

A comienzos del Siglo XX, junto a los principios de la Escuela Clásica y de la Escuela Positiva, nació una corriente de mediación, denominada justamente "Tercera Escuela", que buscaba conciliar los principios de la una y de la otra. Particularmente, reconocía la importancia de la antropología, psicología y sociología como ciencias auxiliares del Derecho Penal, pero se plegaba a los principios del lusnaturalismo llevando nuevamente al Derecho Penal a las vías del racionalismo.

Arturo Rocco, representó mas tarde una tendencia ulterior: **la tendencia técnico jurídica de la escuela histórica**, y retornó al **concepto que el objeto de la ciencia penalística debe ser el derecho positivo** porque, la Escuela Clásica, olvidaba las enseñanzas de la Histórica y había estudiado un derecho absoluto, inmutable y universal. El código italiano de 1930 representó la mediación entre la tendencia técnico jurídica de Rocco y la Tercera Escuela que, a su vez, mediaba entre la Escuela Clásica y la Escuela Positiva. Se trata de un código que, aún modificándose con importantes novedades en el curso de tres cuartos de siglo, quedó inmutado en la estructura, como podremos ver mejor examinándolo en particular. La característica mas significativa del código Rocco fue la del reparto entre penas y medidas de seguridad administrativas (siempre en manos del Juez); reparto en el cual las penas tenían naturaleza de represión y solo, sucesivamente, reeducativas; a las que las segundas se agregaban como suerte de pena accesoria que tenía que servir para combatir la peligrosidad del individuo y la tutela de la comunidad. Tal naturaleza se concretaba en la **indeterminación de las medidas de seguridad en contraste con la determinación de las penas**. Las ideas en las que se han inspirado las importantes novedades introducidas por las reformas, se debieron a las Escuelas de la Defensa Social, que adquirieron un amplio espacio a través de las reformas significativas como la del ordenamiento penitenciario.

1. La Escuela Clásica

La teoría mas antigua, que por largo tiempo ha dominado y aún hoy tiene numerosos sostenedores, es la de la Escuela Clásica. Esta escuela nace en pleno Iluminismo como reacción a la situación política, social y jurídica en la que se hallaba Europa, y en la batalla contra el sistema penal entonces vigente (caracterizado por el uso de la tortura y la ferocidad de las penas) encuentra las propias razones de existencia. Esta doctrina, que hace suya una concepción metafísica del derecho, pone como fundamento del derecho penal los siguientes principios:

- a. a) el delincuente es un hombre igual a todos los otros;
- b. b) la condición y la medida de las penas están dadas por el grado de libre albedrío;
- c. c) la pena tiene funciones ético retributivas del mal perpetrado, por eso debe ser absolutamente proporcional al delito, afflictiva, personal, determinada y inderogable.

En lo que respecta mas específicamente a la cuestión que nos interesa, **la Escuela Clásica funda la imputabilidad en el libre albedrío**, o sea en la facultad de autodeterminarse según una libre y total elección de la propia voluntad. Según esta tendencia, la pena en cuanto a castigo por el mal cometido, tiene sentido si el

hombre ha elegido voluntariamente y conscientemente la violación de la norma, aún teniendo la posibilidad de elegir su observancia. “El delito es violación conciente y voluntaria” del mandato penal; pero para que la voluntad sea culpable, el autor del delito, puesto ante la alternativa entre el bien y el mal, debe tener “la concreta capacidad de entender el valor ético social de las propias acciones y de determinarse libremente a las mismas, sustrayéndose a la influencia de factores internos y externos.

De esto deriva que individuos afectados por anormalidades psíquicas o inmaduros, no siendo libres por estar privados de esta libertad de elección entre el bien y el mal, no pueden ser repudiados por el mal cometido y, por lo tanto, no pueden ser castigados. Además, se agrega que en el caso de una libertad no del todo ausente, pero limitada, la pena tendrá que ser disminuida.

2. La Escuela Positiva

En lo que respecta a la Escuela Positiva, que se desarrolló en el Siglo XIX, tres son los factores considerados determinantes para el nacimiento de tal tendencia criminológica. El primer factor está relacionado con la consolidación del método de investigación inductivo experimental. El segundo factor debe ser buscado en la necesidad de “reaccionar contra el debilitamiento de la defensa social para restablecer un equilibrio de garantías individuales y garantías sociales en el campo de la justicia penal”. Como hemos dicho, la Escuela Clásica se impuso para revindicar y proteger los derechos individuales contra los abusos y excesos de la autoridad en la administración de la justicia penal. Y bajo la influencia de tal teoría, la defensa social había sido inevitablemente descuidada, de manera que, comenta Frosali, “para los sujetos moralmente no imputables, abandonados por la justicia penal aún si cometían hechos delictivos, no existían fuera de ella medidas suficientes para la defensa de la sociedad”. El tercer factor que contribuyó a dar origen a la nueva tendencia fue la ineficacia del entonces vigente sistema penal para la disminución del crimen.

Para la Escuela Positiva, el principio fundamental en base al cual se tenían que explicar todos los fenómenos, físicos y psíquicos, individuales y sociales, era el principio de causalidad. Y sobre la base de tal premisa, para los positivistas el delito es el producto, no de una elección libre y responsable del sujeto, sino de un triple orden de causas: antropológicas, físicas y sociales. Mientras la Escuela Clásica considera al delito como ente jurídico abstracto separado del agente, para la concepción positivista el delito es un fenómeno natural y social, un hecho humano individual, índice revelador de una personalidad socialmente peligrosa. He aquí que la atención del derecho Penal se aparte del hecho criminal en abstracto, a la personalidad del delincuente en concreto; de la culpabilidad por el hecho a la peligrosidad social del autor “entendida como probabilidad de que el sujeto, por ciertas causas, se halle impulsado a cometer hechos criminales”. Y he aquí que el principio de responsabilidad individual es sustituido por el principio de responsabilidad social.

Sobre la base de tales premisas, no tiene mas sentido castigar con la pena al reo, “porque se halla fatalmente impulsado por fuerzas que actúan dentro y fuera de él”, y

la finalidad de las medidas represivas tiene que ser la defensa social, por lo que aquellos que delinquen tienen que ser sometidos a medidas de seguridad destinadas a prevenir ulteriores manifestaciones criminales mediante su separación de la sociedad y, cuando sea posible, su reinserción en la vida social. Por lo tanto, tales medidas no deben ser proporcionales a la gravedad del hecho, mas a la peligrosidad del reo y, en su aplicación, tienen que variar de forma para adaptarse a las diversas tipologías psíquicas del delincuente; tienen que ser indeterminadas en su duración y derogables con el cese de la peligrosidad, dado que también los hechos psíquicos son sometidos al principio de causalidad (determinismo psíquico), y el libre albedrío (considerado una ilusión psicológica) no tiene mas sentido.

A partir de estas premisas, la Escuela Positiva llega inevitablemente a negar la misma categoría de la imputabilidad y la distinción entre sujetos imputables y no imputables. En efecto, si como se ha dicho, la sanción penal sirve solo como instrumento para impedir la comisión de crímenes, no hay motivo para excluir de su aplicación a los autores de reato enfermos mentales.

3. La Tercera Escuela, la Nueva defensa social y las teorías de la normalidad, de la identidad personal y de la intimidabilidad

Entre los primeros efectos del nacimiento de esta nueva tendencia y de la consiguiente polémica con los representantes de la Escuela Clásica, sin duda existe la proliferación de una serie de doctrinas intermedias que, por un lado, mantenían algunos de los viejos principios y, por el otro, acogían posiciones propias de los positivistas.

Entre estas corrientes criminológicas se debe destacar la Tercera Escuela que buscó la primera mediación entre las posiciones propias de las anteriores dos escuelas. De este tentativo nació el sistema de la “Doble Vía”, “fundado en el dualismo de la responsabilidad individual – pena retributiva y de la responsabilidad social – medida de seguridad”. En lo que respecta al fundamento del derecho de castigar, esta tendencia rechaza el principio positivista de la responsabilidad social, y se acerca al concepto clásico concentrando el derecho penal sobre la responsabilidad del hecho cometido con voluntad culpable, y sobre la imputabilidad; pero fundamenta esta última, ya no en el postulado del libre albedrío, sino en los conceptos de salud mental y de normalidad (principio del “determinismo psicológico”). Para este principio, el hombre se halla determinado por el motivo conciente mas fuerte. Alimena observa al respecto que:

... si ante la misma ofensa, uno mata y otros no, esto sucede porque uno quiere matar y el otro no quiere: y hasta aquí, el acuerdo entre los liberistas y los deterministas es perfecto. Pero: ¿Por qué uno quiere matar y el otro no quiere?

Porque en ese momento, en uno la idea homicida constituye el motivo mayor, y en el otro no, y quizás ni siquiera la ha pensado.

Según Mantovani, el movimiento que ha realizado mayor esfuerzo de síntesis es el de la Nueva Defensa Social, movimiento de pensamiento que “no suprime la noción de responsabilidad, no niega la libertad del hombre ni rechaza la posibilidad del castigo. Pero funda la política criminal de la defensa social en la responsabilidad individual, cuya realidad existencial es asumida como el resorte y el motor esencial del proceso de resocialización, y vuelve a ser la justificación profunda de la justicia penal.

Intentando evitar disputas filosóficas y psicológicas, muchos criminalistas han buscado fundar la imputabilidad sobre diversas bases, empíricas, dando así origen a nuevas teorías. Se sostiene que la ciencia del derecho penal pueda llegar a conclusiones en materia de imputabilidad, prescindiendo de cual sea la solución teórica a dar al problema filosófico del libre albedrío.

Según Antolisei, las principales teorías que han intentado salir de la antinomia entre libertad y causalidad, son aquellas de la normalidad, de la identidad personal y de la intimidabilidad.

La teoría de la normalidad concibe a la imputabilidad como normal facultad de determinarse, por lo que imputable sería solo quien reacciona normalmente, o sea el hombre sano y maduro; por lo tanto, si falta la normalidad, falta la razón misma del castigo. Esta teoría ha sido sostenida especialmente por Von Liszt y, más recientemente, por Nuvolone, que distingue el concepto de normalidad para el derecho penal de aquel propio de la psicología y la psiquiatría. Si, según la psicología, no existe un límite preciso entre normalidad y anormalidad, para el derecho es necesario fijar ese límite, más allá del cual, comienza la locura. Esto no quiere decir que los sujetos considerados capaces por el derecho penal sean necesariamente normales para otras ciencias. La normalidad, para el derecho penal, es la facultad de entender los objetos de la percepción con una mente no viciada por la enfermedad y con un nivel de madurez correspondiente a la media de desarrollo característico de la edad, junto a la facultad de adecuarse a tal representación.

A esta teoría le es objetado que el concepto mismo de normalidad sobre la que se basa es demasiado evanescente, sobre todo si se tiene en cuenta que la misma psicología excluye que pueda ser determinado con exactitud. Pero otro aspecto deja más perplejos: siguiendo tal teoría, quedarían exentos de pena una serie de delincuentes, como aquellos habituales y profesionales, que a menudo presentan anormalidades psíquicas.

Para la teoría de la identidad personal (Tarde, Sabatini), en cambio, la imputabilidad consistiría en la pertenencia del acto al autor, por lo que el autor del hecho sería imputable cuando la conducta se halla conforme a su personalidad, mientras que no sería imputable “cuando disminuye en el sujeto el poder de manifestarse según el propio Yo”, como sucede en el caso de ciertas anormalidades psíquicas.

Más allá de las posibles críticas, se sostiene al menos opinable el considerar la acción del enfermo mental no correspondiente a su personalidad.

Según la teoría de la intimidabilidad (Impallomeni, Vannini, Alimena), la imputabilidad consiste en la capacidad de ser intimidados por la amenaza de la sanción; por lo que quien no es “compos sui”, como los enfermos mentales, no puede ser sometido a pena porque no estaría en grado de sentir y sufrir la coacción psicológica.

Pero tal tesis no se halla confirmada por la realidad, visto que los niños y los enfermos de mente, dentro de ciertos límites, pueden sufrir la eficacia intimidadora

de los castigos. Mientras que no se puede ciertamente decir que todos los hombres sufran la intimidación de la pena.

Por otra parte, estas últimas tres teorías, si bien son manifiestamente diversas entre si, aparecen de todos modos mancomunadas por una característica recurrente en cada una: ellas parecen confundir el problema del fundamento de la imputabilidad con el de los criterios para determinar quien es imputable y quien no lo es. Por lo tanto, aún no reconociendo explícitamente fundarse en el concepto de libertad de querer, muestran de todas formas de presuponerlo. En efecto, sus distinciones entre imputable (normal o susceptible de intimidación) y no imputable (anormal o no susceptible de intimidación), presuponen que el sujeto pueda actuar de modo diferente respecto a como ha actuado.