

# ULTIMAS CONFERENCIAS

## DEL DR. ANTONINO CORDOVA

*Evolución del Derecho Penal italiano — Escuela clásica — Positivismo — Ferri y Garófalo — El siglo XX — Conflicto de escuelas — El porvenir del Derecho Penal — El desbande del positivismo — Acercamiento de las dos escuelas — Méritos de la filosofía actualista.*

No es posible cerrar esta rápida exposición sin mencionar el nombre del ilustre Vicente Manzini, profesor de derecho penal en la universidad de Padua, cuya fama la ha merecido particularmente por su « Tratado de derecho penal italiano », impreso en Turín en muchos volúmenes por los editores hermanos Bocca en el decenio de 1910 a 1920.

La obra comienza con un capítulo titulado « El método jurídico y el derecho penal », en que escribe: « Cuando se habla de método positivo en las ciencias jurídicas no se puede entender otro método que el jurídico, cuya característica abstracción se vislumbra a través de una larga y sólida noción sociológica (histórica y actual) de los hechos y de las relaciones jurídicas: noción que no sólo representa una condición deseable, sino indispensable, que distingue este método del método jurídico clásico que representa la abstracción de la abstracción y finge en la norma una entidad completamente aislada e independiente de su base.

Es necesario distinguir lo que concierne a las peculiaridades diferenciales del método con el cual se estudian los mismos fenómenos, de la relación de integración entre las varias ciencias y el derecho penal y también de las relaciones de convergencia hacia un mismo fin común y superior, al cual tienden juntas con la nuestra, algunas disciplinas. Manzini acoge unos detalles de la doctrina positiva, que como ya se ha dicho, también el profesor Rocca acepta, aún cuando Manzini haya hecho, en la colección de monografías jurídicas titulada « Digesto italiano », en su monografía « Derecho penal », muchas objeciones a las teorías de la escuela positiva. Los nombres de los ilustres

profesores Rocca y Manzini son generalmente citados como los de los jefes de la misma tendencia jurídica y ambos son autores del memorable programa que en 1920 fundaba en Italia la « Sociedad para los estudios del derecho penal ».

Evidentemente, cuando en Italia en 1919 el ministro de justicia Mortara constituía la comisión de reforma del código penal, presidida por el profesor Florián, los profesores Carnevale y Stoppato de que hemos ya hablado, el movimiento científico tanto en la escuela positiva como en la escuela clásica podía decirse completo. La experiencia que entonces se hacía era decisiva, porque era para la escuela positiva una verdadera prueba de fuego, siendo claro que un cuerpo de doctrinas, todas expuestas ya en tratados teóricos y en polémicas ardientes, puede considerarse vivo y vital cuando logra el fin de transformarse de teoría en práctica, de ciencia en ley. La tentativa no alcanzó éxito; después de ocho años se puede afirmar esto sin miedo de expresar un juicio apresurado o inexacto. El proyecto de la reforma de Ferri ha sido casi unánimemente condenado por la ciencia catedrática italiana y también del exterior, no obstante que el positivismo, al realizarse el proyecto de ley, haya hecho todas las concesiones posibles al elemento jurídico tradicional que había antes menospreciado.

La quiebra, por lo demás, ha sido reconocida en el mismo campo de la escuela positiva y Nicolás Palópoli la ha documentado muy diligentemente en un trabajo publicado en 1925 en la misma revista dirigida por Enrico Ferri.

Recuerda Palópoli que en la tentativa de realización legislativa positivista muchos principios fueron abandonados, otros lesionados y otros radicalmente modificados; que aquélla no sólo no constituye una transformación subversiva de los principios de la escuela tradicional, sino que no interrumpe la continuidad del orden jurídico constituido. Demuestra Palópoli que el principio positivista de la responsabilidad legal no alcanza a suprimir el concepto de impunitividad; que en el proyecto del profesor Ferri la peligrosidad tiene carácter preferentemente jurídico, que el delito es el principal medio para medirla y la peligrosidad representa sólo un elemento de valor sintomático; que, en fin, la sanción considerada como pena y medida de seguridad,

conserva en el proyecto carácter jurídico, tiene por base y causa un delito, y está proporcionada a su valor sintomático, determinando una identidad sustancial entre las penas y las medidas de seguridad unificadas bajo el nombre de sanciones.

Pero este experimento no ha sido inútil y conserva para la ciencia del derecho penal un gran valor, porque demuestra la necesidad de aceptar las reformas de las leyes penales los consejos diarios de la práctica y de la penalidad, retrocediendo hacia posiciones científicas más sólidas y menos discutidas. En cambio yo hago votos, que tienen todo el carácter de presagio, porque la nueva elaboración penal italiana, confiada a la inteligencia sagaz y abierta del profesor Arturo Rocco, pueda, sin alterar el esquema de la gloriosa tradición jurídica italiana, satisfacer las nuevas y maduras necesidades de la vida social.

Si una comparación pudiera hacerse, teniendo en cuenta muchas diferencias, se podría decir que mientras el proyecto elaborado en Colombia por la comisión revisora, compuesta por los distinguidos penalistas doctores Escallón, Cárdenas, Montalvo y Rueda Concha, está bajo la influencia de las doctrinas del profesor Enrico Ferri, de que han aceptado numerosos principios, pero atenuado el carácter sociológico y orientándose más que el proyecto de Ferri hacia un prudente criterio jurídico, el proyecto que yo he presentado de reforma del código penal tiene el sello de otras ideas científicas, aun cuando en nombre de utilidades sociales reconocidas haya incluido normas que no son propiamente de la escuela a que pertenezco. Por lo demás, yo siempre he creído que el elemento espiritual no se podrá jamás suprimir en el derecho penal.

Esta exposición del derecho penal italiano y de sus evoluciones hasta hoy que os he hecho, oh jóvenes de la Facultad nacional de derecho, quise mantenerla dentro de los límites de la mayor objetividad histórica y científica. Ojalá ella sirva, siquiera en parte, para el fin que me propuse realizar, el de aclarar vuestras ideas en el laberinto de las doctrinas antiguas y modernas de la penalidad. Ojalá pueda yo tener la honra de asemejarme al portador de la lámpara de que habla Dante, quien lleva, en las horas de la noche, detrás de sí la luz que no le sirve a él, sino que ilumina a las personas que lo siguen.

## La Fuerza Moral y nuestro Código Penal

La fuerza moral, como su nombre lo indica, es un factor que toma entidad en el mundo psíquico superior, y que impele a las facultades supremas a querer determinado objeto, de suerte que estas facultades tienden hacia él como a su fin.

Nace la fuerza física en los órganos exteriores de otro sujeto activo y se ejercita sobre el sujeto pasivo que obra como mero instrumento de aquél. Pero la fuerza moral, que se origina de las percepciones externas transmitidas a los centros psíquicos, nace en éstos y se ejercita luego, o se traduce en acción, en el sujeto de aquellos centros, mediante un movimiento que tiende a producir cambios exteriores, proveniente de la ordenación que los centros hacen, por medio de los nervios centrífgos, al organismo material.

La fuerza moral, por lo visto, no es — genéricamente — sino una forma de la pasión.

Esta, según la definición clásica, es una trepidación de la mente que produce un movimiento en el organismo viviente, cuando se actualiza. Y por lo mismo que la pasión es una trepidación del ánimo (*trepidatio mentis*), determina, necesariamente, una anormalidad en el mundo psíquico, anormalidad que va acentuándose a medida que la pasión va creciendo.

Convienen modernos autores de psicología en que la pasión viva o fuerte permite el razonamiento, es decir, que dentro de ellos cabe la acción del entendimiento. En lo que no están muy seguros es en su influjo sobre la voluntad.

Los autores clásicos convienen en que la pasión disminuye la voluntariedad de la acción que le es consecuencial, y aún admiten que, llegada a su *máximum*, es decir, a su período patológico, anula la acción, verdaderamente controladora, de la voluntad.

Situados en un plano medio, admitimos que la pasión fuerte permite, como lo afirma, entre otros, Letourneau, el razonamiento, pero que en ellas la voluntad se atenúa. Y que en la pasión sensibilizada, esto es, en la forma aguda de la pasión, si bien puede darse el razonamiento — lo que se verá en cada caso — la voluntad está anulada.

Siendo, pues, la fuerza moral una forma de la pasión (genéricamente considerada), no cabe duda que la fuerza moral, cuando es irresistible — caso en el cual es idéntica a la pasión sensibilizada o en su forma degenerativa patológica —, anula la voluntariedad del acto, determinando, por consiguiente, la irresponsabilidad del agente.

Con un sinnúmero de razones, que se juzga innecesario repetir, toda vez que por ellos han sido ampliamente expuestas,

sostienen los tratadistas que la fuerza moral es irresistible cuando reúne las siguientes condiciones :

- a) Existencia de un peligro inminente ;
- b) De un mal que aparezca en la conciencia del agente como más grave que el que se va a cometer ; y
- c) Que no puede ser evitado de otro modo que realizando el hecho prohibido por la ley.

Con lo anterior, se restringe un poco el campo de acción, dentro del derecho, de la violencia moral irresistible que exculpa al agente. En casos, pues, no incluidos en esa determinación, el jurista convencido de que la violencia irresistible de una pasión, por ejemplo, anuló la libertad del agente, debe buscar otros caminos. (art. 1.º del C. P.)

Ejemplos de violencia moral irresistible no deben ponerse en cuatro líneas. La multiplicidad de circunstancias que la demuestran, exige casos complicados, sólo conocibles en la práctica jurídica, y no poco comunes.

« Son excusables — dice el art. 29 de nuestro C. P.—, y no están, por consiguiente, sujetos a responsabilidad :

.....  
 ..... 2.º El que conste la acción contra su voluntad, forzado en el acto de cometerla por alguna violencia a que no haya podido resistir. »

De suerte que en este caso, nuestra Ley exige dos condiciones para excusar al agente: que cometa la acción contra su voluntad, y que sea forzado a ello por una violencia irresistible.

No distingue qué clase de violencia, si física o moral.

Nuestra jurisprudencia, tan sorprendente a veces en gratas adivinaciones, parece inclinarse al criterio rigorista de que la violencia irresistible de que habla el Código, es sólo la fuerza física que determina al agente a obrar como mero instrumento de otro agente que obra activamente. Lejos de ella el incluir en este caso la violencia moral irresistible.

Hemos dicho que la violencia moral irresistible, cuando llena ciertas condiciones, anula la voluntad, y lo hemos demostrado, someramente. Pero el que obra bajo su influencia ¿obra *contra su voluntad*?

Si no tiene voluntad, se contesta, mal puede obrar de acuerdo con ella o en su contra.

Opinamos, en consecuencia, que quien carece de voluntad actual debido a una influencia de la violencia moral irresistible, obra, no contra su voluntad actual, que no existe, sino contra su voluntad normal, y en este sentido debe entenderse el Código cuando habla de obrar « contra la voluntad ».

En consecuencia, si la violencia irresistible moral determina al agente a obrar contra la voluntad normal, como lo dejamos demostrado, y sin voluntad actual; si nuestro código no habla sino de violencia irresistible, ¿por qué ser tan rigoristas en

la interpretación del consabido artículo, y no darle cabida cuando llene las condiciones predichas?

Sin embargo, entre nosotros ésta es práctica desconocida, y la teoría resulta, si no descabellada, al menos exótica. Un padre honrado, es decir, cuya voluntad normal es la de no robar, roba para salvar la vida de los suyos, pues no tiene en esos momentos, que no dan tregua, otros medios de salvarles la vida. Pero roba más de dos pesos, que es lo permitido en este caso. Pues bien: ese padre, es llamado a juicio. Y sin embargo, *las múltiples constancias del proceso* nos están diciendo que ese hombre honrado obró bajo una violencia moral irresistible y bajo el imperio de una necesidad moral, y hasta física, es decir sin voluntad, y contra su normal voluntad anterior.

Bien es cierto que un jurado, integrado por falladores de conciencia, puede — en su caso — remediar tamaña injusticia. Pero ¿y si el caso no les corresponde? ¿Si sigue conociendo de él un fallador de derecho, un aplicador del sumo derecho (sumum jus, suma injuria?) La condenación será inminente, si es que no se busca un recurso por la parte objetiva del proceso.

Es así como el rigor de nuestra jurisprudencia, rigor que sólo existe por falta de meditación, condena a muchos inocentes que no pueden probar, porque no tienen medios externos para ello, cómo cometieron su acción sin voluntad, pues a lo sumo probarán la violencia moral de que fueron víctimas, y ésto, dado el caso que en el Código, no se encuentran nociones de psicología que hagan saltar la conclusión, para nada puede servirles.

Con esta interpretación de nuestra Jurisprudencia está de acuerdo, en general, la del Tribunal Supremo de la Madre España. No tan mal, que no estemos solos. Ya es mucho. Pero nótese que hemos dicho « en general », ya que, según Cuello y Calón, dicho Supremo Tribunal ha declarado que la mujer que, aparte de no estar obligada a ello, declara falsamente contra su marido, obedece a una fuerza irresistible, por lo cual está exenta de pena según el art. 8.º que lo pertinente dice así: el « que obra violentado por una fuerza irresistible » ..... es excusable.

El Código Francés y el Código Belga dentro de la fórmula de la fuerza irresistible comprenden la violencia moral.

Con un poco de buena voluntad, según dijimos, podría entonarse nuestra Jurisprudencia hacia tales doctrinas, sin sacrificar la letra muerta del artículo 29, y vivificando su espíritu, muy racionalmente, en pro de la justicia natural.