

ESTUDIOS DE DERECHO

REVISTA MENSUAL DEL CENTRO JURIDICO

FUNDADA EN 1912

DIRECTOR: ADAN ARRIAGA ANDRADE

ADMOR: LUIS F. ORTIZ R.

REDACTOR: JULIAN COCK

Serie XIV

Medellín, Junio de 1928

Nro. 147

SUMARIO

NOTAS EDITORIALES: En convalecencia—Explicación de un movimiento—El balance de un régimen..... ..	917
Un caso litigioso de propiedad fiduciaria, <i>Julián Uribe C....</i>	923
El artículo 1.262 del Código Civil, <i>Alfonso Restrepo Moreno</i>	929
Ultimas conferencias del Dr. Antonino Córdova..... ..	931
Varia..... ..	946



ESTUDIOS DE DERECHO

REVISTA MENSUAL DEL CENTRO JURIDICO

FUNDADA EN 1912

DIRECTOR: ADAN ARRIAGA ANDRADE

ADMOR: LUIS F. ORTIZ R.

REDACTOR: JULIAN COCK

Serie XIV

Medellín, Junio de 1928

Nro. 147

Notas editoriales

En convalecencia

En la Escuela de Derecho como que ha pasado algo. . . . Los corrillos que antes animaban ese simpático crucero de Girardot y Pichincha, se han reducido hasta semejar más bien parejas de conjurados que grupos juveniles; ya no juega la sonrisa en las bocas de los alumnos; no son ya tan cordiales las relaciones entre profesores y discípulos; el eco de los claustros es más ronco; el aire más frío.

Y sabemos que, en efecto, ha pasado algo, algo doloroso y terrible, algo que puso a la Escuela, literalmente, al borde de la tumba, algo de lo cual apenas si convalece nuestra Facultad.

Nosotros, que en tan impropicias circunstancias venimos a colocarnos al frente de esta revista, quisiéramos ocuparnos extensamente en la pasada crisis, quisiéramos analizar la enérgica Resolución de clausura indefinida de la Escuela, comentar las representaciones individuales, glosar la expulsión del Centro Jurídico.

co, exponer lo que para nosotros ha significado la solución provisional que se encontró al conflicto, y gritar nuestro dolor por la mutilación que ha sufrido el cuerpo estudiantil en diez de sus mejores miembros; quisiéramos decir algunas palabras acerca de la fratricida pasividad de los demás estudiantes, de la neutralidad criminal del Colegio de Abogados, de la actitud indecisa y equilibrista del Profesorado, y de la sordera voluntaria de las altas esferas oficiales ...

Pero creemos prudente contenernos por ahora, ahogar nuestra voz, atajar las palabras que se apretujan a la punta de nuestro cálamo. En bien de nuestra pobre Escuela debemos callar todavía: que cualquier alusión de ese género reavivaría la herida y dificultaría más aún esta laboriosa convalecencia por que atraviesa nuestra Facultad; y en los períodos de convalecencia, nos dicen los galenos, la menor recaída puede ser fatal...

Explicación de un movimiento

Faltaríamos, empero, a nuestro deber de estudiantes, si por estas consideraciones nos abstuviéramos en absoluto de prestar nuestro modesto contingente a la dilucidación de los problemas gremiales y, muy en especial, del problema capital de la Facultad de Derecho; por eso intentaremos echar una ojeada a la razón íntima, a la raíz ideológica de un movimiento que muchos consideraron esporádico.

La inconformidad, esa maravillosa virtud que ha presidido a todas las mutaciones progresivas y que ha anidado en el pecho de los grandes profetas y apóstoles, de los sabios, de los artistas y de los conquistadores, es también, felizmente, ingénita a la actual juventud colombiana. Esto, que es de fácil comprobación en todos los campos, se evidencia mucho más en el que es esencialmente juvenil: el campo universitario.

Los estudiantes no están, no pueden estar con-

formes con la Universidad en Colombia; se sienten íntima, sinceramente convencidos de que ella no es la última palabra en cuestiones educacionistas, como pretenden hacérselo creer; aún más, saben que es deficiente, que no marcha al compás de la vida universal, que se ha quedado rezagada, y—lo que es más trascendental—que esta situación tiene remedio. De allí deducen un deber: el de contribuir con sus luces (que también las tienen) a que se aplique pronto ese remedio y a que su Alma Máter alcance siquiera un perfeccionamiento relativo.

De la convicción de este saber, y de la repulsión de los superiores a toda mutación que venga de *abajo* han surgido numerosos conflictos: vanamente bulliciosos los unos, violentos los otros, serenos y razonado el último, pero todos animados por un mismo ideal: la renovación espiritual universitaria.

Recalcamos: la renovación *espiritual* universitaria: Que la inauguración de locales, el remozamiento de fachadas, la mejora de los laboratorios, el incremento de las bibliotecas (cosas que no por secundarias son menos plausibles), de nada servirán si el *espíritu* de la Universidad caduca permanece inmutable. No queremos que se nos sirva «el viejo vino en odres nuevos»; es preferible que la negruzca y fea y agrietada vasija de otros tiempos rebose del licor vivificante y generoso de los nuevos idearios.

No han faltado momentos en que los estudiantes, siempre ingenuos, siempre crédulos, han tenido por iniciada la Nueva Era; y con ese entusiasmo ardoroso que ponen en todo, han rodeado, cerradas sus filas, a los regímenes que empezaban.

Pero la ilusión no ha durado nunca gran cosa. A las palabras de salutación, cargadas de promesas, ha sucedido casi siempre cierto nerviosismo, traducido en innovaciones precipitadas e intrascendentes, en rápidas destituciones y no menos rápidos nombramientos; introducción de honestas diversiones a los internados; reformas adjetivas y poco maduras de pên-

sumes y estatutos; hasta que al fin, pasados largos meses de experimentación (en los que los pobres estudiantes han desempeñado su papel tradicional de conejos de laboratorio,) ven los ilusos cómo bajo el antifaz mentidamente juvenil aparecen las mismas arrugas de los viejos regímenes, y cómo lo que creyeron ese *espíritu de renovación* que había de salvar a su Universidad, no ha resultado sino una perniciosa *manía de innovación*.

Y entonces, secuela necesaria, han sobrevenido el desencanto y la reacción. Es la historia de siempre.

El balance de un régimen

Si nos atrevemos a aplicar este análisis del ritmo isócrono de los últimos años, a nuestro caso presente, veremos que el balance es francamente desfavorable al régimen que actualmente padecemos.

En su Activo no se encuentra sino la pintura de los muros interiores del local de la Escuela; la instalación de luz, teléfono y servicios *higiénicos*; la simpática y humedecida fiestecita en honor de uno de nuestros más distinguidos Jurisconsultos; la creación de algunas cátedras ornamentales o complementarias de esa «erudición a la violeta» a que son tan inclinados nuestros métodos criollos de instrucción profesional; y unos pocos nombramientos acertadísimos de profesores eminentes.

Su Pasivo, en cambio, es tristemente cuantioso: Contrapesando los pocos nombramientos acertados de que acabamos de hablar, hay del otro lado nombramientos desastrosos recaídos en abogados muy competentes para otras cátedras jurídicas, pero indoctos en las que ahora regentan por un azar fecundo en males o por llenar un vacío o por simples razones de amistad. La tradicional cordialidad entre la Dirección de la Escuela y los alumnos, ha sido sustituida por cierto majestuoso aislamiento de aquélla, siempre celosa del sacrosanto Principio de Autoridad. La lista continúa su funesto imperio, cada vez con más vigor. Los

estudiantes siguen sin representación en el Consejo Directivo, condenados a su ingrata situación de materia amasable. Se ha pretendido— aunque en vano— convertir los exámenes [que ya eran detestables, como pruebas de sorpresa y de azar] en ejercicios aún más detestables, de simple memoria y de sujeción servil a las opiniones del profesor. La biblioteca continúa pobre, inactual y, sobre todo, pésimamente organizada. Finalmente, se ha perdido lo que había sido la máxima conquista de la Escuela de Derecho en los últimos años: su autonomía relativa; porque hoy la Dirección de nuestra Facultad no es, en la práctica, más que una pasantía de la Universidad, desde cuya Rectoría se encargan de reglamentar hasta los menores detalles disciplinarios, como las fumadas en clase, y de imponer las mismas normas pedagógicas a los chicos del Liceo y a los alumnos profesionales.

El déficit, como se ve, es abrumador para el «nuevo» régimen, pues que si alguna evolución ha habido, o es de orden secundario, o es... evolución regresiva.

La anterior exposición, a pesar de estar concebida en términos serenos y comedidos, a pesar de no ser más que una enumeración de «hechos» comprobables o refutables, y carecer de palabras irrespetuosas o de vehemencia declamatoria, no será miel sobre hojuelas para el paladar de los representantes de un sistema educacionista que criticamos; porque hemos puesto el dedo en la llaga, y esto es fatal para un prestigio que iba viento en popa. Pero esta fría vivisección de un régimen se hizo necesaria para disipar la tan extendida como perjudicial leyenda de que vivimos en la Jauja de la pedagogía colombiana, para poner en guardia a los incautos, y también para hacer meditar a «los de arriba» en que talvez es tiempo todavía de abandonar la senda de la *manía de innovación* por el camino salvador de la verdadera *renovación universitaria*.

UN CASO LITIGIOSO DE PROPIEDAD FIDUCIARIA

X, que no tiene asignatarios forzosos, dispone de sus bienes en favor de sus hermanos A, B, C, y D; dispone también que si la hermana A. ingresa en una comunidad religiosa, su asignación pasará a sus otros hermanos, o sea a B, C y D.

Antes de ingresar A. en la comunidad religiosa, muere B. dejando varios herederos.

A. enajena el inmueble que le había sido asignado e ingresa definitivamente en una comunidad religiosa; sus hermanos C. y D. junto con los herederos de B. entran como parte en la escritura de venta para declarar que renuncian a todo derecho que pudieran tener sobre el inmueble en referencia; pero resulta que entre los herederos de B. había varias mujeres casadas y no obtuvieron permiso judicial para hacer la renuncia de que se trata.

Se pregunta: Adolecen de nulidad los títulos de enajenación de este inmueble?

X. deja a su asignatario A. una porción de su patrimonio, pero bajo una condición que una vez cumplida hará que dicha propiedad pase a sus otros asignatarios; se trata pues de una asignación fideicomisaria y debemos por tanto aplicarle las reglas relativas a esta limitación de la propiedad.

Teniendo la cuestión localizada debidamente, formulamos esta pregunta: los herederos de B. tienen algún derecho sobre el objeto de que se trata, una vez muerto B?

Lo veremos en el curso de la exposición. Concretémonos ahora a estudiar los derechos de B. sobre el objeto fiduciario y por deducción sacaremos la respuesta a la pregunta aludida.

Una vez cumplida la condición en tiempo hábil, o sea antes de treinta años (Artículo 800), el fideicomiso debía restituirse a los fideicomisarios B. C. y D. Ahora bien, muerto B. sus herederos no pueden adquirir derecho alguno sobre el fideicomiso; porque o ese derecho lo tenían por sí mismos o por intermedio de E. Por derecho propio no lo tenían, porque ellos no eran sustitutos en el fideicomiso según lo veremos; tampoco lo tenían por intermedio de B, porque sería necesario para ello que el fideicomisario muerto tuviera derecho al fideicomiso aún después de su muerte y no lo tenía según el inciso primero del ar-

tículo 799 donde se lee: «El fideicomiso supone siempre la condición expresa o tácita de existir el fideicomisario o su sustituto, a la época de la restitución». Se necesita por consiguiente la existencia para adquirir derecho sobre la cosa que está en fiducia.

Esto lo corrobora el artículo 820 en su inciso primero. «El fideicomisario, mientras pende la condición, no tiene derecho ninguno sobre el fideicomiso, sino la simple expectativa de adquirirlo».

Si según el artículo 799 se necesita la existencia al tiempo de cumplirse la condición, y según el 820 antes de cumplirse la condición no se tiene derecho alguno sobre el fideicomiso, es claro que B. no podía transmitir ese derecho a sus descendientes pues, como lo dice el artículo últimamente citado, sólo tenía una expectativa y sabido es que las expectativas desaparecen con el que las posee; y así lo dispone el artículo 821: «El fideicomisario que fallece antes de la restitución, no transmite por testamento o ab intestato derecho alguno sobre el fideicomiso, ni aún la simple expectativa que pasa ipso jure al sustituto o sustitutos designados por el constituyente, si los hubiere».

Don Fernando Vélez al comentar el artículo 821 se expresa así: «Como el fideicomisario no tiene derecho ninguno antes del cumplimiento de la condición, sino una expectativa, y como siempre se supone la condición expresa o tácita de existir a la época de la restitución (Art. 799), es claro que si muere antes de ésta, no tiene que transmitir ni por testamento ni ab intestato, puesto que carece de derechos, y que la expectativa es sólo una esperanza suya que desaparece con su vida. Esto es conforme con el principio que rige las sucesiones, en las cuales, para ser capaz de suceder, es necesario existir al tiempo de abrirse la sucesión, salvo el caso de transmisión y otros excepcionales (Art. 1019).

«Ahora bien: si el fideicomisario que ha fallecido tiene sustitutos o lo era de primer grado con otros (arts. 802 y 803), la simple expectativa pasa ipso jure, esto es, por ministerio de la ley y sin procedimiento ninguno, al sustituto o sustitutos correspondientes, o a los demás fideicomisarios de primer grado (art. 606)»-

No puede decirse que los herederos de B. sean sustitutos suyos, pues no siendo nombrados por el testador no pueden aceptarse como tales, ya que así lo dispone el Código en el artículo 804: «No se reconocerán otros sustitutos que los designados expresamente en el respectivo acto entre vivos o testamento». Y como consta que X. no instituyó sustitutos para los fideicomisarios de primer gra-

do, o sea para B. C. y D. es obvio que los herederos de B. no pueden serlo.

A quién corresponderá entonces la cuota que había de corresponder a B. en el fideicomiso?

Tres casos podemos suponer: Que falten todos los fideicomisarios o sustitutos al tiempo de la restitución. En este caso se extinguirá el fideicomiso de acuerdo con el numeral sexto del 822 o sea cuando se confunde «la calidad de único fiduciario con la de único fideicomisario» y pertenecerá la cosa definitivamente al propietario fiduciario. Don Fernando Vélez dice: «Si no hay sustitutos ni otros fideicomisarios, entonces se extingue el fideicomiso y los bienes que éste comprende quedan definitivamente del fiduciario. Aunque esto último no lo dice el artículo 821, es una consecuencia necesaria de la naturaleza del dominio fiduciario, el cual no se diferencia del dominio absoluto, sino en que aquél está limitado con la eventualidad de pasar a otra persona; luego si esa eventualidad no llega, porque falta la condición de que depende, desaparece la limitación del dominio del fiduciario, y por consiguiente, éste queda dueño absoluto y definitivo de los bienes que comprende el fideicomiso».

El segundo caso ocurre cuando hay varios fideicomisarios de primer grado y varios sustitutos; el caso se reduce a que los sustitutos ocupen el lugar de los nombrados en primer grado cuando ellos falten y bien sabemos que un fideicomisario falta o porque renuncie al fideicomiso antes de cumplirse la condición o cuando fallece también antes de que la condición se cumpla. Ahora bien, X al instituir fideicomisarios a B. C. y D. no les nombró sustitutos para el caso de faltar al tiempo de la restitución, por tanto no habiendo sido nombrados los herederos de B. como sustitutos suyos, no tienen por qué reclamar derecho alguno sobre los bienes de ese fideicomiso.

Pudiéramos decir que por exclusión la cuota de que se trata y sobre la cual tenía B. una expectativa de derecho tendrá que ir a manos de C. y D. por acrecimiento o sea el tercer caso. Creemos, pues, que aunque el Código no habla del derecho de acrecimiento al referirse a los fideicomisarios, sí existe este derecho, y ello parece desprenderse del final del artículo 806 donde se dispone que «expirado el plazo prefijado en el artículo 800, no se dará lugar a ningún otro fideicomisario.» Manifiesta el artículo citado que, cumplida la condición, pertenecerá la totalidad del fideicomiso a los fideicomisarios que existan, es decir, que las cuotas de los que no existen al tiempo de

cumplirse la condición acrecerán a las de los existentes, hay pues fundamento suficiente para admitir el derecho de acrecer en favor de los fideicomisarios y a esto se inclina don Fernando Vélez con estas palabras: «Esto parece correlativo de lo que establece el artículo 806 respecto de fideicomisarios de primer grado, pues lo que uno de éstos pierde queda en favor de los demás» y eso que comenta precisamente el artículo 809 o sea el acrecimiento de los propietarios fiduciarios.

De lo expuesto anteriormente pudiéramos deducir lógicamente que los herederos de B. no pueden reclamar derecho alguno sobre el fideicomiso o asignación fideicomisaria en cuestión; pero aún admitido que aquéllos, no siendo sustitutos de éste, pudieran tener derecho a la asignación mencionada, sólo por intermedio de él lo adquirirían; es decir, que se harían acreedores al fideicomiso por uno de los medios indirectos de suceder, y en seguida veremos que esto es imposible.

Recordemos que aquí se trata de una sucesión testamentaria, y aun cuando el derecho de suceder por transmisión puede existir tanto en sucesiones testamentarias como en las ab intestato, es lo cierto también que como dice el Sr. Vélez «la base de la transmisión es que al transmisor se le haya deferido la asignación, bien sea herencia o legado».... Ahora bien, en el presente caso B. no podía transmitir a sus herederos un derecho que no tenía, ya que ninguno puede dar lo que no posee y no podía transmitir ni aún la simple expectativa, puesto que como ya lo vimos la ley prohíbe absolutamente transmitir esta clase de expectativas; de donde es preciso concluir que los herederos de B. no podían alegar este modo indirecto de suceder.

El segundo medio de suceder indirectamente es la sustitución, que puede ser de dos clases, vulgar y fideicomisaria. La primera es, según el artículo 1.215 del C.C. «aquella en que se nombra un asignatario para que ocupe el lugar de otro que no acepta, o que, antes de deferirsele la asignación, llegue a faltar por fallecimiento, o por otra causa que extinga su derecho eventual. No se entiende faltar el que una vez aceptó, salvo que se invalide la asignación». La segunda es «aquella en que se llama a un asignatario, que en el evento de una condición se hace dueño absoluto de lo que otra persona poseía en propiedad fiduciaria...» [art. 1.223 del C.C.].

A mi entender, dado caso que hubiera lugar a sustitución en el caso que nos ocupa, sería necesario acudir a la fideicomisaria que no a la vulgar y ello salta de los mis-

mos términos en que están concebidas las definiciones. Aceptado ésto, vemos que la sustitución fideicomisaria cabría a B. y a los que con él eran nombrados para apropiarse la asignación deferida a A., pero de ninguna manera a sus herederos por aquello de «que no se reconocerán otros sustitutos que los designados expresamente en el respectivo acto entre vivos o testamento»; y como ya lo dijimos, en la disposición testamentaria no fueron nombrados otros sustitutos.

El acrecimiento, otro de los modos indirectos de suceder, es extraño, como los anteriores, al punto comentado porque sólo hay derecho de acrecer cuando «destinado un objeto a dos o más asignatarios, la porción de uno de ellos, que por falta de éste se junta a las porciones de los otros, se dice acrecer a ellas.» (Arti. 1206). Pero los hijos de B. no siendo coasignatarios de B. C. y D., no pueden alegar este derecho.

Rechazados estos tres modos indirectos de suceder, sólo queda el de la representación como medio de fundamentar el supuesto derecho de los sucesores de B. en el objeto fiduciario de que se trata. No resiste tampoco este fundamento crítica alguna. Veámoslo: dice el artículo 1041 del C. C., después de establecer en su inciso primero que «la representación pertenece a las sucesiones ab intestato»: «La representación es una ficción legal en que se supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendrían su padre o madre si ésta o aquél no quisiese o no pudiese suceder». La representación pertenece pues a las sucesiones intestadas, salvo las excepciones consignadas en los artículos 1241 y 1122 del C. C., y en el 127 de la Ley 153 de 1887.

Tratándose aquí de una sucesión testamentaria no puede aplicarse el artículo 1043 donde se dispone cuándo hay lugar a la representación en una sucesión intestada. En las excepciones de los artículos citados tampoco tiene lugar el caso que nos ocupa; el Art. 1241 dispone que «los legitimarios concurren y son excluidos y representados según el orden y reglas de la sucesión intestada». Según este artículo solamente un legitimario puede ser representado por sus descendientes en sucesión testamentaria; ahora bien los hermanos no siendo legitimarios conforme al Art. 1240, no pueden ser representados y por tanto los herederos de B. no tenían derecho de representación.

Menos la tienen en los otros artículos que establecen excepción a la regla general de que la representación es propia de la sucesión intestada; para comprobar esto bas-

ta leer el tenor de dichos artículos, pues que el uno habla de lo que se deja indeterminadamente a los parientes y el otro se refiere a los censos; y sabido es que ni de una ni de otra cosa se trata en el caso estudiado.

Mediante las consideraciones que anteceden se ve claramente cuál ha de ser la respuesta a la pregunta formulada en el caso sometido al presente estudio, o sea: Los herederos de B. no tenían ningún derecho sobre la propiedad fiduciaria de A. Por último, los títulos en que consta la venta de la propiedad, materia del fideicomiso, son válidos porque en ellos hubo superabundancia de formalidades, pues los herederos de B. no tenían por qué figurar como renunciantes de derechos que no poseyeron ni aún en simple expectativa.

JULIAN URIBE C.

El Artículo mil doscientos sesenta y dos del Código Civil

Dice: «Si el difunto hubiere prometido por escritura pública enire vivos, a un descendiente legítimo, que a la sazón era legitimario, no donar ni asignar por testamento parte alguna de la cuarta de mejoras, y después contraviere a su promesa, el dicho descendiente legítimo tendrá derecho a que los asignatarios de esa cuarta le enteren lo que le habría valido el cumplimiento de la promesa, a prorrata de lo que su infracción les aprovechara.»

Cualesquiera otras estipulaciones sobre la sucesión futura, entre un legitimario y el que le debe la legítima, serán nulas y de ningún valor».

Es verdaderamente incongruente este artículo. Todo código debe contener una colección sistematizada de disposiciones que lejos de contradecirse corroboren mutuamente—y sin repeticiones molestas—la doctrina que cada una preconiza. Si hubiera siquiera un código en el mundo que a esta coordinación perfecta añadiera ser el trasunto de las ideas religiosas, costumbres y temperamento de sus habitantes, diríamos que su legislación es perfecta.

Nuestro código desde los comienzos de su libro tercero empieza sentando la doctrina de que «donación por causa de muerte es lo mismo que donación revocable» (Art. 1059 1194); de que «el testamento es acto de una sola persona» (Art. 1059); de que «todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables» [Art. 1057] y todas las demás que en seguida estudiaremos, para luego en el artículo comentado echar a tierra un principio que se conserva intacto dentro de la más sana filosofía.

Pero ya que de razones filosóficas se trata y que cada artículo se funda en las mismas, examinemos cuál fue la que tuvieron nuestros legisladores para justificar este derrumbe dentro del código y de la noción de testamento. Se dice que con el Art. 1262 el padre de familia o mejor el testador, tendría, a su mano un medio eficaz de estimular a su legitimario, quien tal vez anduviera descañado y que con esta promesa del testador el hijo estaría a su voluntad. Nos parece contraproducente hasta lo sumo la disposición que comentamos, pues en la realidad vemos que la mejor sanción que el padre puede tener sobre el hijo es la facultad de desheredarlo de acuerdo con

las causales que enumera el código, pero en ningún caso se hallará segun el padre siendo que al aprovecharse del derecho que le concede el Art. 1262 se ata las manos para el caso en que ese legitimario, hecho el contrato, no esté a su gusto.

Veamos las disposiciones que contraría el Art. 1262.

Empecemos por estudiar lo que es testamento; el Art. 1055 nos suministra su definición, ídolo de comentaristas: «es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, *conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva*».

Si esta última condición «conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva» es de la esencia, tenemos que en la aplicación del tan repetido artículo 1262 no hay testamento, porque quien se liga por un contrato se priva de revocar «las disposiciones contenidas en él—(testamento)—mientras viva».

La primera parte del inciso 1º del Art. 1057 que dice «todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables» nos suministra la prueba de que la revocabilidad del testamento es de su esencia.

Sigamos el examen: «El testamento es un acto», por consiguiente sólo debe entrar una persona; el artículo 1262, se opone pues a la esencia del testamento y como las esencias de las cosas son inmutables y dos cosas contradictorias no pueden ser ambas verdaderas, síguese que debe derogarse el primer inciso del artículo 162.

Que el legislador consignó principios opuestos al de este artículo en disposiciones posteriores, puede verse en el primer inciso del artículo 1250 que dice: «El derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona».

La doctrina que comentamos también establece una excepción al principio general sentado por el Código de que la entidad *sucesión* es quien debe cumplir las obligaciones impuestas por el difunto, porque en el caso de que éste no cumpla la obligación proveniente del contrato con el legitimario, son los demás legitimarios quienes deben cumplir a prorrata esta obligación.

Creemos pues que tal disposición debe suprimirse.

ÚLTIMAS 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.

«Hablaremos ahora brevemente del gigante del pensamiento clasicista, Francisco Carrara, quien verdaderamente se erigió a sí mismo un monumento «aere perennius» con su programa. Para Carrara la imputabilidad no se refiere sino al sujeto moralmente imputable, el cual es tal si su acto contiene un valor moral, si existe una ley positiva que lo castigue y si el mismo acto produce un daño social. De aquí la clásica definición del delito que él da: «Infracción de la ley promulgada por el estado para proteger la seguridad de los ciudadanos, que resulta de un acto externo del hombre moralmente imputable». Por esto, el delito no es un simple hecho, sino un ente jurídico constituido por dos elementos, uno físico y otro moral. En el delito se encuentran calidad, cantidad y grados. La calidad es el título del delito, el que da el «nomen juris». La cantidad mide su importancia política. El grado establece su gravedad concreta y determina el valor del hecho punible. La pena fue definida así por Carrara: «El mal que en conformidad con la ley del Estado los magistrados infligen a los que con las formalidades debidas son reconocidos como culpables de un delito.» La necesidad que mueve al Estado a castigar es la de la tutela jurídica, no la necesidad política de que hablaba Carmagnani; en consecuencia, existen deberes y límites que el Estado se impone espontáneamente, por razón de la voluntad de realizar el derecho de la sociedad, examinados tales deberes y límites en la tercera parte del «programa» que se refiere a la materia de los juicios.

Carrara es el gigante del Derecho Penal Clásico italiano, pero a su lado, y después de él, no faltaron los hombres que supieron poner a salvo y muy alto el honor de la ciencia jurídica penal italiana. Juan Pablo Tolomei contribuyó dignamente, con su «Derecho Penal Filosófico y Positivo», a mantener la unidad de la especulación filosófica y de la práctica jurídica. Emilio Brusa defendió valerosamente el principio de la libertad moral en el campo penal, y Enrico Pessina mantuvo magníficamente las posiciones de la Escuela Clásica, cuando el Positivismo la venía asaltando por todas partes, refrescando en el campo del derecho pe-

nal con genialidad completamente latina, la doctrina de la retribución según el sistema filosófico de Manuel Kant, a quien un valiente y joven filósofo del Derecho en Italia, José Maggiore, llama el Copérnico de la especulación filosófica, y apoyándose en la filosofía kantiana, las posiciones jurídicas de Pessina son tan fuertes y sus demostraciones tan convincentes, que le merecieron en Italia y en el exterior la fama de uno de los más grandes penalistas italianos. La retribución en el concepto de Pessina no es la retribución moral de los teólogos, porque según él, con la pena, el Estado no afirma la moral sino el derecho.

Y al rededor de esos escritores mayores no faltaron otros menores, por decirlo así, también éstos fuentes del pensamiento penalista italiano, quienes continuando las tradiciones de los maestros, hicieron de la ciencia del Derecho Penal una ciencia matemática por el poder de la dialéctica y la claridad de las fórmulas. Porque en Italia la Escuela Clásica no agotó su autoridad con los hombres eminentes de que hemos hablado: sino que continuó su marcha, trasladando la lucha del campo principalmente filosófico al más rigurosamente jurídico y desarrollando una actividad fecunda y noble de enseñanzas. Estas enseñanzas determinan la actividad de los discípulos, que en el momento oportuno suceden a los maestros, recibiendo de ellos el depósito sagrado de la doctrina, como en la célebre cabalgata de los portadores de lámparas de que habla Lucrecio, en la cual el primer cabalgador entrega la lámpara al segundo, el segundo al tercero, y así sucesivamente, para que pudiera quedar perpetuamente encendida.

No puedo dejar de hablar de un maestro que en el campo clásico del Derecho Penal guarda aún con tenacidad y fiereza el puesto que le corresponde, de un maestro que tiene una fisonomía particular y singular bajo muchos aspectos, es decir, de Luis Luchini, el mayor penalista italiano en el campo clásico, que vive aún, tiene ochenta años y cincuenta y cinco de labor científico. Desde el año de 1874 hasta hoy, ha dirigido infatigablemente la gloriosa «Revista Penal», que él fundó, revista que en sus cincuenta y tres años de vida y en sus ciento seis volúmenes, ha recogido una cosecha preciosa y abundante de escritos debidos a la pluma de los penalistas más insignes de Italia. Luchini fue profesor de la universidad de Bolonia por muchos años, magistrado de la Corte Suprema de Casación varios años y legislador también por más de 30 años, primero como representante en la cámara, después como senador. Nadie ignora que él, como miembro autorizado de la comisión de revisión, fue el principal artífice del código penal italiano, que empezó a regir el 1º de enero de 1890 llamado también código de Zanardelli, por el nombre del ministro de justicia, que lo defendió en las asambleas legislativas y lo promulgó. El código de Zanardelli rige todavía en Italia, y tiene fama de ser uno de los mejores de todo el mundo, por su precisión técnica y su admirable estructura jurídica.

En todo este largo tiempo, en la lucha por la defensa de sus ideas, Luchini ha mantenido siempre vivo el culto de los

principios científicos de la Escuela Clásica, haciendo más modernos los conceptos y más robustas las doctrinas, reaccionando contra todas las exageraciones y contra todas las novedades atrevidas de la Escuela Positiva. Hacia el año 1880 escribió contra ésta el afamado librito «Los simplistas del Derecho Penal», libro que es muy conocido por la claridad de la polémica y la precisión constante de las ideas. Se puede concluir que con Lucchini y sus discípulos inicia en Italia la fase de la escuela jurídica del Derecho Penal, que reduce notablemente las influencias de la filosofía y de la política en las disciplinas penales, paralelamente a aquel grande movimiento de análisis y de sistematización científica que en el campo del Derecho Administrativo y Constitucional tuvo por maestro a Victorio Manuel Orlando y como pregoneros a Romano, Ranelletti, Majorana, Vacecheli y otros, por el cual el Derecho Administrativo y constitucional se apartaron del elemento político entonces dominante y se organizaron como ciencias jurídicas. Igualmente, el Derecho Penal será, desde este momento en adelante, ciencia exclusivamente jurídica y la Escuela clásica no hablará más, como lo hizo Carrara, del libre albedrío, sino de la voluntariedad, que disminuye la relación espiritual de la responsabilidad penal con la acción criminal, porque obliga a cualquier persona a responder de sus actos, a menos que se pruebe la incapacidad de tener conciencia o libertad de ellos por enfermedad mental.

Pero la obra científica de Lucchini no se puede comprender sino comparándola con las primeras manifestaciones y ulterior desarrollo de aquella Escuela Positiva, que es llamada también «Joven Escuela del Derecho Penal», «Escuela Sociológica» y aun «Escuela del Porvenir».

Es tiempo, por tanto, de entrar en el campo de ella: de exponer antes para discutir después, los principales principios en que se funda, de examinar sus defectos y sus merecimientos para que la juventud que estudia el Derecho en Colombia pueda hablar de ella con completo conocimiento y no por simpatía o antipatía que sea fruto de prejuicios políticos.

Toda la doctrina de la Escuela Positiva se distingue por la especial orientación que ella da a la génesis del delito y a la personalidad y estructura física del delincuente; considerando el delito como un hecho de naturaleza más sociológica que jurídica y al delincuente como un producto de factores de hechos antropológicos y sociales, según lo cual el hombre delincuente tiene una particular naturaleza antropológica, consecuencia de hechos hereditarios o adquiridos, y es también un producto parasitario del medio social en que nació y en que desenvuelve su peligrosa actividad.

La Escuela Positiva ha pasado por dos fases notables. En la primera fue con César Lombroso, especialmente antropológica; en la segunda, con Enrico Ferri y Rafael Garófalo, principalmente sociológica. Paso a exponer la primera fase.

En el año 1857, B. A. Morel publicaba en París su «Tratado de las degeneraciones físicas, intelectuales y morales de la es-

pecie humana», en que este concepto de degeneración, por primera vez y mediante una vasta concepción científica, fue aplicado a una serie variada de fenómenos morbosos. En las degeneraciones, según Morel, se encontraba el principio de la herencia patológica.

En el año 1860 una obra semejante publicaba Moreau de Tours, intitulada «La patología morbosa en sus relaciones con la filosofía de la historia».

La teoría antropológica de Lombroso y de Virgili, que se desarrolló científicamente en Italia, se basa en la doctrina de Moreau y de Morel. Lombroso en la obra monumental «El hombre delincuente», tuvo el mérito de estudiar como especie secundaria de la antropología general la antropología criminal, de recorrer todos los campos y de recoger una cosecha copiosa de datos, observaciones y deducciones.

La clasificación de los elementos degenerativos del hombre fue hecha por Lombroso en dos grandes categorías: una, de datos anatómicos y morfológicos; otra de datos fisiológicos y psicológicos: en la primera se unen en una teoría los particulares de constituciones orgánicas físicas anormales; en la segunda, las anomalías del organismo fisiológico y psíquico.

El delito, según el antropólogo italiano, es un fenómeno natural en que se manifiesta a menudo un regreso atávico o una herencia que es atavismo próximo. La causa de la degeneración es muchas veces de naturaleza morbosa o epiléptica, la cual estorba el desarrollo normal del organismo intelectual. En consecuencia, según Lombroso, entre delincuencia y epilepsia no hay sino diferencia de grado, pero sustancialmente son idénticas. Esto fue el principio máximo que Lombroso aceptó y divulgó, para explicar el origen del delito y por esto, como recuerda Morselli, Lombroso permaneció indiferente ante los problemas de psicología criminal. El hombre no es, como dijo Lamartine, sino un «Dieu tombé qui se souvient des cieux», un cerebro guiado por órganos inferiores. El deber y el remordimiento, como dijo Luis Proal en su magnífica obra «Le crime et la peine», se manifiestan como hechos materiales y fisiológicos y el delito como una enfermedad cerebral que nada tiene que ver con la responsabilidad moral.

(Después del análisis de la obra de Lombroso, empieza el doctor Córdova a estudiar la obra de Ferri y de Garófalo, especialmente del primero, considerado como el más destacado discípulo de Lombroso. De paso rectifica el doctor Córdova el concepto erróneo que se tiene de que fue Roberto Ardigó el creador del positivismo italiano, cuyos postulados se dice que fueron trasladados por Lombroso al campo antropológico y por Ferri y Garófalo al campo sociológico jurídico. El doctor Córdova establece la diferencia existente entre el positivismo de Ardigó y el de la escuela positiva propiamente dicha. Y concluye así:)

La escuela positiva, con Ferri y Garófalo, negaba en sus orígenes el libre albedrío, la imputabilidad moral y la pena, y sustituía a ellos el determinismo, la peligrosidad del delincuente como causa de providencias definitivas y la responsabilidad

social, como efecto y medida de peligrosidad.

Habiendo distinguido, como ya se ha dicho, los delincuentes en cinco categorías, Ferri dice que el delito es una consecuencia de factores antropológicos que no sólo son físicos y sociales, sino también fisiológicos y psicológicos, considerando generalmente como factores antropológicos todos los que son propios de la persona humana; factores físicos, los que se refieren a los hechos naturales, como el clima, la naturaleza del suelo, las estaciones; y los factores sociales son los que se derivan del medio en que el delincuente vive, especialmente de las costumbres, de la educación, del régimen económico, político y legislativo.

Preguntándose Ferri porqué las penas son ineficaces, ponía las bases de sus conclusiones pesimistas en la ley de la saturación criminosa por la cual en un medio social dado, en ciertas condiciones individuales y físicas, se comete determinado número de delitos, ni uno más ni uno menos; y de esta ley axiomáticamente afirmada, pero no demostrada, deducía un principio definitivo igualmente no demostrado, o sea que los delitos aumentan o disminuyen por un conjunto de razones que son diversas, como él dice textualmente, de las fáciles penas escritas por legisladores y aplicadas por jueces y carceleros.

De ahí su plan de encontrar en una serie de providencias preventivas los medios para suprimir las causas de la delincuencia; de toda su teoría de prevención como sistema de defensa contra el delito y la genial concepción de los sustitutivos penales, correspondientes a todas las causas pacíficas de la criminalidad, o sea causas de orden económico, político, administrativo, religioso y educativo.

De esta manera una importante parte de la prevención de la criminalidad se encuentra fuera del derecho penal, o sea penología, según una expresión usada por muchos.

Cuando Ferri afronta este problema de la penalidad, con su acostumbrada y genial audacia, observa que quien niega el libre albedrío deduce de esta negación la irresponsabilidad moral de los delincuentes y también la ilegitimidad de la pena en el sentido tradicional de retribución de mal por mal; pero agrega luego que esto no importa: queda siempre a la sociedad el derecho y el deber de la defensa contra el delincuente, que de los individuos se traslada a la colectividad, tomando el nombre de lucha por la existencia, que es la misma cosa que «Standart for life», «struggle for life», de que habla Dawin. En consecuencia, para la escuela positiva la única razón para la represión de los delitos se halla en la necesidad imprescindible de su conservación, que se halla en la necesidad absolutamente de su conservación, que apremia y domina los organismos animales, y que tanto en el individuo como en la sociedad debe ser independiente de cualquier elemento de culpabilidad moral del delincuente. Son éstas, más o menos, las palabras textuales escritas por Ferri en su «Sociología Criminal»: en ellas se escucha el eco de la doctrina orgánica de la sociedad, tan errada como seductora según la cual la sociedad se concibe como un organismo humano, con funciones y órganos de inteligencia, de movimiento

y también de digestión, exageraciones de una analogía apresurada y no verdadera, que toda la realidad humana desmiente. Aquí estriba la doctrina de la sanción natural y social. Base de la responsabilidad es la imputabilidad física: basta establecer después de la comisión de un delito que un individuo u otro lo haya efectivamente cometido, que él sea el autor y no otros del hecho criminoso, para determinar la sanción. Y como en la naturaleza y en la vida a cada acción sucede una reacción: por ejemplo, la acción de la llama produce la quemadura, que es la reacción natural de la llama, así mismo a la acción del delito la sociedad contesta con una reacción que es la sanción punitiva.

La responsabilidad social, por tanto, que es la medida de la imputabilidad física del delincuente, se basa en la determinación del grado de peligrosidad del delincuente. Y concluye Ferri: «El derecho de castigar consiste en considerar el delito como un efecto de anormalidad individual y como un síntoma de patología social, la cual pide necesariamente la represión de las tendencias antisociales, el aislamiento de los elementos infecciosos y la curación del medio en que se ven los gérmenes del delito».

De donde deduce la necesidad de cuatro formas fundamentales de sanciones penales, cuyo uso sugiere la sociología criminal, para combatir el delito: la sanción preventiva que tiene relación con aquellos sustitutivos penales de que arriba se ha hablado, que son más de carácter administrativo o político que penales; la sanción reparativa con que se borran las consecuencias antijurídicas y de tal naturaleza es el resarcimiento de los daños; la sanción represiva, que es la más cercana a las penas tradicionales: detención en las cárceles, en las colonias agrícolas para adultos o menores, multas etc; y por último, la sanción eliminativa, que se refiere a la reincidencia y a la delincuencia habitual, estableciendo colonias agrícolas y deportación sin regreso a la patria, institutos penales para incorregibles, etc.

La exposición de las principales doctrinas de la escuela positiva y de su programa de acción para combatir la delincuencia sería incompleta, si no se manifestara el pensamiento de Rafael Garófalo, digno de ocupar puesto al lado de Ferri, aunque en parte notablemente divergente de los conceptos de éste.

Cuando a la verdad se habla de la escuela positiva, se suele a menudo reunir los nombres de sus jefes, Lombroso, Ferri y Garófalo, como si hubieran vivido en perfecta comunión de ideas, porque no siempre y no por todos se conocen y se advierten las notables diferencias que existen entre las enseñanzas de los tres maestros, manifestadas también, en cuanto concierne a Ferri y Garófalo, en ardientes polémicas.

La opinión que del delito ha tenido constantemente Garófalo es de carácter jurídico naturalista y aparece en estructura muy diversa de la concepción biosociológica de Ferri, quien menospreciaba el elemento jurídico y lo rehusaba hasta en sus primeras manifestaciones, mientras que Garófalo quería verlo sustentado sobre nuevas y más sólidas bases. La obra principal de Garófalo, «Criminología», tiene más de cuarenta años. En su exordio se propone cabalmente la cuestión de si es más conveniente

estudiar el hombre delincuente (alusión evidente a la escuela antropológica y sociológica) o el delito. Dice Garófalo: «Ellos no creen necesario determinar objetivamente el fenómeno, es decir, trazar los confines, que separan de todas las otras acciones llamadas delitos, y de aquí viene una cierta elasticidad que dificulta las aplicaciones científicas a la legislación. El hombre delincuente de los naturalistas es el autor de cualquier delito previsto en las leyes de un estado, o sólo de una particular especie de violaciones? La criminalidad, considerada como fenómeno natural y esencial, tiene límites más amplios o más estrechos que los establecidos en el código? Hé aquí la primera duda que surge espontáneamente siempre que se comparan con las leyes penales las conclusiones de los estudios acerca de la criminalidad. Me parece que el punto de partida en una investigación de tal naturaleza debe ser la noción clara de lo que debe entenderse por delito natural.»

Se sabe que con una definición que quiere ser positiva, pero que es bastante metafísica, por delito natural Garófalo entiende el que viole los sentimientos comunes de piedad y de justicia, poniendo fuera de la noción misma muchas otras formas de delitos que tienen origen en normas sociales de carácter variable, las cuales nada tienen que ver con los sentimientos de piedad o de justicia. Por esto también en el campo positivista muchos consideran, no científica, sino arbitraria, la noción del delito natural dada por Garófalo. En los primeros años fue también criticada acremente por algunos positivistas. En el momento actual, en que se plantea un conflicto que hasta ahora ha estado latente, entre positivismo lombrosiano y ferriano antiguo, por una parte, y neopositivismo jurídico, del que hablaré más ampliamente en la próxima conferencia, por otra parte, se atribuye a la concepción de Garófalo la responsabilidad de las nuevas tendencias neopositivistas que tienen más carácter jurídico; de manera que le correspondería la culpa o el merecimiento de la división que se juzga inminente en la escuela positivista, entre antropólogos y sociólogos puros y neopositivistas.

Por lo demás, es claro que la noción sociológica que del delito natural quiso dar Garófalo, es bien diversa de la definición y construcción jurídica del delito, dadas por las leyes vigentes. En todo caso es claro también que la criminología estudiada por Garófalo se refiere exclusivamente al delito y no al delincuente, adoptando precisamente el criterio opuesto al iniciado por Lombroso y por Ferri, quienes examinan el delito al través del delincuente, haciendo del delito sólo un modo de medir la peligrosidad criminal del delincuente, mientras que Garófalo deriva del delincuente los caracteres criminales del delincuente, acercándose en este punto más a la escuela clásica que a la positiva. Pero las dos tendencias positivistas de Ferri y de Garófalo concuerdan en las conclusiones, porque Garófalo acepta resueltamente el principio de la pena indeterminada y en los delitos de sangre más graves, también la pena de muerte. Bajo este aspecto es positivista Garófalo, porque aun cuando funde sus teorías en bases diversas de las de Lombroso y Ferri, se puede considerar como tal por el hecho

de rechazar los principios jurídicos tradicionales de la penalidad, aceptados por la escuela clásica.

La concepción del delito natural de Garófalo fue criticada por Nicolás Colajani, quien escribió también una sociología criminal en 1899, y a la definición de Garófalo contrapuso la suya, diciendo que las acciones punibles son determinadas por móviles y antisociales que estorban las condiciones de vida y no corresponden a la moralidad mediana de determinado país en un momento dado. Más penetrante fue la crítica de Miguel Angel Vaccaro en su obra «Génesis y función de las leyes penales», quien observó que la definición de delito natural dada por Garófalo podía tener valor sólo con relación a los países civilizados y que muchos delitos que todos los códigos prevén y castigan quedan fuera de tal definición.

Sin embargo, es preciso reconocer que Garófalo es un gran ingenio cuyo criterio del delito tiene mucha importancia en el desarrollo de la escuela positiva penal italiana. Tiene asimismo el mérito de haber reaccionado contra las tendencias de la doctrina orgánica de la sociedad de muchos positivistas quienes después de la obra de Chaffle, «Estructura y vida del cuerpo social», han aceptado el concepto de la sociedad, concebida como un organismo viviente.

Así dejo expuesto a grandes rasgos el desarrollo de las escuelas clásica y positivista. Como organización científica, como complejo de doctrinas de tendencias y de fines, ellas estaban ya delineadas cuando en Italia empezó la vigencia del código penal de 1890. La primera, la clásica, podía considerarse entonces ya perfecta y completa; la otra, la positiva, enteramente desarrollada en sus principios básicos. Natural era que el antagonismo de las dos escuelas, la inconciliable divergencia de sus principios y la atrevida seguridad con que la escuela positiva glorificaba anticipadamente su próxima y segura victoria, debían crear un conflicto y suscitar polémicas que duran todavía en Italia. De éstas, y especialmente de las más recientes, que son las más importantes hablaremos en la próxima conferencia, que cerrará este breve ciclo, y en la cual haremos también mención de la progresiva atenuación que los positivistas más jóvenes han hecho al pensamiento de sus maestros, acercándose voluntariamente a las doctrinas clásicas, con la esperanza, a veces confesada, de injertar en el viejo e indestructible tronco de la ciencia tradicional, la parte mejor y más aceptable de las doctrinas positivas.

Habiendo examinado en la precedente conferencia el desarrollo de la Escuela Clásica, los orígenes de la escuela positiva, y su programa de renovación, es necesario ahora exponer, en las ulteriores fases de progreso de las ciencias penales y criminológicas, cuáles fueron los mayores conflictos, cuáles las principales divergencias y cuáles las tentativas de acuerdo, no sin aprovechar la ocasión de expresar cuáles tendencias se manifestaron en los grandes escritores del derecho penal en Italia. Esta expo-

sición constituirá la primera parte de la actual conferencia^a mientras que la segunda estará consagrada a delinear las últimas evoluciones de las dos escuelas, para que quede satisfecho el deseo, que yo adivino en el alma de la juventud colombiana que estudia el derecho, de llegar a conclusiones concretas que nos permitan dirigir una mirada en la sombra del porvenir de la ciencia penal, fijando desde luego algunas orientaciones probables, de las cuales ya aparecen en el horizonte intelectual de Italia las primeras señales anunciadoras.

Las principales objeciones que Lucchini hace a la escuela positiva son las siguientes: de sujetar el derecho penal a la antropología, con los mismos peligros que amenazaron ya la psicología, cuando se intentó subordinarla a la fisiología. El derecho penal con mucha prudencia debe pedir auxilios y luz a la antropología y a la sociología criminales tanto más cuanto más inciertos y deficientes son los orígenes y las conclusiones de estas ciencias. Agrega Lucchini que los positivistas creen ver la identidad de la analogía, llegan a la síntesis cuando apenas han empezado el análisis, incurriendo en el vicio fundamental de extender el estudio de los delitos y de la pena más allá de la esfera jurídica natural y de trasladarlo al maremagnum de la sociología. Lucchini demostraba también que la sociología criminal, no podía sustituirse, como pregonaba Ferri, al derecho penal por la sencilla consideración de que una ciencia penal no puede alterarse bajo el influjo de directivas sociológicas que nada tiene que ver con el derecho. La sociología criminal puede sí ocuparse de delitos, de penas y de delincuentes, pero se ocupará desde el punto de vista sociológico, con el mismo método con que se ocupan de aquéllos, por ejemplo, la estadística y la ciencia de la administración, y esto suele acaecer todas las veces que un objeto de particular importancia tiene que ser analizado desde puntos de vista diversos y se presta a varias órdenes de estudios. Pertenece también a Lucchini el merecimiento de haber hecho una crítica aguda y valiente de la doctrina de la defensa social, sosteniendo que ella implica una triple equivocación: la primera, considerar idéntica la reacción contra el enemigo externo y la que se ejerce contra el delincuente, teniéndolo como enemigo interno; la segunda, confundir el sujeto del derecho represivo, o sea el delincuente, con el objeto (pena); la tercera, no hacer ninguna distinción entre la sociedad y el Estado.

La crítica de Lucchini era tanto más importante, cuanto más notorio era que Lucchini había venido a la ciencia penal, después de haber escrito una obra de filosofía del derecho en que aceptaba el método experimental de estudio en las doctrinas jurídicas y que había acogido con simpatía los primeros estudios de antropología y sociología criminales. Pero Lucchini quien es sobre todo un jurista, si aceptaba en la política criminal la ayuda que los estudios antropológicos y psicológicos podían ofrecer a la ciencia del derecho penal, sostenía también que cada ciencia, permaneciendo en su campo natural, no podía invadir el de actividad ajena. Por esto él combatió entonces y a retibado siempre la voluntad de los antropólogos y sociólogos de la criminali-

dad, de hacer de la ciencia penal un apéndice de sus estudios. He dicho ya en la última conferencia con cuánta perseverancia, tenacidad y clarividencia Lucchini ha mantenido firmes sus posiciones de combate.

Por lo demás, otras críticas se hacían a la escuela positiva en el mismo campo en que ella había nacido y florecido. Luis Patrizi, que fue el genial sucesor de César Lombroso en la cátedra universitaria de Antropología Criminal en Turín, publicaba en 1916 un libro, con el título amonestador «Después de Lombroso-Nuevas corrientes de Estudio de la genialidad y del delito». Patrizi trasladaba la indagación de Lombroso, de la estructura física a la estructura psíquica del hombre, y poniendo las bases de su teoría monogénica del delito, concluía que existen en la organización psíquica del hombre social dos planos superpuestos: el uno está debajo, es más antiguo; en él se asientan el instinto y el egoísmo; el otro está más arriba, es muy débil por ser de formación reciente: en él fijan la voluntad y la razón en sus actividades de inhibición. Cuando el impulso de acción queda en la esfera de abajo y no llega a la de arriba, madura el hecho criminoso, que es por esto una reacción inmediata del instinto, sin intervención directa de la voluntad iluminada y de la razón que ilumina. Con esta teoría cae la diferencia somática por la cual Lombroso había combatido durante toda su vida, entre delincuente nato y delincuente pasional; cae también la diferencia antropológica, fundamental, que Lombroso había sustentado, entre hombre honesto y hombre delincuente; así como, según esta teoría, todos los hombres serían por sustancia delincuentes en potencia. Y entonces cae igualmente la teoría de la anormalidad del delito como consecuencia de la anormalidad del delincuente, que explica la mayor parte de las conclusiones y de las disposiciones penales, a que por derivarse de ella, llegaba la escuela positiva. En este grupo se puede escribir también el nombre de Pedro Siciliani. Desde el año 1889 Siciliani publicaba un estudio muy meditado con el orden título «Las cuestiones contemporáneas y la libertad moral en el jurídico», en que concluía que la libertad moral no se puede considerar ni indeterminada ni determinada de una manera absoluta, sino determinante o sea voluntad libre, sino con la posibilidad de volverse libre por etapas de progresivo desarrollo.

En este concepto se resume la doctrina siciliana llamada de la causalidad psíquica, por lo cual el hombre no se desliga de la naturaleza, sino que se sobrepone a ella. Y proclamando la autonomía del mundo moral, dijo que es indispensable la pena basada, no en lo útil ni en la necesidad natural, sino de una necesidad de restauración moral del delincuente, por la cual la pena alcanza a ser medio de progreso social y autodidáctica, trasladada de la escuela a la cárcel.

Como se ve claramente la doctrina de Siciliani está más cerca al principio clasicista de la libertad de querer en el sentido de voluntariedad, que al determinismo positivista. Una voluntad que puede llegar a ser libre en virtud de educación es una voluntad libre en potencia, aun cuando no lo sea efectivamente en

uno u otro sujeto determinado. El hombre que puede ser libre, debe serlo, porque es obligación suya y de la sociedad realizar esta práctica posibilidad. Y en consecuencia, la acción criminal se pone a cargo de él por virtud de esta libertad potencial, es decir que siempre se le debe declarar moralmente imputable.

Si Siciliani es un negador de la Escuela Positiva, talvez no confesándolo, negador explícito es por el contrario José Tarozzi, quien entre los años de 1886 y 1906 publicó varios estudios en que se ocupa del problema de la libertad. Según Tarozzi, en la naturaleza no se encuentran nunca hechos ignales, sino hechos infinitamente variables. Ahora los dos conceptos opuestos del determinismo y del libre albedrío, suponen ambos la real identidad de causa y efecto, mientras que el hecho volitivo del hombre, aún mezclado con fenómenos nerviosos, no es jamás un hecho físico, lo mismo que el hecho moral, aunque esté ligado a antecedentes psíquicos y morales, nunca se identifica con ellos. Según la bella imagen de Tarozzi, el acto volitivo y el acto moral no son iguales al eco, monótona repetición del sonido, sino más semejantes a las notas musicales, que surgen, sí, de las vibraciones de las cuerdas del instrumento; mas no pueden reducirse a dichas vibraciones. Análogamente la voluntad es libertad psicológicamente en cuanto se considera creadora de un orden nuevo en la sociedad y en la naturaleza, y es libertad moral en cuanto es actividad individual de perfeccionamiento.

Simultáneamente con estas manifestaciones en el campo de la filosofía penalista y de la ciencia del derecho penal, en Francia Bergson hacía de la doctrina psico-fisiológica positivista que, naciendo en el materialismo del siglo XVIII, había dominado un siglo, un análisis penetrante y una crítica instructiva demostrando que el elemento de la conciencia es un «quid» indeterminable e irreductible y rechazando el determinismo relacionado con el problema de la voluntad, porque según él, la evolución creadora (es este el título de su más célebre obra) es absolutamente espontánea y nueva.

Las doctrinas filosóficas de Bergson fueron trasladadas del campo filosófico al campo penal en Italia por Luis Perego, con la obra publicada en 1918, «Los nuevos valores filosóficos y el derecho penal», a la que debe también agregarse la obra «El caso de una doctrina y la aurora de una reforma penal» Perego ha observado que la energía que dentro de nosotros trabaja silenciosamente y se manifiesta en los hechos externos, es única, es la misma tanto en el bien como en el mal, y por esto algunas veces en las peores delitos se logra descubrir luz del altruismo, porque en las obras humanas concluyen y se confunden todas las corrientes, todos los elementos del sentimiento primigenio. Esta es la teoría de la monogénesis determinista expuesta por Patrizzi y ya resumida.

El concepto de Perego sobre la libertad hacía difícil la tarea de basar en éste el otro concepto de imputabilidad. Perego salva esta antinomia con la observación de que la razón está por encima de la intuición; el magisterio penal quiere la restauración del orden espiritual que se realiza esencialmente en el juicio, repre-

sentado por dos elementos: la acusación, que es el apetito del individuo-sociedad, y la defensa que es la nostalgia del sér humano, mientras que la sentencia es la ecuación entre una y otra dirección del espíritu y la pena la resolución de esta antítesis como medida «intermedia entre una instintiva violencia reactiva, dirigida a hacer un mal al delincuente, y una instintiva correspondencia de dolor como sentimiento de piedad en la común y más profunda conciencia del mal.»

En Italia, en estos últimos años, ha alcanzado mucha importancia y desarrollo la filosofía actualista que tiene el gran mérito de averiguar los problemas del espíritu humano con un programa orgánico.

El precursor de esta nueva corriente del pensamiento ha sido el filósofo napolitano Benedetto Croce, quien quiso restaurar, con nuevos valores éticos, la filosofía hegeliana por medio de su filosofía del espíritu. Concebido el espíritu como el móvil supremo de la vida, es inútil discutir el principio de la libertad de querer y de la libertad de obrar. Pero Croce va muy lejos, conciliando la libertad con la necesidad y resolviendo la contradicción mediante la afirmación que el acto de querer no nace en el vacío y por tanto es necesario aun cuando sea libre, porque produce siempre algo nuevo.

Al lado de Croce está Giovanni Gentile que escribió las importantes obras que en estos últimos años han hecho ruido en el campo de la filosofía, especialmente de la Filosofía del derecho: «Teoría general del espíritu como acto puro», publicada en 1918, y «Sistema de lógica como teoría del conocimiento», salida a la luz en 1923. Según Gentile, el proceso del espíritu se desarrolla sólo en sí mismo, y el individual y el universal no son más que momentos individuales de la unidad, por los cuales el espíritu se universaliza individualizándose y se individualiza universalizándose. En el derecho el espíritu se objetiva en frente de la conciencia. El mal no es más que una expresión de esta conciencia, un objeto de su juicio. El delito es una forma particular del mal, es la negación que nuestra libertad hace de la ley, creando un conflicto entre libertad individual y libertad universal. La pena, por tanto, tiene la tarea de realizar la unidad entre la libertad y ley, conciliando términos opuestos.

Discípulo de Gentile, entre los mayores, es José Maggiore, ahora profesor de filosofía del derecho universal de Palermo y antes magistrado y mi colega en el tribunal de Palermo. Maggiore es uno de los varones más cultivados que pertenecen a la corriente filosófica espiritualista, porque posee, con plenitud, la singular virtud de ver los problemas filosóficos profundamente y de hacer aplicación feliz a las varias ramas del derecho. El se propuso en sus importantes trabajos. «El derecho en su proceso ideal» y «La unidad de las escuelas de derecho penal», unificar las escuelas, o mejor dicho, salvar sus divergencias, con una visión más amplia del derecho penal. Maggiore niega tanto el libre albedrío como el determinismo, porque dice que una y otra teoría dan una expresión sustancial del sujeto, mientras que la libertad para la filosofía actualista es la realidad misma del espí-

tu, y la imputabilidad de la acción con el sujeto, en la «súita» por la cual el sujeto se reconoce así mismo en la acción. En este sentido todos los actos son imputables, sean voluntarios o involuntarios, en el significado ordinario de las palabras, es decir tanto si son ejecutados por normales como por anormales. Pero así concebida la imputabilidad, es solamente hipotética, y no se confunde con la responsabilidad, que es la medida moral de la imputabilidad, de manera que la responsabilidad del normal no es igual a la responsabilidad del anormal. Maggiore liga el concepto de la imputabilidad, considerando como pena todo lo que produce sufrimiento y opinando que existen no sólo penas jurídicas, sino también penas naturales y penas morales. Para él la pena «es la responsabilidad en acto, la especificación histórica de principio de responsabilidad; y como la acción pertenece al sujeto, así la pena le pertenece igualmente; en este sentido ella representa su derecho y el medio de reintegrar su humanidad».

En la escuela positiva se ha alejado Adolfo Zerboglio, quien fue uno de los directores de la Revista de Derecho y procedimiento penal, antes de que ésta se fundiera con la Revista «Escuela Positiva», dirigida por Enrico Ferri. Se debe a Zerboglio recientemente una áspera crítica al proyecto de reforma del código penal italiano, ideado por Ferri. Publicando en 1914 su obra «El hombre delincuente», aun cuando mantenía toda su admiración por César Lombroso escribía estas claras palabras: «En el primer tiempo, como muchos otros positivistas, he menospreciado la escuela clásica. Pero ahora no vacilo en declarar que esto acaeció, más por la escasa noción que yo poseía de su vasto y profundo contenido que por sus reales defectos». Preciosa y sincera confesión que podría servir para cuantos, sin meditación, aceptan un credo científico, seducidos por sus primeras y brillantes apariencias.

También Alfredo Pozzolini, que fué una vez secuaz de un positivismo moderno y posibilista, en estos últimos años, con una actividad práctica diversa, ha rechazado la mayor parte de las teorías en otro tiempo aceptadas por él, orientando sus investigaciones hacia una sistematización científico-jurídica de las relaciones penales que pudieran tener más profunda raíz en la idea social.

Así, la distancia entre las dos escuelas de derecho penal se ha reducido notablemente; en la actualidad también por influencia de Sancte De Sanctis, quien no es un jurista sino un médico y un alienista insigne, y se ocupa de doctrinas criminológicas en cuanto puede llegar a una realización jurídica por medio de la experiencia práctica. De Sanctis ha reconocido como aceptable la tesis de la voluntariedad en los hechos criminosos, que es la base de la imputabilidad en el código italiano vigente y principio fundamental de la Escuela Neoclásica y afirma que tal tesis podría aceptarse por los positivistas, olvidando que de antemano, todas las encarnizadas batallas de escuelas se orientaban hacia la cuestión de la voluntariedad o del determinismo en la ejecución de los hechos delictuosos.

Ulteriores lazos hacia el fin de la conciliación de las escuelas

penales en el terreno práctico ha dado Altavilla, quien ha reconocido que la corriente técnica jurídica de la escuela clásica, de que es jefe Arturo Rocco, tiene un segundo porvenir porque ha sabido ser realizadora. En sus últimas manifestaciones Altavilla ha considerado como un error el principio positivista de la responsabilidad legal, reduciendo el mérito de esta escuela al hecho de pregonar un método de investigación que ha humanizado la ciencia penal.

La última de las conversiones en el tiempo es la de Magri, quien ha puesto en su «Teoría de derecho penal», como base del problema penal el principio de dinamismo normal de variedades jurídica, que reciben el influjo de las condiciones del medio social, doctrina que no está lejos de la de Impallomeni y de Carnevale. Termina con acreditar la otra teoría de la normalidad del delincuente, poniendo fuera del derecho penal a los no imputables, que deja a la protección administrativa, según el concepto de Manzini. En un estudio que apareció en la palestra del derecho en julio de 1925, Magri reconoce que el positivismo criminal encuentra sus fuentes de pensamiento en las corrientes materialistas que se desarrollaron en el siglo XIX, según las cuales el fenómeno psíquico es una función y una manifestación de la materia.

Al neopositivismo también cabe adscribir a Eugenio Florián, quien es estimado como el mejor jurista de los positivistas. Tiene el mérito de haber confesado siempre la importancia creciente del elemento jurídico en el campo de la penalidad.

Hoy se puede declarar enteramente vencida la doctrina de Enrico Ferri, quien en su «Sociología Criminal» convertía el derecho penal en un capítulo de la sociología criminal, contra la cual hace más de treinta años surgía Ferdinando Puglia, profesor de derecho penal de la universidad de Messina, a quien con Rafael Garófalo se puede saludar como el precursor del neopositivismo jurídico. Esta tendencia fue aceptada en Italia por Frassati Baviera; en Francia, por Garraud; en Alemania por Listz. Decía Puglia que la ciencia del derecho criminal es una ciencia rigurosamente jurídica, de la que son afines la antropología y la sociología criminal, la estadística penal, y la ciencia administrativa de derecho de prevención, y la ciencia científica que Ferri había combatido en la cuarta edición de su «Sociología Criminal», publicada en 1900.

No puede negarse que a esta obra de acercamiento de las dos escuelas clásica y positiva, un tiempo antitéticamente enemigas, hayan contribuido mucho, de un lado los jóvenes positivistas de que acabamos de hablar y del otro los clásicos más modernos, que ponen el derecho penal fuera de la filosofía y renuncian a discutir del libre albedrío y de la voluntad en el concepto filosófico. Naturalmente cualquier distancia, aún entre los puntos más distantes, disminuye primero y desaparece después si dos individuos se ponen en marcha en direcciones opuestas con el deseo de encontrarse.

Del profesor Carnavale hemos hablado ya; se puede agregar ahora que él participó en el primer momento, junto con el

profesor Alejandro Stoppato de la universidad de Bolonia, en los trabajos de la comisión de reforma del código penal italiano, nombrada en 1919 por el ministro de justicia profesor Ludovico Mortara y presidida por Enrico Ferri. Pero Carnevale y Stoppato dimisieron el cargo en seguida, cuando vieron que la comisión en su mayoría aceptaba en la modificación penal algunas de las normas positivistas más discutidas entonces. Carnevale dando razón de su dimisión combatía el artículo 1º de la comisión, presidida por Ferri, que establecía la responsabilidad legal de los autores y copartícipes de un delito, observando que el principio no sólo materializaba la responsabilidad, sino que suprimía el concepto específico de imputabilidad que anima todo el derecho criminal, quitándole su contenido psicológico.

Más resueltamente Stoppato había sustentado la tesis de que la escuela jurídica penal podía marchar hacia las renovadas exigencias sociales restaurando su valor tradicional, por lo cual él demostró simpatía por el método experimental, por la policía científica y alguna vez también por la pena indeterminada. Análogamente Julio Paoli, quien puede considerarse como un discípulo de Stoppato y secuaz de la doctrina técnico jurídica, había reconocido en el primer momento las ventajas de la pena indeterminada, pero sucesivamente en su libro «Prenociones del derecho penal» publicado en 1914 rehusó aceptar la equiparación de las medidas de seguridad a las penas, opinando que las primeras deben considerarse como providencias de carácter administrativo y de policía.

Una ingeniosa y original tentativa de conciliación entre las dos escuelas ha hecho el profesor Silvino Longhi, profesor de derecho penal en la universidad de Roma y presidente de la sala penal de Casación. La tentativa inteligente y anhelada se ha continuado desde varios años atrás y empezó a desarrollarse con el magnífico volumen «Prevención y represión del derecho penal actual» publicado en 1911, al cual en 1912 siguió otro volumen no menos importante, «Por un código de la prevención de la criminalidad». El segundo completa el primero, porque mientras que en el primero se expone con la mayor claridad el derecho penal actual o sea aquel derecho que vive y se desarrolla hoy en las sociedades modernas, y no sólo el derecho de represión como opina la escuela clásica, ni el solo derecho de prevención como cree la escuela positiva, sino uno y otro reunidos en una superior concepción de prevención y represión reguladas en las mismas normas de procedimiento y de jurisdicción, en el segundo volumen Longhi expone sin vacilaciones, efectivamente, las fórmulas jurídicas del derecho de prevención criminal, al cual da el nombre de «Código de prevención Criminal». Para Longhi, en esta reorganización superior del derecho penal los clasicistas contribuyen con sus perfectas y seculares doctrinas a la reglamentación del derecho de represión, y los positivistas, con sus esfuerzos por garantizar a la sociedad contra los asaltos de los peligros, con sus doctrinas sobre la prevención inmediata del delito.

(Concluye en el próximo número).

V A R I A

PARA BOGOTA, a continuar sus estudios de Derecho, siguieron nuestros condiscípulos Ramón O. Arcila, Luis Guillermo Insignares, Francisco Barrera, Mario Aramburo, Diego Luis Córdoba, Jesús Ma. Arias, Julián Uribe y Francisco Monsalve, miembros los cinco últimos del Centro Jurídico. Lamentamos profundamente que los recientes acontecimientos universitarios hubieran obligado a los distinguidos amigos a emigrar, en busca de un ambiente menos asfixiante y de mayor tolerancia, y les auguramos [a ellos, cuyas luces, talento y consagración honraban a la Escuela] éxitos copiosos en la altiplanicie muisca.

LA ELECCION DE DIGNATARIOS del Centro hubo de adelantarse más de un mes, debido a que entre los «emigrantes» citados se contaban cuatro de los anteriores dignatarios: Córdoba, Presidente; Arias, Vicepresidente; Monsalve, Secretario, y Aramburo, Presidente de la C. F. No cabría en los estrechos moldes de una nota el recuento de las benéficas labores de dichos señores en el desempeño de sus respectivos cargos, y por eso nos contentaremos con dejar pública constancia de la gratitud que para ellos guarda la Corporación.

La nueva plancha de dignatarios del Centro Jurídico es ésta:

Presidente, Emilio Robledo Uribe.

Secretario, Alfonso Restrepo Moreno.

Tesorero, José Gutiérrez Gómez.

Bibliotecario, Francisco Echeverri.

Director de «Estudios de Derecho», Adán Arriaga Andrade.

Administrador, Luis Felipe Ortiz.

Redactor, Julián Cock.

LA CATEDRA DE CRIMINOLOGIA, a pesar de haberse «solucionado» el conflicto estudiantil—como lo han declarado los señores directores—continúa clausurada, con grave perjuicio para un respetable núcleo de estudiantes que tienen derecho a que se les den todas las clases en que han sido matriculados. Pero no es esto lo más grave, sino que a los dos o tres *suavecitos* se les ha premiado

su adhesión a la causa del Principio de Autoridad con una concesión desmesurada. Mientras que todos los alumnos que han recibido la Clase de Criminología, desde su establecimiento hasta ahora, habían sido obligados a un año íntegro de estudios, bajo la dirección de un profesor remunerado excepcionalmente, para poder presentar exámenes definitivos, en cambio a estos dos o tres concessionarios se les ha permitido, en pocas semanas y sin profesor alguno, prepararse a un examen final en que, como era obvio, fueron calificados con la nota máxima. Es evidente que no se ha debido escoger, como *premio de fidelidad*, uno que, a más de perjudicar a los mismos agraciados, por cuanto los obligó a darse un barniz inconsistente de una asignatura tan complicada como importante, entraña una violación de la norma de absoluta igualdad entre alumnos que debiera imperar en nuestras universidades. «Sublata causa, tollitur effectus», y *solucionado* el problema universitario, deben desaparecer todas las medidas....enérgicas que fueron su consecuencia. Pedimos, pues, respetuosamente, que se reabra la cátedra de Criminología; y si esto no es posible, que se haga extensivo a todos los estudiantes matriculados en ella el maravilloso privilegio de *preparar*, sin profesor, en pocas semanas, lo que con profesor hubiera requerido un año.

— —

LAS CONFERENCIAS DE EXTENSION UNIVERSITARIA son uno de los más hermosos proyectos del Centro Jurídico para el presente año. A nadie se oculta la trascendencia de estas disertaciones estrictamente científicas, para las cuales se cuenta con el contingente de eximios profesores de la Escuela y otros notables hombres de ciencia de esta capital. Y si la realización de tan plausible idea se ha demorado, es tan sólo por falta de un local digno del Centro y digno también de los distinguidos conferenciantes, pues, es sabido, contra el pecado de *ridículo* se fulminó excomunión mayor por el pecado de *rebeldía*, y se le proscribió de los locales de la Universidad de Antioquia. Pero algunos ofrecimientos particulares nos hacen esperar que pronto se conseguirá el local adecuado que faltaba, y podremos así ver cristalizado en realidad uno de nuestros sueños más caros. Oportunamente se publicará la lista de los conferenciantes, y el índice de los temas que desarrollarán en sus conferencias.

— —

EXCUSAS muy rendidas solicitamos de nuestros suscriptores y favorecedores por la demora de la presente entrega; pero ciertos acontecimientos de todos conocidos rompieron la normalidad de la vida del Centro y refluyeron, naturalmente, en la regularidad de esta publicación. Hemos dado, empero, los pasos conducentes a la completa y definitiva normalización de «Estudios de Derecho», de modo que pueda salir puntualmente en los primeros días de cada mes.

Por otra parte, deseosos de intensificar la calidad y la cantidad de nuestras producciones de estudiantes—pues-
to que para éstos, en especial, se fundó la revista—, hemos logrado formar un lucido cuerpo de redacción, integrado por la plana mayor de los alumnos de la Facultad. Para los números venideros contamos, además de las publicaciones de los habituales colaboradores nuestros, con trabajos jurídicos de firmas de la seriedad de las de Gilberto Ochoa, R. Serna Bohórquez, Juan Zuleta, Hernán Montoya, Rafael Isaza, Francisco Montoya, Jesús Naranjo y muchas más, las que por una u otra causa hace tiempo no honraban estas páginas.

Para el próximo número podemos anunciar, desde ahora, los Comentarios del distinguido criminólogo, Dr. Rafael H. Duque, a las conferencias del Dr. Córdova, aquí mismo publicadas; un meditado trabajo de Robledo Uribe, «La posesión en Filosofía del Derecho», y un artículo de gran actualidad, «Panamericanismo.....?», de Hernán Montoya.