

(1) "La evolución histórica de la ciencia del Derecho Penal",

por el Dr. Ladislao Tóht, Profesor de la Universidad Nacional de La Plata.

I.

GENERALIDADES.

1).—La explicación científica de las reglas y principios del Derecho Penal remonta a épocas antiguas. Efectivamente, ya entre los antiguos pueblos orientales y europeos [griegos y romanos] se encuentran pensadores y escritores que se ocupan de algunos principios fundamentales relativos al Derecho Penal.

Este período de desenvolvimiento que comprende los primeros pensamientos y tesis científicas de los pueblos orientales, griegos y romanos, puede considerarse como LA EPOCA PREPARATORIA de la CULTURA de la ciencia del derecho penal.

2).—Es el siglo III de la era cristiana el que debe figurar como punto de partida, desde luego bastante rudimentario, en la investigación histórica de la ciencia del derecho penal, confundida en esa época con o-

[1] Reproducimos este notable trabajo del Profesor Tóht, tomándolo del Vol. XIII del Boletín del Instituto de Criminología de Lisboa, por estimarlo de suma utilidad para los estudiantes.—N. de la R.

tros ramos del derecho y carente, por tanto, de autonomía científica. En ese siglo, surgirán, como veremos, los primeros jurisconsultos de Roma y Bizancio que sentaron las bases para el progreso ulterior de dicha ciencia; así como los teólogos que descubrieron muchos de sus pensamientos fundamentales.

3).— Los primeros representantes de la ciencia del derecho penal fueron los llamados GLOSADORES, partidarios del método exegético. De su actividad científico-técnica, resultó, en el siglo XII la primera ESCUELA DE GLOSADORES.

4).— Otra escuela jurídica se inició también en ese mismo siglo, ocupándose igualmente de derecho penal y que, como se verá, tuvo gran influencia en el desenvolvimiento de esta ciencia. Se trata de la escuela de los CANONISTAS que se fundaba sobre los principios de la escuela teológica y las reglas del derecho canónico, completadas por las del derecho romano.

5).— Durante esa misma época, y ya desde el siglo VIII, se desenvolvían, entre los pueblos orientales de fe islámica, una serie de ESCUELAS JURIDICAS, ocupándose también de derecho penal.

6).— La obra de los glosadores obtuvo su progreso y complemento ulteriores, propiamente en el siglo XIII, cuando muchos jurisconsultos comenzaron a dedicarse a la investigación de los problemas del derecho penal, tomando por base el derecho romano y el canónico y el derecho penal de un estado o de una ciudad (derecho estatuario) y completándolos con los principios expresos sentados en la jurisprudencia de los Tribunales. Estos jurisconsultos eran los escritores PRACTICOS. Su influencia fue muy notable y su ciencia perduró hasta el siglo XVIII.

7).— El siglo XVIII marca para la disciplina del derecho penal un verdadero RENACIMIENTO. En efecto, durante él aparece, en primer lugar, la escuela llamada DOGMATICA, especialmente en los paí-

ses germánicos. Se caracteriza esta escuela por haber sus escritores eliminado de sus obras la jurisprudencia de los Tribunales, o sea, el elemento práctico, ateniéndose rigurosamente al elemento técnico y teniendo por fin la interpretación de las reglas y disposiciones (dogmas) del derecho penal positivo, esto es, de la ley penal.

En los países LATINOS y en Italia antes que en cualesquiera de ellos, se funda también una escuela de carácter dogmático, original en sus conclusiones, llamada ESCUELA JURIDICA; denominación que más tarde se convierte en la de ESCUELA CLASICA. Esta escuela tiene para nuestra ciencia, un elevado grado de importancia, ya que élla, juntamente con la dogmática, sigue dominando casi exclusivamente todas las legislaciones penales actualmente vigentes.

Proponémosnos en este trabajo, presentar la evolución histórica de la Ciencia del Derecho Penal, hasta nuestros días.

INTRODUCCION.

1).—Hablando del desenvolvimiento general de la ciencia del derecho penal, en las líneas anteriores, vimos las principales direcciones y las escuelas más importantes del antiguo derecho penal, del conjunto de las que resultó el vasto edificio de esta ciencia, considerada dentro del aspecto de su evolución progresiva. Tanto aquéllos como éstas representan, en verdad, criterios PROPIOS y característicos y forman como dos grados del desenvolvimiento científico de la disciplina.

2).—A continuación vamos a intentar un bosquejo histórico de las principales direcciones y pensamientos que caracterizan los antiguos conceptos científicos sobre derecho penal, pasando, después, a hablar de las escuelas jurídico-penales.

Cumpliendo la primera de estas tareas, hablaremos de la filosofía penal de los hebreos, chinos y persas, que constituye la manifestación del pensamiento jurídico-penal científico del Oriente. Pasaremos luego después a tratar de la filosofía penal griega y romana, anali-

zando también las escuelas jurídicas romanas. Este estudio comprende la edad antigua y en parte, el primer período de la edad media.

En lo tocante a la edad media propiamente dicha, nos ocuparemos del nacimiento de la literatura del derecho penal, tratando primero de los GLOSADORES y de los PRACTICOS, y después de las doctrinas penales de los CANONISTAS y de los jurisconsultos MAHOMETANOS.

I

LA FILOSOFIA PENAL HEBREA (1)

1).— La principal fuente del derecho penal hebreo es, como se sabe, la primera parte de la Sagrada Escritura, llamada Nuevo Testamento, cuya jurisprudencia forma la base de la literatura jurídica hebrea.

Así como la Biblia, debe ser considerada como fuente jurídica, la llamada MICHNA, esto es, la LEY POR TRADICION, completada posteriormente por la denominada THEOSEYTA, esto es, ADICIONES. La primera colección de Michna fué realizada entre los años 175 y 200 antes de Jesucristo, por RABBI YEHUDA HANASSY. Otra fué escrita por RABBI RABASSI, con el título de GEMARA. Las materias de estas dos obras, completadas por una tercera llamada BERAITA, forman el gran código del judaísmo o "TALMUD BABILONICO". Existe también otro Talmud que contiene las enseñanzas de los jurisconsultos palestinos y que se llama TALMUD DE PALESTINA.

(1).—U. H. Love: "The Mischnah" Cambridge, 1883.—J. H. Ottho: "Historia Doctorum Misnicorum" Oxford, 1672.—Ediciones del Talmud de Palestina: por Bomberg [Venecia por los años de 1523-1524]. Además, estas: en Carcovia, 1609, en Berlín, 1757, en Amsterdam, 1754, etc.—Ediciones del Talmud Babilónico: por Bomberg [Venecia, por los años 1520-1523]. Por Justiniano [Venecia, 1546-1551]. Además éstas: En Cracovia, 1616, en Amsterdam, 1714-1717, en Berlín, 1715-1721.

Estas fuentes jurídicas contienen además de materia penal, cuestiones de carácter religioso-ético-jurídico-filosófico. El delito es considerado como una lesión de los intereses del Estado y la pena como una restauración del equilibrio jurídico perturbado. La medida de la pena, estaba subordinada, según el concepto hebreo, al grado de responsabilidad del delincuente, a causa del acto y atendiendo a las necesidades y posibilidades de la reacción del Estado.

2).—El comienzo de la cultura intensa de la ciencia jurídico-penal hebrea, tuvo lugar en el segundo siglo antes de Cristo, en el que se desarrollaron los estudios de la ley tradicional, por diversos grupos de pensadores compuesto CADA UNO de CINCO juriconsultos.

Sus sucesores continuaron la obra, hasta los primeros siglos del cristianismo, enseñando las ciencias jurídicas y perdurando su obra hasta los siglos subsiguientes.

Durante la primera edad del cristianismo, el idioma de la literatura jurídica de los hebreos fue el griego o el hebreo. La mayor parte de las obras jurídicas contenían principios del derecho penal y eran meros comentarios de la antigua ley. Sin embargo se encuentran obras que tratan de asuntos de filosofía penal, tal, por ejemplo, la del célebre filósofo del siglo primero de nuestra era, FILON DE ALEJANDRIA. Reclama este filósofo severa represión para el homicidio, que, en su opinión, no sólo es una ofensa contra el derecho divino o humano, sino un robo cometido contra Dios, a quien el homicidio priva de un hombre que, por la existencia del espíritu con que fuera creado, es pariente de Dios.

3).—Durante la edad media, los principales representantes de la filosofía hebrea fueron BAHYA IBN PACUDA RABBI GERSON BEN YNEUDA, el célebre MAIMONIDES, MAR SAMUEL, etc., que se ocupan de cuestiones filosófico-penales.

La esencia de la filosofía penal de estos sabios, vaciló entre dos extremos del derecho penal: el princi-

pio de la retribución jurídico-moral como fin absoluto de la pena y la necesidad de una benigna indulgencia en el tratamiento penal.

II

LA FILOSOFIA PENAL CHINA. [1]

1).—La Filosofía penal china anda ligada a los estudios de teología y de política de las diversas épocas y nos concede nociones tan elevadas y puras que son dignas rivales de la filosofía occidental.

2).—Así, el primer sistema de filosofía penal china, se encuentra en la doctrina religiosa-filosófica-ética-jurídica de CONFUCIO, quien en la segunda mitad del siglo VI antes de Jesucristo, recopiló los antiguos documentos religiosos, filosóficos, legales, morales y políticos existentes en China ordenándolos en los llamados CUATRO LIBROS CLASICOS (Ise chu), o sea CHU-KING (esto es, el Libro de los Libros), I-KING (esto es, el Libro de las Transformaciones) CHI-KING (esto es, el Libro de los Cantos) y LI-KING [esto es, el Libro de las Sagradas Costumbres].

En su obra fundamental en la parte relativa al derecho penal, habla Confucio, ante todo, de las causas que eximen de la punibilidad, tales son:

1º Cometer el delito en venganza de una injuria o por falta de gratitud de un beneficio recibido [2]; 2º cometer el delito en un cargo público a consecuencia del miedo, por haber sido forzado a cometerlo por el temor que inspira el funcionario público de que el delincuente depende; 3º Haber sido el agente incitado a rea-

(1) Muller "The sacred Books of East" Oxford, 1881. G. Platt "Gesetz und Recht in alten China". J. Mohl "Y—King, antiquissimus Sinarum Liber" Stuttgart, 1834. Faber "Der Naturalismus bei den alten Chinesen. Elberfeld 1877. F. Faber "Die Grundgedanken des alten chinesischen Socialismus, 1877.

(2) Esto es: El beneficio recibido obliga a la persona favorecida para con el benefactor, hasta tanto que si éste delinque contra el beneficiado, no debe ser castigado.

lizar el delito por consejo de mujeres; 4.º Haber obrado por el deseo de lucro o ganancia de dinero; 5.º Haber el agente seguido consejos de personas de elevada posición.

Las penas deben fijarse, según Confucio, con cierta humanidad y el castigo de los delincuentes debe realizarse en debidas proporciones, reprimiendo los mayores delitos con penas más violentas; así, por ejemplo, los ladrones deben ser castigados cortándoles la nariz a fin de que el castigo quede patente y visible.

Cuando se trata de un pequeño delito, es necesario ser benévolo perdonando al delincuente. Si el delito cometido es grave, debe averiguarse la causa del mismo y, por humanidad, auxiliar al delincuente a fin de que se regenere.

El principal fin de la pena debe ser la regeneración del delincuente, tratando corregirlo "porque el camino de la virtud se sigue sólo mediante una vida bien gobernada".

Como se ve, la Filosofía penal de Confucio, basando el castigo a los delincuentes en tales sentimientos, contiene principios de alta moral, y además, humanitarios.

3).—Las obras de Confucio fueron objeto de comentarios por parte de sus discípulos, quienes, al mismo tiempo, aportaron propias teorías, fundando así nuevas escuelas jurídicas.

Uno de los más autorizados comentaristas de Confucio, fue CHING-TSE, que era partidario de la abolición de la pena de muerte. Quería que se llevase al culpado a confesar su delito aplicándole la pena de prisión u otra semejante, y conduciéndole, así, al mismo tiempo, hacia el arrepentimiento. Aplicando oportunamente una forma de castigo, tan suave, dice CHING-TSE, se provocaría en los individuos la resistencia a cometer delitos graves y, de tal manera, sería posible dominar al pueblo, durante muchos y muchos años, sin acudir a la pena de muerte.

4).—Otro filósofo, LI, contemporáneo de CONFUCIO, enseñaba que las penas se imponían para im-

pedir desórdenes y evitar que los hombres se apartasen de las costumbres legales.

El notable fundador de una escuela jurídica-filosófica, MENGCHÉ, dice, que los soberanos deben procurar que el pueblo tenga lo suficiente para vivir, a fin de que pueda alimentar sus mujeres y sus hijos, siendo necesario también que se le suministre buena educación en las escuelas. En estas condiciones, dice el nombrado filósofo, no serían necesarias las penas.

5].—En el siglo IV antes de nuestra era, el filósofo MENG, también fundador de una escuela filosófica, creó una filosofía penal muy perspicaz. Al aplicar las penas, dice él, se deben tener presentes los principios de la humanidad y los de la justicia, que son los únicos astros que deben guiar al gobierno de un Estado. Las penas deben tener la mayor suavidad posible. Una aplicación meramente extrínseca del derecho, en que no se tome en cuenta la causa del delito, es una atroz injusticia. El derecho debe completarse siempre con la equidad.

III

LA FILOSOFIA PENAL PERSA. [1]

1].—El más antiguo escritor persa, que se ocupa también de problemas de filosofía penal, fué el célebre rey KIEKIAVUS, cuya obra nos suministra ideas jurídico-penales interesantes.

Este regio escritor considera el perdón de los delitos como un mérito. El soberano debe tener en cuenta, según él, que no se debe ofender al hombre por causa del delito, sino demostrarle bondad, invitando al delincuente a justificarse y concediéndole perdón.

(1) Buch des Kabus, oder Jehren des persischen Königs Kjekjawus für seinen Soh Ghi Schack" Berlin, 1811.—Fakir Jany Muhammed assad: "Practical Philosophy of the muhammandan People", London 1839.—Abbé Gaudin: "Essaix historique sur la legislation de la Perse". Paris, 1789.

Si una persona comete un delito en presencia del rey, dice él, y lo confiesa pidiendo perdón, el soberano debe concederlo. Este mismo criterio debe seguirse tanto para los delitos graves, como para los leves.

2).—El autor de la célebre obra persa, intitulada GULISTAN [Pais de Rosas], escrita en el siglo XIII de nuestra era, sustentaba que el delito debe ser considerado siempre como delito, sea quien quiera el que lo cometa; mas, que el delito reviste un carácter más grave cuando es cometido por un hombre culto, porque la ciencia es el arma que tenemos para reprimir el delito. Es vergonzoso para un hombre así armado, convertirse en esclavo del delito.

IV

LA FILOSOFIA PENAL GRIEGA. [1]

1).—Los antiguos filósofos de Grecia profundizaron el estudio del hombre, de sus actos, de sus relaciones con el Estado, de su propiedad y de sus ideas. Sin embargo, no fueron jurisconsultos, mucho menos criminalistas; pero no dejaron de analizar dentro del círculo de sus meditaciones, los actos punibles y sus agentes, así como la forma de tratamiento, o sea, examinaron el delito, los delincuentes y las penas, afrontando el estudio de tales materias desde el punto de vista ético-político, considerando así, al delito como un acto inmoral dirigido contra el Estado, que exige la pena como remedio, como medio moralizador para el delincuente y necesario, desde ese punto de vista, para el Estado.

Tales eran, con raras excepciones, las opiniones de la antigua filosofía griega, sobre los problemas del derecho penal, consideradas en aquella época como fun-

[1] Además de las obras clásicas, pueden consultarse las siguientes: E. Platnerus "Notiones juris et justitiæ a Homeri et Hesiodi cerminibus explicite" 1819.—Stobacus "Florilegia. Zipsiac, 1857.—Troyano "Dottrine morali di Pitágora e Aristotele" Napoles, 1897.—Fouillée: "Philosophie de Socrate", París.—Paparrigopulos, Atenas, 1866.

damentales. Damos a continuación una reseña de las ideas filosófico-penales de los más característicos representantes de la materia, que fueron: SOCRATES, PITAGORAS, PLATON y ARISTOTELES.

2).—La esencia de la doctrina de SOCRATES, respecto de esta materia, resalta nítidamente, de la clasificación que él mismo hizo de las leyes.

Para SOCRATES, hay dos clases de leyes: divinas y humanas. Las primeras son de orden general, dadas por los Dioses y reconocidas por el Estado: no necesitan ser escritas porque, aunque no lo estén, manteniéndose en el hombre mismo para que sea preciso arbitrarle penas, pues, cuando son violadas, traen consigo, las penas naturales. Para éllas, las sociedades establecieron la pena de muerte, por no ser posible disminuir la injusticia social, sino con el temor de un castigo severo.

3).—PITAGORAS y los de su escuela anunciaron el sistema del TALION, que era adecuado a los principios fundamentalmente materialistas de dicho filósofo. Según él, "todos debían ser tratados en forma idéntica" a su modo de ser; lo que quiere decir, que en todo delincuente se debe repetir el delito que él ha cometido.

4).—En su obra intitulada "Peri tón nomón" [De las leyes], basó PLATON la pena sobre el principio ético de la enmienda individual del delincuente. Sustentaba que, tanto en la política, a que pertenece el problema de la pena, como en la medicina, los mejores, aunque dolorosos medios, para sancionar a los mayores delincuentes, son la muerte y el destierro, por no haber otros superiores a ellos. La pena es una medicina del alma: con ella se evita la perpetración reiterada del mismo delito por el mismo individuo y se impide que tal delito sea cometido por otros. Cuando una persona delinque debe ser inmediatamente castigada: el castigo le corregirá y le hará mejor, porque ninguna pena establecida por la ley tiene por fin causar mal al que la sufre, sino el de corrégirle, haciéndole el menor mal posible.

Tratándose de los delincentes que por sus diversas acciones transgresoras, demuestran un estado incurable de su alma, deben establecerse castigos como la pena de muerte, que servirán también de ejemplo para los demás. En una palabra, el fin propio de la pena es **ELIMINAR EL DELITO**. La pena debe ser siempre adecuada a las circunstancias; esto es, para imponerla se debe tener en consideración, si el delito fue cometido con intención, con premeditación, por obediencia, ira u otro sentimiento.

Las especies de pena recomendadas por **PLATON** son: la muerte, la cadena, el látigo, la infamia y la multa.

5).—Según **ARISTOTELES**, la pena es un remedio, mas no puede representar su papel de medicina, sino es para el efecto de la prevención. El fin principal de la pena es la defensa de la sociedad. La pena es justa porque es necesaria.

Hay casos dice este gran filósofo, en que la pena debe ser mayor en virtud de la gravedad del delito cometido. El delito es tanto más grave cuanto mayor es la perversidad demostrada por el delincuente: es también más grave si el delito fuere cometido repentinamente o ante un Tribunal o contra los benefactores del delincuente o cuando fue cometido con violencia o con premeditación.

Los incorregibles deben ser eliminados.

V

LA FILOSOFIA PENAL ROMANA (1).

1).—Al examinar las teorías de carácter filosófico, vemos que los autores romanos tratan, apenas, de ex-

(1).—Además de las obras de los escritores clásicos, pueden consultarse las siguientes: H. De Bosck Kemper. "De indole juris criminalis apud Romanos" Lugs-Bat, 1830.—Schulting "Oratio de Jurisprudencia Ciceronis" Francofurti, 1702.—G. Slevogtius "Elogiæ Jurisconsultorum Romanorum", Janæ 1724.—J. A. Ortloff "Über den Einfluss der stoischen Philosophie au dei romische Jurisprudenz", Erlangen, 1797.—J. G. Slevogtius: "De sectis el philosophia Jurisconsultorum Romanorum" Janw, 1724.

poner razones políticas para explicar la necesidad de la aplicación de las penas. La pena tiene para ellos cuatro fines: 1.º Atemorizar, por el ejemplo, a los otros malhechores; 2.º Corregir a los delincuentes; 3.º Eliminarlos, caso de requerirlo la seguridad del Estado, imponiéndoles el último suplicio, como fin de permitir que los demás ciudadanos vivan tranquilos; 4.º Defender la dignidad de la parte ofendida.

2).—Los más notables representantes de la filosofía penal romana fueron: CICERON, SENECA Y PEREGRINO.

CICERON enunció en su obra intitulada "De LEGIBUS [De las Leyes] los principios de la CORRECCION, de la INTIMIDACION y de la COMPOSICION. Para él, toda pena debe ser considerada en relación con la UTILIDAD DEL ESTADO. Con este criterio, la pena debe ser apenas el Talió; esto es, cualquier cosa "igual al delito cometido", de modo que cada uno sufra su propio delito. La violencia [robo, homicidio, etc.] debe castigarse con la decapitación [muerte], la avaricia con la multa, etc.—Además CICERON sustentaba que la pena impuesta debe, en lo posible, afectar el menor número de personas, pero que el temor a ella debe afectar, así mismo, a todos.

SENECA, en su obra "DE IRA", considera como fines de la pena, la corrección, la intimidación y la eliminación del delincuente incorregible, concordando también en el principio defendido por Platón, de que el castigo tiene un fin correctivo antes que de prevención.

El filósofo PEREGRINO, citado por AULUS GELLIUS, decía que incurrían en error quienes cometían delitos creyendo que quedarían ocultos; porque nada puede permanecer oculto para siempre. Según él, la abstención en el delito no se explica por la pena o la deshonra, sino por el estímulo, la honra, la moral y la noción del deber. Los que en virtud de su pensar y sus sentimientos no pueden abstenerse de cometer delitos, por su propia voluntad, son demasíadamente propensos a delinquir, porque creen que, permaneciendo ocultos sus actos, quedan impunes; más si se compenetran

de que nada quedará oculto ni desconocido por mucho tiempo, se abstendrán de delinquir por temor de la pena

VI

LA CIENCIA JURIDICO-PENAL ROMANA (1)

1).—Mientras que en la Grecia encontramos, como vimos, solo aspectos filosóficos de Derecho Penal, en Roma, se nos presenta, dentro de esos mismos criterios, una ciencia jurídico-penal, cuyo desenvolvimiento histórico puede dividirse en tres períodos: 1º—La época de los jurisconsultos ROMANOS, en sentido estricto, desde el reinado del emperador AUGUSTO, hasta la mitad del siglo III; 2º—La época de los JURISCONSULTOS SIGUIENTES, que florecieron entre los siglos III y XI; 3º—La época de los jurisconsultos BISANTINOS durante los siglos XII al XV.

2).—La verdadera formación de la ciencia de Derecho Penal, dentro del aspecto de las ESCUELAS ocurre durante el reinado del emperador AUGUSTO cuando dos jurisconsultos de aquella época QU. ATEIUS y M. ANTISTIUS LABEO, fundan, respectivamente las llamadas ESCUELAS SABINIANA y PROCULCIANA, sustentando principios jurídico-penales diversos.

La escuela SABINIANA admitía que la equidad jurídica, lo mismo que la equidad natural, debían ser preferidas en estricto derecho (*jus equum praefetur juri stricto*); al contrario la escuela PROCULCIANA, enunciaba que eran las reglas estrictas del derecho las que siempre debían aplicarse, y que, por tanto, ninguna equidad puede prevalecer sobre dichas reglas. En otras palabras: los jurisconsultos proculcianos no admitían apartamiento alguno de la letra de la Ley Penal, cuya aplicación

(1) "Corpus Juris Romani" C. Van Eck: "De vita, movibus et studiis Qu. Antistii Labeonis et Qu. Attei Capitonis". Francof. ad Viadr. 1727.—G. A. Jenichen "De Prisco Javoleno Jurisconsulto incomparabil!" Lipsiae, 1734. B. H. Reinhol "Oratio de Sexto Pamponio" Herb. 1710.—J. G. Heineccio "De viris Saturninis Ictis" Francofurti ad Viadr. 1731.

debía hacerse severamente, al paso que los jurisconsultos sabinianos tomaban en cuenta el espíritu de la Ley, admitiendo la aplicación más benigna de esta en los casos de emergencia.

La ciencia jurídico-penal de esta época, acentuó los principios jurídico-penales de la filosofía ESTOICA griega que tenían grande popularidad en Roma durante aquellos tiempos. Así, se sentó como principio fundamental de la ciencia del derecho penal romano que "se debe vivir honestamente, sin ofender a los demás, y dando las cosas a su dueño".

Sustentó esta corriente filosófica el principio de que todos los delitos son iguales, negando al mismo tiempo que la pena deba ser adecuada a la magnitud del delito; principio que todavía no fue unánimemente aceptado por la jurisprudencia romana.

Los estoicos proclamaron el derecho al suicidio y al aborto, negando también la pena para la usura.

Los más célebres jurisconsultos de esta primera época de la historia de la ciencia jurídica romana, además de CAPITO y LABEO, fueron: TREBATIUS, MASURIUS SABINUS, COECCEIUS NERVA, JUVENTIUS CELSUS, PRISCUS JAVOLENUS, NARATIUS PRISCUS, SALVIUS JULIANUS, SEXTUS POMONIUS, GAIUS, CLAUDIUS SATURNINUS, VENULCIUS SATURNINUS, CLAUDIUS TRIPHONIUS, AGMILIUS PAPIANUS, QU, SEPTIMUS FLORUS TERTULIANUS, DIMITIUS ULPIANUS, JULIUS PAULUS, CALLISTRATUS, FLORENTINUS, HERENNIUS MODESTINUS, etc. que se ocuparon simultáneamente de asuntos de derecho penal.

Respecto de los jurisconsultos romanos, debemos advertir, que concedieron poca importancia a la independencia del derecho penal. Consideraban esta rama del derecho como una parte del derecho privado, como un complemento de éste.

La literatura del derecho penal romano puede considerarse iniciada con MASURIO SABINO, cuya obra escrita sobre el hurto [Del hurto] se desconoce, mas cuyas doctrinas pueden encontrarse en el Digesto.

Las INSTITUCIONES de GAIUS, presentan un cuadro bastante satisfactorio del derecho penal.

Escrita se encuentra una disertación intitulada "De delictis" [de los delitos] en la que explicaba la doctrina sobre el hurto, el robo, etc. PAPINIANO, en sus obras, ["Quaestiones"] (Questoes) "Responsa", no olvida los problemas del derecho penal. La obra intitulada "Sententiae" [Sentencias], trata de los delitos leves y graves y de sus penas. JULIUS PAULUS se ocupa del adulterio ["Des adulteris"]. A él se debe el principio fundamental del derecho penal VOLENTI NON FIT INJURIA así como esta otra tesis no menos importante que "en asuntos penales debe seguirse la interpretación más benigna". Estos dos principios llegaron a ser los más firmes fundamentos del derecho penal. ULPIANUS trató del derecho penal en sus "DISPUTACIONES" [Disputas]. Presentó principios fundamentales con relación a varias especies de delitos, como el de alta traición, adulterio, parricidio y falsedad. MODESTINUS, MARCINUS, CALLISTRATUS, TRIFONIUS, SATURNINUS, POMPONIUS, etc. también se ocuparon de doctrinas sobre derecho penal.

Tal era el estado de la ciencia jurídico-penal romana en la primera y segunda época de su desenvolvimiento histórico en Roma.

Pasando ahora a Bizancio, encontramos, especialmente desde el siglo III, un movimiento más intenso en el terreno de la ciencia del derecho. Entonces se formaron las célebres Facultades de Derecho [Escuelas de Derecho propiamente], en CONSTANTINOPLA y en BERITOS, en donde distinguidos jurisconsultos como GREGORIUS, HERMOGENES, INOCENTIUS, GOARICUS, ARNIAMUS, etc., trataban también de ciencia penal.

En el siglo VI, aparecen en Bizancio los jurisconsultos llamados CIVILISTAS DE JUSTINIANO, que eran constantinopolitanos o baritenses, como TEHOPILOS, THALALEOS JULIANUS, DOROTHAIOS, etc., y TRIBONIANUS. En sus obras encontramos también interpretaciones de los textos y doc-

trinas de derecho penal.

3].—La TERCERA época del desenvolvimiento histórico de la ciencia del derecho penal romano se marca nítidamente con Bizancio, en donde, desde el siglo VII trabajaban los jurisconsultos llamados CIVILISTAS LATINO ROMANOS, a los que les seguirán en el siglo IX los llamados JURISCONSULTOS AUTODIDACTAS, que igualmente se ocupaban de derecho penal. Tales fueron: CIRILLUS, PHOTHIOS, COSMAS, TEHODOROS, SIMONEOS, etc.

Las Colecciones de Leyes Bizantinas, las BASILICAS, etc. tienen muy notables cultores, como NOMOPHULAX, DOXOPATER, PATTZOS, BALSAMON, VLASTARES, HERMENOPULOS, DIPLOVATIOTIOS, etc.

La literatura monográfica de derecho penal comienza con las obras del jurisconsulto GARIDAS, quien en el siglo X escribe una sobre el adulterio y otra sobre los ASESINATOS y los ENCUBRIDORES.

Durante los últimos cuatro siglos de la edad media, la ciencia del derecho penal fue cultivada más intensamente. En el imperio bizantino, aparecen jurisconsultos notables como PSELLOS, ATTALIOTA, etc. que también escribieron sobre problemas jurídico-penales.

VII

LOS GLOSADORES [1].

1].—Como vimos en el capítulo precedente, el estudio de la ciencia del derecho romano cesó entre los romanos en el siglo VI, trasladándose la cultura jurídica a Bizancio, en donde, en lengua griega, obtuvo su ulterior progreso.

(1).—G. Panzirolus "De claris legum interpretibus".—Th. Ebertus "Elogia jurisconsultorum et politicorum", 1628.—Azo "Comentarios ad singulas leges XII. tab. C. Parisiis, 1557.—Summa Codices" Lugduni, 1546.—"Corpus juris civilis Justiniani cum Comentario Acurssii. Lugduni, 1612.—B. Caepolla "Consilia criminalia", Brixiae, 1490. Dinus Mugelanus "Comentarius in regulas juris pontificii" Coloniae, 1617.

En tierras italianas se formó en el siglo VII la escuela jurídica de Pavia, cuyos miembros durante varios siglos cultivaron las ciencias jurídicas y las leyes lombardas. Los escritores de esta escuela escribieron EXPOSICIONES y COMENTARIOS, de las leyes lombardas, así como algunos estudios de derecho penal.

Era esta la única actividad jurídico-científica en Italia hasta el siglo XI, en que se verificó el verdadero renacimiento de las ciencias jurídicas, en relación con el derecho romano, no sólo en Italia, sino en Francia e Inglaterra, en donde se observaba igual acontecimiento, en virtud del fallo de un Juez de Bolonia, llamado PEPO, quien logró encontrar los textos latinos del derecho romano, que, en ese tiempo y desde mucho antes, se consideraban perdidos. Se comenzó entonces a dar conferencias públicas sobre diferentes detalles de la materia, ejemplo este que luego fue seguido por algunos jurisconsultos de aquella época.

No obstante, el verdadero iniciador de ese renacimiento jurídico fue el célebre jurisconsulto de Bolonia IRNERIUS [fallecido en 1118] que primeramente comentó el Cuerpo del Derecho Romano, escribiendo a los márgenes del texto ligeras observaciones explicativas o glosas de sus diversos pasajes.

Fundó IRNERIUS la llamada escuela jurídico-bolonese, que progresó casi durante un siglo y medio. Uno de los discípulos de esa escuela PLACENTINUS, trasladóse a Francia, fundando allí la escuela de derecho de MONTEPELIER y otra VACARIUS, dirigióse a Inglaterra, en donde fundó la facultad de OXFORD.

Los más distinguidos miembros de la escuela bolonese fueron: ODÓFREDUS, HENRICUS DE SUZA, HUGO DE PORTA REVÉNNATA [muerto en 1168], REOGERUIS, AZO [1230], ACCURCIUS [1260], etc.—En el siglo XIV eran célebres glosadores: PETRUS DE BELLA PERTYCA, BUTRIGARIUS, CINUS, etc., y en el siglo XV destacáronse: SALICETUS, FULGOSUS, CAEPOLLA, etc.

2].—Además de escribir glosas, manifestaron estos glosadores otra especie de actividad que, junto a aque-

lla, significó el comienzo de la literatura científica de la ciencia del derecho penal. Del Cuerpo del Derecho y del Derecho Romano, formaban extractos llamados "SUMAS, que otros escritores reunieron después, más o menos, en una sola obra llamada BREVIARIO.

Todas estas manifestaciones de actividad en el estudio de la ciencia del derecho fueron precursoras de otras de carácter teórico, debidas a la obra de los jurisconsultos que establecieron discusiones sobre cuestiones surgidas respecto de diversos puntos del derecho. Estas obras tenían por título DISTINCIONES y CUESTIONES. Además de ellas y como su conclusión, fueron escritas otras referentes a tales doctrinas y llamadas BROCARDICA y que no eran otra cosa que frases breves conteniendo reglas del derecho.

Finalmente, el desenvolvimiento de la jurisprudencia durante la edad media culminó, estribada en la dialéctica jurídica, o sea, en las discusiones sobre las reglas jurídicas, de donde surgieron por fin COMENTARIOS, RESPOSTAS, CONSELHOS y DECISIONES, en que se explicaban, comentaban y aplicaban las reglas y las doctrinas anteriormente recopiladas, organizando, de tal manera, algo como COMPENDIOS o breves TRATADOS.

3).—Naturalmente todos estos jurisconsultos, en mayoría de nacionalidad italiana, se ocupaban también de Derecho Penal. La actividad interpretativa de los glosadores fue la que preparó el terreno para el cultivo más intenso de la materia y la que sirvió de base a una actividad científico-práctica representada posteriormente, como veremos, por los jurisconsultos llamados prácticos.

Las doctrinas jurídico-penales de los glosadores, presentadas en forma de explicaciones, o de reglas, eran breves por su naturaleza. Se trata, en la mayor parte de las veces, de frases o axiomas que pueden llamarse las RAICES de la ciencia jurídico-penal, que han servido y continúan, en parte, sirviendo de base a muchos principios del Derecho Penal.

Las más importantes características de las doctri-

nas de los glosadores, se referían más a los principios generales del Derecho Penal que a su parte especial.

Así, los glosadores consideraban como fines de la pena, la corrección, la intimidación y la prevención. Fueron ellos los que primero sentaron el principio de que, la pena mayor absorbe a la menor, o sea, que en la aplicación de las condenas impuesta la más grave, se debe omitir la imposición de las demás. Fueron también ellos los que por primera vez reconocieron en el Juez el derecho de atenuar la pena, siempre que para ello haya "una razón justa y legítima", como el de agravarla, a su arbitrio, aplicando hasta la pena extraordinaria.

Para los glosadores, el "pensamiento" no era punible porque decían "los primeros movimientos del acto no están a nuestro alcance".

Tales eran sus opiniones jurídico-penales.

VIII

LOS PRACTICOS (1)

1).—La escuela que debe considerarse como la base directa de la orientación científica ulterior del Derecho Penal y cuyo origen se debe a la escuela de los glosadores, fue la iniciada propiamente a fines de los siglos XIII y XV, desenvuelta y perfeccionada durante los siglos XV y XVI y terminada a fines del siglo XVIII, si bien tuvo escritores, en número reducido, a fines del siglo XVIII.

Esta orientación que surgió y se desenvolvió en

(1) Alciatus "De praesumptionibus", Francofurti, 1627.— Angelus Aretinus "Tractatus maleficionum" 1504.— Baldus de Ubaldis "Practica Judiciaria" Lugduni, 1528.— Bastolus de Sexo Ferrato "Commentarius Digestonum" Euzduni, 1550.— Jacobus Belvisio "Tractatus super maleficiis.— Aegidius Bossius "Tractatus Varii", 1562.— L. Carerius "Practica causarum criminalium" Francofurti, 1600.— B. Carpovius "Practica novarum criminalium, 1632.— Julius Clarus, "Sententiarum Liber V.", 1572.— Coharrubias "Relectiones Clementinae, pars II, de delictis", 1614.— Damhouder "practica rerum criminalium, 1641.— Decianus "Tractatus Criminalis", 1613.— Farinacius "Opera Criminalia" 1682.— Gandinus "Tractatus de maleficiis".— Hippolitus de Massiliis "Practica causarum criminalium, 1529.

Italia, establece los principios del Derecho Penal, sobre todo en su fundamento práctico; esto es, formando reglas conforme a la jurisprudencia de los Tribunales para completar o modificar los principios del Derecho Penal romano y canónico. Esta tendencia fue formando una verdadera escuela llamada —por la preferencia del elemento práctico— ESCUELA PRACTICA DE DERECHO PENAL o sea ESCUELA DE LOS PRACTICOS, también conocidos con la denominación de POSGLOSADORES.

2).—La escuela práctica del Derecho Penal tuvo el grande mérito de suministrar los fundamentos del DOGMATISMO en el dominio del Derecho Penal y de formar con los principios prácticos judiciales, nuevas reglas consideradas como dogmas jurídico-penales, que después tuvieron fuerza casi obligatoria en todo el campo de la ciencia y de la vida práctica y legislativa del Derecho Penal. Esta misma actividad de la escuela presenta otro aspecto de su mérito, no menos importante que la anterior, y que consiste en haber depurado las diversas nociones respecto de complicidad y otros asuntos fundamentales, como, por ejemplo, las diversas clases de delitos contra la vida, la propiedad, etc.

3).—En cuanto al METODO, los jurisconsultos prácticos, se distinguen de los glosadores en que, según vimos, éstos contentábanse con hacer y reunir breves anotaciones explicativas a los diversos pasajes del texto del Derecho Romano. En cambio, los prácticos denominábanse jurisconsultos y no glosadores porque habían abandonado el sistema de las glosas, para tratar de la materia SISTEMATICAMENTE. La FORMA del método de los prácticos, se presenta bajo dos puntos de vista; algunos jurisconsultos, sobre todo los de la edad media, trataban la materia en cuestiones y en "respostas", a la manera de los filósofos tomistas (Santo Tomás de Aquino, y sus partidarios), otros, la mayor parte, trataban de la materia por TEMAS.

Ya dijimos que el estudio sistemático del Derecho Penal comenzó a fines del siglo XIII. En esta época vivía en Italia GUIDO DE SUZARA, quien en su

obra intitulada "De ordine malefactorum", inició la era de los prácticos, aunque es cierto que tuvo dos antecesores inmediatos que fueron PAOLO GRILLANDI y GIACOMO ARENA; mas estos desarrollaron una actividad de muy poca importancia y fueron apenas los precursores de los grandes prácticos posteriores.

El primero de éstos fue el célebre ALBERTUS GANDINUS, nacido en Cremona. En su obra "Libellus de melectis" (1299) explica los principios fundamentales del Derecho Penal contenidos en la jurisprudencia judicial.

Otro práctico, no menos célebre, fue BONIFACIUS DE VITALINIS, quien era Juez de paz en el año de 1340 en la ciudad de Mantua. En su obra "Tractatus super maleficiis", intentó depurar la noción de varios delitos, fundándose, principalmente, en los principios del Derecho Romano.

El célebre BARTOLUS (1314-1357), una de las mayores autoridades entre los prácticos, es el fundador de una sub-escuela práctica, cuyos escritores se llamaban BARTOLISTAS. Dió un extenso sistema jurídico-penal. Según los antiguos historiadores juristas, tenía la costumbre de consultar con personas de todas las ocupaciones, comerciantes, labradores, etc., antes de resolver una cuestión de derecho. Este procedimiento le conquistó entre sus contemporáneos grande autoridad.

Los más célebres prácticos posteriores son: JULIUS CLARUS, PROPERUS FARINACIUS, ANDREAS ALCIATUS y ANGELUS ARETINUS.

JULIUS CLARUS, que vivió entre los años 1525 y 1575, era gobernador de la ciudad de Milán y más tarde fue consejero del rey en Madrid. Su principal obra tuvo por título abreviado: "Receptarum Sententiarum libri", y en ella trató, especialmente, de las bases del Derecho Romano, Canónico y consuetudinario, así como de todo el sistema del Derecho Penal, emitiendo propias opiniones, la mayor parte de las cuales eran de carácter crítico.

FARINACIUS, publicó su obra, que contenía los principios fundamentales del Derecho Penal, con los tí-

no había Código Penal (1). Las obras fundamentales que hemos hecho alusión constituían en esos países la ley penal. La mayor parte de las obras están escritas en árabe; aun cuando existen gran número de obras que se hallan escritas en turco, en persa y en otras lenguas orientales.

Lo que hasta aquí llevamos dicho y lo que vamos a exponer en las siguientes líneas, dice relación, tanto a la ciencia del derecho penal mahometano de épocas pasadas, como a la época presente, porque el estado de la ciencia en nada se ha modificado desde la edad media, manteniéndose como fuentes principales del derecho penal, hasta ahora, las antiguas obras de que vamos a ocuparnos.

5).—La obra fundamental de la escuela jurídica hanefita, se debe al fundador de ese rito Abu Hanifa. Otro importante escritor de esta secta fue Abu Yusuf, cuya obra se denomina "Hidaiet" (Guía), así como Ibn Halebi que escribió la célebre obra intitulada "Multeka".

La obra fundamental de la escuela jurídica chaliíta, es la denominada "Minhach at talibin". El más célebre comentario de esta obra, se debe a Maverdi.

La escuela Malekita, considera como su obra fundamental a "Muvatta", que es una colección de tradiciones; y "Mohtasar" (Compendio) de Halil ibn Isaak ibn Yacul, llamado comunmente Side Halil [Khalil].

La obra fundamental de la escuela jurídica hambalita es "Musnad", que se debe a su fundador Ibn Hanbat.

La escuela jurídico chiíta, tiene también obras fundamentales, gracias a los jurisconsultos persas El—Mohekkik, Tusi, etc.

Finalmente la obra fundamental de la escuela abazita, es el tratado llamado "Nil".

Todas estas obras tratan abundantemente de cues

(1).—Actualmente hay códigos penales modernos en Egipto y en Persia; en Argelia rigen los códigos penales de Francia.

En España, según creemos, fue el escritor García de Ercilla, de la escuela teológica española [1], el precursor de la escuela práctica del derecho penal español, como se desprende de su obra "Justicia Punitive" [Madrid 1516].

El más notable representante y verdadero fundador de tal escuela fue el célebre jurisconsulto canonista Didacus Covarrubias, que se ocupó de todos los asuntos de derecho penal; dió muchas definiciones y explicaciones importantes, ejerciendo mucha influencia, no sólo en el derecho penal de su patria, sino también en el de otros países debido a su obra que fue escrita en latín. Esta obra intitulaba "Variarum ex jure resolutionum libri tres" [Tres libros de varias resoluciones de derecho, Salamanca, 1560].

Se destacaron entre los prácticos españoles:

PEGUERA, PEDRO PLAZA, DE ACUÑA VELA, MATEU Y SANZ, DIAZ DE LUCO, ANTONIO GOMEZ, DIEGO DE LA CANTARA, DOMINGO BANEZ, etc.

En los Países Bajos, durante los siglos XVI y XVII, hubieron también muchos escritores prácticos célebres como JODOCUS DAMHOUDT, que escribió "Praxis rerum criminalium" (Práctica de cosas criminales, 1556, y ANTONIUS MATHAEUS (1644), que publicó "De criminibus" [De los crímenes]. Prácticos fueron también: BORT [1651] VOET [1698], VAN ZUTPHEN (1680), ZYPAEUS [1635] y particularmente SIMON VAN LEEUWEN.

En Alemania, los escritores prácticos fueron en menor número que en Italia, lo que prueba que los jurisconsultos alemanes prefirieron la orientación teórica, cuidando especialmente de élla. Los prácticos de mayor nombradía fueron: VIGELIUS, PERNEDER, ZASIUS, GOBLER, en el siglo XVI, y el más célebre de ellos CARPZOVIVS (1595-1666) o el padre de la ciencia penal alemana, cuya obra "Practica nova Im-

(1) Hablaremos de esta escuela más adelante.

perallis Saxonica rerum criminalium in partes tres divisa" (1638), llegó a ser durante mucho tiempo, irrefutablemente, la fuente de la ciencia penal de la mayor parte de los pueblos europeos. Otro práctico célebre fue BERLICHIVS. Además de los nombrados escribieron obras prácticas, OLDENKOPP, BOHMER, TABOR, HERPRECHT, BESOLD, MANZEL, etc.

En Inglaterra, encontramos jurisconsultos prácticos desde el siglo XVI, quienes, siguiendo la costumbre de la época, escribieron en latín. Tales fueron: STAUNDFORD, BRACON, FORTESCUE, PULTON, COWELL, etc.

Finalmente, conviene hacer notar, que también en Bolonia, Hungría y Polonia, hubieron jurisconsultos prácticos.

6].—El extenso terreno de los estudios de los prácticos comprende la totalidad de los problemas de la disciplina en aquella época conocidos. Los principales problemas eran: la división de los actos punibles y de las penas; las reglas relativas a la aplicación de las penas a las varias clases de actos punibles.

En sus escritos, los prácticos, establecieron también muchas de las bases de las doctrinas jurídico-penales fundamentales. Así, fueron ellos los que primero sentaron la noción general de la tentativa, que consistió, según su parecer, "en pensar obrar, mas no cumplir" [cogitare, agere, sed non perficere]. Fueron ellos los que establecieron varios *géneros y formas* de complicidad y los que crearon la noción jurídico-penal sobre el *complot*, etc.

En resumen, la significación de los prácticos, en el desenvolvimiento histórico del derecho penal, fue importantísima.

IX

LA CIENCIA PENAL CANONICA (1).

1).—La influencia decisiva que la Iglesia ejerció

(1) Además de las obras de distintos escritores, pueden consultarse las siguientes: Migne: *Patrologiae cursus completus*, París, 1856.—Sancti Augusti De-

en la cultura y en la política durante la edad media, se sintió también en la ciencia del derecho en general y en la ciencia del derecho penal, en especial. Eran las innumerables lagunas del derecho romano de esa época, en que, por una parte, dominaba el rigorismo en muchas de las disposiciones de tal derecho en virtud de su espíritu esencialmente pagano y por otra, la tendencia transformista de las normas jurídicas en sentido cristiano por el advenimiento de la nueva época y por la acción de la Iglesia. Por esto, la nueva filosofía, la acción de la Iglesia, dieron como resultado la transformación del derecho romano, dándole una fisonomía cristiana, que lo volvió más humano, más suave y lo completó trasándole nuevos horizontes.

2).—Por estas razones, se desenvuelve en la edad media, la nueva ciencia jurídico-canónica, que fué la fuente del sistema del DERECHO canónico. La Ciencia del derecho canónico, buscaba especialmente su justificación en la teología.

Antes de tratar del origen de la ciencia del derecho penal canónico tenemos que referirnos a la escuela teológica, que es en donde se encuentran los elementos filosóficos de esa ciencia.

3).—La escuela teológica, comienza en los siglos III y IV, con una orientación teológico-filosófica, y termina con la filosofía escolástica. Esta orientación fue, relativamente al derecho penal, de carácter filosófico-político y se refirió a los problemas fundamentales del derecho penal: derecho de castigar, fin de la pena y problema del libre albedrío.

Los primeros representantes del criterio filosófico de la escuela teológica fueron los padres de la Iglesia, y entre ellos: Tertuliano, Hilario, Lactancio, Casiodoro y el jefe de ellos San Agustín. Entre estos escritores figuran también San Bernardo, Santo Tomás de Aqu-

no, etc., grandes autoridades en teología y en filosofía, que se ocuparon también de problemas referentes a la ciencia jurídico-penal.

Según los escritores de la escuela teológica, la pena es la venganza preparada para los malos; mas, tal venganza debe reunir en sí las condiciones de humanidad, equidad y misericordia, para no ser cruel.

El fundamento del derecho de castigar era para esta escuela, el consentimiento dado por Dios a los gobernantes de los pueblos, ya que el gobierno mismo se origina en la voluntad divina. El orden jurídico se basa en las condiciones de vida establecidas por la voluntad eterna e inmutable de Dios, con cuya existencia la creación continúa.—El fin de la pena, según los escritores de la escuela teológica, es restaurar el orden público, corregir al delincuente y servir de ejemplo a los demás hombres.

Importantísima fue la tesis sustentada por la escuela teológica respecto del libre albedrío, doctrina que, en la ciencia, se la conoce con el nombre de indeterminismo. La idea fundamental que sirvió como de punto de partida a los autores de esta escuela, es que, conforme a la esencia racional del hombre, la libertad es un atributo sustancial. El hombre tiene libertad para hacer una u otra cosa; para querer el bien o el mal. Por eso es moralmente responsable de sus actos, ya que el sentido moral es una característica decisiva y esencial en el ser humano.

4).—Veamos ahora la escuela jurídico-penal canónica que, como ya dijimos, asentó sus principios ético-filosóficos en armonía con su propio sistema, como era natural.

El origen de la ciencia del derecho canónico y como éste, el de la ciencia del derecho penal canónico, se remonta al siglo V, en el que los jurisconsultos eclesiásticos llamados **COLECTORES** de cánones, recopilaban las materias de derecho. Los colectores que constituyeron un grupo especial de canonistas, fueron: Joan Escolástico, Martín, el Papa Adriano, San Bonifacio, el Patriarca Pothios, Anselmo, Ivo, etc.

Quien dió a la ciencia del derecho canónico, sus verdaderas bases, fue el monje bolonés GRATIANUS, quien, como ya referimos, en 1216, recopiló, por la primera vez, los materiales del derecho canónico dispersos hasta entonces y editó su célebre obra llamada "Decretum Gratiam", que contenía también materia penal. Esta obra fue principalmente de valor legislativo, pero tenía también importancia para la ciencia del derecho canónico, por ser la primera que sirvió de fundamento a los comentarios, etc., posteriores. Otros canonistas, aunque menos célebres que el nombrado, fueron: BERNARDUS, RAIMUNDUS PENNAFORTE, DURANDUS, DINUS, TANCREDDUS, etc.

Escribieron como glosadores y comentadores de la obra de GRATIANUS: TEUTONICUS (1212), VICENTIVS HISPANUS [1239], BARTHOLOMEAVS (1258) NICOLAUS DE TEDESCHIS [PANORMITANUS, 1443], JOHANES TURRECREMATA (TORQUEMADA, 1468) y el célebre jurisconsulto BALDUS. El número de los canonistas fue bastante grande en los distintos países europeos.

Los canonistas se dividían en dos grupos; en cuanto tomaban como objeto de sus obras la explicación o interpretación del DÉCRETO de GRATIANUS o la de las ediciones posteriores a los DECRETALES de los Papas. Llamábanse los primeros canonistas DECRETISTAS y los últimos DECRETALISTAS. Sus obras se intitulaban, por lo general, SUMAS, COMPILACIONES, etc. Publicaron también muchos comentarios, tratados y monografías. La jurisprudencia de los Tribunales se encuentra en las DECISIONES DE LA SANTA SEDE ROMANA.

Particular atención merece la escuela teológica española cuyos escritores, teólogos y canonistas, se ocuparon de todos los problemas del derecho penal.

Los más célebres representantes de dicha escuela fueron: Alfonso de Castro, cuyas obras escritas sobre el poder de la ley penal, el justo castigo de los herejes y sobre los adivinos y las brujas y el castigo de éstos, contenían importantes fuentes de la ciencia pe-

nal de esa época (siglo XVI); FOX MORCILLUS, García de Ercilla, Mariana, Molina, Soto, Suárez. etc.

5].—Los canonistas expusieron ciertos puntos de vista teóricos importantes en el dominio del derecho penal. Sus más trascendentales escritos dicen referencia al problema de la pena.

La pena era, para los canonistas, la venganza por el mal, que se infligía al delincuente con el objeto de impedir la comisión de nuevos delitos y de corregir a los hombres. La pena, decían, es la medida del delito.

El mérito de los canonistas consiste también en haber sistematizado las circunstancias atenuantes que deben tomarse en consideración para la imposición de las condenas.

Enseñaban que se debía tomar en cuenta, antes de imponer la pena, la calidad de la persona ofendida, la causa del delito, la intención de delinquir, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en la perpetración del hecho y el escándalo social causado por éste.

Las circunstancias atenuantes de las penas, según los canonistas, eran: la minoridad del delincuente, la ira, el sexo, el nivel social o la pobreza, la embriaguez, el transcurso del tiempo desde el día en que se cometió el delito.

X

LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

MAHOMETANO (1).

1).—La poderosa organización religioso-política llamada ISLAM, contiene también principios referentes a

(1) S. Keljzer "Het Mohamedansche Jtrafregt naar arabische, maleische en javanische bornnen". 1843.—"Futava Cazze Khan, or the Institutes of Aboo ancessa", Calcuta 1835.—Hamilton "The Hedaya or Guida; a Commentary on Mussulman Law, Calcuta, 1884. Abu Zakaria Ben Chereg Nevevi: Minhadj at-taliqin, 1882—1884.—Guida Santillana "Il Muhtasar". Roma, 1919. Perron: "L'exploration scientifique de l'Algérie" Paris, 1848. Querry: Droit musulman scheyite. Paris, 1870—1871.

la fase jurídica. constantes de su libro sagrado que, como se sabe, se denomina CORAM y se debe al fundador del ISLAM, llamado MAHOMA. Mas, las disposiciones del Coram, pronto se volvieron insuficientes, de modo que se comenzaron a recoger las frases de Mahoma, con la intención de completar de este modo el contenido del Coram. Esta especie de fuente, llamada TRADICION, se debe a los compañeros sobrevivientes de Mahoma, a los discípulos de éste y a los discípulos de sus discípulos. Otras fuentes de la ciencia del derecho mahometano, son: la opinión de los jurisconsultos de reconocida autoridad denominada ICHMA o RAY; la analogía de dichas opiniones llamada KIAS o MAQHUL, en árabe. Por fin, llegaron a ser fuentes importantes los informes jurídicos emanados de los más notables sacerdotes juristas del Islam.

2).—La ciencia del derecho penal mahometano se fue organizando desde el siglo VII de nuestra era, esto, es desde el siglo de la fundación del islam. Los primeros jurisconsultos fueron los TRADICIONALISTAS, que se ocupaban de coleccionar las tradiciones teológicas y jurídicas.

La ciencia jurídica mahometana constituye una parte importante de la teología y está representada por las varias sectas y escuelas teológico-jurídicas. Los mahometanos, lo mismo que los cristianos, se dividían en varios grupos y subgrupos, llamados SECTAS o RITOS, teniendo cada uno de ellos divergencias teológicas o jurídicas con los restantes.

Hay tres ritos o SECTAS principales en el islam, que interesan especialmente a la ciencia jurídica: la SUNNITA, la CHIITA y la ABAZITA. Lo cual significa, que podemos distinguir entre los mahometanos tres grandes escuelas jurídicas, a saber: la sunnita, la chii-ta y la abazita.

Dentro de la escuela sunnita, hay otras cuatro escuelas de grande importancia: 1. La hanefita, fundada en la primera mitad del siglo VIII de nuestra era, por el gran jurisconsulto ABU HANIFA; 2. La chaffita, fundada en la segunda mitad del siglo VIII de nues-

tra era, por otro gran jurisconsulto ECH CHAFI; 3. La malekita, cuyo fundador IBN MALIK, vivió en el siglo VIII de nuestra era; y 4. La hanbalita, cuya fundación ocurrió en el siglo IX de nuestra era. Todas estas cuatro sectas se consideraban como ortodoxas.

La escuela Chiita, es para los mahometanos ortodoxos, la representante de una secta o rito herético. Su fundador fue el cuarto de los califas ALI; mas su organización se la debe al grande jurisconsulto persa, CHAFER. Finalmente, la escuela jurídica abazita, fue fundada en el siglo VII de nuestra era por ARDALLAH BEN ABAZ.

3).—En cuanto a la difusión de estas escuelas jurídicas, la hanefita, repercutió hasta estos últimos tiempos en Turquía y antiguamente en las Indias Británicas, manteniéndose apenas las doctrinas relativas al derecho civil. En la actualidad, las doctrinas penales hanefitas rigen en Afganistan, en Khiva y en Bokhara.

La escuela jurídica chafita, se propagó en Egipto y especialmente entre los mahometanos de Java y Sumatra.

Las doctrinas de la escuela jurídica malekita, fueron adoptadas en Marruecos, en parte de Argelia y en alguna parte de Egipto. Eran las doctrinas de esta escuela las que regían en la España Arabe, por intermedio de la sub-escuela de Córdoba.

La escuela jurídica hambalita está difundida en Siria y en la Arabia del Sur. Las doctrinas de la escuela chiita son seguidas en Persia y entre una parte de los mahometanos de la Caucacia Rusa, de la India Británica y en algunas partes de Siria.

Finalmente, la escuela abazita se difundió en la parte central de la Arabia, así como en Zanzibar y en las partes meridionales de la Argelia.

4).—Cada una de estas escuelas tenía sus obras fundamentales, con numerosísimos comentarios, así como innumerables tratados que contenían también doctrinas de derecho penal. Las obras fundamentales, que en seguida apreciaremos, constituían, a su debido tiempo, en los países mahometanos, el derecho vigente. En esos países

titulos "Variarum quaestionum et communium opinionum libri" y "Praxis et theorica criminalis libri" (1596 y 1606, respectivamente). Su autoridad era casi tan grande como la de CLARUS.

ALCIATUS [1492-1550] en su obra "Opera Omnia", inauguró en el Derecho Penal la tendencia humanista, oponiéndola a la tendencia realista y proponiendo la reforma de la jurisprudencia romana en el sentido humanista. Respeto y acatamiento incondicional a las autoridades, sustituyendo a la mera opinión la convicción individual. Su método era el del comentario hecho a base de la filosofía y la historia.

ANGELUS ARETINUS, emitió muchas opiniones originales sobre Derecho Penal, en su obra intitulada DE MALEFICIIS, impresa posteriormente en Lyon en 1555.

Fueron también prácticos de nombradía: TIBERIUS DECIANUS, BOSSIUS, HYPPOLITUS de MARSILIIS, etc.

El número de los prácticos italianos que vivieron durante los siglos XV al XVII, fue muy grande. Se debe citar entre ellos a BALDUS (muerto en 1414) que propiamente, era canonista, como veremos más adelante; CARRERIUS, MENOCHIUS, GUAZZINI, TOLLERIUS, GIURBA, los SOCINUS, etc.

5).—La tendencia PRACTICA, partiendo de Italia, se abrió también campo en otros países como Francia, Portugal, España, Países Bajos y Alemania.

En Francia, la orientación práctica se formó en el siglo XVI, representada por Baducus y por Maseur, Donellus, Duret, Tiraquellus, Lizet, Milleus y por el célebre Cujacius. Durante el siglo XVII escribían: Ayrault, Beaumanoir, Imbert, Bouchet, Millerot, Bouvet etc.

En Portugal, el primer práctico fue Joao de Regras, que, en su obra PRAXIS FORENSIS, siguió principalmente las opiniones de Bartolus. Otros prácticos florecieron durante los siglos XVI y XVII, de los que citaremos a Gouveia que enseñó en Italia, a Alvaro Velasco, M. Méndez de Castro, A. de Gama, Reinoso, Barbosa, Pereira, etc.

tiones sobre derecho civil y penal, y algunas de ellas ascienden a cien volúmenes.

6).—Presindiendo de las divergencias existentes entre las diversas escuelas jurídicas, vamos a caracterizar, a grandes rasgos, las principales doctrinas jurídico-penales mahometanas.

Las bases del sistema penal mahometano, sentados por las escuelas jurídicas y aceptadas por la práctica, son el Talión y la composición. Además encontramos el sistema de las penas corporales mutilantes, la multa y la privación de la libertad.

El derecho penal mahometano, formado por las diversas escuelas jurídicas, reviste un carácter moral y religioso.

Los delitos se dividen en dos clases. La base de esta división es el diverso origen de las penas, que puede ser divino o humano. Las penas de origen divino son prescritas por la religión o por el Coram. Las penas de origen humano lo son por los soberanos y sus mandatarios. Las primeras consisten en castigos corporales y se llaman penas determinadas, en árabe hadd; al paso que las últimas consisten en castigos correccionales, tackir, en árabe. Las penas corporales son: la muerte, el talión, la mutilación y la multa, o sea la suma que se paga a título de composición, librándose el inculpado de la pena del talión, etc. Las penas correccionales, son las que no obedecen a las prescripciones de los preceptos religiosos y que deben inflingirse al delincuente de acuerdo con la posición social de éste y la especie del delito cometido; tales son: la prisión, los azotes, la amonestación y la multa.

Las penas correccionales, pueden ser objeto de gracia o de perdón; al paso que las determinadas deben cumplirse en todo caso. Las penas correccionales se aplican a los delitos comunes, como son: la injuria, la apostasía, el homicidio, las heridas, el adulterio, la embriaguez, el hurto, el robo, etc.

El principio del talión, "sangre por sangre", fue aceptado por la ciencia del derecho penal mahometano, y en virtud de ella, por la práctica, desde el comienzo. Su

propio fundamento, está en el Coram que concede toda persona a quien se le hubiese matado ilegalmente un pariente, el derecho de venganza, con la única condición de no emplear un medio represivo más grave que el usado en el homicidio que se reprime.

El culpado puede librarse de la pena del talión pagando el precio de la sangre que consiste en la entrega de cierto número de camellos, de varias edades o en su defecto, pagando su valor.

XI

LA ESCUELA FILOSOFICA

1].—Desde los siglos XVII y XVIII, la atención de los filósofos y de los juristas, se dirigió hacia los problemas fundamentales del derecho penal, teniendo por base la filosofía. Se comenzó a investigar, particularmente, las cuestiones referentes al origen del derecho de castigar y al fin y cualidades de la pena.

Estas investigaciones de base filosófica, originaron la escuela de filosofía penal, que ya en el siglo XVII tuvo sus precursores, en distintos países y sus cultores en los siglos XVIII XIX, y que ejerció una influencia decisiva sobre las legislaciones penales de aquella época.

Veamos, en primer lugar, las teorías relativas al derecho de castigar, para ocuparnos luego de las concernientes al fin de la pena, como principales objetivos de las investigaciones de la Escuela filosófica. Mas, antes de entrar en estos detalles, es necesario pasar revista a algunos precursores de la escuela filosófica.

2].—Entre los filósofos que pueden ser considerados como autores de principios notables para la organización de la estructura filosófica del derecho penal, debemos citar a los ingleses Thomas Morus Moore y Hobbes, especialmente.

Tomás Moore, en su célebre obra intitulada Utopía (Londres 1517), escrita en latín, dió un programa filosófico penal. Este filósofo, quería castigar el mal y

recompensar el bien. Debe intentarse la lucha contra el delito, afirma él, por medio de buenos establecimientos penales; y al desgraciado que no tuvo fuerza para resistir la tentación, se le debe tratar con humanidad. El mismo filósofo considera la pena de muerte y al modo de aplicarla en su época a los casos de hurto, como inútil, de peligro público y extremadamente injusta.

Hobbes estableció, en sus famosas obras *De cive* (Londres 1642) y *Leviathan* (Londres 1651), la teoría del contrato social. Según él, para evitar el horrible estado de guerra de todos contra todos, debían los individuos hacer entre ellos un tratado de paz. Este contrato social, tenía por principal fin la seguridad de todas las personas que viven en sociedad. Seguridad aquella que se adquiere por medio de las penas que causan al delincuente un mal mayor que el bien que el delito pudo haberle proporcionado.

Otros autores, como el inglés Locke y el holandés Spinoza, atacaban los principios fundamentales del derecho penal de aquellos tiempos, esto es, la tesis de la intimidación.

3].—En cuanto al derecho de castigar hubieron varios criterios y teorías entre los escritores de la escuela filosófica.

Sustentaban algunos que el hombre en el estado primitivo, tenía apenas un derecho, el de existir, y, por tanto, el de defender su vida. Cuando los hombres organizaban un estado decía, conferían al soberano aquel derecho, y por esta razón, tenía el estado, propiamente, el derecho de castigar, entendido como de seguridad que es la base exclusiva de ese derecho.

Para el grande filósofo Kant, el derecho de castigar es el que asiste al soberano, para causar un mal al ciudadano por motivo de la infracción cometida.

Para otros autores, el fundamento de todas las disciplinas y, por tanto, del derecho de castigar, reside en cierta noción de lo justo, lo bueno y lo bello; y esta noción es no sólo el fundamento de la ética, sino de las normas de la jurisprudencia, ya que sin ella se-

ría vana e irrisoria toda discusión sobre ese fundamento. Esta idea o noción es dada al hombre por Dios y exige que el bien reciba bien y el mal reciba mal. En esto reside el fundamento del derecho de castigar.

Otros sostenían que el derecho de castigar por parte del Estado, considerado como una persona moral, deriva de las injurias que recibe. Este derecho concede al estado el de castigar a los hombres malos.

Hay filósofos que racionaban del siguiente modo: el hombre que conscientemente hace resistencia a la ley, no puede ser incluido en el número de los que gozan de las prerrogativas del derecho; aquel que delinque por culpa, no puede formar parte del número de los que cumplen las disposiciones legales. Por esto decían, es que los individuos capaces de derecho, deben ser capaces de pena. Cada lesión del derecho, atenta contra las reglas que norman el estado; y el agente de la transgresión debe ser proscrito. Mas, como las razones políticas que existen para efectuar esa exclusión, no pueden ser impuestas fácilmente, deben sustituirse por una institución jurídica, esto es, por la pena.

Algunos filósofos buscaron el fundamento del derecho de castigar en el derecho natural, alegando que el hombre tenía sus derechos y correlativamente a ellos el deber de defenderlos. Todos los ciudadanos debían estar obligados a respetar tales derechos; y el hombre puede y tiene obligación de protegerlos contra aquellos que los violan: de allí nace el derecho de castigar.

Filósofos hay también que pretenden derivar el derecho de castigar del principio de la prevención, que según ellos se debe aplicar a los individuos que ponen en peligro la seguridad del derecho. Tal prevención es legítima porque es necesario conservar el estado de justicia, contra el que comete un delito. Es esto lo que justifica la pena.

(Continuará)