

Mentes Penales

Revista de ciencias jurídico-penales

Año 9 | No. 3 | Julio-Septiembre 2026


Grandes
Mentes
Penales



Arturo Rocco
El *caposcula* de la escuela de la dirección técnica jurídica

Había mucha expectativa en la segunda mitad del siglo XIX, sobre todo entre las décadas de 1870 y 1890, por la disputa sobre la forma de ver y analizar el derecho penal. En una esquina la escuela clásica de Carrara y, en otra, el positivismo criminológico, representada por Ferri y Lombroso.

Para Carrara, el delito era un ente jurídico, una infracción a la ley penal cometida por una persona con libre albedrío y responsabilidad moral; por lo que el análisis del derecho —sostuvo— debería partir de los principios jurídicos, de la culpabilidad y de la proporcionalidad de la pena.

Para el positivismo criminológico, el delito era otra cosa, afirmó que no existía el libre albedrio, que el delincuente así nacía, que viene predeterminado por factores antropológicos; de modo que el derecho penal debería ser sobre el perfil del delincuente y su peligrosidad.

La polémica fue recia y, entonces apareció Arturo Rocco,[1] el *caposcula* de la dirección técnico jurídica, *indirizzo tecnico-giuridico*.[2]

---

1 Seguida, entre otros por Manzini, Battaglini. Cfr. Márquez Piñero, Rafael. Derecho penal. Parte general. Trillas. México D.F. . 1999; p. 80.

2 "(…) la creación de una auténtica ciencia del derecho penal, y, para obtener esto, el objeto del Derecho Penal debía situarse de nuevo en el derecho positivo, y el método tendría que partir de fundamentos casi exclusivamente jurídicos, y aplica para ello el método dogmático, que

El 15 de enero de 1910 en la universidad de Sassari, Rocco[3] pronunció un discurso con el que nace la escuela de la dirección técnico jurídica, *il problema e il metodo della scienza del diritto penale* y después, en 1913, en su obra *L´oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie Generali del reato e della pena.*[4]

Pieza de oratoria y obra escrita en las que remarcó la necesidad de separar, el estudio técnico de la ley, de la criminología y otras ramas afines o auxiliares del derecho pero que carecen de contenido netamente normativo.[5]

---

había sido exitoso en Europa y específicamente, en Alemania, España e Italia (…).” Rocco, Arturo: El problema del método de la ciencia de derecho penal. En revista de derecho y proceso penal. Roma 1910; p. 497.

3 No confundir a Arturo Rocco con Alfredo Rocco. Arturo es el referente del método de interpretación jurídica mientras Arturo fue una figura política asociada a la codificación fascista conocida como “Codice Rocco” de 1930.

4 Cfr. Treccani, voz: “Rocco, Arturo”, en *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero: Diritto, Istituto dell’Enciclopedia Italiana* (Treccani), Roma, s. f.; disponible en: https://www.treccani.it/enciclopedia/arturo-rocco_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero%3A-Diritto%29/ (consulta: 16 de febrero de 2026). Rocco, Arturo.: *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale (prolusione letta nella R. Università di Sassari il 15 gennaio 1910)*, Milano, 1910; disponible en: https://openlibrary.org/works/OL43510376W/ (consulta: 16 de febrero de 2026). Donini, Massimo.: “El problema del método penal: de Arturo Rocco al europeísmo judicial”, Nuevo Foro Penal, núm. 76, 2011, pp. 55 y ss.; disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4136856.pdf (consulta: 16 de febrero de 2026).

5 “(…) Por momentos todavía se navega en pleno derecho natural o racional o ideal, complaciéndose en ejercicios académicos empapados aún de metafísica y de escolástica; por momentos, en cambio, se detiene uno en medio de un cúmulo de fluctuantes conceptos políticos que puestos al servicio de las tesis más dispares, hacen perder, naturalmente, el tiempo que reclaman para su estudio; por momentos se corre detrás de inasequibles conceptos biológicos, psicológicos o sociales, que cuando, precisamente, son verdaderos y fundados -y están muy lejos

Se le conoce como escuela técnica jurídica porque sostuvo que el derecho debería abordarse como una disciplina dotada de procedimientos racionales, lógicos, metódicos y sistemáticos, una verdadera técnica orientada a la correcta comprensión y aplicación. Con ello, rebasar la consideración de que la interpretación del derecho era solo una mera construcción abstracta, a manera de ejercicio retórico.

Desde esa perspectiva, su propósito consistió en realizar un estudio realista de la ley, atendiendo a su estructura, a su funcionamiento interno y a los criterios que permiten interpretarla con rigor, coherencia y precisión dentro del ordenamiento jurídico.

Expuso que el objeto de la ciencia penal debería ser el análisis de la ley escrita, mediante una exégesis *lege data* limitado a cuestiones solamente jurídicas, rechazando interferencias de cualquier naturaleza diferente, dígase filosóficas o procedentes de la realidad empírica o cualquier otra.

De ahí que propugnara la autonomía científica del derecho penal, separado de la política criminal y ciencias auxiliares que, a lo más, podrían ser disciplinas que sirvan de guía *lege ferenda,* a la ley positiva, pero que no servían para interpretar el derecho vigente.

Aquí, la traducción del texto original de Rocco.[6]

---

de serlo siempre- no sirven para nada, separados de la investigación jurídica. Y constantemente se abandona al desenfrenado deleite de la crítica legislativa y de la reforma de las leyes penales vigentes, a una crítica que, en sus inmoderadas tendencias reformadoras, no encuentra límites, que a menudo incluso desconoce la ley antes de criticarla y que pretende sacudir desde su base casi todo el derecho constituido (…)." Cit. Post Blanco Lozano, Carlos: ¿De veras existe la ciencia del Derecho?. En revista de derecho y ciencias penales: Ciencias Sociales y Políticas. No. 7. Universidad de San Sebastián Chile. 2005; p. 97 y ss.

6 Traducción de Rafael Rosado Cabrera, con auxilio de IA



Arturo Rocco

Abogado y juez penal de primera instancia de la República de San Marino. Catedrático de Derecho penal y procedimiento penal en las universidades de Urbino, Ferrara, Cagliari, Sassari, Siena, Nápoles, Milán y Roma. *Laurea in Giurisprudenza* por la Universidad de Roma. *Libera docenza* en Derecho y procedimiento penal por la Universidad de Pavía.

El problema y el método de la ciencia del derecho penal[1]

Cuán singular y característico es el momento científico actual del derecho penal. En efecto, todos son conscientes de ello, incluso quienes son ajenos a nuestros estudios, y otros, aun recientemente, no han dejado de advertir que la ciencia del derecho penal atraviesa hoy, no solo en Italia, sino también en Francia e incluso en Alemania, un periodo de crisis del cual, tarde o temprano, necesariamente habrá de salir.[2] Sin embargo, esta crisis no depende únicamente, como podría creerse, de irreflexivos afanes de novedad, de tendencias manifiestamente hipercríticas o de hábitos arraigados de diletantismo científico y enciclopedismo forense; encuentra, más bien, su origen en todas las corrientes generales que animan el pensamiento científico contemporáneo. A decir verdad, tampoco es un fenómeno aislado y esporádico que aqueje únicamente al organismo científico del derecho penal, sino que se enlaza con una crisis más vasta y grave que agita todo el ámbito de las ciencias éticas y, por consiguiente, no solo el de las ciencias jurídicas, sino también el de las ciencias políticas, morales y sociales. Con todo, no creo equivocarme si afirmo que, al menos en el campo más restringido de las ciencias jurídicas, pocas presentan hoy un estado de desorganización comparable al que se advierte actualmente en la ciencia del derecho penal. Esta ciencia, cuyo organismo, hace treinta y cinco años, parecía definitivamente consolidado y fortalecido, pues estaba rigurosamente definida en su individualidad e irrevocablemente constituida y sistematizada en cuanto a su objeto, sus límites y sus principios fundamentales y rectores; esta ciencia, que hace treinta y cinco años se exponía de manera tan concordante en el cuerpo de sus doctrinas, se enseñaba unánimemente en las aulas, se respetaba en la práctica y era seguida por la opinión pública, ha quedado reducida ahora a tal estado que, ante las controversias, incertidumbres y dudas que la amenazan, y ante el ambiente de escepticismo y desconfianza formado a su alrededor, cabe preguntarse de nuevo cuál es, en el pensamiento y en la vida social contemporáneos, el problema de su existencia, es decir, cuál es su razón de ser, su misión teórica y su función práctica, y cuál el método que debe seguir para cumplir ese destino científico y práctico. En verdad, aunque ya es muy reducido, casi nulo, el número de quienes, seducidos por una hipótesis antropológica falsa o exagerada, consideran que nuestra ciencia carece de toda razón de ser como ciencia a la vez social y jurídica, subsisten todavía, aunque aisladas, opiniones y tendencias según las cuales debería transformarse por completo en su objeto, contenido, límites e incluso en su nombre, de tal modo que perdiera su

autonomía e individualidad como ciencia jurídica y fuera sustituida por una disciplina sociológica nueva y más amplia, en la cual quedaría absorbida y confundida. Incluso entre algunos de aquellos —que ya constituyen la mayoría— que mantienen firme, frente al predominio de la sociología, la autonomía de la ciencia del derecho penal, la influencia de las ideas nuevas, por una parte, y de las antiguas, por otra, hace que la ciencia del derecho penal se desborde más allá de los límites jurídicos que naturalmente le corresponden.

La producción científica contemporánea del derecho penal se caracteriza precisamente por este estado general de incertidumbre de nuestra ciencia. Esta anda errante, dudosa de sí misma y de sus fines; parece todavía buscarse a sí misma. Y así circulan hoy por las manos de todos tratados, monografías y artículos, así llamados, de derecho penal, ante algunos de los cuales cabe preguntarse, entre otras cosas, si una ciencia que se denomina derecho penal es o no una ciencia jurídica. Hay antropología, psicología, estadística, sociología, filosofía y política; en suma, a veces hay de todo, salvo derecho. Unas veces se navega todavía en pleno derecho natural, racional o ideal, con complacencia en ejercicios académicos impregnados aún de metafísica y escolástica; otras, en cambio, se reposa en medio de un cúmulo de fluctuantes conceptos políticos que, dispuestos a servir a las tesis más dispares, tienen naturalmente el valor efímero que cabe esperar; otras se corre tras evanescentes conceptos biológicos, psicológicos o sociales que, aun cuando sean verdaderos y fundados —y están muy lejos de serlo siempre—, no sirven de nada si se separan de la investigación jurídica. Y siempre hay una entrega al desenfrenado placer de la crítica legislativa y de la reforma de las leyes penales vigentes; una crítica que, en sus desmesuradas tendencias reformadoras, muchas veces no encuentra límites, que en ocasiones repudia la ley antes incluso de conocerla y que pretende sacudir desde sus cimientos casi todo el edificio del derecho constituido. Siempre hay descuido y desprecio —que a veces encubren una incapacidad manifiesta— hacia la construcción dogmática de las instituciones penales sobre la base de los principios del derecho positivo vigente; y, entiéndase bien, no solo del derecho positivo penal, sino también de todo el derecho, público y privado. Siempre se deja de lado la investigación de las razones de necesidad social y conveniencia política que sustentan el derecho constituido; se permanece aferrado a la estrecha y material exégesis de la letra de la ley, todavía más mezquina en el derecho penal por los límites impuestos a su interpretación, para saltar después a la crítica y a la reforma de esa misma ley, como si se gozara en la premura de oponerle aquello que muchas veces no podría sustituirla.[3]

¿Cuáles, en particular, la causa inmediata de semejante estado de cosas? El diagnóstico no parece difícil. La antigua ciencia clásica del derecho penal, primero desconocedora y después olvidadiza de las enseñanzas de la escuela histórica del derecho, había pretendido estudiar un derecho penal ajeno al derecho positivo; se había hecho la ilusión de poder forjar por sí misma un derecho penal distinto del consagrado en las leyes positivas del Estado, un derecho penal de carácter absoluto,

inmutable y universal, cuyo origen debía buscarse en la divinidad, en la revelación de la conciencia humana, en las leyes de la naturaleza o en las leyes del pensamiento y de la idea. Ni siquiera la monumental y gloriosa obra de Carrara había escapado a este vicio de la época, que encontraba en ella su razón de ser;[4] y en el mismo vicio incurrieron también, antes o después, juristas eminentes como Feuerbach,[5] Haelschner[6] y Berner[7] en Alemania; Ortolan[8] y Bertauld[9] en Francia; y Pessina,[10] Buccellati,[11] Canonico[12] y Brusa[13] en Italia, además de otros cuya enumeración sería aquí demasiado larga.[14] Esto constituyó manifiestamente, a nuestro modesto juicio, un grave error, porque llevó a rebasar los límites de la experiencia dentro de los cuales se encuentra necesariamente todo saber humano y, por tanto, también el saber jurídico. La orientación positiva moderna, al igual que antes la antigua escuela histórica, combatió con razón este error; pero incurrió, a su vez, en otro igualmente manifiesto al afirmar, en contra del principio de división del trabajo científico —condición indispensable para el desarrollo del conocimiento humano—, que la ciencia del derecho penal no era sino un capítulo y un apéndice de la sociología. Hoy podemos juzgarla con serenidad. Consiguió, aunque solo en parte, el efecto que se proponía de limpiar el viejo organismo científico del derecho penal de las incrustaciones metafísicas que lo recubrían; pero, poseída por su afán destructor, destruyó incluso allí donde no debía hacerlo y olvidó, sobre todo, el fin que principalmente la movía, esto es, renovar la ciencia del derecho criminal mediante la aplicación del método de la filosofía experimental y positiva y sobre la base de los datos ofrecidos por la antropología y la sociología. En lugar de ello, se detuvo exclusivamente en los medios, es decir, en el estudio de la antropología y de la sociología. Después de someter el derecho y la ciencia del derecho penal a la antropología —más aún, de anularlos en nombre de una antropología falsa— o, por otra parte, de ahogarlos en el gran mar de la sociología, la escuela positiva, pese a algunos méritos innegables, obtuvo finalmente el resultado de acumular a su alrededor un montón de ruinas jurídicas, sin hacer nada para levantar con ellas el nuevo edificio, no diré legislativo, sino al menos científico, del derecho penal que había proclamado querer construir y que todos esperaban que hubiese terminado. Así, al derribar sin reconstruir, acabó por limitarse a la tarea relativamente más fácil, la tarea crítica y negativa, y llegó, en último análisis, a un derecho penal… ¡sin derecho! De ahí ese estado de ansiedad, incertidumbre y perplejidad continua que antes señalábamos como característico del momento científico actual del derecho penal. Por ello, para hablar en lenguaje forense, puede decirse que, en el estado actual de las actuaciones, la ciencia jurídica penal se afana hoy en la atormentada búsqueda de sí misma y que, entre lo antiguo, que a menudo no se sostiene, y lo nuevo, que poco o nada aporta, carecemos hoy de todo principio jurídico firme en materia penal. ¿Es posible que una ciencia prospere y progrese en tales condiciones? Evidentemente no. Nos encontramos precisamente en la situación de los ejercicios militares en la plaza, en los cuales los soldados, después de muchas marchas y contramarchas, permanecen siempre en el mismo punto. Y lo peor es que, si bien la escuela positiva dio a Italia, por una parte, algunas obras a las que, desde ciertos puntos de vista, se debe mucha gratitud, por otra contribuyó, junto con los restos de la filosofía metafísica, a nublar el criterio jurídico

hasta cegarlo. Así, aquel fino sentido jurídico que constituye un orgullo especial del ingenio italiano, aquel fino sentido jurídico que entre los cultivadores del derecho privado es ya una cualidad común y casi no apreciada por hallarse al alcance de todos, se ha convertido en el derecho penal en una virtud rarísima y casi preciosa. Hace veinte años, en el campo de las disciplinas del derecho público, se alzó una voz autorizada, la del ilustre profesor Orlando, quien predicaba el divorcio o, mejor dicho, la separación de estas ciencias respecto de la sociología, la política y la filosofía, y advertía que esta era la única condición para el progreso de ramas tan importantes de nuestro derecho. Su voz no quedó sin ser escuchada. Algo muy semejante podría repetirse hoy respecto del derecho penal, y la advertencia sería sumamente útil y oportuna. Porque, cualquiera que sea la disciplina jurídica de que se trate, siempre es verdad lo que Orlando decía, a saber, que «el criterio histórico, el social, el político, pero sobre todo el filosófico, con las formas más abstrusas de la metafísica más desenfrenada, sofocan el criterio jurídico hasta casi matarlo», y que «donde las nebulosidades de la abstracción filosófica impiden la percepción nítida de los contornos, allí ya no hay derecho, porque el derecho es precisión».[15]

Siendo así las cosas, o nos equivocamos nosotros o no existe otro remedio que este, remedio sencillísimo, al menos al enunciarlo: mantenerse firme, religiosa y escrupulosamente adherido al estudio del derecho. No me refiero a un hipotético derecho natural, racional o ideal, que habría de ser absoluto y, por tanto, único, por deducirse de las leyes invariables de la naturaleza, del pensamiento o de la idea, pero que, en los sistemas mediante los cuales se expone, presenta diferencias incluso mayores que las existentes entre los derechos positivos de los diversos Estados y que, separado como está de sus verdaderas causas, esto es, de las fuerzas sociales que lo determinan, podría llamarse más propiamente derecho sobrenatural. Hablo, en cambio, únicamente del derecho positivo vigente, el único que la experiencia nos muestra y el único que puede constituir el objeto de una ciencia jurídica, como lo es la ciencia del derecho penal y como debe y quiere seguir siéndolo, una vez desmentidos los oráculos de una antropología tan cómoda como inexacta. Al mismo tiempo, es preciso acentuar cada vez más la distinción —no digo la separación— de la ciencia jurídica penal respecto de la antropología, la psicología, la sociología e incluso la filosofía del derecho y la política criminal, sea esta arte o ciencia;[16] y reducir aquella, principal si no exclusivamente, como se hizo desde hace tiempo con el derecho privado, a un sistema de «principios jurídicos», a una teoría jurídica, a un conocimiento científico de la regulación jurídica de los delitos y de las penas, en suma, a un estudio general y especial del delito y de la pena bajo el aspecto jurídico, como hechos o fenómenos regulados por el ordenamiento jurídico positivo. Esta es la orientación denominada técnico-jurídica, la única posible en una ciencia precisamente jurídica y, además, de carácter especial, como la que lleva el nombre de ciencia del derecho penal; y la única de la cual puede esperarse una reconstrucción orgánica de la debilitada estructura científica del derecho penal. Que este sea todavía el único camino para alcanzar semejante resultado es una opinión que parece penetrar poco a poco, aunque casi siempre desde perspectivas limitadas, en la convicción de la

mayoría de los autores, como Loening,[17] Sergiewsky,[18] Merkel,[19] Binding,[20] Liszt,[21] Meyer,[22] Beling,[23] Finger,[24] Vargha,[25] Garraud,[26] Civoli,[27] Manzini[28] e incluso Pessina en sus últimos escritos.[29] Casi podría decirse —permítaseme la expresión— que responde a un estado general de la conciencia jurídica.[30]

Pero aquí veo ya surgir en el horizonte una objeción capital: se dice que semejante distinción entre la ciencia del derecho penal y las ciencias psicológica, antropológica y sociológica, por una parte, y la filosofía del derecho y la política, por otra, no es científica ni prácticamente posible. Se dirá que de este modo se destruye el derecho penal como ciencia, que se lo convierte en un formalismo tan vacío como peligroso; que se reduce la ciencia a un mero ejercicio escolástico de abstracciones teóricas; que se establece entre las diversas ciencias criminológicas un aislamiento celular preñado de consecuencias prácticas sumamente funestas para la sociedad civil.[31]

Pero de ningún modo es nuestro propósito llegar a tal conclusión, ni esta constituye una consecuencia necesaria de nuestras afirmaciones. Lo único que se pretende es que la ciencia del derecho penal, de conformidad con su naturaleza de ciencia jurídica especial, limite el objeto de sus investigaciones directas al estudio exclusivo del derecho penal y, de acuerdo con sus medios, al único derecho penal que existe como dato de la experiencia, es decir, al derecho penal positivo. Se pretende, en consecuencia, que se limite a estudiar el delito y la pena desde el aspecto pura y simplemente jurídico, como hechos regulados por normas de derecho objetivo, esto es, como hechos jurídicos, de los cuales uno es la causa y el otro el efecto o la consecuencia jurídica, dejando a otras ciencias, y precisamente a la antropología y a la sociología criminales, el cometido especial de estudiarlos, respectivamente, el primero como hecho individual y social, es decir, bajo el aspecto natural, orgánico y psíquico y bajo el aspecto social, y el segundo como hecho social.[32]

Ahora bien, al proclamar tal distinción no se pretende en absoluto formalizar el estudio del derecho penal, reducirlo a una abstracción teórica ni aislarlo de la realidad natural y social de la cual brota; ni es este, como antes decía, el resultado necesario de aquella distinción. Cuando se dice que la ciencia jurídica penal estudia el delito y la pena como fenómenos sociales y que la antropología criminal estudia el delito como fenómeno natural, no se hace sino establecer el objeto y los límites de estas ciencias. Y respecto de la ciencia del derecho penal se afirma que tiene por cometido el estudio de la regulación jurídica de aquel hecho humano y social que se llama delito y de aquel hecho social y político que se llama pena; esto es, el estudio de las normas jurídicas que prohíben las acciones humanas imputables, injustas y dañosas, indirectamente productoras y reveladoras de un peligro para la existencia de la sociedad jurídicamente organizada, y, por ello, el estudio del derecho y del deber jurídico subjetivo, es decir, de la relación jurídica penal que, en virtud de aquellas normas, nace de dichas acciones. Este estudio es necesariamente un estudio técnico-jurídico, porque en el conocimiento científico del derecho no se dispone de otros medios que los proporcionados por la técnica jurídica; pero esto no significa que el estudioso del derecho penal no deba asumir en ocasiones la condición de antropólogo, psicólogo y sociólogo, ni tampoco

que en este estudio técnico del derecho no pueda —y, antes bien, no deba— seguirse un método positivo y experimental. Distinción no significa separación y mucho menos divorcio científico. Es precisamente bajo este aspecto, el del método que debe seguirse en la investigación técnica del derecho, como la ciencia del derecho penal —por su naturaleza, ciencia exclusivamente jurídica, encaminada a estudiar el delito y la pena como objetos de normas jurídicas— se enlaza íntimamente, según se verá mejor más adelante, con la ciencia que trata el delito como fenómeno natural, esto es, la antropología criminal, y con aquella que trata el delito y la pena como fenómenos sociales, esto es, la sociología criminal. Y no sucede de manera distinta en lo que concierne a las relaciones del derecho penal con la filosofía del derecho y con la ciencia política. Cuando se afirma que el derecho penal que se pretende conocer científicamente es el derecho penal positivo, el único que existe como dato de la realidad y el único que puede constituir el objeto de una ciencia jurídica especial como la ciencia del derecho penal, de ningún modo se niega que existan necesidades, exigencias o requerimientos sociales que se imponen a la conciencia y a la voluntad del legislador penal y están destinados precisamente a transformarse en derecho positivo: aquellas mismas exigencias que, en su conjunto, modernamente se designan con el nombre de «justicia» y que, en cuanto ya han penetrado en el ordenamiento jurídico, constituyen el fundamento intrínseco del derecho positivo. Tampoco se niega que existan, además de aquellas, aunque no con independencia de ellas, exigencias de conveniencia y de oportunidad política y práctica que vagan fuera del templo del derecho constituido, abren brecha en el derecho penal positivo y preparan también los gérmenes de su futura renovación. Se dice únicamente que las primeras constituyen objeto de un conocimiento filosófico, la llamada filosofía del derecho penal; las segundas, objeto de un conocimiento político, la llamada política criminal —o, más exactamente desde este punto de vista, penal—; mientras que el conocimiento más estrictamente jurídico, el conocimiento científico del derecho penal entendido en su sentido estricto y más propio, se agota, en cambio, en el estudio técnico del derecho penal positivo.[33]

Con ello tampoco se excluye, ni se quiere excluir, que el estudioso del derecho penal deba servirse subsidiariamente del criterio filosófico y del criterio político cuando explica la razón de ser de las instituciones jurídico-penales en el Estado y en la sociedad actuales,[34] e incluso cuando, deliberadamente —y, por lo demás, de manera secundaria—, procede a investigar lo que el derecho penal positivo debería ser y elabora así las futuras reformas legislativas. Pero en tal caso sigue siendo cierto que la investigación propia y estrictamente jurídica debe mantenerse distinta de la filosófica y política, si se quiere evitar una intrusión e injerencia ilícita y peligrosa de elementos filosóficos y políticos en la límpida lógica de la investigación jurídica; y no debe olvidarse que una cosa es el derecho, otra la filosofía y otra la política. De este modo, el jurista penalista que se adentre en estas dos últimas investigaciones deberá proceder con plena conciencia de lo que indaga y saber —y hacer saber— que, en ese momento, se despoja de la toga del jurista para vestir el hábito, no menos severo, del filósofo y del cultivador de la ciencia política. Y no se crea que se trata aquí de una mera cuestión de forma, ni parezca lo nuestro un amor excesivo por el sistema y un celo demasiado

ferviente por inútiles —y quién sabe si acaso peligrosas— aduanas científicas. O me engaño de manera singular, o la causa principal, si no la única, de los males que hoy se lamentan en nuestra ciencia depende precisamente de la descuidada observancia de los límites que separan las diversas ciencias criminológicas, de la confusión que se ha producido no solo entre el objeto, sino sobre todo entre la naturaleza y los fines respectivos del derecho, la sociología, la antropología, la filosofía y la política criminales. También aquí se ha producido aquel fenómeno tan agudamente señalado por Icilio Vanni, según el cual «el momento en que una disciplina emprende nuevos caminos y procura aprovecharse de otras ciencias que han progresado a su alrededor le ofrece la fácil seducción de extenderse ilegítimamente más allá de su propio campo, perdiendo las ventajas de la división del trabajo».[35] Así pues, también en el ámbito de las ciencias criminológicas es preciso restablecer el orden y que cada una vuelva a ocupar su lugar natural; si se quiere que, mediante una coordinación común y consciente, cada cual viva una vida próspera, fecunda en consecuencias prácticas. Así lo exigen la necesidad de la especialización científica, en la que hoy se resume todo progreso del saber humano, y la ley de la división del trabajo científico, que preside inexorablemente el pensamiento humano y que no es solo producto de una necesidad subjetiva de la mente del hombre, limitada y débil como nuestra naturaleza, sino también consecuencia de una necesidad objetiva que brota de la realidad de la vida individual y social, de la variedad y complejidad de los fenómenos que la constituyen.[36]

Esta es, pues, principalmente, si no exclusivamente, la tarea y la función de la ciencia del derecho penal: la elaboración técnico-jurídica del derecho penal positivo y vigente; el conocimiento científico, y no simplemente empírico, del sistema del derecho penal tal como es en virtud de las leyes que nos rigen. No hay quien no advierta la utilidad de semejante organización y sistematización lógica —y de ningún modo digo formal— de los principios del derecho penal vigente. Esta procura proporcionar a quienes, por su misión en la vida social, están llamados a interpretar y aplicar el derecho, ya sea combatiendo como abogados, ya decidiendo como magistrados, el conocimiento científico de las normas del derecho mismo; procura proporcionar al intérprete, jurista o magistrado, cuanto resulta necesario para la administración práctica de la justicia; procura, en suma, hacer provechosa la ciencia jurídica en el terreno práctico de la aplicación judicial, así como mantener la vida práctica cotidiana del derecho a la altura de un conocimiento científico de la ley. Su función benéfica tampoco se agota aquí. Al elaborar técnicamente los principios del derecho positivo, hace madurar y fecunda asimismo, en las entrañas del derecho vigente, los gérmenes del derecho futuro, y se convierte en instrumento de progreso jurídico y civil, puesto que, si no es posible reformar el derecho sin conocer toda la fuerza de los principios que contiene y que puede transmitir a las legislaciones venideras, por otra parte, el conocimiento científico del sistema del derecho vigente ayuda poderosamente a extraer de su intimidad el sistema del derecho futuro.

Pero ¿en qué consiste, más propiamente, este estudio técnico del derecho penal positivo, este tecnicismo jurídico? Acerquémonos a él y mirémoslo de frente: no haberlo conocido bien ha llevado a más de uno a no comprender su elevada dificultad e importancia. Toda ciencia posee su técnica particular; y por técnica se entiende el conjunto de medios y procedimientos lógicos, metódicos y sistemáticos que le son específicos y de los cuales se sirve para alcanzar sus propios fines.[37]

Así ocurre también con la ciencia del derecho en general, o jurisprudencia. También la ciencia del derecho tiene su técnica particular; una técnica, además, de casi tres mil años, perpetuada a través de los siglos y transmitida por los jurisconsultos romanos a los modernos, maestros de todos en el arte de estudiar el derecho. La determinación de estos criterios técnicos no es fácil, porque el arte de estudiar técnicamente el derecho, como todo arte, se siente más de lo que se expresa y se aprende por cuenta propia más de lo que se enseña a otros, pues es fruto de experiencias y observaciones ensayadas personal y sucesivamente; por ello resulta más fácil poseer de él una noción empírica, superficial y aproximada que una noción científica, profunda y exacta. Sin embargo, y afortunadamente, esta determinación no es imposible. Dada la índole común de las diversas ramas del derecho y la naturaleza común de las distintas relaciones jurídicas en cuanto tales,[38] antes de renunciar a encontrar los criterios técnicos para el estudio del derecho penal en razón de su menor madurez científica, es preciso averiguar si existen otras ciencias jurídicas cuyo progreso científico, desde el punto de vista técnico, se encuentre tan avanzado que pueda ofrecernos modelos de procedimientos técnicos para el estudio del derecho en general y del derecho penal en particular. Entonces no podemos dejar de advertir este hecho: mientras la ciencia del derecho penal presenta graves imperfecciones, especialmente desde el punto de vista técnico y sistemático, las ciencias del derecho privado, civil y mercantil, y algunas ciencias del derecho público, como el derecho administrativo y acaso también el derecho procesal civil, muestran una perfección técnica que, al menos respecto de alguna de ellas, difícilmente podría desearse mayor. ¿Cuál es la consecuencia de esta observación? La consecuencia manifiesta es que el primer y más general criterio que puede ofrecerse para un estudio técnico del derecho penal positivo que pretenda ser útil a la ciencia y a la vida consiste en seguir el camino seguro y confiable trazado primero por los estudiosos del derecho privado y después por los del derecho administrativo y procesal, camino magistralmente recorrido y por el cual parecen avanzar ya con paso firme también el derecho constitucional y el derecho internacional, apropiándose al mismo tiempo de los procedimientos característicos de aquellas ciencias que, como el derecho privado, constituyen ejemplos evidentes de una técnica jurídica perfeccionada. Sin embargo, dicho esto, se habrá dicho demasiado y demasiado poco. Demasiado para quien se encuentra natural y afortunadamente dotado de sentido jurídico, criterio e intuición del derecho; demasiado poco para quien carece de ellos. Debemos, por tanto, sin abandonar este mismo orden de ideas, buscar un criterio menos genérico y más concreto, menos didáctico y más científico. Si observamos más de cerca el modo de proceder propio del conocimiento científico del derecho positivo, especialmente en el campo del derecho privado, pero también en el

del derecho administrativo, el derecho procesal civil y el derecho en general, veremos que los medios técnicos de que dispone este conocimiento se resumen exclusivamente en tres órdenes de procedimientos e investigaciones: 1.º una investigación exegética; 2.º una investigación dogmática y sistemática; 3.º una investigación crítica del derecho.[39] Precisamente en estos tres órdenes de investigaciones debe consistir el estudio técnico del derecho penal positivo; naturalmente, adquirirán una fisonomía especial por la naturaleza particular del derecho al cual se aplican.

1.º) La primera investigación que debe realizar la ciencia del derecho penal es de índole exegética. No repetiré en qué consiste la exégesis, cómo se detiene en el mero examen del documento legislativo y se desarrolla mediante la interpretación de la ley, siguiendo el orden adoptado por esta; son nociones tan comunes que podrían parecer vulgares. Tampoco me detendré en la doctrina de la interpretación de la ley en general y de la ley penal en particular, aunque considero que esta doctrina, elaborada hasta ahora principal, si no exclusivamente, por los estudiosos del derecho privado y para los fines de este, necesita una revisión crítica fundamental en la parte relativa a la interpretación de las leyes penales. Solo deseo formular unas pocas observaciones al respecto. La primera pretende señalar una mala costumbre, o mejor dicho un error, introducido especialmente en nuestra práctica judicial. Se ha creído que la prohibición establecida por el artículo 4 de las disposiciones preliminares del Código Civil y por el artículo 1.º del Código Penal, de extender las leyes penales más allá de los casos expresados en ellas, ataba por completo las manos del intérprete que se dispone a captar el alcance íntimo del precepto legislativo penal; de este modo, la interpretación y aplicación de las disposiciones de la ley penal se redujo con frecuencia a un automatismo mecánico y estrecho, consistente en comprobar, diccionario en mano, si se habían verificado de hecho las hipótesis literal y rigurosísimamente previstas por el legislador penal. Gravísimo error. La prohibición mencionada no excluye, sino que incluye y presupone la interpretación lógica, y no solo gramatical, de la norma legislativa, esto es, la determinación del pensamiento y la voluntad de la ley y también de su razón justificativa; tampoco debe exagerarse su alcance tomando como pretexto expresiones poco exactas para evitar aplicar la ley a casos verdaderamente comprendidos en ella. Pero hay más. La interpretación de la que hablamos puede ser no solo restrictiva, sino también extensiva y modificativa: haber considerado que las disposiciones antes citadas excluyen de manera absoluta, o siquiera parcial, la interpretación extensiva y, por consiguiente, la modificativa o correctiva en el campo del derecho penal, constituye otro error tan grave como común de nuestra doctrina y, todavía más, de nuestra práctica judicial. Lo que se prohíbe al intérprete en materia penal no es la interpretación extensiva de la norma legislativa, sino únicamente la interpretación analógica, y aun esta —como diré más adelante para no repetirme— dentro de ciertos límites nada insignificantes. Por notable que sea la semejanza entre una y otra forma de interpretación jurídica, la diferencia es tan profunda y esencial, y tan conocida por todos que, sin necesidad de repetirla, puede afirmarse justamente que no es lícito confundirlas en una exclusión común del ámbito de las normas de derecho penal.[40]

La segunda observación, ciertamente no nueva, pretende prevenir contra la exageración y el abuso del sistema exegético. La exégesis —como se sabe— no es sino la primera forma, la primera manifestación del estudio científico del derecho: forma necesaria, sí, pero también la más baja. ¡Ay de quienes subordinan el conocimiento científico del derecho al puro, estrecho y material comentario exegético de la letra legislativa! Sin embargo, este error es más común de lo que se cree entre la mayoría de los penalistas, en especial los pertenecientes al grupo de los prácticos, a quienes la falta de aptitud especulativa, la carencia de hábito científico y la ineptitud y falta de costumbre para la abstracción impiden ir más allá del modesto y pedestre examen del documento legislativo. El comentario puramente exegético, delicia de ciertos escritores, por lo común mediocres, considerado en sí y por sí, es una forma de producción literaria científicamente inferior, una especie de degeneración del llamado elemento práctico del derecho; pues sigue siendo cierto, aunque se diga y repita comúnmente, que en el comentario exegético no se hace ciencia, sino que, a lo sumo, se introduce algo de ciencia, y que el estudio exegético constituye solamente una parte, y no la más noble y elevada, de la ciencia del derecho. Exagerado y llevado al abuso, convierte la ciencia jurídica en una árida casuística. «La interpretación exegética —señala Orlando, entre otros— destruye el espíritu diferencial de las ciencias jurídicas».[41] El derecho penal es ciertamente distinto del derecho privado y este del derecho público; pero comentar un artículo del Código Penal no es algo distinto de comentar un artículo del Código Civil o del Código de Comercio.

2.º) Estas pocas observaciones acerca de aquella primera forma de actividad científica que es la exégesis nos facilitarán comprender la naturaleza de la otra investigación que debe realizar la ciencia del derecho penal y que hemos llamado investigación dogmática. La investigación dogmática es, como la propia palabra indica, la investigación descriptiva y expositiva, dogmáticamente realizada, de los principios fundamentales del derecho positivo en su coordinación lógica y sistemática; aquella que los alemanes denominan, con expresión un tanto bárbara, construcción de las instituciones y relaciones jurídicas, y que otros llaman tratamiento «sistemático» del contenido del derecho vigente —Merkel, Filomusi—. El derecho es vida: fenómeno también social y, más aún, el más importante de los fenómenos sociales, es un organismo que posee existencia, causas y leyes propias, que el jurista debe descubrir en sus mismas entrañas inexploradas. La exégesis, aun en su sentido más elevado, solo nos proporciona el conocimiento empírico del derecho; la dogmática jurídica, mediante el conocimiento sistemático de las normas jurídicas puestas en relación recíproca para descubrir sus uniformidades y determinar sus causas, fundamentos y principios, nos ofrece, en cambio, el conocimiento científico del derecho mismo. En relación con la exégesis, que es la ciencia de la ley, ¡puede llamarse verdaderamente la ciencia del derecho! Cuando la interpretación, no solo literal sino también lógica, ha cumplido su cometido, se abre el camino, mediante la analogía y los principios generales del derecho —artículo 3 de las disposiciones preliminares del Código Civil—, al desarrollo de los conceptos contenidos en las normas jurídicas fijados por aquella. Entonces, según las escultóricas palabras

de Scialoja, conviene partir de las disposiciones legales y, mediante la abstracción, ascender de concepto en concepto, generalizando cada vez más; y, al descender nuevamente de lo general a lo particular, se juzgará, por decirlo con Aristóteles —Ética nicomáquea, V, 10—, «como el propio legislador habría dicho si hubiese estado presente», como habría dispuesto si hubiera previsto los hechos y las relaciones que no reguló y que precisamente se trata de regular.[42]

De este modo, la ciencia jurídica construye dogmáticamente el sistema de los principios del derecho vigente. El conocimiento metódico y sistemático de tales principios resulta sumamente útil para la fecunda y vigorosa aplicación del derecho. Como el olmo fuerte sostiene a la hiedra tenaz, así la dogmática jurídica sostiene la investigación exegética, que se abandona a ella confiada y segura; vuelve orgánica la interpretación de la ley, mecánica por sí misma, e ilumina y orienta al intérprete ante los ambiguos silencios legislativos, las tortuosas asperezas de la práctica y la multiforme variedad y complejidad de los casos y supuestos jurídicos. Pero surge una grave duda. ¿Es realmente posible y útil semejante construcción dogmática de los principios del derecho positivo vigente en el campo del derecho penal? ¿No encuentra un obstáculo insuperable, que al mismo tiempo le quita toda razón práctica de ser, en la norma establecida por el artículo 4 de las disposiciones preliminares del Código Civil y por el artículo 1.º del Código Penal, que, bajo formas distintas, prohíben al juez fundarse en la analogía y, con mayor razón, en los principios generales del derecho —artículo 3 de las mismas disposiciones— para aplicar una pena? Pienso que no. Lo único que se prohíbe al juez es elevar a delito un hecho y aplicar a su autor una pena fuera de toda previsión legislativa expresa; al hacerlo usurparía una función que el legislador, por una evidente consideración de equidad social y conveniencia política —la tutela de la libertad civil—, quiere reservar exclusivamente para sí. Pero esto no significa que la función del juez penal como intérprete del derecho vigente deba reducirse siempre a una forma inferior de interpretación. La prohibición de la analogía y de los principios generales del derecho en materia penal tiene una eficacia mucho más limitada de lo que suele creerse. Ante todo, no rige íntegramente para las leyes procesales penales, que ni prohíben acciones bajo amenaza de pena —artículo 1.º del Código Penal y artículo 4 de las disposiciones preliminares del Código Civil— ni, por otra parte, «restringen el libre ejercicio de los derechos de los ciudadanos» en todas sus disposiciones —artículo 4 de las disposiciones preliminares del Código Civil—. Pero tampoco respecto de las leyes penales propiamente dichas impide que el juez recurra tanto a la analogía como a aquellos principios para decidir todas las cuestiones de derecho penal —y no son pocas— que no consisten en determinar si un hecho acerca del cual el legislador guardó silencio puede revestir carácter delictivo, o si una circunstancia no mencionada por el legislador puede tener el carácter de agravante de la pena establecida para determinado delito. No es posible precisar cuáles ni cuántas son estas cuestiones, aunque resulta fácil imaginarlas; pero, para limitarnos a un ejemplo sencillo, ¿quién podrá negar la posibilidad de recurrir no solo a la analogía, sino también a los principios del derecho penal positivo en todas aquellas cuestiones jurídicas surgidas al aplicar disposiciones que, lejos de imponer una pena, tienen el efecto de excluir su aplicación en ciertos casos

o incluso de sustituir penas más graves por otras menores? ¿O en aquellas cuestiones encaminadas a determinar conceptos jurídicos supuestos pero no definidos por el legislador en sus disposiciones? Por ejemplo: artículo 9, párrafo segundo, del Código Penal, «delitos políticos»; artículo 366, núm. 2, «premeditación», etcétera. En todos estos casos y, en general, siempre que se trate de interpretar normas jurídico-penales que no sean penalmente imperativas o prohibitivas, sino permisivas —por ejemplo, artículo 49, núms. 2 y 3, del Código Penal—, negativas —artículos 44, 45, 46, 49, núm. 1, 53, 85, 86 y 91— o declarativas —artículos 155, 191, 207, 263 y 470—, es lícito al juez penal acudir a los principios generales del derecho y a la analogía; si así no fuera, puesto que necesariamente debe resolver en uno u otro sentido los problemas surgidos de la aplicación de la ley, no podría dictar sentencia alguna.[43]

Dicho esto, resulta evidente la posibilidad y utilidad práctica de una construcción dogmática y sistemática de los principios del derecho penal positivo, antes puesta en duda: esta debe aportar valiosas contribuciones a la labor cotidiana de aplicación judicial de la ley vigente. He dicho utilidad práctica, no científica, porque esta resulta tan manifiesta que me parecería perder el tiempo al destacarla.[44]

Por lo demás, y es cosa conocida, una clase de utilidad está tan vinculada con la otra que Jhering pudo señalar justamente cómo, a menudo, la solución de una sola cuestión teórica puede proporcionar la clave de toda una serie de cuestiones prácticas que en vano se procura aclarar de manera indirecta.[45f]

Insisto gustosamente en la necesidad y la importancia de esta investigación que hemos llamado dogmática, porque precisamente a su descuido se debe la lamentada imperfección técnica actual del derecho penal. Si nuestra ciencia necesita una reforma, esta debe comenzar ante todo por una revisión dogmática, por una determinación nueva, más precisa y correcta y, al mismo tiempo, más moderna, de los conceptos jurídicos fundamentales. Esta determinación es dificilísima; en el derecho penal más que en cualquier otra rama del derecho, como se comprende fácilmente con solo detenerse a reflexionar. El derecho penal es un derecho de naturaleza especial: posee particularidades características que, al tiempo que lo distinguen de todas las demás ramas del derecho, lo vinculan indisolublemente con ellas, especialmente para fines científicos. Esta naturaleza especial del derecho penal se resume diciendo que posee el carácter de un derecho ciertamente autónomo y primario, pero que, no obstante, complementa con sus preceptos y sanciones todas las demás ramas del derecho.[46] En efecto, su cometido particular consiste en tutelar coactivamente, mediante la amenaza y la imposición de la pena, los bienes e intereses humanos, los bienes de la existencia individual y social cuya lesión —el delito— revele y produzca al mismo tiempo un peligro para la existencia de la sociedad jurídicamente organizada.[47] Ahora bien, estos bienes e intereses tutelados por el derecho penal se encuentran a menudo —si no siempre— ya protegidos jurídicamente, sin el reconocimiento de la voluntad que los persigue o mediante él, y por ello constituyen con frecuencia bienes e intereses jurídicos, individuales o colectivos, o incluso verdaderos derechos subjetivos, privados o públicos, de los particulares o del Estado. Y puesto que estos bienes e intereses pueden ser infinitamente diversos —desde la vida hasta el honor,

desde el patrimonio hasta la libertad personal, desde la moral doméstica hasta el secreto epistolar—, también pueden ser infinitamente diversos y pertenecer a las más distintas ramas del derecho los bienes e intereses jurídicos o los derechos subjetivos que les corresponden. La naturaleza de los delitos que violan estos intereses jurídicos o derechos no puede, en tales casos, determinarse jurídicamente —lo que equivale a decir científicamente— sin haber determinado y establecido previamente la naturaleza de aquellos intereses jurídicos o derechos; conocimiento que implica, al menos en la hipótesis considerada, un saber siquiera elemental y fundamental de todas las demás ramas del derecho público y privado. Precisamente en este sentido, en cuanto el derecho penal, aun conservando su independencia, se proyecta algunas veces con una función complementaria y tutelar sobre todos los campos del derecho, es justo afirmar que el conocimiento científico del derecho penal implica, de manera subordinada pero inobjetable, el conocimiento científico de todas las demás ramas del derecho y que encuentra —permítaseme la expresión abusada— sus têtes de chapitre en todas las restantes ciencias jurídicas especiales.[48]

¡Qué vasto y en ocasiones inexplorado horizonte de estudios se ofrece aquí al penalista, aunque lo contemple desde su particular punto de vista! Pero ¡qué estudio tan necesario, más aún, indispensable! Inténtese conocer científicamente los llamados «delitos contra la propiedad» sin conocer, al menos en sus líneas fundamentales, el sistema de nuestro derecho privado, civil y mercantil. Inténtese estudiar científicamente los delitos contra la administración pública sin conocer los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico-administrativo; o los delitos contra la administración de justicia sin conocer los rasgos característicos y fundamentales de nuestro derecho procesal y de nuestra organización judicial; o los delitos contra el Estado o la libertad sin conocer los pilares de nuestro ordenamiento constitucional. Los resultados serán científicamente tan nulos que no irán más allá de la simple reproducción de los artículos de la ley, acompañada de la exposición de las pequeñas controversias exegéticas relacionadas con ellos: ¡resultados indignos del nombre de ciencia! Pero, aun sin buscar en otros órdenes científicos distintos del nuestro la necesidad, importancia y dificultad de una elaboración dogmática del derecho penal, esta se revela prima facie en la parte de nuestra ciencia que suele llamarse «general». Es un hecho que, mientras los autores siguen acumulando capítulos y capítulos con la ilusoria pretensión de resolver el bimilenario y quizá irresoluble problema del libre albedrío, y mientras todavía nos perdemos en disputas, a veces bizantinas y siempre interminables, acerca del «fundamento» del derecho de castigar y sobre otros temas que, para el fin inmediato y práctico de nuestra ciencia, solo tienen importancia accesoria, los verdaderos problemas jurídicos fundamentales se encuentran en ocasiones tan descuidados que únicamente un laborioso esfuerzo bibliográfico permite hallar alguna huella de ellos. ¿Es posible, por ejemplo, un derecho penal sin que la idea del Estado y de su personalidad jurídica sea tan clara y habitual como puede serlo el concepto de capacidad jurídica en el derecho privado? Sin embargo, todavía pueden leerse en nuestros autores modernos numerosas páginas dedicadas a discutir la artificiosa hipótesis de la sociedad-organismo, pero se encontrarán muy pocas que sitúen el concepto del Estado y de

su personalidad jurídica en el campo del derecho penal. ¿Y acaso nuestro moderno derecho penal no carece todavía, casi por completo, de aquella teoría de los derechos públicos subjetivos, individuales y estatales, tan común ya en el campo del derecho público interno y tan esencial también para la rama de este que es el derecho penal? Entonces, ¿cómo puede esperarse una reconstrucción dogmática de nuestro derecho penal positivo cuando falta incluso aquello que constituye el presupuesto de toda construcción jurídica, esto es, la determinación de las relaciones jurídicas de que trata nuestra ciencia, de su contenido, sus sujetos, su nacimiento, modificación y extinción? Rebasaría los límites que me he fijado si dedicara a la elucidación de este punto tan esencial de la investigación jurídico-penal algo más que una indicación fugaz; pero no puedo dejar de expresar mi arraigada y profunda convicción de que no será posible una sistematización científica de nuestras disciplinas desde el punto de vista jurídico mientras no se establezcan la naturaleza y los caracteres de las relaciones jurídicas que, en el campo del derecho penal sustantivo, median entre Estado y súbdito, entre Estado y reo, entre Estado y ofendido y, en el campo del derecho procesal penal, entre partes y juez, y entre parte y parte.[49]

La ciencia del derecho posee elementos propios con los cuales trabaja y sin los cuales no puede realizar investigación alguna, por mínima que sea. Estos elementos son normas jurídicas, esto es, relaciones jurídicas; son sujetos capaces de derechos y deberes, es decir, personas jurídicas —hombres o colectividades humanas—. Fuera de ellos no existe ciencia del derecho, ni tampoco ciencia del derecho penal.[50] No haber comprendido y respetado siempre esta verdad —en verdad muy sencilla, pero no por ello menos importante— ha permitido que el campo jurídico-penal sea invadido por heterogéneos conceptos políticos y filosóficos y, sobre todo, por siniestros fantasmas del mundo antropológico y extrañas figuras sociológicas que atraviesan la escena del derecho y la atestan, para creciente desesperación de los espectadores.

3.º) Después de la exégesis y de la dogmática viene en tercer lugar la investigación crítica, la última de que dispone la ciencia del derecho. La exégesis y la dogmática nos han permitido conocer el sistema del derecho vigente; nos han dado el derecho tal como es en virtud de las leyes que nos rigen. Surge ahora la exigencia de una investigación ulterior que, no satisfecha ya con conocer el derecho tal como es, se pregunta si posee, y hasta qué punto, necesidad y razón de ser y si, eventualmente, debe sustituirse por un derecho distinto. Esta es la investigación denominada crítica y que suele llamarse también investigación del derecho por constituir.

Como es sabido, la crítica puede desplegarse de dos maneras. Al dirigirse a instituciones reconocidas y consagradas por el derecho vigente, puede reclamar reformas destinadas a modificar su regulación o incluso a abolir su existencia jurídica; pero también puede volver la mirada hacia atrás, a través de la historia, o dirigirla hacia delante, a través del derecho de otras naciones, para fijar su atención en instituciones que el derecho positivo vigente aún no consagra y pedir al nuevo derecho su reconocimiento legislativo. Así como son distintos sus modos de manifestarse, también son distintos los medios de los cuales se vale la investigación crítica. El primer sistema de crítica limita su acción al ámbito mismo del estudio del derecho positivo vigente: al extraer,

mediante la deducción lógica, los teoremas y corolarios del derecho vigente, muestra las desigualdades, antinomias y desarmonías existentes en el derecho tal como es, así como su imposibilidad práctica para alcanzar los fines sociales y políticos queridos por el legislador. Esta forma de crítica —no conocida por todos, en verdad, y practicada por muy pocos— constituye una parte viva de la elaboración dogmática, hasta el punto de poder afirmarse que se integra en ella, pues extrae la previsión del derecho futuro de los recovecos íntimos del derecho actual; en pocas palabras, es la crítica deducida de los principios mismos y de la aplicación práctica del derecho positivo vigente, la crítica jurídica. Sin embargo, por lo general una ley no puede criticarse sobre la base de los principios y del sistema del derecho vigente, sino a partir de valoraciones de orden social o político. La tarea de juzgar, criticar y reformar el derecho penal vigente desde estos dos últimos aspectos, social y político, corresponde precisamente a la filosofía del derecho penal y a la política criminal —o mejor, a aquella parte de ella que podría llamarse política penal—, las cuales, situándose en el punto de vista del legislador penal, nos indican, sobre la base de las necesidades sociales y de las oportunidades políticas, cuáles son los mejores medios represivos de lucha contra la criminalidad —ciencia del derecho penal de lege ferenda, ciencia o arte de la legislación penal—.[51]

Y aquí procede una observación fundamental. Sea cual fuere la clase de crítica de que se trate, ya beba en la fuente de las exigencias lógicas del sistema y de las exigencias prácticas de la aplicación del derecho positivo vigente, ya en la de las necesidades sociales, o bien en la de las conveniencias y oportunidades políticas, esta debe ser una regla ineludible para el jurista: no internarse por el cómodo camino de la crítica sin atravesar antes el áspero y difícil puente de la investigación exegética y, sobre todo, de la investigación dogmática y sistemática. La investigación exegética y la dogmática, unidas, recíprocamente equilibradas y armónicamente conducidas, deben proporcionarnos —y nos proporcionan— lo que es el derecho positivo, en sí mismo o en los principios que lo inspiran. No es lícito correr hacia la crítica antes de agotar completa y concienzudamente estas investigaciones, pues no es posible criticar aquello que, al menos científicamente, todavía no se conoce.[52] Estéril placer, en verdad, el de la crítica legislativa. Aun cuando produzca su mejor fruto, la reforma legislativa, ¡cuán remota se encuentra su maduración! Y la crítica legislativa no solo es estéril, sino también, con mucha frecuencia, funesta para el desarrollo fisiológico de la ciencia. A ella debemos que se haya perjudicado tan gravemente el carácter jurídico de nuestra ciencia. En efecto, en esta, la discusión filosófica, moral, social, económica, política, histórica e incluso biológica y psicológica acerca del fundamento, la justificación, la bondad y la conveniencia genérica y específica de una institución sofoca y sepulta su estudio jurídico, cuando no sirve directamente para excluirlo. Hablamos de la pena y aparecen mil teorías que discuten su origen, función, fundamento, finalidad, legitimación, reforma e incluso —aunque parezca extraño— la posibilidad de abolirla; entretanto, ni siquiera se define qué es jurídicamente la pena. Hablamos de responsabilidad penal y nos ocupamos de buscar su raíz y justificación en el misterio íntimo de la psique humana; surge entonces un cúmulo de doctrinas que indagan, afirmándolo o negándolo, su fundamento psicológico: desde la doctrina del libre

albedrío hasta la del determinismo; desde la libertad relativa de la voluntad hasta la libertad del intelecto; desde la intimidabilidad hasta la normalidad; desde la identidad personal hasta el estado individual de criminalidad; entretanto, se descuida establecer con precisión cuáles son las condiciones subjetivas u objetivas que exige el derecho penal vigente para que alguien sea llamado a responder penalmente frente al Estado por sus acciones delictivas.[53]

Hablamos del delito y aparece quien, desde la antropología, lo considera efecto de la variación individual, de la degeneración, del ambiente, del hibridismo, de la absorción de ciertas proteínas especiales elaboradas por el hombre vivo, de la desnutrición del sistema nervioso central, de la edad tardía o prematura de los padres, de la detención del desarrollo del sistema arterial o de un virus semejante al de la rabia, y así sucesivamente, para todos los gustos; aparece también quien, desde el punto de vista sociológico, lo considera un fenómeno normal y, como tal, socialmente útil, o anormal pero socialmente aprovechable; y aparece una multitud de investigaciones acerca de la noción del llamado delito natural o social, del cual se ofrecen las definiciones más extrañas y variadas. Entretanto, ni siquiera se precisa qué es el delito —o, mejor dicho, el hecho punible— desde el punto de vista jurídico, y casi desaparece por completo la noción de este como fenómeno jurídico, como hecho jurídicamente ilícito del cual nacen obligaciones y derechos. ¿Qué más? Hablamos del delincuente y queremos estudiarlo en su íntima estructura física y psíquica; aparece quien lo considera un salvaje rezagado, un loco moral, un epiléptico, un histérico o un neurasténico; quien, por el contrario, lo considera un hombre normal y juzga anormal al hombre honrado; y florecen clasificaciones y subclasificaciones de delincuentes: natos, locos, ocasionales, pasionales y habituales.[54]

Entretanto, se deja de lado la idea, esencialísima para los fines del derecho, de la personalidad jurídica del reo en cuanto ciudadano, aunque esté imputado y eventualmente condenado en un juicio penal; se olvida que el individuo calificado e incluso juzgado como delincuente posee, como miembro de la sociedad, antes y después del delito y aun, dentro de ciertos límites, después de la condena, la garantía de los derechos o de los bienes e intereses jurídicos que constituyen su estado personal y su condición patrimonial, sin que pueda excluírsele de ningún modo y a priori del goce de tales derechos o intereses jurídicos, pues, al menos por ahora, es imposible un diagnóstico seguro de la delincuencia potencial y probablemente será siempre imposible un pronóstico seguro de la delincuencia efectiva.[55]

¿Cuál es el resultado de semejante sistema? El resultado es que aquellas nociones jurídicas que en otras ramas del derecho aparecen siempre revestidas de certeza objetiva arrastran penosamente consigo, en el derecho penal, la cáscara indivisible y opresiva de discusiones y controversias propias de otras ciencias, que envuelven aquellas nociones en dudas insuperables y las ponen continuamente en entredicho en sus aplicaciones prácticas. El resultado deplorable es que, mientras los estudiosos del derecho privado, por ejemplo, han comenzado a considerar los principios del derecho y a tratar las instituciones jurídicas casi —para seguir la bella imagen de Savigny y Jhering— como entidades reales, existentes y vivientes,[56] para los estudiosos del

derecho penal aparecen, en cambio, como creaciones del arbitrio o de la fantasía del legislador; de modo que aquella claridad, certeza y precisión casi matemática que constituyen el hábito intelectual técnico de los estudiosos del derecho privado se transforman, en el campo del derecho penal, en incertidumbre, oscuridad y confusión.

Hemos visto cuál es el problema, la tarea y la misión de la ciencia del derecho penal, esto es, el conocimiento científico del derecho positivo vigente para su aplicación práctica a los casos particulares. También hemos visto, en parte, cuál es su método, al determinar los medios y procedimientos técnicos que el jurista debe poner en práctica para conocer científicamente el derecho positivo. Para tratar completamente la cuestión del método, resta decir, con la debida brevedad, algo acerca de las fuentes en las que debe abrevar la ciencia del derecho penal para este estudio técnico del derecho vigente. El estudio dogmático y sistemático de los principios generales del derecho en su unidad armónica y coordinada es, por su naturaleza, eminentemente lógico y deductivo; pero precisamente por ello debe evitarse cuidadosamente convertirlo en un estudio apriorístico, abstracto y formal. Para evitar este escollo en el que tropiezan con frecuencia las ciencias jurídicas y que se denomina formalismo; para impedir que la construcción dogmática de las instituciones y relaciones jurídicas se deduzca mecánicamente, con las solas reglas hermenéuticas, de las normas escritas en el código; para impedir, en fin, que la ciencia del derecho se convierta en una justa académica de principios rígidamente deducidos, con una lógica ciega ante toda realidad, es preciso que la deducción lógica se reintegre y complete, dentro de ciertos límites, mediante la inducción experimental, y que de ella reciba impulso y movimiento, dando vida así a un procedimiento científico que, al obedecer a la ley de la unidad fundamental de ambos métodos, merezca con razón el nombre de método verdadera y sanamente positivo.

Las fuentes de las que se alimenta la inducción experimental que puede servir como medio para los fines científicos del derecho penal se reducen, si no nos equivocamos, a tres: la antropología —incluida la psicología— y la sociología; la historia; y el derecho comparado. De ellas se derivan tres formas de inducción: la inducción antropológica, psicológica y sociológica; la inducción histórica; y la inducción comparativa.

A. La primera especie de inducción es la que nos ofrecen las ciencias que estudian al hombre y a la sociedad. El derecho no es sino norma de la conducta humana y, como tal, es necesariamente también forma y superestructura —epifenómeno, según la expresión de algunos— de fenómenos humanos y sociales que palpitan bajo él con vida perenne. Por tanto, no es posible conocer completamente el derecho sin conocer, al menos de manera elemental, tales fenómenos; de ahí que el estudio de la estructura técnica de una institución jurídica deba acompañarse del estudio de su finalidad y de su función social, y que al conocimiento de la norma jurídica deba acompañar, hasta cierto punto, el conocimiento de los hombres y de los hechos sobre los cuales aquella impera. De este modo, y solo de este modo, la ciencia jurídica, ciencia de razonamiento lógico, puede unirse a la ciencia de observación experimental. Así, la ciencia del

derecho penal, ciencia de las normas jurídicas que regulan aquellos hechos humanos y sociales llamados delitos y aquellos hechos sociales y políticos llamados penas, si quiere ser consciente de la finalidad y la función social de las normas que estudia, debe enriquecerse, en cierta medida, con el conocimiento del hombre que comete el delito y al cual se aplica la pena, y con el conocimiento del ambiente en el que se comete el delito y dentro del cual despliega sus efectos la pena. En otros términos, debe conocer dentro de ciertos límites el delito como fenómeno natural, individual y social, y la pena como fenómeno social, recurriendo a los datos que le ofrecen aquellas nuevas ciencias que son la antropología —somatología y psicología— y la sociología criminal. Y puesto que el derecho penal no solo cumple la función de contener mediante la pena la actividad humana rebelde al propio derecho, sino también, al mismo tiempo, de proteger la actividad jurídicamente lícita; puesto que no se dirige únicamente a quienes son naturalmente proclives a delinquir, sino también a los ciudadanos naturalmente respetuosos de la ley, necesita asimismo, aunque solo de manera subsidiaria, del conocimiento de los hombres y de la sociedad en general, para comprender los efectos psicológicos y sociales que el delito y la pena producen en ella, lo que también corresponde a la psicología y a la sociología, tanto generales como criminales. Uno de los caracteres peculiares del momento científico actual del derecho penal consiste precisamente, como se ha observado,[57] en la necesidad comprobada de una coordinación armónica y eficaz de la ciencia jurídica penal, en especial con los estudios realizados hasta ahora sobre el hombre delincuente y sobre el delito considerado como fenómeno social. Es necesario que la ciencia del derecho penal, aun conservando celosamente su carácter esencial de ciencia jurídica, se mantenga próxima a la vida y extraiga de ella fuerza y alimento; pues no es posible comprender el sistema del derecho penal vigente —que no solo es un sistema de imperativos y de máximas hipotéticas, sino también un sistema de relaciones humanas y sociales jurídicamente ordenadas— y, sobre todo, no es posible preparar el sistema del derecho criminal futuro sin conocer los factores de orden antropológico, psicológico y social que concurrieron a formar el primero o que concurrirán a formar el segundo, ni sin conocer el ambiente humano y social en el cual viven y al cual se aplican las normas del derecho penal presente y futuro. Ciertamente, en los estudios antropológicos, psicológicos y sociológicos criminales son muy pocos los resultados seguros; a menudo, demasiado a menudo para nuestra desgracia, se han formulado, en nombre de la ciencia experimental, teorías fantásticas y carentes de todo fundamento real. Pero, rechazando precisamente cuanto en ellas existe de exagerado y falso y negando rigurosamente acogida a todo aquello que no resulte verdaderamente demostrado mediante el control positivo de los hechos, es necesario incorporar al seno de la ciencia jurídica, como premisas necesarias de esta, aquellas verdades prácticas, aunque numéricamente limitadas, que la observación o el experimento hayan señalado indudablemente como tales.

Examinar en particular cuáles son los resultados de semejante coordinación, aunque solo fuera respecto de los puntos esenciales de nuestra ciencia, implicaría examinar toda la ciencia misma, lo cual ciertamente no corresponde hacer aquí. Limitándonos a una simple indicación, diremos que la antropología criminal, no

como anatomía y fisiología, sino como psicología y, todavía más, como psicopatología criminal, parece poder auxiliarnos principalmente en la determinación técnica —para la aplicación judicial del derecho vigente— de los principios jurídicos generales de la imputabilidad y de la responsabilidad penal, y de las causas que jurídicamente las excluyen o limitan; y que la sociología criminal puede servir de apoyo para definir las nociones jurídicas del delito y de la pena en general, y de cada delito en particular. Sin embargo, aunque aquí no nos esté permitido desarrollar más ampliamente estos puntos, precisamente por ello es lícito, e incluso necesario, formular una observación general y metodológica que confirma conceptos ya señalados. La proclamada necesidad de que la ciencia del derecho penal renueve sus doctrinas en las aguas puras del naturalismo y de su saber positivo, sustituyendo las hipótesis abstractas por un estudio profundo de los hechos,[58] no debe conducirla a salir del campo que natural y rigurosamente le asigna su carácter de ciencia jurídica. De la antropología, la psicología y la sociología criminales, la ciencia del derecho penal no debe tomar sino los datos positivos para sus construcciones jurídicas, pues es natural que elementos incluso complejos y difíciles de una ciencia puedan y deban constituir simples «datos» o «presupuestos» de otra.[59]

La investigación penetrante de la realidad de la vida natural y social de la cual brota el derecho criminal, siempre que se conduzca con serenidad y paciencia y se mantenga dentro de sus límites naturales y legítimos, constituye también uno de los factores de una existencia floreciente de la ciencia jurídica penal. Mediante el estudio, aunque solo subsidiario y complementario, de los hechos en sí mismos, en sus causas, en sus efectos y en las grandes leyes sociológicas que los dominan; mediante el estudio, aunque meramente auxiliar, de los hombres en sus organismos, sus enfermedades, sus representaciones, sus sentimientos, sus voliciones y su ambiente, el conocimiento técnico de la regulación jurídica del delito y de la pena, aun permaneciendo —como debe permanecer— dentro de sus rigurosos límites de ciencia jurídica, resulta animado y vivificado como por un soplo de vida. De este modo, la construcción científica del derecho vigente logra integrar orgánicamente la ley en las áridas y frías fórmulas que la constituyen y reanimar sus normas formales y superficiales. De este modo, especialmente, la filosofía del derecho penal y la política criminal hacen madurar y preparan los gérmenes de las reformas legislativas, casi anticipando la obra del legislador, a quien no le resta sino poner el sello de la autoridad del Estado a los resultados obtenidos por aquellas ciencias mediante la observación genuina de los hechos. Así, mediante una transformación normalmente lenta y gradual, sin solución de continuidad en la evolución jurídica, como el zángano que muere al engendrar, el precepto ético o la regla política se convierte en precepto del derecho vigente.

B. Junto a la inducción antropológica, psicológica y sociológica se añaden la inducción histórica y la comparativa. No repetiré de qué modo la historia del derecho penal puede convertirse en fuente del conocimiento científico del propio derecho penal vigente e incluso, cuando sea necesario, señalar las grandes líneas del camino por el cual deberá avanzar necesariamente el derecho penal futuro. Tampoco explicaré cómo, siguiendo el hilo histórico del desarrollo de las instituciones jurídico-penales, puede lograrse con frecuencia percibir, a través de una niebla de conceptos oscuros, su figura

nítida en el derecho presente. Es mérito glorioso de la escuela llamada precisamente histórica del derecho, que se nos presenta como una de las formas de aplicación del método inductivo a las ciencias jurídicas, haber demostrado tales verdades, sobre las cuales sería ya superfluo insistir.

C. Lo que la investigación histórica del derecho penal realiza en el orden de la sucesión, la ciencia del derecho penal comparado lo lleva a cabo en el orden de la contemporaneidad. También esta constituye una fuente importantísima del conocimiento científico del derecho penal y un auxiliar valioso tanto en la investigación que hemos llamado dogmática como, y en mayor medida, en la denominada crítica. Sobre todo en esta última, amplía el horizonte de las ideas científicas más allá de las fronteras del Estado y del derecho nacional y proporciona los modelos sobre los cuales deben moldearse las reformas legislativas que pretendan aprovechar las experiencias ajenas del pasado. Pero, tanto en la construcción dogmática de los principios del derecho penal vigente como en su crítica, debe emplearse siempre con cautela; más aún, es preciso evitar el abuso que suele hacerse de él como mera ostentación de fácil erudición, cuando los derechos extranjeros se citan en largas series a modo de autoridades doctrinales. No debe olvidarse que, para el conocimiento científico de nuestro derecho penal, solo pueden invocarse aquellos derechos penales extranjeros cuyo sistema general se aproxima al nuestro en sus líneas típicas y fundamentales, y aun estos únicamente cuando se manifieste la necesidad de colmar las lagunas de las leyes italianas. Así, la ciencia del derecho penal avanza con seguridad sobre la base de la verdad y de la naturaleza íntima de los hechos individuales y sociales, guiada por la historia y por el derecho comparado de los pueblos civilizados. Estas son las fuentes del «conocimiento científico» del derecho, no fuentes del derecho, como algunos han afirmado inexactamente respecto de la primera de ellas.[60] Establecido este concepto, la cuestión, todavía tan candente, de las relaciones entre la ciencia del derecho penal y la antropología, la psicología y la sociología criminales se ilumina con viva claridad: para sus construcciones jurídicas, la ciencia del derecho penal se sirve, como medio, dato y presupuesto, de la inducción antropológica, psicológica y sociológica, del mismo modo en que se sirve de la inducción histórica y comparativa; pero no es antropología, psicología ni sociología, como tampoco es historia ni derecho comparado.[61]

He terminado aquí y debo concluir. Toda crisis en la ciencia, como en la vida, es siempre capaz, por sí misma, de preparar un porvenir mejor para la civilización; es un camino hacia una conciencia cada vez más clara de las variadas y complejas necesidades de la convivencia social humana. La lucha es ley de la vida; y solo del choque de opiniones contrarias, que combaten sinceramente en nombre de la libertad de pensamiento y afirman vigorosamente la fuerza consciente de la idea en el mundo de las cosas, puede brotar la chispa de una nueva verdad científica o, siquiera, una nueva determinación de verdades antiguas. Así, en el campo del derecho penal, después de una acción lenta y una reacción violenta, surge hoy la tendencia hacia el equilibrio y, en obediencia a la ley que hace brotar la vida del contraste y el progreso del choque, se siente ya próximo el momento en que, del gran duelo entre el

espíritu y la materia, entre la idea y la realidad, surgirá, como resultante de fuerzas opuestas y contrarias, el sano progreso de la ciencia jurídica. Es necesario que en el viejo, pero aún vivo, tronco de la ciencia clásica del derecho penal —despojado de las hojas muertas de la filosofía metaempírica del derecho criminal; defendido de las corrientes siempre invasoras y a veces contaminadas de la antropología, la psicología y la sociología criminales; protegido de los vientos variables e insidiosos de la política criminal reformadora; fortalecido y reverdecido por la benéfica savia del tecnicismo jurídico; sostenido por el contacto con las otras ramas, más vigorosas, de la ciencia jurídica— se injerten los brotes científicos, no raquíticos, sino crecidos vigorosamente bajo el clima de los nuevos tiempos. *Hoc opus, hic labor est.*



Notas

1 El presente estudio es mi «lección inaugural» del curso de derecho y procedimiento penal, pronunciada en la Real Universidad de Sassari el 15 de enero de 1910. He considerado oportuno conservar su carácter a la vez ocasional y didáctico, carácter que, por lo demás, no habría podido eliminar sin rehacer por completo el trabajo. Por ello, no pretende ser considerado una monografía científica sobre la materia, por mucho que la amplitud y la importancia del tema parezcan exigirla. No obstante, al publicarlo añadí varias notas destinadas a precisar algunos puntos oscuros o formulados de manera demasiado tajante, y a indicar, mediante amplias referencias bibliográficas, la relación existente entre los conceptos expresados por otros y los que yo sostengo, cuyos gérmenes se encuentran ya en otros trabajos míos anteriores. Véanse especialmente *Prefazione al libro L'abuso di foglio in bianco*, Milán, 1933, p. VII; *Responsabilità civile dei magistrati*, en *Giustizia Penale*, año IX (1903), separata, especialmente p. 6, nota 2; *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, Prato, 1904, especialmente pp. 3-7; *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, Nápoles, 1907 (1.ª ed., 1902), especialmente p. 171 y ss. Apenas es necesario advertir, además, que se suprimió del discurso todo aquello que no se refiere al tema.

2 Muy notables, por la sinceridad de su pensamiento y su fiel intuición de la verdad acerca del momento científico actual del derecho penal en Alemania, son las palabras —que podrían repetirse aproximadamente respecto de otros países, incluido el nuestro— con las que el profesor Liepmann abre un trabajo suyo valiosísimo y todavía reciente, *Einleitung in das Strafrecht. Eine Kritik der Kriminalistischen Grundbegriffe*, Berlín, Häring, 1900, *Einleitung, Die Aufgabe*, p. 103. «No puede desconocerse —dice— que la situación en la que actualmente se encuentra la ciencia del derecho penal es particularmente crítica. Mientras en las demás disciplinas del derecho público, y todavía más en el derecho civil, dominan una vida activa y un movimiento renovador, la doctrina del derecho penal presenta un estancamiento fastidioso y deprimente. Con vigor siempre renovado reaparecen las antiguas antítesis sobre las concepciones fundamentales, sin que la discusión aporte, en sustancia, pensamiento nuevo alguno. Y, como suele suceder, tan pronto aparece en escena la acritud polémica, se desvanece cada vez más la esperanza de una explicación entre las partes contendientes y, todavía más, la de un esclarecimiento eficaz del estado de las cuestiones. Ante esta situación, en la cual casi todo penalista moderno se encuentra atrapado, resulta perfectamente comprensible que se enfríe el entusiasmo por el trabajo, sobre todo en el tratamiento de los problemas fundamentales, y amenace con ocupar su lugar únicamente el cultivo pacífico de temas especiales y limitados. En interés del progreso de la ciencia».

3 Por lo demás, los efectos de la crisis actual del derecho penal no se limitan al ámbito puramente científico, sino que se extienden, lo que es peor, también a la práctica judicial. Así, no hace mucho, Pessina, en un elaborado programa de una obra de derecho penal dirigida por él, *Enciclopedia del diritto penale*, Milán, Soc. ed. Lib., 1901, observaba que la lucha entablada entre las distintas escuelas en el ámbito puramente científico del derecho penal había provocado que en su vida práctica se infiltrara cierta confusión de ideas, la cual debilita el entendimiento del jurista y lo vuelve perplejo al interpretar las leyes. Y el profesor Garçon, en un notable prefacio a un libro reciente, Paul Saillard, *Le rôle de l'avocat en matière criminelle*, París, 1905, señalaba que el derecho penal no gozaba en Francia —y lo mismo podría decirse de Italia— del favor de los magistrados

ni de los abogados. Una de las causas de este descrédito es, según él, que la ciencia del derecho ya no desempeña sino una función evanescente en el proceso penal, donde todo parece reducirse a apreciaciones sobre la prueba y a cuestiones de puro hecho. La verdad, dice, es que no se discute de derecho porque se lo conoce poco; es una observación que hacen naturalmente todos quienes asisten a las audiencias penales. Y advierte que «las facultades de derecho tienen una parte de responsabilidad en esta decadencia de los estudios criminales». En cuanto a Alemania, Binding, ya desde 1881, en su artículo *Strafgesetzgebung, Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft in normalem Verhältnis zueinander*, vol. I (1881), p. 4 y ss., señalaba la decadencia —que en los últimos tiempos no parece haberse detenido, sino acentuado— de la práctica judicial penal alemana y observaba que los magistrados, llevados a un respeto exagerado por la palabra de la ley, sobrecargados de trabajo y privados del auxilio de la doctrina jurídica, se habían entregado en cuerpo y alma a un triple culto; el culto a la letra de la ley, que antepone la forma al espíritu; el culto a las decisiones del Tribunal Supremo, elevadas por encima de la ley; y el culto a los motivos legislativos, en los cuales la opinión individual del autor elude la voluntad de la ley. Afirmar que este triple culto es ajeno a la magistratura penal italiana sería, incluso hoy —más aún, especialmente hoy—, una ilusión.

4 Para Carrara, *Programma*, 4.ª ed., Lucca, 1871, t. I, *Prolegomeni*, «existe una ley eterna y absoluta, constituida por el conjunto de preceptos rectores de la conducta exterior del ser humano, promulgada por Dios a la humanidad mediante la razón pura», y «el derecho es congénito al ser humano porque Dios lo dio a la humanidad desde el primer momento de su creación», *Programma*, prefacio a la 6.ª ed., pp. 10-11. Por ello, «quien niega al derecho una existencia absoluta anterior a la ley humana niega al orden jurídico la divinidad que lo crea», *Programma*, t. I, 5.ª ed., p. 41, nota. A ese derecho se contrapone, *Programma*, t. I, 4.ª ed., *Prolegomeni*, p. 26, «una ley humana y variable como autoridad a la cual todos nosotros, súbditos o magistrados, debemos ajustarnos mientras se encuentre vigente, cualesquiera que sean nuestras opiniones». Pero en esta no consiste propiamente el derecho penal, el cual «tiene su génesis y su norma en una ley absoluta, porque constituye el único orden posible para la humanidad según las previsiones o la voluntad del Creador», *Programma*, t. I, *Prolegomeni*, p. 25; de ahí que, «subordinadas de este modo a una norma absoluta, las leyes penales sean absolutas en sus principios cardinales», *Programma*, t. I, p. 25; véase también p. 32. Para Carrara, la ciencia del derecho penal «no busca sino la aplicación […] de estos principios racionales impuestos por la mente suprema; sus demostraciones se extraen de la palabra humana, pero deben ser deducciones lógicas de la razón eterna, de la cual Dios revela a los seres humanos, por admirable inspiración, cuanto es necesario para regular aquí abajo su conducta hacia sus semejantes», *Programma*, t. I, *Prolegomeni*, p. 25. Esta es la ciencia del derecho penal que Carrara quería que se estudiara, aquella que prescinde «siempre de lo que haya complacido disponer en los diversos códigos humanos» y busca «la verdad en el código inmutable de la razón», *Programma*, t. I, *Prolegomeni*, p. 25. También Giuliani, *Istituzioni di diritto criminale*, 2.ª ed., t. I, Macerata, 1840, cap. I, § 1-5, especialmente pp. 21 y 67, admite la existencia de un derecho penal natural, p. 41, con el cual, como orden positivo de la razón, coincide el derecho criminal, junto con el derecho constituido, p. 67.

5 Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14.ª ed., edición de Mittermaier, Giessen, 1847, § 2, p. 2. «El derecho penal general», que

según Feuerbach forma parte del derecho natural, véase § 6, «como filosofía de los fundamentos jurídicos del derecho penal y de su ejercicio, es la ciencia de los derechos posibles del Estado derivados de las leyes penales; el derecho penal positivo es la ciencia de los derechos reales de un Estado determinado, Alemania, derivados de las leyes penales dadas».

6 Haelschner, *Das gemeine deutsche Strafrecht systematisch dargestellt*, Bonn, 1881, § 32, p. 81. «El delito es una forma peculiar de lo ilícito que se distingue de las demás. Por ello, conforme a su esencia conceptual, presupone el derecho, establecido junto con la naturaleza moral del ser humano como forma necesaria y esencial de su desarrollo y manifestación exterior. Sin embargo, en la medida en que el derecho tiene la misión de configurar moralmente la vida comunitaria de los seres humanos, que se desenvuelve sobre la base de la naturaleza, su realización no puede encontrarse únicamente en la voluntad individual, sino que existe también necesariamente en una forma externa e independiente de ella, bajo la cual somete incondicionalmente el arbitrio individual a su poder. Denominamos derecho positivo o ley al derecho en cuanto alcanza existencia bajo esta forma. Como producto histórico y expresión de un grado temporal y nacionalmente determinado y limitado del desarrollo moral de la humanidad, su contenido no aparecerá necesariamente siempre como justo ni conforme con la idea moral».

7 Berner, *Trattato di diritto penale*, traducción de Bertola, 2.ª ed., Milán, 1892, § 4, p. 3. «Deberemos ocuparnos especialmente de los principios que han de guiar al Estado en el ejercicio de su derecho de castigar, pero también deberemos derivar y establecer ese derecho». § 5, Derecho ideal y derecho positivo, p. 4. «Que el derecho del que debemos ocuparnos sea positivo no le quita nada a su carácter científico, porque esto es consecuencia de la idea misma del derecho […]. Sin embargo, de ello no se sigue que cualquier derecho positivo responda a las exigencias de la ciencia; por el contrario, ningún derecho positivo responde enteramente al ideal. Así como, en general, la idea pura aparece oscurecida en su existencia empírica, también encontramos con frecuencia que el derecho penal positivo se aparta de los postulados de la ciencia. En tales casos debemos considerar nuestro objeto desde un doble punto de vista, el del juez y el del legislador. El juez se encuentra siempre por debajo de la ley y debe aplicarla incluso cuando contradiga el ideal. El legislador, en cambio, parte de este; a él corresponde dictar la ley positiva y, para ello, debe contemplar en su mente la idea pura de la cosa. Para el teórico, la investigación de esta idea reviste la máxima importancia. Si careciera de ella, desaparecería al mismo tiempo su ciencia, reducida a un mero conocimiento de la ley. Para él nunca puede ser materia de estudio simplemente una legislación determinada, pues debe ocuparse al mismo tiempo de la ciencia pura. Solo puede preparar una legislación positiva en la medida en que procura elevarse por encima de ella hasta la verdadera naturaleza de la cosa».

8 Ortolan, *Éléments de droit pénal*, 3.ª ed., París, 1863, t. I, n. 14, p. 7. «El derecho es una concepción de la razón humana, deducida de una relación de persona a persona, en la cual una tiene la facultad de exigir de la otra una acción o una abstención». N. 15, p. 7. «Nuestra razón deduce de cada relación entre personas, con mayor o menor exactitud […], la noción de la regla de conducta exteriormente exigible y, por consiguiente, la del derecho racional. El poder social legislativo, al determinar los casos en los cuales reconocerá y sancionará, con ayuda de la fuerza pública, la facultad de exigir de alguien una acción o una abstención, decreta la ley positiva y, por consiguiente, el derecho positivo, el cual no es más que un hecho cuando es contrario al derecho racional»,

véanse también n. 10, p. 5, y n. 29, p. 8. «El derecho penal es una concepción de la razón humana, deducida de una relación entre la persona y la sociedad, en la cual la sociedad tiene la facultad de hacer sufrir a aquella cierto mal debido a una violación del derecho que ha cometido». N. 23, p. 9. «El derecho penal no es en sí mismo sino una abstracción obtenida, como derecho penal racional, de una ley metafísica y, como derecho penal positivo, de un precepto formulado […]».

9 Bertauld, *Cours de code pénal*, 2.ª ed., París, 1859, p. 13. «El derecho es la regla de las relaciones sociales que imponen la razón y la justicia». P. 16. «Lo que nosotros denominamos simplemente derecho es lo que otros llaman derecho natural». P. 21. «El derecho penal es la sanción social […] de la parte socialmente exigible de la ley moral, es decir, del derecho». Admiten también la existencia de un derecho natural, racional o ideal Haus, *Principes de droit pénal belge*, Gante-París, 1869, n. 6, p. 2. «Los principios relativos a los delitos y a las penas que la sola razón nos permite conocer forman el derecho penal natural, filosófico o racional […]», véase también n. 7, p. 3; y, entre los autores franceses y belgas más recientes, Laborde, *Cours de droit criminel*, París, 1893, n. 4, p. 3, y Thiry, *Cours de droit criminel*, 3.ª ed., Lieja, 1909, n. 2, p. 2.

10 Pessina, *Elementi di diritto penale*, t. I, Nápoles, 1882, § 3, p. 6. «El derecho, en su totalidad, es el conjunto de ciertos preceptos impuestos a los seres humanos y en los cuales se encierra todo aquello que, siendo posible para el obrar humano, sirve como condición indispensable para el cumplimiento del destino humano», véase también *Discorsi inaugurali*, pp. 233, 249 y 275. § 3, p. 7. «Los aspectos desde los cuales debe considerarse el derecho penal son los mismos dos aspectos que se presentan en todo el derecho, esto es, la idea y el hecho. Existe un derecho criminal superior a todos los tiempos y lugares, es decir, la justicia punitiva considerada en su esencia ideal, universal e inmutable, como modelo de las instituciones penales. Existe también una aplicación de este derecho a los seres humanos y por obra de estos, en los distintos tiempos y lugares, que genera las diversas opiniones sobre el contenido del derecho penal y aquellas instituciones que, establecidas por los propios seres humanos, reciben el nombre de derecho penal positivo. El primero es universal e idéntico y puede denominarse derecho penal absoluto. El otro es múltiple, diverso y mutable, y puede llamarse contingente, en cuanto varía según los tiempos y lugares». § 6, p. 9. «La ciencia del derecho penal puede definirse como un conjunto de verdades orgánica y sistemáticamente enlazadas, como consecuencias de un único y mismo principio relativo al castigo del malhechor». § 7, p. 9. «Como abarca los dos aspectos del derecho penal, esto es, la idea y el hecho, comprende la filosofía del derecho penal y la historia del derecho penal».

11 Buccellati, *Istituzioni del diritto penale secondo la ragione e il diritto romano*, Milán, 1884, n. 20, p. 23. «Como todas las ciencias, el derecho penal consta de dos elementos, la razón y el hecho, y según sea mayor la contribución de uno de ellos obtenemos la distinción entre derecho penal positivo y derecho penal racional. Lógicamente, la razón precede al hecho. Así como el legislador, antes de dar existencia al hecho de la ley, debe inspirarse en el ideal jurídico, también quien aplica e interpreta la ley debe saber remontarse a ese ideal del que se sirvió el legislador y, por tanto, poseerlo mentalmente». N. 24, p. 21. «Científicamente existe distinción, no separación, entre el derecho positivo y el racional; el estudioso debe, en cuanto sea posible, hacer avanzar concretamente el hecho mediante la razón». N. 28, p. 26. «Encontramos distinguido el derecho penal natural del social; esta distinción, empleada impropiamente, corresponde

a la otra, antes mencionada por nosotros, entre derecho racional y positivo», véase también n. 312, p. 460.

12 Canonico, *Del reato e della pena*, Turín, 1872, pp. 14-15. «El derecho penal, al igual que el derecho en general, tiene su fundamento supremo en la verdad absoluta, la cual es ley para la libre voluntad humana y adopta el nombre de derecho en aquella parte cuya observancia, querida o no por el ser humano, es indispensable para la libre coexistencia social y a la cual pueden, por tanto, ser constreñidos los renuentes mediante coacción externa». P. 35. «El derecho, considerado objetivamente, es la propia ley moral en cuanto establece las normas que deben observarse ineludiblemente para que sean posibles la libre convivencia social de cada individuo y, por tanto, la existencia misma de la sociedad». P. 36. «El derecho penal es aquella parte del derecho que establece las normas conforme a las cuales la autoridad social debe ejercer el poder punitivo».

13 Brusa, *Prolegómenos de derecho penal*, Madrid, 1897, pp. 10-11. «En sentido objetivo, el derecho penal es, para la filosofía del derecho, el conjunto de los principios racionales que justifican el poder punitivo y determinan los modos y límites dentro de los cuales debe ejercerse; y, para el derecho positivo, el conjunto de reglas jurídicas vigentes en relación con los delitos y sus castigos».

14 Entre los autores italianos más recientes admite también la existencia de un derecho penal natural, racional o ideal Napodano, *Il diritto penale italiano nei suoi principii*, Nápoles, 1895, §§ 1 y 2, p. 6. Véase, más recientemente, *L'indirizzo scientifico del diritto penale*, separata de la *Rivista Penale*, t. LVII, 1905, fasc. V, donde admite expresamente «una idea de justicia […] transparente para nuestra mente y sentida por la conciencia», es decir, la idea de una «norma que regula el mundo de las utilidades humanas», «sirve al fin del destino humano y se encuentra fuera de las exigencias de la sociedad y fuera de nosotros», p. 5; véase también p. 6. Lo mismo hace Mecacci, *Trattato di diritto penale*, t. I, Turín, 1901, p. 117. También Lucchini parece adherirse al concepto de un derecho racional cuando habla de una ciencia jurídica filosófica, contrapuesta a la ciencia jurídica positiva, es decir, de una «doctrina», contrapuesta a la legislación, cuya tarea consistiría en determinar los principios y las normas generales de aplicación universal y constante, en correspondencia con condiciones y circunstancias de hecho constantes y universales; mientras que la ciencia jurídica positiva, es decir, la legislación —nosotros hablaríamos en tal caso no de ciencia del derecho positivo, sino de política legislativa—, fija aquellas normas prácticas y concretas que en un tiempo determinado y para un pueblo dado son más apropiadas, se coordinan mejor con los principios y las normas de la razón filosófica y corresponden a condiciones y circunstancias de hecho locales y particulares, *Elementi di procedura penale*, Florencia, 1905, 3.ª ed., n. 17, p. 17.

15 Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, en *Archivio Giuridico*, t. XVII, 1889, fascs. 1 y 2, p. 113. Véanse también *Ordine giuridico e ordine politico*, lección inaugural pronunciada en la Real Universidad de Módena el 4 de diciembre de 1885; *Sulla necessità di una ricostruzione giuridica del diritto costituzionale*, lección inaugural pronunciada en la Real Universidad de Mesina el 12 de diciembre de 1886; *Diritto e politica*, en *Archivio di Diritto Pubblico*, t. III, p. 73; *Programma dell'Archivio di Diritto Pubblico*, dirigido por V. E. Orlando, 1891; *Principi di diritto costituzionale*, 5.ª ed., Florencia, 1909, introducción y cap. III; *Diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione*, en Archivio Giuridico, t. XXXVIII, fascs. 5 y 6; *Principi di diritto amministrativo*, 2.ª ed., Florencia, 1892, advertencia; e *Introduzione al diritto*

amministrativo —I presupposti, il sistema, le fonti—, en *Primo completo Trattato di diritto amministrativo italiano*, a cargo de V. E. Orlando, Milán, Soc. Ed. Libr., t. I.

16 Que la política criminal, entendida como crítica y reforma del derecho penal positivo vigente, no es una ciencia —ciencia de la legislación—, sino un arte —arte legislativo—, ha sido sostenido recientemente con energía por Karl Hiller, *Strafrechtskritik und Ethik*, en *Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform*, año VI, p. 618. Según este autor, ni siquiera puede admitirse la posibilidad de una ciencia normativa —ciencia del valor o ética— en relación con el derecho en general y, particularmente, con el derecho penal, es decir, una filosofía del derecho penal.

17 Loening, *Über geschichtliche und ungeschichtliche Behandlung des deutschen Strafrechts*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. III, 1883, p. 219 y ss. Sostiene, pp. 223-224, que «la tarea exclusiva de la ciencia del derecho penal es el conocimiento científico del derecho penal positivo», véase también, anteriormente, Waechter en *Schletter's Jahrbücher*, 1865; y le niega, como tal, competencia para emitir juicios críticos sobre el derecho vigente. Llega incluso a afirmar que el jurista, en cuanto tal, se encuentra «más alejado que cualquier otro, en su actividad científica, de participar en la producción del derecho». Esto no es enteramente exacto, porque esa actividad, al servir al fin práctico de la administración de justicia, se encuentra mejor situada que cualquier otra para advertir los inconvenientes prácticos que el derecho vigente encuentra en su aplicación judicial cotidiana a los casos particulares; además, debe explicar el modo en que el derecho positivo vigente logra alcanzar los fines sociales y políticos perseguidos por el legislador. Naturalmente, para Loening la ciencia del derecho penal se distingue así con toda nitidez de la política criminal.

18 Sergiewsky, *Das Verbrechen und die Strafe als Gegenstand der Rechtswissenschaft*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. I, 1881, p. 21. Aunque reconoce que la ciencia del derecho penal y la «sociología criminal» tienen en común su materia, esto es, el delito y la pena, encuentra que difieren por el método y, sobre todo, por el fin. Para la ciencia jurídica penal, este consiste principalmente en servir «como hilo conductor de la práctica judicial para aplicar, en los casos concretos, las reglas establecidas por las leyes en general»; secundariamente, en «servir de guía al legislador para dictar leyes nuevas y más justas, de modo que pueda comprender en una disposición penal los casos especiales de la vida real». Añade que la clave para la verdadera interpretación del derecho vigente, tanto en su conjunto como en sus partes, solo puede obtenerse —¿realmente solo?— mediante la historia del derecho positivo. Concluye definiendo la ciencia del derecho penal como «la sistematización, el análisis y la síntesis de los conceptos de delito y pena», entendiéndose los conceptos jurídicos conforme al derecho positivo vigente.

19 Merkel, *Über den Idealismus in der Strafrechtswissenschaft*, t. I, 1881, p. 554 y ss., reproducido en *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gebiet der allgemeinen Rechtslehre und des Strafrechts*, segunda parte, Estrasburgo, 1899, pp. 429-472. Merkel contrapone enérgicamente al «idealismo» en la ciencia del derecho penal —representado en Alemania, entre otros, por Abegg, Berner, Köstlin y Haelschner— el «historicismo» —representado por Waechter, Loening y Binding— y, por tanto, a la filosofía idealista del derecho penal, la «ciencia positiva del derecho penal» o, mejor dicho, la «ciencia del derecho penal positivo», especialmente apartados II y III, pp. 431-434 y 436. «La ciencia —dice— no contiene imperativos y no puede crearlos por sí misma. Estos pertenecen a la voluntad de un poder no teórico, sino real. Las manifestaciones de ese

poder solo pueden ser consideradas por ella como datos sobre cuyo valor decide no la razón teórica, sino únicamente el fuero de la conciencia», p. 435. Añade que la tarea, al menos la más inmediata, de la doctrina respecto del derecho consiste en «presentar ordenadamente su contenido y expresarlo en formas que favorezcan una aplicación uniforme y segura», p. 435.

20 Binding, *Strafgesetzgebung, Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft in normalem Verhältnis zueinander*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. I, 1881, p. 429. Binding comienza señalando los defectos en los que, a su juicio, había incurrido la doctrina alemana hasta 1881: haberse separado de la práctica —Alemania tuvo una escuela histórica y una escuela filosófica, pero ambas académicas—; no haber estudiado mediante amplias monografías la parte especial de los delitos; haber elaborado tratados filosóficos sobre la parte general del derecho penal o haberse convertido en compiladora de comentarios cuya exégesis procede, en su mayor parte, de los llamados materiales legislativos o de las decisiones del Tribunal Supremo. Concluye que la ciencia penal, como ciencia jurídica, tiene una doble misión: servir de guía a la práctica presente y a la legislación futura. Pero, tanto si habla de lege lata como de lege ferenda, debe ser y seguir siendo ciencia del derecho positivo. Binding permaneció fiel a esta concepción en su *Handbuch des deutschen Strafrechts*, t. I, Leipzig, 1885, que, según las declaraciones del autor, prefacio, pp. VII-X, «es una obra de la ciencia del derecho positivo», «una obra de la ciencia del derecho alemán», «una obra de la dogmática del derecho vigente» y, finalmente, «quiere ser una obra de jurisprudencia práctica». Es verdaderamente admirable la precisión con la que determina en esta obra «la tarea y los límites de la ciencia del derecho penal positivo», *Handbuch*, § 2, II, pp. 6-15, excluyendo enérgicamente la posibilidad y legitimidad científica de una filosofía del derecho penal entendida como filosofía trascendental y apriorística cuyo objeto fuera el estudio de un supuesto e inexistente derecho penal natural, ideal o racional, § 2, II, pp. 6-9. Véase especialmente p. 9: «No existe ningún derecho eterno e inmutable que el ser humano pueda conocer, ninguna filosofía jurídica sostenible capaz de ofrecer algo distinto de los pensamientos fundamentales más elevados del derecho que estuvo o continúa vigente; ninguna filosofía jurídica que sea algo distinto de jurisprudencia; ninguna jurisprudencia que sea algo distinto de ciencia del derecho positivo. Por ello, todo intento de someter la ciencia del derecho penal a la doctrina del derecho natural de cualquier sistema filosófico constituye un ataque contra su libertad —entendida como estricta vinculación con su materia— y contra la unidad de su objeto, ataque que debe ser rechazado enérgicamente». En cuanto a la orientación reformadora del derecho penal vigente, o política criminal, Binding declara en una obra posterior, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 7.ª ed., Leipzig, 1902 —8.ª ed., 1907—, observación preliminar, p. V, que pretende mantenerla claramente separada del estudio del derecho penal positivo. Añade, p. VII, que «en general, el estrépito de esta música del porvenir contrasta fuertemente con su contenido».

21 Liszt, *Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtwissenschaft*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. XX, 1900, pp. 162-174, especialmente p. 172. En este trabajo, lección inaugural de su curso de derecho penal en la Universidad de Berlín, Liszt asigna tres tareas a la ciencia penal. La primera es una tarea pedagógica —más exactamente, jurídica, pues toda tarea cumplida mediante la enseñanza es pedagógica—, consistente en estudiar el derecho penal positivo vigente, tanto sustantivo como procesal, lo que integra la «ciencia del derecho penal en sentido

estricto». La segunda es una tarea científica —sería más exacto decir antropológica, psicológica y sociológica, pues también son científicas la tarea jurídica y la política—, consistente en investigar las causas del delito, criminología, y de la pena, penología. La tercera es una tarea política, encaminada a orientar la legislación hacia una lucha consciente contra el delito, principalmente, aunque no exclusivamente, mediante las penas y las instituciones afines, política criminal. Véase *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 18.ª ed., Berlín, 1908, introducción, § 1, pp. 1-2; § 14, pp. 68-69; § 15, pp. 73-74. Liszt, cuyos conocidos aportes a la psicología, sociología y política criminal lo ponen a salvo de toda sospecha de ignorar o descuidar estas ciencias, figura, sin embargo, entre los defensores más fervientes del tecnicismo jurídico en el derecho penal y entre quienes sostienen con mayor energía la separación entre la ciencia del derecho penal —entendida como ciencia práctica del derecho penal positivo vigente— y la política criminal y, por consiguiente, la sociología, la antropología y la psicología criminales. «El derecho penal —afirma— es el contenido de aquellas reglas jurídicas estatales mediante las cuales al delito, como supuesto de hecho, se enlaza la pena como consecuencia jurídica», *Lehrbuch*, introducción, § 1, p. 1. Como hecho jurídico propio del derecho penal, el delito constituye una subdivisión especial de lo ilícito, esto es, de la acción culpable y contraria a derecho. Como consecuencia jurídica propia del derecho penal, la pena se diferencia de las demás consecuencias jurídicas de lo ilícito porque aparece como una restricción particular de bienes jurídicos que el Estado inflige al culpable. Delito y pena son, por tanto, los dos conceptos jurídicos fundamentales del derecho penal. De ello resulta la tarea inmediata de la ciencia del derecho penal, que consiste en el tratamiento técnico-jurídico puro fundado en la legislación penal; en considerar delito y pena como generalizaciones conceptuales jurídicas; en desarrollar las prescripciones particulares de la ley hasta formar un sistema completo que remonte a los últimos conceptos y principios fundamentales; en presentar, en la parte especial, los delitos particulares y las penas con que se conminan y, en la parte general, los conceptos de delito y pena en general. Como ciencia eminentemente práctica, orientada siempre a las necesidades de la administración de justicia y siempre fecundada por ella, la ciencia del derecho debe ser y seguir siendo característicamente sistemática, pues solo el orden sistemático de los conocimientos garantiza el dominio científico, seguro y siempre disponible de los casos particulares, sin el cual la aplicación del derecho queda reducida a mero diletantismo, abandonado al azar o al arbitrio. Así concebida, la ciencia del derecho penal se distingue para Liszt de la política criminal —identificada inexactamente por él con la filosofía del derecho criminal—, que comprende, con las reservas que formulamos, la criminología —antropología, psicología o sociología criminal— y la penología, *Lehrbuch*, § 1, apartado 2, p. 2, y § 14, p. 69. Nada impide, sin embargo, reunir la ciencia del derecho penal y la política criminal bajo el denominador común de «ciencia total del derecho penal», *Gesamte Strafrechtswissenschaft, Liszt, Zeitschrift*, IX, p. 455, y el propio título de su revista.

22 Según Hugo Meyer, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 6.ª ed., edición de Allfeld, Leipzig, 1907, § 6, p. 43, la ciencia del derecho penal tiene «como tarea principal» el «conocimiento del derecho vigente», es decir, la actividad dogmática, ya sea que el derecho penal se trate en forma de comentario a la ley —nosotros no llamaríamos dogmática, sino exegética, a esa investigación— o en forma sistemática. Viene después la investigación histórica, no solo como medio auxiliar para conocer el derecho vigente, sino también con importancia autónoma; en este último caso, nos parece que reviste el

carácter de disciplina autónoma. Sigue el tratamiento del derecho comparado, también, a nuestro juicio, como medio para estudiar el derecho vigente; la discusión filosófica del derecho penal o la investigación de sus fundamentos o principios más elevados —no, por tanto, como ciencia de un derecho penal natural, racional o ideal—; y, antes aún, el juicio o crítica del derecho vigente, esto es, la orientación político-criminal. Meyer dice acerca de esta orientación: «La actividad político-criminal renace ahora con especial ardor. Es un movimiento semejante al de fines del siglo XVIII, pero, como entonces, excede en sus detalles su propia tarea y debe ser contenido dentro de límites justos; de otro modo, en vez de complementar el derecho penal se consigue su destrucción total», § 6, p. 41. Naturalmente, Meyer distingue la ciencia del derecho penal de la antropología o biología criminal —que comprende también la psicología criminal—, de la sociología criminal y de la estadística criminal, la cual, a nuestro juicio, debe incorporarse a la sociología criminal como método particular e indispensable. Todas ellas constituyen ciencias auxiliares del derecho penal, *Lehrbuch*, § 6, pp. 41-42. El derecho penal puede reunirse, junto con las ciencias auxiliares, bajo el nombre de gesamte Strafrechtswissenschaft, § 6, p. 42, nota 17.

23 Para Beling, *Grundzüge des Strafrechts*, Tubinga, 1905, § 9, p. 12, la ciencia del derecho penal estudia el derecho penal positivo —«el contenido de aquellas normas jurídicas relativas a la cuestión de qué conducta debe dar lugar a una pena y qué pena debe imponerse», § 2, p. 2— y se distingue claramente no solo de la antropología criminal, incluida la psicología criminal, sino también de la sociología criminal y de la política criminal.

24 Según Finger, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, t. I, Berlín, 1904, § 2, pp. 2-3, «el derecho penal, en sentido objetivo, declara punibles determinados hechos; enlaza a presupuestos precisamente señalados el derecho del Estado a castigar. La pena aparece así como consecuencia jurídica y el delito como el hecho jurídico al que esta se enlaza. Junto a este tratamiento jurídico abstracto, en el cual el delito se considera únicamente en relación con las prescripciones del derecho positivo» —y esta es evidentemente para Finger la ciencia del derecho penal en sentido propio—, «el propio delito puede considerarse también como fenómeno real de la vida social». La ciencia del derecho penal, como ciencia del derecho positivo penal, se distingue así claramente de la política criminal, la cual comprende para Finger —sin que nos parezca exacto— la antropología criminal o la sociología criminal, § 2, p. 4.

25 Vargha, *Die Abschaffung der Strafknechtschaft*, Graz, 1896, t. I, cap. II, concibe la ciencia del derecho criminal como aquella que estudia los medios de defensa preventivos y represivos contra la criminalidad adoptados por el Estado, se entiende que en el ordenamiento jurídico positivo. El derecho criminal se divide así, para él, en derecho criminal preventivo y derecho criminal represivo o derecho penal en sentido estricto. Observemos de paso que tampoco nosotros encontramos dificultad teórica ni práctica para reunir, bajo el denominador común de derecho criminal y como objeto unitario de estudio de la ciencia del derecho criminal —denominación más exacta que ciencia del derecho penal—, el derecho penal propiamente dicho y aquella parte, siempre en desarrollo, del derecho administrativo relativa a la prevención directa o indirecta de la delincuencia, que Vargha denomina correctamente derecho criminal preventivo. Así concebida, la ciencia del derecho criminal se distingue tajantemente de la política criminal y de la antropología criminal, que Vargha, de manera a nuestro juicio inexacta, subdivide en biología criminal y sociología criminal.

26 Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 2.ª ed., t. I, París, 1898, introducción, § 1, *Le droit criminel*. Después de observar que «el objeto de este tratado es el derecho tal como es y no como debería ser», n. 1, p. 1, nota 3, y de definir acertadamente el derecho penal o derecho criminal positivo como «el conjunto de leyes establecidas y promulgadas conforme a las formas constitucionales de cada Estado que regulan el ejercicio del poder de castigar», p. 4, afirma: «La infracción y la pena son los dos objetos correlativos de la ciencia criminal. Pero, según el modo en que los estudie, esta ciencia se divide en dos ramas, el derecho criminal y la sociología criminal. En el derecho criminal, el delito y la pena se consideran fenómenos jurídicos, esto es, desde el punto de vista de las relaciones de los seres humanos entre sí y para regular los derechos y obligaciones que nacen de esas relaciones […]», sería más exacto decir que nacen de las normas que regulan esas relaciones. «En la sociología criminal cambia el objeto. El delito se estudia a la vez como fenómeno biológico» —lo que, en realidad, nos parece pertenecer a la antropología criminal— «y como fenómeno social […]».

27 Según Civoli, *Lezioni di diritto penale*, parte I, Turín, 1895, p. 14, «considerando el delito desde un punto de vista naturalista, aparece como resultado de un conjunto de causas que se encuentran ya en el individuo que lo cometió, ya en el medio en el cual vive», de donde surgen las disciplinas de la biología y la sociología criminales. «Considerando el delito como peligro para la sociedad, se ve en él un mal que debe combatirse y se buscan los remedios más eficaces contra él. Surge así la política criminal, que sugiere al legislador los medios penales más adecuados para alejar del delito a quienes todavía no han transgredido la ley y apartar de delitos posteriores a quienes ya los cometieron». «Considerando el delito como un hecho contrario a las normas jurídicas, del cual nace a favor del Estado el derecho de someter a pena a su autor, se obtiene finalmente la ciencia del derecho penal en el sentido restringido y preciso de la palabra». Sobre su tarea, véase del mismo autor *Indirizzo a darsi all'insegnamento del diritto penale*, en Rivista Penale, t. XLIV, 1899, pp. 96 y ss. En su reciente *Manuale di diritto penale*, Milán, Soc. Ed. Libraria, 1907, Civoli, fiel a esta concepción de la ciencia penal como ciencia jurídica, declara, p. 1165, que se esforzó constantemente «por remontarse de las disposiciones específicas de la ley al sistema jurídico del cual cada una forma parte y que está constituido por su concatenación armónica».

28 Según Manzini, *Trattato di diritto penale*, t. I, Turín, 1908, p. 2, «la concepción positiva del derecho penal […] lo considera como un sistema de normas que se forma y opera exclusivamente en el ámbito del Estado»; y «la doctrina de los delitos y las penas, como ciencia jurídica, no puede rebasar los límites dentro de los cuales se forman y se aplican aquellas normas jurídicas cuyo contenido determina, cuyas consecuencias deduce y cuyas reformas señala», véase también cap. III, p. 45 y ss., n. 41 y ss. Concebido así el derecho penal, es natural que la ciencia que lo estudia se distinga de la filosofía del derecho —y, por tanto, de la filosofía del derecho penal—, que Manzini no admite como filosofía trascendental y apriorística de un derecho natural, racional o ideal y que, en todo caso, quiere mantener separada de la ciencia del derecho penal, § 2, pp. 3-6 y p. 48, nota 1. Se distingue también de la antropología y la psicología criminales, § 3, pp. 6-9; de la sociología criminal, § 4, pp. 9-12; y —lo cual no se comprende bien, dado que asigna a la ciencia penal la tarea de proponer reformas— de la política criminal, § 7, pp. 22-26.

29 Pessina, *Programma de la Enciclopedia di diritto penale*, dirigida por él, Milán, 1901. «Una labor utilísima, más aún, indispensable para mantener en vigor la ciencia positiva

del derecho que sirve a su aplicación práctica, consiste en mantener fija la mirada en la institución del castigo del delito, considerada como organismo puramente jurídico, dejando de lado las investigaciones meramente doctrinales —es decir, filosóficas—, tanto de quienes aún conservan viva la fe en las especulaciones metafísicas sobre el orden moral del mundo como de quienes oponen a la antigua metafísica un cúmulo de investigaciones biológicas y sociológicas fundadas, en sustancia, en la metafísica del materialismo y en la concepción mecánica del universo». Pessina, por lo demás, en sus Elementi di diritto penale, t. I, Nápoles, 1882, aunque admitía equivocadamente la existencia de un derecho penal ideal como objeto de la filosofía del derecho penal, § 3, p. 7, y § 7, p. 9, distinguía claramente de ella y de la política criminal, § 8, p. 10, la ciencia del derecho penal positivo. «La aplicación de la ciencia —entiéndase filosofía— del derecho penal al arte del jus conditum dicere genera —decía— aquella disciplina llamada ciencia del derecho penal positivo», la cual, según su acertada concepción, «eleva la exégesis del derecho positivo desde la humilde condición de glosa e interpretación empírica al grado de conocimiento científico, construyendo en un sistema de enunciados lógicamente enlazados las instituciones de un pueblo determinado e iluminándolo con la doble luz de los resultados de las investigaciones filosóficas e históricas». En cuanto al programa metodológico enunciado en el texto, lo he seguido constante y fielmente en mis trabajos anteriores, véase atrás nota I. Desde 1903, en el prefacio de la monografía *L'abuso di foglio in bianco*, Milán, Soc. Ed. Libr., 1903, p. VII, señalé que «la tarea de construir científica, dogmática y sistemáticamente —tarea muy distinta de la exégesis y la crítica— los principios del derecho positivo penal con los medios ofrecidos por la técnica jurídica estaba en Italia muy lejos de haberse cumplido y quizá ni siquiera podía decirse completamente iniciada», y afirmé «la necesidad de una reconstrucción y sistematización jurídica moderna del derecho penal». Un año después, en Sul concetto del diritto subiettivo di punire, en *Studi in onore di V. Scialoja*, t. I, 1904, separata, pp. 3-4, y en *Giustizia Penale*, XI, 1905, col. 760, distinguí los distintos aspectos y puntos de vista desde los cuales puede estudiarse la institución de la pena: el meramente social, el meramente político, el puramente filosófico y el simplemente jurídico. La primera afirmación pareció excesiva a algún autor autorizado, Lucchini, *Rivista Penale*, t. LVIII, p. 375; y tampoco encontró inicialmente mejor fortuna la necesidad proclamada de distinguir la ciencia del derecho positivo penal de la filosofía del derecho penal, Lucchini, *Rivista Penale*, t. LXI, p. 483; Carnevale, *Ragione del diritto di punire*, separata de *Rivista Penale*, t. LXI, fasc. II, n. 3, p. 6; Alimena, *Note polemiche sulla teoria dell'imputabilità*, en los estudios para Fadda, Nápoles, 1906. Pero Manzini, citado atrás, y Longhi, *La critica della giurisprudenza nell'insegnamento del diritto penale*, separata de *Scuola Positiva*, año XIV, 1905, núms. 2 y 3, pp. 3-27; *La legittimità della resistenza agli atti dell'autorità nel diritto penale*, Milán, Vallardi, 1907, n. 18, pp. 41-49, pronto se adhirieron a ambos conceptos. En esta última obra Longhi rechazó como excesivo nuestro juicio sobre la necesidad de reconstruir dogmática y sistemáticamente el derecho penal, p. 42, nota 1, y deseó con nosotros que, «procediendo con mayor rigor de método y técnica, se mantenga un contacto más vivo con el rápido movimiento de las ciencias jurídicas afines, tanto públicas como privadas», p. 42. Calificó nuestro trabajo sobre el derecho de castigar como «un amplio programa de estudios que debe realizarse en el derecho penal con una orientación metodológica y sistemática paralela a la de otras disciplinas jurídicas», p. 42, nota 1. Longhi constató también que «las distinciones antagónicas entre escuelas están siendo sustituidas por una distinción

entre ciencias», de manera que cada estudioso, «para no asumir tan enorme trabajo y evitar que la extensión perjudique la profundidad, convertido exclusivamente en filósofo, sociólogo o jurista, delimita a su arbitrio el terreno que mejor corresponde a sus tendencias y en el cual siente que puede dominar, remitiéndose para todo lo demás a los resultados obtenidos por otros», La legittimità della resistenza, p. 41, nota 1; *La critica della giurisprudenza*, p. 20 de la separata. Afirmaba especialmente que «la sociología criminal no excluye el derecho penal» y que «la coordinación del derecho con los datos sociológicos no elimina, sino que acentúa, la necesidad de sistematizar las relaciones jurídicas entre el Estado y el reo», primera obra citada, pp. 41-42. Grispigni advirtió con claridad la orientación aplicada en nuestros trabajos al observar que «los cultivadores más jóvenes del derecho penal, abandonando el terreno filosófico, se han dedicado a elaborar dogmáticamente el derecho penal, procurando ofrecer una sistematización semejante a la alcanzada por otras ramas del derecho público y aplicar las doctrinas más recientes que han dado a este un gran desarrollo», *Indirizzo dommatico e sistematico dell'odierna scienza criminale in Italia*. Sin embargo, anunciaba una «fase jurídica de la escuela positiva» en la cual sus seguidores, después de ocuparse preferentemente primero de estudios antropológicos y después sociológicos, se disponían a ofrecer una organización jurídica de su concepción del derecho represivo y a encuadrarla en el sistema de todo el derecho. No se trataría entonces del derecho penal vigente, sino del derecho represivo futuro; y, por tanto, no de una investigación jurídica, sino filosófica y política, *L'odierna scienza criminale in Italia*, separata de *Scuola Positiva*, Milán, 1909, p. 6, nota. Más tarde, el propio Grispigni, después de señalar la afinidad científica entre la orientación de nuestros trabajos y la seguida por Manzini y Longhi, mostró no solo percibir claramente nuestra distinción entre ciencia del derecho positivo penal, filosofía del derecho penal y sociología criminal —podría haberla extendido a la política criminal—, sino adherirse a esta «división del trabajo científico», que «no implica ignorancia, sino conocimiento de toda la materia», reseña de Longhi, noviembre de 1908, pp. 4-7 de la separata. Ahora vuelve a objetarnos el profesor Alimena, *Le esigenze del diritto penale e le tendenze dei penalisti*, en esta revista, año I, 1910, p. 129; *Principi di diritto penale*, prefacio, con razones meditadas que no siempre nos convencen, pues parten de la falsa suposición de que pretendemos excluir, y no simplemente distinguir, las investigaciones filosóficas y sociológicas. Es significativo que en estos trabajos Alimena admita también autorizadamente la necesidad de una elaboración dogmática del derecho penal positivo y de que el derecho penal «se someta —quizá el último entre los derechos— a las leyes férreas de las disciplinas formales», reconociendo al mismo tiempo que «el estudio de la naturaleza ha hecho olvidar el del derecho».

30 Además de los autores recordados hasta aquí, otros autores italianos modernos y autorizados coinciden parcialmente y, en mayor medida, discrepan de la concepción enunciada en el texto acerca de la tarea de la ciencia del derecho penal como ciencia jurídica. Lucchini, *Le droit pénal et les nouvelles théories*, París, 1892, p. 69, observa acertadamente —y entre los primeros en Italia— que es «errónea la afirmación de que el derecho en general, y con mayor razón el derecho penal, forme parte de la sociología», pues «el derecho representa un producto de la sociedad, pero posee un lugar y una forma de evolución ulterior y especial que lo sitúan fuera del estudio del simple organismo social», véanse también pp. 390-393. Sin embargo, parece asignar a la ciencia del derecho penal una función principalmente filosófica y especulativa o, con mayor precisión, normativa y deontológica, no sistemáticamente expositiva y descriptiva.

Así, p. 68, afirma que el dominio de la sociología comprende simplemente la descripción y exposición, no la especulación; y, p. 59, que los estudios relativos a las reglas del magisterio penal, desde el punto de vista filosófico y especulativo, persiguen algo esencialmente distinto de describir y exponer lo que existe en la naturaleza: procuran inducir, deducir y explicar lo que debe ser. Impallomeni, *Istituzioni di diritto penale*, Turín, 1903, junto a una ciencia del derecho penal que define como «exposición sistemática de los principios que regulan el derecho penal de un Estado determinado», p. 2 —para nosotros, ciencia del derecho penal positivo italiano vigente—, admite una «ciencia abstracta del derecho penal», esto es, la historia del derecho penal y el derecho penal comparado, a los que reconocemos autonomía y también valor como medios auxiliares para conocer científicamente el derecho positivo penal vigente, así como para la filosofía del derecho penal y la política criminal. Reconoce, además de una doctrina puramente descriptiva, una «doctrina ética y especulativa del derecho penal encaminada a la crítica y reforma de la legislación penal», p. 4, que no es otra cosa que lo que llamamos filosofía del derecho penal, concebida no como ciencia apriorística y trascendental de un problemático derecho natural, racional o ideal, § 1, pp. 3-5, sino como filosofía positiva o realista del derecho penal; véase también *Fondamento scientifico del diritto penale*, en los estudios para Carrara, Lucca, 1899, pp. 176-177, nota 1. Bajo esos tres aspectos —ciencia del derecho penal positivo nacional, ciencia histórica y comparada, y filosofía del derecho penal—, aquello que Impallomeni denomina demasiado ampliamente ciencia del derecho penal se distingue para él de la política criminal, concebida de manera distinta de la nuestra y no aceptable, § 4, pp. 7-12, y de las ciencias auxiliares. Entre estas coloca una inadmisible «psico-fisio-patología», la antropología criminal, la filosofía general del derecho —cuya diferencia con la doctrina ética y especulativa del derecho penal no se comprende— y la sociología general. No incluye, sin embargo, la sociología criminal, que parece no distinguir de la ciencia del derecho penal ni de la sociología general, § 5, pp. 13-29, lo cual no nos parece correcto. Muy próximo es el pensamiento antes expuesto por Carnevale. Aunque niega, como nosotros, la existencia de otro derecho penal que no sea el positivo, no distingue de la ciencia del derecho criminal positivo la filosofía del derecho criminal, ni parece distinguir de ellas la sociología o la política criminal. Estas serían para él tres direcciones particulares —jurídica, filosófica y sociológica— de la ciencia del derecho criminal, lo que no consideramos exacto. Sin embargo, como ciencia social particular —yo añadiría, jurídica—, la ciencia penal se distingue para él de la sociología general, y esta, a su vez, de la biología. Véanse Carnevale, *Il naturalismo nel diritto criminale*, en *Giustizia Penale*, t. II, 1896, fascs. 5-21; *La filosofia penale*, en *Studi per Carrara*, Lucca, 1899, pp. 59-75; *Ragione del diritto di punire*, en *Rivista Penale*, t. LXV, fasc. 2, n. 3. Alimena tampoco se aleja mucho. Aunque distingue la ciencia del derecho penal, a la que pertenece el estudio jurídico del delito, de la sociología criminal, a la que atribuye su estudio social y natural —incluyendo inexactamente la antropología criminal—, hace entrar en la ciencia penal tres investigaciones: la noción teórica de delito y pena con independencia de toda legislación positiva, que solo puede pertenecer a la filosofía del derecho penal; su noción histórica y comparada, propia de la historia del derecho penal y del derecho penal comparado, como disciplinas autónomas y medios para estudiar el derecho positivo; y su noción en la legislación positiva italiana, tarea de la ciencia del derecho positivo penal, que no se limita a la mera exégesis. Véanse Alimena, *Lo studio del diritto penale nelle condizioni presenti del sapere*, en *Rivista di diritto penale e di sociologia criminale*, año I, 1900,

pp. 181-216; *Principii di diritto penale*, t. I, Nápoles, 1910, prefacio, pp. XV-XIX, e introducción, cap. I, pp. 13-18; y *Le esigenze del diritto penale e le tendenze dei penalisti*, en esta revista, año I, 1910, fasc. 3, pp. 129-142. Alimena parece distinguir la política criminal del derecho penal, pero la concibe, contradiciendo su propio nombre, como «disciplina jurídica», *Principii*, p. 16. Tuozzi, en cambio, *Enrico Ferri e la sociologia criminale*, separata de *Foro Penale*, Roma, 1892, sostiene correctamente que «existen con independencia las ciencias del derecho criminal, la sociología criminal y la antropología criminal, relacionadas por correlación y afinidad debido a la identidad del objeto estudiado», p. 4; y afirma que «la antropología criminal es una ciencia natural, la sociología criminal una ciencia social y el derecho criminal una ciencia jurídica, aunque sus análisis converjan desde esos tres puntos sobre un mismo tema, el crimen, que se presenta efectivamente como fenómeno natural, social y jurídico», p. 5. También distingue la ciencia del derecho penal de la política criminal, *Lo stato presente della scienza penale*, volumen para Carrara, Lucca, 1899, p. 365, pero no logra separarla de la filosofía del derecho penal. Incluso parece admitir un «derecho abstracto» de «principios de razón», distintos de los principios del derecho positivo, como fuente de la ciencia del derecho penal positivo, *Corso di diritto penale*, Nápoles, 1899, 2.ª y 3.ª eds., 1907, § 11, p. 3. Más alejado de nuestra postura se encuentra Napodano, *L'indirizzo scientifico del diritto penale*, separata de *Rivista Penale*, t. LVII, p. 529. Aunque distingue la ciencia del derecho penal de la sociología y la antropología criminales, identifica aquella con la filosofía del derecho penal y la política criminal y, en general, la ciencia del derecho con su filosofía y su política. Considera que «la ciencia jurídica posee un contenido propio señalado por lo útil y lo justo» y estudia «las necesidades humanas que merecen satisfacción, esto es, el mundo de los intereses y utilidades regulados por una norma superior de orden», la justicia, pp. 5-7; por ello afirma que la ciencia jurídica penal «investiga los intereses humanos respecto del delito en relación con una norma —la justicia— que los legitima», pp. 11-13. Se incurre así en un triple error: admitir como objeto de la filosofía del derecho penal una norma jurídica trascendente a la realidad del derecho positivo y a las necesidades y utilidades sociales; desconocer el objeto propio de la ciencia del derecho penal, el derecho penal positivo; y desconocer los límites que la separan de la filosofía del derecho penal —cuyo objeto es la justicia como conjunto de condiciones fundamentales e indispensables de la convivencia social en relación con el derecho penal— y de la política criminal —cuyo objeto es la utilidad política en esas mismas relaciones—. Para otras comparaciones, que sería demasiado largo e inoportuno desarrollar, véanse Vincenzo Lanza, *Saggio di una veduta metodologica*, separata de *Rivista Penale*, t. LV, fascs. 5 y 6, Turín, 1902, § 1, núms. 1-7, pp. 3-24; *L'umanesimo del diritto penale*, Palermo, 1906, cap. IV; *Diritto penale italiano. Principi generali*, Turín, 1908, cap. I, pp. 1-22. Son trabajos valiosos que reivindican para la ciencia jurídica penal incluso la crítica y reforma de la legislación, comúnmente asignadas a la filosofía del derecho y a la política criminal, pero en los que la mezcla de la investigación técnico-jurídica con la ética, política, sociológica y psicológica suele nublar el criterio jurídico del autor y constituye la mejor prueba de la necesidad de distinguirlas. Véanse también Puglia, *Il diritto di repressione*, Mesina, 1882, especialmente p. 25; *Autonomia della scienza del diritto penale*, Mesina, 1893; *Risorgimento ed avvenire della scienza del diritto criminale*, Palermo, 1886, especialmente p. 52; *La sociologia criminale*, en *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, año I, 1900, pp. 285-293. Este autor distingue la ciencia del derecho penal,

como ciencia jurídica, de la antropología y la sociología criminales, pero al asignarle una función meramente normativa y deontológica respecto del derecho futuro, y no descriptiva y expositiva del derecho vigente, no logra distinguirla de la política criminal ni de la filosofía del derecho penal; véase, no obstante, Necessità di un rinnovamento degli studi filosofici del diritto penale, en los escritos en honor de Pessina, Nápoles, 1899. Distingue, además, la ciencia jurídica penal de la llamada penología —para nosotros, parte de la sociología criminal—, de la ciencia del derecho de prevención —para nosotros, parte del derecho administrativo, aunque podría reunirse con la ciencia penal bajo el nombre de ciencia del derecho criminal— y de la estadística criminal, que consideramos método propio de la sociología criminal y no ciencia autónoma. Véase también Florian, *La fase odierna del problema penale*, en *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, t. I, 1900, pp. 4-21; *Dei reati e delle pene in generale*, Milán, Vallardi, 1901, pp. 31-38; *Sull'insegnamento del diritto penale secondo gli attuali regolamenti universitari*; en *Giustizia Penale*, año IX, 1903, fasc. 2, cols. 321-333. En este último trabajo, quizá con mayor exactitud que en los anteriores, distingue la ciencia del derecho penal, como ciencia jurídica, de la antropología y la sociología criminales, y atribuye justamente a la primera el estudio técnico y dogmático del derecho penal positivo vigente; pero parece conservarle una función normativa respecto del derecho futuro, que corresponde mejor a la política criminal y a la filosofía del derecho penal, lo que lo lleva a confundirlas. Además, su política criminal parece comprender, no solo con fines didácticos —lo que admitiríamos—, sino también científicos —lo que no podemos aceptar—, la antropología y la sociología criminales. Véanse también Vaccaro, *Sul rinnovamento scientifico del diritto penale*, Roma, 1899, quien concibe la ciencia penal como ciencia social particular, no también jurídica, esto es, en el fondo como sociología criminal distinta de la general solo como la especie del género; y Barsanti, *Il Carrara e il suo indirizzo scientifico nel momento presente*, Macerata, 1902, pp. 3-40, donde la ciencia del derecho penal positivo se confunde con la filosofía idealista del derecho penal y la política criminal, aunque se distingue de la antropología y la sociología criminales. Para otros autores italianos y extranjeros menos recientes, véanse las referencias de Ferri, *Sociologia criminale*, Turín, 1900, pp. 921-922, nota.

31 Así: Ferri, *Sociologia criminale*, 4.ª ed., Turín, 1900, pp. 921-929. Véanse, sin embargo, las restricciones de la p. 925, al final, donde la sociología criminal se distingue, al menos, de la antropología criminal, aunque no, en todo caso, de la ciencia del derecho penal, ni de la filosofía del derecho penal, ni tampoco de la política criminal (pp. 926 y 928).

32 Conforme a nuestro concepto, la antropología —o biología— criminal es una ciencia antropológica particular, distinta, como tal, de la antropología general, y se divide en somatología —anatomía o fisiología— criminal y psicología criminal. De ella se distingue la sociología criminal, que es una ciencia social particular y, como tal, distinta también de la sociología general. Mientras la antropología criminal estudia el delito como fenómeno puramente natural —o, para expresarlo mejor, estudia al delincuente bajo el aspecto orgánico, anatómico y fisiológico, y psíquico—, la sociología criminal estudia el delito o la pena como fenómenos puramente sociales y comprende, por tanto, tanto la teoría social del delito —criminología— como la teoría social de la pena —la llamada penalogía—. Sobre los diversos conceptos de la sociología criminal, véase recientemente Puglia, *La sociologia criminale*, en *Rivista di diritto penale e sociologia criminale*, vol. I, 1900, pp. 285-293, donde la sociología criminal se define exactamente —núm. 12, p. 292— como «la ciencia que estudia la delincuencia como simple fenómeno social».

33 La necesidad, proclamada también por nosotros en otro lugar, de mantener diferenciada, incluso en el campo del derecho penal, la investigación filosófica de la estrictamente técnico-jurídica —*Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, Prato, 1904, p. 3—, impugnada en un principio —véase supra, nota 28—, fue reconocida recientemente también por Manzini, *Trattato di diritto penale*, vol. I, Turín, 1908, § 2, pp. 3-6 y 48, nota 1. Con anterioridad, por lo demás, ya había observado Puglia, aunque no sin alguna imprecisión, en *Necessità di un rinnovamento degli studi filosofici del diritto penale*, separata de *Studi in onore del Pessina*, Nápoles, 1899, p. 10: «…en el pasado, la filosofía del derecho penal no constituyó el objeto principal de estudio de los filósofos del derecho, quienes siempre dedicaron su actividad a desarrollar ampliamente las doctrinas relativas al derecho privado o al derecho en general; por este motivo, la exposición de los principios fundamentales de la ciencia del derecho de castigar, la crítica de las doctrinas filosóficas inexactas, la determinación de los límites dentro de los cuales la sociedad debe ejercer aquel derecho, de los caracteres que debe tener la punición, etcétera, fue obra más de los criminalistas que de los filósofos del derecho. Pero precisamente por esta irracional división del trabajo entre criminalistas y filósofos del derecho ha sucedido que, en el sistema filosófico del derecho, no todas las partes constitutivas han alcanzado un desarrollo proporcionado, ni ha sido posible una verdadera coordinación e integración científica entre los principios fundamentales de las diversas manifestaciones de la vida jurídica». Más recientemente —lo cual resulta muy sintomático— se adhirió a este punto de vista un joven y valioso filósofo del derecho, Rava, *I compiti della filosofia rispetto al diritto*, Roma, 1907: «Nosotros juzgamos —observaba— el derecho mismo y decimos: esta ley es injusta; esta costumbre es injusta… Tales dudas no inquietan al estudioso de disciplinas jurídicas particulares en cuanto tal. El civilista no se pregunta por qué quien ha prometido debe pagar, ni el penalista por qué se castiga» (p. 8). Y en nota —nota 3, p. 28—: «Adviértase bien que aquí se habla del estudioso de disciplinas jurídicas particulares en cuanto tal. Es decir, nada impide que un civilista discuta acerca del fundamento de la obligación o un penalista acerca del fundamento de la pena; solo que, cuando lo hacen, no hacen ciencia, sino filosofía del derecho. Estas incursiones de los científicos del derecho en la filosofía jurídica son tanto más frecuentes cuanto menos constituida se encuentra en un organismo científico sólido la disciplina jurídica que profesan —piénsese cuánto más frecuentes son en el derecho público que en el derecho privado—; y ello se explica tanto porque, en algunas ciencias jurídicas, si uno se limitara a decir lo que en ellas hay de verdaderamente científico, habría muy poco que decir —por ejemplo, en el derecho constitucional—, como porque una de las misiones históricas de la filosofía, estudiada por nosotros en otro lugar, es mantener en una especie de administración provisional —según, añadimos nosotros, tuvo ocasión de señalar autorizadamente también Wenot— ciertos campos del saber todavía poco sólidamente organizados como sistema. Naturalmente, en todos estos casos se manifiestan todos los inconvenientes de las administraciones provisionales». Véase también el trabajo del mismo autor, *La classificazione delle scienze e le discipline sociali*, Roma, 1904, cap. VII. Sobre la distinción y las relaciones entre las distintas ciencias jurídicas especiales en cuanto tales —derecho civil, penal, administrativo, etcétera— y la filosofía del derecho, véanse, desde un punto de vista general: Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia giuridica*, Nápoles, 1904, § 37, pp. 122-123; Vanni, *Filosofia del diritto*, Bolonia, 1904, p. 22 y ss.; Bierling, *Juristische Principienlehre*, vol. I, 1898, p. 12 y ss.

34 Que el estudio del derecho penal positivo vigente lleva naturalmente consigo la consideración de las necesidades sociales y de las exigencias políticas de las cuales aquel constituye la realización y que se encuentran contenidas en él, y que, desde este punto de vista, la ciencia del derecho penal positivo necesita del auxilio de la filosofía del derecho penal y de la política criminal, no puede, a nuestro juicio, ponerse en duda. Pero sigue siendo cierto lo que decía Liszt, esto es, que «el derecho penal es la barrera más allá de la cual no puede pasar la política criminal», entendida, sin embargo, como ciencia o arte de la legislación futura.

35 Vanni, *Il diritto nella totalità dei suoi rapporti e la ricerca oggettiva*, lección inaugural del curso de filosofía del derecho, pronunciada en la Real Universidad de Roma el 11 de enero de 1900, en *Rivista Italiana di sociologia*, año IV, fasc. 1, enero-febrero de 1900, Roma, 1900, p. 30.

36 Se entiende que aquí se habla de los límites de la ciencia del derecho penal, como tal, dentro del sistema de las ciencias criminológicas. Y estos no deben confundirse con los límites de la cultura necesaria para el penalista.

37 Jhering, *Geist des römischen Rechts* —trad. francesa de O. Meulenaere, París, 1877-1878, vol. III, p. 5 y ss.—, al comentar la sentencia de Séneca «Semina nobis scientiae natura dedit, scientiam non dedit», decía: «El arte más humilde posee su técnica, que no es sino el depósito acumulado y objetivado de la sana razón humana, pero que, sin embargo, solo puede ser aplicada y juzgada por quien se toma el trabajo de estudiarla».

38 Esta identidad entre las diversas ramas del derecho y las distintas relaciones jurídicas, en cuanto tales, es precisamente la que permite formar una teoría general del derecho. La organización sólida y ya firmemente constituida de esta, no solo en Alemania sino también en Italia, desmiente de hecho y priva de valor las objeciones formuladas recientemente por Alimena contra su existencia posible y segura —en esta *Rivista*, I, p. 130—. Ello no impide que yo admita la necesidad de evitar generalizaciones apresuradas de los conceptos jurídicos y analogías precipitadas de una rama del derecho a otra, sin tomar en cuenta las debidas diferencias que naturalmente existen entre los distintos derechos y entre las instituciones y relaciones jurídicas creadas por ellos.

39 Sobre la exégesis y el sistema como formas diversas de la actividad científica relativa al derecho vigente —ciencia del derecho positivo—, véanse Merkel, *Juristische Encyclopädie*, Berlín, 1904, 3.ª ed., §§ 357 y ss.; Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia giuridica*, Nápoles, 1904, §§ 34 y 35 —véase también § 38—, quienes parecen excluir de manera más intransigente de las investigaciones propias de la ciencia del derecho positivo la crítica, en cualquier forma, del derecho vigente; Rocco, Alfredo, *L'interpretazione delle leggi processuali*, en *Archivio giuridico*, vol. LXXVII, Roma, 1906, separata, caps. 3.º y 4.º.

40 Sobre la diferencia entre interpretación extensiva e interpretación analógica, véase, entre otros, Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia giuridica*, Nápoles, 1904, § 38, p. 141.

41 Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, en *Archivio Giuridico*, vol. XLII, 1889, p. 191.

42 Scialoja, *Del diritto positivo e della equità*, discurso inaugural, Camerino, Savini, 1880, p. 24. Sobre la investigación de los principios —o conceptos— fundamentales del derecho positivo, Windscheid dice magistralmente en *Trattato delle Pandette*, trad. Fadda y Bensa, Turín, 1902, vol. I, § 24, pp. 74-75: «…El pensamiento propio de la norma jurídica nos representa un concepto, esto es, un agregado de elementos del

pensamiento; se trata de descomponer los conceptos en sus partes constitutivas, de indicar los elementos del pensamiento contenidos en ellos. En esta operación puede avanzarse más o menos, porque los elementos encontrados pueden presentarse a su vez como conjuntos de otros elementos más simples, y así sucesivamente… Reconducir una relación jurídica a los conceptos en los que se funda se denomina construcción de aquella». Esta investigación de los conceptos fundamentales del derecho es la misma que Jhering, campeón de la jurisprudencia constructiva, llamó —*Geist des römischen Rechts*, trad. francesa, vol. III, p. 26— «investigación de los elementos simples del derecho», y cuya técnica correspondiente denominó «química del derecho». Véase también Simoncelli, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, Camerino, 1890, pp. 13-23, donde proclama la necesidad de una «determinación de los conceptos con base… en su posición lógica frente a todo el sistema» —p. 17— y afirma que la comprobación de los principios fundamentales de la ley no puede corresponder a la filosofía del derecho, sino a la ciencia jurídica —p. 21—; sustancialmente conforme, Polacco, *Sulla interpretazione della legge*, separata de *Monitore dei Tribunali*, 1890, pp. 3-5. Sirva para dar una idea de la investigación dogmática de los conceptos jurídicos fundamentales en el campo penal el siguiente ejemplo: el hurto es el delito mediante el cual alguien se apodera de una cosa mueble ajena, para obtener provecho, sin consentimiento de aquel a quien pertenece —artículo 402 del Código Penal—. Delito es el entuerto jurídico que produce la consecuencia jurídica de una pena. Entuerto jurídico —o hecho ilícito— es una acción humana imputable —por dolo o culpa—, jurídicamente ilícita y dañosa. ¿Qué es «acción»? ¿Qué es «imputabilidad»? ¿Qué son «dolo y culpa»? ¿Qué es «ilicitud jurídica»? ¿Qué es «daño»? Además, ¿qué es «pena»? ¿Qué es «consecuencia jurídica»? Finalmente, ¿qué es «cosa»? ¿Qué es «cosa mueble»? ¿Qué es «cosa ajena»? ¿Qué es «apoderamiento»? ¿Y «posesión»? ¿Qué es «provecho»? ¿Qué es «consentimiento»? ¿En qué consiste la «pertenencia de la cosa»? Y así sucesivamente.

43 También Civoli, *Manuale di diritto penale*, 2.ª ed., Milán, 1907, núm. 4, pp. 3-7, aunque niega, a diferencia de nosotros, la admisibilidad incondicionada de la interpretación extensiva y correctiva en materia penal —que quiere reservar únicamente a las disposiciones favorables al imputado—, no vacila en admitir, dentro de ciertos límites, esto es, cuando se trata precisamente de un favor libertatis, el uso de la analogía y de los principios generales del derecho positivo en la interpretación de las leyes penales. Incluso considera necesario insistir en que «las cuestiones penales que no pueden decidirse con base en la ley ni recurriendo a la analogía se resuelvan mediante reglas deducidas del conocimiento de la legislación positiva y de la coordinación metódica y científica de las distintas disposiciones que la constituyen…» —*Manuale*, 1.ª ed., Milán, 1900, núm. 4, p. 14; pasaje suprimido en la 2.ª ed.—. No pretendo ocuparme aquí de si, y hasta qué punto, es posible realizar en materia penal la llamada interpretación progresiva mediante el uso de la analogía y de los principios generales del derecho, esto es, aquella interpretación que procura adaptar la ley a las necesidades sociales siempre cambiantes; véase, en sentido justamente afirmativo, Binding, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1885, t. I, p. 454 y ss.

44 Windscheid observa al respecto, con gran precisión, en *Trattato delle Pandette*, § 24, p. 74: «De la comprensión completa del contenido de los conceptos comprendidos en las normas jurídicas depende no solo la plena comprensión del derecho, sino también la ciencia de su aplicación. Respecto de esto último, adviértase lo siguiente:

el supuesto de un caso que debe decidirse corresponde muy rara vez al supuesto de una sola norma jurídica. Por regla general, las diversas partes del supuesto se ordenan bajo normas jurídicas distintas. Los efectos jurídicos establecidos por estas normas se determinan y entrecruzan; la decisión final es resultado de un cálculo cuyos factores son los conceptos jurídicos: naturalmente, el cálculo dará un resultado tanto más seguro cuanto más cierto sea el valor de los factores. También es evidente que el verdadero sistema del derecho, la homogeneidad última de sus normas, solo puede surgir de una comprensión plena de los conceptos jurídicos». De manera semejante, Bekker, *System des heutigen Pandektenrechts*, Weimar, 1889, vol. II, Prefacio, observa que determinar los conceptos es la primera necesidad tanto de la aplicación como de la ciencia del derecho y afirma que puede estimarse el valor de un derecho según la estabilidad de los conceptos con los que funciona.

45 He aquí el bellísimo pasaje de Jhering, *Geist des römischen Rechts*, trad. francesa, vol. III, pp. 74-75: «La práctica nos proporciona diariamente cuestiones y aumenta así indirectamente nuestros conocimientos; pero las cuestiones prácticas no son siempre las más instructivas. Una cuestión desprovista de todo interés práctico, pero que, por decirlo así, afronta cuerpo a cuerpo la institución en su raíz, puede ser infinitamente más importante para su conocimiento exacto que las cuestiones prácticas y ofrecer la clave de toda una serie de problemas prácticos que en vano se procura aclarar indirectamente. Las ciencias naturales realizan los descubrimientos más fecundos para la vida al ocuparse de cuestiones e investigaciones que no prometían una cosecha abundante para la práctica. Cuanto más se aíslan de la vida, mejor la sirven. A menudo sucede lo mismo con la jurisprudencia. Esta realiza algunas veces sus descubrimientos más bellos en regiones completamente ajenas a la práctica. Aunque los juristas romanos no nos hubieran enseñado sino esto, que la jurisprudencia, para ser práctica, no debe limitarse únicamente a las cuestiones prácticas, la proclamación de esta sola doctrina debería asegurarles nuestra eterna gratitud».

46 Véase sobre este punto mi trabajo *Sul così detto carattere sanzionatorio del diritto penale*, separata de *Giurisprudenza Italiana*, vol. LXII, Turín, 1910, p. 75.

47 Sobre la noción de bien e interés en el campo del derecho penal, véase mi escrito *I concetti di bene e di interesse nel diritto penale e nella teoria generale del diritto*, en *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, vol. XLVII, 1910, fascs. I-II, separata, Turín, 1910, pp. 8-32. Sobre el concepto de delito como entuerto jurídico —acción humana imputable, ilícita y dañosa— productor de la particular consecuencia jurídica de la pena, precisamente por su peligrosidad social, véase mi trabajo Il danno e il pericolo sociale risultante dal reato, en *Archivio giuridico*, 1909, vol. LXXXIII, 1, separata, Pisa, 1909, especialmente núm. 16, p. 53.

48 También Ortolan, *Éléments de droit pénal*, París, 1863, aunque sostiene erróneamente que el derecho penal tiene un carácter meramente secundario o sancionador frente a las demás normas jurídicas —núm. 21, p. 9—, observa justamente: *«…le droit pénal se lie à toutes les divisions du droit et… le jurisconsulte véritablement versé dans la connaissance du droit pénal doit l'être aussi dans celle de toutes les branches du droit»* —núm. 22, p. 9—. También Binding, pese a estar influido —y también por estarlo— por su preconcebida «teoría de las normas», observa en gran parte correctamente —*Handbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1885, t. I, § 2, p. 9— que los bienes y derechos para cuya protección se establecen normas y leyes penales se encuentran dispersos por todos los campos jurídicos; todos contribuyen, por tanto, a formar los

conceptos de delito y crimen, y cada elemento de los supuestos delictivos perteneciente al derecho privado, al derecho estatal, al internacional o al procesal constituye un puente entre el derecho penal y aquellas ramas. El derecho penal no debe considerarse aisladamente, sino en su conexión viva con todo el derecho restante, como miembro del sistema completo del derecho positivo.

49 Para el intento de elaborar una teoría de los derechos subjetivos en materia penal y de las relaciones de derecho penal sustantivo y procesal, véanse ya mi *Riparazione alle vittime degli errori giudiziari*, 1.ª ed., Turín, 1902; 2.ª ed., Nápoles, 1905, núms. 43-44, pp. 96-104; y, respecto solo de la relación jurídico-penal y no de la procesal penal, mi escrito *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, Prato, 1904, en los estudios para Scialoja. Este intento, al cual se reconoce generalmente en Italia el mérito de la prioridad —Lucchini, *Rivista penale*, vol. LXVII, p. 558; Grispigni, reseña del tratado de Manzini en Scuola Positiva, 1908, núms. 3-4; Alimena, esta *Rivista*, I, p. 131—, pese a las críticas recibidas —Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, Turín, 1908, cap. III, núms. 45-50; Lanza, *Diritto penale italiano*, vol. I, Turín, 1908, núms. 7, 32, 34 y 37-39—, obtiene creciente acogida entre los autores y penetra también en la jurisprudencia. Véanse Manzini, *Dei limiti della difesa nell'istruttoria penale secondo la dottrina dei diritti pubblici soggettivi*, Milán, 1906, y *Atti del Congresso*, Milán, 1907, p. 192; su informe sobre el proyecto de Código Procesal Penal de Finocchiaro-Aprile, 1906, passim; Massari, *Il processo penale*, en Filangieri, 1906, p. 242; Gismondi, *La volontà dello Stato e dei privati nel diritto di punire*, en *Giustizia penale*, 1906, col. 1257; Longhi, *La legittimità della resistenza agli atti della autorità nel diritto penale*, Milán, 1907, núm. 18, p. 42; De Mauro, *Il diritto subiettivo di punire*, Nápoles, 1908; Grispigni, reseñas en *Scuola Positiva*, 1908, p. 666, y 1909, p. 442; Alimena, *Principii di diritto penale*, Nápoles, 1910, pp. 108-113, y *Le esigenze del diritto penale e le tendenze dei penalisti*, esta *Rivista*, 1910, pp. 131-133. El valor práctico, y no únicamente sistemático, de esta doctrina se demuestra por la ayuda que presta para resolver múltiples cuestiones prácticas planteadas al interpretar nuestras leyes; véase, por ejemplo, su aplicación a una cuestión exegética en mi *Riabilitazione e condanna condizionale*, en *Giustizia Penale*, 1907, fasc. 45, separata, Prato, 1907, p. 23.

50 Binding dice acertadamente —*Handbuch des deutschen Strafrechts*, Leipzig, 1885, t. I, prefacio, p. VIII— que un tratamiento dogmático sano del derecho penal vigente era imposible mientras delito y pena fueran despojados de la autonomía con la que habían avanzado en las obras teóricas; el delito debía concebirse como el supuesto que genera el derecho penal y la pena como objeto de este derecho, restituyendo al derecho subjetivo el lugar que le corresponde en la ciencia penal. Que la teoría del derecho subjetivo penal y de la relación jurídico-penal —estrechamente vinculada con la teoría de la personalidad o capacidad de subjetividad jurídico-penal— no haya permanecido «estéril» después de Binding, como sostienen Manzini y Alimena, lo demuestra el creciente número de partidarios alemanes que hacen de ella el eje de sus exposiciones sistemáticas —Finger, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlín, 1904, t. I, especialmente §§ 1, 17 y 34; Beling, *Grundzüge des Strafrechts*, Tubinga, 1905, especialmente §§ 2 y 15—. Puesto que constituye la piedra angular para la construcción científica de toda la llamada parte general del derecho penal, es natural que su desarrollo completo solo pueda lograrse mediante una exposición amplia y voluminosa de todas las teorías generales del derecho penal relacionadas con ella como partes de una construcción dogmática orgánica y unitaria.

51 α) Que la política criminal —como parte de la política general— sea, al igual que esta —cfr. Holtzendorff, *Ueber das Verhältnis des Rechts zur Politik*, 2.ª ed., 1876, p. 89 y ss.—, la ciencia o el arte —cuestión que aquí no se discute— de la legislación y que, por ello, se refiera al juicio, la crítica y la reforma del derecho vigente, constituye enseñanza tradicional y concorde de la ciencia extranjera e italiana. Véanse, entre los alemanes: Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1847, § 6, p. 23 y notas 4-5 de Mittermaier; Henke, *Handbuch des Kriminalrechts und der Kriminalpolitik*, Berlín, 1823, t. I, §§ 29 y 31; Heffter, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts*, 4.ª ed., Brunswick, 1857, § 1, pp. 1-2; Geyer, *Grundriss über gemeines deutsches Strafrecht*, Múnich, 1884, p. 65; Meyer, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 6.ª ed. de Allfeld, Leipzig, 1907, § 6, p. 40; Beling, *Grundzüge des Strafrechts*, Tubinga, 1905, § 9, p. 13; Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlín, 1908, § 1, p. 2; Wargha, *Die Abschaffung der Strafknechtschaft*, Graz, 1906, I, cap. II; Thomsen, *Das deutsche Strafrecht*, Berlín, 1906, t. I, § 3, p. 35. Entre nosotros: Pessina, *Elementi di diritto penale*, vol. I, Nápoles, 1882, § 8, p. 10; Civoli, *Lezioni di diritto penale*, vol. I, Turín, 1895, p. 4; Napodano, *Il diritto penale italiano*, Nápoles, 1895, § 3, p. 7; Manzini, *Trattato di diritto penale*, vol. I, Turín, 1908, núm. 25, p. 26; Brusa, Prolegómenos de derecho penal, Madrid, 1897, núm. 2, p. 12 —véanse, sin embargo, en sentido distinto, núms. 5, 9 y 10—. Esta tarea de crítica y reforma es ejercida por la política criminal no solo frente al derecho penal —o derecho criminal represivo—, sino también frente al llamado derecho criminal preventivo —la parte del derecho administrativo relativa a la prevención directa de la delincuencia— y al derecho penitenciario —la parte del derecho administrativo que regula la administración carcelaria o penitenciaria— y, en general, frente a todas las partes del derecho relativas a la represión o prevención, directa o indirecta, de la delincuencia. La política criminal puede distinguirse, por tanto, en política penal o punitiva, política administrativa carcelaria y política criminal preventiva, directa o indirecta. β) La política criminal no solo ofrece el criterio para valorar críticamente el derecho penal vigente ni se limita a revelar cuál deberá ser el derecho criminal futuro; también enseña a aplicar el derecho penal vigente a los casos particulares conforme a los fines políticos que persigue y a moderar, en su aplicación judicial, el derecho penal estricto con las exigencias de conveniencia, oportunidad, utilidad y prudencia política a las cuales debe responder —arte de la aplicación de la ley—. γ) Finalmente, además de ser ciencia —o arte— de la legislación y arte de aplicación de la ley, es ciencia —o arte— de la administración, en cuanto vigila que la ejecución de las penas y de otras medidas semejantes se realice del modo técnicamente más conforme con las exigencias de conveniencia u oportunidad político-penal. Puede definirse, por tanto, como la ciencia o el arte de los medios preventivos y represivos de que dispone el Estado, en su triple condición de poder legislativo, administrativo y judicial, para alcanzar el fin de luchar contra la criminalidad. Así concebida, se distingue: 1.º de la filosofía del derecho penal, a la cual corresponde una función especulativa, normativa, dogmática o ética, porque el objeto propio de esta son las exigencias de la «justicia» en las relaciones del derecho penal —deducidas de las condiciones fundamentales e indispensables de la convivencia social—, mientras el objeto de la política criminal son las exigencias de la «política» respecto del mismo derecho —reglas de utilidad, conveniencia, oportunidad y prudencia política—, que combina con las exigencias de justicia y aplica al arte del jus condere. Es errónea, por ello, la concepción de quienes confunden la justicia social con la utilidad política y la filosofía del derecho penal con la política criminal —así Liszt,

Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlín, 1908, § 1, II, o § 13—. 2.º De la ciencia del derecho positivo —tanto penal como penitenciario y criminal preventivo—, porque la ciencia del derecho penal positivo estudia las normas jurídicas penales, mientras la política criminal estudia las normas político-criminales, penales y preventivas, no solo al formar la legislación futura, sino también al auxiliar al juez y al administrador en la aplicación judicial y administrativa de las leyes vigentes. Resulta errónea la opinión de quienes confunden política criminal —particularmente penal o punitiva— con ciencia del derecho penal y, en general, ciencia política con ciencia jurídica —Impallomeni, *Istituzioni di diritto penale*, Turín, 1908, § 4, pp. 7-12; Lanza, *Saggio di una veduta metodologica*, en *Rivista Penale*, vol. IV, fascs. 5-6, Turín, 1902, § 1, núms. 1-7; Alimena, *Principi di diritto penale*, Nápoles, 1910, p. 16—. 3.º De la antropología criminal —antropología en sentido estricto y psicología— y de la sociología criminal, porque la política criminal cumple una función de valoración crítica y reforma de las leyes vigentes y, por tanto, de formación de las leyes futuras —función especulativa, normativa o deontológica—, mientras la antropología y la sociología criminales cumplen funciones puramente descriptivas: una del delincuente en su aspecto anatómico, fisiológico y psíquico; la otra del delito y la pena como fenómenos sociales. Aunque la política criminal deba obtener de estas ciencias los datos antropológicos, psicológicos y sociológicos necesarios para criticar y reformar el derecho constituido y formar el derecho futuro, es erróneo concebir la antropología y la sociología criminales como partes de la política criminal —Liszt, *Kriminalpolitische Aufgaben, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. IX, 1889, pp. 443-454; otros trabajos allí citados; *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlín, 1908, § 1, p. 2; Finger, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, t. I, Berlín, 1904, § 2, p. 4; Thomsen, *Das deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Berlín, 1906, § 3a, p. 34—.

52 En el fondo no es muy distinto el pensamiento de Stooss cuando advierte —*Archiv für Kriminalanthropologie*, t. XIV, p. 204— que la consideración político-criminal no debe comenzar por las reformas, sino aplicarse primero con perseverancia al derecho vigente antes de crear uno nuevo. En el mismo sentido, Thomsen, *Das deutsche Strafrecht*, Berlín, 1906, § 3a, p. 35: precisamente en la *lex lata* debe estudiarse primero la lucha contra el delito para poder formular propuestas de lege ferenda. Merecen recordarse las escultóricas palabras de Fadda, que permiten comprender cuán absurda es la pretensión de quienes anuncian transformaciones catastróficas al reformar las leyes penales vigentes: «Toda nueva relación de hecho creada por la vida en sus proteicas vicisitudes no es un elemento heterogéneo introducido en el organismo social, sino desarrollo de este. Por ello, tampoco su correspondiente regulación jurídica se separa del sistema existente, sino que constituye su extensión» —nota 1 a Windscheid, *Diritto delle Pandette*, p. 130—.

53 Para una exacta *actio finium regundorum* en el campo de la teoría de la imputabilidad y de la responsabilidad penal, cfr. Pfenninger, *Grenzbestimmungen zur Criminalistik*, Zúrich, 1892, quien, sin combatir el apoyo de las ciencias auxiliares, rechaza la invasión de la filosofía, psicología, frenología, medicina y sociología en el ámbito jurídico y afirma la necesidad de fijar límites frente a ellas.

54 Es la conocida clasificación de los delincuentes de Ferri, generalmente aceptada por los antropólogos. Liszt distingue más sencillamente: 1.º delincuentes de ocasión o del momento —delincuencia aguda—; 2.º delincuentes de disposición, carácter o tendencia —delincuencia crónica—; y subdivide estos últimos en: A) quienes comienzan a volverse habituales pero todavía son susceptibles de mejora —corregibles— y B)

habituales incorregibles —véase especialmente *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlín, 1908, § 14, p. 71—. Aschaffenburg, por el contrario —*Das Verbrechen und seine Bekämpfung*, Heidelberg, 1903, 2.ª ed., 1906—, multiplica las distinciones y habla de delincuentes casuales, afectivos, ocasionales, premeditados, reincidentes, habituales y profesionales. Para la crítica de estas clasificaciones y subclasificaciones —respecto de las cuales formulamos también nuestras reservas—, véase Hoegel, *Die Einteilung der Verbrecher in Klassen*, Leipzig, 1909.

55 Así también Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, 3.ª ed. en prensa, Milán, Vallardi, núm. 22.

56 Savigny, *Ueber den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 3.ª ed., p. 39: «Las ideas y los teoremas del derecho no aparecen a los jurisconsultos romanos como creaciones del arbitrio, sino como seres reales cuya existencia y genealogía se les ha manifestado mediante una larga familiaridad. De ahí nace también una seguridad en todos sus procedimientos que ordinariamente no se encuentra fuera de las matemáticas, y puede afirmarse sin temor a exagerar que calculan con sus ideas». Jhering, *Geist des römischen Rechts*, trad., París, 1877-1878, vol. III, § 46, p. 51.

57 Cfr. Prins, *Science pénale et droit positif*, Bruselas-París, 1899, prefacio, p. XXXIX, aunque sostiene la necesidad de reformas quizá demasiado radicales de nuestras legislaciones penales.

58 Pessina, *Il naturalismo e le scienze giuridiche*, en la recopilación de sus escritos, Nápoles, 1899, vol. I, p. 228.

59 Las ciencias naturales nos ofrecen continuamente ejemplos de esta afirmación. «Así —observa Orlando en otro contexto, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, en *Archivio Giuridico*, vol. XLII, 1889, p. 115—, cuando el botánico procura establecer cómo están compuestos los productos más simples del reino vegetal y descubre que son una combinación de agua, ácido carbónico y amoniaco, no va más allá: para él son elementos simples aquellos cuerpos en los cuales el químico advierte, en cambio, la composición de otros elementos todavía más simples».

60 Adickes sostuvo erróneamente que la «naturaleza de las cosas» es «fuente del derecho», *Zur Lehre von den Rechtsquellen*, 1872, p. 22 y ss.; lo siguieron en Alemania Behrend, *Lehrbuch des Handelsrechts*, Berlín, 1880, p. 85, y en Italia Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, I, 2.ª ed., Turín, 1903, p. 73. Sostienen, en cambio, que se trata únicamente de una fuente de conocimiento —interpretación— del derecho: Regelsberger, *Pandekten*, Leipzig, 1893, p. 68; Anzilotti, *La responsabilità dello Stato nel diritto internazionale*, Florencia, 1902, p. 30; Franchi, *Commentario al Codice di Commercio*, Milán, Vallardi, p. 6, nota 7; Rocco, Alfredo, *L'interpretazione delle leggi processuali*, en *Archivio Giuridico*, vol. LXXVII, separata, Roma, 1906, núm. 6, p. 18.

61 Que la sociología constituye solamente un dato o presupuesto de la ciencia del derecho ya fue afirmado expresamente en otros campos. Respecto del derecho público, véase, entre los más recientes, Forti, *Il realismo nel diritto pubblico*, Camerino, 1903, p. 56 y ss., especialmente p. 84. Asimismo, que la historia y el derecho comparado no son para los estudiosos de las distintas ciencias jurídicas más que «medios» para el conocimiento científico del derecho positivo vigente fue afirmado clara y reiteradamente en el campo del derecho civil, con motivo de las discusiones acerca del uso del derecho romano y francés para interpretar nuestro Código Civil. Cfr. Filomusi-Guelfi, *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono*, discurso, Roma, 1889, nota 5; Simoncelli, *Le presenti difficoltà della scienza del diritto civile*, Camerino, 1890, p. 12.



Bibliografía

Blanco Lozano, Carlos: "¿De veras existe la ciencia del Derecho?". *Revista de Derecho y Ciencias Penales: Ciencias Sociales y Políticas*, núm. 7, Universidad de San Sebastián, Chile, 2005.

Donini, Massimo: "El problema del método penal: de Arturo Rocco al europeísmo judicial". *Nuevo Foro Penal*, núm. 76, 2011, pp. 55 y ss. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4136856.pdf. Consulta: 16 de febrero de 2026.

Márquez Piñero, Rafael: Derecho penal. Parte general. México, D. F.: Trillas, 1999.

Rocco, Arturo: El problema del método de la ciencia de derecho penal. En Revista de Derecho y Proceso Penal, Roma, 1910.

Rocco, Arturo: *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*. Prolusione letta nella R. Università di Sassari il 15 gennaio 1910. Milano, 1910. Disponible en: https://openlibrary.org/works/OL43510376W/. Consulta: 16 de febrero de 2026.

Treccani – Istituto dell'Enciclopedia Italiana. "Rocco, Arturo". En *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero: Diritto*. Roma, s. f. Disponible en: https://www.treccani.it/enciclopedia/arturo-rocco_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero%3A-Diritto%29/. Consulta: 16 de febrero de 2026.



Cómo citar esta obra:

Unidad académica de investigaciones jurídicas: Arturo Rocco. El *caposcula* de la escuela de la dirección técnica jurídica. En Mentes Penales. Año 9 | No. 3 | Julio-Septiembre 2026. Gilberto Martiñón Cano (Director). Rafael Rosado Cabrera (Coordinador). Editorial Poder Judicial del estado de Guanajuato. Guanajuato, México. 2026. p (pp.)...

Cómo citar la versión escrita de este discurso:

Rocco, Arturo: El problema y el método de la ciencia del derecho penal. En Mentes Penales. Año 9 | No. 3 | Julio-Septiembre 2026. Gilberto Martiñón Cano (Director). Rafael Rosado Cabrera (Coordinador). Editorial Poder Judicial del estado de Guanajuato. Guanajuato, México. 2026. p (pp.)...