

*Esta es una copia privada
hecha sólo para fines
educativos.*

PROHIBIDA SU VENTA

ERMO QUISBERT

HISTORIA DEL DERECHO PENAL A TRAVÉS DE LAS ESCUELAS PENALES Y SUS REPRESENTANTES



© Cesar de Bonesana *marques* de Beccaria, Jeremías Bentham, Pedro Dorado Montero, Francesco Carrara

enero de 2008




CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO
<http://h1.ripway.com/ced>

HISTORIA DEL DERECHO PENAL A TRAVÉS DE LAS ESCUELAS PENALES Y SUS REPRESENTANTES

ERMO QUISBERT

enero de 2008



Copyright © 1995 - 2008 by CED[®], *Centro de Estudios de Derecho*[™]  <http://h1.ripway.com/ced> All rights reserved. Reservados todos los derechos. • Any reproduction y/o diffusion, total or partial, for any means of this document is forbidden and will be punished by criminal law, except for the proprietor's previous written consent. • Esta publicación no puede ser reproducida, ni en todo ni en parte, ni registrada en, o transmitida por, un sistema de recuperación de información, en ninguna forma y por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroptico, por fotocopia, o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de los editores. • *Equipo de investigación*: Andrés Gutiérrez, Enrique Marín, Julieta Mendoza, Benedict Couthbert, Claudia Quiroga, Mariano Mamani. • *Equipo técnico de edición*: Verónica Guzmán, Ramiro Lizondo. • *Diseño, diagramación e impresión*:  Apoyo Grafico[™].

Contenido

3. Historia del Derecho Penal a través de las Escuelas Penales y Sus Representantes

1	ETAPA PRE-CIENTÍFICA DE LA HISTORIA DEL DERECHO PENAL	17
1.1	Formas Primitivas De Punición	17
1.1.1	Venganza Privada Absoluta	18
1.1.2	Venganza De Sangre	18
1.1.3	La Expulsión De La Paz	18
1.2	Formas Históricas De Punición	18
1.2.1	El Talión	18
1.2.2	La Composición	18
1.2.3	La Venganza Divina	19
1.2.4	La Venganza Pública: Grecia	20
1.2.5	Derecho Penal Romano	21
1.2.6	Derecho Penal Germánico	22
1.2.7	Derecho Penal Canónico	22
1.2.7.1	Ventajas	22
1.2.7.2	Desventajas	23
1.2.8	Derecho Penal Europeo	23
1.2.8.1	Desventajas	23
1.3	La Recepción Los Glosadores Y Postglosadores	23
2	ETAPA CIENTÍFICA DE LA HISTORIA DEL DERECHO PENAL	24
2.1	Siglo XVIII la Época De Luces del Derecho Penal	24
2.2	La Revolución Francesa Y El Derecho Penal Liberal	25
2.3	Influencias	26
3	INTRODUCCIÓN A LAS ESCUELAS PENALES	26
3.1	¿Qué Es Una Escuela?	26
3.2	¿Qué Es Una Escuela Penal?	26
3.3	Importancia De Las Escuelas Penales	26
3.4	Distinción Entre Escuelas	26
3.5	¿Por qué Aparecen Las Escuelas Penales?	27
3.6	Fundamentos Del Derecho De Castigar	27
3.7	Teorías Relativas O Utilitarias	27
3.7.1	Teoría De La Prevención	28
3.7.2	Teoría De La Enmienda	28
3.7.3	Teoría De La Defensa Social	28
3.8	Teorías Absolutas	28
3.8.1	Teoría De La Expiación	29
3.8.2	Teoría De La Retribución	29
3.9	Teorías Mixtas, Unitarias O Eclécticas	29
4	PRESUPUESTOS DE LA ESCUELA CLÁSICA	29
4.1	¿Que son los presupuestos?	29
4.2	Moro, santo Tomas	30
4.2.1	"Utopía" o "De optimo reipublicae statu de que nova insula Utopía"	31
4.2.2	Etiología del delito	31
4.2.3	Política Criminal	31
4.2.4	Aporte	31
4.3	Mabillon, Juan	32
4.4	Grocio, Hugo	32
4.5	Pufendorf, Samuel barón de	32
4.6	La lustración	32
4.6.1	Thomasius, Christian	32

4.6.2	Beccaria, Cesar de Bonesana <i>marques de</i> ,	33
4.6.2.1	Caracteres del sistema penal de la época de Beccaria	33
4.6.2.2	“De los Delitos y de las Penas”	33
4.6.2.3	El ius puniendi o el derecho de castigar	33
4.6.2.4	La ley penal	34
4.6.2.5	El delito	34
4.6.2.6	El delincuente	34
4.6.2.7	El proceso penal	34
4.6.2.8	La Responsabilidad penal	35
4.6.2.9	La Pena	35
4.6.2.10	La Pena de muerte	36
4.6.2.11	Influencia	36
4.6.2.12	Otras obras	36
4.6.3	Bentham, Jeremy	36
4.6.3.1	“Tratado De La Legislación Civil Y Penal”	37
4.6.3.2	“Teoría De Las Penas Y Las Recompensas”	37
4.6.3.3	“Panóptico”	38
4.6.3.4	“Introducción A Los Principios De La Moral Y La Legislación”	38
4.6.4	Filangieri, Cayetano	39
4.6.4.1	“La Ciencia De La Legislación” (“La Science de la Legislation”)	39
4.6.4.2	La pena	39
4.6.4.3	Influencia en Código Penal español de 1822	39
4.6.5	Feuerbach, Pablo Juan Anselmo Ritter <i>von</i>	40
4.6.6	Hommel, Karl F.	40
4.6.7	Howard, John	40
4.6.7.1	Introducción	40
4.6.7.2	“Estado de las Cárceles en Inglaterra y Gales”	41
4.6.7.3	Proposiciones para la reforma de las cárceles	41
4.6.8	Lessing, Gotthold Ephraim	41
4.6.9	Schiller, Johann Friedrich <i>von</i>	42
4.6.10	Romagnosi, Juan Domingo	42
4.7	Los Enciclopedistas	43
4.7.1	Marat, Juan Pablo	43
4.7.1.1	“Plan De Legislación Criminal”	43
4.7.1.2	Forma de auxilio a las víctimas del delito	43
4.7.2	Montesquieu, Charles-Louis de Secondat <i>baron de la Brede y de</i> ,	44
4.7.3	Rousseau, Jean Jacques,	44
4.7.4	Voltaire, Francois-Marie Arouet, <i>le jeune</i> ,	44
4.8	Kant, Immanuel	45
4.9	El Movimiento Codificador	45
4.9.1	Feuerbach, Pablo Juan Anselmo Ritter <i>von</i>	45
4.9.1.1	Codificación	45
4.9.1.2	Túnica latina al Principio de Legalidad	45
4.9.2	Gross, Hans	46
4.9.3	Klein, Franz	46
4.9.4	Codigo Napoleonico (1810)	46
5	ESCUELA CLÁSICA PENAL	49
5.1	Conceptos fundamentales del a Escuela clásica penal	49
5.1.1	El Derecho Penal	49
5.1.2	Materias	49
5.1.3	El Delito	50
5.1.4	El Delincuente	50
5.1.5	Técnica penal	51
5.1.6	La Pena	51
5.1.7	Método	51
5.2	Juicio Crítico	51

5.2.1	Ventajas	51
5.2.2	Desventajas	52
5.3	Representantes de la Escuela Clásica	52
5.4	Juan Domingo Romagnosi	53
5.5	Pellegrino Rossi (1787-1848)	53
5.6	Giovanni Carmignani.....	53
5.7	Antonio Rosini	53
5.8	Francisco Carrara (1805 -1888)	54
5.9	Manuel de Lardizábal Y Uribe.....	54
5.10	Luis Luchinni	54
5.11	Cayetano Filangieri	54
5.12	Joaquín Francisco Pacheco	55
5.13	Mario Francisco Pagano	55
5.14	Franck Enrique Pessina	55
6	ESCUELA CORRECCIONALISTA	56
6.1	Antecedentes	56
6.2	Concepto	56
6.3	Conceptos fundamentales.....	56
6.4	Crítica	57
6.5	Representantes.....	58
6.5.1	Carlos David Augusto Roeder (Correccionalismo)	58
6.5.2	Francisco Giner De Los Rios (Tutela Penal).....	58
6.5.3	Pedro Dorado Montero (Derecho Protector)	58
7	PRESUPUESTOS DE LA ESCUELA POSITIVA	60
7.1	La Fisiognomía	60
7.2	Franz Joseph Gall y La Frenología	60
7.3	Porta, Juan Bautista De La	61
7.4	Lavater, Juan Caspar	61
7.5	Juan Bautista Della Porta Y Johan Caspar Lavater (1741-1801).....	61
7.6	ESCUELA CARTOGRÁFICA, ESTADÍSTICA MORAL O FÍSICA SOCIAL.....	61
7.6.1	Resumen.....	61
7.6.2	QUETELET, Lambert Adolphe Jacques	63
7.6.2.1	Leyes Térmicas y la "Campana De Quetelet"	63
7.6.2.2	Método	63
7.6.2.3	Crítica	63
7.6.3	GUERRY, Andre-Michael.....	64
8	ESCUELA POSITIVA DE LA CIENCIA CRIMINAL O POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO	64
8.1	Resumen	64
8.2	Factores de la aparición de Escuela Positiva De La Ciencia Criminal o Positivismo Criminológico.....	65
8.3	Concepto	66
8.4	Denominación	66
8.5	Supuestos	66
8.5.1	Ius puniend	66
8.5.2	Legislación penal.....	66
8.5.3	La ley penal.....	66
8.5.4	Método.....	66
8.5.5	Derecho Penal	66
8.5.6	Delito y sus caracteres.....	67
8.5.7	Delincuente.....	67
8.5.8	Tipos de delincuentes	67
8.5.9	Responsabilidad penal y el Determinismo	67
8.5.10	Imputabilidad.....	68
8.5.11	Pena y sanción.....	68
8.5.12	Fin de la sanción	68

8.5.13	Técnica penal.....	68
8.6	Diferencias con la Escuela clásica	68
8.7	Representantes.....	69
8.8	Lombroso, Cesare Ezequiel,	69
8.8.1	Resumen.....	69
8.8.2	Método.....	69
8.8.3	Enfoque Antropobiológico.....	69
8.8.4	Tipología Lombrosiana.....	70
8.8.4.1	Delincuente Nato O Atávico.....	70
8.8.4.2	Delincuente Epiléptico.....	70
8.8.4.3	Delincuente Habitual.....	70
8.8.4.4	Delincuente Loco.....	71
8.8.4.5	Delincuente Loco-Moral.....	71
8.8.4.6	Delincuente Ocasional.....	71
8.8.4.7	Delincuente Pasional.....	71
8.8.4.8	El Delincuente Profesional.....	71
8.8.5	Obras.....	72
8.8.6	Biografía.....	73
8.9	Ferri, Enrico.....	73
8.9.1	Resumen.....	73
8.9.2	Introducción.....	74
8.9.3	Supuestos.....	74
8.9.3.1	Derecho Penal.....	74
8.9.3.2	Responsabilidad criminal.....	74
8.9.3.3	Delito.....	74
8.9.3.4	Delincuente.....	74
8.9.3.5	Método.....	74
8.9.4	Teoría De La Peligrosidad O Estado Peligroso.....	74
8.9.5	Teoría De Los Motivos O Factores Determinantes Del Delito.....	74
8.9.6	Tipología.....	75
8.9.6.1	Delincuente Nato.....	75
8.9.6.2	Delincuente Loco.....	75
8.9.6.3	Delincuente habitual.....	75
8.9.6.4	Delincuente Ocasional.....	75
8.9.6.5	Delincuente pasional.....	75
8.9.7	El Determinismo de EnricoFerri y La "Pena Difesa".....	75
8.9.8	Los Sustitutivos Penales.....	75
8.9.9	Los frenos inhibitorios.....	76
8.9.10	Obra y publicaciones.....	76
8.9.11	Biografía.....	76
8.10	Garofalo, Rafael.....	77
8.10.1	Denominación.....	77
8.10.2	El Delito.....	77
8.10.3	Teoría De Criminalidad.....	77
8.10.4	El Delincuente.....	77
8.10.5	Teoría De La Temibilidad.....	77
8.10.6	Tesis De La Peligrosidad.....	78
8.10.7	Principios.....	78
8.10.8	Tipología.....	78
8.10.9	Teoría De La Pena.....	78
8.10.9.1	Objeto De La Pena.....	78
8.10.9.2	Clases De Penas.....	78
8.10.10	Obras.....	78
8.10.11	Biografía.....	79
	Bibliografía	79

9 LAS ESCUELAS INTERMEDIAS.....80

9.1	Presupuestos de la terza scuola	80
9.1.1	Comte, Augusto,	80
9.1.2	Escuela Francesa De Lyon.....	80
9.1.2.1	Lacassagne, Alejandro	80
9.1.2.2	Tarde, Gabriel	80
9.1.3	Escuela Social.....	80
9.2	La Terza Scuola o Positivismo Critico.....	81
9.2.1	Alimena, Bernardino.....	81
9.2.2	Carnevale, Manuel	81
9.3	Escuela sociológica alemana.....	82
9.3.1	Liszt, Franz Von.....	82
9.4	La escuela político-criminal (Escuela De Marburgo, Escuela Ecléctica, Joven Escuela)...	82
9.4.1	Merkel, Adolfo.....	83
9.4.2	Hammel, Rivcardo Von,.....	83
9.4.3	Mezger, Edmundo,	83
9.4.4	Prins, Adolfo.....	83
10	EL NEOPOSITIVISMO	83
10.1	Puglia.....	84
10.2	Florián	84
10.3	Harry Godland	84
11	ESCUELA DUALISTA.....	84
11.1	Birkmayer, Charles R. Von,	84
11.2	Beling, Ernst Von,	84
11.3	Conti, Hugo,.....	84
11.4	Lhongui, Silvio	84
12	ESCUELA HUMANISTA.	84
12.1	Lanza, Vittorio Vicente	85
12.2	Montalbeno,	85
12.3	Falchi,	85
12.4	Trajieno,.....	85
13	ESCUELA TECNICO JURIDICA O NEOCLASICA.....	85
13.1	Binding, Carlos,	87
13.2	Manzini, Vicente,.....	87
13.3	Rocco, Arturo,.....	87
13.4	Mayer, Max Ernest	87
14	ESCUELA ECOLOGICA.....	87

Como citar

QUISBERT, Ermo; *Historia Del Derecho Penal A Través De Las Escuelas Penales Y Sus Representantes*, La Paz, Bolivia: CED[®], Centro De Estudios De Derecho[™], 2008, <http://h1.ripway.com/ced/ep.htm>

3. HISTORIA DEL DERECHO PENAL A TRAVÉS DE LAS ESCUELAS PENALES Y SUS REPRESENTANTES



1 ETAPA PRE-CIENTÍFICA DE LA HISTORIA DEL DERECHO PENAL

Si partimos del supuesto de que el delito es como la enfermedad al hombre, éste también idea las formas de castigo. Desde la aparición del hombre sobre la Tierra siempre ha habido el delito,... y las formas de combatirlo.

Sigmund Freud¹ sostiene que el origen del delito se remonta al tabú, que es una prohibición de usar o tocar una cosa o de realizar una conducta cuya infracción tiene como consecuencia un castigo automático y objetivo. Esta sanción se apoya en cierta sanción

¹ **Sigmund Freud** (1856-1939), médico y neurólogo austriaco, fundador del psicoanálisis. Psicoanálisis, nombre que se da a un método específico para investigar los procesos mentales inconscientes y a un enfoque de la psicoterapia.

mágico—religiosa. El fin del delito es la expiación del delincuente.

Las prohibiciones relativas al incesto y al matrimonio dentro de un mismo grupo familiar son ejemplos de tabúes de conducta. Algunos no son totalmente de índole religiosa, sino más bien social, como en el caso de las diferencias entre las clases o castas

1.1 Formas Primitivas De Puni-ción

Entre las formas primitivas tenemos:

- La Venganza Privada Absoluta,
- La Venganza De Sangre y
- La Expulsión De La Paz

1.1.1 Venganza Privada Absoluta

Venganza Privada Absoluta. *Reacción arbitraria, instintiva y desproporcional al daño material del autor como medio de defensa individual del ofendido contra el ofensor sin la intervención de autoridad pública.* El fin era la defensa individual. No había concepto de pena, sólo de daño. Corresponde a sociedades primitivas.

1.1.2 Venganza De Sangre

Venganza De Sangre (butvage). *Muerte del ofensor o algún otro miembro de su clan² por parte del clan del ofendido.* Busca el equilibrio de clanes.

1.1.3 La Expulsión De La Paz

La Expulsión De La Paz. *Destierro que sufre un individuo de su propio grupo tribal por transgredir reglas sociales de la tribu.* Equivalía a la pena de muerte o a la esclavitud porque ya no tenía grupo que lo proteja.

1.2 Formas Históricas De Puni- ción

Se conocen a través de tradiciones, textos antiguos, etc. Son:

1. El talión,
2. La Venganza Divina,
3. La Composición
4. La venganza publica, que aparece en Grecia

1.2.1 El Talión

El Talión (o venganza justa). *Venganza Privada Reglada³ que consiste en hacer sufrir*

² **Clan** (del gaélico clann, ‘descendencia’). *Grupo de familias de una tribu cuyos miembros apelan a un antepasado común.* La pertenencia a un clan implica la solidaridad social, es decir, la obligación de prestar ayuda mutua, la participación en ritos y ceremonias, y el deber de venganza. La palabra **gens** se introdujo en el contexto antropológico a finales del siglo XVIII como sustituto de **clan**. Sin embargo, hoy no se utiliza de forma generalizada.

³ **Venganza Privada Reglada.** *Reacción del grupo al que pertenece el ofendido buscando causar un daño en la misma proporción que el sufrido.*

al delincuente un daño igual al que causó. Ya el pueblo de Israel conocía el Talion como lo prueba la Biblia en *Exodo⁴: 21:22-25*. El talión es la primera forma histórica de punición que supone la existencia de un poder público que aplica una equivalencia material entre el mal sufrido por la víctima y el inferido por el agresor.

Caracteres del Talión:

- la existencia de un poder público, y
- la búsqueda de la equivalencia.

Inaugura el periodo de la pena tasada, aunque no es una pena en si misma sino un medio de castigo.

1.2.2 La Composición

La Composición⁵. (Del latín *componere* ‘arreglar’, ‘conciliar’). *Tarifación del daño causado por el cual el ofensor pagaba en dinero o en especie al ofendido, para salvarse de la venganza pública o privada.*

Se denominaba según el caso: wergildo (precio por un hombre en el homicidio) y busse (por delitos menores), se agregaba una multa pagadero al Estado por su intervención en la graduación (fredus) de la pena

⁴ **Fragmento del Éxodo 21: 22- 25, La Biblia:**

Ley sobre el altar. Golpes y heridas.

Si unos hombres, en el curso de una riña, dan un golpe a una mujer encinta, y provocan el parto sin más daño, el culpable será multado conforme a lo que imponga el marido de la mujer y mediante arbitrio.

Pero si resultare daño, darás vida por vida,

ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, cardenal por cardenal.

Este fragmento del Éxodo ofrece la serie de preceptos legales que debían regir la vida del Pueblo Elegido. Este texto legal constituye un conjunto de instrucciones legales necesarias para la ordenación del itinerante pueblo judío de aquel momento.

⁵ **Etapas de solución de conflictos en la historia.** *La Autotutela* que consiste en que una de las partes del conflicto (el ofendido) infiere el mismo daño a la otra parte, por ejemplo el talión. *La Autocomposición* que consiste en la solución del conflicto por la presencia de las dos partes, ofendido y ofensor, por ejemplo la transacción. *La Heterocomposición* que consiste en la aparición de un tercero (el Estado) que pretende la solución del conflicto, por ejemplo un proceso civil. Este monopolio aparece en la Revolución Francesa (1789).

1.2.3 La Venganza Divina

Venganza Divina. *Consiste en que el trasgresor de las leyes religiosas debe ser muerto por la comunidad para aplacar a los dioses.*

El fin de la pena es la expiación. El daño se confunde con el pecado. Se da en las sociedades teocráticas.

La venganza divide se da en: Babilonia, Israel, China, Egipto, India y en el Kollasuyo.

China. Distingue entre la intensidad y los móviles del delito. Conocían las penas de: amputación de la nariz y las orejas, obturación de los orificios del cuerpo, incisiones de los ojos, la pena capital, etc.

Durante la dinastía Shang⁶ ya se establecía el uso de la huella dactilar para garantizar los documentos, por ejemplo un contrato de matrimonio. La Dinastía Chou que duró de 1122 al 240 a. C. Ya se preocupó para llegar a establecer castigos, aunque estos se diferenciaban de los castigos religiosos. Se sancionaba ya el pillaje con castigos corporales, por ejemplo se corte del dedo pulgar.

Confucio ya establecía 5 delitos imperdonables:

1. Hombre que medita en secreto y practica bajo capa de virtud.
2. Incorregibilidad reconocida y probada en sociedad.
3. Calumnia revestida en el manto de la verdad para engañar al pueblo.
4. Venganza: esta era sancionada con la máxima pena, la muerte.
5. Formular el pro y el contra sobre el mismo asunto.

Confucio decía: “Ten cuidado de cometer un crimen porque tendrás el castigo correspon-

⁶ **Dinastía Shang** o Dinastía Chang, primera dinastía imperial de China respecto de la cual existen evidencias históricas. Una cronología efectuada durante el periodo de gobierno de la dinastía Han cita los años de 1766-1122 a.C. como años de su gobierno.

diente.

Babilonia. Regulaba la vida del Imperio babilónico. Hammurabí establece su Código laico (2250 a. C.) Dispone: Talión detallado, no hay venganza privada. Distingue entre dolo y culpa. Las atenuantes son el arrebató y la obcecación. Las penas son crueles. Establecía ya, lo que ahora se llama negligencia temeraria, es decir quien construye una casa y esta se derrumba, el constructor debía ser castigado.

Israel. Conoce el talió por homicidio; algunas formas de venganza privada. Las penas son rigurosas. El fin de la pena es la expiación.

La Ley sobre el altar establece preceptos relativos a:

- El Homicidio Éxodo. 21:12- 16;
- Golpes y heridas, Éxodo. 21: 18-21;
- El Talió, Éxodo. 21: 21-25,
- Robo de animales, Éxodo. 21: 37,
- Delitos que deben ser compensados, Éxodo. 22: 4-14,
- Violación de una virgen, Éxodo. 22: 15-16.

Los Diez Mandamientos establece reglas⁷ –

⁷ **Los Diez Mandamientos.** Por tradición, los mandamientos han sido enumerados de acuerdo con tres criterios. La mayoría de los cristianos protestantes y ortodoxos dividen y enumeran los mandamientos del siguiente modo: (1) la prohibición de adorar a cualquier divinidad que no sea Dios; (2) la prohibición de la idolatría; (3) la prohibición de usar en vano el nombre de Dios; (4) la observancia del sábado; (5) el honrar a los padres; (6) la prohibición de matar; (7) la prohibición del adulterio; (8) la prohibición de robar; (9) la prohibición de prestar falso testimonio; (10) la prohibición de codiciar la propiedad o desear la mujer del prójimo.

Los católicos y los luteranos siguen la división utilizada por san Agustín de Hipona (siglo IV). El prólogo y las dos primeras prohibiciones están combinados, y el último mandamiento se divide en dos, prohibiendo, cada uno por separado, desear a la mujer del prójimo y codiciar los bienes ajenos. Por ello, la enumeración de los demás mandamientos difiere en un número. En la tradición judía el prólogo es considerado el primer mandamiento, las dos primeras prohibiciones se conjuran como segundo mandamiento, y el resto sigue el mismo orden que las tradiciones protestante y ortodoxa.

aunque sin sanciones—que si son vulnerados serán castigados por la ira de Dios. En Éxodo (20,1-17) y en Deuteronomio (5,6-21) aparecen dos versiones diferentes de los mandamientos, aunque en ambas el espíritu es el mismo. La versión del Éxodo difiere de la del Deuteronomio en dos elementos: proporciona un motivo religioso, en lugar de humanitario, respecto a la observancia del sábado; y al prohibir la codicia, incluye a la mujer del prójimo junto con el resto de sus propiedades, en lugar de hacerlo por separado.

Egipto. El delito se caracteriza por su carácter religioso. El Derecho, la religión y la magia estaban confundidos en el llamado Derecho De Los Muertos, se llamaba así porque era una especie de diario donde se apuntaba todo lo malo y bueno que había hecho en vida el difunto. Esto era una forma de condena.

El *Edicto de Har-em-hab* del siglo XV a. C. establece que los abusos a los criados podían ser sancionados, aunque no define la clase de penas. Ya tipificaba el cohecho y el pillaje.

Los *Escritos Ipitias* (reinado de Ramsés II) condenaban con penas corporales el robo con la extracción de los incisivos al delincuente.

India. Conoce el *Manu Smriti*⁸ (*Código del Hombre*, del sánscrito *manu* ‘hombre’) y el *amarsa Barsa Satra* dispone: la diferenciación entre el delito culposo, fortuito y el voluntario. Penas desiguales. Se aplican según las castas. El fin de la pena es la purificación.

⁸ **Manu Smriti**, (Código Del Hombre, del sánscrito *manu*, ‘hombre’) *Código hindú que contiene: instrucciones morales y sociales y normas para la celebración de rituales y ceremonias para el sistema de castas de la India, que consta de 2.685 versos, divididos en 12 libros.* El autor fue Svayambhuva, según el poema épico indio Mahabharata. Los investigadores han fechado el *Manu Smriti* entre el año 600 a.C. al 300 d.C. El primer manu se llamó Svayambhuva, que significa ‘hijo del que existe por sí mismo’ o Brahma.

Collas y Quichuas. El delito mas grave era el robo de ganado. Las penas eran el despeñamiento y el destierro. Existía el tabú de templos y fortalezas. La institución penal generalizada era la composición directa en especie con la tribu ofendida.

Para los quichuas delito y sacrilegio eran iguales. La responsabilidad no era individual. Se admitían las atenuantes como ser en el hurto famélico, ignorancia de la ley. Las penas eran crueles por delitos militares y religiosos. Existía la pena capital (horca, lapidación, entierro con vida, descuartizamiento). Existían dos clases de prisiones: los *zancay* para traidores, y las *pinas* para delincuentes menores.

1.2.4 La Venganza Pública: Grecia

La cuarta forma histórica es la venganza aparece en Grecia y es la venganza pública.

La Venganza Pública es la capacidad del Estado para aplicar penas al autor de un delito.

El fin de la pena es la intimidación. El daño se convierte en delito y la venganza en castigo legal. La infracción ya no se considera atentado contra la persona sino contra la sociedad. El Estado toma para sí la venganza. El Derecho Penal se propone corregir a los delincuentes, prevenir el delito y defender a la sociedad.

La venganza pública en Grecia tiene dos etapas:

1. la etapa Legendaria y,
2. la etapa Histórica

Etapa Legendaria

El Derecho Penal aún es religioso. Las Polis⁹ dictaban las leyes bajo delegación de Júpiter. El delito proviene del destino y la pena siempre se cumplía porque era divina. Las sanciones eran tanto públicas como individuales (destierro, muerte civil).

⁹ **Polis** (Del gr. πόλις). En la antigua Grecia, Estado autónomo constituido por una ciudad y un pequeño territorio.

Etapa Histórica

El Derecho Penal es laico con base en el delito natural. El delito evoluciona de la responsabilidad colectiva de la *gens* a la responsabilidad individual.

PITÁGORAS dice que el delito rompe el equilibrio social y la pena lo restablece (balanza de la diosa Temis).

PROTÁGORAS. Defiende la Teoría de la ejemplaridad de la pena que dice que la pena debe estar de acorde con el daño causado.

SÓCRATES dice que el delito está en la falta de educación, el fin de la pena es la reeducación. Su teoría se basa en el *areté* virtud. El hombre que comete un delito es escaso de *areté*. Como filósofo establece los valores. La virtud es el valor fundamental para que el hombre tenga que comportarse como tal. La falta de virtud o *areté* hacía que el hombre se encamine hacia el delito.

¿Cómo que cultiva—y se la obtiene—esa virtud? A través de la educación. Hombres con falta de educación para la obtención del *areté* son proclives al delito. Por eso para Sócrates el fin de la pena es la reeducación.

HIPOCRÁTES. Considerado padre de la Medicina y de la Biología Criminal por su Teoría de los Humores plantea la *Teoría De Los Cuatro Humores*:

1. Cuando predomina la SANGRE, el carácter es sanguíneo.
2. Cuando predomina la FLEMA, el carácter es fleumático caracterizado por: apatía, indiferencia, pereza y cierta amnesia emocional.
3. Si predomina la BILIS, su carácter es colérico.
4. Si predomina la BILIS NEGRA, es melancólico.

Esta teoría es considerada todavía en Criminología, porque se basa en el temperamento y el carácter del individuo. Hipócrates es uno

de los autores de la Criminología pre-científica.

PLATÓN dice que el delito está en la ignorancia de las leyes. El fin de la pena es la cura moral. Considerado como impulsor de la corriente sociológica. Dice que el delincuente es parecido a un enfermo, las causas del delito están en la miseria o en la guerra. Si existe miseria o injusticias en la sociedad, va haber delitos. Esto es patente en la actualidad, al comparar los niveles de vida de diferentes países vemos en Suiza existe un nivel bajo de delitos contra la propiedad.

La Sociología Criminal afirma que la miseria es causa de delito. En la actualidad la mayoría de los delitos son económicos. Si no existe equidad y justicia salarial habrá delitos, esto no es una apología, sino la realidad.

ARISTÓTELES dice que es delito si se conoce la causa (conocimiento y libertad), si no hay causa, no hay delito (el alcoholismo). Cultor de la Psicología Criminal porque establece el estudio del alma, el pensamiento y los afectos. Dice que cualquiera alteración de estas virtudes puede ser causa de criminalidad. La falta de afecto lleva a una situación anormal.

Establece—alrededor de 348 a.C.—que la pasión es causa de criminalidad. En esto no ha estado totalmente equivocado, ya que actualmente se estudian los crímenes pasionales. Actualmente además de tomar la pasión, también se toman en cuenta otros factores como ser el carácter del individuo, la tipología morfológica, etc.

1.2.5 Derecho Penal Romano

El Derecho Penal evoluciona de formas religiosas. Tenemos tres épocas:

1. En la primera divide los delitos en:
 - i. Delitos Públicos (Crimina Pública: perduelium, el parricidio, el incensus (no

- pagar impuestos) y, en
 - ii. Delitos Privados (Delicta Privata: homicidium, el furtius (hurto), las injurias, delitos contra el matrimonio).
- 2. En la segunda época la Lex Valeria impone la pena capital (suplicium) para el perduellio y el parricidio, al principio ejecutado por el pueblo, mas tarde por los tribunales. Para los delitos privados se aplica la pena (poena).
- 3. En la tercera época nace el delito extraordinario (crimina extraordinaria) que es una figura entre delito privado y el público, la sanción era impuesto por el Magistrado ya que esta clase de delito no esta tipificado en la ley. En esta época ya se conoce los aspectos subjetivos del delito como el dolus malus, el dolus bonus, las atenuantes y agravantes, la culpa, la imputabilidad, el delito impulsivo. Las penas son graves p.ej., la tortura, los trabajos forzados.

La pena evoluciona desde la venganza privada pasando por el talión, composición, el poder del “pater familias” hasta llegar a la venganza pública.

1.2.6 Derecho Penal Germánico

El Derecho Penal es objetivo y privado. En un principio el “pater familias” era juez y sacerdote. Existía la venganza de sangre, este era un deber, la composición por contrato (wergildo y busse), la composición con intervención de autoridad a la que se pagaba la multa, la expulsión de la paz. La composición servía para componer el daño civil y

para imponer una pena.

La responsabilidad era por el resultado y por el estado psicológico del autor. De lo anterior se diferenciaba entre dolo, culpa y delito fortuito.

1.2.7 Derecho Penal Canónico

Sus fuentes son:

1. El Decreto de Graciano de 1140,
2. Las Decretales de Gregorio IX de 1234,
3. El Libro de Bonifacio VIII de 1298,
4. Las Constitución de Clementina de 1317,
5. Los Procedimientos de la Santa Inquisición.

Clasifica los delitos en:

1. delitos contra el Orden divino (apostasía, el ateísmo),
2. delitos contra el Orden humano, y
3. delitos mixtos.

Las penas en orden de gravedad eran:

1. la Excomuni3n, hoguera y tormentos,
2. la Detenci3n perpetua, reclusi3n en los conventos,
3. La penitencia, peregrinaci3n, y
4. Los rezos y la limosna.

1.2.7.1 Ventajas

1. Es p3blico y combate la venganza privada,
2. Exige la igualdad ante la ley, porque todos son hijos de Dios,
3. Reglamenta las guerras(Tregua de Dios de mi3rcoles a lunes, en esos d3as se llevo la Pasión de Cristo),
4. Permite el asilo en los templos,
5. La responsabilidad est3 en ba-

- se al Libre Albedrío¹⁰
6. Dulcifica las penas y el fin de la pena esta en la corrección a través del arrepentimiento.

1.2.7.2 Desventajas

1. El Derecho Penal Canónico es religioso y vindicativo.
2. El delito es igual al pecado.
3. La tortura como medio de confesión del delito para tranquilizar la conciencia del juez.
4. El Poder o derecho de castigar que también tenía la Iglesia Católica aparte del Estado.
5. La pena no es individual, abarca a terceros.

1.2.8 Derecho Penal Europeo

En la Edad Media se fusionan el Derecho canónico, romano y germánico con predominio del Derecho romano, porque los tribunales y los estudiosos siempre consultaban el *Corpus Juris Civile* de Justiniano.

1.2.8.1 Desventajas

1. El Derecho Penal protege los intereses de los monarcas, nobleza y clero.
2. Desigualdad ante la ley. El tratamiento penal se fundaba en la calidad de las personas: nobles y plebeyos.
3. Instrucción secreta del proceso. No había Garantías Procesales.

¹⁰ La Teoría del Libre Albedrío sostiene que la marcha del pensamiento o de la acción puede ser dirigida por el propio individuo haciendo caso omiso de influencias externas. *Libre albedrío. Poder o capacidad del individuo para elegir una línea de acción o tomar una decisión sin estar sujeto a limitaciones impuestas por causas antecedentes, por la necesidad, o por la predeterminación divina.* Un acto libre por entero es en sí mismo una causa y no un efecto; está fuera de la secuencia causal o de la ley de la causalidad. Véase: <http://www.geocities.com/eqhd/libreAlbedrio.htm>

4. Arbitrio Judicial sin marco legal, el juez tenía la facultad de aplicar las leyes que juzgaba conveniente.
5. Falta de individualización de la pena, se trasladaba a terceros, inclusive a animales y objetos.
6. Crueldad excesiva de la pena: pena capital, torturas y mutilaciones, trabajos forzados, confiscación de bienes a favor del señor feudal.

1.3 La Recepción Los Glosadores Y Postglosadores.

Recepción. *Aceptación del derecho romano por los pueblos bárbaros por el cual el jus puniendi pasaba al Estado.*

En España la recepción se plasma en las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio. En Alemania con la Ordenanza De Los Tribunales o Babergensis (1507) y con la Ordenanza Criminal de Carlos V más conocida como Código Carolina que tiene en si una característica fundamental: hizo desaparecer el carácter individual de castigar, adquiriendo el Derecho penal un carácter público y estatal.

En Italia esta recepción se da por estudios que se realizan del *Corpus...* de Justiniano haciendo anotaciones al margen de la página para que sea una especie de guía para una mejor comprensión.

A los que realizaban estas anotaciones se los llama glosadores, p.ej., Alberto Grandino (s. XIV).

Los postglosadores son los que hacían comentarios de esas anotaciones al margen. Se pueden citar a Guillermo Caro (s. XVI).

2 ETAPA CIENTÍFICA DE LA HISTORIA DEL DERECHO PENAL

2.1 Siglo XVIII la Época De Luces del Derecho Penal

El Derecho Penal hasta el siglo XVIII se caracterizaba por su crueldad. De aquí para adelante trata de adaptarse a la realidad social y política.

En la *Ilustración*¹¹, los fenómenos naturales se explican en base a la razón y bajo las Leyes de la causalidad, separándose de los dogmas religiosos. Influye en la separación del Estado y la Iglesia Católica.

En el Derecho Penal se delimita entre el hombre y la sociedad. El límite del Estado es el Derecho, el límite del individuo, el derecho de los demás.

Esta época de Humanismo sólo acepta como guía el conocimiento basado en la razón y el Derecho va tomando como guía los principios como: el Principio de la igualdad de las personas ante la ley¹², el Principio de Lega-

¹¹ **La ilustración.** *Movimiento intelectual europeo (1688-1830) caracterizado por el racionalismo utilitarista de la clase burguesa en su etapa ascendente en la consecución de la hegemonía estructural capitalista, la toma del poder político y la conformación de su ideología buscando eliminar las insuficiencias de la sociedad existente, modificar las costumbres, la política y el género de vida, difundiendo las ideas del bien, de la justicia y el conocimiento científico y persiguiendo en su vertiente penal la igualdad de las personas ante la ley, la humanización de las sanciones, la eliminación de la tortura y la promulgación de leyes claras.*

Véase: <http://www.geocities.com/penaluno/ilustracion.htm>

¹² **Principio De Igualdad De Las Personas Ante La Ley.** *Axioma que plasma una determinada valoración de justicia de una sociedad que en un momento histórico determinado informa que las partes de un proceso tienen idéntica posición y las mismas facultades para ejercer sus respectivos derechos.*

En este principio de basa el Art 6 de la Constitución boliviana,

Artículo 6º. Igualdad de las personas. Constitución de Bolivia Ley 2650 13 abril 2004

Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídicas, con arreglo a las leyes. Goza de los derechos, libertades y garantías re conocidos por esta Constitución, sin distinción

lidad¹³, etc.

En esta época del también surgen las:

1. Garantías Procesales:

- i. Garantía del Juez natural. El procesado debe ser juzgado por juez competente (Constitución, 14¹⁴)
- ii. Garantía Del Estado De Inocencia Y El derecho A Ser Oído En Proceso (Constitución, 16¹⁵) que presume la

de raza, sexo, idioma, religión opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social, u otra cualquiera.

La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarias y protegerlas es deber primordial del Estado.

¿Como se garantiza la igualdad de las partes ante la ley si una de ellas no tiene recursos económicos para llevar el proceso? Con otra desigualdad. Se debe probar al juez que una de las partes no tiene recursos económicos, y una vez probadas el juez puede liberar a la parte de varias cargas económicas. Tiene origen en el Cristianismo que postula que todos los hombres son iguales porque son hijos de Dios. Otra de las fuentes de este principio se puede encontrar en la Revolución Francesa y la Ley del 21 de febrero de 1790 que postula que “los delitos del mismo género serán sancionados por el mismo género de penas cualesquiera que sea el rango y estado del imputado”. En el fondo, la igualdad es la proporcionalidad de las penas y los delitos.

¹³ **Principio de Legalidad.** *Axioma en virtud del cual ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior lo haya previsto como tal.* Véase: <http://www.geocities.com/penaluno/principiodelegalidad.htm>

¹⁴ **Artículo 14º. Constitución de Bolivia Ley 2650 13 abril 2004. Garantía de Juez natural.** Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales o sometido a otros jueces que los designados con anterioridad al hecho de la causa, ni se lo podrá obligar a declarar contra si mismo en materia penal o contra sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado inclusive, o sus afines hasta el segundo, de acuerdo al cómputo civil.

¹⁵ **Artículo 16º. Constitución de Bolivia Ley 2650 13 abril 2004. Garantía Del Estado De Inocencia Y El derecho A Ser Oído En Proceso**

Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad.

El derecho de defensa de la persona en juicio es inviolable.

Desde el momento de su detención o apresamiento, los detenidos tienen derecho a ser asistidos por un defensor.

Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído y juzgado previamente en proceso legal; ni la sufrirá si no ha sido impuesta por sentencia ejecutoriada y por autoridad competente. La condena penal debe fundarse en una ley

inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad.

2. Garantías Penales. No hay pena sin ley previa que lo sancione, es el respeto al Principio de Legalidad de las penas¹⁶
3. Se suprime también las torturas.
4. Se establece la guillotina para la pena capital sin dolor

2.2 La Revolución Francesa Y El Derecho Penal Liberal

Los principios y garantías liberales de la Revolución Francesa: el Principio de Igualdad de las personas ante la ley, el Principio de Legalidad, Garantías Procesales y la supresión de las torturas, y los principios utilitaristas de Jeremy Bentham —que mide la pena por el peligro y no por la moralidad del acto, aunque en ciertos casos surge la idea de la moralidad—reforman el Código Penal Francés de 1810 que entro en vigencia el 1° de enero de 1811

Este código quiere lograr la defensa social por el contenido intimidatorio de la pena, por lo que tiende a afligir al culpable. La idea de enmienda esta ausente.

El Código Penal Francés establece:

anterior al proceso y sólo se aplicarán las leyes posteriores cuando sean más favorables al encausado.

¹⁶ **Principio de legalidad de las penas.** “Nullum poena sine scripta, certa, stricta et praevia lege” (no hay pena sin ley escrita, cierta y anterior que lo establezca como tal). *Axioma jurídico en virtud del cual no se puede sancionar, si la pena no ha sido previamente establecido a su perpetración por una ley escrita y cierta.* “...La condena penal debe fundarse en una ley anterior al proceso...” (CPE, 16, párrafo cuarto, segunda oración). “No se podrá imponer pena al agente, si su actuar no es reprochable penalmente.”(CP, 13) Toman como fundamento este principio.

Véase:

<http://www.geocities.com/penaluno/principiodelegalidad.htm>

1. Principio De Igualdad De Las Personas Ante La Ley.

Axioma que plasma una determinada valoración de justicia de una sociedad que en un momento histórico determinado informa que las partes de un proceso tienen idéntica posición y las mismas facultades para ejercer sus respectivos derechos.

¿Como se garantiza la igualdad de las partes ante la ley si una de ellas no tiene recursos económicos para llevar el proceso? Con otra desigualdad. Se debe probar al juez que una de las partes no tiene recursos económicos, y una vez probadas el juez puede liberar a la parte de varias cargas económicas.

Este principio tiene origen en el Cristianismo que postula que todos los hombres son iguales porque son hijos de Dios. Luego de la Revolución Francesa la Ley del 21 de febrero de 1790 ordena que “los delitos del mismo género serán sancionados por el mismo género de penas cualesquiera que sea el rango y estado del imputado”.

En el fondo, la igualdad es la proporcionalidad de las penas y los delitos.

2. El Principio de Legalidad del Delito.

“Nullum crimen sine scripta, stricta, certa et praevia lege” (no hay delito sin ley escrita, cierta y previa). *Axioma jurídico en virtud del cual ningún acto u omisión voluntaria es consi-*

derado como delito sin que una ley escrita, cierta y anterior lo haya previsto como tal. Es decir no existe delito sin ley positiva previa que lo defina.

3. **El Principio de Legalidad Penal.** “Nullum poena sine scripta, certa, stricta et praevia lege” (no hay pena sin ley escrita, cierta y anterior que lo establezca como tal). *Axioma jurídico en virtud del cual no se puede sancionar, si la pena no ha sido previamente establecido a su perpetración por una ley escrita y cierta.* Es decir no hay pena sin ley positiva previa que sancione el delito.
4. **Elimina el Arbitrio Judicial sin marco legal**
5. **Elimina la tortura del procedimiento.**
6. **Mide la pena por la peligrosidad** y no por la moralidad del acto.
7. **Desaparece el Principio de Juzgado.** Este principio es un *axioma de desigualdad de las personas en virtud del cual cada cual debe ser juzgado por sus iguales.* Cada clase social tenía un tribunal que lo juzgaba.
8. **Suaviza la pena capital,** Se debe realizar sin dolor (uso de la guillotina).

2.3 Influencias

Influye al Código español de 1822 que sirve de base al Código Penal Santa Cruz de 6 DE noviembre de 1834 vigente hasta el 5 de agosto de 1973 en Bolivia (138 años y 9 meses de vigencia).

3 INTRODUCCIÓN A LAS ESCUELAS PENALES

3.1 ¿Qué Es Una Escuela?

Escuela. Sistematización de las diversas teorías para constituir un solo cuerpo de doctrina.

3.2 ¿Qué Es Una Escuela Penal?

Escuela Penal. “Cuerpo orgánico de concepciones contrapuestas sobre la legitimidad del derecho de penar, sobre la naturaleza del delito y sobre el fin de las sanciones” (JIMÉNEZ DE AZÚA, Luís, *Tratado De Derecho Penal*, Buenos Aires, Argentina, Losada, 1950, vol., II, pagina, 29)

Escuela penal. “Dirección de pensamiento que tiene una determinada orientación, trabaja con un método peculiar y responde a unos determinados presupuestos filosóficos-penales”. (SAINZ CANTERO, José A., *Leciones de Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, España, Bosch, 1990, pagina 123)

3.3 Importancia De Las Escuelas Penales

Hoy en día la importancia de las escuelas penales es solo didáctica. Esta falta de importancia se da por la *imposibilidad* de sistematizar o de “encajonar” en esta o aquella escuela una variedad de conceptos e ideas.

3.4 Distinción Entre Escuelas

¿Cómo se Distingue una escuela de otras? Se distinguen entre ellas por la dirección de las ideas respecto: por la concepción de la naturaleza del delito, de la pena, y por el método que usan, por ejemplo, la pena, para la Escuela Clásica¹⁷ es *un mal*, pero para la Es-

¹⁷ **Escuela Clásica.** *Cuerpo orgánico de conocimientos relativos a la defensa de las garantías individuales.*
Véase: www.geocities.com/penaluno/escuelaclasica.htm

cuela Positiva¹⁸ la pena *es una cura*.

El método de la Escuela Clásica es el *Deductivo* o *Lógico-abstracto*; mientras de la Escuela Positiva utiliza el *Inductivo* o *Experimental*.

Y por la naturaleza del delito. Es decir ¿Que es el delito para las diferentes escuelas? Por ejemplo para la Escuela Clásica el delito es *un ente jurídico*. Pero para la Escuela Positiva el delito es un *fenómeno fáctico y jurídico*.

La Escuela Positiva se caracteriza por considerar primero al delincuente y sólo luego al delito. Es una reacción contra la Escuela Clásica.

3.5 ¿Por qué Aparecen Las Escuelas Penales?

Porque quieren responder a las preguntas:

1. ¿Porque se impone una sanción a un “delincuente”?
2. ¿Cuál es el organismo llamado a imponerlo?
3. ¿Cuáles son los fundamentos para hacer un juicio de valor o de desvalor de una conducta humana?
4. ¿Cuál es la finalidad de la sanción?
5. ¿Para que sirve .la sanción?

A estas preguntas responden los *Fundamentos Del Ius Puniedi* o *Derecho De Castigar del Estado*.

¹⁸ **Escuela Positiva.** “Consiste en lo siguiente: estudiar con el método científico de la observación desde el punto de vista antropológico, psicológico, estadístico, penal y penitenciariamente al delincuente y su medio ambiente y, estudiar el delito, primero en su génesis natural, y después en sus efectos jurídicos, para adaptar jurídicamente a las varias causas que lo producen los diversos remedios.”(Enrico Ferri). Para Edmundo Mezger “La Escuela Positiva Penal es la dirección del pensamiento que quiere comprender y en consecuencia ordenar la vida jurídica de acuerdo a las leyes naturales, biológicas y sociológicas del individuo y de la sociedad”.

Véase www.geocities.com/cjr212criminologia/escuelapositiva.htm

3.6 Fundamentos Del Derecho De Castigar

El Estado siempre castigó el delito a través del brujo, sacerdote o autoridad señalada por ley.

Aunque los anarquistas¹⁹ niegan el derecho de castigar, por que éste reposa sobre la fuerza y la fuerza no puede ser fundamento de la justicia, ya que en toda coacción hay injusticia y arbitrariedad. Goldwiser dice que la pena es un crimen. Tolstoi en *Confesión* (1882) dice que la solución a los delitos hay que buscarlo en los evangelios. En *Amo y criado* (1894-1895) atacó las desigualdades sociales y las formas coercitivas del gobierno y de las autoridades religiosas, clamó por una liberación de los odios individuales y por la adopción de modelos de vida dictados por la conciencia de cada uno.

Entonces ¿Porque se castiga? Responden las siguientes teorías que suelen agruparse tres grandes grupos:

- **Teorías Relativas O Utilitarias.**
 - Teoría De La Prevención
 - Teoría De La Enmienda
 - Teoría De La Defensa Social
- **Teorías Absolutas**
 - Teoría De La Expiación
 - Teoría De La Retribución
- **Teorías Unitarias, Mixtas o Eclécticas.**

3.7 Teorías Relativas O Utilitarias

Las *teorías relativas* fundamentan la pena en su necesidad para evitar la comisión de delitos futuros (*punitur ut ne peccetur*). La pena se justifica por sus efectos preventivos. Se castiga para que no se vuelva a cometer delitos.

¹⁹ **Anarquismo.** Doctrina que propugna la desaparición del Estado y de todo poder.

Las *teorías relativas* son concepciones utilitarias de la pena. *Teoría Relativa De La Pena*, era la de los penalistas de la *Ilustración*²⁰ (Beccaria, Lardizábal, Bentham, Romagnosi, Filangieri, Feuerbach, entre otros) que ponían el acento en la *prevención general*; y la Escuela Positivista italiana, que vinculaba la pena a la peligrosidad del delincuente.

Teoría Relativa De La Pena es la de la nueva defensa social: la concepción de la pena del Proyecto Alternativo de Código penal alemán y las de Noll y Jakobs, en la moderna Ciencia del Derecho penal alemana.

Según el *fin* que persiguen se tiene las siguientes teorías

- Teoría De La Prevención
- Teoría De La Enmienda
- Teoría De La Defensa Social

3.7.1 Teoría De La Prevención

Dentro de la *Teoría de la prevención* suelen distinguirse la *prevención general* y la *prevención especial*.

- La **prevención general** se identifica tradicionalmente con la intimidación. La amenaza y la aplicación de la pena pueden infundir temor a los posibles delincuentes y moverles a abstenerse de cometer el delito. En la *prevención general* se incluye también, y en primer término, por algunos autores modernos, la *Función de Ejemplaridad de La Pena*. Al sancionar las leyes penales las normas fundamentales de la Ética social, realiza el

²⁰ **Ilustración.** Movimiento intelectual europeo (1688-1830) caracterizado por el racionalismo utilitarista de la clase burguesa en su etapa ascendente en la consecución de la hegemonía estructural capitalista, la toma del poder político y la conformación de su ideología buscando eliminar las insuficiencias de la sociedad existente, modificar las costumbres, la política y el género de vida, difundiendo las ideas del bien, de la justicia y el conocimiento científico y *persiguiendo en su vertiente penal* la igualdad de las personas ante la ley, la humanización de las sanciones, la eliminación de la tortura y la promulgación de leyes claras.

Derecho penal una función pedagógica o formativa.

- La **prevención especial** implica, en cambio, una actuación sobre la persona del delincuente, para evitar que vuelva a delinquir en el futuro. En la *prevención especial* suelen distinguirse en la doctrina moderna aspectos de *la advertencia o intimidación individual, corrección o enmienda del delincuente* o al menos su readaptación social, separación o inocuización, cuando se trate de delincuentes incorregibles o de corrección prácticamente imposible.

3.7.2 Teoría De La Enmienda

3.7.3 Teoría De La Defensa Social

3.8 Teorías Absolutas

Las *teorías absolutas* encuentran la justificación de la pena exclusivamente en el delito cometido (*punitur quia peccatum est*). La pena es una compensación del mal causado por el delito.

No aparecen hasta el idealismo alemán. Kant y Hegel son sus representantes más destacados. La *Ley penal* es para Kant un imperativo categórico (teoría de la retribución moral). “Incluso si la sociedad civil se disolviera con el consentimiento de todos sus miembros el último asesino que se encontrara en la prisión tendría que ser antes ejecutado, para que a cada cual le suceda lo que merece por sus hechos”.

Los representantes de las *teorías absolutas* creen que si se justificase la pena por sus efectos preventivos, por razones utilitarias, se utilizaría al delincuente como instrumento para la consecución de fines sociales, lo cual implicaría un desprecio a su dignidad humana.

Las *teorías absolutas* se explican histórica-

mente como reacción a las concepciones utilitarias de la pena de los penalistas de la *Ilustración*.

El fundamento de castigar esta en la justicia absoluta. El delito es un mal, sino se castiga con otro mal sería una injusticia, la pena es una justa consecuencia.

Dentro las Teorías Absolutas están:

1. La Teoría De La Expiación y
2. La Teoría De La Retribución

3.8.1 Teoría De La Expiación

La *Teoría de la expiación* dice que la pena calma la irritación divina por el sufrimiento del autor del delito.

El concepto de *expiación* lo encontramos en los campos de la religión y la ética. El castigo tiene la función de reponer la relación destruida por el culpable mediante el pecado hacia Dios, o bien en el caso de la ética, la reposición del orden moral destruido a causa de un acto injusto. La expiación conlleva la reconciliación. De esta manera, es mediante el castigo expiatorio que el pecador se libera a sí mismo de su culpa y rehace las paces consigo mismo y con sus prójimos. El hombre no puede liberarse de esta carga si es que reprime su experiencia de culpa, mediante la resignación, la indiferencia o el cinismo. El culpable necesita de la expiación, de manera que pueda deshacerse del peso de su culpa, y para ello debe asumir un castigo.

3.8.2 Teoría De La Retribución

En la *teoría de la retribución* la pena compensa el mal sufrido.

La *Teoría de la Expiación* trata de borrar la falta, la *Teoría de la Retribución* sólo trata de compensarla.

La *Teoría de la Expiación* y la *Teoría de la Retribución* aplican la represión, no buscan la regeneración del delincuente. Ambas son vindicativas por hechos del pasado. Pertenecen a pueblos primitivos.

3.9 Teorías Mixtas, Unitarias O Eclécticas

Concilian justicia (teorías absolutas) y utilidad (teorías relativas).

Reconocen que la retribución constituye la esencia de la pena, pero ésta ha de perseguir al mismo tiempo los fines de la *prevención general* y la *prevención especial*.

Las *teorías unitarias* tienen su raíz en Aristóteles y Santo Tomás, sustentadas por los teólogos y juristas de los siglos XVI y XVII. En España por Pacheco, la escuela correccionalista española (Concepción Arenal), siendo las dominantes en la moderna ciencia del Derecho penal español.

Algunos de sus representantes distinguen entre *fundamento* y *fines* de la pena y consideran que el fundamento de la pena está constituido exclusivamente por la retribución.

En el fondo sustentan, una teoría absoluta, aunque le asignen también a la pena los fines de la prevención general y la especial.

La proporcionalidad del delito y la pena es, según Antón, exigencia de la ejemplaridad, que constituye para él la manifestación más importante de la prevención general. Sólo será ejemplar la pena proporcionada a la gravedad del delito.

4 PRESUPUESTOS DE LA ESCUELA CLÁSICA

4.1 ¿Que son los presupuestos?

Presupuestos. Son las teorías y doctrinas dispersas que son sistematizadas por una escuela para que le sirva de fundamento.

Entre los pensadores que establecen los presupuestos filosóficos-penales de la primera escuela penal: la *Escuela Clásica* tenemos a:

Moro, Santo Tomas,

Mabillon, Juan,
Grocio, Hugo,
Pufendorf, Samuel *Barón* de,
Del la *Ilustración* a:
Thomasius, Chrisian,
Beccaria, Cesar De Bonezana *Marques* De,
Bentham, Jeremy,
Bohmer, J.S.F.,
Filangieri, Cayetano,
Feuerbach, Pablo Juan Anselmo
Ritter *Von*
Hommel, Karl,
Howard, John,
Lessing, Gotthold Ephrain,
Livingstone, Edward,
Mello Freire Dos Reis, Pascoal Jose
De,
Romagnosi, Juan Domingo,
Schiller, Johann Friedrich,
Servan, Antoine-Joseph-Michel,

De *Los Enciclopedistas* A:

Marat, Juan Pablo,
Mirabeau, Honore-Gabriel Maximilien Riqueti *Conde* De
Montesquieu, Charles-Louis De *Secndat Barón* De La Brede Y De,
Rousseau, Jean Jacques,
Voltaire, Francois-Marie Arouet, *Le Jeune*,

Kant, Immanuel,

Del *Movimiento Codificador* A:

Feuerbach, Pablo Juan Anselmo
Ritter *Von*
Gross, Hans,
Klein, Franz
Los autores del Código Napoleón
(1810)

Gracias al ideario propugnado por estos pensadores se echan las bases de la llamada *Escuela Clásica Del Derecho Penal*.

4.2 Moro, santo Tomas

Santo Tomas Moro²¹, dice que las causas del delito están en el desempleo, la guerra y que la educación evita el delito. En *Utopía*²² combate la pena de muerte por delitos contra la propiedad privada, la tortura, y aboga por la proporcionalidad de la pena

²¹ **santo Tomás Moro** (Londres 7 de febrero 1478-*id.* 7 de julio 1535), político, escritor y Canciller de Inglaterra (1529-32). Durante el periodo de Enrique VIII Moro pasó a ser presidente de la Cámara de los Lores en 1529; fue el primer seglar que ostentó ese cargo. Sin embargo, su suerte cambió cuando se negó a apoyar la petición de Enrique para divorciarse de Catalina de Aragón. Los escrúpulos religiosos de Moro hicieron que se negara a sancionar cualquier tipo de desafío a la autoridad papal. Renunció a su cargo en 1532 y se retiró de la vida pública. El rey se ofendido le mandó encarcelar en 1534. Moro fue juzgado al año siguiente; se negó a prestar juramento de supremacía, afirmando que el Parlamento no tenía derecho a usurpar la autoridad papal en favor del rey. Moro fue condenado por su postura y fue decapitado el 7 de julio de 1535. En 1935 fue canonizado por la Iglesia católica.

Véase www.geocities.com/cjr212criminologia/moro.htm

²² **Utopía**. Libro escrito por *santo* Tomas Moro. Publicada en Lovaina (Bélgica), en 1516, con el título "De optimo reipublicae statu de que nova insula Utopia". Escrita en latín, es uno de los textos más significativos del humanismo inglés, concebido como una prosa satírica de carácter social y político.

La primera parte describe las críticas que un viajero hace de la situación social y política de la Inglaterra de la época, en tanto que el segundo describe la organización de un Estado situado en la imaginaria isla de Utopía, donde las necesarias reformas conducentes al remedio de los males detallados ya han sido llevadas a cabo.

Utopía de Moro es una denuncia de comportamientos deplorados por el autor. Su invención de una república ideal, gobernada por medio de la razón y bajo la más profunda tolerancia religiosa, obtuvo una inmediata resonancia en los ámbitos del humanismo renacentista, tanto en su propio país (donde fue traducida al inglés en 1551) como en el resto de Europa.

Moro no sólo creó una nueva palabra ("utopía", "u", 'no' y "topos", 'lugar', entonces utopía es, 'lugar que no existe'), sino que inauguró un género literario y filosófico basado en la planificación ideal de una forma de gobierno perfecta, a la cual se la ha añadido posteriormente la acepción de 'irrealizable' (utópica).

Véase: www.geocities.com/cjr212criminologia/utopia.htm

4.2.1 “Utopía” o “De optimo reipublicae statu de que nova insula Utopía”

A Moro se le conoce sobre todo por su libro *Utopía* (1516), un relato satírico sobre la vida en una isla de ficción llamada así.

En esta isla, los intereses de los individuos se encuentran subordinados a los de la sociedad como conjunto, todos sus habitantes deben desempeñar un trabajo, se practica la enseñanza universal y la tolerancia religiosa y la tierra pertenece a todos. No hay miseria, existe una felicidad plena, no hay malicia, no hay delitos contra la propiedad privada, ya que esta última no existe.

En *Utopía*, por primera vez Moro hace una amplia crítica del régimen basado en la propiedad privada y de las relaciones político—sociales de la Inglaterra de su tiempo, y en la que los delitos eran castigados duramente: castigos corporales y tormento como forma de confesión.

4.2.2 Etiología del delito

Los factores del delito son:

- **Factores económicos.** Si hay desempleo, inflación económica desmesurada, etc., el hombre tiende a delinquir. Como Moro es religioso y santo dice que el ser humano empieza a delinquir por la debilidad de espíritu, cuando estos factores económicos se presentan. Por ejemplo Benito Juárez ya decía en México: que la revolución viene del estómago, cuando hay hambre, la revolución se mueve por necesidad.
- **La ociosidad.** Moro decía que la humanidad fue formada y creada para trabajar en oficios artesanales y para labores fuertes. Cuando el ser humano deja de trabajar se feminiza.
- **Falta de educación.** Si no hay educación, escuelas, colegios y demás

infraestructura el hombre empezará a delinquir.

- **La guerra.** Se dan los saqueos, pillaje, violaciones de mujeres. En la guerra no hay ley que valga, “solo la ley de la espada o el fusil”.

Enfatiza los *factores económicos*, decía que si los empleadores despedían a sus trabajadores, estos no tendrían que comer ni donde trabajar, por lo tanto tendrían que robar. Porque para Moro, si un individuo está satisfecho económicamente, éste no tendrá necesidad de cometer delitos, por lo tanto no hay necesidad de la policía ni de abogados. Es de esta forma que Moro ha abolido en forma completa a los abogados y a la policía.

4.2.3 Política Criminal

Moro dice que el Estado debe prevenir el delito. Debe dictar leyes que prevengan el delito, además propugna para que las leyes sean claras. En la sociedad que él anhela, las leyes son pocas y claras. No llevan a la confusión e interpretación, como sucede en los tiempos actuales.

En cuanto el ambiente social dice que son causa de criminalidad los prostíbulos, los juegos de azar, que hacen que los seres humanos pierdan grandes sumas de dinero y cometan delitos para conseguirlo.

4.2.4 Aporte

Tomas Moro dentro su teoría hace los siguientes aportes:

A la Penología. Dice que la pena debe ser proporcional al delito cometido, ya que en su tiempo el robo y otros delitos menores eran castigados con la pena de muerte.

Al derecho de ejecución penal. Propugna la humanización de las cárceles. Éstas son tormentosas y castigan al hombre en forma inhumana. La pena capital se la realizaba públicamente y este hecho no incidía en la

desaparición del delito. Es el primero en oponerse a la pena de muerte.

Al Derecho premial. Propugna el derecho premial por la siguiente razón: si el Estado tiene derecho a castigar, entonces también debería premiar a quien tenga virtudes. El que no comete delitos debería tener honores.

4.3 Mabillon, Juan

Juan Mabillon, monje benedictino en *Reflexiones Sobre Las Cárceles* establece principios penitenciarios y la necesidad de humanizar la pena

4.4 Grocio, Hugo

Huigh van Groot²³, llamado Hugo Grocio, funda la *Escuela racionalista del Derecho natural*, que definió como uniforme y universal, derivado del carácter racional del hombre y desarrolla la primera teoría independiente del Derecho luchando por un Derecho Penal público.

Escribe *De Iure Belli Ac Pacis* (1625) —su obra más famosa entre otras obras—, que es un alegato contra la esclavitud y un intento de prevenir y reglamentar las guerras, y constituyó uno de los primeros códigos de Derecho Internacional Público. Grocio está considerado como uno de los padres del Derecho Internacional.

También escribió *De Iure Praedae* (1604), tratado que permaneció inédito durante dos siglos. En 1609 publicó *Mare Liberum*, obra en la que defendía el principio de la libertad de los mares frente a españoles, portugueses e ingleses.

²³ **Biografía. Huigh van Groot**, llamado Hugo Grocio. (Delft, Países Bajos, 1583 - Rostock, Alemania, 1645). Jurista y diplomático holandés. Nombrado historiógrafo de Holanda (1603) y síndico pensionario de Rotterdam (1613), cayó en desgracia y fue condenado a cadena perpetua por ser partidario del arminianismo y de Oldenbarnevelt. Logró huir del castillo de Loewenstein (1621), en el que se hallaba preso, y refugiarse en Francia, donde fue protegido y nombrado embajador en Suecia por Luis XIII. Véase [mas en : /www.geocities.com/penaluno/grocioHugo.htm](http://www.geocities.com/penaluno/grocioHugo.htm)

4.5 Pufendorf, Samuel barón de

Pufendorf²⁴ se aparta de las ideas tradicionalistas impuestas por el derecho canónico de la Iglesia católica cuya base es todavía la *divinidad ofendida*.

Afirma que los delitos deben ser castigados por los hombres y los pecados por el dios que cada quien reconoce.

Deshecha la pena como retribucion.

Acerca el *origen del Derecho* dice — juntamente con Hugo Grocio— que el derecho es producto del pensamiento humano (*Teoria del Derecho natural*).

En *Del Derecho de la naturaleza y de las Gentes (De iure naturae et gentium, 1672)* fundamenta el Derecho en un *contrato social*.

4.6 La Ilustración

Ilustración. *Movimiento intelectual europeo (1688-1830) caracterizado por el racionalismo utilitarista de la clase burguesa en su etapa ascendente en la consecución de la hegemonía estructural capitalista, la toma del poder político y la conformación de su ideología buscando eliminar las insuficiencias de la sociedad existente, modificar las costumbres, la política y el genero de vida, difundiendo las ideas del bien, de la justicia y el conocimiento científico y persiguiendo en su vertiente penal la igualdad de las personas ante la ley, la humanización de las sanciones, la eliminación de la tortura y la promulgación de leyes claras.*

Entre sus representantes están:

4.6.1 Thomasius, Christian

Christian Thomasius separa pecado y delito (moral y derecho). Contra el castigo de la herejía escribe *¿Es la herejía un crimen?*

²⁴ **Samuel barón de Pufendorf**, jurista e historiador alemán (Chemnitz 1632- Berlin 1694) Véase: www.geocities.com/penaluno/pufendorfSamuel.htm

(1697) donde critica la persecución de brujas. Contra la tortura escribe, *La prohibición de la tortura en los tribunales cristianos* (1705) donde critica la crueldad y arbitrariedad de los inquisidores de Europa. También esta su famoso *Derecho natural y de gentes deducidos por el sentido común* (en latín, 1705).

4.6.2 Beccaria, Cesar de Bonesana marques de,

Beccaria²⁵ es uno de los representantes de la *Ilustración*. Se le considera un precursor de los utilitaristas. Concilia humanismo²⁶ y utilitarismo imponiendo principios sistemáticos de filosofía penal. Es utilitarista porque dice que la pena debe servir a la readaptación del delincuente.

4.6.2.1 Caracteres del sistema penal de la época de Beccaria

1. Las penas se caracterizaban por su enorme crueldad: torturas, mutilaciones y pena de muerte agravada por crueles suplicios.
2. La prueba más utilizada era la confesión, la cual generalmente se obtenía mediante la tortura.
3. Existía gran desproporción entre el delito y la pena que le correspondía.
4. Se permitía la aplicación analógica de la ley penal.
5. El procesado carecía de una debida defensa en juicio.
6. Las cárceles carecían de higiene.

²⁵ **Cesar de Bonesana marques de Beccaria.** (Milán, Italia 1735-1794). Jurista y economista. Estudió en el Colegio de los Jesuitas de Parma y en la Universidad de Pavía. Profesor de Economía Política en la Universidad Palatina de Milán. Se le considera un precursor de los utilitaristas.

Véase:

www.geocities.com/cjr212criminologia/beccaria.htm

²⁶ **Humanismo.** *Movimiento cultural europeo de los siglos xiv y xv, que defendía el redescubrimiento del hombre mediante un sentido racional de la vida y tomaba como maestros a los clásicos griegos y romanos.*

4.6.2.2 “De los Delitos y de las Penas”

Beccaria en *De los Delitos y de las Penas*²⁷ (que fue prohibida por la Inquisición²⁸ y tuvo que circular clandestinamente) aboga para que el Derecho Penal tenga como fundamento una justicia humanamente defensiva del hombre con miras a una rehabilitación del individuo que cometió un delito.

La obra va contra:

- La crueldad del derecho penal,
- La tortura,
- La arbitrariedad judicial,
- La desigualdad de las personas ante la ley penal y,
- La pena de muerte.

4.6.2.3 El ius puniendi o el derecho de castigar

El *ius puniendi* se origina en la cesión de una parte de la libertad del individuo para gozar del resto. El *ius puniendi* se origina en el contrato social. La necesidad de paz impulsa a ceder parte de su libertad, la suma de esas porciones fundamenta el derecho de castigar, por eso una persona no va autorizar nunca en el contrato que si comete un delito lo maten.

²⁷ *De los Delitos y de las Penas (Dei delitti e delle pene*, Bogotá, Colombia, Temis, 4ta, 1998, 126 páginas) de Cesar de Bonesana marques de Beccaria, fue publicado anónimamente en 1764. Traducida al castellano por primera vez en 1774

Véase la edición en línea:

www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/beccaria/indice.htm

© Chantal López y Omar Cortés

Véase también:

www.geocities.com/cjr212criminologia/deLosDelitosYdelasPenas.htm

²⁸ **Inquisición**, institución judicial creada por el pontificado en la edad media, con la misión de localizar, procesar y sentenciar a las personas culpables de herejía. **Herejía** (del griego, hairesis, 'elección propia'), doctrina religiosa opuesta al dogma de una Iglesia particular, sobre todo una doctrina mantenida por una persona que profese fe en las enseñanzas de esa confesión.

4.6.2.4 La ley penal

Sólo el Poder Legislativo como representante de la sociedad puede definir delitos y penas que deben estar puestas en leyes claras y sencillas. Las leyes deben comprendidas por todos los individuos.

Se debe respetar el *Principio De Legalidad*²⁹. En el capítulo *Consecuencias*³⁰ de su libro *De Los Delitos y De Las penas* dice que “tan sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos”. Es el legislador, representante de la sociedad unida por el contrato social, el único que debe establecer los delitos y las penas. Beccaria combatió el exceso arbitrio judicial, la crueldad de las penas, la desigualdad de los ciudadanos ante la ley penal, el tormento, las confiscaciones, etc.

Consecuencia del contrato social es también el *Principio De Legalidad De Los Delitos y De Las Penas*. Es el legislador, representante de la sociedad unida por el contrato social, el único que debe establecer los delitos y las penas.

4.6.2.5 El delito

Para Beccaria delito es la *conducta perjudicial para la sociedad*. Divide el delito en:

3. Contra la sociedad,

²⁹ **Principio de Legalidad.** *Axioma en virtud del cual ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior lo haya previsto como tal.* Algunos autores dicen que el *Principio De Legalidad* fue plasmado por primera vez en la Cláusula 39 de la *Carta Magna* del rey inglés Juan Sin Tierra: “Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino.” Esto no es así, lo que está plasmado en esta Cláusula 39 de la *Carta Magna* es el *Principio De Legalidad Jurisdiccional* (“Nemo damnatur nisi per legale iudicium”) que dice que no hay condena sin sentencia firme “...de sus pares y con arreglo a la ley del reino”.

Véase también:

www.geocities.com/penaluno/principiodelegalidad.htm

³⁰ Capítulo *Consecuencias* en *De Los Delitos Y De Las penas* de Beccaria.

Véase:

www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/beccaria/4.html

4. Contra los particulares

5. Contravenciones

La confiscación debe ser a favor de los familiares de la víctima no del soberano. Acepta el destierro por delitos atroces.

4.6.2.6 El delincuente

- Propugna la igualdad de las personas —que cometieron algún delito— ante la ley.
- Propugna la readaptación del delincuente
- Solo el hombre con libre albedrío³¹ puede ser sancionado. Esto influye en la creación de manicomios.
- La responsabilidad del autor de un delito se mide por el daño a la sociedad, no por la intención del autor

4.6.2.7 El proceso penal

- Procura la desaparición del Arbitrio Judicial sin marco legal. Prohíbe la interpretación judicial. El juez no debe decidir que ley aplicar.
- Propugna la publicidad del proceso penal
- Prohíbe la tortura para obtener una confesión. La tortura hace libre al hombre fuerte, y culpable al débil.
- Rechaza el juramento.
- Los delitos deben prescribir para mantener la paz.
- Defiende el sistema de jurados. El hombre debe ser juzgado por sus iguales.
- Procuró el establecimiento de las *Garantías Del Individuo En El Proceso*

³¹ **Libre albedrío.** *Poder o capacidad del individuo para elegir una línea de acción o tomar una decisión sin estar sujeto a limitaciones impuestas por causas antecedentes, por la necesidad, o por la predeterminación divina.* Un acto libre por entero es en sí mismo una causa y no un efecto; está fuera de la secuencia causal o de la ley de la causalidad.

Véase:

www.geocities.com/eqhd/libreAlbedrio.htm

Penal³² y la limitación al poder absoluto del Estado.

Propuso las *Garantías Del Individuo En El Proceso Penal* como las siguientes *Garantías Procesales*:

Garantía del Juez natural. *Garantía por el cual el imputado debe ser juzgado por juez designado anteriormente al hecho motivo del proceso penal.*

Garantía del Estado de Inocencia. *El estado de inocencia es una situación del cual goza todo individuo por el cual se considera formalmente libre de culpa del delito que se le atribuye haberlo cometido.*

El derecho A Ser Oído En Proceso. *Es la facultad que tiene todo imputado a expresarse libremente sobre los extremos de la imputación, presentar descargos y a ser escuchado por autoridad judicial, y excepcionalmente por autoridad policial en la faz de la prevención.*

Planteó también la *Garantía Penal* de respeto al **Principio De Legalidad De Las Penas**³³ que es un axio-

³² **Garantías Del Individuo En El Proceso Penal.** “Institución procedimental de seguridad y de protección creado a favor de las personas que enfrentan un proceso penal para que dispongan de medios que hacen efectivo el goce de los derechos subjetivos frente al peligro o riesgo de que sean desconocidos.”(QUISBERT, Ermo, “La Garantías en el Proceso Penal”, en *Critica*, año 1, número 3, septiembre 2001, La Paz, Bolivia, paginas 16, 17).

Véase mas en

www.geocities.com/penalprocesal/garantiasdelprocesopenal.htm

³³ **Principio de legalidad de las penas.** “Nullum poena sine scripta, certa, stricta et praevia lege” (no hay pena sin ley escrita, cierta y anterior que lo establezca como tal). *Axioma jurídico en virtud del cual no se puede sancionar, si la pena no ha sido previamente establecido a su perpetración por una ley escrita y cierta.* “...La condena penal debe fundarse en una ley anterior al proceso...” (CPE, 16, párrafo cuarto, segunda oración). “No se podrá imponer pena al agente, si su actuar no es reprochable penalmente.”(CP, 13) Toman como fundamento este principio.

Véase:

www.geocities.com/penaluno/principiodelegalidad.htm

ma jurídico en virtud del cual no se puede sancionar, si la pena no ha sido previamente establecido a su perpetración por una ley escrita y cierta.

4.6.2.8 La Responsabilidad penal

La responsabilidad penal debe medirse por el daño causado a la sociedad y no por la intención del autor.

4.6.2.9 La Pena

La pena *Es un mal retribuido a quien daña a la sociedad.* El fin de la pena no es otro que impedir al interno encarcelado causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Es ta en una *concepción utilitaria de la pena*, como la de todos los penalistas de la *Ilustración*.

4.6.2.9.1 Caracteres de la pena

- Busca la proporcionalidad de la pena al delito.
- La pena debe ser pronta, aflictiva y cierta.
- La pena se impone por necesidad y no por capricho del soberano o por una ofensa a Dios.

4.6.2.9.2 Fin de la pena

Se asignan a la pena fines preventivos, de prevención general (intimidación) y prevención especial, pero se pone el acento en la primera y esto para evitar que otros lo imiten y restablecer el orden social dañado por el delito.

La pena de cárcel debe durar lo menos posible. Procuró la humanización de los castigos. Acepta el destierro para los delitos atroces.

4.6.2.9.3 Proporcionalidad de la pena

La pena debe ser proporcional al delito cometido. Se exige la proporcionalidad de los delitos y las penas, no en aras de la *retribu-*

ción o de la *expiación*, sino de la misma prevención general. Más eficaz que la pena dura y cruel es la pena cierta, pronta y proporcionada al delito.

4.6.2.10 La Pena de muerte

Combatió la pena de muerte, que considera que no es justa. Dice que la *pena de muerte* no es derecho, por no poder basarse en el contrato social. ¿En el contrato social, al ceder una porción de libertad, puso también al arbitrio de otros el quererse hacer matar?

No. Todo lo que exceda esa porción es abuso, no justicia; es hecho, no derecho.

Y si fuera así –autorización para que lo maten si comete un delito—estaría también vulnerando el *Principio De La Indisponibilidad* de la vida humana.

Por eso propone su sustitución por una pena perpetua de privación de libertad acompañada de trabajos útiles a la sociedad (“esclavitud perpetua”), aunque admite la pena de muerte en dos supuestos excepcionales.

- Si el interno aun comete delitos dentro la cárcel.
- Y en situaciones de anarquía social

4.6.2.11 Influencia

Inició en las reformas de muchos códigos penales de aquella época. Así, Catalina de Rusia, en 1766, ordena, entre otras reformas penales, la abolición de la tortura. Diez años después, María Teresa de Austria da un mandato en el mismo sentido. Luis XVI³⁴ suprime en su monarquía la tortura en 1780.

Ya en plena Revolución Francesa, el pensamiento de Beccaria se plasma en las Constituciones de 1789 y 1793.

³⁴ **Luis XVI** (1754-1793), rey de Francia (1774-1792) que fue derrocado durante la Revolución Francesa y más tarde fue decapitado por decisión de las autoridades del régimen revolucionario.

Y lo que es aún más importante, sigue teniendo relevancia contemporánea, no solo porque las ideas que plantea tienen vigencia atemporal, sino porque los males que pretendía subsanar no fueron erradicados.

4.6.2.12 Otras obras

1. *Del Disordine e dei rimedi delle Monete*, 1762
2. "Tentativo Analitico sui Contrabbandi", 1764, en el *Il caffè*
3. *Elementi di economia pubblica*, 1804
4. *A Discourse on Public Economy and Commerce*

4.6.3 Bentham, Jeremy

Jeremias Bentham³⁵, planteó reformas al sistema legal y penal inglés. Creador del *utilitarismo* según el cual creía que el principio que guía las acciones debería ser el principio de utilidad, o la mayor felicidad para el mayor número posible de personas.

En *Tratado De La Legislación Civil Y Penal* define el *delito formal* como “todo lo que el legislador prohíbe” y el *delito sustancial* como “todo acto que debe prohibirse por razón de algún mal que produce o que pueda producir”.

Diferencia entre *acción* y *omisión*. Aquel es “acto con cierto fin”, mientras que este es “la abstención de obrar de lo que tenía que hacer”

³⁵ **Jeremy Bentham**, (Londres el 15 de febrero 1748- Id. 6 de junio de 1832) jurisconsulto, filósofo, economista y penalista inglés de la *Ilustración*. Fue un niño prodigio que ya leía tratados a la edad de tres años, tocaba el violín con cinco y estudiaba latín y francés con seis. Ingresó en la Universidad de Oxford con 12 años, estudió Derecho y fue admitido en el Colegio de abogados, aunque nunca llegó a ejercer. Siguiendo sus deseos, su cuerpo fue diseccionado en presencia de sus amigos. Su esqueleto, totalmente vestido y con una cabeza de cera (la auténtica fue momificada), todavía se guarda en una vitrina de cristal en el University College de Londres, en cuya fundación había participado.

Véase mas en:
www.geocities.com/cjr212criminologia/bentham.htm

Define la *culpabilidad y sus formas*: Dolo y culpa, fundamenta las Causas de justificación, desarrolla la teoría de las circunstancias de agravación y atenuación de las penas.

En *Teoría De Las Penas y Las Recompensas*, (1811) afirma que la pena debe corregir y ser proporcional delito. Afirma que la pena de muerte no hace bajar el delito. Solo una “profilaxis criminal”, hace bajar el delito. (Iluminación nocturna de las calles, rondas policiales, serenos, etc.)

En *Panóptico* perfila el modo de ejecución de las penas.

Los principios utilitaristas de Jeremy Bentham, que mide la pena por el peligro y no por la moralidad del acto, influyen al *Código Penal francés* de 1810 y al *Código Penal español* de 1822.

4.6.3.1 “Tratado De La Legislación Civil Y Penal”

Establece el siguiente *sistema de estudio*:

- *El delito*. (Bentham dice “la enfermedad precede al remedio.”)
- *El delincuente*.
- *La prevención del crimen*.
- *Las penas*. En *Panóptico* perfila el modo de ejecución de las penas.

Define:

Delito formal. *Todo los que el legislador prohíbe.*

Delito sustancial. *Todo acto que debe prohibirse por razón de algún mal que produce o que pueda producir (Tomo IV, pagina, 5-6)*

Diferencia entre acción y omisión

Acción. *Acto con cierto fin.*

Omisión. *Abstención de obrar. (Tomo IV, pp., 13-14).*

Define las formas de culpabilidad: La culpa y el dolo, y sus clases o grados de esta. Por ejemplo la mala fe.

Las *Causas De Justificación* son:

- el consentimiento
- repulsión de un mal más grave. O *Estado De Necesidad Objetivo* o *Justificante*. Sus requisitos son:
 3. La absoluta falta de otro medio menos costoso.
 4. La certeza del mal que se quiere remediar.
 5. La positiva eficacia del que se emplea.)
- 1. La práctica medica.
- 2. La defensa legitima.
- 3. El poder político y domestico (familia) si es que se busca el bien.

Desarrolla la *Teoría De Las Circunstancias De Agravación Y Atenuación*. Destaca la importancia de la motivación y del carácter del delincuente.

4.6.3.2 “Teoría De Las Penas Y Las Recompensas”

Bentham, en su obra “*Teoria De Las Penas y De Las Recompensas*” (1840) afirma que el fundamento de la pena radica en la mayor utilidad respecto del delito.

Establece:

1. **La utilidad de la pena.** Bentham sustentó una concepción utilitaria de la pena. La pena debe servir para la reinserción del reo a la sociedad, no solamente debe servir para castigar.
2. **Fin de la pena.** Es la prevención general y la prevención especial o particular (intimidación y corrección del interno). Asignaba a la pena como fin primordial el de la intimidación, llegando a propugnar una especie de talión simbólico.

Juntamente con los penalistas de la Ilustración (Beccaria, Lardizábal, Bentham, Romagnosi, Filangieri, Feuerbach) desarrollan la *Teoría Re-*

lativa De La Pena poniendo acento en la prevención general

1. **Inutilidad de la pena de muerte.** Afirma que la pena de muerte no sirve como castigo ni como prevención, porque aun con la pena de muerte seguirá existiendo criminalidad.

Esta afirmación es aun actual, en algunos Estados de los EUA aun existiendo la pena de muerte los delitos van en aumento. No sucede así en Dinamarca y Suecia que tienen una organización muy buena en los niveles económicos y lo cultural, donde la criminalidad es muy baja. Dinamarca y Suecia son ejemplos Estados planificados adecuadamente en lo que se refiere a la Política Criminal.

1. **La proporcionalidad de la pena al delito.** Si un delito es grave, la pena también debe ser grave.
2. **La profilaxis criminal.** Inventa el término “profilaxis criminal”, esta significa las medidas que deben tomarse para evitar la criminalidad. Estas medidas son simples: luminarias en las calles, rondas con la policía en la noche, distribución adecuada de zonas en la que pueden asentarse los prostíbulos, bares, discotecas, moteles, etc.

4.6.3.3 “Panóptico”

En *Panóptico* (BENTHAM, J., *El Panóptico*, Madrid, España, La Piqueta, 1989.) perfila el modo de ejecución de las penas.

4.6.3.4 “Introducción A Los Principios De La Moral Y La Legislación”

Bentham, en *Introducción A Los Principios De La Moral Y La Legislación (An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, 1780)* propuso reformas al sistema legal

y penal ingles. Trabajó en una profunda reforma del sistema jurídico y en una teoría general sobre ley y moral, y publicó breves ensayos escritos sobre aspectos de su propio pensamiento. En 1789 se hizo famoso por su *Introducción A Los Principios De La Moral Y La Legislación*.

En *Introducción A Los Principios De La Moral Y La Legislación* Bentham propuso el utilitarismo como la base para emprender las reformas sociales. Mantenía que era posible comprobar de modo científico lo que era justificable en el plano moral aplicando el principio de utilidad. Así, las acciones eran buenas si tendían a procurar la mayor felicidad para el mayor número de personas. La felicidad era equivalente al placer. Mediante una especie de cálculo matemático-moral de los placeres y las penas, se podría llegar a decir qué era una acción buena o mala. Si todos los placeres y las penas estuvieran en el mismo orden, entonces sería posible una evaluación utilitarista de las actividades morales, políticas y legales. Bentham afirmó también que si los valores se basaban en los placeres y las penas, entonces las teorías de los derechos naturales y de la *ley natural*³⁶ no eran válidas. John Stuart Mill modificó algunos de los principios de Bentham, excepto su método para calcular las cantidades de felicidad.

Las ideas de Bentham tuvieron mucha influencia en la reforma de la estructura administrativa del Gobierno británico a finales del siglo XIX, en el Derecho penal y en el procedimiento jurídico tanto en el Derecho penal como en el civil. En su producción también figuran *Fundamento De La Evidencia Judicial* (1827) y el *Código Constitucional* (1830).

Fundaron –juntamente con James Mill y su hijo, John Stuart Mill—la revista *Westmins-*

³⁶ **Ley natural.** Dictamen de la recta razón que prescribe lo que se ha de hacer o lo que debe omitirse.

ter Review, que sirvió para difundir sus ideas reformistas.

4.6.4 Filangieri, Cayetano

4.6.4.1 “La Ciencia De La Legislación” (“La Science de la Legislation”)

Cayetano Filangieri³⁷ en *La Ciencia De La Legislación (La Science de la Legislation)* escrita por Cayetano Filangieri en el año de 1788, escribe con un pensamiento liberal sobre la reforma de las instituciones del siglo XVIII y XIX. Es partidario, lo mismo que Beccaria, de un Estado de derecho en que al ejecutivo le sea imposible toda arbitrariedad

Fundamento Del Derecho Penal. Afirma que el *Fundamento Del Derecho Penal* moderno está en el *Principio contractualista*.

Técnica penal. El derecho penal debe determinarse sobre la base de las mejores técnicas legislativas. La finalidad del Derecho es la felicidad de los ciudadanos.

Sistema Del Derecho Penal. En *La ciencia de la Legislación* ya se nota el *Sistema Del Derecho Penal* con su *Parte general* y la *Parte Especial*. La importancia de esta obra radica en el intento de elaboración sistemática.

Acción. Destaca el *concepto de acción* ya que exige que la *acción* sea conducida por la voluntad. Hay ausencia de acción cuando esta es anulada por una fuerza exterior.

Imputabilidad. *Es la Capacidad de querer.* Esta capacidad no se da por falta de edad o por desorden de su mecanismo o falta de uso de razón o pérdida de éste

³⁷ **Cayetano Filangieri** (Nápoles 1752-1788) fue, junto con Beccaria, una figura eminente de la nueva Ciencia Del Derecho generada por la *Ilustración*. Con fama europea, fue admirado por Franklin y, más tarde, por eminentes representantes del pensamiento liberal del siglo XIX..

Véase mas en:

www.geocities.com/penaluno/FilangieriCayetano.htm

Dolo y culpa. Distingue las formas de culpabilidad: entre dolo y culpa, los resultados del último no se deben castigar.

4.6.4.2 La pena

La pena. *Parte de la ley que ofrece al ciudadano la elección entre el cumplimiento de un deber social o la perdida de un derecho social.*

Su *fin* es retrotraer al individuo del delito. Participa de la idea de que las cárceles no son un castigo sino el depósito que asegura al que deba recibirlo, ya que la generalización de las penas privativas de libertad estaba en ese entonces en sus comienzos.

Filangieri juntamente con Voltaire, fundan la moderna filosofía procesal y penal, en defensa de procedimientos garantizados y de penas equilibradas y racionales, lejos de las penas crueles, inhumanas y degradantes del viejo derecho penal y procesal de la monarquía absoluta. Propone que se debe “tratar al acusado como ciudadano, hasta que resulte enteramente probado su delito” (FILANGIERI, Cayetano, *La Ciencia De La Legislación*, Madrid, 1821, t. III, pagina, 81).

Pone el acento en la *prevención general*, como los penalistas de la *Ilustración* (Beccaria, Lardizábal, Bentham, Romagnosi, Filangieri, Feuerbach) desarrollando la *Teoría Relativa De La Pena*.

4.6.4.3 Influencia en Código Penal español de 1822

Filangieri con *La Ciencia de la Legislación*, influencia la formación del primer código penal español, el de 1822, que juntamente con el código penal francés de 1810 influenciaría a los códigos latinoamericanos.

Aunque técnicamente defectuoso por su gran extensión, su casuismo y la inclusión de preceptos de carácter administrativo y procesal, su orientación fundamental se basa en la concepción utilitaria de la pena de los pena-

listas de la *Ilustración*, a la que pertenecía Filangieri.

4.6.5 Feuerbach, Pablo Juan Anselmo Ritter von

Pablo Juan Anselmo Ritter von Feuerbach, —pronunciación: foyerbaj—es autor de la *Teoría Del Impulso Psíquico* (psichische Zwang), según la cual el propio temor al castigo ha de ser suficiente para disuadir a los criminales en potencia.

Feuerbach pensaba en esencia que el Derecho es independiente de la moral, y siempre se opuso a la pena como venganza.

También fue uno de los primeros estudiosos de la psicología criminal. Entre sus trabajos figuran la *Crítica De Los Derechos Naturales* (1796) y el famoso *Manual De Derecho Común Alemán* (1801).

4.6.6 Hommel, Karl F.

Karl F. Hommel (1722-1781) tradujo al alemán en el año 1778 a Beccaria.

Las ideas principales en la obra de Hommel son:

2. Importancia de las causas sociales del delito
3. Supresión de toda dependencia teocrática del derecho penal
4. Disminución y proporcionalidad entre penas y delitos
5. Limitación de la pena de muerte

Sostiene la necesidad de distinguir entre:

- Delito, cuyo tratamiento corresponde al Derecho
- Pecado, cuyo tratamiento corresponde a la moral

En 1770 escribe *Recompensa Y Pena Conforme A Las Leyes Turcas*: una crítica fundada en el principio determinista de la pena.

4.6.7 Howard, John

4.6.7.1 Introducción

John Howard (1726-1790) encontró su vocación a los 48 años, al ser designado alguacil de Bedfordshire (High Sheriff of Bedfordshire), donde, cuando visitó la cárcel, quedó horrorizado por las condiciones que ahí privaban y por el sistema de aportación de cuotas de los prisioneros como pago de salarios a los carceleros.

Gracias a una ley del Parlamento pudo corregir esa situación. A partir de entonces y hasta su muerte, se dedicó a visitar y hacer diagnósticos del estado en que se encontraban las cárceles y los reclusorios de Inglaterra y Gales; introdujo una serie de reformas y luchó por conseguir un trato humanitario y digno para los presos.

Por todo ello, se le considera hoy un ilustre precursor entre los defensores de los derechos humanos.

Reformador en el campo de la Criminología y en el de la salud pública, Howard, además de recorrer las prisiones, dedicó parte de su vida a la inspección y detallada descripción de los lazaretos, leprosarios y lugares donde se atendía a los contagiados por la peste y otras enfermedades infecciosas que asolaron a la Europa dieciochesca.

John Howard murió como apóstol de su propia causa a consecuencia del tifo contraído durante sus visitas a hospitales y casas de salud en el lejano territorio de la Tartaria rusa, lugar adonde lo había llevado su curiosidad científica y su espíritu humanitario.

Howard, el Filántropo, gozó en vida de un amplio reconocimiento entre sus contemporáneos; actualmente, su nombre figura a la cabeza de innumerables prisiones y sociedades que se dedican a promover reformas penitenciarias.

4.6.7.2 “Estado de las Cárceles en Inglaterra y Gales”

Es un clásico de las ciencias sociales.

John Howard luego de recorrer las cárceles de Europa y presenta su *Informe de las prisiones*—que se publicara el año 1789 como *The state of prisons in England and Wales (Estado de las Cárceles en Inglaterra y Gales)* – llamada “geografía del dolor” en la cual muestra la crueldad, el hacinamiento y la deshumanización del reo:

Howard en *Estado de las Cárceles en Inglaterra y Gales* afirma que la cárcel no corrige, mas al contrario, es un lugar de contagio criminal. El solo hecho de estar ahí ya es una tortura. Hay que humanizar las prisiones.

Censura las infectas prisiones europeas, sin luz, población penal enferma, mal tratada y mal alimentada.

4.6.7.3 Proposiciones para la reforma de las cárceles

En *Estado de las Cárceles...* propone las siguientes reformas:

- Se debe establecer un adecuado régimen alimentario y de higiene,
- Disciplina distinta para: *detenidos* y *encarcelados*. Además separación del recluso por sexo y por edad. Ya que en ese tiempo las mujeres, los niños y los hombres compartían la misma celda.
- Educación moral y religiosa para que los internos rectifiquen su conducta.
- Trabajo.
- Establecer un Sistema Celular dulcificado. El *Sistema Celular* consiste en el aislamiento nocturno y diurno del interno en celdas individuales sin permitirles comunicarse entre ellos. Son económicos y previenen la evasión, pero facilitan el *onanismo* (masturbación). Esta denominación tiene origen Bíblico, al morir el hermano

de Onán, éste debía casarse con la viuda, pero se negó).

4.6.8 Lessing, Gotthold Ephraim

Gotthold Ephraim Lessing³⁸ en *La Educación Del Género Humano* (1780) sueña con una sociedad libre de toda coerción y donde la reflexión hubiera cedido al espíritu ilustrado

En *Natan, el Sabio* (1779), proclama la idea de la tolerancia religiosa, el libre pensamiento y la igualdad de los pueblos. Esta basada en la idea de que la nobleza de carácter no es privativa de ningún credo religioso en particular, es un emotivo llamado a la tolerancia religiosa.

En estas obras dramáticas o estéticas como *Laokoon*, se manifiesta claramente la naciente y pujante conciencia de la clase burguesa. Plantea el problema de la necesidad de tolerancia y superación de las divisiones estériles y artificiales del feudalismo pequeño-principesco. Por ejemplo el sudoeste de la Alemania de su época estaba dividido en 97 Estados.

Lessing fue contrario al régimen de servidumbre. Elaboro un proyecto de poder judicial, legislativo y penal, que fue rechazado el zar.

Supo introducir el racionalismo ilustrado en Alemania, dándole un sentido autóctono que evitara la imitación de los modelos franceses.

³⁸ **Gotthold Ephraim Lessing** (Kamenz, actual Alemania, 1729 - Brunswick, *id.*, 1781). Hijo de un pastor protestante, cursó estudios de teología en Leipzig, que no tardó en abandonar para dedicarse plenamente a la literatura. Fue uno de los líderes de la *Ilustración*.

Véase:

www.geocities.com/penaluno/LessingGottholdEphraim.htm

4.6.9 Schiller, Johann Friedrich von

Johann Friedrich von Schiller³⁹ en *Los Bandidos* (*Die Räuber*, 1781), *Intriga Y Amor* (*Kabale und Liebe*, 1783) y en *Don Carlos* (1787) protesta contra el despotismo e injusticia social. Especialmente en los dos primeros.

En *Los Bandidos*, drama en cinco actos, divididos en doce cuadros, estrenado en el teatro de Mannheim, el autor manifiesta su posición revolucionaria: el sueño de una justicia pura, que lleva al bandidaje al joven Karl Moor—protagonista de la obra—

Nadie había osado plantear la cuestión de la necesaria renovación antifeudal de la vida y del curso de la historia alemana de las últimas décadas como lo hace el bandido proscrito, social y revolucionario en ciernes, Karl Moor.

³⁹ **Johann Friedrich von Schiller** (Marbach, Wurtemberg 10 de noviembre de 1759 – Weimar 1805) poeta, dramaturgo, filósofo e historiador alemán, influenciado por Rousseau y Lessing. Está considerado como el dramaturgo más grande de la historia del teatro alemán y una de las figuras señeras de la literatura europea. Hijo de un oficial del ejército y administrador de las posesiones del duque de Wurtemberg. Fue educado en la escuela militar del duque y después estudió derecho y medicina.

Sus obras se pueden citar de la siguiente manera: DRAMAS HISTÓRICOS: *Los bandidos*, 1781; *La conjura de Fiesco en Genova* (*La conjuración de Fiesco*, 1793); *Don Carlos*, 1787; *Wallenstein*, 1798 – 1800. Una trilogía en verso que incluye un prólogo narrativo, *El campamento de Wallenstein* (1798), y dos extensos dramas, *Los Piccolomini* (1799) y *La muerte de Wallenstein* (1800). Basada en acontecimientos de la guerra de los Treinta Años, la obra completa es uno de los dramas históricos más grandes de la literatura universal. *Maria Estuardo*, 1800; *La doncella de Orleans*, 1801; *La novia de Messina*, 1803; *Guillermo Tell*, 1804; En todas, el autor insiste en la misma tesis: La dignidad del hombre y la libertad que da sentido a los actos humanos. HISTORIA: *Historia de la guerra de los treinta años*, 1791 – 1793; OBRAS FILOSÓFICAS: *Cartas Filosóficas*, 1786; *De la gracia y la dignidad*, 1793; *Cartas sobre educación estética del hombre*, 1795; *De la poesía ingenua y sentimental* 1795-1796. POESÍA LÍRICA: Sus obras poéticas incluyen: *Himno a la alegría*, (*An die Freude*, 1785), texto del movimiento coral de la *Sinfonía n.º 9 en re menor, opus 125*, del compositor Ludwig van Beethoven; *El ideal y la vida*, 1796, poema filosófico; *Baladas*, 1798, *La canción de la campana*, 1800.

Intriga Y Amor fue catalogada por Engels como “el primer drama alemán políticamente tendencioso”. Estos dramas históricos (obra entre tragedia clásica y drama shakesperiano) están llenos de humanismo y odio hacia la arbitrariedad. Creía que el arte liberaba al hombre.

Don Carlos (1787) es un drama en verso centrado en la figura del hijo de Felipe II, cuyo tema principal es la pugna contra el despotismo y el debate entre libertad y amistad.

4.6.10 Romagnosi, Juan Domingo

Juan Domingo Romagnosi, basa el Derecho Penal en el *iusnaturalismo iluminista*. Las relaciones sociales entre los hombres están reguladas por leyes naturales las cuales se debe conocer a través de la razón. Esta ley natural tiende a la conservación de la especie humana.

El delito para Romagnosi es la agresión al bienestar, si queda impune destruiría a la sociedad. Para que no ocurra tal la sociedad y el Derecho deben eliminar la impunidad.

En *Génesis Del Derecho Penal* reunió en tres clases las causas del delito:

1. defecto de subsistencia,
2. defecto de educación,
3. defecto de la justicia.

Acusó al verdadero delincuente: *a la sociedad*, demostrando matemáticamente, con infinidad de hechos, el conocido aforismo de Adolfo Quetelet: “La sociedad prepara los delitos; el delincuente los ejecuta.”

El derecho a castigar (“*ius puniendi*”) es el derecho de defensa contra la amenaza permanente. Así entonces, el Derecho penal es el derecho de defensa fundamentado en la conservación de la felicidad.

La pena es el contraimpulso al impulso –que es el delito–.

4.7 Los Enciclopedistas

El *Enciclopedismo* es el compendio de los conocimientos humanos de tendencia liberal e ilustrada que reúne los ideales como: la tolerancia religiosa, la Confianza en el poder de la razón humana libre, la Oposición a la autoridad excesiva de la Iglesia, el Interés por los problemas sociales, y el Entusiasmo por los proyectos científicos.

Estos ideales fueron plasmados en la *Enciclopedia* o *Diccionario Razonado De Las Ciencias, Artes Y Oficios* (1751-1780) La *Enciclopedia* desempeñó un gran papel en la preparación ideológica de la revolución francesa de 1789, aunque en su concepción no fue original ya que la *Enciclopedia...* se inspiró en una obra similar de Chambers (1729).

Desde el punto de vista penal nos interesa destacar a: Marat, Mirabeau, Montesquieu, Rousseau y a Voltaire.

4.7.1 Marat, Juan Pablo

4.7.1.1 “Plan De Legislación Criminal”

Juan Pablo Marat⁴⁰ en *Plan De Legislación Criminal* (*Plan de législation criminelle* 1779), obra política de carácter revolucionario, critica las consecuencias “injustas” del contrato social y afirma que “Los individuos que no obtienen de la sociedad más que desventajas no están obligados a cumplir las leyes”

Propone:

- La instrucción de los pobres,

⁴⁰ **Juan Pablo Marat** (Boudry, Principado de Neuchâtel 24 de Mayo de 1743 - 13 de julio 1793) Político, periodista y revolucionario francés. Estudió medicina en París, y la ejerció en esta ciudad y en Inglaterra. Al estallar la revolución francesa adquirió por su demagogia gran influencia sobre las clases populares con su periódico: *L'ami du peuple* (*Amigo Del Pueblo*). Diputado de la convención se encarnizó contra los girondinos que lo acusaron ante el tribunal revolucionario, sin obtener ningún resultado. Su crueldad despertó odios profundos al extremo de morir asesinado.

- El reparto de las tierras eclesiásticas,
- Establecer medidas preventivas del delito,
- Crear penas que corrijan al culpable. La pena debe surgir de la misma naturaleza que el delito (influencia de Montesquieu),
- La elaboración de leyes justas, claras y precisas,
- La prohibición de la pena de muerte

El contenido de: *Plan De Legislación Criminal* es:

- I. De los principios fundamentales de una buena legislación.
- II. De los delitos y de las penas.
- III. De los crímenes contra el Estado.
- IV. De los crímenes contra la autoridad legítima.
- V. De los delitos contra la seguridad de las personas.
- VI. De los delitos contra la propiedad.
- VII. De los delitos contra las costumbres.
- VIII. De los delitos contra el honor.
- IX. De los delitos contra la tranquilidad pública.
- X. De los delitos contra la religión.
- XI. De la naturaleza y de la fuerza de las pruebas y de las presunciones.
- XII. De la manera de adquirir pruebas e indicios durante la instrucción del procedimiento a fin de no herir ni la justicia ni la libertad, y de conciliar la dulzura con la certeza de los castigos y la humanidad con la seguridad de la sociedad civil.

4.7.1.2 Forma de auxilio a las víctimas del delito

Marat, propuso que con el producto de la venta de los objetos decomisados y de las

multas, se formara “una Caja de Socorro para las víctimas del delito, destinada a aliviar la suerte de los menesterosos que hubiesen quedado desamparados o desvalidos a consecuencia de un hecho punible”. Este es una de las formas estatales de auxilio a las víctimas del delito.

4.7.2 Montesquieu, Charles-Louis de Secondat *baron de la Brede y de,*

Charles-Louis de Secondat, *baron de La Brède y de Montesquieu*⁴¹, —pronunciación: monteski—, distingue cuatro clases de crímenes: las que ofenden:

1. a la religión,
2. a la tranquilidad,
3. a las costumbres y
4. a las que ofenden la seguridad del Estado.

En *El Espíritu De Las Leyes* dice que se debe prevenir, antes que castigar. Afirma que las causas del delito esta en la corrupción o deformación de un Estado de las leyes.

Se opone a las penas crueles (*Cartas Persas*, Carta 80; *Espíritu de las Leyes*, LibroVI, Cap.,XII: “De la puissance des peines”)

Gran exponente de la Criminología. Uno de sus grandes aportes fue: *prevenir, antes que*

⁴¹ **Charles-Louis de Montesquieu** (1689-1755), escritor y jurista francés nacido en el castillo de La Brède y conocido universalmente por sus *Cartas Persas* (1721), novela epistolar y *El Espíritu De Las Leyes* (1748) que es su obra maestra de la Teoría política. En ella el autor analiza las tres principales formas de gobierno (república, monarquía y despotismo) y establece las relaciones que existen entre las áreas geográficas y climáticas y las circunstancias generales y las formas de gobierno que se producen. Sostiene también que debe darse una separación y un equilibrio entre los distintos poderes a fin de garantizar los derechos y las libertades individuales. A lo largo de toda Latinoamérica, los textos de Montesquieu se leían con entusiasmo a principios del siglo XIX. Entre otras obras de Montesquieu podemos citar *Ensayo Sobre La Política Religiosa De Los Romanos*, 1716, ensayo, *El Templo De Gnido*, 1725, novela. *Consideraciones Sobre Las Causas De La Grandeza Y Decadencia De Los Romanos*, 1734, ensayo. *Diálogo De Sila Y Eucrates*, 1745, diálogo filosófico. *Defensa Del Espíritu De Las Leyes*, 1750, ensayo.

castigar.

4.7.3 Rousseau, Jean Jacques,

Jean Jacques Rousseau, —pronunciación: rusó—, dice que las causas de la criminalidad están en la desigualdad natural (sexo) y en la desigualdad económica (desempleo, distribución de la riqueza desigual).

Propugna la proporcionalidad de la pena. Rousseau en *Contrato Social*, afirma que el hombre establece un pacto con el Estado, en la que cede una porción de su libertad, para gozar del resto. Este pacto se traduce en reglas de comportamiento establecidas por el Estado. Si alguien las vulnera, es sancionado. Para un Estado organizado de esta manera, existen pocos delincuentes.

4.7.4 Voltaire, Francois-Marie Arouet, *le jeune,*

Francois-Marie Arouet, *le jeune (el joven)* Voltaire, —pronunciación: volter— (1694—1778), propugna que tiene que haber una limitación a la pena de muerte. Solamente los delitos más graves pueden tener la pena capital. Critica la tortura como medio para la obtención de prueba legal, ya que en las cárceles francesas los reos eran torturados para sacarles la confesión y esta era considerada válida y legal.

Desde 1752 empieza a criticar y ataca:

El excesivo arbitrio judicial. Los jueces deben ser esclavos de la ley y no se su arbitrio.,

La desproporcionalidad de la pena. La pena debe ser proporcional a a la personalidad del delincuente, el grado de malicia del hecho, el escándalo y la necesidad de la comunidad.

Penas. Se debe aplicar la privación de libertad y los trabajos perpetuos. No se debe permitir la confiscación (pagan los inocentes: los hijos)

La pena de muerte. Esta no es útil. Porque no rebaja la criminalidad. Propugna que tiene que haber una limitación a la pena de

muerte. Solamente los delitos más graves pueden tener la pena capital.

En el procedimiento penal. Critica la tortura como medio para la obtención de prueba legal, ya que en las cárceles francesas los reos eran torturados para sacarles la confesión y esta era considerada válida y legal. “es seguro que un robusto culpable se salve un inocente débil, sea condenado”

Motivación de la sentencia. Los jueces deben motivar su fallo sino la justicia es muda. Es decir, el juez debe explicar el porque de la condena y porque hecho se le esta sancionando. El reo debe estar asistido por defensor.

4.8 Kant, Immanuel

Para Immanuel Kant, pena, culpabilidad y retribución responden a los mismos criterios. Surge así el denominado *retribucionismo*, basado en la teoría del contrato social, de corte laico liberal y garantista cuyos autores más representativos son Kant y Hegel.

La *pena* retribuye el mal causado por el delito, y, por tanto, ha de ser adecuada a la gravedad de la culpabilidad reflejada en el hecho.

La *retribución* es el fundamento de la culpabilidad y de la pena al explicar porque se impone una pena a un autor concreto. La *retribución* también legitima el *ius puniendi* del Estado.

La culpabilidad según esto sería el fundamento y medida de la pena. Esta culpabilidad se basaría en el *libre albedrío*⁴², esto es, en la libertad de la persona para actuar libremente, lo que la convertiría en responsable de sus actos.

⁴² **Libre albedrío.** Poder o capacidad del individuo para elegir una línea de acción o tomar una decisión sin estar sujeto a limitaciones impuestas por causas antecedentes, por la necesidad, o por la predeterminación divina. Véase mas en: <http://www.geocities.com/eqhd/libreAlbedrio.htm>

4.9 El Movimiento Codificador

4.9.1 Feuerbach, Pablo Juan Anselmo Ritter von

En su etapa de codificador Pablo Juan Anselmo Ritter von Feuerbach—foyerbaj—funda el moderno Derecho Penal estableciendo un *sistema* para el Derecho penal, así:

- I. Parte general
- II. Parte especial
- III. Procedimiento penal

4.9.1.1 Codificación

En el campo de la codificación sus teorías tomaron cuerpo en el *Código Penal de Baviera* de 1813, que después tendría un gran influjo en otros Estados alemanes (Sajonia, Württemberg, Hannover y Brunswich), así como en códigos sudamericanos.

Su aportación fue decisiva para la abolición de la tortura en Baviera (1806), y dejó sentadas las bases para la adopción del sistema de procedimiento público.

4.9.1.2 Túnica latina al Principio de Legalidad

Feuerbach puso la túnica latina al *Principio De Legalidad* con la famosa maxima: “nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali”, garantía individual que consiste en la necesidad de ley escrita, cierta y previa al castigo

Fórmula el *Principio de Legalidad* para que se cumpla la amenaza psicológica que contempla una triple dimensión:

1. *Nulla poena sine lege.* No hay sanción sin ley anterior que lo establezca como tal.
2. *Nulla poena sine crimine.* De estar determinada la conducta amenazada.

3. *Nullum crimen sine poena legali*. La sanción debe estar legalmente señalada para esa conducta criminal.

4.9.2 Gross, Hans

Hans Gross, desarrolla métodos para el esclarecimiento de delitos.

Critica la formación judicial en las universidades y aboga por una ciencia positiva del crimen y que al estudios del delincuente que acompañase el estudio del derecho normativo.

Influido por el pensamiento biológico y determinista de su tiempo, dedicó su atención al estudio del delincuente y a la estructura del crimen. Concedía prioridad a las pruebas materiales, más que a las declaraciones del testigo.

En *Manual Para Jueces Instructores*⁴³ (1893) se utiliza la por primera vez palabra “Criminología”.

4.9.3 Klein, Franz

Franz Klein sostenía ya en 1.896 que “el mejor Derecho material de nada sirve, sino tiene para su aplicación un Juez independiente y un buen proceso”.

Klein instaura en la Z.P.O (*Zivilprozessordnung, Ley de procedimiento civil*) austriaca de 1895 dos clases de procesos, el *ordinario*, que se caracteriza por su concentración, intermediación y el *proceso oral* que en sumo grado relega la escritura a lo imprescindible. Que se basan en el sistema de justicia civil social.

4.9.4 Código Napoleónico (1810)

Una vez en el poder la clase burguesa se encargo de legislar los delitos contra la libertad de comercio e industria. Las asociaciones

⁴³ *Manual Para Jueces Instructores*.

Véase:

www.knowledgerush.com/paginated_txt/crmsy10/crmsy10_s1_p1_pages.html

comunales y los gremios fueron reprimidas brutalmente, con el pretexto que atentaban contra la libertad de trabajo.

La burguesía dictó el Derecho que le era favorable a su crecimiento y para hacerlo promulgó —desde el poder— códigos y leyes penales ex profeso—

La burguesía respondió a las acciones colectivas y comunales gremiales de los trabajadores organizados con el terror legal desde y por el Estado.

Así se dictaron: *Edicto de Turgot*, los *Decretos de Allard* y ley *Le Chapelier*.

El *Edicto de Turgot*⁴⁴ de 1776 suprime las *Corporaciones de oficios*, sus *Estatutos* y sus privilegios porque estos iban contra la libertad de trabajo.

Turgot ministro del rey Luis XVI autor de este edicto recoge las ideas *fisiocráticas*⁴⁵ del siglo XVIII proclamando que los males franceses en materia comercial e industrial se encontraban en la facultad de los artesanos del mismo oficio para unirse y reunirse en cuerpo. En consecuencia, el edicto prohibió la agremiación.

Este edicto proclama que el hombre puede dedicarse al oficio que le plazca. Prohíbe las *Corporaciones* porque estos iban contra la

⁴⁴ **Anne Robert Jacques Turgot**, *barón de l'Aulne* (Paris 1727-1781), economista y político francés. Estudió en la Sorbona, centro del que llegó a ser prior. Fue nombrado intendente del distrito de Limoges en 1761. Desde ese puesto, y profundamente influido por los ideales de la *Ilustración* y las doctrinas económicas de la *fisiocracia*, aplicó una profunda reforma económica del Estado, plasmada dos años más tarde en sus famosos *Seis Edictos*, presentados ante el Consejo Real del rey Luis XVI. En ellos planteaba como ineludibles la supresión de la *corvea* (prestación laboral personal a la comunidad) por un impuesto en metálico, los monopolios, la abolición del privilegio fiscal de que gozaba la nobleza y la supresión de las corporaciones de oficios de los artesanos.

⁴⁵ **Fisiocracia**. (Del gr. “Phycis”, naturaleza + “krateo”, dominar.) *Doctrina económica que atribuía el origen de la riqueza exclusivamente a la agricultura*. La industria y el comercio son consideradas actividades accesorias.

Véase mas en:

<http://www.geocities.com/eqhd/fisiocracia.htm>

libertad de trabajo. Con la Revolución Francesa de 1789 se impone el *Principio de libertad contractual*.

Los *Decretos de Allard* de marzo de 1791 que prohíben el derecho de organización profesional (asociaciones) y conmina a concertar los salarios por libre convenio con los patronos.

La Ley *Le Chapelier* de 4 de junio de 1791. Ley que, a propuesta del diputado de ese nombre, aprobó la Asamblea Nacional francesa el año 1791, que, con igual orientación que el edicto de *Turgot* del año 1776, prohibió el restablecimiento de las *corporaciones de oficios*.

La ley *Le Chapelier* de 1791 prohíbe las asociaciones de patronos y obreros, porque el *maquinismo*⁴⁶ necesita hombres libres e iguales ante la ley, y con una *autonomía de voluntad*⁴⁷ absoluta para poder negociar un contrato de trabajo con el dueño de la empresa. Va en contraposición al principio de igualdad humana.

Esta supresión de asociaciones de ciudadanos de una misma profesión, lo dicta bajo el

⁴⁶ **Maquinismo.** Fenómeno social de la mecanización del trabajo o de la producción, por la mejora y alivio que para el esfuerzo humano significa, pero con la tragedia que para el trabajador representa su sustitución despiadada, y la perspectiva del paro, cuando la organización social no estructura un sistema que distribuya las ventajas de la producción mecánica para el empresario y el trabajador.

⁴⁷ **Autonomía de la voluntad.** Potestad que tienen los individuos para regular sus derechos y obligaciones mediante el ejercicio de su libre albedrío, representada en convenciones o contratos que los obliguen como la ley misma y siempre que lo pactando no sea contrario a la ley, a la moral, al orden público o a las buenas costumbres.

Libre albedrío Poder o capacidad del individuo para elegir una línea de acción o tomar una decisión sin estar sujeto a limitaciones impuestas por causas antecedentes, por la necesidad, o por la predeterminación divina. Un acto libre por entero es en sí mismo una causa y no un efecto; está fuera de la secuencia causal o de la ley de la causalidad. Para San Agustín el libre albedrío designa la posibilidad de elegir entre el bien y el mal. Ya que decía que “el ser humano es un pecador en posesión del libre albedrío, y si hace uso de él, sus pecados pueden serle perdonados”. Véase mas acerca este tópico en: <http://www.geocities.com/eqhd/libreAlbedrío.htm>

argumento de que “no existe más asociaciones que el propio Estado”, donde sólo hay el interés particular de cada individuo y el interés general del Estado.

Los trabajadores empiezan a ser explotados sin misericordia en la gran empresa, hecho que los empuja a organizarse y defenderse a través de las *asociaciones de trabajadores*, unos, influenciados por la ideología marxista, que dará origen al *sindicalismo revolucionario*, que busca la revolución social y las asociaciones de trabajadores que sólo buscan la defensa de sus intereses y derechos mas fundamentales que dará origen al *sindicalismo demoliberal*.

El edicto de *Turgot* y la ley *Le Chapelier* serán abrogados el año 1884 por la Ley *Waldack Rousseau* que legaliza el derecho a organizarse en asociaciones a ciudadanos del mismo oficio o profesión y aboliéndose la criminalización de las asociaciones.

El *Código Penal Francés* de 1810, el español de 1848 y 1870, el portugués de 1852 prohibieron las coaliciones, y sancionaban las huelgas.

Para consolidar el nuevo modo de producción de los excedentes del proceso productivo en manos de la burguesía, ésta necesitó del poder político y desde allí con el auge del *maquinismo* saboreó su triunfo contra los señores feudales.

El *Código de Instrucción Criminal* de 1808 y el Penal de 1810 gira en torno a los valores del Estado, la patria, los privilegios oficiales etc. y no por sus virtudes técnicas, ni por su oportunidad política o moderación, y esto es así porque ideológica y políticamente representaba el oráculo en el plano normativo, de una clase social que desde la Baja Edad media pugnaba por aprehender el poder del Estado: la burguesía.

Es en este ambiente político-social donde se desarrollaran las ideas de las escuelas pena-

les, iniciando el estudio del delito la llamada escuela “clásica” del derecho penal.

5 ESCUELA CLÁSICA PENAL

5.1 Conceptos fundamentales de la Escuela clásica penal

Las propuestas esenciales de la escuela pueden sintetizarse así:

La *Escuela Clásica* encuentra sus bases filosóficas en el *Derecho Natural* que es el conjunto de reglas ideales, eternas e inmutables que se anhela ver transformadas en leyes positivas. (Véase: ¿QUÉ ES EL DERECHO? www.geocities.com/eqhd/derecho.htm)

Niega la tesis del *contrato social* que manejaban tanto los representantes de la *Ilustración* en el campo penal como Beccaria, Bentham, Howard.

El Derecho es innato al hombre porque es dado por Dios, no es histórico, no es producto del hombre. El hombre debe vivir conforme a esa ley natural, pero esta no puede ser suficiente. Acepta leyes hechas por el hombre pero conforme a las leyes naturales. Para que estas leyes sean cumplidas es necesario de un conjunto de normas sancionadoras. Entonces las leyes están en este orden:

- 1°. Las leyes de Dios,
- 2°. Las leyes del hombre.
- 3°. Las leyes sancionatorias.

Sobre esta base: la razón de la justicia penal está en la tutela jurídica de reintegrar el orden perturbado.

5.1.1 El Derecho Penal

El Derecho Penal de castigar o *ius puniendi* del Estado se funda en el *libre albedrío*⁴⁸. El

⁴⁸ **Libre Albedrío.** Poder o capacidad del individuo para elegir una línea de acción o tomar una decisión sin estar sujeto a limitaciones impuestas por causas antecedentes, por la necesidad, o por la predeterminación divina. Un acto libre por entero es en sí mismo una causa y no un efecto; está fuera de la secuencia causal o de la ley de la causalidad. El libre albedrío es “la capacidad de distinguir entre el bien y el mal” (san Agustín).

hombre es un ser inteligente —por la gracia de Dios— y es libre de escoger entre el bien y el mal. Si escoge el mal a pesar de estar dotado de la *libertad* (*libertad es el buen uso del libre albedrío*—Dic. Ferrater Mora—) es justo que se le retribuya con otro mal: la pena. Por eso se aplica la pena sólo a individuos moralmente responsables. Los que carezcan de *libre albedrío* como por ejemplo los locos y los niños quedan excluidos del Derecho y no son punibles.

La pena tiene el carácter de un mal, equivalente al que el delincuente ha causado. La pena es la *retribución* que se hace al criminal por el mal que hizo en la sociedad. La *finalidad de la pena* es restablecer el orden social externo que ha sido roto por el delincuente.

El *Derecho Penal* tiene un fin de tutela; la pena es un medio de tutela jurídica, que tiende al restablecimiento del orden público alterado por el delito. El *Derecho Penal* es garantía de libertad, ya que asegura la seguridad jurídica ante la autoridad.

5.1.2 Materias

Las materias que estudia la escuela clásica son:

- *delito*. Hombre que vulnera el presupuesto de una *norma jurídica*⁴⁹.
- *pena*. La ley quiere castigado a ese hombre.
- *juicio*. —O lo que modernamente se llama *Proceso penal*—El juez comprueba la vulneración e irroga punición.

Véase: www.geocities.com/eqhd/libreAlbedrío.htm

⁴⁹ **Norma jurídica.** “Significación lógica creada según ciertos procedimientos instituidos por una comunidad jurídica y que, como manifestación unificada de la voluntad de ésta, formalmente expresada a través de sus órganos e instancias productoras, regula la conducta humana, en un tiempo y lugar definidos, prescribiendo a los individuos, frente de determinadas circunstancias condicionantes, deberes y facultades, y estableciendo una o más sanciones coactivas para el supuesto que dichos deberes no sean cumplidos” (J. C. Smith). Véase: <http://www.geocities.com/eqhd/nj.htm>

NO estudia al delincuente.

5.1.3 El Delito

La concepción del delito de esta escuela pertenece a

- a. *una concepción jurídica*, porque el delito es un ente jurídico, es decir es creación de la ley; y también pertenece a,
- b. *una concepción filosófica* por su pretensión de querer hacer valer tal concepción en todo los tiempos y en todos los lugares.

Fue desarrollado por Juan Domingo Romagnosi⁵⁰, Giovanni Carmignani⁵¹ y Francisco Carrara⁵²

El *delito* para Romagnosi es la *agresión al bienestar*, si queda impune destruiría a la sociedad. Para que no ocurra tal la sociedad y el Derecho deben eliminar la impunidad.

Para Francisco Carrara el *delito* es la:

“infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultado de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso.” (CARRARA, Francisco, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Buenos Aires, Argentina: EJE, 11va, 1944, vol. I, prefacio)

Para Carrara el delito es un ente jurídico (creación de la ley) y no un fenómeno social (ente de hecho). Es un ente jurídico porque es una contradicción entre el hecho del hombre y la ley. Por eso no se define como ac-

ción sino como infracción, lo que supone la *antijuridicidad* la esencia del delito y no solo su elemento.

Con *acto externo*, se refiere a que no son sancionables los actos internos o pensamientos del hombre. El pensar en matar no es delito, mientras no lo exteriorice.

Con *actos positivos o negativos*, se refiere a las acciones y omisiones, respectivamente. Con *acto positivo* se refiere a un hecho humano. Con *acto negativo* a un “no hacer” lo que la ley manda a hacer, o sea a la omisión.

Moralmente imputable, significa a que el hombre comete el delito en base a su *libre albedrío*, el hombre puede escoger entre la comisión de un delito o no. El delincuente es un ser dotado de libre albedrío que viola espontáneamente la ley y es castigado por su acto y no por su personalidad. El hombre es un ser inteligente y libre de escoger entre lo moralmente malo y lo moralmente bueno, si escoge el mal, a pesar de estar dotado de esa inteligencia y esa libertad, es justo que se le retribuya con otro mal.

Con *políticamente dañoso* se refiere a que el delito al violar los derechos de otra persona, también está perjudicando a la sociedad. El delito ofende primero a la víctima, segundo a la sociedad. Es este segundo elemento —o sea, la sociedad—repara esa ofensa con la pena.

5.1.4 El Delincuente

Es un ser dotado de libre albedrío que viola espontáneamente la ley y es castigado por su acto y no por su personalidad. El hombre es un ser inteligente y libre de escoger entre lo moralmente malo y lo moralmente bueno, si escoge el mal, a pesar de estar dotado de esa inteligencia y esa libertad, es justo que se le retribuya con otro mal.

⁵⁰ **Juan Domingo Romagnosi**,
www.geocities.com/penaluno/RomagnosiJuanDomingo.htm

⁵¹ **Giovanni Carmignani**. En *Elementos De Derecho Criminal (Elementa Iuris Criminalis)* explica que la pena se aplica con el fin de prevenir futuros delitos. Véase: www.geocities.com/cjr212criminologia/carmignaniGiovanni.htm

⁵² **Francisco Carrara**.
www.geocities.com/cjr212criminologia/carraraFrancesco.htm

Para la *Escuela Clásica* todos los hombres son iguales, tienen las mismas capacidades, las mismas libertades.

La crítica dice que no toma al hombre en su realidad concreta: los hombres difieren bastante en lo que respecta a su personalidad. Esta escuela convierte al hombre en un ente abstracto. No obstante esta escuela defiende al delincuente con el *Principio de Legalidad*⁵³: proponiendo un respeto absoluto a este principio.

5.1.5 Técnica penal

En la Técnica penal la Escuela Clásica sigue la *Teoría De La Proporcionalidad*. Busca adecuar matemáticamente al delito, la pena. De esto surgen las diferencias entre autor, coautor, cómplice, encubridor, etc.

La *retribución* debe ser *exacta* “Las penas son sanciones afflictivas determinadas, ciertas, ejemplares, proporcionales, deben reunir los requisitos de publicidad, certeza, prontitud, fraccionabilidad y reparabilidad, y en su ejecución deben ser correctivas, inmutable e improrrogables”.

5.1.6 La Pena

La Pena *es aquel mal que, en conformidad con la ley del Estado, infligen los magistrados a los que con formas debidas, son reconocidas culpables de un delito* (CARRARA, Francisco, *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Buenos Aires, Argentina: EJE, 11va, 1944, vol. I, página 406).

⁵³ **Principio de Legalidad** es un axioma en virtud del cual ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior lo haya previsto como tal.

Véase:

www.geocities.com/penaluno/principiodelegalidad.htm

Axioma. (del griego “axioma”, ‘lo que parece justo’). Originariamente el término ‘axioma’ significa dignidad. Por derivación se ha llamado ‘axioma’ a “lo que es digno de ser estimado, creído o valorado”. Así, en su acepción más clásica el axioma equivale al principio que, por su dignidad misma, es decir, por ocupar cierto lugar en un sistema de proposiciones, debe “estimarse como verdadero”. Un axioma es una *proposición evidente no susceptible de demostración sobre la cual se funda una ciencia*.

Sigue la *Teoría de la Retribución*, ya que considera la pena como un mal. Además considera que la pena debe ser proporcional al delito y ser aplicados a los normalmente sanos, no a los que carecen del libre albedrío (por ejemplo los interdictos, los menores de 16 años—en Bolivia—son considerados como si no tuvieran libre albedrío).

La pena repara la ofensa a la sociedad y el fin es el restablecimiento del orden jurídico perturbado de la sociedad y con este fin debe ser afflictiva moral o físicamente, ejemplar, cierta, pronta y pública.

Los caracteres de la pena son:

- Aflictiva,
- Ejemplar,
- Cierta,
- Pronta,
- Pública,
- Igualitaria, y
- Fraccionable.

5.1.7 Método

El método de estudio de la Escuela Clásica es el *lógico-abstracto, silogístico y deductivo*. Parte de principios generales para aplicarlos a casos concretos con su: “el delito es un ente jurídico”. Admite necesariamente un supuesto “a priori”.

5.2 Juicio Crítico

5.2.1 Ventajas

La Escuela Penal Clásica propone la dulcificación de las penas en modo general. No se puede sancionar sin previo proceso público.

Defensa de garantías individuales. Impone el respeto al *Principio De Legalidad*. No se puede considerar un hecho humano como delito si el Poder Legislativo NO establece como tal.

Reacción contra la barbarie. Propugna el abandono de la tortura como medio de abstención de confesión de culpa. Ya Beccaria decía que si el Rey establece una ley, no puede ser el mismo juez y parte de la violación de su propia ley. Deberá ser un tercero (Poder Judicial) quien juzgue al que vulneró las leyes de la sociedad civil.

“el soberano, que representa a la sociedad misma, no puede mas que promulgar leyes generales, que obliguen todos sus miembros, pero no ya juzgar si alguien ha violado o no el contrato social, puesto que entonces la nación se dividiría en dos partes, una representada por el soberano, que afirmaría la violación del contrato, y la otra por el acusado, que la negaría. Se impone, pues, que un tercero juzgue acerca de la verdad del hecho. He aquí la necesidad de un magistrado cuyas sentencias sean inapelables y consistan en meras afirmaciones o negaciones de hechos particulares.” (BECCARIA, Cesare, *De Los Delitos Y De Las Penas*, Bogota, Colombia: Temis, 3ª Ed. 3ª reimp., 2005, pagina 74)

Construcción sistemática del Derecho Penal. Ya Carrara decía a sus estudiantes que en Derecho Penal ya no hay más a que dedicarse, y que sus alumnos solo debían ya ocuparse solo del Derecho Procesal Penal

Desarrollo del concepto de delito. Por primera vez se trata de conceptualizar el delito para que valga todos los tiempos y en todos los lugares como cualquier otro concepto de cualquier otra ciencia basada en el método científico, cosa que no se logro por completo.

5.2.2 Desventajas

No acepta las medidas de seguridad. La Escuela clásica penal no acepta las *medidas de*

*seguridad*⁵⁴, porque concebían al autor del delito igual y con las mismas capacidades dados a todos los hombres por Dios. No concebían la existencia de diferentes personalidades.

No estudia al delincuente. Para los clásicos el autor del delito es un ente abstracto, porque todos los autores de delitos son iguales, no se los sanciona por su personalidad, además el delito es la contradicción entre un hecho humano y la ley: es solo la infracción de la ley.

Formalista en exceso. Utiliza en demasía el método lógico - abstracto con su fórmula sacramental "el delito es un ente jurídico" que lo lleva al agotamiento analítico del delito.

La pena no restablece la tranquilidad de los ciudadanos como dicen los clásicos. La pena se completa con otras exigencias, siempre se debe tratar de redimir el autor de un delito, se le debe, al menos, permitir la posibilidad de resarcir los daños morales y materiales causados con el delito.

Crear que todo el Derecho Penal estaba ya sistematizado. No toma en cuenta las *Instituciones del derecho penal contemporáneo.* Por ejemplo, el Estado Peligroso, (Estado Peligroso Predelictual, Postdelictual.), la Condena Condicional, el Perdón Judicial, La Sentencia Indeterminada y la Libertad Condicional.

5.3 Representantes de la Escuela Clásica

Juan Domingo ROMAGNOSI, con *Génesis del Derecho penal (Genesis Del Diritto Penale,*

⁵⁴ **Medidas De Seguridad** (1) Internamiento de locos o dementes en casas de salud, y de reos en casas de trabajo y colonias agrícolas. (2) Suspensión de actividades privadas y públicas. (3) Vigilancia por autoridades. (4) Caucción de buena conducta. Otras medidas de seguridad son también la confiscación de objetos peligrosos o nocivos, vigilancia de la policía, medidas tutelares en relación con menores.

1837) fue el primer clásico reconocido por todos.

Los demás representantes son:

- Pellegrino Rossi (1787-1848),
- Giovanni Carmignani,
- Antonio Rosini,
- Francisco Carrara (1805 -1888),
- Berner,
- Birkmeyer,
- Brusa,
- Cayetano Filangieri,
- Halschner,
- Manuel de Lardizábal Y Uribe,
- Luis Luchinni,
- Mittermayer,
- Ortolan,
- Joaquín Francisco Pacheco,
- Mario Francisco Pagano,
- Franck Enrique Pessina,
- Tolomeo
- Tyssot

5.4 Juan Domingo Romagnosi

Juan Domingo ROMAGNOSI, basa el Derecho Penal en el iusnaturalismo iluminista. Las relaciones sociales entre los hombres están reguladas por leyes naturales insertas en la propia naturaleza humana las cuales se debe conocer a través de la razón.

El *delito* es la *agresión al bienestar*, si queda impune destruiría a la sociedad. Para que no ocurra tal la sociedad y el derecho deben eliminar la impunidad.

En *Génesis del Derecho penal (Genesis Del Diritto Penale, 1837)* reunió en tres clases las causas del delito:

1. defecto de subsistencia,
2. defecto de educación,
3. defecto de la justicia.

Dijo que el verdadero delincuente: es “la sociedad”, demostrando matemáticamente, con infinidad de hechos, el conocido aforis-

mo de Adolfo Quetelet⁵⁵: “La sociedad prepara los delitos; el delincuente los ejecuta.”.

El *derecho a castigar (ius puniendi)* es el derecho de defensa contra la amenaza permanente. Así entonces, el Derecho penal es el derecho de defensa fundamentado en la conservación de la felicidad.

La pena es el contraimpulso al impulso —que es el delito—.

5.5 Pellegrino Rossi (1787-1848)

Pellegrino ROSSI, (1787-1848) Asesinado por su pensamiento político. Discípulo de Romagnosi consideraba que existía un orden moral que todos los seres libres e inteligentes debíamos de seguir, pensando así que estos ordenes debían aplicarse en la sociedad, puesto que todos los individuos estamos hechos para vivir en sociedad. Dando así que gracias a esto surja un orden obligatorio para toda una sociedad y del cual se derivarían todos los derechos y obligaciones.

5.6 Giovanni Carmignani

Giovanni CARMIGNANI, en *Elementos de Derecho Criminal (Elementa iuris criminalis)* explica que la pena se aplica con el fin de prevenir futuros delitos. Se opone a la pena de muerte, como Carrara.

5.7 Antonio Rosini

Antonio ROSINI en *Filosofía del Derecho (Filosofía del Diritto, 1839)* dice que el fundamento del derecho de castigar o *ius puniendi* es el *eterno principio de la justicia*. Es decir que la capacidad de juzgar le pertenece a Dios pero no niega que todo hombre como ser inteligente con sus limitaciones

⁵⁵ **Adolfo L. Quetelet**. Precursor de la *Escuela Cartográfica*, o *Estadística Moral*, para el cual el delito es un fenómeno social regular, constante, normal y de masas que determinados delitos se llevan a cabo de acuerdo a las estaciones del año. El delito sólo se lo debe investigar cuando sobrepase los índices normales. Véase: <http://www.geocities.com/cjr212criminologia/quetelet.htm>

pueda hacer de juez

Asienta las bases de la Escuela Clásica, con su obra *Filosofía Del Diritto* (1839).

5.8 Francisco Carrara (1805 - 1888)

La teoría de Francisco CARRARA (1805 - 1888), tuvo a antecesores en Carmigniani, Romagnosi y Feuerbach y sostiene que el Derecho es connatural en el hombre, porque Dios lo dio a la humanidad desde su creación.

En *Programa del Corso di Diritto Criminale* (1859) llevo a su verdadera esencia jurídica al Derecho Penal. Dice que la ciencia Criminal debe tener la misión de moderar los abusos de la autoridad. Por eso para Carrara el delito es “la infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable o políticamente engañoso”.

Carrara declara “no me ocupo de cuestiones filosóficas: presupongo aceptada la doctrina del libre arbitrio y de la imputabilidad moral del hombre” y es sobre esta base que construyó la ciencia del delito.

Utiliza el *método* deductivo, va de lo general (la norma penal) a lo particular (al individuo que se le va a aplicar la pena).

El *delito* es un ente jurídico, porque su esencialidad debe consistir en la violación de un derecho. Considera delito como un dogma, como algo que no admite discusión, porque emana de una ley suprema del orden. Sólo son delitos las acciones que ofenden el derecho ajeno. Esta ofensa supone, de modo necesario, una *voluntad libre e inteligente* y un *hecho exterior*, lesivo del derecho, peligroso para el mismo.

Funda la *imputabilidad* en el principio del *libre albedrío* (“elección entre el bien y el mal de un hombre inteligente”, san Agustín)

el cual acepta como verdad inconcusa, firme, sin duda ni contradicción.

La *pena* debe proteger el orden jurídico. La pena tiene carácter retributivo por el daño que el individuo causó a la sociedad. La pena, con el mal que inflige al culpable, no debe exceder de las necesidades de la tutela. Si excede, no es protección sino violación del derecho, es prepotencia, es tiranía; y si no llena aquella necesidad, importa traición a la misión impuesta a la autoridad.

El *rito procesal* o *proceso penal* solamente sirve a los honestos en cuanto los ayuda a descubrir los delincuentes y también los preserva de caer en errores judiciales; y ayuda, además, a los mismos culpables, en cuanto impide que se le irroge un castigo que se exceda la justa medida.

5.9 Manuel de Lardizábal Y Uribe

Manuel de LARDIZÁBAL Y URIBE en 1782 publica *Discurso Sobre Las Penas: Contraído A Las Leyes Criminales De España Para Facilitar Su Reforma* donde dice que: las penas se fundan en el contrato y que presupone la superioridad de quien la aplica persiguiendo la utilidad pública para una Prevención general, una Prevención especial y el Mejoramiento del delincuente.

Nota – No confundir con su hermano menor Miguel de Lardizábal y Uribe, (1744-1824) político que por criticar la ilegitimidad de las cortes fue desterrado. Ambos crecieron en México para trasladarse mas tarde a España.

5.10 Luis Luchinni

Luis LUCHINNI introduce toda la teoría que Carrara desarrolla en el código penal de Italia.

5.11 Cayetano Filangieri

Cayetano FILANGIERI en *La ciencia de la Legislación (La Science de la Legislation)*

escribe sobre la reforma que las instituciones del siglo XVIII y XIX. Partidario, lo mismo que Beccaria, de un Estado de Derecho, en que al ejecutivo le sea imposible toda arbitrariedad.

Fundamenta el moderno Derecho penal en el principio contractualista.

En *La ciencia de la Legislación* ya se nota la Parte general y la Parte Especial.

Del derecho penal destaca el concepto de *acción*. Exige que esta sea conducida por la voluntad. Hay ausencia de acción cuando esta es anulada por una fuerza exterior. La *imputabilidad* es la capacidad de querer, la cual no se da por falta de edad o por desorden de su mecanismo—falta de uso de razón o pérdida de éste— Distingue las formas de culpabilidad: entre dolo y culpa, los resultados del último no se deben castigar.

La *pena* es aquella parte de la ley que ofrece al ciudadano la elección entre el cumplimiento de un deber social o la pérdida de un derecho social. Su fin es retrotraer al individuo del delito. Participa de la idea de que las cárceles no son un castigo sino el depósito que asegura al que deba recibirlo, ya que la generalización de las penas privativas de libertad estaba en ese entonces en sus comienzos.

Filangieri juntamente con Voltaire, fundan la moderna filosofía procesal y penal, en defensa de procedimientos garantizados y de penas equilibradas y racionales, lejos de las penas crueles, inhumanas y degradantes del viejo derecho penal y procesal de la monarquía absoluta. Propone que se debe "tratar al acusado como ciudadano, hasta que resulte enteramente probado su delito" (FILANGIERI, Cayetano, *La Ciencia De La Legislación*, Madrid, España, 1821, t. III, pagina 81).

El derecho debe determinarse sobre la base de las mejores técnicas legislativas. La finalidad del derecho es la felicidad de los ciudadanos.

5.12 Joaquín Francisco Pacheco

Joaquín Francisco PACHECO, en *Lecciones de Derecho Político-Constitucional*, rechaza la tesis del contrato social y el concepto utilitarista de la pena. Afirma que el fin de la pena es la expiación, la intimidación y la reforma. Influyó en el Código Penal español de 1848

5.13 Mario Francisco Pagano

Mario Francisco PAGANO, dice que el Derecho Penal, se dirige principalmente a establecer la tranquilidad pública, que es el principal objeto de la sociedad.

Pagano, juntamente con el pensamiento iluminista dice que el *objeto del delito* debe ser necesariamente un derecho subjetivo natural de la persona: comprendidos en esta expresión los bienes fundamentales indicados por Locke como aquellos para cuya tutela se constituye el Estado, esto es "la vida y cuanto contribuye a su conservación, como la libertad, la salud, los miembros del cuerpo o los bienes".

En cuanto al *Principio De Lesividad* Pagano, ve en el daño causado a terceros, las razones, los criterios y la medida de las prohibiciones y de las penas. Este principio surge ya en Aristóteles y Epicuro.(FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Trotta.1997, pagina, 466)

5.14 Franck Enrique Pessina

Para Franck Enrique PESSINA, el Derecho Penal es el conjunto de principios relativos al castigo del delito.

Respecto al *delito* Pessina, en *Elementos De Derecho Penal* afirma: "que el delito era una negociación del derecho o un ataque al orden jurídico", aunque advertía "...Que en realidad no puede ser definido por la Ley," éste solo...da lugar a las especies delictorumn," o sea los delitos en particular.

Pessina apoya el *Principio De Legalidad* y apartándose de las posiciones positivistas del estado peligroso, opinó que "...El estado

peligroso podrá servir como criterio de mensuración, pero no fundamenta la aplicación de una sanción, que por mandato constitucional se impone al sujeto por su acción contradictoria del derecho.”

6 ESCUELA CORRECCIONALISTA

Esta orientación, de base fundamentalmente sociológica, dirige su atención en particular hacia el *delincuente* y la *pena*.

6.1 Antecedentes

Los antecedentes de esta escuela están en Alemania a mitad del siglo XIX. STELZER formula su tesis de corrección jurídica, que procura mejorar al delincuente. En 1827 Charles LUCAS afirma que la pena se justifica en cuanto se dirige a la enmienda del reo (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, 5ª, Buenos Aires, Argentina: LOSADA, 1992, Tomo II, pagina 58).

En 1829 Hans GROSS habla de la corrección intelectual, desde un punto de partida médico—legista. En 1839 KRAUSE en su *System der rechtsphilosophie* y Carlos David Augusto ROEDER en *Bessenruns Theorie, Commentatio an poena malum esse debeat* (1839) y *Las Doctrinas Fundamentales Re-inantes Sobre El Delito Y La Pena En Sus Inferiores Contradicciones* (1876) habla de la corrección moral, es decir de la corrección de la voluntad pervertida del delincuente.

Los conceptos fundamentales adquieren precisión a través del profesor de Salamanca, Pedro Dorado Montero.

6.2 Concepto

La escuela correccionalista. Es un *cuerpo orgánico de conocimientos relativos a la defensa del interno a través de su corrección, tutela y protección para que no vuelva a cometer delitos.*

Corrección de su voluntad pervertida, cuida-

do o *tutela* —como si fuera un niño—para que cambie y *protección*—una vez que ha cambiado-- para que no vuelva a cometer otros delitos.

En su desarrollo la Escuela correccionalista pasa por las siguientes fases:

- 1º. el *Correccionalismo* de Carlos David Augusto Roeder,
- 2º. pasa a la *Tutela Jurídica* de Giner de los Rios ,
- 3º. para acabar en el *Derecho Protector* de Pedro Dorado Montero.

Se ubica a un lado de la Escuela clásica por que ya estudia al hombre como tal, aunque esta lejos de la Escuela positiva porque “aun no se había introducido el método experimental en las ciencias penales. Por eso corresponde catalogarlo aparte, entre la Escuela clásica y la Escuela positiva (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, 5ª, Buenos Aires, Argentina: LOSADA, 1992, Tomo II, pagina 56).

6.3 Conceptos fundamentales

El **delito** es una concepción artificial que responde a los intereses perseguidos por quien establece el Derecho. El delito se comete por que el hombre y su mente se contradicen por la personalidad psíquica del delincuente.

Como una consecuencia de lo dicho, esta considerada al **delincuente** como un *individuo a quien no se le han enseñado debidamente las nociones convencionales que crean el delito, y que por ello demuestra ser incapaz para regir racionalmente su conducta, por lo que necesita ser sacado del estado de inferioridad en que se halla en relación con los demás componentes del grupo en que vive, que se llaman honrados, de modo de poder vivir dentro del orden establecido, o sea, dentro del sistema de condiciones que se estimen necesarias por la ley por costumbre para la vida social, y la*

violación de las cuales es lo que se llama delito.

Por esa razón es que los correccionalistas afirman que el delincuente tiene derecho a la pena, la cual constituye un tratamiento racional destinado a enseñarle aquello que no sabe y es la causa de su incapacidad de conducta.

La misión de la justicia penal es completamente análoga a la de los médicos.

No es castigo lo que el delincuente merece, sino cuidados y remedios, puesto que la misma sociedad es la causante de su mal.

La misión que el correccionalismo reserva al derecho penal podría sintetizarse en el título dado a la obra fundamental de Dorado Montero: el *Derecho Protector De Los Criminales*.

Pena. Es un *medio de corrección de la voluntad pervertida del delincuente*. El autor de un delito es incapaz de una vida jurídica libre, la causa es un defecto de su voluntad, anomalía que se muestra al exterior por la realización del delito. La sociedad que reprime debe proveer al autor aquellos elementos psíquicos que carecía al momento del delito. Lo hace de dos formas:

1. *De modo negativo*, disminuye su libertad exterior, y
2. *De modo positivo*, protege su desarrollo en libertad mediante corrección de voluntad viciada.

Vista de estas dos formas la pena *es un bien*, no un deber, sino un derecho de los incapaces para gobernarse a si mismos. Así el Estado ya no tiene su base en el poder sino en la necesidad de auxilio a los incapaces de una vida jurídica libre.

El *fin de la pena* es corregir, por lo tanto debe ser *indeterminado* y *variable*. Indeterminado porque debe estar recluso hasta que se resocialize. Y *variable* porque se debe aplicar según la personalidad del autor. La

pena es variable e indeterminada porque "un enfermo entra al hospital, y permanece hasta que se ha curado". La pena debe ser variable y indeterminada en su contenido y duración.

La pena idónea es el sistema celular absoluto (reclusión individual y con prohibición de hablar con los otros internos). El tratamiento debe ser individual en base a la personalidad del autor del delito que lo llevara en lo posible a la libertad condicional. Se debe liberar al interno sólo cuando ya tiene una nueva personalidad y se esta seguro de que ya no cometerá mas delitos.

Los procedimientos que pueden emplearse para la corrección del culpable por su importancia son: La educación, el alejamiento de todo que ayude al mal y la formación del individuo para que desista de su inclinación injusta confiando en los esfuerzos de él mismo

Método. Utiliza el método *Lógico abstracto*, pero ya considera la necesidad de estudiar al hombre "vivo y efectivo" (es la avanzada del Positivismo).

6.4 Critica

Si el fin de la pena es corregir. Entonces ¿que pasa con los incorregibles?

Francisco Carrara critica la postura de querer cambiar la voluntad del delincuente como la beatificación del delincuente.

Spaulding y Smith—norteamericanos—dicen que no se puede convertir en buenos a los malos. No se puede lograr una enmienda moral en el sentido ético de Roeder. Dicen que "La reforma del penado es 'la razonable probabilidad de que el delincuente vivirá en libertad sin violar la ley'"(SPAULDING y SMITH, "Informe al Congreso penitenciario de Washington", 1910 en *Bulletin de la Comision penitentiarie internationale*, fascículo VI, pagina 19)

6.5 Representantes

Entre sus representantes están: Carlos David Augusto Roeder (Correccionalismo), Francisco Giner De Los Rios (Tutela penal) y Pedro Dorado Montero (Derecho protector)

6.5.1 Carlos David Augusto Roeder (Correccionalismo)

Carlos David Augusto ROEDER expone su doctrina en *Comentatio an poena malum esse debeat* (Giessen, 1839) "..., el Estado debe proponerse no solamente la adaptación del delincuente a la vida social, sino su interior enmienda, enderezando su voluntad pervertida...Con Roeder el Derecho Penal comienza ya a mirar al hombre, no exclusivamente al acto y no solo al hombre abstracto, como sujeto del delito, sino al hombre real, 'vivo y efectivo', a su total y exclusiva individualidad" (JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, 5ª, Buenos Aires, Argentina: LOSADA, 1992, pagina 59)

6.5.2 Francisco Giner De Los Rios (Tutela Penal)

Francisco GINER DE LOS RIOS intenta dar una explicación integral a cada caso, considerando al delincuente como una entidad biológica, psicológica, social y moral que se tiene que observar, diagnosticar, pronosticar su recuperación y corrección. Hay que averiguar en cada caso, cuales de estas circunstancias hacen que la persona cometa un delito.

6.5.3 Pedro Dorado Montero (Derecho Protector)

Su representante máximo es el español Pedro Dorado Montero.

Establece los siguientes postulados:

- En *Justicia Criminal* da base a la Teoría Correccionalista dice que el Estado debe proteger al delincuente de la reacción de la sociedad y de su ignorancia para castigar. ¿Porque?

Porque el delincuente es un incapaz para una vida jurídica libre.

- El delito no se comete por voluntad libre sino por otras causas que el Estado debe combatir.
- La pena no debe ser retributiva sino correctiva de la voluntad criminal en base a un estudio psicológico y no en base al delito. Se debe corregir, también, en base a la personalidad del autor, incluso se debe permitir la aplicación de azotes. El tratamiento del interno debe ser individual, en base a la peligrosidad criminal. La pena debe impedir delitos futuros (por eso es derecho protector de criminales).
- El juez, el fiscal y los abogados conforman un "equipo de cura criminal" parecido al de la jurisdicción de menores, al que deben acudir el autor del delito y sus familiares. Si es necesario se debe dejar a un lado el Código Penal para corregir al delincuente (aunque esto no llevaría a ser procesado incluso a los sospechosos y a la desaparición de las leyes penales)

Bibliografía

- BECCARIA, Cesar de Bonezana, *marques de, De los Delitos y de las Penas*, Bogota, Colombia: Temis, 4ta, 1998.
- CARRARA, Franchesco. *Programa del curso de Derecho Criminal*, tomo I, Buenos Aires, Argentina: Desalma, 1944.
- FERRI, Enrico, *Principio de Derecho Criminal*, Madrid, España: Editorial Reus, 1933.
- FERRI, Enrico. *Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*, Madrid, España: Centro Editorial de Góngora, 1887.
- GARCIA DE PABLOS, A, *Manual De Criminología. Introducción Y Teorías De La Criminalidad*, Madrid, España: Espasa Calpe, 1988
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, "Las escuelas penales y las tendencias" en *Tratado de derecho penal - Tomo II*, Buenos Aires, Argentina: Losada, 4ta, 1971.
- LLEDO, J., *La Ilustración*, Madrid, España: Acento editorial (colec. Flash), 1998

MEDRANO O., José, *Derecho Penal. Sus bases legales y su actualidad. Parte Teórica*, Potosí, Bolivia, ED. Potosí, 1951, paginas: 171- 173.

PAVARINI, M., *Control Y Dominación. Teorías Criminológicas Burguesas Y Proyecto Hegemónico* (trad.I.Muñagorri; epílogo R.Bergalli). México D.F., México: Siglo Veintiuno Editores, 2da, 1988.

PEREZ, Alvaro, *Curso de Criminología*, Bogotá, Colombia; Temis, 1986.

PESET, Jose L. y PESET, Mariano, *Lombroso y la Escuela Positivista Italiana*, Madrid, España: CSIC, 1975.

REYES E., Alfonso, *Derecho Penal. Parte General*, Santa Fe de Bogotá, Colombia: Temis, 11va, 1990, paginas: 13-14.

SAINZ C., José, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, España; Bosch, 3ra, 1990, paginas: 99-107.

SAINZ CANTERO, José, *La Ciencia del Derecho Penal y su Evolución*, Barcelona, España: Bosh, 1975.

SCHILLER, Johann Friedrich von, *Guillermo Tell, Los Bandidos, Intriga Y Amor, Wallenstein, Don Carlos*, Barcelona, España: Bruguera, 1969.

VELASQUEZ V., Fernando, *Derecho Penal. Parte General*, Santa Fe de Bogotá, Colombia: Temis, 3ra, 1997, pp. 1881-90.

VILLALOBOS, Ignacio, *La Crisis del Derecho Penal En México*, México DF, México: Jus, 1948.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, *Tratado De Derecho Penal. Parte general II*, Buenos Aires, Argentina: EDIAR, 1981.

7 PRESUPUESTOS DE LA ESCUELA POSITIVA

Francis Joseph GALL con *Las Funciones Del Cerebro (Les Fonctions Du Cerveau, 1882)* funda la *frenología* que es el estudio de la mente y el carácter, por la forma del cráneo. Indica que: las causas de la criminalidad están en la forma del cráneo. Dice que el subdesarrollo intelectual es causa de delito.

Los cráneos de los criminales tenían particularidades, y estas fueron halladas por el neurólogo y patólogo BROCA. El medico de prisión escocés THOMSON en 1870 publicó en el *Journal Of Mental Science* el resultado de sus observaciones sobre más de 5 mil presos.

La tesis de la locura moral (SCHWACHSINN) fue publicada por PRICHARD en 1835. NICHOLSON entre 1873 y 1875 publicó sus trabajos sobre la vida psíquica del criminal y su tendencia a la locura, imbecilidad y ausencia de sensibilidad.

Otros que proporcionaron fundamento para la doctrina de LOMBROSO fueron obras de P. J. CABANIS, Ph. PINEL, ESQUIROL, GRIESINGER, J. J. MOREAU de TOUR MOREL, sobre todo

7.1 La Fisiognomía

La Fisiognomía. *Versa sobre la apariencia externa del individuo.* Estable que los rasgos congénitos podían significar criminalidad. Esta teoría hace que se juzgue con más severidad. En Italia ya corría el siguiente dicho: "Te veo, te miro, y te voy a juzgar". En La Biblia se hace referencia que los feos son los que mas cometen delitos.

Juan Bautista de la Porta, en *De humana physiognomia*, (De la fisonomía humana, 1586) describe la "fisiognomía," esto es, el descubrimiento del carácter y personalidad de una persona estudiando su apariencia exterior del cráneo. Muestra la similitud

entre la cara de un toro y de un humano, y acompañando por comparaciones textuales sacan a relucir el temperamento de ambos. La fisiognomía empírica se anticipa a la Antropología criminal de Cesare Lombroso

Más tarde Juan Caspar Lavater define a la *fisiognomía* como la ciencia que descubre el carácter a través de los rasgos.

En *Ensayo sobre la Fisonomía para promover el amor hacia la Humanidad (Essai sur la physiognomonie destiné à faire connoître l'homme et à le faire aimer, 1775)* establece que aspectos fisiognómicos y frenológicos podrían ser causa congénita del crimen.

Lambert Adolphe Jacques Quetelet y Andre-Michael Guerry, son precursores del Positivismo Sociológico y del Método Estadístico. Ambos pertenecen a la escuela cartográfica, llamada también física social, o escuela moral. Esta escuela es la avanzada del positivismo. Por eso se puede decir que es un presupuesto de la escuela positiva. Para la *Escuela Cartográfica*, el delito es un fenómeno social regular y constante, regido por leyes naturales. No es un acontecimiento individual. No interesa averiguar las causas del delito, sino observar su frecuencia.

El delito es un fenómeno normal, inevitable, constante, regular y necesario. El único método adecuado para la investigación del crimen como fenómeno social y magnitud es el Método Estadístico.

7.2 Franz Joseph Gall y La Frenología

Francis Joseph GALL con *Las Funciones Del Cerebro (Les Fonctions Du Cerveau, 1882)* funda la *frenología* en 1839 aunque con el nombre de *Craneología* que es el estudio de la mente y el carácter, por la forma del cráneo.

Indica que:

- Las causas de la criminalidad están en la forma del cráneo. El Dr. Gall visitó las cárceles donde evidentemente los condenados a muerte tenían deformaciones craneanas.
- Dibuja un mapa cerebral donde establece 38 zonas. En alguna de estas zonas esta la causa de la criminalidad.
(Ver *Mapa Cerebral de Delitos* en: http://www.bc.edu/bc_org/avp/cas/fnart/phrenology/phrenology_frames.html)
Dice que en la ZONA 7 esta la causa de la criminalidad.
- Establece tipos y subtipos de cráneos.
- Dice que el subdesarrollo intelectual es causa de delito.

Afirma que:

- en la parte frontal del cerebro esta la rudeza,
- en la parte parietal están los sentidos;
- en la parte temporal están las cualidades intelectuales.

La moderna Neurología y la Antropología han refutado esta teoría.

7.3 Porta, Juan Bautista De La

Juan Bautista DE LA PORTA, en *De la fisiognomía humana (De humana physiognomia, 1586)* describe la "fisiognomía" esto es, el *descubrimiento del carácter y personalidad de una persona estudiando su apariencia exterior del cráneo.*

Muestra la similitud entre la cara de un toro y de un humano, y acompañando por comparaciones textuales sacan a relucir el temperamento de ambos.

La fisiognomía como pseudociencia empírica se anticipa a la Antropología criminal de Cesar Lombroso

Sin embargo muchas de sus aproximaciones a sus principios ahora se saben invalidas.

7.4 Lavater, Juan Caspar

Mas tarde Juan Caspar Lavater impulsa la Fisiognomía y es precursor de la Neuropsiquiatría. Define a la fisiognomía como la ciencia que descubre el carácter a través de los rasgos. Es famoso por sus experiencias de lectura fisiognómicas centradas en el desciframiento del perfil humano.

En *Essai sur la physiognomonie destiné à faire connoître l'homme et à le faire aimer, (Ensayo sobre la Fisonomía para promover el amor hacia la Humanidad, 1775)* establece que aspectos fisiognómicos y frenológicos podrían ser causa congénita del crimen.

7.5 Juan Bautista Della Porta Y Johan Caspar Lavater (1741-1801)

En su libro *De La Fisiognomía* aporta ideas que tienen base en esta teoría de la fisiognomía. Ésta como ciencia empírica se anticipa a la *Antropología Criminal* de Cesare Lombroso.

Lavater impulsa la Fisiognomía y es precursor de la Neuropsiquiatría. Establece planteamientos fisiognómicos y frenológicos podían ser causa congénita del crimen.

7.6 ESCUELA CARTOGRÁFICA, ESTADÍSTICA MORAL O FÍSICA SOCIAL

7.6.1 Resumen

Lambert Adolphe Jacques QUETELET y Andre-Michael GUERRY, son precursores del Positivismo Sociológico y del Método Estadístico.

Para esta escuela el delito es un fenómeno colectivo y hecho social, regido por leyes naturales, como cualquier otro suceso y requerido de un análisis cuantitativo. No es un acontecimiento individual.

El delito es una magnitud regular y constante. Tiene periodicidad producto de leyes sociales que el investigador debe descubrir y formular. No interesa averiguar las causas del delito, sino observar su frecuencia.

El delito es un fenómeno normal, inevitable, constante, regular y necesario. El único método adecuado para la investigación del crimen como fenómeno social y magnitud es el Método Estadístico.

Guerry y Quetelet para el estudio partieron de principios distintos a los conocidos en *Essai Sur La Statistique Morale De La France* (1833) y *Sur L'homme Et Le De Veloppement De La Facultes Ou Essai De Phaysique Sociale* (1836) respectivamente. Y en Alemania von Mayer, en *Estadística de la Policía Judicial en el Reino de Baviera* (1867), y en *La Regularidad En La Vida Social* (1877)

En la antigüedad se pensaba que el delito era el producto de los rasgos hereditarios. Hoy en día se rechaza esta tesis y se llega a esta conclusión *el delito se aprende y no se hereda*.

Las explicaciones sociológicas son las que se oponen a la creencia del delito hereditario.

La criminología se basa en dos áreas de estudio:

- estudia la naturaleza del delito dentro de la sociedad
- estudia de los delincuentes desde un punto de vista psicológico.

Se estudia el comportamiento humano una perspectiva legalística por esa razón es una ciencia que no es exacta.

La ley utilizando estas perspectivas llega a la conclusión qué conductas son criminales y cuales no, de allí es que los científicos tratan de formular sus razones de porque ciertas personas violan la ley.

De acuerdo con las creencias y sus necesidades, hablando de la sociedad, podríamos decir que es legal o ilegal. Aunque tenemos que el código penal posee nociones firmes del mal y del bien, observando que no todo lo malo en sentido moral es criminal y algunos actos que por lo general no se consideran malos pueden ser penalizados.

Se ha llegado ha comparar el estudio d un delito con el de la moda o hasta con algo mucho mas siniestro como por ejemplo el poder económico. Pero hay que tener en cuenta que dependiendo de los diferentes comportamientos, así serán las diferentes causas del delito

En Hispanoamérica, podemos mencionar como gran un gran criminólogo a José Ingenieros, puesto que fue el primero en Hispanoamérica. También en Cuba se han impreso libros de criminología, aunque su valor científico sea escaso podemos mencionar a Ricardo A. Oxamendi y el de J. Morales Collo.

Bueno, después del congreso de criminología celebrado en París en el año 1950, proliferan los libros de criminología en estos países con características apuntadas, teniendo en cuenta que son en realidad la transcripción de los libros de otros autores.

Aun falta la criminología del hombre hispanoamericano, pero tenemos que anunciar a Luis Carlos Perez, utiliza datos sobre la criminalidad de menores y mujeres en Colom-

bia, de los bolivianos, Huarcar Cajias, que divide su obra en una sección d biología criminal y sociología criminal y Hugo Cesar Cadima que hasta ahora solo tiene en su primer tomo la introducción y la antropología criminal; y el muy conocido profesor venezolano Jose Rafael Mendosa, que expuso un libro con gran mérito expositivo.

7.6.2 QUETELET, Lambert Adolphe Jacques

Lambert Adolphe Jacques QUETELET dice que los hechos humanos y sociales se rigen por las leyes que gobiernan los hechos naturales, por leyes físicas, y propugna una nueva disciplina; la mecánica social, y un nuevo método; el método estadístico, para analizar dichos hechos humanos.

Quetelet, aplicando la estadística a los fenómenos sociales en *Sur l'homme et le développement de ses facultés, essai d'une physique sociale*, (1835) originó la Antropometría y se ocupó de obtener datos acerca del número de suicidios, delitos, etc.

Precursor de la escuela cartográfica, llamada también Estadística Moral.

En *Research on the Propensity of Crime at Different Ages*. (1831) y en *A Treatise on Man and the Development of his Faculties*. (1842) establece:

- Que en determinado tiempo y lugar existen diferentes crímenes.
- Sus Leyes Térmicas.

7.6.2.1 Leyes Térmicas y la “Campana De Quetelet”

Las *Leyes Térmicas* son la interdependencia entre los factores térmicos y climáticos y las diversas clases de criminalidad. Son válidas solo para el hemisferio Norte

Esas leyes son.

- *En verano hay mas delitos contra la*

persona. Ya que la gente en esta estación suele salir con mas frecuencia, existe un relacionamiento con sus congéneres. En los países nórdicos el día dura casi 23 horas, las playas y las o piscinas están casi siempre llenas.

- *En invierno hay mas delitos contra la propiedad*. Esto se debe a que las noches son mas largas, además existe gran excitación por Navidad, por las compras, etc.
- *En primavera hay mas delitos de tipo sexual*. Esta sería la época de apareamiento, quizá el influjo del tiempo eleve las pasiones.

Estas leyes se traducen en la llamada Campana de Quetelet (http://www.hschamberlain.net/hankins/racialbasis2_01.html)

Proposiciones

- El crimen es un fenómeno social de masas, no es individual.
- El crimen es regular y constante.
- La normalidad del delito. El delito es normal en la sociedad, sólo se lo debe investigar cuando sobrepase los índices normales.

7.6.2.2 Método

El método de Quetelet es el estadístico.

7.6.2.3 Critica

Fue criticado por su método: Ya que los datos estadísticos son solo presupuestos del crimen, no siempre reflejan la realidad.

Quetelet no estudio las causas mismas del delito. Aunque también llegó a verdades fundamentales como ser:

- Las mujeres cometen menos delitos que los hombres.
- Las mujeres tienen menos tendencias a realizar delitos violentos, si lo

hacen, lo realizan entre los 16 y los 27 a los de edad, quizá por inmadurez.

- Por cada 6 hombres delincuentes, sólo hay una mujer.

7.6.3 GUERRY, Andre-Michael

Andre-Michael Guerry, fundador de la escuela cartográfica franco-Belga e intentó establecer una geografía de la criminalidad. Realizó los primeros Mapas de la Criminalidad en Europa, concediendo importancia al factor térmico.

Observó el volumen delictual de un país así como la necesidad de explicar ésta con un método estadístico. Introdujo la estadística en el estudio de los fenómenos humanos y en particular de la criminalidad.

En *Essai sur la statistique morale de la France (Ensayo sobre la estadística moral de Francia 1835)*, establece las siguientes leyes:

- Las zonas geográficas determinan la clases de delito.
- Las zonas geográficas determinan la clases de delito.
- En el Norte frío hay mas delitos contra la propiedad,
- En el Sur hay mas delitos de tipo sexual contra las personas.
- La causa del delito es la pobreza. Esta incluye la miseria total, el desempleo, la ignorancia y la densidad de población, por ejemplo la ciudad de México tiene mas de 20 millones de habitantes. La criminalidad es muy alta.


8 ESCUELA POSITIVA DE LA CIENCIA CRIMINAL O POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO

<http://www.geocities.com/cjr212criminologia/escuelapositiva.htm>

8.1 Resumen

El origen de la *Escuela Positiva de la ciencia criminal* o *Escuela Positiva* arranca en el siglo XIX en la obra *El Hombre Delincuente (L'uomo delinquente)* de Ezequiel Cesar Lombroso, como reacción hacia la *Escuela Clásica* (la denominación de “clásica” lo puso Enrico Ferri en forma peyorativa para referirse a “lo viejo”, a “lo caduco”, “lo antiguo”). En esta obra Lombroso formula la tesis del delincuente nato, naciendo así la *Antropología criminal*.

El IUS PUNIENDI pertenece al Estado a título de defensa social. Los positivistas parten de la concepción determinista del hombre. Rechazaban el *libre albedrío*⁵⁶ y la responsabilidad moral. El hombre es responsable por el solo hecho de vivir en sociedad (responsabilidad social o legal). El fundamento de la pena no se halla en la culpabilidad, sino en la temibilidad o peligrosidad. El delito no interesa por sí mismo, sino como síntoma de la peligrosidad del delincuente (*Concepción sintomática*⁵⁷). El medio social determina la comisión de delito, por lo tanto, el delincuente no es responsable de sus actos, el responsable para que un hombre cometa de-

⁵⁶ **LIBRE ALBEDRÍO.** Poder o capacidad del individuo para elegir una línea de acción o tomar una decisión sin estar sujeto a limitaciones impuestas por causas antecedentes, por la necesidad, o por la predeterminación divina.  <http://www.geocities.com/eqhd/libreAlbedrio.htm>

⁵⁷ **CONCEPCIÓN SINTOMÁTICA DEL DELITO.** El delito aparece con el hombre y es normal que haya delitos en una sociedad. Es anormal si aumentan *los síntomas* de delincuencia. Si los delitos aumentan en una sociedad, el Estado debe aplicar Política criminal establecida de antemano.

lito es el medio social. Por eso tampoco acepta los tipos de delincuentes

Utiliza el MÉTODO. *Inductivo-experimental*, que lo caracteriza. La *Escuela Positiva*, aplica el método inductivo-experimental al estudio del delito y del delincuente. Uno de sus representantes como Enrico Ferri hace uso de este método *inductivo—experimental* en el estudio del delito y del delincuente y dio un impulso a la *Sociología criminal*. Otro de sus representantes como Rafael Garofalo dedujo las consecuencias de las nuevas ideas para el *Derecho penal*.

El DELITO es un hecho de la naturaleza y debe estudiarse como un ente real, actual y existente.

El DELINCUENTE es aquella persona que comete delitos por influencias del medio en que vive. Busca su readaptación. A través de los *Sustitutivos Penales*. Los *Sustitutivos Penales* para Ferri son las *medidas de orden económico, político, administrativo, educativo, familiar, etc., distintas de la pena que debe adoptar el Estado, actuando sobre las causas de delincuencia para hacerlas disminuir*. Actualmente se define a los sustitutivos penales como *medios de prevención social, se basan sobre el mismo fundamento que la Política criminal y constituyen uno de sus medios de acción*.

Sustituye el concepto de PENA por el de sanción. La sanción es indeterminada y proporcional al delito (no se debe castigar conforme a lo que dicen los Códigos, sino que tiene que haber *Sustitutivos Penales*), el delincuente debe estar en la cárcel hasta su rehabilitación.

La legislación penal debe estar basada en los estudios antropológicos y sociológicos. La ley penal no restablece el orden jurídico, sino que tiene por misión la de combatir la

criminalidad considerada como fenómeno social.

La pena no tiene otro fin que la defensa social, es decir, fines preventivos, de prevención general y de prevención especial. Pero los positivistas ponían el acento en esta última, pues al admitir la existencia del delincuente nato no creían en la eficacia intimidante de la pena. Mediante la pena se trata de conseguir la readaptación social del delincuente, por medio de su segregación por tiempo indeterminado. Así el aforismo de Enrico Ferri decía: "un enfermo está en el hospital hasta sanarse". La sanción no se impone porque se delinque sino para que no se delinca.

8.2 Factores de la aparición de Escuela Positiva De La Ciencia Criminal o Positvismo Criminológico

Descrédito de los principios de la Escuela Clásica como:

- Exceso de formalismo por el uso del método Lógico Abstracto.
- Creer que se había agotado la construcción del Derecho Penal.
- No estudia al delincuente.
- Se comprueba la ineficacia de las concepciones clásicas para la disminución de la criminalidad.
- Difusión de la filosofía positivista: la observación es fuente del saber, no la especulación, aquella es aplicada al estudio psicobiológico del hombre.
- Se capta al mundo desde el punto de vista causal.
- El Estado al proteger demasiado al individuo desprotege a la colectividad.

El principal medio de difusión de esta escuela fue la revista *Archivi di psichiatria, scienze penali e antropologia criminale*.

8.3 Concepto

Escuela positiva. *Cuerpo orgánico de concepciones que estudian al delincuente, al delito y su sanción, primero en su génesis natural, y después en sus efectos jurídicos, para adaptar jurídicamente a las varias causas que lo produzcan los diversos remedios, que por consiguientes serán eficaces.*

“La Escuela Positiva Penal es la dirección del pensamiento que quiere comprender y en consecuencia ordenar la vida jurídica de acuerdo a las leyes naturales, biológicas y sociológicas del individuo y de la sociedad.” (Edmundo MEZGER). Se caracteriza por considerar primero al delincuente y sólo luego al delito. Es una reacción contra la Escuela Clásica que estudió solo el delito dejando de lado a la persona que comete un delito.

"La escuela criminal positiva no consiste únicamente, en el estudio antropológico del criminal, pues constituye una renovación completa, un cambio radical de método científico en el estudio de la patología social-criminal, y de los que hay de más eficaz entre los remedios sociales y jurídico que nos ofrece. La ciencia de los delitos y de las penas era una exposición doctrinal de silogismos, dados a luz por la fuerza exclusiva de la fantasía lógica; nuestra escuela ha hecho de ello una ciencia de observación positiva, que, fundándose en la antropología, la psicología y la estadística criminal, y así de como el derecho penal y los estudios penitenciarios, llega a ser la ciencia sintética que yo mismo la llamo *Sociología Criminal*, y así esta ciencia, aplicando el método positivo al estudio del delito, del delincuente y del medio, no hace otra cosa que llevar a la ciencia criminal clásica el soplo vivificador de las últimas e irrefragables conquistas hechas por la ciencia del hombre y de la sociedad, renovada por las doctrinas evolucionistas". (Enrico FERRI)

Esta escuela es caracterizado por considerar primero al delincuente y sólo luego al delito. Es una reacción contra la Escuela Clásica. El positivismo criminológico es madre del Derecho Penal positivo.

El principal medio de difusión de esta escuela fue la revista *Archivi di psichiatria, scienze penali e antropologia criminale*.

8.4 Denominación

Se llama *Escuela Positiva De La Ciencia Criminal* o *Positivismo Criminológico* porque aplica los métodos de la Observación y Experimentación al campo de los fenómenos delictivos traducida en el método particular Inductivo Experimental.

8.5 Supuestos

8.5.1 Ius puniend

El derecho a imponer sanciones pertenece al Estado a título de defensa social.

8.5.2 Legislación penal

La legislación penal debe estar basada en los estudios antropológicos y sociológicos.

8.5.3 La ley penal

La ley penal no restablece el orden jurídico, sino que tiene por misión la de combatir la criminalidad considerada como fenómeno social.

8.5.4 Método

Usa el método es inductivo – experimental. La Escuela Positiva se caracteriza por éste su método, el método científico.

8.5.5 Derecho Penal

El Derecho Penal es rama de la Sociología Criminal, porque aquél es producto social que se origina en la necesidad de vivir en sociedad y que el Estado lo ejerce. El Derecho Penal no es autónomo.

Los códigos penales sólo deben tener principios generales para aplicarlos a distintas categorías de delincuentes. Esto se plasma en el Proyecto de Código Penal italiano de 1921, elaborado por Enrico Ferri.

8.5.6 Delito y sus caracteres

El delito es un fenómeno natural y social que debe estudiarse como un ente real, actual y existente y es producido por factores de orden biológico, físico y social que existen independientemente de las normas jurídicas (*Teoría de los Motivos Determinantes del Crimen*).

Los caracteres del delito son:

- El delito es una realidad del hombre, aparece con él, el delito es un ente de hecho, no una creación de la ley, este sólo lo define.
- El delito vulnera la base social, no vulnera un código.
- La gravedad del acto no depende del resultado sino de la peligrosidad del autor.
- Se combate el delito no por justicia sino por preservación social.

8.5.7 Delincuente

El delincuente es aquella persona que comete delitos por influencias del medio en que vive. El delincuente es una realidad concreta, es todo hombre que lesiona un derecho ajeno y que representa un peligro social. Por eso el alienado, el idiota, el niño pueden ser delincuentes, no por el resultado, sino por la falta de lucidez mental y por su peligrosidad.

El delincuente es siempre psicológicamente un defectuoso, temporaria o permanentemente, es decir, que las causas psíquicas por las cuales el delinque consisten en las condiciones irregulares en que se desarrollan sus hechos psíquicos. Aceptan que, si alguien nace con una anomalía psíquica, la sociedad

puede provocar el desarrollo de esa anomalía.

El delincuente es aquel ser humano que tiene sentimientos de inferioridad y falta de frenos inhibitorios de tipo genético - orgánico que lo condicionan a cometer delitos. Aunque esta escuela rechaza el tipo de criminal determinado a cometer delitos, niega al criminal nato, pero acepta que puede haber delincuentes degenerados. Niega el libre albedrío. Distingue entre imputables e inimputables. El DELINCUENTE es aquella *persona que se deja determinar por un motivo que es más fuerte en el momento de la comisión del delito.*

8.5.8 Tipos de delincuentes

Esta escuela no acepta “tipos” criminales.

8.5.9 Responsabilidad penal y el Determinismo

La voluntad del hombre no juega ningún papel en sus actos. El hombre no tiene libre albedrío. El ser humano está determinado a cometer delitos.

El libre albedrío es una ilusión, la voluntad humana está determinada por influjos de orden social, físico y social. Funda la responsabilidad criminal sobre la responsabilidad social y no sobre la responsabilidad moral.

La *responsabilidad penal* sustituye la responsabilidad moral por la responsabilidad social, puesto que el hombre vive en sociedad y será responsablemente social mientras viva en sociedad.

El hecho de que si no hay responsabilidad moral, no quiere decir que se pueden quedar excluidos del derecho.

8.5.10 Imputabilidad

La imputabilidad sigue la *Teoría del Determinismo psicológico*, abandonando la imputabilidad moral (según unos) y la responsabilidad social. Pero otros afirman que esta escuela aún establece la responsabilidad criminal en la imputabilidad moral de los clásicos. La imputabilidad surge de la voluntad. Es determinista al fundar la imputabilidad en la defensa social, pero no entendida en sentido naturalista, ni meramente utilitario, por ello el Derecho Penal tiene como medida la justicia y como límite el mínimo de sufrimiento individual dentro del máximo de la defensa social.

8.5.11 Pena y sanción

El concepto de *pena* se sustituye por el de *sanción* por que esta palabra es más amplia que pena. La sanción va de acuerdo a la peligrosidad del criminal.

Las sanciones deben durar mientras dure la peligrosidad del delincuente, y por eso son de duración indeterminada.

La naturaleza de la pena es la coacción psíquica. Su fin es la defensa social. Acepta la coacción psíquica de la voluntad para apartarse del delito, con esto esta negando el libre albedrío.

8.5.12 Fin de la sanción

La sanción tiene por fin la defensa social y su función debe ser preventiva e intemporal. Es decir un enfermo no entra al hospital con tiempo prefijado sino hasta que se sane.

La sanción debe ser preventiva antes de represiva, se deben utilizar otras medidas antes que se cometa el delito (este es el origen de las modernas instituciones de las Medidas de Seguridad).

La sanción se atiene a la peligrosidad y personalidad del delincuente y como represión es inútil, no readapta.

Busca la readaptación del delincuente. Y para estos establece los *Sustitutivos Penales* éstas son medidas de carácter económico, social, político que se aplican a las causas del delito para su disminución (<http://www.geocities.com/cjr212criminologia/sp.htm>).

8.5.13 Técnica penal

La técnica penal rechaza la proporcionalidad al resultado del acto ejecutado, la sanción debe ser proporcional a la peligrosidad del delincuente.

La técnica penal se funda en la necesidad de defender a la sociedad, no contra el acto sino contra el individuo socialmente peligroso.

No se debe castigar conforme a lo que dicen los Códigos, sino que tiene que haber Sustitutivos Penales, por ejemplo menor de edad que comete asesinato no se lo puede sancionar con 30 años de reclusión (CP, 252) antes debe estudiar sus antecedentes, las causa porque cometió tal acto, las atenuantes, etc.

8.6 Diferencias con la Escuela clásica

Para la *Escuela Positiva* la pena debe ser útil. La *Escuela Clásica* no habla de utilidad.

La *Escuela Positiva* busca la readaptación del criminal. La escuela clásica solo ve el delito, y sanciona, no ven al delincuente.

La *Escuela Positiva* busca e investiga las causas del delito. La escuela clásica no busca las causas del delito, ya que el delincuente actúa en base a su libre albedrío.

La *Escuela Positiva* algunas veces no sanciona al delincuente, solo le aplica medidas

de seguridad; la escuela clásica siempre sanciona al delincuente ya que no ve las causas que llevaron al delincuente a cometer actos delictivos.

8.7 Representantes

Cesare Ezequiel Lombroso es el principal expositor de la *Escuela Positiva italiana* juntamente con Enrico Ferri (Sociólogo) y Rafael Garófalo (jurista).

8.8 Lombroso, Cesare Ezequiel,

<http://www.geocities.com/cjr212criminologia/lombroso.htm>

8.8.1 Resumen

Principal expositor de la *Escuela Positiva italiana*. Utiliza con el método *experimental inductivo* mediante la observación.

En su enfoque antropobiológico establece que: *los delincuentes con delitos graves se asemejan* ya que tienen taras genéticas como: protuberancia en la frente y en el cráneo, pómulos salientes y ojos achinados. *El criminal nace con diferencias del sujeto "normal"* por causas genético hereditarias.

Rompimiento de los frenos inhibitorios. Los individuos *determinados*⁵⁸ para el delito sobrepasan los frenos inhibitorios que tienen las personas normales.

Establece una tipología—no obstante que la Escuela Positiva *no* la acepta tipologías—de delincuentes: Atávico o nato, Epiléptico, Habitual, Loco, Loco-moral, Ocasional, Pasional y Profesional

⁵⁸ **DETERMINISMO.** *Es aquella donde la acción humana no se dispone con autonomía, sino que más bien es el resultado de influencias tales como las pasiones, los deseos, las condiciones físicas y las circunstancias externas fuera del control del individuo.* El determinismo, afirma que cualquier acontecimiento, mental o físico, responde a una causa, y así, una vez dada la causa, el acontecimiento ha de seguirse sin posible variación. Esta teoría niega cualquier posibilidad al azar o a la contingencia y peor aun al *libre albedrío*.
☞ <http://www.geocities.com/eqhd/determinismo.htm>

8.8.2 Método

Empieza su investigación con el método *experimental inductivo* mediante la observación. Fruto de la aportación de este método es su otra contribución: la imagen del *criminal nato*. Nace ésta como resultado de su proyecto de establecer relaciones entre el hombre histórico, el salvaje, el alienado, el normal y el delincuente. Examinando el cráneo de un reincidente de hurto encuentra una serie de anomalías atávicas, sobre todo una foseta occipital mediana y una hipertrofia del vermis, análoga a la que se halla en los vertebrados inferiores. Con este descubrimiento le parece resuelto el problema de la naturaleza y origen del criminal, y formula su conclusión: los caracteres del hombre primitivo y de los animales inferiores se reproducen en nuestros tiempos.

El delincuente es un salvaje resucitado por un fenómeno de atavismo, en el seno de las sociedades civilizadas. El delincuente es un *ser humano con anormalidad somática y psíquica predeterminado a cometer un delito por atavismo, epilepsia, locura moral, demencia*. El delincuente por parecerse al hombre primitivo, no diferencia entre un acto antijurídico y uno permitido por el ordenamiento jurídico positivo. El delito está en la forma del cráneo, lo que va contra la fundamentación clásica de la responsabilidad criminal: la imputabilidad moral.

8.8.3 Enfoque Antropobiológico

Como Cesare Lombroso trabaja en un hospital empieza a estudiar el cráneo de un delincuente saltador de caminos llamado Videla. En ese cráneo encuentra ciertas protuberancias que él considera como causas de delincuencia.

Establece:

- *Los delincuentes con delitos graves se asemejan.* Que los delincuentes

con delitos graves tenían alguna semejanza. Tenían semejanzas en cuanto al mal atávico, de donde se origina su teoría del criminal nato.

- Los delincuentes con delitos graves en común tienen taras genéticas. Como ser:
 - protuberancia en la frente y en el cráneo.
 - pómulos salientes y,
 - ojos achinados.
- *El criminal nace con diferencias del sujeto "normal"*. Es diferente a las personas normales por causas genético hereditarias.
- *Rompimiento de los frenos inhibitorios*. Los individuos determinados para el delito sobrepasan los frenos inhibitorios que tienen las personas normales.

8.8.4 Tipología Lombrosiana

En *El Hombre Delincuente* establece su tipología (o, tipos de delincuentes):

8.8.4.1 Delincuente Nato O Atávico

Persona que esta determinada a cometer delitos por causas hereditarias. Se basa en que la constitución biológica de ciertas personas les lleva inexorablemente a la delincuencia.

Es imputable⁵⁹.

⁵⁹ **IMPUTABILIDAD.** Capacidad psíquica de una persona de comprender la antijuridicidad de su conducta y de no adecuar la misma a esa comprensión. Se es imputable o no. No hay términos medios. Pero algunas veces un sujeto deja de ser imputable por las llamadas *Causas De Inimputabilidad* (CP, 17, 5) que son: (1) Enfermedad mental, (2) Grave Insuficiencia de la Inteligencia, (3) Grave Perturbación de la conciencia y (4) Ser menor de 16 años. **INIMPUTABILIDAD.** Estado de incapacidad para conocer el deber ordenado por la norma y la ineptitud de actuar, por cuenta propia, con arreglo a su mandato.



<http://www.geocities.com/cjr212criminologia/inimputabilidad.htm>

CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD. Situaciones que, si bien la conducta es típica y antijurídica, hacen que no sea posible

Presenta rasgos como ser:

- protuberancia en la frente,
- pómulos y mentón salientes,
- labios partidos y algunas veces microcefalia.

La crítica a Cesare Lombroso le hace notar que no hay criminal nato, por ejemplo los rasgos rudos y fuertes un campesino no pueden hacer pensar que es de por sí un criminal, mas al contrario, hay personas con rasgos finos que son criminales mas avezados

8.8.4.2 Delincuente Epiléptico

Individuo que sufre de epilepsia⁶⁰ y comete a causa de esta enfermedad un delito. Es inimputable.

Generalmente comete delitos violentos. Otra característica de estos delincuentes es: siempre utilizan armas blancas para cometer delitos violentos por ejemplo para diferenciarlos de un impostor que quiere escudarse en su epilepsia en un delito violento, se debe ver si el cuchillo ingresó varias veces y en un mismo ángulo, ya que es la característica de estos delincuentes si acuchillan lo hacen en el mismo lugar y en el mismo ángulo.

8.8.4.3 Delincuente Habitual

Es la persona que observa un género de vida delictiva al extremo de llegar a constituir un

atribuir el acto realizado al sujeto por no concurrir en él: salud mental, conciencia plena, suficiente inteligencia o madurez psíquica (CP, 17, 5).

⁶⁰ **EPILEPSIA MAYOR O GRAN MAL.** Trastorno crónico del cerebro caracterizado por convulsiones o ataques repetidos. El origen de los ataques puede estar en una lesión cerebral subyacente, en una lesión estructural del cerebro, o formar parte de una enfermedad sistémica, o bien ser idiopática (sin causa orgánica). Los ataques epilépticos varían según el tipo de lesión, y pueden consistir en pérdida de consciencia, espasmos convulsivos de partes del cuerpo, explosiones emocionales, o periodos de confusión mental. Los estudios demuestran que aunque la epilepsia no es hereditaria, existe un rasgo hereditario de predisposición a padecerla que puede ser el responsable de algunos de los casos idiopáticos.

tipo permanente de personalidad criminal.
Es imputable.

Puede ser delincuente profesional, pero por lo menos una parte considerable de su actividad es de carácter criminoso.

La *Reforma Blattman* al código penal boliviano de 1973 (Ley N°1768 , 10 de marzo de 1997) elimina la regulación de *delincuencia habitual* y *delincuencia profesional* —que estaba normado por el artículo 42—por su imprecisión y ambigüedad y permitir la aplicación de medidas de seguridad de duraciones indeterminadas sin que sea necesario que el autor hubiera cumplido pena por un delito anterior, como se exige para el caso de reincidencia

8.8.4.4 Delincuente Loco

Es aquel en que el delito es la manifestación o revelación de una anomalía mental, de su individualidad psíquica anormal. El delito en éstos no es más que un episodio en su anomalía mental, es considerado criminalmente inimputable (<http://www.geocities.com/cjr212criminologia/inimputabilidad.htm>).

En esta clase de delincuentes se considera al:

- alienado (enfermo mental o loco: Ver *enfermedad mental* <http://www.geocities.com/cjr212criminologia/causasdeinimputabilidad.htm>),
- al alcohólico,
- al histérico (ataca más a mujeres).

8.8.4.5 Delincuente Loco-Moral

Estado psicopatológico que impide o perturba la normal valoración de la conducta desde el punto de vista moral, pero dejando subsistente la capacidad cognoscitiva y volitiva.

Es imputable (<http://www.geocities.com/cjr212criminologia/inimputabilidad.htm>).

8.8.4.6 Delincuente Ocasional

Persona, casi siempre normal, aunque de escasa energía volitiva, que delinque por sugestión del ambiente o por motivo pasajero sentimental o externo. Es imputable.

Se trata de un delincuente primario, poco o nada peligroso, generalmente exento de defectos psicológicos, pero susceptible de convertirse en habituales.

No tiene frenos inhibitorios. Esta clase de delincuentes no puede refrenar sus impulsos, ante la ocasión reacciona por impulso.

Dentro de este tipo de delincuente están el pseudocriminal (Es ocasional, no es un criminal, las circunstancias hacen que cometa el delito) y el criminaloide (Persona que esta empezando a delinquir por sugestión del ambiente).

8.8.4.7 Delincuente Pasional

Aquel en que el delito prorrumpe tempestuosamente, como un huracán psíquico, anulando la voluntad e impidiendo la sana y normal recepción de los acontecimientos.

Para su imputabilidad o inimputabilidad requiere en todo caso un atento análisis psicológico.

8.8.4.8 El Delincuente Profesional

Profesional. Es el que participa regularmente y como medio normal de vida, en una cultura criminal perfeccionada y dotada de un cuerpo de aptitudes y conocimientos especializados. Es imputable.

El *delincuente profesional* de diferencia:

1. del *delincuente habitual*, porque éste comete delitos de manera re-

- gular* pero no posee una destreza perfeccionada y especializada; y,
2. del *delincuente ocasional* porque éste **no se lanza al delito de manera regular** ni posee una aptitud especializada sino que comete algún delito cuando se presenta la ocasión.

La Reforma Blattman Al Código Penal Boliviano De 1973 (Ley 1768 10 marzo 1997) elimina la regulación de delincuencia habitual y *delincuencia profesional* —que estaba normado por el artículo 42— por su imprecisión y ambigüedad y permitir la aplicación de medidas de seguridad de duraciones indeterminadas sin que sea necesario que el autor hubiera cumplido pena por un delito anterior, como se exige para el caso de reincidencia.

8.8.5 Obras

Historia de Roma. Que publica a los 15 años.
Fragmentos Médicos Psicológicos, Pavía, 1859. Dónde reseña que las heridas deben desinfectarse con alcohol.
Medicina Legal para Enajenados Mentales. Pavía, 1863.
Geografía Médica, Pavía, 1865.
Ensayos de Higiene Tecnológica. Pavía, 1865.
La Acción de los Astros y los Meteoros sobre la Mente Humana. Pavía, 1865.
Medicina legale nelle alienazioni mentali studiata col metodo sperimentale. Padúa, 1865.
Causas de la Mortalidad en el Ejército Italiano. Pavía, 1867.
Mortalidad de los judíos en Verona. Pavía, 1867.
Rarísimos casos clínicos. Pavía, 1867.
Estudios de Macrosomía. Pavía, 1867.
Tratado sobre la Difteria. Pavía, 1867. En 1883, el gobierno italiano, declaró la causa de la *pelagra*⁶¹ se debe tal como Lombroso lo demostró en 1870, al

⁶¹ Pelagra. (Del it. pellagra).

f. Med. Enfermedad con manifestaciones cutáneas, digestivas y nerviosas, producida por falta de vitamina B1 en la alimentación.
 Biblioteca de Consulta Microsoft® Encarta® 2003. © 1993-2002 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

maíz averiado, por tanto el gobierno prohibió su consumo.

Memorias sobre los Manicomios Criminales. Pesaro, 1872.

Genio e Follia. La Stela Editore. Roma, 1872. Donde expone la teoría de que en realidad todos los genios están locos y que el genio, por tanto, es un anormal.

L'uomo delinquente. (El Hombre Delincuente) 1876. La primera edición del trabajo más importante de Lombroso, *L'uomo delinquente* atrajo mucha atención porque parecía demostrar la viabilidad de un estudio genuino científico del comportamiento criminal. Es en esta obra donde desarrolla su Antropología criminal utilizando sus instrumentos llamados plestismógrafo y sus esfigmógrafos. La *crítica* le hace notar a Cesare Lombroso que no hay *criminal nato*, por ejemplo los rasgos rudos y fuertes un campesino no pueden hacer pensar que es de por sí un criminal, mas al contrario, hay personas con rasgos finos que son criminales mas avezados. La 5ta edición del *L'uomo delinquente* consta de tres tomos: *Tomo I.- L'Uomo, Tomo II.- Crimen, causas y remedios, Tomo III.- Atlas.* Contiene dibujos, fotografías de delincuentes, cuadros, etc.

Sulla medicina legale del cadavere. (Medicina legal del cadáver) y *Tanatologia Forense,* Turín, 1877, Estos dos libros para optar a la cátedra de *Medicina legal* de la Universidad de Turín, ganando el concurso brillantemente, el 2 de julio de ese mismo año.

El hombre de genio. 1882. Reedición aumentada de ***Genio e Follia.***

Troppo Presto. 1888.

Il Delitto Politico (El delito político) 1890 En colaboración con Luschi. Libro por demás polémico, pues encontraron características criminales, en algunos de los máximos héroes de Italia.

La donna delinquente. (La mujer delinquente) 1893. Donde expone la teoría de la Criminalidad por equivalencia: “El hombre comete delito, la mujer se prostituye, la prostitucion es ‘su’ delito”.

L'antisemitismo e le scienze moderne. 1894.

El crimen, causas y remedios 1899. Publicado posteriormente como tomo II de *L'Uomo delinquente.*

Ricerche sui Fenomeni Ipnotive e Spiritici. 1901.

El momento actual 1901. Sobre su breve etapa política juntamente con Enrico Ferri, que era diputado por el *Partido socialista.*

Archivo de Psiquiatría, Antropología criminal y Ciencia penal 1880 Todos estos estudios acerca la antropología y sociología criminal se empiezan a publicar en esta revista. Rafael Garófalo es quien estipula y equilibra toda la teoría entre la Antropología y la Sociología. Esta revista “es el memorial de la escuela” (Bernardo de Quiroz, Constancio, profesor español)

8.8.6 Biografía

Cesare Lombroso nace en Verona, de padres judíos. A los 15 años ya publica dos ensayos. Su madre trata de influenciarlo para que estudie leyes, pero prefiere medicina y egresa con méritos a los 23 años.

En la Universidad de Turín dicta cátedra en un solo paralelo, porque sus ideas no eran bien recibidas ni aceptadas, además de enseñar trabaja en un hospital donde empieza a desarrollar su teoría.

Aquí aquí

Comparar con “tres.doc”

8.9 Ferri, Enrico

<http://www.geocities.com/cjr212criminologia/ferriEnrico.htm>

8.9.1 Resumen

Enrico Ferri como fundador de la Escuela Sociológica, en su obra *Sociología Criminal* da una oración fúnebre al Derecho Penal clásico. Indica que el Derecho Penal solamente investiga el delito, es decir, solo hace Criminalística y castiga al delincuente con lo que dice el Código Penal, no examina las causas del delito. Debe buscar las causas por las cuales se cometen delitos. Hace del Derecho Penal un capítulo de la Sociología Criminal. El Derecho Penal pierde totalmente su autonomía.

Tomo como propias el método inductivo experimental. Utiliza este método para llegar a establecer las causas del delito, en consecuencia ataca al hombre como causa fundamental.

Niega el libre albedrío. El hombre no es libre, sus libertades están restringidas al marco jurídico establecido por el Estado.

Explica la etiología del delito por medio de su *Teoría de los Motivos Determinantes del Crimen*. Los motivos están en 3 factores:

- El Factor Antropológico (constitución orgánica, psíquica y biosociales del delincuente).
- Factor Cosmotelúrico (el clima, naturaleza del suelo, la estación).
- El Factor Social o Mesológico (densidad de población, migración campo ciudad, alcoholismo, socialización imperfecta, moral, la familia, costumbres).

El delito es resultado de factores sociales que lo determinan a infringir lo jurídicamente establecido, por eso Ferri basa el delito en la responsabilidad social y no en la responsabilidad moral como la Escuela Clásica. El hombre es responsable sólo por el hecho de vivir en sociedad.

En el delincuente actúa poderosamente el Factor Social, por más que individualmente sea considerado como producto de fuerzas interiores (voluntad, carácter, inteligencia, sentimientos, etc.) recibe de la sociedad un conjunto de modos de obrar que determina sus actos futuros.

Crea la *Teoría de la Peligrosidad*, esta se determina atendiendo a la cualidad mas o menos antisocial del delincuente y no a la del acto ejecutado. El Estado Peligroso es la situación individual que por diferentes circunstancias sociales, el sujeto está en gran proclividad de caer en la delincuencia. Utiliza el método experimental y la Estadística. Establece una tipología: delincuente nato, alienado, ocasional, habitual y pasional.

Establece su *Teoría de los Substitutivos Penales*, estas son medidas de carácter económico, social, político que se aplican a las causas del delito para su disminución. Aconseja implantar otra clase de penas: las Medidas de Seguridad. Las cárceles no re-

adaptan. Es el primero es exigir la inimputabilidad de los alienados.

8.9.2 Introducción

A los 26 años publica *Negación Del Libre Albedrío* que se opone a la Escuela Clásica diciendo: “el hombre no es totalmente libre, porque al hombre se le han impuesto un marco de normas, sólo, dentro el cual es libre.”.

Cesare Lombroso critica a Enrico Ferri diciendo que no es bastante positivista y Ferri le responde “que para ser bastante positivista tendría que estar midiendo cráneos”, lo que finalmente acabará haciendo en la Escuela de Antropología de Guanapac.

Los aportes de Enrico Ferri son.

- Teoría de los factores determinantes del delito
- Negación del libre albedrío
- Inimputabilidad de los locos

8.9.3 Supuestos

8.9.3.1 Derecho Penal

Hace del Derecho Penal un capítulo de la *Sociología Criminal*. El Derecho Penal pierde totalmente su autonomía.

8.9.3.2 Responsabilidad criminal

Niega el libre albedrío. El hombre no es libre, sus libertades están restringidas al marco jurídico establecido por el Estado.

8.9.3.3 Delito

Delito. *Resultado de factores sociales que determinan a traspasar lo jurídicamente establecido.*

Ferri asienta el delito en la *responsabilidad social* y no en la *responsabilidad moral* como la Escuela Clásica. El hombre es responsable sólo por el hecho de vivir en sociedad.

8.9.3.4 Delincuente

En el delincuente actúa poderosamente el *factor social*, por más que individualmente sea considerado como producto de fuerzas interiores (voluntad, carácter, inteligencia, sentimientos, etc.) recibe de la sociedad un conjunto de modos de obrar que determina sus actos futuros.

Crea la *Teoría de la Peligrosidad*. Ésta se determina atendiendo a la cualidad más o menos antisocial del delincuente y no a la del acto ejecutado.

Aconseja implantar otra clase de penas: las *Medidas de Seguridad*. Dice “Las cárceles no readaptan”.

Es el primero es exigir la inimputabilidad de los alienados.

8.9.3.5 Método

Utiliza el método experimental- inductivo y la Estadística.

Ferri, para fundamentar su teoría se basa en hechos.

8.9.4 Teoría De La Peligrosidad O Estado Peligroso

Estado Peligroso. *Situación individual que por diferentes circunstancias sociales, el sujeto está en gran proclividad de caer en la delincuencia.*

¿Como se determina la peligrosidad? Ésta se determina atendiendo a la cualidad más o menos antisocial del delincuente y no a la del acto ejecutado.

8.9.5 Teoría De Los Motivos O Factores Determinantes Del Delito

Explica la etiología del delito por medio de su Teoría de los Motivos o factores determi-

nantes del delito según el cual los motivos están en tres factores:

- *Factor Antropológico* (constitución orgánica, psíquica y biosociales del delincuente).
- *Factor Cosmotelúrico* (el clima, naturaleza del suelo, la estación).
- *Factor Social* o Mesológico (densidad de población, migración campo ciudad, alcoholismo, socialización imperfecta, moral, la familia, costumbres).

8.9.6 Tipología

8.9.6.1 Delincuente Nato

Atavismo. (del latín. atavus, abuelo + -ismo). *Fenómeno de herencia discontinua que se manifiesta por la reaparición de los caracteres de antepasados remotos y no inmediatos.* Es la reaparición de determinados caracteres procedentes de un antepasado y que no se habían manifestado en las generaciones intermedias. Se debe a una casual recombinación de genes o a condiciones ambientales excepcionalmente favorables para su expresión en el embrión.

En Ferri el atavismo y la tendencia a la criminalidad son factores que determinan a un individuo como delincuente.

8.9.6.2 Delincuente Loco

Dentro este tipo esta el enfermo mental.

8.9.6.3 Delincuente habitual

O *condicional* o *delincuente por falta de restricciones* (Pinatel). Hace del delito su forma de vida basándose en habilidad y fuerza, por ejemplo el carterista.

Este tipo de criminalidad ya va contra la Escuela Clásica. Ferri y Cesare Lombroso ya estudian al delincuente.

La Criminología actual hace eso, estudiar al delincuente, las causas del delito, etc., esto hace para fundamentar la profilaxis criminal o la Política Criminal.

8.9.6.4 Delincuente Ocasional

Ve la ocasión para delinquir en que no hay nadie que lo detenga o lo restrinja. Dentro esta esfera está quien comete un accidente de tránsito con muerte (homicidio involuntario).

8.9.6.5 Delincuente pasional

Es el que comete el delito por pasión, por amor, por celos, por sentimiento.

8.9.7 El Determinismo de Enrico-Ferri y La “Pena Difesa”

Para Enrico Ferri es el medio ambiente conjugado con el factor antropológico y el factor cosmotelúrico que determinan la tendencia del individuo hacia el delito.

En *Sustitutivos Penales*, Ferri dice que se deben reemplazar las cárceles, por ser causa de criminalidad. Es en las cárceles donde se forman individuos resentidos hacia la sociedad y al salir de las cárceles cometen delitos más atroces como una venganza a la sociedad que los condenó.

Las cárceles deben servir para la readaptación, no para su empeoramiento.

Esto es la defensa del reo a través de la proporcionalidad de la pena (*pena difesa*).

8.9.8 Los Sustitutivos Penales

Sustitutivos Penales. *Medidas de orden económico, político, administrativo, educativo, familiar, etc., distintas de la pena que debe adoptar el Estado, actuando sobre las causas de delincuencia para hacerlas disminuir.*

Actualmente se define a los **sustitutivos penales** como *medios de prevención social*,

se basan sobre el mismo fundamento que la Política criminal y constituyen uno de sus medios de acción.

Ferri aconseja implantar como sustitutivos penales otra clase de penas: las *Medidas de Seguridad* ya que afirma que las cárceles no readaptan y es el primero en exigir la inimputabilidad de los alienados.

8.9.9 Los frenos inhibitorios

Ferri se pregunta si la miseria y el desempleo esta generalizado en todas las sociedades ¿Entonces porque no se llega al caos total? Porque hay gente que tiene *frenos inhibitorios* que hacen que no se cometan delitos.

Estos *frenos inhibitorios* casi no resaltan en la gente que esta en las cárceles donde no existe una buena administración, la conducta de los internos es totalmente violenta. Dentro de estas cárceles se comete toda clase de delitos por ejemplo violaciones, asesinatos, robos, etc. En esta clase de cárceles—sin una buena administración—no entra ni la policía.

Ferri en su libro *Sustitutivos Penales* propugna reemplazar las cárceles porque son causa de criminalidad, dice “nosotros debemos poner otra clase de castigos, no solamente la pena—evidentemente para delitos graves—pero cárceles que tiendan a la readaptación social, no cárceles que formen delinquentes, donde no hay una resocialización debida.

8.9.10 Obra y publicaciones

En la *Negación Del Libre Albedrío* dice que el hombre no es libre. El hombre es libre sólo entro de un marco de normas. Presentó su tesis en la que trata de demostrar que el libre albedrío es una ficción, y que debe substituirse la responsabilidad moral por una responsabilidad social.

En 1912 se aprueba la creación de un *Instituto de Derecho Penal* en la Universidad de Roma; Ferri es llamado a dirigirlo y lo denomina *Scuola di Applicazione Guirídico-Criminale*. El curso estaba dividido

en cuatro partes: el delincuente, el delito, las sanciones y el procedimiento.

En 1882 publicó *Socialismo y Criminalidad*.

Publicó *Avanti*, periódico del partido socialista durante muchos años.

De sus varios libros el mejor conocido es *Sociología Criminal*⁶² (1884) que considerado un texto básico de Criminología moderna en la que establece que la causa de la criminalidad es la injusticia social

En *Sustitutivos Penales* dice que se deben implantar otras clases de penas, como por ejemplo la readaptación. Las cárceles no consiguen ese fin.

Otros libros de Ferri son: *Socialismo y la Ciencia Positiva* (1894) y *La Escuela Positiva de Criminología* (1901).

En 1928 publicó *Principios de Derecho Penal*, trabajo que contiene una presentación sistemática de los principios legales de la *Escuela Positiva de la Ciencia Criminal*.

Más libros de Enrico Ferri, ver: www.marxists.org/archive/ferri/

L'abri du livre *Sociologie Criminelle* (1893) *Classiques des Sciences Sociales* www.uqac.ca/Classiques_des_sciences_sociales/classiques/ferri_enrico/sociologie_criminelle/socio_criminelle.html [Consultado: martes, 08 de enero de 2008]

8.9.11 Biografía

Ferri, Enrico, (25 febrero 1856 San Benedetto Po, Mantua, Lombardía 1856—12 abril 1929), jurista parlamentario socialista italiano, criminólogo, disertante y profesor de Derecho Penal. Continuó el estudio científico del delito que había empezado Cesare Lombroso, aunque dando énfasis a los factores sociales y económicos. Se le considera “padre” de la *Escuela Positiva de la Ciencia Criminal*. Defendió la prevención del crimen contra los sistemas penales que enfatizaban sólo la acción punitiva.

⁶² *Sociología Criminal* (1884) Text in English.

⁶³ <http://www.marxists.org/archive/ferri/criminal-sociology/index.htm>

Elegido al parlamento italiano en 1886 como un radical pero en 1893 se paso al Partido Socialista italiano volviéndose miembro prominente de la “intransigente ala revolucionaria” hablando contra la participación de los socialistas en los gobiernos burgueses en los congresos de la Segunda Internacional en 1900 y 1904.

Luchó por que Italia tuviera un código penal de corte positivista, y en 1921 presenta el proyecto realizado por una comisión presidida por el mismo Ferri, aunque la situación política dificultó la aprobación del proyecto, el partido fascista llegó al poder y se formó una nueva comisión de la que formó parte Ferri cambiando así su posición (socialista a fascista) y arruinando su fama, que nadie perdono al caer el fascismo.

El *Código Italiano* que Ferri compuso fue rechazado por el régimen fascista. Un otro nuevo código fue aprobado en 1930. El *Código Penal* de Argentina de 1921 fue basado en sus ideas.

8.10 Garofalo, Rafael

<http://www.geocities.com/cjr212criminologia/garofalo.htm>

8.10.1 Denominación

Acuña por primera vez el término de *Criminología*. Plasma las ideas de Cesare Ezequiel Lombroso en fórmulas jurídicas.

8.10.2 El Delito

El delito. *Es la violación de los sentimientos de piedad y probidad en la medida media en que son poseídos por una sociedad determinada.*

Los sentimientos pueden ser:

- *fundamentales* como: el de piedad y de probidad; Cuando se ataca la vida o la integridad corporal se está violando el sentimiento de piedad, y

cuando se desconoce la propiedad el de probidad.

- *secundarios* como el patriotismo, la religión, el honor, el pudor.

8.10.3 Teoría De Criminalidad

La Teoría de Criminalidad de Garófalo va contra la corriente de la época: la Escuela positiva y además discrepa con el pensamiento ortodoxo de la Escuela Clásica.

La Teoría Criminal de Garófalo dice que es fundamental la herencia endógena psíquica (instintos) ya que la mayoría de los delincuentes tienen una variación psíquica.

También habla de la anomalía moral, que hace que el delincuente sea un ser inferior, no un ser normal. Esta anomalía es congénita, no es adquirido.

Garófalo toma el *atavismo de Lombroso* como una variación psíquica y endógena.

Fundamentalmente, aunque su criminal también puede tener rasgos atávicos de características faciales. Considera al delincuente como un anormal psíquico.

Garófalo reconoce poca influencia a los factores ambientales y centra su atención en los instintos personales. Por eso la eliminación de las causas sociales sólo les va a traer beneficios limitados.

No acepta el determinismo

8.10.4 El Delincuente

El delincuente. *Es un anormal psíquico.* Es causado por una anomalía moral congénita. El medio tiene poca influencia sobre el delincuente.

8.10.5 Teoría De La Temibilidad

Establece su *Teoría de la Temibilidad* para sancionar al autor de un delito. La temibilidad es la perversidad constante y activa que hay que temer de parte del delincuente.

Arturo Rocco critica esta teoría, dice que la temibilidad no es característica del autor sino mas bien es repercusión social de esa característica.

8.10.6 Tesis De La Peligrosidad

Mas tarde se abandona esta teoría y se la reemplaza por la *Tesis de la Peligrosidad* como base de la responsabilidad criminal.

Por ejemplo si alguien da un abortivo a una mujer no embarazada, no se debe sancionar el daño objetivo, en realidad no lo hay, sino la peligrosidad subjetiva que emana de la personalidad del autor.

8.10.7 Principios

Enuncia Principios como:

- La *Prevención Especial* como fin de la pena.
- La *Teoría de la Defensa Social* como base del derecho de castigar.
- Métodos de graduación de la pena.

8.10.8 Tipología

Para que exista un delincuente nato establece cuatro tipos:

- *El asesino*. Criminal nato que no tiene sentimientos de altruismo y de probidad, por lo que puede cometer delito cuando se le presente la oportunidad.
- El *delincuente violento*. Le falta sentimiento de piedad, por lo que comete delitos violentos.
- *El ladrón*. Son los que atentan contra la probidad. Este sentimiento no tiene raíces profundas en estos individuos. Le falta el sentimiento altruista y está influenciado por el medio ambiente.
- *El delincuente lascivo*. No encaja en las anteriores, podría ser delincuente sensual.

8.10.9 Teoría De La Pena

La pena debe estar de acuerdo a la personalidad del delincuente y no del delito.

Defiende la pena de muerte. La cárcel no intimida a los asesinos, quizá allí cuenten con mayores facilidades que en la vida libre, pero sí los intimida la pena de muerte, a la cual debe serles aplicada. A la pena de muerte, lo llama “darwinismo natural”, es decir propugna la aplicación de las leyes naturales de selección de la especie humana.

Afirma que si un hombre no puede vivir en sociedad, en una sociedad que le da normas y por lo tanto las viola, entonces el hombre debe ser muerto. Los asesinos deben ser castigados con la pena de muerte.

Garófalo va contra la teoría retributiva. Sostiene que el delito debe ser castigado, no por retribución, sino porque se ha roto una norma fundamental—respeto a la vida—como lo es en el asesinato.

8.10.9.1 Objeto De La Pena

La pena tiene por *objeto* de defender a la sociedad de los inadaptados y los socialmente peligrosos, en casos graves, a los primeros se les debe aplicar la pena capital y a los segundos abandonarlos en una isla.

8.10.9.2 Clases De Penas

- Pena de muerte para los asesinos.
- Cadena perpetúa para los delincuentes violentos.
- Trabajo en colonias agrícolas de ultramar para los ladrones.

8.10.10 Obras

Antes de formar parte de la Escuela Positiva, Garófalo, había ya publicado algunos escritos, que serian de mucha importancia para la nueva escuela, pues daba las bases y la orientación jurídica necesaria, además de

conceptos como: peligrosidad y prevención especial y general.

Entre sus obras se destacan:

1. Estudios Recientes Sobre La Penalidad
2. *Criterio Positivo De La Penalidad*
3. *Criminología* Su "*Criminología*" (1885) fue traducido al ingles por R. W. Millar (1914). Author Garofalo, Raffaele, Edition Boston, Publication Name Little, Brown, and Company, Year 1914, Language English

La gran preocupación de Garófalo fue la aplicación de la teoría Criminológica a la práctica, tanto en el aspecto legislativo como en el judicial, así, hace el primer esquema de las penas de acuerdo no al delito, sino a la clasificación del delincuentes.

8.10.11 Biografía

Nace en Nápoles, Italia, en 1851. Abogado y criminólogo italiano. Estudió en la Universidad de Nápoles, en donde enseñó más adelante *Derecho y Derecho procesal penal*. Luego de Enrico Ferri, es considerado el seguidor más importante de Cesare Lombroso.

Su contribución importante fue la formulación de una *teoría del "crimen natural"*. Esta teoría establece dos tipos de delitos: los violentos y los delitos contra la propiedad.

Bibliografía

- GAROFALO, Rafael, *Criminología: Estudio Sobre El Delito Y La Teoría De La Represión*, México: Ángel, 1885.
- GAROFALO, Rafael, *El Delito Como Fenómeno Social*, Pamplona: Analecta, 2004.
- BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE Ignacio. *Leciones de Derecho Penal*, Barcelona, Praxis, 1.999.
- DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio. *Sobre el concepto de Derecho Penal*, Universidad de Madrid, 1.981.

- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Trotta, 1.995.
- FERRI, Enrrico. *Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal*. Centro Editorial de Gongora. Madrid, España. 1887.
- FERRI, Enrrique. *Principio de Derecho Criminal*. Editorial Reus. Madrid, España. 1933.
- FORERO FORERO, Claudia Helena. "Principios constitucionales: manifestación positiva de los principios generales del derecho". En: *Revista del Concurso de Investigación Jurídica* "Octavio Arizmendi Posada". No.2. 2000
- GUNTER, Jakobs. *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Marcial Pons, 1.995.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, tomo II. Buenos Aire, Argentina. 1950.
- PEREZ, Alvaro. *Curso de Criminología*. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1986.
- PESET, Jose L. y PESET, Mariano. *Lombroso y la Escuela Positivista Italiana*. CSIC. Madrid, España. 1975.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal General*. Civitas, Madrid. 1.996.
- SAINZ CANTERO, Jose. *La Ciencia del Derecho Penal y su Evolución*. Bosh, S.A.. Barcelona, España. 1975.
- VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Temis, 1.994.



Copyright © 2008 by CED™, Centro de Estudios de Derecho®
<http://h1.ripway.com/ced>

Impreso en Bolivia – Printed in Bolivia

 Apoyo Grafico™