

Sinergia con los positivistas italianos en el devenir del Sistema Penal Argentino

por

Alberto David Leiva *

En la cultura jurídica occidental, a partir de la edad moderna, generalmente la doctrina precedió al ordenamiento penal positivo. Durante el siglo XVI, antes de la aparición del absolutismo, el franciscano Alfonso de Castro, autor de *De la potestad de la ley penal (1550)* sentó las bases del moderno derecho penal. Su obra es un estudio científico de extraordinaria importancia por el que ha sido llamado por los penalistas «padre y fundador del Derecho Penal». Castro trata sistemáticamente todo lo referente a la naturaleza y finalidad de la pena y sus relaciones con el delito. Sostiene que las leyes penales obligan en conciencia y esto antes de la sentencia del juez. Aparece También en su obra claramente la noción de tentativa.

Tiempo después, ya en pleno absolutismo, durante el siglo XVIII César Bonesana, marqués de Beccaría escribió a los 25 años *De los delitos y de las penas (1764)*. Como se sabe, su libro representa la consumación del pensamiento del Iluminismo en el campo penal. Pretende marcar los lineamientos de la política legislativa en materia penal; sienta las bases para construir un sistema de garantías individuales que al mismo tiempo den un marco legítimo a la intervención represiva del Estado. Beccaría no pretende hacer ciencia del derecho penal; no ofrecía a los jueces ningún sistema, sólo criticaba desde una perspectiva iluminista el sistema penal de su época. Bien puede decirse que entre los fundadores del derecho penal liberal, Beccaría ha sido el menos penalista (en lo que respecta a técnica jurídica o a elaboración de un sistema).

* Profesor Emérito de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”.

La obra de Beccaría fue popularizada en el mundo hispánico por el jurista Manuel de Lardizabal y Uribe (1739-1820) *Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma 1782*. En el mundo del Derecho, esto coincidía con la afirmación plena del jusnaturalismo racionalista, originariamente inspirado en Hugo Grocio, y con la difusión de obras que como *La ciencia de la Legislación (1784-1798)* de Cayetano Filangieri, buscaban por todos los medios el abandono del casuismo y la creación de un sistema. La generación siguiente integró las ideas del jusnaturalismo racionalista con la técnica de los prácticos. Todavía faltaban constituciones y legislaciones superiores a la ley penal ordinaria, y las primeras construcciones liberales eran todavía iusnaturalistas. El derecho penal liberal requiere como marco legal superior una constitución. Ante la falta de este instrumento legal los primeros penalista liberales tuvieron que apelar al derecho natural recurrir al derecho natural contractualista que habían heredado, y no podían hacer otra cosa, así por ejemplo, von Feüerbach, el creador del código de Baviera de 1813 y del principio moderno de “que no hay pena sin ley previa” sostenía que la filosofía era fuente del derecho penal, y Carmignani en sus *Elementos de Derecho Criminal* proponía un sistema de derecho penal derivado de la razón.

La Revolución francesa había proclamado los ideales de libertad, igualdad y fraternidad. El derecho penal construyó entonces su ciencia tomando cada una de esas banderas, Libertad: sólo se castiga el comportamiento tipificado en la ley. Igualdad, basada en el tipo penal objetivo: a igual hecho igual pena; tanto que el Código francés de 1810 no quiso aceptar los atenuantes ni agravantes para no vulnerar el principio de igualdad. Fraternidad: la guillotina fue un síntoma de fraternidad, todas las clases morían del mismo modo y sin experimentar sufrimiento.

Siguiendo el sistema de Carmignani, pero superándolo ampliamente, aparece Francisco Carrara, conocido como ‘el Maestro de Pisa’. Como discípulo de Carmignani, lo sucede en 1859 en la cátedra de Derecho penal de la Univ. de Pisa. Su obra más importante es el *Programa del Curso de Derecho Criminal*,

cuya publicación se inicia en 1859 y va desarrollándose a través de varias ediciones, de las cuales la sexta es la definitiva. Con su obra la construcción del sistema de derecho penal alcanza los niveles más altos de depuración técnica.

A todos estos pensadores, los positivistas les impusieron, de modo arbitrario, el nombre de 'Escuela Clásica'. En realidad se trata de una designación inventada por Enrique Ferri para referirse de modo despectivo, como algo viejo y caduco, a los juristas pre-positivistas.

Mientras tanto, en la segunda década del siglo XIX, comenzaba a surgir en Sudamérica la República Argentina. En un proceso de integración anterior al de la unidad alemana (1867) y a la unificación italiana (1871); la Argentina dictó su primera constitución nacional en 1819 y en su art. 117 decía "las cárceles sólo deben servir para la seguridad y no para castigo de los reos. Toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos mas allá de lo que aquella exija, será corregida según las leyes". Esto fue repetido por la constitución de 1826 y la de 1853 fue todavía mas clara: "la cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos mas allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice." Estas palabras, que hubieran sido suscriptas por los grandes penalistas italianos, fueron el ideal constitucional argentino desde 1819.

Hay que puntualizar, que la inteligencia argentina se ha caracterizado siempre por la decidida voluntad de no separarse de las grandes fuentes europeas de pensamiento, y así sucedió también en materia penal, como veremos enseguida. En el caso especial de Italia, la inmigración italiana fue la mas numerosa en la historia del país. Entre 1880 y 1930 desembarcaron más de cuatro millones de italianos en tierras argentinas. Hoy, hay más de 16 millones de descendientes de italianos, portadores de una cultura que se fusionó con las costumbres argentinas.

La Universidad de Buenos Aires fue fundada en 1821, allí el jurista Carlos Tejedor ejerció la cátedra de Derecho Criminal y

Mercantil a partir de 1856. Tejedor fue autor del *Curso de Derecho criminal* (1860) que apareció pocos meses después que el *Programa* de Carrara. Pero considerando el desarrollo de las comunicaciones de la época podríamos decir que fueron contemporáneos, y que Tejedor, sin conocer la totalidad de la obra del Maestro de Piza, pertenecía a la que después Ferri llamó Escuela Clásica de Derecho Penal, cuyos principios fueron seguidos durante años en la República Argentina. Decía Tejedor que la imputabilidad penal se funda en el principio del libre albedrío. El hombre es un ser inteligente y libre de elegir entre el bien y el mal; puede realizar la acción prohibida o respetar la prohibición. Si, a pesar de esta libertad de que está dotado, ha elegido hacer el mal, ha perturbado libremente el orden jurídico, entonces es justo que se le retribuya con otro mal, que se le castigue con una pena. Esta corriente clásica predominaba entonces en Argentina igual que en Europa.

En 1864 el Presidente de la República, Bartolomé Mitre, le encargó a Carlos Tejedor elaborar un proyecto de código penal para la Argentina. Este proyecto se inspira en el código español y en el Baviera, sigue las ideas de Carrara, y fue Código Penal de la Provincia de Buenos Aires y rigió en casi todas las demás, pero no llegó a ser código nacional. Tenía como fuentes los códigos de Nápoles, Brasil, Uruguay, Chile y principalmente el Código de Baviera de 1813.

En 1872 un discípulo de Carlos Tejedor, el doctor Manuel Obarrio fue nombrado profesor de Derecho Criminal y Mercantil. Al año siguiente, en 1873, el mismo Obarrio fue autor del Código de Procedimientos en Materia Penal, en el que se afirman en el ordenamiento penal argentino el sistema inquisitivo, el proceso escrito y la omnipresencia del juez profesional.

Hay que aclarar que en la Argentina de 1880, el positivismo alcanzó el estado de mentalidad predominante en el gobierno. En 1882, el Ministro de Justicia e Instrucción Pública fue un médico: Eduardo Wilde, pero el profesor Obarrio no participó de esta corriente. Siguió adhiriendo a los principios de la escuela clásica durante toda su vida, oponiéndose al materialismo triunfalista de la

época y a un ambiente de creciente determinismo, que proponía el olvido del libre albedrío de los delincuentes, y contrariaba los principios católicos que él personalmente profesaba.

El doctor Manuel, Obarrio fue en esta época –fines del siglo XIX- una figura epigonal. Durante su juventud, con la instalación del Estado liberal en occidente, con la difusión del constitucionalismo y con la creación de un sistema de derecho penal, se llegó a creer que la libertad estaba asegurada para siempre. Sin embargo, en la última mitad del XIX se estaban produciendo dos fenómenos que llevaron a un cambio de orientación en los estudios jurídicos y en particular del derecho penal: la aparición de un nuevo concepto de ciencia y la variación del carácter del Estado.

Debido al gran desarrollo alcanzado por las ciencias experimentales naturales, se arrebató al Derecho el carácter de ciencia, (el Derecho es metafísico, no permite elaborar leyes fijas a partir de la experimentación). También el Estado liberal atravesaba una profunda crisis. La revolución industrial, la aparición del proletariado como nuevo sujeto de la vida política, y las revoluciones en Europa pedían la instalación un modelo de Estado Social intervencionista. En el campo del derecho penal, se pedía una política de intervención que terminara con el aumento de la criminalidad. Se comenzó a pensar que la lucha contra la criminalidad debía hacerse de una forma mucho más global, y que el Estado debía intervenir directamente, no limitarse a aplicar la pena cuando se violara la ley, sino que además debía actuar sobre el delincuente, en algunos casos y sobre los factores externos que lo llevaron al delito en otros casos, buscando, en última instancia, la reducción de las tasas de criminalidad.

En 1876 apareció el *Tratado Antropológico Experimental Del Hombre Delincuente*. Su autor, César Lombroso, estudió medicina en Pavía, Pádova y Viena y se especializó en Psiquiatría, doctorándose con una tesis sobre el cretinismo en Lombardía. Escribió más de 650 obras, entre las que figura *El hombre delincuente*. Su vida transcurrió en el ejército, en la Universidad, donde fue profesor de Medicina Legal e Higiene Pública (Turín

1876), en la cárcel, como médico en la penitenciaría de Turín (1884), en las morgues y en el manicomio (estudió los enfermos mentales en el Hospital de Santa Eufemia, de Pavía).

Las aportaciones más destacadas de Lombroso a la escuela positiva son la aplicación del método inductivo-experimental al estudio de la delincuencia y su idea del criminal nato. En su concepción, el criminal es un ser atávico, con regresión al salvaje; el delincuente es un loco, o un epiléptico. Hoy se acepta que, mas que en la historia del derecho Penal, la verdadera significación de Lombroso está en la historia de la Criminología, disciplina de la que puede considerarse fundador.

Lombroso coloca al criminal, en el campo de la ciencia, como un “tipo especial de hombre”, e incorpora la firme creencia de que el criminal es un hombre construido de modo diverso que los otros hombres en el órgano del pensamiento, en el cerebro; y por eso debe responder de sus acciones también de forma diversa que los demás, anulando el libre albedrío.

En Buenos Aires, seis años antes de que Lombroso publique *El hombre delincuente*, el médico argentino Pedro Mallo dictaba, en 1870, Medicina Legal en el Departamento de Jurisprudencia de la Universidad de Buenos Aires. Y fue autor de un breve comentario al proyecto de Código Penal de Carlos Tejedor, en el que intuitivamente se oponía a los postulados de la escuela clásica. Así como Lombroso fue médico militar, el doctor Mallo prestó servicios en el ejército durante la guerra contra Paraguay (1865-1870). También en Buenos Aires, bajo la influencia de Lombroso, en 1878, se publicó también en Buenos Aires la obra de José María Ramos Mejía *La neurosis de los hombres célebres en la historia argentina*, que alcanzó en su época un importante éxito de atención.

En 1881, después de que habían transcurrido más de 20 años, el proyecto de Código Penal de Carlos Tejedor pasó a estudio de una comisión especial de juriconsultos, cuyos miembros, Sixto Villegas, Andres Ugarriza y Juan Agustín García, introdujeron reformas teniendo en cuenta los últimos códigos, proyectos y comentarios que reflejaban los adelantos de la materia, eliminando

la división tripartita de las penas (crímenes, delitos y contravenciones) y estableciendo penas eclécticas y graduales.

Este nuevo proyecto de código penal de 1881 fue enviado a la Cámara de Diputados, donde una Comisión especial preparó un proyecto distinto, que fue considerado en 1886. Al discutirse el proyecto elaborado por Villegas, Ugarriza y García se tuvo en cuenta que el verdadero autor era Carlos Tejedor, con las modificaciones aconsejadas por la Comisión de Código de la Cámara de Diputados. El código se promulgaba con retardo sobre la base de un proyecto de hacía 20 años de Tejedor, y por ese motivo no fue bien recibido en el ambiente del pensamiento jurídico. Un destacado jurista, Rodolfo Rivarola, dedicó entonces una obra en tres tomos: *Exposición y crítica del Código Penal Argentino*, a criticar el texto.

Pero no fue la suya una opinión aislada. En Roma, en 1885, se acababa de reunir el Primer Congreso de Antropología Criminal, donde triunfaron las teorías de Lombroso. Ese congreso tuvo muchas consecuencias. En la Universidad de Buenos Aires el Derecho Penal alcanzó autonomía didáctica. Cuando se dividió la asignatura Derecho Criminal y Mercantil. El maestro Manuel Obarrio se reservó para sí la parte mercantil, y el que había sido su profesor adjunto Norberto Piñero comenzó a dictar Derecho Criminal con franca orientación positivista, inaugurando sus clases en 1887. Otro gran adherente y difusor fue Osvaldo Magnasco, quien en ese mismo año publicó el *Sistema de Derecho Penal Actual*, proclamando su fe positivista en oposición a los principios jurídicos de la Escuela Clásica.

Dos años después también en Buenos Aires, el 18 de febrero de 1889, varios prominentes juristas y médicos, se reunieron para crear la Sociedad de Antropología Jurídica; un movimiento de consolidación de las ideas positivistas. Esta sociedad, presidida por el doctor Francisco Ramos Mejía, estaba integrada por Norberto Piñero, José Nicolás Matienzo, Osvaldo Piñero, Luis María Drago y José María Ramos Mejía, entre los más destacados. Esta fue la primera sociedad constituida para estudiar la personalidad del delincuente, establecer la temibilidad y el grado de responsabilidad,

aspirando al mismo tiempo a la reforma gradual de las leyes penales. Inició su campaña de propaganda científica con una conferencia pública de Ramos Mejía sobre los principios fundamentales de la escuela positiva de derecho penal. Desde la cátedra de Piñero y la Sociedad de antropología jurídica se difundieron de tal manera los principios positivistas que terminaron por imponerse. Un año después, en 1889, se creó, en Río de Janeiro, Brasil, la Asociación Antropológica y de Asistencia Criminal.

En Europa mientras tanto, se desarrollaba entonces una intensa lucha entre los representantes de las diferentes escuelas penales, principalmente entre la clásica y la positivista. La primera tuvo su máximo exponente en el código italiano de 1889, llamado *Código Zanardelli*, que se mantuvo fiel a la concepción de la pena retributiva y al libre albedrío como fundamento de la culpabilidad, rechazando las medidas de seguridad y de tratamiento. La única concesión que hizo a las críticas positivistas, fue la admisión de medidas en relación a los delincuentes inimputables. El código auspiciado por el ministro Zanardelli influyó en el Código Penal de Uruguay en 1889, en el código brasileño de 1890 y en el de Venezuela de 1912.

Pocos meses después, en la República Argentina, el Presidente Miguel Juárez Celman encomendaba la preparación de un proyecto de reformas al Código Penal a una comisión especial, integrada por Rodolfo Rivarola, José Nicolás Matienzo y Norberto Piñero. El decreto era de 1890 y decía que “la ciencia penal se ha enriquecido con nuevas doctrinas, que si bien son objeto de discusión y no se imponen desde ya como verdades indudables, deben tomarse en consideración para aceptar de ellos lo que pudiera importar un progreso para nuestra legislación” Era un reconocimiento a las doctrinas positivistas que en ese momento no eran aceptadas ni siquiera en Italia, que acababa de sancionar su código penal sin tener en cuenta el positivismo. Sin duda, el decreto argentino de 1890 es la primera voz oficial que se levantó en el mundo para reconocer la necesidad de incorporar a las leyes las enseñanzas de

los maestros positivistas italianos. El gobierno envió inmediatamente al Congreso Nacional el proyecto de 1891.

Recién en 1903, el Congreso aceptó la reforma de algunas disposiciones del Código Penal, y entonces sucedió lo mismo que en 1887: de todas partes se levantaron voces de oposición en las cátedras universitarias, en libros, en periódicos y la jurisprudencia comenzó a ser contradictoria, de manera que en 1904 el gobierno nombró una comisión integrada por cinco juristas y un profesor de neurología de la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires para preparar un nuevo texto; que se conoce como proyecto de 1906, y que introdujo instituciones nacidas en otros países, como la condena condicional, la liberación condicional y la legislación de menores. Este proyecto fue muy bien recibido, pero el congreso no lo estudió ni sancionó. En 1910 apareció un nuevo libro del Dr. Rodolfo Rivarola apoyando la sanción, pero sin resultado. En 1911 Julio Herrera publicó su libro *La reforma penal*, que es contemporáneo de la obra de Grispigni *El nuevo derecho criminal en los anteproyectos de Alemania, Suiza y Austria*, pero Herrera no lo conoció a tiempo; tampoco conoció *La defensa social y el derecho penal* de Adolfo Prins, que terminó por manifestarse en Italia en los proyectos de Ferri y de Rocco.

Mientras tanto, la relación entre los positivistas italianos y argentinos se incrementaba cada vez más. El comentario de libros y la redacción de prólogos, lo mismo que las visitas académicas que se sucedieron, son el testimonio más evidente de la existencia de estas redes intelectuales. A lo largo de su vida, Lombroso mantuvo vinculación con numerosos intelectuales de todo el mundo, comentando y prologando trabajos de varios americanos.

En Argentina Luis María Drago fue quien por primera vez intentó aplicar la fisonomía humana a la caracterización de los delincuentes. La obra de Luis María Drago, *Los Hombres de presa* (1888), tuvo su origen en una conferencia dada en la Sociedad de Antropología Jurídica. Fue ampliada y tuvo muy buena acogida en Italia, donde se tradujo y publicó dos años después, en 1890, con prólogo de César Lombroso bajo el título *Los criminales natos*, y

en 1921 volvió a ser editada, esta vez, bajo el título de *Antropología Criminal*.

Otro argentino, Antonio Dellepiane, doctorado en Buenos Aires en 1892 publicó dos años después un libro, *El idioma del delito (1894)*, elogiosamente recibido por la criminología, especialmente por Lombroso y por Tarde. La obra consiste en un estudio del argot de los delincuentes, considerado como un lenguaje técnico, “derivado de las necesidades del oficio”. Según el autor “El argot revela en forma sensible, casi podría decirse palpable, las notas o rasgos característicos del alma criminal”.

Otro prólogo de Lombroso presentó el libro del jurista argentino Cornelio Moyano Gacitúa *Curso de Ciencia Criminal (1899)*. Lombroso dice de ese libro escrito en Córdoba, Argentina “que es lo más importante aparecido en los dos últimos años en Sociología y Antropología Criminal”. Cabe recordar que Moyano Gacitúa fue un renombrado jurista, que por sus méritos fue incorporado como Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por el Presidente Manuel Quintana en 1905. En estos últimos años de su vida, Lombroso comenzaba a analizar también cuales eran las circunstancias sociales capaces de favorecer la aparición de las anomalías biológicas transmisibles y, a su vez, operar sobre la sociedad, con lo que llegó a coincidir en varios puntos con el abogado Enrique Ferri; su más notable sucesor que ya en 1882, había realizado estudios sobre la pena y publicado un libro titulado *Socialismo y Criminalidad*. Doctorado en derecho en la Universidad de Turín en 1880, Ferri fue catedrático en Bolonia, Siena y Pisa y publicó su famoso libro *Sociología criminal* en 1896.

Ferri modificó la doctrina de Lombroso, explicando que aunque la conducta humana se encuentra determinada por instintos heredados, el uso de esos instintos está condicionado por el medio ambiente; porque en el delito concurren también causas sociológicas. Sostuvo que el delito es producto de una anomalía biológica, física; pero también social. Habló de factores antropológicos (constitución orgánica del criminal –cráneo, vísceras, etc-; constitución psíquica –inteligencia, sentimiento,

moral- y caracteres personales –como la raza, sexo, estado civil, educación, etc-); pero también habló de la gravitación de factores vinculados a la geografía humana como el clima, el suelo, la temperatura media etc.; y factores sociales (como la densidad de población, la moral, la religión, etc). También llegó a sostener la famosa “ley de saturación criminal” según la cual así como en un volumen de agua a igual temperatura se disuelve una cantidad determinada de sustancia química, ni un átomo más, ni un átomo menos, así también, en un medio socialmente determinado con condiciones individuales y psíquicas dadas, se comete un número determinado de delitos, ni uno más, ni uno menos.

Las ideas del positivismo antropológico hallaron en Argentina un terreno muy fértil en los pioneros de la criminología, que –en aquellos años- relegó al derecho penal a segundo plano. Muchos trabajos de Psiquiatría y Medicina Legal, que reflejaban fielmente la dirección en que se movían las inquietudes de la sociedad argentina, hoy nos parecen recortes de “crónicas de policía” intercaladas por error en un libro de medicina; pero es importante recordar que la criminología comenzó a institucionalizarse en Argentina impulsada por los médicos legistas. El 6 de junio de 1907 en la Penitenciaría Nacional de Buenos Aires se fundó el Instituto de Criminología. Su director fue un conocido médico psiquiatra: José Ingenieros, que se mantuvo al frente de ese Instituto hasta 1914, y en 1913 publicó el primer tratado de Criminología Clínica en el continente. En 1912 se realizó la primera recopilación bibliográfica sobre Criminología, en la obra del argentino Eusebio Gómez *Criminología Argentina* quien ya había publicado en 1908, *La Mala vida en Buenos Aires*, justamente en el mismo año en que se concretó la visita de Ferri a la República Argentina.

Ferri se presentó, en julio de 1908, para dar una serie de conferencias en el teatro Odeón de Buenos Aires. El 24 de agosto habló en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. El 26 de octubre, como diputado socialista, dio también una conferencia sobre el socialismo en el teatro Victoria, de Buenos Aires. Según el periodismo de la época dijo: “me parece que el

Partido Socialista es importado por los socialistas de Europa que inmigran a la Argentina, e imitado por los argentinos al traducir los libros y folletos socialistas de Europa. Pero las condiciones económico-sociales de la Argentina, que se encuentra en la fase agropecuaria, son tales, que hubieran evidentemente impedido a Carlos Marx escribir en Buenos Aires *El Capital*". Esos juicios fueron refutados en el mismo acto por el fundador del partido, el doctor Juan Bautista Justo. La controversia se publicó en folleto en 1909. Pero estas diferencias políticas de ninguna manera empañaron en Argentina su fama como criminalista.

Cuando en 1912 se creó un Instituto de Derecho Penal en la Universidad de Roma, Ferri fue llamado a dirigirlo y lo denominó *Escuela de aplicación jurídico criminal*. A lo largo de los años Ferri se dedicó a lograr que Italia tuviera un Código Penal de corte positivista, y en 1921 se presentó el proyecto realizado por una comisión presidida por él mismo en la que participaron representantes de diversas escuelas.

Por la misma época, en Argentina, gracias a los trabajos del diputado Rodolfo Moreno, se sancionaba finalmente como Código Penal el proyecto de 1906. Rodolfo Moreno ya había defendido los principios positivistas, en *La ley penal argentina (1908)*, criticando el concepto de libre albedrío y el criterio de responsabilidad de la escuela clásica, contraponiéndole el de temibilidad. Luego abandonó a Lombroso y se decidió por *La criminología* de Garófalo y *Los nuevos horizontes* de Ferri. Bien puede decirse que, sin abandonar el positivismo, con Rodolfo Moreno y también con Rodolfo Rivarola, se decidió la posición de los juristas argentinos a favor de las ideas de Garófalo.

Durante sus últimos años, Ferri desarrolló una infatigable labor académica, viajo a Sudamérica y a varios países europeos; y participó en múltiples congresos, junto con su maestro y amigo Lombroso y con Garófalo, pero no vivió para ver promulgado el nuevo código. La situación política italiana dificultó la aprobación de su proyecto. Llegó al poder el partido fascista y se formó una nueva comisión, de la que formó parte el mismo Ferri, pero murió en el año de 1929, y el código se aprobó en 1930..

El tercer gran maestro del positivismo penal italiano, el barón Rafael Garófalo, que publicó su principal obra, *Criminología* (1885), contemporáneamente con el Primer Congreso de Antropología Criminal, se dedicó desde joven a la carrera judicial y ocupó desde 1887 la cátedra de Derecho Penal en Nápoles. Garófalo aportó el concepto de “delito natural”. El delincuente no es un enfermo mental, como creía Lombroso, sino un sujeto con anomalías psíquicas o morales que carece de los sentimientos de piedad y probidad que son fundamentales en la sociedad. A la sistematización jurídica propuesta por Garófalo se deben el criterio de la temibilidad o peligrosidad, como base de la responsabilidad del delincuente; la prevención especial como fin de la pena y los métodos prácticos de graduación de la pena.

Por aquellos años el derecho penal ya estaba íntimamente relacionado con varias disciplinas: una de ellas fue la policía científica (estudio de impresiones digitales, de tejidos de los cadáveres, etc.). En Argentina, como en muchos otros lugares, existía el sistema identificador antropomórfico, creado por un ilustre funcionario policial de París, el Sr. Bertillon, hasta que en 1891 el jefe de policía de la Provincia de Buenos Aires le encomendó a Juan Vucetich la organización de un servicio identificador, que tomara como base el Bertillonage. Pero Vucetich dejó de lado estas mediciones, y propuso un sistema más perfecto de identificación por medio de las impresiones digitales.

Al conocerse estos trabajos, Lombroso y Garófalo dieron su apoyo incondicional al descubrimiento de Vucetich, que realizó una larga gira de divulgación científica por Europa y América. De regreso a Argentina, murió en 1905, cuando se comenzaba a poner en vigencia el documento de identidad que no sólo contenía una fotografía del ciudadano sino también sus impresiones dactilares.

Mientras tanto, en Roma, se dictaba en 1903, el primer curso obligatorio de psiquiatría forense para oficiales de policía, supervisado por Ottolenghi. El doctor Ottolenghi se ocupaba de relacionar el delito con los órganos del delincuente (en algunos presidios, por ejemplo, al falsificador se lo hacía trabajar como herrero y así perdía la delicadeza de sus manos).

Otra disciplina afín fue la técnica penitenciaria, que se popularizó en Argentina durante la segunda mitad del siglo XIX a partir de la obra de Luis V. Varela *Estudio sobre el sistema penitenciario* (1876). Hay que decir que el penitenciarismo positivista hizo largo camino en Argentina desde muy temprana época. La Penitenciaría de Buenos Aires, -construida entre 1872 y 1877- pasó a ser nacional en 1880, cuando la ciudad se convirtió en Capital de la República. Desde su nacimiento, esta prisión contenía un programa de humanización en el tratamiento de los presos. Se trataba del tránsito de una *lógica carcelaria* (es decir, de una estrategia de seguridad basada en el encierro, la reclusión y el aislamiento) a una *lógica penitenciaria* (centrada en el tratamiento del delincuente, la corrección, la penitencia, la curación). La penitenciaría nacional originariamente podía alojar en sus celdas 704 penados. Ocupaba una extensión de 120 mil metros cuadrados. Todos los reclusos trabajaban en talleres ubicados entre los pabellones de tipo radial, donde estaban la celdas (una construcción similar al famoso panóptico de Bentham) Los presos dormían y comían en su propia celda, hacían el trabajo en común y tenían horas libres para el recreo o esparcimiento en los grandes patios o en la biblioteca.

Otra cárcel, la cárcel de encauzados, alojaba a los presos sometidos a proceso y a los condenados a penas cortas de prisión con una capacidad inicial de 700 detenidos.

A 3000 kilómetros de Buenos Aires, en el lejano sur de la República, en la pequeña ciudad de Ushuaia, la ciudad mas austral del mundo, existió otra gran cárcel nacional, cuyo objeto era recibir a los delincuentes de mala conducta carcelaria y a los reincidentes habituales, condenándolos a segregación permanente de la sociedad. También existían colonias penales, colonias hogares para menores, pabellones especiales para alienados mentales y numerosas cárceles provinciales

En otros escenarios, lejos de las aulas universitarias, de los gabinetes de investigación, de los nosocomios y penitenciarías; en el ambiente de la gente común, las preocupaciones criminológicas nunca fueron del todo comprendidas. Siempre fueron materia de

crítica, y como siempre sucede, las mas duras son las que provienen de los humoristas. Por ejemplo, es muy conocida en todo Occidente la humorada que refiere un juicio en el que dice el fiscal: - Miren al acusado, su mirada torva, su frente estrecha, sus ojos hundidos, su apariencia siniestra. Y el acusado interrumpe: - Disculpe, ¿me van a juzgar por asesino o por feo?

La realidad -también siempre- supera a la ficción, y en Buenos Aires, en 1913 ocurrió un caso tristemente célebre. El caso de Cayetano Santos Godino, popularmente conocido como “el Petiso Orejudo”, que fue un ejemplo de actividad judicial desarrollada por los tribunales bajo la influencia de la criminología positivista.

Godino era hijo de padre alcohólico, sifilítico y violento, y de madre inmigrante campesina pobre. Tenía cuerpo de niño, rostro y sexo adultos, orejas y extremidades desproporcionadamente grandes y poquísima inteligencia. Era incapaz de reprimir sus impulsos perversos, hablaba un castellano mezclado con dialecto calabrés, padecía tabaquismo y alcoholismo desde la infancia. Era de carácter conflictivo, agresivo y perturbado. Había cometido varios homicidios de niños a través de golpes con piedras, estrangulamientos, sofocación, incendio de ropas, etc.-, y numerosos actos aberrantes, como mutilaciones de animales. Le encantaba, por ejemplo, herir los ojos de los caballos. Sentía cierto goce sexual contemplando la agonía de sus víctimas y golpeaba con ramas los cuerpos sin vida para procurarse más placer. Parecía ser el “delincuente nato” del que hablaba Lombroso.

Se sostuvo entonces que -de acuerdo a las ideas más modernas de la ciencia criminológica- los locos morales como Godino no eran locos o dementes en el sentido estricto del término (comprendían lo que se le decía y a pesar de sus deficiencias psíquicas, explicaban sus hechos). Por lo tanto, debía ser internado en alguna institución del tipo de las que diseñaron Ferri y Garófalo, para recibir el tratamiento personalizado que necesitaba, por el tiempo que fuese necesario, con el propósito de curarlo y restituirlo a la sociedad. Pero como estos institutos de corrección no existían en la Argentina, se consideró que por razones de defensa social, era más seguro encerrarlo por tiempo indeterminado en un

establecimiento penal alejado, donde comenzara su tratamiento, hasta que se lo pudiera cumplirlo plenamente en un establecimiento especial.

Aunque se lo consideró en un principio inimputable por ser un degenerado hereditario, en segunda instancia Godino, fue declarado culpable. No fue condenado a muerte por ser menor de edad, pero se le impuso la pena de penitenciaría por tiempo indeterminado. El 28 de marzo de 1923, el famoso Petizo Orejudo dejó la Penitenciaría Nacional e ingresó en el Penal de Ushuaia para el resto de su vida. Por sus antecedentes, siempre se rechazaron sus pedidos de libertad condicional; aunque observó una conducta ejemplar. Murió el 15 de noviembre de 1944 en un accidente que parece haber sido un ataque de sus compañeros.

A finales de la década de 1920, se había celebrado en Roma el jubileo universitario de Enrique Ferri, con la adhesión de universidades y personalidades de 29 países. En el devenir del sistema penal, la República Argentina ya estaba decididamente enrolada en las teorías de Garófalo. Buscando superar el código de 1921, se había concluido en 1927 el proyecto de ley sobre estado peligroso de los delincuentes, presentado por una comisión integrada por los juristas Juan P. Ramos, Eusebio Gómez y Rodolfo Moreno, y por los médicos Nerio Rojas y Carlos de Arenaza. Pero Ferri había ganado muchos amigos y dejado una huella muy marcada, y en ese homenaje la Argentina fue el único país que figuró con más de una monografía: se publicaron trabajos del criminalista Rodolfo Rivarola, el Dr. Juan P. Ramos, el Dr. Ladislao Thot y de Luis Reyna Almandos. En esa oportunidad, entre el 10 y el 23 de enero de 1929, el mismo Ramos dio en la Universidad en Roma tres conferencias sobre la evolución penal en la Argentina, que luego publicó el Centro de Estudios Penales de la Facultad de Derecho de Buenos Aires como un homenaje a la memoria del maestro Enrique Ferri muerto en Roma el 12 de abril de 1929. Muchos años después, en 1947, también Eusebio Gómez le dedicó un libro homenaje, pleno de afecto y admiración.

Por la lucha de las dos escuelas los códigos quedaron a mitad de camino entre la pena como castigo y la pena como defensa social. Como consecuencia de los estudios de Alimena y de Carnivale, aparecieron en Italia la Tercera escuela y en Alemania la escuela sociológica, que admiten aspectos de ambas. En Argentina, José Peco comenzó en 1938 y terminó en 1941 su proyecto de Código Penal, que fue presentado al Congreso en septiembre de ese año. Un proyecto compatible con las tradiciones penales argentinas, que podría calificarse como neopositivista, inspirado en los principios de defensa social, pero integrando también los conceptos de peligrosidad y culpabilidad.

En la misma época, en sus clases de Derecho Penal de 1942, Juan P. Ramos decía en la Universidad de Buenos Aires: "La antropología criminal y la sociología criminal no son el Derecho Penal: son medios de conocimiento que la doctrina de la Escuela Positiva quiso que tuviera el juez para que aplicara de una manera sistemática y dogmática, esto es, jurídicamente, la sanción adecuada" "El error metodológico capital de la escuela positivista, fue no haber visto la diferencia entre la investigación causal de los factores del delito sobre determinadas categorías de delinquentes (ahí sí se aplica el método de las ciencias naturales) y la ubicación del hecho cometido por el delincuente en el ordenamiento jurídico de la sociedad, para lo cual el juez, el tratadista o el profesor van a emplear el método deductivo".

Voy a cerrar esta exposición, con la mención de otra fuente interesante para medir la repercusión del pensamiento positivista italiano en Argentina. Me refiero a las revistas jurídicas, que han sido muchas.

En 1898 apareció *Criminología Argentina*, fundada por Pietro Gori, famoso abogado, poeta y anarquista que llegó a Buenos Aires en esa época. Coincidiendo con la partida para Italia de Gori, en 1902, se fundó también en Buenos una publicación denominada *Archivos de criminología, medicina legal y psiquiátrica*, publicada y dirigida por José Ingenieros, creador de la antropología clínica La vigencia intelectual de Ingenieros y los cargos políticos y universitarios de sus colaboradores le dieron gran relieve; que

repercutió en Argentina, Brasil, México y Cuba, lo que ha llevado a varios estudiosos modernos a sostener que el positivismo argentino fue autóctono e independiente del resto de América (Alejandro Korn *influencias filosóficas en la evolución nacional* (1936). Ricaurte Soler *El positivismo argentino* (1968) y Hugo Biagini *El movimiento positivista argentino*(1985)).

En 1935 Osvaldo Loudet comienza con la publicación de *Anales de la sociedad Argentina de Criminología*, que gravita en Latinoamérica, y el Centro de Estudios Penales dirigido por Juan P. Ramos publicó la *Revista Penal Argentina* dirigida por José Peco. Esta revista tiene un contenido importante en doctrina, fallos y casos. Aquí se recogen los principios de la escuela penal de Pessina, varias sentencias europeas y el anuncio de la 20 edición del tratado de derecho penal de von Liszt y aparecen con frecuencia nombres de autores como el médico forense romano Benigno De Tulio, Enrique Giovanni, Felipe Manci y numerosos colaboradores enrolados dentro de la escuela positiva.

En 1927 vio la luz en la ciudad de La Plata, capital de la Provincia de Buenos Aires, otra publicación muy interesante: la *Revista de Identificación y Ciencias Penales*. Esta revista surgió como órgano del Museo Vucetich y laboratorio de identidad. Como bien ha dicho Juan Carlos A. Fernández, “el descubrimiento de Vucetich no solo fue un aporte técnico, sino que fue la consagración práctica del derecho a la identidad. La revista fijó los alcances y los límites del derecho de identidad sobre identificación y filiación, técnicas jurídico criminales, medicina legal, Derecho Penal, estadística judicial y algunos documentos de historia del Derecho Penal argentino y jurisprudencia penal.”. Como dato interesante, cabe recordar que intervino en esta revista el Dr. Ladislao Thot, un antiguo discípulo de Lombroso en la Universidad de Turín, que había trabajado en Berlín con Von Litz durante el año 1904, y que fue nombrado en 1922 profesor de Derecho Penal en la Universidad de La Plata.

También a principios de los años 30, el conocido médico psiquiatra Nerio Rojas publicaba los *Archivos de medicina legal* y la Policía Federal publicaba la *Revista de Policía y Criminalística*.

En 1945, mientras Europa estaba en un proceso de reconstrucción, apareció la *Revista de Derecho Penal*, dirigida por el recordado positivista Eusebio Gómez que, mas que una publicación argentina, resultó ser una publicación de toda América...

Desde hace dos siglos por lo menos, los investigadores buscan descubrir si algunos hombres tienen una predisposición al crimen. Las teorías de la herencia biológica del crimen nacieron en el siglo XIX y alcanzaron su paroxismo en la Alemania nazi. Durante ese período se consideraba que los comportamientos humanos similares se debían a un determinismo genético, transmitido desde el fondo de la historia por las especies, como se heredan muchas características físicas. La consecuencia de esa actitud fue la eugenesia, que postulaba eliminar a las víctimas de taras genéticas para evitar que se reprodujeran.

Después de los horrores de la Segunda Guerra Mundial, con el nuevo florecimiento de las ciencias sociales, algunos intelectuales comenzaron a asociar los comportamientos violentos de los delincuentes con defectos de la sociedad, tales como fallas en la educación, exclusión social, abuso de drogas, influencia de los medios masivos de comunicación social, etc...

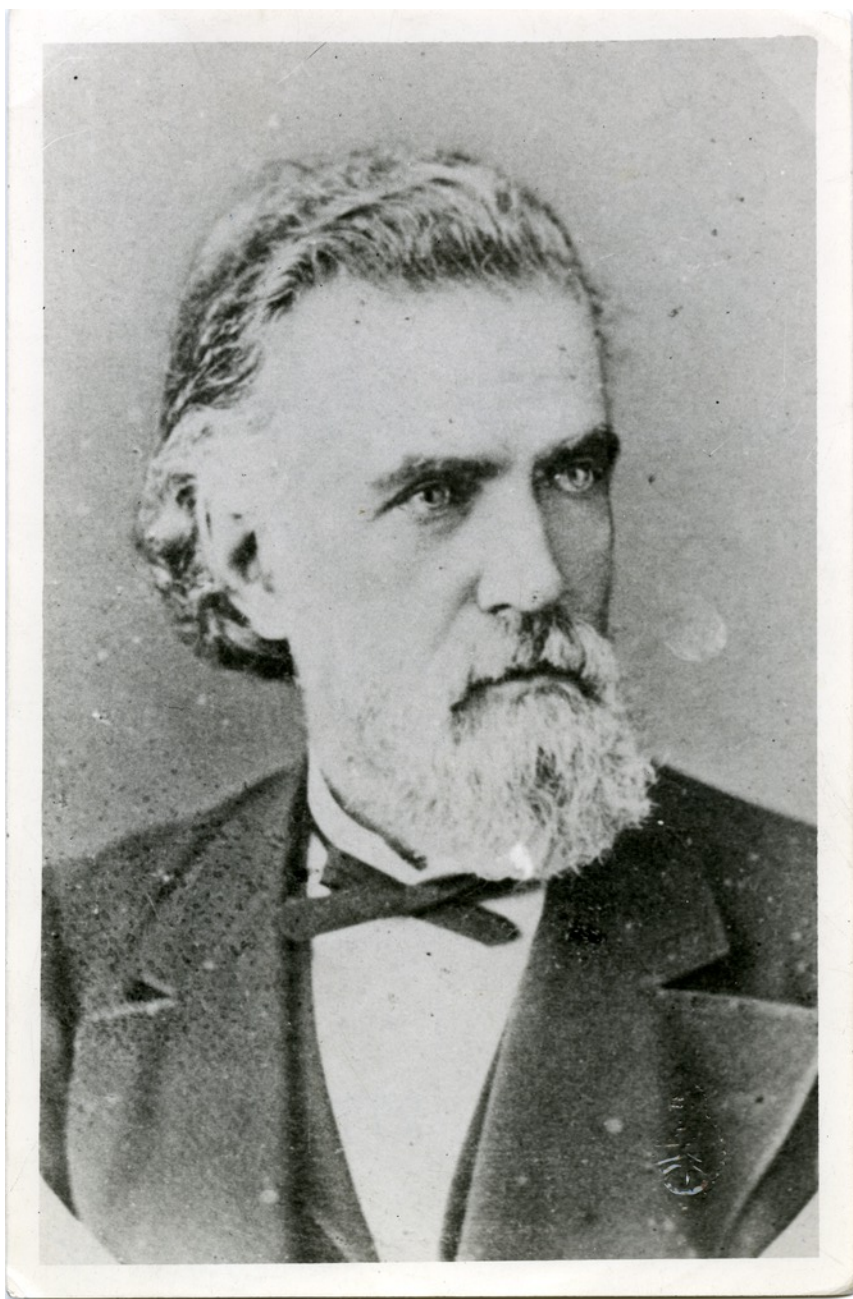
Sin embargo, desde la década de 1980, nuevamente los investigadores de las ciencias naturales tratan de descubrir los fundamentos biológicos de esos comportamientos. Hoy, se estima que existen causas genéticas de la agresividad y, aunque está probado que los mecanismos que las regulan son extremadamente complejos, y los descubrimientos en materia genética parecen haber desatado una verdadera fiebre manipuladora que busca atacar a la naturaleza humana en su génesis, muchas veces soslayando principios bioéticos, para reconvertirla según los propios códigos de normalidad.

No es necesario ser profeta para pensar que seguramente pronto, alguien lanzará la propuesta de detectar a los delincuentes en potencia mediante estudios genéticos, antes de su nacimiento, Si un futuro homicida fuese detectado, ¿habría que exterminarlo de antemano? ¿Habría que corregir de la vida previamente todo lo que

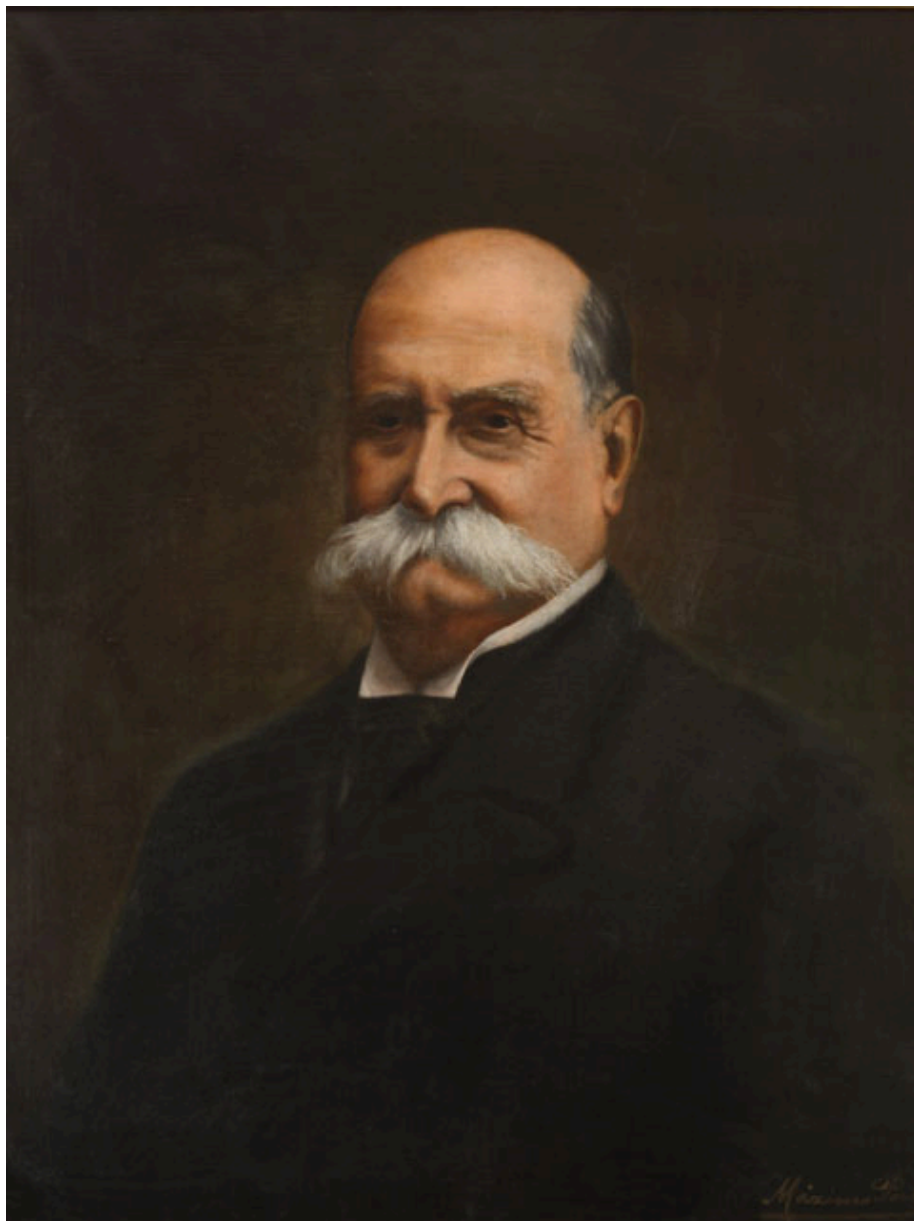
consideramos inconveniente? En este, como en muchos otros temas, todo pasado es prólogo.



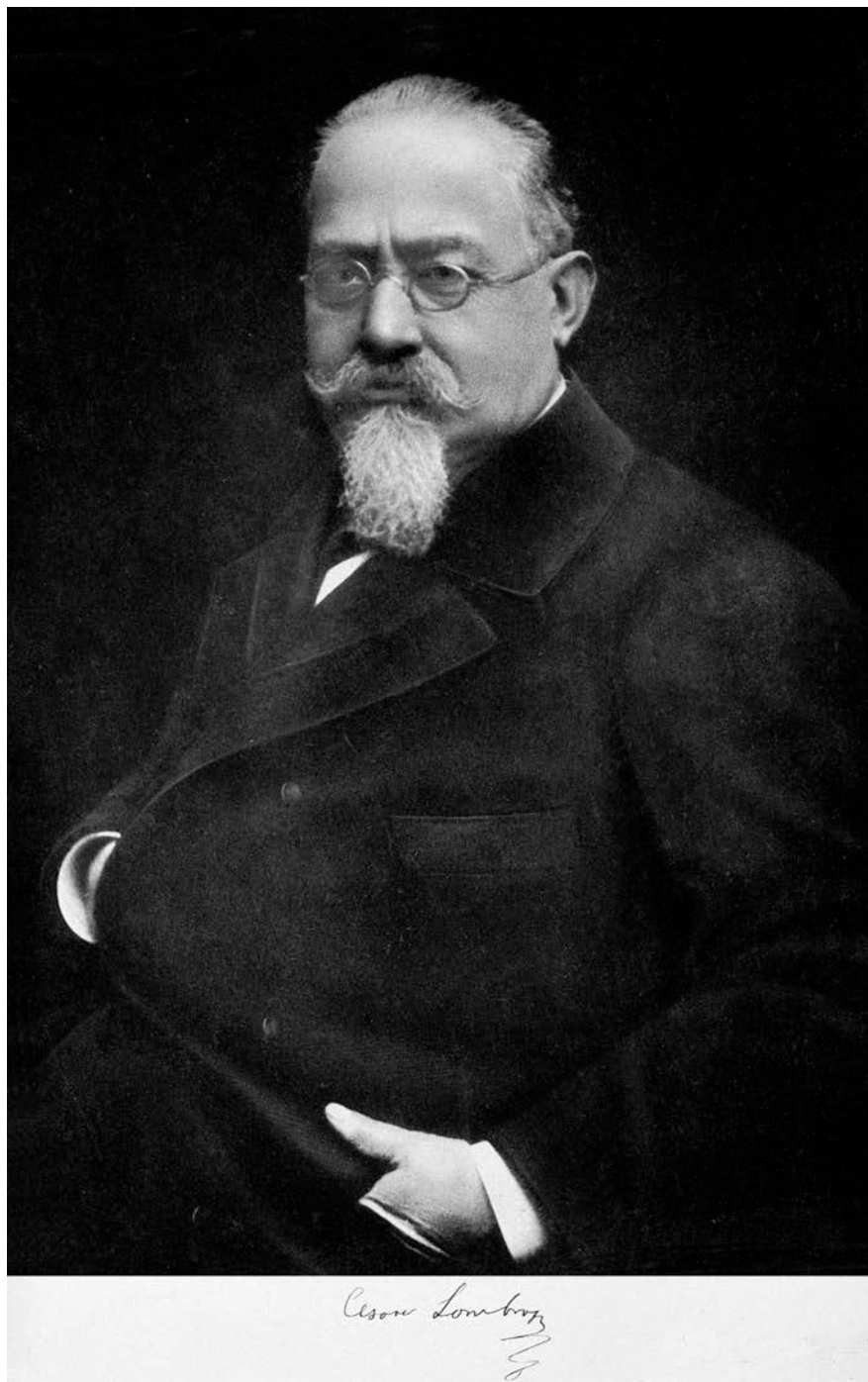
Portada de la edición príncipe en su idioma original de la obra
De los delitos y las penas, 1764.



Carlos Tejedor



Manuel Obarrio





José María Ramos Mejía



Zanardelli



