia.

Si recurrimos a la doctrina de Carmignani, encontramos que la fórmula esta lista. Es la fórmula de la prevaencia, con la cual resolvió claramente los más abstrusos problemas, sea en el conflicto de varios títulos en materia de clasificación de delitos o de un atentado y de un delito consumado.

Aceptado el principio ontológico de que la unidad de la acción y del fin no permite que en un único hecho se encuentren conjuntamente dos títulos delictivos distintos, aunque aquél este materialmente dividido en varios momentos concatenados entre sí con la relación de medio y de fin, surgía la necesidad de determinar cual era el ente jurídico al que debía dar vida una serie de momentos ejecutados por un determinado fin, cuando por casualidad los distintos medios produjeran la lesión de distintos derechos, o cuando la lesión causada por estos difiriese de la producida por el último acto representativo del fin del agente.

Era imposible en esta indagación no caer (según los casos) en un absurdo, estableciendo una regla general que reconociera el criterio determinante del título solo en los medios o solo en el fin.

Este criterio no se podía deducir ni de la naturaleza del medio ni de la del fin, sino que era preciso recurrir a una regla ontológica más amplia, quiero decir, la de que lo más absorbe a lo menos.

He ahí el concepto de la fecundísima teoría de la prevaencia. Entre todos los momentos que componen la acción criminal, sea que atañan a los medios o al fin, se debe buscar el que lesione un derecho de mayor importancia, o el que la ley quiere castigar más severamente.

En este derecho se debe buscar el criterio determinante de la esencia jurídica del delito, y definirlo con arreglo a

él. Cualquier otro criterio resulta falaz en cualquier aplicación práctica, y no puede ser tomado como absoluto.

En efecto, ¿cuál es el interés, cuál es el fin que se propone el jurista al estudiar cual es el título delictivo más exacto aplicable a un determinado hecho?

Es, sin duda, la necesidad de servir a la justicia, de suerte que la pena no exceda de la que pueda merecer el agente desde el punto de vista de la intención o de los actos materiales, y que al mismo tiempo no sea inferior a la más grave que bajo uno u otro punto de vista haya merecido el agente. Si se incurre en error en el primer aspecto, se viola la justicia en perjuicio del justiciable, al cual se le inflige un castigo innecesario.

Si se incurre en error en el segundo aspecto, se viola la justicia en daño de la sociedad, a la que no se le dispensa la cantidad de defensa que le es debida.

Cuando, por el contrario, se aplica la pena mayor que corresponde con relación a los medios usados por el culpable, o con relación al más odioso de esos medios, o con relación a su fin, nadie tiene razón para quejarse, y se ha hecho justicia.

El culpable no se puede quejar, porque se le aplica la represión que ha merecido por ese medio o por ese fin más odioso del cual se ha hecho deudor. No se puede quejar la sociedad, porque en la represión más grave encuentra suficiente protección.

Pero para llegar a este resultado de aplicar siempre la represión más grave, para nunca dejar al descubierto la tutela jurídica de alguno de los derechos atacados como medio o como fin, es necesario, precisamente, definir previamente el carácter jurídico del delito con arreglo al más importante entre los derechos atacados.

En esta operación se procede con razón simple cuando se establece la comparación entre delito consumado y delito consumado. Pero se procede con razón compuesta cuando se establece la comparación entre delito consumado y delito tentado.

Así, un hurto consumado de 100 liras es siempre más grave que un hurto consumado de 50 liras. Pero un hurto tentado de 100 liras puede, por el contrario, considerarse como más leve que un hurto consumado de 50 liras, porque a los dos elementos positivos de 100 y de 50 se les agregan en el cálculo de la confrontación, los elementos del daño efectivo, que representa el delito consumado, y el del simple peligro, que representa el delito tentado.

Por esto, puede suceder que en la valoración de la respectiva cantidad política, la diferencia entre las dos sumas se elida por la diferencia entre el daño efectivo y el simple peligro.

Sin embargo, si la teoría, que decide sus problemas y determina sus nociones a priori, no puede entrar en este segundo cálculo de confrontación, que supone un derecho y una pena ya constituidos, el magistrado que, al decidir los casos, procede, precisamente, tras el examen de un derecho y de una pena constituidos, no puede seguir estrictamente las deducciones de la teoría, cuando encuentre que contradicen a su principio fundamental. Debe, por el contrario, obedecer al principio fundamental y modificar las deducciones teóricas para no destruirlo.

Así, la fórmula de Glaser se puede considerar científicamente verdadera en relación con la teoría abstracta, que prescinde de la consideración de las diferentes penas establecidas por un código para la tentativa.

No obstante, cuando el magistrado que tiene el código bajo sus ojos, vea que las penas establecidas por aquél para la tentativa del delito más grave, son inferiores a las establecidas para el delito consumado más leve, se encontrara frente al siguiente resultado: que mientras la teoría le impondría aplicar la noción de la tentativa, porque ha supuesto que habría exceso del fin sobre el medio, el derecho constituido ha originado, por el contrario, en ese caso, un exceso del medio sobre el fin, porque, precisamente, al delito consumado, en el cual reside el principio de ejecución (a pesar de ser más leve), le ha aplicado una pena mayor que la establecida para la tentativa del delito que no se alcanza, a pesar de que este delito es más grave.

En este caso, el magistrado debe hacer justicia obedeciendo al principio fundamental de la prelación, porque la regla dominante de todas las cuestiones forenses no reside nunca en las deducciones, sino en el principio fundamental. Una deducción puede ser verdadera y exacta en noventa y nueve casos, porque no choca con el principio del cual emana. Pero si surge un centésimo caso en el cual la deducción, contradice al principio, ya no es verdadera, y se debe obedecer, no a ella, sino al principio.

Recurriendo al caso práctico y buscando su aplicación en el código toscano, para aclarar y demostrar nuestra opinión:

El ladrón quería robar 2.000 liras. La tentativa de este hurto no puede ser castigada con más de 30 meses de cárcel (arts. 45 y 367, let. e).

¿Que suma tomo el ladrón?

Si tomó sólo 100 liras, la oblación consumada por él no lo expondrá más que a 3 meses de cárcel. Por consiguiente, también frente al derecho positivo existe prelación del fin sobre el medio (art. 376, let. b).

La fórmula teórica también es correcta en su aplicación: en la tentativa de hurto de 2.000 liras desaparece la sustracción de las 100 liras, que fue su principio de ejecución, así como en la pena de esa tentativa se absorbe y ofrece suficiente energía la pena de la sustracción de las 100 liras.

Pero si, por el contrario, el ladrón ya había echado al bolsillo 100 liras, con esto ha consumado un hurto que lo expone a tres años de cárcel. Prácticamente existe exceso del medio sobre el fin, porque en los cálculos del legislador la proporción del daño sobre el peligro ha superado la proporción de las cantidades.

Por consiguiente, en este caso no hay más que aplicar la doctrina fundamental del conato. Siempre que exista exceso del hecho ejecutado sobre el hecho a ejecutarse o sobre el resultado a obtenerse, desaparece la noción de la tentativa. La noción jurídica de la tentativa no es imaginable como tentativa punible, cuando lo ya hecho esta más severamente castigado que la tentativa del designio total.

En consecuencia, yo aceptaría la doctrina de Glaser, pero limitándola en su aplicación, cuando así lo exigiera el principio fundamental de la prelación, en cuyo caso aplicaría solo la pena de la sustracción ya consumada, ya que no se puede tener en cuenta la tentativa respecto a lo demás, para no imputar dos veces el mismo elemento material, o sea, imputar una tentativa sin elemento material, como dije antes.

CAPITULO 9

GRADO EN LA FUERZA FÍSICA DEL DELITO

9.3 DUPLICIDAD DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS

Ocurrió en Toscana un caso práctico, respecto del que la Corte Regia de Luca, en el fallo del 12 de abril de 1864, se pronuncio por la duplicidad de los delitos y de las penas.

A raíz de esto, el condenado recurrió ante la Corte Suprema de casación, la cual, mediante el decreto del 13 de julio de 1864, anuló la sentencia de la corte de Luca, en razón, precisamente, del error jurídico consistente en admitir pluralidad de delitos y de penas en un hurto en parte consumado y en parte tentado.

He aquí el hecho:

El 7 de abril de 1863 Onorio Librusti y Domenico Frediani, mediante el uso de una llave falsa, se introdujeron en la casa de Dumas, en Liorna. Habiendo entrado allí, uno de ellos se apoderó de un reloj de plata colgado de la pared y se lo echo al bolsillo; después procedió a abrir con un escoplo una cómoda cerrada con llave en la cual había 1.600 francos en efectivo.

En esta actitud fueron sorprendidos. Declarados culpables, Librusti y Frediani, fueron condenados por la Corte Regia de Luca en la forma siguiente: condena a Onorio Librusti como coautor de los mencionados hurto y tentativa de hurto en perjuicio de Dumas a dieciocho meses de cárcel por el hurto consumado, y a tres años de la misma pena por la tentativa. Condena a Domenico Frediani a 18 meses de cárcel por el hurto consumado y a 3 años de la misma pena por la tentativa de hurto en daño de los hermanos Dumas.

Librusti y Frediani recurrieron en casación de esa sentencia, y sus defensores (abogado Olinto Gherardi y Giambatista Carrara) dedujeron como motivo de nulidad de la sentencia denunciada, la violación de la ley, consistente en haber considerado como dos delitos una acción criminosa que, según su tesis, estaba ontológicamente unificada por la unidad de la resolución y por la unidad del contexto, y jurídicamente lo estaba, por lo menos, por la continuación.

Su conclusión era que tanto en el primero como en el segundo concepto, el hurto consumado del reloj y el hurto tentado de los 1.600 francos no podían ser castigados más que con una sola pena.

El decreto que dictó la Corte Suprema de casación respecto de esta parte del recurso fue el siguiente:

"considerando que los dos condenados, esto es, Domenico Frediani y Onorio Degl'Innocenti o Librusti, han atacado la sentencia deferida en derecho, porque considero y castigo como dos delitos distintos y separados el hurto consumado y la tentativa de hurto en daño de los hermanos Dumas, siendo que habiéndose realizado los mismos en el mismo lugar, en el mismo tiempo, con uso de llave falsa y fractura y en perjuicio de las mismas personas, debieron considerarse y castigarse como un solo delito.

"Considerando que dicho motivo esta bien fundado, en cuanto que habiendo la sentencia deferida sostenido en derecho que el hurto consumado y el hurto tentado, de los cuales consideran autores a los acusados, constituían dos imputaciones distintas, a las que corresponden penas separadas y distintas, aplico mal los arts. 72 y 75 del Código Penal y violo el art. 80, que limita la regla general establecida por el mismo código, esto es, la relativa a los delitos continuados, que obliga a imponer una sola pena, que debe aumentarse dentro de los límites legales: Annali di Giurisprudenza, 1854, primera parte, columna 595 P Q M casa la sentencia solo en la parte penal declarada por la Corte Real de apelación de Luca, el día 12 de abril de 1864, condenatoria de Domenico Frediani y Onorio DeglInnocenti o Librusti, y reenvía la causa a la Corte Real de apelación de Florencia, para que sea tratada y decidida a los fines y efectos de los arts. 559 y 562 de las Declaraciones e Instrucciones del 9 de noviembre de 1838".

Después de haberse pronunciado de esa manera el oráculo de la corte reguladora, creo que ya no se puede discutir entre nosotros la siguiente cuestión jurídica: si el ladrón es sorprendido cuando ya ha consumado algunas pero no todas las sustracciones que pensaba realizar, no puede hablarse a su respecto de dos delitos, ni de cúmulo de dos penas, sino que solo se le puede imputar un solo título y aplicársele la pena de este.

Hasta aquí el problema esta resuelto de acuerdo con mi opinión, pero queda por averiguar cuales fueron los motivos que condujeron a la Corte Regia de Luca a sostener un pensamiento distinto, y cuales son las ulteriores consecuencias aplicativas del principio establecido por la Corte Suprema.

Las variadas oportunidades que en mi práctica he tenido de discutir con los ministerios públicos acerca de la unidad o acumulación de las penas, me han revelado claramente las causas del error jurídico que la Corte Suprema le reprocho a la Corte Regia de Luca.

Para nuestro código, es una condición para la unificación jurídica de dos acciones criminosas, que la única resolución criminoso haya conducido a varias violaciones de la misma ley.

Ahora bien, toda la cuestión reside en entender el verdadero concepto a que alude el legislador toscano cuando requiere para la unificación jurídica ese extremo de la identidad de la ley violada.

Algunos pensaron (y lo objetaron muchas veces en el foro) que ésta fórmula quisiera significar varias violaciones del mismo artículo de la ley.

Se trata de un hecho que presenta dos lesiones graves. Ambas lesiones son castigadas por un solo artículo del código.

Por lo tanto, se tienen varias violaciones de la misma ley. Pero, por el contrario, supóngase que se trate de una lesión grave y de una lesión leve. He aquí que es necesario aplicar dos penas, acumulando la de la lesión grave con la de la leve, ya que no pueden fundirse en una lesión continuada, ni pueden unificarse en una sola represión, porque la ley violada no es la misma, sino que los violados son dos artículos distintos.

Lo mismo he oído repetir cuando se trataba de un hurto calificado, el cual, en vez de concurrir con otro hurto calificado, concurría con un hurto simple.

Creo que la Corte Regia de Luca le rindió un desafortunado homenaje a esta interpretación y a esta doctrina, cuando creyó que no podía considerar como un solo delito continuado el hurto tentado y el hurto consumado por Librusti.

La tentativa es castigada por el art. 45 y el hurto consumado por el art. 376. Los acusados, se dice, han violado una ley con la tentativa y otra con el hurto consumado. No se puede hablar de unidad ontológica, ni sostener la unificación jurídica, porque no se trata de varias violaciones de la misma ley. Es necesario, por consiguiente, aplicar las dos penas.

Pero esta interpretación, censurada por la Corte Suprema, es inaceptable, en primer lugar, porque conduce al absurdo, como lo puedo demostrar hasta la evidencia.

Según esta doctrina, si Ticio ha herido gravemente a dos individuos en una riña, no se duda en aceptar la unificación, y no esta permitido aplicarle más de 3 años de cárcel. Pero si, por el contrario, en la misma riña, Cayo ha herido a dos individuos, a uno gravemente y al otro en forma leve, entonces el caso es distinto. Son dos las leyes violadas, y ya no estamos en los términos de la absorción, sino en los del cúmulo, y a Cayo se le pueden aplicar los mismos tres años de cárcel por la lesión grave, más ocho meses de cárcel por la lesión leve. Y si Cayo pregunta por que razón se le aplica un recargo de ocho meses sobre la pena de Ticio, es preciso responderle: se lo hace porque la segunda herida causada por Ticio era grave, en tanto que la que tú causaste era leve.

Supóngase ahora que Sempronio ha consumado sucesivamente dos hurtos y que ambos son calificados. Por el contrario, Seyo ha consumado uno solo y el otro ha quedado en tentativa, o bien, que el primer hurto era calificado y el segundo era simple. La consecuencia es idéntica. La pena de Sempronio no puede sobrepasar el máximo de la correspondiente a un hurto. Por el contrario, a Seyo, además del máximo de esta pena, se le puede irrogar la pena de la tentativa o la del hurto simple.

¿Por que ocurre esto?

Porque el segundo hurto de Sempronio era calificado o consumado, mientras que el segundo hurto de Seyo fue simple o quedo en tentativa. ¿Es posible que sea correcta una interpretación que conduce a estos absurdos? ¿Es posible que estuviera en el pensamiento del legislador toscano sancionar tales exorbitancias?

El sentido moral y el sentido lógico se rebelan contra esto, y la razón debe encontrar otra interpretación y otro pensamiento que no den paso a tales injusticias.

Cuando el legislador toscano prescribió para la unificación jurídica la condición de la identidad de la ley violada, con la palabra ley no entendió referirse a la estrecha consideración de un número.

No entendió aludir al artículo o al párrafo. Con solo suponer esto se viola la letra del precepto, porque este no dice artículo de ley, sino ley. Por consiguiente, el pensamiento que combato agrega arbitrariamente, en el precepto que finge interpretar, una palabra que no está en él.

Pero si nos remontamos a la razón del precepto, se descubre con claridad que el ánimo del legislador fue el de hacer referencia con la palabra ley a una cosa abstracta, inmaterial, no el de referirse a la accidentalidad de una página, de un número o de una fecha de edicto, sino que mira más alto a la ley protectora del derecho. En una palabra, trata de expresar la identidad del derecho atacado.

Con las palabras misma ley quiso expresar la ley primitiva que proclama la inviolabilidad por parte del hombre de cada uno de los derechos de la humanidad.

Una es la ley que protege el derecho de la integridad personal; una la ley que protege la propiedad; una la que protege el honor; una la que protege el pudor, la religión, el Estado, etc. Hasta aquí entiendo y veo claro que quien ofende el honor ajeno y quien ofende la propiedad ajena, han violado dos leyes distintas.

Pero lo que no entiendo es que cuando alguno ha atacado dos veces la persona ajena, deba considerarse que ha violado dos leyes distintas, solo porque la primera de las víctimas estuvo enferma treintiuno días y la otra solo estuvo treinta.

El número del artículo y la fecha del edicto no son más que accidentalidades exteriores de la forma dada al precepto, las cuales no alteran su sustancia y su índole jurídica.

Si el legislador hubiese querido esto, habría exigido claramente la identidad de la pena. Pero el legislador no dijo nada de la pena, así como no habló de los artículos.

Se necesita referirse a la razón fundamental de la teoría de la continuación, ya que no se refiere a la consideración de tal o cual pena especial.

Deriva, por el contrario, de un principio de suprema justicia, que no permite que se duplique la pena de dos acciones cuando el elemento intencional de ambas acciones es uno solo, aunque su elemento material se haya exteriorizado en dos hechos distintos.

No lo permite, porque al castigar el primer hecho se pone a cargo del acusado el elemento de la maldad psicológica que lo inspiró, y este elemento considerado una vez y puesto ya a cargo del acusado, no puede en justicia volverse a considerar integralmente una segunda vez en el segundo hecho.

Por consiguiente, se tienen dos delitos con relación al elemento material, pero se tiene un solo delito respecto del elemento intencional.

Es más malvado aquel que toma dos veces la determinación de delinquir, que el que la toma una sola vez. Por consiguiente, la justicia exige que dos actos materiales del cuerpo y un solo acto de la intención pesen menos sobre la balanza que dos actos materiales y dos actos de la voluntad. Es la única razón plausible de la teoría de la continuación. De otro modo, esta no sería más que un recurso empírico de una voluntaria benignidad.

Respaldando a este principio fundamental, resulta claro que el legislador toscano, cuando quiso que la determinación criminosa fuese una sola, entendió que debía ser verdaderamente una sola en todas las relaciones de su existencia ideológica. Esto es, quiso que ella fuese única no solo subjetivamente, como puede ser la resolución de un malvado que al mismo tiempo resuelva robar una mujer y estuprarla, sino que quiso que también fuese única objetivamente, esto es, que se enderezara a la lesión de un mismo derecho, porque la verdadera unidad ideológica no puede existir sin la unidad de fin.

Y he aquí por que después de haber expresado el criterio de la unidad ideológica subjetiva con la fórmula una misma resolución criminosa, quiso expresar el criterio de la unidad ideológica objetiva mediante la fórmula de una misma ley. Y si es así, la palabra ley no puede significar en este lugar otra cosa que ataque al mismo derecho.

Cuando un malvado piensa delinquir, no piensa violar los arts. 20 y 100. Piensa violar un derecho ajeno, mediante cuya lesión se promete conseguir un bien sensible.

La unidad ideológica de la determinación no se rompe porque en la redacción de un código, ciertas circunstancias lleven un hecho bajo un artículo y otras lo conduzcan bajo otro. Ella se rompe, sin embargo, por su propia naturaleza, cuando se piensa violar el derecho de propiedad y (aunque sea contemporáneamente) se piensa violar el derecho al honor.

Si las violaciones de los dos derechos representan dos fines distintos en la mente de quien las piensa y no se unifican en ella en razón del nexo de medio a fin, es preciso decir que, aunque contemporáneas y no separadas en su génesis ni siquiera por un instante, se trata de dos violaciones distintas. Y con razón, cuando se llama al culpable a dar cuenta de los dos hechos, junto con la materialidad del primero se le imputa el primer acto de volición, y junto con la materialidad del segundo hecho se le imputa el segundo acto de volición. Y no hay duplicación de imputación. Pero la cosa es distinta cuando la duplicidad de la volición se quiere deducir de la eventualidad de la diversidad del artículo de la ley violada.

Prescindiendo de la consideración que el hecho de causar una herida leve y no una grave, o el de realizar una tentativa de hurto y no un hurto consumado, no entran en los cálculos y en las previsiones del delincuente, lo cierto es que en la esfera de tales previsiones no entra de ningún modo el número del artículo o la fecha del edicto que lo castigará cuando sea descubierto

Por consiguiente, la decisión de la Corte Suprema en la causa Librusti es incriticable y sabia, porque responde más a la letra de la ley, se conforma más a los principios fundamentales de la ciencia e impide consecuencias muy injustas.

Pero, ¿cuáles serán las consecuencias de esta regla en sus aplicaciones prácticas?

Esta investigación involucra dos cuestiones distintas:

- La primera surge acerca de la elección del título;
- La segunda reside en determinar cuando debe admitirse la unificación ontológica, y cuando simplemente la unificación jurídica.

Como ya lo señale en el artículo precedente, la primera cuestión sólo puede resolverse con la teoría de la prevalecencia.

Admitido que el justiciable convicto de un delito tentado y de otro consumado, debe ser declarado deudor de un solo delito continuado y sometido a la pena que para ese delito establece la ley, aumentada entre sus límites legales, respecto de muchos delitos no se puede dudar en responder que la pena aplicable será la del delito consumado, porque con relación a estos delitos (por ejemplo, el homicidio y el estupro), cuya medida no varía por obra de su cantidad natural, deberá decirse que el delito consumado es siempre más grave que el delito tentado.

Por esto, la pena de los delitos unificados por la continuación, deberá buscarse en el artículo de la ley que castiga el hecho consumado.

Pero en los delitos que de ordinario presentan una variación en la cantidad natural, puede variar la medida de su pena en razón de la variación de aquella; puede suceder que el delito que quedo simplemente tentado, merezca una pena más grave de la que correspondió a su consumación, a pesar de pertenecer ambos al mismo título.

Esto sucede más especialmente en el delito de hurto, cuando la ley haya reconocido como norma de la pena a aplicarse el criterio de su cantidad natural, vale decir, la mayor o menor importancia de la cosa robada.

Es evidente que según ese criterio un hurto consumado de diez liras es castigado menos que un hurto tentado de mil. En esta combinación no puede declararse de manera absoluta que en el mismo delito la consumación es más que la tentativa.

Cuando, por consiguiente, un justiciable sea declarado culpable de un hurto consumado y de un hurto tentado, unificados entre sí por el vínculo jurídico de la continuación, si bien ontológicamente distintos, no se puede decir resueltamente que se someta a la penalidad del hurto consumado, porque esta penalidad puede ser menor que aquella en la que el incurrió con el hurto tentado, y sería absurdo aliviar la pena merecida por él con la tentativa, por la razón de que había consumado otra sustracción; como sería absurdo aliviarle la pena del hurto consumado por la razón de que él había tentado otro hurto.

Por consiguiente, no se puede proceder con una fórmula concreta constante, sino solo con una fórmula abstracta como es la de la prevaencia.

Es necesario examinar el valor respectivo de lo sustraído en la sustracción consumada y en la sustracción tentada.

Confrontar la respectiva penalidad establecida por la ley según los diversos valores, y aplicarle a la delincuencia continuada resultante de las dos acciones criminosas, la que sea más grave, sin consideración a la prevaencia ideal de la consumación sobre la tentativa, porque ella queda absorbida por la prevaencia real de la pena.

En el código toscano esta combinación se presenta como muy probable. Ella se palpa en un sentido en el caso Librusti.

Por el hurto consumado del reloj, la Corte Regia de Luca lo condenó a 18 meses de cárcel atento al poco valor; lo condenó a tres años de cárcel por la tentativa de hurto de las 1.600 liras.

Ahora bien, el decreto de la casación prohibiendo la duplicación de las penas quiere que una se absorba en la otra; y, por cierto, que la pena del delito consumado se absorberá en la pena del delito tentado.

Pero si la condición de los respectivos valores hubiese sido al revés, también debería haberse realizado la absorción en un sentido opuesto. No me parece que esta solución pueda encontrar dificultad.

La segunda cuestión es mucho más difícil y discutible. Para comprender su importancia veamos ante todo los resultados que surgen de su solución.

Cuando se discute si dos acciones criminosas deben calificarse como dos delitos distintos o como un solo delito continuado, el resultado de la diversa solución es muy notable.

En el primer caso se aplicaran las dos penas; en el segundo caso no se podrá aplicar más que una sola pena. En el primer caso podrá producirse la acumulación de los dos máximos; en el segundo caso no será permitido exceder en la pena la medida de un máximo. Por lo tanto, bajo este aspecto la disputa es vital.

Y, por el contrario, se discute si dos acciones criminosas son en la naturaleza de ellas un solo delito por la

conexión material, o por la conexión ideológica de medio a fin; o si, por el contrario, se deben tener como unificadas jurídicamente por la continuación, aunque sean ontológicamente diversas, la disputa tiene menor importancia (al menos frente al código toscano), porque no es cuestión más que de mínimos.

En efecto, entre nosotros la continuación, después de haber producido a favor del justiciable la reducción de la imputación de los dos hechos a la de un solo delito, hace que en su perjuicio la pena deba aumentarse dentro de sus límites legales.

Esto se pone de manifiesto en lo siguiente: que al delito continuado el juez no pueda aplicarle el mínimo de la penalidad relativamente determinada, sino que debe ir en alguna medida sobre ese mínimo, sea en días, sea en meses, según la naturaleza de la pena.

Ahora bien, como según nuestro código el juez puede moverse dentro de los límites legales de la pena relativamente determinada sin dar cuenta de su juicio y sin que la ley le imponga precepto alguno en este arbitrio suyo, resulta evidente que esta disputa no producirá resultado práctico sino en aquellos casos en los cuales el juez, por una piadosa consideración hacia el acusado, hubiera querido aplicarle el mínimo y se vio impedido por el obstáculo de la continuación.

Fuera de este caso, el juez podrá ceder a la insistencia de la defensa que sostiene la tesis del delito único y negar la continuación, y a pesar de esto aplicar el máximo; así como en otro caso podrá resistir la tesis de la defensa y declarar la continuación, y luego llegar en la pena mucho más abajo del máximo.

De este modo, la disputa se puede reducir muchas veces en el caso práctico a una simple cuestión de palabras.

A parte de esto, la definición del criterio que separa la unidad ontológica de la unificación jurídica es científicamente importante, y otro tanto incierta en algunos delitos, como es, precisamente, el del hurto.

Cuando los dos hechos criminosos están separados por un intervalo, como si el ladrón después de haber sustraído de una casa un objeto, vuelve a ella y toma otro, la solución no es dudosa: son dos delitos. Pueden unificarse jurídicamente por la continuación, merced al nexo ideológico de la única resolución criminosa. Pero desde el punto de vista material son dos acciones criminosas distintas.

Cuando, sin embargo, no hubo interrupción ni de tiempo, ni de lugar, y todos los actos se sucedieron constituyendo una misma acción, entonces es cuando surge una razón para dudar y para distinguir la pluralidad de los actos de la pluralidad de las acciones.

Esto es necesario especialmente en el hurto, en el cual en noventa y nueve casos sobre cien los ladrones toman más de un objeto, y, en consecuencia, casi siempre pueden oír que se les atribuye que cuando tomaron el primer objeto consumaron un hurto (y es verdad); que cuando tomaron el otro objeto consumaron otro hurto (y también es verdad), y que de tal manera son deudores de hurto continuado.

Pero esa aserción se contradice por la práctica constante de los tribunales. Diariamente se producen hurtos de muchos objetos, y los reos son siempre llamados a responder de hurto, sin hablar de continuación.

Y si Librusti y Frediani hubieran consumado el hurto del dinero como consumaron el hurto del reloj, habrían sido llevados a juicio atribuyéndoseles un solo hurto. Y puedo afirmar esto, porque puedo citar innumerables ejemplos

de ladrones que, introduciéndose en una casa o en una taberna, habían sustraído muchos y diversos objetos: dineros, lencerías, platerías, joyas y cuanta otra cosa habían encontrado de su agrado. Y a pesar de que la aprehensión de cada uno de esos objetos representase un hurto en si consumado, la acusación trajo y trae a esos individuos como culpables de un solo hurto sumando el valor de lo sustraído, sin hablar nunca de continuación deducida de la multiplicidad de los objetos robados, porque deducir la continuación del hurto de la pluralidad de los objetos robados es positivamente una exageración.

Ahora bien, ¿de qué nacen, por consiguiente, en el caso de que hablo la duda y el conflicto?

La circunstancia que oscurece e impide aquí la aplicación de la verdad que tranquilamente se respeta en otros casos, nace de una excesiva deferencia al nominalismo; nace del hecho de que uno de los hurtos es tentado y el otro consumado. Esto le hizo aparecer a la Corte Regia de Luca imposible la unificación jurídica, y hace parecer a otros imposible la unificación ontológica.

Pero a mí me parece (salvo el respeto a las opiniones disidentes) que la circunstancia de la imperfección de un acto criminoso y de la perfección de otro, cuando son partes de un todo que si hubiese estado completo habría configurado un solo delito, no basta para excluir esta unidad.

Mi mente no alcanza a concebir este fenómeno, que de un ente que se habría considerado único si hubiese sido perfecto, se deban formar dos solo porque en una de sus partes quedo imperfecto.

Matemáticamente yo comprendo que la fracción constituya respecto de la unidad una cantidad heterogénea, de manera que, no pudiendo sumarse juntas, de ello resulte que dos sea una cantidad única, mientras que uno más medio deben considerarse dos cantidades.

Pero ontológicamente y mucho menos hablando jurídicamente, yo no creo que se pueda decir lo mismo.

Para demostrarlo, no hago más que una sola observación. Si el hecho de haber quedado uno de los actos imperfecto basta para destruir la unidad de la acción criminoso, llegaríamos inevitablemente a esta consecuencia: el juez toscano puede castigar con el mínimo de la pena al que robo dos relojes; pero deberá castigar más severamente al que robo el primer reloj y fue sorprendido mientras estaba por robar el segundo. A este no le podrá aplicar el mínimo sin incurrir en censura por violación de la ley.

El significado que esto tiene, en el hurto es una circunstancia agravante, ser sorprendido en flagrancia. Pero la teoría del hurto manifiesto no corresponde ya a nuestros días. O es preciso negar la unidad del hurto siempre que se robo más de un objeto, o negarle a la imperfección de un acto el poder de romper esa unidad.

Seamos lógicos, si queremos ser justos.