

## CAPITULO III

### TEORÍA POSITIVA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

- I. 42. Postulado de la escuela clásica, desmentido por la fisiopsicología positiva, y en todo caso discutible en teoría y peligroso en la práctica.—43. Negación del libre albedrío. 3  
44. Transacciones eclécticas acerca de la libertad moral...
- II. 45. El problema de la justicia penal con la negación del libre albedrío.—46. Dos órdenes de hechos conducen a la solución: A. La reacción defensiva natural y su evolución en el tiempo.—B. Las formas presentes de la reacción defensiva (sanción).—1.º 47. Reacción defensiva natural de todo ser viviente y fases de la reacción defensiva humana y de sus órganos de ejecución.—48. El carácter ético de justicia retributiva eliminado de la función defensiva.—49. Independencia de esta función de todo criterio de libertad o de falta moral..... 26
- III. 50. Objeciones.—51. La pena (posterior al hecho) no es una defensa (anterior al hecho).—52. La defensa social no es la defensa jurídica. Génesis positiva del derecho bajo su aspecto individual y social.—53. Defensa social y defensa de clase en la justicia penal: criminalidad *alábrica* y criminalidad *evolutiva*..... 43

## CAPÍTULO III

### TEORÍA POSITIVA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL.

- I.—Postulado de la Escuela clásica, desmentido por la fisio-psicología positiva, y en todo caso discutible en teoría y peligroso en la práctica.—Negación del libre albedrío.—Transacciones eclécticas acerca de la libertad moral.
- II.—El problema de la justicia penal con la negación del libre albedrío.—Dos órdenes de hecho conducen a la solución: *A.* La reacción defensiva natural y su evolución en el tiempo.—*B.* Las formas presentes de la reacción defensiva (sanción).
- 1.º Reacción defensiva natural de todo ser viviente y fases de la reacción defensiva humana y de sus órganos de ejecución.—El carácter ético de justicia retributiva eliminado de la función defensiva.—Independencia de esta función de todo criterio de libertad o de falta moral.
- III.—Objeciones.—La pena (posterior al hecho) no es una defensa (anterior al hecho).—La defensa social no es la defensa jurídica. Génesis positiva del derecho bajo su aspecto individual y social.—Defensa social y defensa de clase en la justicia penal. Criminalidad *atávica* y criminalidad *evolutiva*.
- IV.—2.º Formas presentes de la reacción defensiva. Teoría de la sanción natural (sanción física, biológica y social).—Responsabilidad social en lugar de responsabilidad moral.—El hombre siempre es responsable de sus actos, solamente porque y en tanto que vive en sociedad.
- V.—Teorías eclécticas de la responsabilidad.—Libertad relativa de la voluntad (por libertad limitada, libertad ideal, libertad práctica, motivo de contradicción, factor personal).—Libertad de la inteligencia.—Voluntariedad (art. 45 del Código penal).—Intimidabilidad.—Normalidad. Identidad personal y semejanza social.—Estado de criminalidad.—Conclusión.
- VI.—Dos problemas finales: *A.* Formas de la sanción penal.—*B.* Criterios de la sanción social.
- 1.º Medios preventivos, reparadores, represivos y eliminatorios.
- VII.—2.º Condiciones del *acto*, del *agente* y de la *sociedad*. El derecho violado, los motivos determinantes y la categoría antropológica del delincuente. Ejemplo práctico.—Tentativa y complicidad.—El bizantinismo clásico y la justicia según los positivistas.

La consecuencia más radical y por lo tanto la más impugnada, aun por aquellos que son extraños a los estudios sobre penalidad, que nos han aportado los nuevos datos de la antropología y de la estadística sobre los delitos y los que los cometen, ha sido y es ciertamente la manera nueva de plantear y resolver el problema principal de la responsabilidad.

Los resultados técnicos de la biología y de la sociología criminal, las proposiciones de reformas prácticas en los sistemas de procedimiento y de represión, pueden ser y son admitidos, en todo o en parte, por aquellos mismos que no siguen el método y las inducciones de la escuela positiva.

Pero la protesta de los enemigos de toda innovación contra la escuela positiva se ha manifestado y persiste con evidencia igual, ya en la intransigencia del purismo clásico llevada hasta el extremo, ya en los mil acomodamientos del eclecticismo académico, sobre todo cuando se trata de los criterios y bases de la responsabilidad penal (1). Esto se debe a que tal problema excede necesariamente de los límites técnicos de la criminología para poner a prueba y quebrantar el conjunto entero de los hábitos mentales y sentimentales que constituyen el dogma social de la responsabilidad humana, aun fuera del dominio penal, y para modificar las ideas y las normas de mérito y de demérito, de recompensa y de castigo, de vicio y de virtud, en todas las manifestaciones de la vida civil, en el campo moral como en el económico, en la familia, en la escuela y en la vida social.

Aquí principalmente se confirma el hecho que yo he señalado en mi introducción, de que esta nueva posición de la ciencia de los delitos y de las penas depende íntimamente de la renovación más general que la segunda mitad del siglo XIX ha visto producirse en las ideas filosóficas por efecto del método experimental.

(1) Se encuentra un ejemplo reciente y notable en el libro de Saleilles, *L'individualisation de la peine*, París, 1898, el cual acepta las proposiciones prácticas de la escuela criminal positiva, pero sin el valor científico necesario para abandonar los principios metafísicos sobre la responsabilidad humana.

## I

42.—El razonamiento habitual por virtud del que el sentido común, la filosofía tradicional, y con ellos la ciencia criminal clásica, justifican el derecho de castigar al hombre por los actos reprobables que ha cometido, es como sigue:—El hombre posee el libre albedrío, la libertad moral: él puede querer el bien o el mal, y en consecuencia, si escoge el mal es responsable de su elección y debe ser castigado por ella. Y según es o no libre, o que lo es más o menos en esta elección que hace del mal, es también más o menos responsable y punible.

La escuela criminal positiva no acepta este raciocinio unánime de los juristas, por dos razones. Es la primera, que la fisio-psicología positiva ha anulado completamente la creencia en el libre albedrío o libertad moral, respecto de la cual prueba que debemos ver una pura ilusión de la observación psicológica subjetiva. La segunda, es que aun aceptando este criterio de la responsabilidad individual, se encuentran, cuando se quiere aplicar a cada caso particular, dificultades teóricas y prácticas inaccesibles, y se deja el campo libre a una multitud de subterfugios, como consecuencia de falsas deducciones sacadas de los nuevos e incontestables datos que suministra el estudio del hombre criminal.

43.—Afirmar el libre albedrío o la libertad normal (y nuestros adversarios, creando más fácilmente el equívoco con esta palabra elástica e indefinida de «libertad», no dicen nunca libre albedrío, aun cuando ambos términos son perfectamente sinónimos), es decir, en último término, que frente a la presión incesante y multiforme del medio exterior y del conflicto de los diversos móviles interiores, corresponde siempre exclusivamente a la libertad del individuo decidir en última instancia entre dos posibilidades opuestas.

Ahora bien, que tal sea el testimonio más rápido y espontáneo del sentido íntimo, nadie lo niega, aun cuando todos los días aumenta el número de los que tienen conciencia de la inexis-

tencia del libre albedrío (1). Pero para aquellos que crean en él, nada prueba que esta convicción del sentido íntimo corresponda verdaderamente a la realidad positiva o sea su representación adecuada. Se demuestra al contrario, inmediatamente, que esta conciencia que tenemos *de ser libres de querer una cosa mejor que otra* es una pura ilusión originada en que nos falta la conciencia de los antecedentes inmediatos, ora fisiológicos o psíquicos, de la deliberación que precede a la voluntad.

Y a la demostración negativa que descubre la génesis de esta ilusión natural, y por lo tanto universal y difícil de vencer, la fisiopsicología científica, que a la simple observación interna o sugestiva une la observación externa por vía de pruebas y contrapruebas, agrega una demostración positiva, haciendo conocer el proceso natural según el que se desenvuelve todo acto voluntario del hombre. Considerando, en efecto y no nos es dado hacerlo de otro modo, la actividad voluntaria del hombre como la forma más elevada y compleja de la actividad animal en general, reconoceremos con evidencia, que desde el término de comparación más humilde, es decir, desde una simple reacción de irritabilidad en la forma animal más elemental, entre los protistas, por ejemplo, hasta el extremo más elevado o sea hasta la acción deliberada de un ser humano, se pasa por una serie continua de matices y de grados que no deja espacio a un privilegio único de la humanidad, a la intervención de una potestad de libertad moral, que sería en el orden entero de la actividad universal, una milagrosa excepción (2). Así, con toda exactitud, del resplandor de la inteligencia más débil y menos perceptible en el animal de mayor sim-

(1) Tales fueron las declaraciones de Moleschott, proclamadas en el primer Congreso Internacional de Antropología criminal, *Actes*, etc., Roma, 1886, p. 320.

(2) Verworn, *Psycho-physiologischen Protisten-Studien*, Jena, 1889; Binet, *La vie psychique des micro-organismes*, en el libro *Le fétichisme dans l'amour*, París, 1891; Schneider, *Der thierische Wille*, Leipzig, 1880; ídem, *Der menschliche Wille*, Berlín, 1882; Sirkoswski, *Développement de la volonté chez l'enfant*, en la *Revue phil.*, Mayo 1885; Marion, *Les mouvements de l'enfant; premier progrès de la volonté*, en la *Revue scientifique*, Junio 1890; Baldwin, *Le développement mental chez l'enfant et dans la race*, París, 1897, págs. 339 y siguientes.—Y lo mismo las obras de psicología infantil de Pérez, Preyer, etc.

plicidad, se llega, por una serie continua de matices y de grados, a las más altas manifestaciones del genio humano.

El proceso fisio-patológico de toda acción individual puede, pues, reducirse al siguiente esquema: 1.º Una fase física, fuera del centro nervioso, que puede tener su punto de partida independiente del individuo, en el mundo exterior o en su propio cuerpo: por ejemplo, una vibración del aire y del éter que llega a tocar la periferia del cuerpo, o un movimiento que se produce en el cuerpo mismo, sea en el estómago, en el hígado o en otra parte. 2.º Una fase fisiológica doble, es decir, en principio una vibración centripeta en la sustancia del nervio cuya extremidad periférica ha sido alcanzada por el movimiento físico y que propaga hasta el centro nervioso la vibración determinada por este movimiento; e inmediatamente un movimiento centrifugo que sigue este mismo nervio en sentido inverso y propaga la vibración del centro a la periferia. 3.º Nueva fase física, que es el movimiento muscular, mecánico, la acción exterior, efecto de la corriente nerviosa centrifuga.

Un hombre me dirige la palabra: de aquí resulta un movimiento exterior del aire, una corriente nerviosa centripeta del oído al cerebro, otra corriente nerviosa centrifuga del cerebro al brazo y un movimiento del brazo mismo (1).

(1) A propósito de este proceso fisio-psicológico de todo acto humano, se conoce la teoría de las "ideas-fuerzas", desarrollada por Fouillée en *L'évolutionnisme des idées-forces*, París, 1890. Pero entonces, o bien se entiende por esta teoría lo que largo tiempo antes Ardigó en su *Psicología como ciencia positiva*, 1870, llamaba "la impulsión psico-fisiológica de las ideas", y en ese caso sólo se trata de una transformación de fuerzas por la cual el movimiento físico determinando la sensación se convierte en movimiento muscular iniciado por el sistema nervioso; o bien, como en la teoría de Fouillée, se agrega a este dato positivo e innegable un principio metafísico, y entonces la teoría viene a ser obra de imaginación, una transacción ecléctica usual entre el espiritualismo de antaño y la psicología positiva de hoy (véase Tarozzi, *L'evoluzionismo monistico e le idee-forze secondo Fouillée*, en la *Rev. filos. scientif.*, Diciembre 1890).

En efecto, al tratar el problema del libre albedrío y abordar la discusión entre los partidarios de la libertad y los deterministas, Fouillée (*La liberté et le déterminisme*, segunda edición, París, 1884, libro II), como Siciliani en *Le questioni contemporanee e la libertà morale nell'ordine giuridico*, Bolonia, 1889 (reimpresión de *Socialismo e Darwinismo*, Bolonia, 1879), y como todos los eclécticos en general, concluía que la libertad no existe, sin duda, como potestad arbitraria de la voluntad, pero que existe, sin embargo, como *idea-fuerza* que tiende a su propia reali-

Pues bien, este proceso evolutivo fundamental puede tener dos modalidades: o en el momento en que la corriente nerviosa centripeta llega al cerebro, estamos advertidos de ello, y entonces se convierte en consciente, y pasa, como dice Sergi, a la fase psíquica (1), y se manifiesta en la sensación, en el sentimiento, en la idea, en el esfuerzo voluntario; o no alcanza esta manifestación psíquica, y entonces queda en el dominio de lo inconsciente, como simple acto reflejo. En este último caso, que es el más simple, el proceso evolutivo está, como acabo de decir, compuesto de tres fases, de las cuales una es doble; en el caso contrario de la manifestación consciente, se tiene además una fase física que divide en dos la fase fisiológica doble, y entonces se producen estos cinco estados del fenómeno complejo: movimiento físico externo, al comienzo—corriente fisiológica centripeta—manifestación psíquica—corriente fisiológica centrifuga—y por último, movimiento físico externo.

Si este proceso no llega hasta la fase psíquica, queda en el estado de simple acto, reflejo inconsciente e involuntario, en el que no entra la idea del libre arbitrio; si en cambio alcanza la manifestación psíquica y llega a ser acto consciente o voluntario, entonces se produce en la conciencia, como consecuencia de la ilusión indicada anteriormente, el sentimiento de la libertad volitiva durante la fase psíquica, sobre todo en los casos especiales de deliberación no instantánea y, por lo tanto, más claramente percibida.

zación, y que, por lo tanto, "el hombre no es libre, pero llega a serlo". Juego de palabras, pensamientos mágicos con los que pueden contentarse aquéllos (y hay muchos de ellos) que retroceden todavía en filosofía ante las soluciones precisas y radicales, pero que no contienen nada de fecundo.

Que la idea de su propia libertad moral o volitiva ejerce, como toda otra idea, por ejemplo, la de su propia inteligencia, su energía, su fortuna, etc., una acción realmente eficaz sobre la conducta de los hombres, como uno de los motivos que les determinan por auto-sugestión, esto es incontestable; y de otra parte, la idea de su no libertad volitiva o del determinismo fisis-psicológico ejerce a su vez una acción que no es, dígame lo que se quiera, ni maléfica ni enervante. Pero que esta idea, nacida de la ilusión psicológica explicada más arriba, tenga realmente algo de común con la independencia de la voluntad humana frente a las causas que la determinan (y en esto solamente consistiría el libre albedrío o la libertad), esto es inadmisibile.

(1) Sergi, *Sulla natura dei fenomeni psichici*, en el *Archiv. ital. di antropologia*, Florencia, X, 1; Marillier, *Les phénomènes moteurs et la volonté*, en la *Revue scientif.*, 29 Marzo 1890.

Pero esta suposición de libertad contraría dos leyes universales que la hacen completamente inaceptable. Es fácil, en efecto, ver en este ciclo evolutivo de un movimiento físico inicial que se convierte en fisiológico, y después de nuevo en un movimiento físico final, un ejemplo más, entre tantos otros, de la ley universal de transformación de las fuerzas que, gracias sobre todo a Meyer (1842) y a Holmholtz (1862), constituye ciertamente en filosofía natural el descubrimiento más grande del siglo XIX (1). Pero puesto que esta ley, correlativa a la de Lavoisier sobre la conservación de la materia, no puede concebirse más que si se admite que en toda la serie de fenómenos, nada se crea ni nada se pierde, que se trata siempre de una misma cantidad de fuerza que toma aspectos diversos, resulta de aquí que la hipótesis del libre arbitrio, es decir, de una facultad volitiva que, entre una de estas transformaciones y las otras podría suprimir o añadir alguna cosa, ya impidiendo las manifestaciones ulteriores de la actividad individual, ya alterando la energía o la dirección de esta actividad, constituiría una verdadera creación o destrucción de fuerzas que no puede concebirse (2).

Otra ley universal, que es la base misma de nuestro pensamiento y que ha recibido de los progresos científicos tanta

(1) Spencer, *Les premiers principes*, París, F. Alcán, 1871, pág. 226; Balfour, Stewart, *La conservation de l'énergie*, quinta edición, París, F. Alcán, 1887.

(2) Algunos, como Saint-Venant, Boussinesq, Delboeuf (y más recientemente Couailnac, *La liberté et la conservation de l'énergie*, París, 1898) han intentado conciliar el libre albedrío con la conservación de la fuerza; pero Fonsegrive mismo (*Libre arbitre*, París, F. Alcán, 1887, página 298) reconocía con Grocler y Fouillée que la conciliación es imposible, a menos que se tenga el valor de aceptar la consecuencia lógica que sería "la contingencia de las leyes de la Naturaleza"; que es precisamente lo que ha sostenido, con los antiguos escolásticos, Boutroux, *De la contingence des lois de la nature*, París, 1874; véase también Fouillée, *La réaction contre la science; la philosophie de la contingence*, en la *Rev. philos.*, Enero 1894; Dauriac, *Pour la philosophie de la contingence* (réplica al precedente, en los *Année philosophique pour 1895*, París, 1896, pág. 77; Pillon, *Les lois de la nature*, en la *Rev. philos.*, Enero 1897.

Todo el pensamiento científico moderno se ha declarado por el contrario, por la necesidad de las leyes de la Naturaleza: a la ley universal de la conservación de la fuerza y de la materia se agrega la de la conservación de la vida, según la cual la cantidad absoluta de protoplasma viviente en el universo es invariable. Preyer, *La conservation de la vie*.



fuerza como precisión, se opone absolutamente a la hipótesis de una voluntad libre en la elección entre dos soluciones contrarias: la ley de la causalidad natural. En virtud de esta ley, siendo todo efecto la consecuencia necesaria, proporcional e inevitable, del conjunto de causas que le producen, es decir, de los precedentes mediatos e inmediatos, no puede concebirse una facultad que pudiera en cambio realizar un efecto diferente de aquel que resulta naturalmente de sus propias causas.

Y a estas demostraciones generales de la imposibilidad o inconcebibilidad del libre albedrío o de una voluntad moral o volitiva se unen las confirmaciones de hecho más positivas y mejor fundadas en la experiencia.

La fisiología y la psico-patología (1) concurren en efecto, a mostrarnos que la voluntad humana está completamente sometida a las influencias naturales, no sólo de orden moral o psicológico, sino también de orden puramente físico, bien lejos de dominarlas de una manera más o menos absoluta: la estadística, por su parte, nos revela que las voluntades individuales, tomadas colectivamente, obedecen a las influencias exteriores del medio físico y social (2).

Todo hombre tiene su personalidad propia, física y psíquica (temperamento y carácter) que está esencialmente determinada por la herencia fisio-psíquica y que después se desarrolla y modifica según el medio; pero, principalmente en lo que hace relación a la vida afectiva, ella persiste como determinante más o menos consciente, aunque inexorable y constante, de la conducta individual: es decir, que «*el hombre se produce como siente y no como piensa*».

Así como existen, por una constitución particular y original de los centros nerviosos, hombres de una gran inteligencia y otros cuya potencia intelectual es muy débil, hay hombres dotados de una gran fuerza de voluntad, o lo que es igual, de una gran energía de reacción activa, y otros cuya voluntad y

(1) Maudsley, *La physiologie de l'esprit*, París, 1879; Herzen, *La physiologie de la volonté*, París, 1874; Ribot, *Les maladies de la volonté*, París, 1888.

(2) Buckle, *Histoire de la civilisation en Angleterre*, París, 1865; Wagner, *Die Gesetzmässigkeit in den scheinbar willkürlichen menschlichen Handlungen*, Hamburgo, 1864.

actividad son débiles, intermitentes o inestables. Además, un mismo individuo no sólo ve desarrollarse las fuerzas de su voluntad al propio tiempo que las de su cuerpo, así como se produce con respecto a cualquier otra función orgánica, sino que en ocasiones diferentes, por consecuencia de influencias externas o internas, llega a experimentar desfallecimientos de su voluntad completamente invencibles o recrudescencias de energía y de prontitud volitiva. Una temperatura elevada, un viento siroco, un agotamiento nervioso como resultado de un exceso de trabajo, un periodo de digestión laboriosa, y bastantes otras causas accidentales, tienen sobre la energía de nuestra voluntad y hasta sobre nuestros sentimientos un poder que todos nosotros hemos comprobado por experiencia. Todo el mundo sabe que la salud, y más aún una excelente digestión, hacen al hombre benévolo y más generoso, de tal suerte que la miseria (hambre crónica) es verdaderamente una gran causa de degeneración física y moral.

Puede modificarse artificialmente, en bueno o mal sentido, la voluntad de un hombre por una alimentación especial. El café y el té excitan la producción de las ideas; el alcohol a dosis pequeñas excita la voluntad, en tanto que si es tomado en dosis frecuentes y excesivas conduce a una degeneración orgánica seguida de debilitación de las funciones psíquicas, inteligencia y voluntad. Otro tanto puede decirse de la acción característica de ciertos venenos, narcóticos, etc.

Añadamos, en fin, los datos recientes y tan elocuentes del hipnotismo, que permite provocar experimentalmente una especie de vivisección psicológica; tan bien que no puede negarse que la voluntad humana depende absolutamente y de continuo de las condiciones orgánicas y en consecuencia psíquicas del individuo (1).

Ahora bien, si esta dependencia de la voluntad en razón al estado especial, congénito o adquirido, permanente o transitorio del organismo, se admite, toda vez que no podría negarse en estos casos evidentes, ¿con qué derecho se la negaría des-

(1) Morselli, *Il magnetismo animale e gli stati ipnotici*, Turín, 1886, dice precisamente (pág. 189) que "el hipnotismo ha acabado por destruir todo prejuicio sobre el libre albedrío".

pués en todas las demás circunstancias en que ella aparece con menos claridad? Porque una cosa sea menos evidente ¿se puede seguir que ella exista menos?

Hay bastantes otros casos que aquellos que acabamos de indicar en el dominio fisiológico. Ribot, después de haber estudiado las enfermedades de la memoria y de la personalidad, ha recogido y coordinado muchas observaciones de hecho para demostrar las enfermedades de la voluntad; ha observado la debilitación de la misma, resultante de un defecto o de un exceso de impulsibilidad, sus anomalías y hasta su anulación, que depende, como toda otra enfermedad mental, de las condiciones patológicas del organismo.

La filosofía tradicional, por el único medio de una observación introspectiva errónea, ha extendido la idea de que el espíritu humano se divide en varias facultades, memoria, inteligencia, voluntad, etc., cada una de las cuales, como verdadera entidad que subsiste por sí, tendría por misión producir en cada momento, por su naturaleza íntima, cada uno de nuestros recuerdos, ideas y deliberaciones volitivas. Por esta razón se oye decir que la «voluntad» interviene para decidir entre dos series de motivos contrarios.

Si pedimos a la psicología positiva una noción menos fantástica y menos cándida de las facultades mentales, nos responderá por los hechos, que estas llamadas facultades no son otra cosa que síntesis, obras de nuestro espíritu, que no responden a ninguna entidad real. Así como el color rojo es la síntesis subjetiva de todas las diferentes tintas rojas que hemos visto, reunidas después en lo que tienen de común, sin que haya objetivamente un color rojo que exista por sí mismo, mientras que lo que existe es sólo tal o cual objeto con determinado matiz rojo, así también la memoria y la inteligencia no son más que el resumen subjetivo, abstracto y general, de todos los recuerdos particulares, de todos los pensamientos especiales que hemos tenido, ya como resultado de nuestra propia experiencia, o por herencia recibida de nuestros antepasados. No existe tampoco una memoria, sino actos aislados de memoria, como tampoco hay una inteligencia, sino pensamientos aislados, etc. Del mismo modo también, la voluntad no es otra

cosa que la síntesis abstracta de los actos volitivos que hemos realizado, y por lo tanto, no existe una voluntad, como ser sustancial en sí mismo, que emita de tiempo en tiempo órdenes volitivas (1).

No es esto todo; pues según resulta del proceso fisisicológico de toda acción humana, que yo he recordado más arriba, la deliberación volitiva no es la causa del movimiento; no es más que la conciencia de este movimiento que se ejecuta, no por virtud de la ordenación volitiva, sino únicamente por este proceso de transformación recíproca de las fuerzas físicas y fisisicológicas. Esto equivale a decir, con Ribot: el *yo quiero* comprueba una situación; no la crea (2). Esto es tan verdadero que el movimiento muscular final puede producirse si se sustituye la orden volitiva y la corriente nerviosa centrífuga con una corriente eléctrica lanzada en el mismo nervio eferente.

Ahora bien, dado que existe no una voluntad por sí misma, sino solamente voliciones aisladas y sucesivas; y de otra parte, que toda volición es únicamente la conciencia del proceso fisisicológico que va a terminar (y la diferencia entre un acto voluntario y un acto involuntario está justamente en la presencia o ausencia de esta conciencia), es fácil ver que no podemos concebir la libertad moral o el libre albedrío. Puesto que éste sería una cualidad inseparable de la voluntad humana, desde el momento en que es suprimido el sujeto que subsiste por sí mismo, es decir la voluntad, la cualidad que se le atribuye desaparece al propio tiempo.

Esta manera positiva y científica de considerar la voluntad humana sirve también para refutar el contrasentido que se contiene en el neo-espiritualismo disfrazado de que he hablado en la pág. 71, y que penetró con Grote, pero sin encontrar eco, hasta en el Congreso de psicología fisiológica de París (3).

(1) Sobre las "*théories de la volonté dans la psychologie moderne*", véase Kuelpe, en sus *Philosophische Studien*, V, 2, 1888-89, y Villa, *La psicología contemporánea*, Turín, 1889, págs. 418 y siguientes.

(2) Ribot, *Les maladies de la volonté*, París, F. Alcán, 1883, p. 175.

(3) Grote, *La causalité et la conservation de l'énergie dans le domaine de l'activité physique* (*Congrès. intern. de psych. phys.*, París, 1890, p. 106).

Sus partidarios dicen, en tesis general, que la función crea el órgano, y en nuestro caso especial, que «el delito crea el delincuente» (Tarde, Joly), mientras que la recíproca no es exacta. En efecto, no puede ni siquiera concebirse una voluntad, una fuerza psíquica existente por sí misma, extraña y anterior a todo elemento orgánico; no se concibe, en cambio, más que como resultado y función de un órgano sobre el cual ella reacciona sin duda, porque todo efecto llega a ser a su vez causa, pero sin que por esto se pueda invertir el orden de sucesión. No existen órganos sin función actual, mas tampoco se ha visto aún funciones sin órganos, y esta es una idea que no podemos ni concebir. Se puede decir también que no podemos imaginar un delito sin un delincuente que le cometa; en tanto que es posible, en sentido biológico social, si no jurídico, que un delincuente exista (estando contenidas por circunstancias favorables sus disposiciones personales), sin haber cometido ningún delito. Ciertamente, el delito realizado ejerce una reacción sobre el delincuente, ahogando o atrofiando la repugnancia de hacer mal, sin la cual se llega a ser un delincuente habitual; y se sabe que, por una propiedad del sistema nervioso, la acción ejecutada ya una vez se repite más fácilmente; pero una cosa es decir que un efecto pueda llegar a ser la causa de efectos ulteriores, y otro sostener que el efecto precede y determina la causa.

Si del sujeto aislado pasamos a la masa de los individuos, la estadística viene a confirmar por otras pruebas que no son menos elocuentes, esta dependencia en que se encuentra la actividad voluntaria del hombre en relación a las condiciones del medio físico y social. Primeramente, la grande e incesante influencia de la diferencia de raza, que es para un pueblo lo que el temperamento para el individuo, y que gobierna lo mismo la inteligencia como la voluntad, es una manifestación de esta dependencia; después los resultados suministrados por la estadística demográfica, criminal, etc., que estaban tan desatendidos por los defensores del libre arbitrio, han demostrado que las acciones humanas que se creía más libres moralmente, como los matrimonios, los suicidios, los delitos, las emigraciones, etc., se hallaban, por el contrario,

sometidas a las influencias del medio y variaban con ellas, habiendo dado así el golpe de gracia a la idea de una libertad moral.

Es inútil que yo vuelva aquí sobre la conclusión transaccional que muchos estadísticos han adoptado, y según la cual la regularidad y la necesidad de los actos humanos, reveladas por la estadística, serían ciertas únicamente para la colectividad, y no para los individuos, los cuales conservarían siempre una libertad relativa y limitada, «como el pájaro en la jaula». En el fondo, esta explicación ecléctica implica siempre la extraña consecuencia de que es posible que la suma de muchos individuos «relativamente libres», componga una masa «absolutamente determinada» en su actividad; y encuentro siempre igualmente decisiva la observación por mí hecha, o sea que si la estadística sola no es suficiente para probar la inexistencia del libre albedrío, sirve de una manera incontestable a confirmarla (1). De otra parte esta libertad moral, una vez admitida, haría imposible y absurda toda ciencia psicológica y social, lo mismo que la suposición de un libre albedrío en los átomos de la materia reduciría a la nada toda ciencia física y química.

Por esto la negación del libre albedrío, en lugar de ser, como afirman los espiritualistas, la fuente de todos los males, es fértil en efectos bienhechores en la vida social y moral, puesto que enseña la tolerancia de las ideas, inspira la indulgencia recíproca, y aconseja en la pedagogía y en el arte de gobernar, la higiene moral que previene los malos sentimientos en vez de reprimirlos con rigor cuando han tomado cuerpo; es, por último, la condición inevitable de toda teoría y de toda práctica sociológicas. Todas las leyes jurídicas no tienen, en efecto, otro fundamento posible que la determinación de la voluntad humana por motivos sociales, los únicos de que aquéllas pueden disponer. Además, la acción artificial de las leyes jurídicas sólo puede ser eficaz cuando no está radicalmente en oposición con la plástica y la dinámica más potentes de los móviles que influyen naturalmente en todo hombre.

(1) Ferri, *Teorica dell'imputabilità e negazione del libero arbitrio*, Florencia, 1878 (y en el volumen de *Essais*, Turín, 1900).

No obstante, como yo he examinado en otra parte con mayor detalle este problema del libre albedrío, no es necesario que insista aquí en él más extensamente (1). Sólo era para mí, primero un deber de lealtad y después una necesidad, comenzar por esta negación explícita de la libertad moral y no evitar sobre ello la discusión; porque en el fondo de toda investigación de ciencia social se encuentra siempre este problema que, si se pasa en silencio, produce continuos equívocos y objeciones inadmisibles sobre todo en las indagaciones de derecho criminal, tan íntimamente ligadas con la psicología humana.

44.—Entre tanto, y dejando al tiempo y a la expansión natural de las ideas positivas el cargo de restringir cada vez más la creencia común en el libre albedrío, tenemos que hacer al presente dos observaciones de hecho, que son de alta importancia para la dirección que han de tomar las ciencias criminales.

Ante todo, con sólo admitir que la negación de la libertad moral sea discutible, y que esta cuestión no fuese resuelta de un modo perentorio, ¿cómo podrían la ciencia y la legislación criminales fundar todo el edificio de la reponsabilidad humana sobre una facultad que está tan fuertemente impugnada hasta por los pensadores ortodoxos, y a la que cada día las observaciones de hecho más incontestables proporcionan tan graves negaciones? Vosotros, criminalistas, legisladores o jueces, ¿creéis personalmente en la existencia del libre albedrío, de la libertad moral? Está bien; pero ¿cómo podéis pretender que vuestro derecho criminal tenga la fuerza y la dignidad de una verdadera ciencia, si le dáis un fundamento tan vivamente

(1) *La teoria dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Florencia, 1878 (agotada). Quizá no sea inútil, vistos los artificios polémicos de ciertos adversarios, declarar aquí una vez más, que de este libro, escrito por mí a los veintidós años, sólo sostengo hoy la primera parte sobre la inexistencia del libre arbitrio (que por esta razón he publicado de nuevo en el volumen, *La negazione del libero arbitrio ed altri saggi*, Turín, 1900); pero la segunda parte (*Teoria de la imputabilidad*) no responde ya a mis ideas científicas, que sometidas a la experiencia de las observaciones positivas, se han desarrollado y completado. Esta no era más que la tentativa muy imperfecta de una teoría sobre la cual mi pensamiento no ha sido fielmente reflejado más que en el presente capítulo tercero.

atacado por todas partes? ¿Cómo no véis la necesidad de sustraer a las discusiones filosóficas este derecho criminal y la función social que regula?

Esta excepción prejudicial (que yo había formulado y des-  
envuelto desde 1878) posee una fuerza de evidencia de tal consi-  
deración, que se ha impuesto al legislador italiano, quien al de-  
clarar que quiere seguir las tradiciones de la escuela clásica,  
ha reconocido, sin embargo, que la fórmula de la libertad de  
elección «implica una cuestión demasiado abstracta, con exce-  
so discutida y controvertida para llegar a ser la piedra angu-  
lar de la responsabilidad penal» (1). Pero aún hay más: la mis-  
ma filosofía y la ciencia criminal académica hacen concesio-  
nes, atendiendo a que hasta en la evolución científica *natura  
non facit saltus*.

En efecto, yo he recordado ya (pág. 27) estos eclécticos que  
ahora, en Francia, declaran implícitamente que «tomar el libre  
arbitrio por base de la responsabilidad, es entrar, teórica y  
prácticamente, en una vía sin salida, apoyándose en un ele-  
mento cuya presencia es lo más frecuentemente un misterio  
que escapa a todas las determinaciones y medidas de las que  
siente necesidad la vida» (2).

Pero a pesar de esta declaración que excluye de palabra el  
libre albedrío, el equívoco subsiste; porque si hablan todavía  
de «libertad», es en un sentido vago, y no hacen otra cosa que  
cambiar de lugar «este punto misterioso del ser psíquico en  
que la conciencia nos descubre la unidad individualizada y  
como «integrada» por el *yo* mismo» (3). Lo cual puede ser sufi-

(1) *Relazione ministeriale sul progetto di Codice penale*, Roma, 1887, I, 163.

(2) Moriaud, *La question de la liberté et de la conduite humaine*, París, 1897, pág. 194; Cuche, *De la possibilité pour l'école classique d'organiser la répression pénale en dehors du libre arbitre*, Grenoble, 1897; Saleilles, *L'individualisation de la peine*, París, 1898.

Se ve hasta a un espiritualista encarnizado como Brunetiére (*Revue des Deux Mondes*, 1.º de Noviembre de 1891) sostener, de igual manera que un espiritualista disfrazado como Tarde, que no tendría inconveniente alguno en poner el fundamento de la responsabilidad legal fuera del libre albedrío, lo que le reprochó otro espiritualista rutinario, Proal, *Le crime et la peine*, París, 1894, pág. 30.

(3) Saleilles, *L'individualisation de la peine*, París, F. Alcán, 1898, página 156.



ciente como juego de palabras, pero evidentemente no resuelve el problema que, entre el libre albedrío y el determinismo, no admite término medio.

O bien se entiende todavía por esta «libertad» únicamente la libertad física, que consiste en la ausencia de obstáculos para el desarrollo de las tendencias y de la actividad personales, en tanto que son desenvueltas por la constitución del individuo y por el medio exterior, y entonces estamos perfectamente de acuerdo; pero entonces también nos hallamos en pleno determinismo físico y moral. En este sentido las aguas del río son también libres, si un dique transversal no las impide correr según la ley determinante de la gravedad. Y he aquí por qué, digan lo que quieran ciertos adversarios, equivocándose acerca de las diferentes significaciones de la palabra *libertad*, la negación de la libertad moral, que no excluye ni la libertad física del movimiento ni la del desarrollo de la personalidad hereditaria propia de cada cual, en un medio dado, tampoco excluye ninguna de las libertades (de orden físico) del ciudadano, como la libertad personal de ir y venir, la libertad civil, religiosa, política, etc. (1). Tan cierto es lo que decimos, que estas libertades civiles, religiosas, políticas sólo han sido ofensivamente negadas y pisoteadas en las épocas y por los hombres que admitían metafísicamente y no dejaban discutir la libertad moral de la voluntad humana.

O quizá, por esta «libertad» equívoca, se entiende una especie de libre albedrío atenuado, diluido, desembarazado de sus contradicciones más evidentes con los datos de hecho, en cuyo caso se incurre en el equívoco, y, por añadidura, sin las ventajas de un determinismo franco y declarado, se tienen todos los inconvenientes del antiguo libre albedrío de los metafísicos. No hay, en realidad, verdaderamente lógico y concebible, más que el libre albedrío absoluto y el determinismo absoluto: toda concepción intermediaria es un contrasentido. Y aunque procure alguna satisfacción al instinto de utilitarismo personal

(1) En este sentido precisamente ha dicho Ardigó (*Sociología*, en sus *Opere*, Padua, 1886, IV, 35): "La libertad consiste en que la parte coordinada del organismo social puede funcionar según la *disposición natural por la cual aquélla es apta para hacerlo.*"

del eclecticismo que, sobre todo entre los pueblos fatigados amigos de la vida tranquila y del justo medio, es una de las formas más comunes de la pobreza mental (cuando no es este un medio de conseguir su propósito) no hace en definitiva más que levantar a cada paso dificultades (1).

Si, en fin, por esta palabra equívoca y vaga de «libertad», se entiende (2) la energía interna que todo hombre posee para desenvolverse de un modo completamente individual, propio diferente del de los demás, porque cada uno tiene su temperamento fisio-psicológico especial, que le hace reaccionar de una manera también especial, al ser influido por las diferentes presiones del medio, también en este caso estamos conformes. Mas de aquí, por el contrario, se quiere sacar un argumento para decir que el determinismo reduce al hombre al estado de autó-mata, y toda la naturaleza, física y moral, a un puro mecanismo fatalista.

Hay en ello un equívoco: pues porque toda acción humana es el efecto necesario e inevitable de causas determinantes, es por lo que todo hombre tiene su individualidad y su fisonomía

(1) Tres autores entre otros convienen en ello, aunque colocándose en puntos de vista diametralmente opuestos; éstos son Fioretti, *Per il determinismo*, en la *Riv. di giurispr.*, Trani, 1885, pág. 1; Innamorati, *I nuovi orizzonti del diritto penale e l'antica scuola italiana*, Perusa, 1887, pág. 196; De Baets, *Une question touchant le droit de punir*, en la *Revue néo scholastique*, Febrero 1897.

Entre tantos ensayos de transacción ecléctica, me limito a recordar el de Joyau (*La liberté morale*, París, 1888), donde se dice que la libertad no significa libre albedrío en su sentido espiritualista, sino solamente "el poder de determinarse a hacer voluntariamente el bien. Hacer voluntariamente el mal me parece una cosa imposible e ininteligible" (pág. 8). Es la vieja idea de Sócrates, según la cual, cuando el hombre hace el mal es únicamente por ignorancia o por error, creyendo hacer bien; aun cuando nada hay de científico en esta idea, sino es el hecho positivo de que el delincuente realiza sus actos con la intención de procurarse un bien a sí mismo; pues basta recordar lo que nos enseña la psicología criminal, respecto a que ciertos delincuentes o alienados (en el caso de enfermedad de la voluntad con inteligencia lúcida) o habituales, o de nacimiento, saben que hacen mal, y cometen, sin embargo, la falta porque no sienten ninguna repugnancia en realizarla.

Para el sentido ecléctico (de la libertad relativa "como síntesis de la idea de libertad y de la idea de necesidad"), véase también Naville, *Le libre arbitre*, segunda edición, París, 1898, y Tarantino, *Saggio sulla volontà*, Nápoles, 1897.

(2) Idea recientemente sostenida por Van Calher, *Die Strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit*, en la *Deutsche juristenzeitung*, 1897, núm. 2.

propia, tanto física como moral, por las que se distingue de cualquier otro ser, y por las que también, dadas las mismas causas externas, responde a su acción de una manera que le es propia, que difiere de la de los demás hombres, que se diferencia también por sí misma, según las diversas condiciones de tiempo y lugar, porque el estado de su organismo no es igual. Por esta razón todo acto realizado por un hombre le pertenece, de un modo privativo, como índice y efecto necesario de su organismo y de su personalidad; tal es el primer germen de la imputabilidad en su sentido físico, aquella por la cual se empieza por imputar a todo hombre, a cargar en su cuenta, la acción que físicamente ha realizado.

Pongamos ejemplos.

Supongamos que tenemos aquí dos máquinas de coser de un determinado sistema: una vez puestas en movimiento responden y reaccionan siempre realizando un trabajo igual para coser la tela de un modo especial. La causa motriz exterior obtiene siempre de estas máquinas una reacción idéntica, en cualquier circunstancia de tiempo y lugar.

Si, por el contrario, tomamos dos plantas de igual especie y variedad, y las ponemos en un mismo campo, bajo una misma temperatura, con iguales abonos, no obtendremos de ellas dos reacciones idénticas: la una crecerá derecha, la otra inclinada; una se desarrollará vigorosamente; la otra se marchitará, etc. ¿Por qué es esto así? Porque en las máquinas inorgánicas, la reacción última depende únicamente de las causas exteriores, o por lo menos depende principalmente de estas causas; puesto que cada una de ellas, como observa Spencer, tiene su fisonomía y su constitución propias, aun cuando la construcción sea idéntica (1); mientras que, en los seres orgánicos del orden vegetal, a la acción de las causas externas se une la de las causas internas y fisiológicas; y, por lo tanto, estas dos series de elementos, al combinarse de diferentes maneras, pueden dar y

(1) Spencer, *Essais*, París, 1879, III, 272. En *La Bestia humana*, Zola, que introdujo por primera vez en el arte la figura típica del criminal nato (en vez de los criminales ordinarios por locura o por pasión), hace notar también que todo maquinista de caminos de hierro busca y conoce por el uso lo que yo podría denominar "el temperamento mecánico" de su locomotora (véase *La Bestia humana*).

dan reacciones diferentes, aun cuando las causas exteriores permanezcan idénticas.

Si ahora pasamos del mundo vegetal al mundo animal, y tomamos, por ejemplo, dos perros de la misma raza y de la misma edad, veremos que estimulados por una misma causa exterior, como por la presencia de un hombre, responden de maneras muy diferentes: el uno huye o ladra; el otro acaricia o muerde, etc. Y el mismo perro, en momentos diferentes, se produce o reacciona de diversas maneras ante una causa exterior idéntica. Aquí, en efecto, las diferencias en la reacción última pueden ser más grandes todavía que en el caso precedente, porque si en el de las máquinas orgánicas no había más que las causas exteriores, y para los organismos vegetales las causas exteriores más las internas fisiológicas, en los organismos animales vienen a agregarse a las precedentes las causas internas psicológicas. Es, pues, natural, que al aumentar las series de los elementos, el número de sus combinaciones posibles aumente también, y que, por lo tanto, las reacciones últimas producidas por una misma causa externa, sean más variadas.

Partiendo del reino vegetal, cuanto más nos elevemos en la escala zoológica, más se multiplicarán las diferencias, para los distintos individuos y para los diversos momentos de la vida de uno de ellos, en la manera de responder a las influencias exteriores, puesto que los elementos fisiológicos y psicológicos están más desarrollados.

Por este motivo, si se toman dos hombres en el mismo momento o a un solo hombre en instantes diferentes, veremos que habrá muy grandes diferencias en sus reacciones ante una misma causa exterior; no porque haya nacido en el hombre algún elemento nuevo de libertad moral, sino únicamente porque en él los factores psíquicos de la acción están más desenvueltos y más complicados.

Por lo que todo ser, y por consecuencia todo hombre, tiene su manera propia y especial de responder a las influencias exteriores, que dependen, de un modo necesario, y en cada momento de su vida, de estas mismas condiciones externas combinadas con el estado fisis-psicológico del organismo.

De tal suerte que para precisar mi pensamiento con una frase extraña en apariencia, podría decir que *el hombre es una máquina, pero que no está hecho a máquina*. Es una máquina, en el sentido de que sólo presenta en sus actos lo que recibe del medio, tanto físico como moral, en que vive; no es más que, como todo ser viviente, una máquina de transformación de fuerzas, sujeta a la ley universal de causalidad, en virtud de la cual, dándose en determinado momento una combinación concreta de causas fisiológicas y psíquicas, no puede reaccionar más que de una manera especial. Pero no está hecho a máquina, es decir, que no es un mecanismo inorgánico, precisamente porque es un organismo viviente que tiene su manera propia y singular de responder a las causas externas, determinada necesariamente, en cada caso, por las causas físicas y fisio-psicológicas que le han precedido, aunque variable, y por lo tanto imposible a menudo de prever, de un individuo a otro, de uno a otro momento, precisamente a consecuencia de las combinaciones diversas de estas causas determinantes, múltiples (1).

He aquí por qué es una pura ilusión pensar que la negación del libre albedrío haga del hombre un autómatas sometido al fatalismo musulmán. Los hombres tienen tan poco de autómatas, que cada uno de ellos posee privativamente una manera especial de reaccionar contra el medio exterior; pero esto no excluye,

(1) Esta manera positiva de considerar el organismo fisio-psicológico del hombre se presta a la solución de otros problemas sociológicos: por ejemplo, el de las ocho horas de trabajo. Si el hombre fuera un mecanismo inorgánico, claro es que trabajando doce horas produciría ciertamente el doble que trabajando seis. Pero si esto es verdad, tratándose de una batidora, de una locomotora, o de cualquier otra máquina inorgánica (aun cuando las máquinas inorgánicas tengan también necesidad de reposo), no lo es para el hombre como máquina orgánica, o sea fisio-psicológica, de trabajo.

El obrero que trabaja catorce horas no produce el doble que el que trabaja siete, porque el trabajo de las últimas horas es influido por los venenos de la fatiga muscular y nerviosa; y también por esto, en las últimas horas, los accidentes son más frecuentes. Los horarios moderados de que se ha hecho experiencia en algunos grandes establecimientos industriales han demostrado que el horario de las ocho horas (a causa de la fatiga menor y del estimulante psíquico del horario limitado), no disminuye la cantidad del producto (sin hablar de la calidad) en proporciones sensibles para el provecho del capitalista.

Véase Ferri, *Socialismo e scienza positiva*, segunda edición, Palermo, 1900.

mejor dicho, esto exige el determinismo físico y moral; porque de otra manera, si el hombre poseyera una libertad que le hiciera más o menos independiente de las causas determinantes, no se comprendería la personalidad misma como tipo permanente de carácter individual.

Volvamos a la hipótesis ecléctica de la libertad moral limitada. Es fácil desde luego contentarse con una teoría como la que hoy es tan fuertemente combatida y, según la cual, «el hombre está sometido a leyes generales; pero en los límites de estas leyes, que son las condiciones de la vida universal, conserva una libertad relativa, que es suficiente para salvar el principio de la libertad individual» (1).

A poco que se busque lo que puede haber de sólido bajo las apariencias verbales de esta afirmación gratuita, se debe preguntar qué son y dónde se encuentran «los límites de las leyes generales». Si una ley, «condición de la vida universal», merece verdaderamente este nombre, como la ley de la gravedad, de la causalidad, etc., no tiene límites en su aplicación, y sólo puede sufrir excepciones en apariencia. No se podría admitir una especie de intersticio entre una ley y otra, en donde pudiera refugiarse el último resto de una libertad relativa. Pero sigamos: admitamos que la libertad moral del hombre se halle limitada; en ese caso se plantea inmediatamente un problema insoluble, a saber: en la actividad humana, que es un todo continuo, ¿se pasa del determinismo a la libertad moral por un salto brusco o por una gradación de modificaciones indefinidas? Esta es una dificultad decisiva; porque teniendo siempre estos criminalistas por principio que la imputabilidad existe y se extiende en la medida en que la actividad humana es moralmente libre, importa separar lo más pronto posible en esta misma actividad la parte sometida a la necesidad, y por lo tanto no imputable, de la parte que se supone todavía moralmente libre e imputable. Aun hay más; todas las razones de hecho formuladas contra el libre albedrío absoluto, destruyen también el libre albedrío limitado; porque las objeciones lógicas y ex-

(1) Prins, *Criminalité et répression*, Bruselas, 1886, pág. 39, y *Science pénale et droit positif*, Bruselas, 1899, pág. 162.

perimentales que tengan algún valor contra un metro de libre albedrío, valen también contra un centímetro de este mismo. Después aparece esta otra dificultad inaccesible: ¿por qué, pues, esta libertad moral del hombre se halla limitada y suprimida por las circunstancias externas e internas hasta un punto determinado y no más allá?

Dada la influencia del clima y de la raza sobre la criminalidad de un pueblo, e igualmente la de la temperatura anual, producción agrícola, aglomeración de la población, etc., resulta de ello necesariamente la consecuencia de que el juez, para estar de acuerdo con la pretensión que tiene de graduar los delitos según los grados de la libertad moral, debería calcular una infinidad de elementos y de factores que se encuentran fuera del individuo. Le sería preciso ver bajo qué grado de latitud ha sido cometido el delito y cuántos grados de calor marcaba entonces el termómetro; debería medir los metros cúbicos de aire respirable que tenía a su disposición el culpable, obligado quizá a vegetar en una guardilla miserable, a amontonarse en un camastro cargado de adultos y de niños; habría de evaluar la parte que corresponde en el impulso criminal a las condiciones lamentables del medio familiar y social; le precisaría, por último, aventurarse en una empresa quimérica de evaluación física, fisiológica, psíquica y social, absolutamente superior a las fuerzas humanas (1).

¿Y con qué derecho, pues, si tenéis en cuenta la edad, el sueño, la sordomudez, la locura, la embriaguez, rehusáis calcular también el grado de instrucción y de educación, la profesión, el estado civil, el domicilio, la situación económica, el temperamento sanguíneo o nervioso del procesado? Estas cuatro o cinco circunstancias clásicas que llaman la atención, ¿son

(1) Es lo que también dijo Fouillée (*La science sociale contemporaine*, París, 1880, p. 305), el cual es, sin embargo, un ecléctico. Esto demuestra la inanidad del trabajo de ciertos otros eclécticos, por ejemplo, de Alimena, quien, al publicar en 1899 tres gruesos volúmenes sobre los "límites y modificadores de la imputabilidad", se detiene todavía en el examen de aquellas circunstancias tradicionales, capaces de modificar y medir la responsabilidad humana, que nuestros abuelos catalogaron en sus obras sobre la ciencia criminal enteramente como si la fisis-psicología, la psico-patología y la sociología criminal, nada nos hubiesen enseñado de nuevo acerca de la génesis de las acciones humanas.

verdaderamente las únicas que pueden influir sobre la libertad moral y, por lo tanto, en la culpabilidad moral?

Y si queréis tener presentes todas las circunstancias, ¿qué llega a ser entonces el resto de libertad moral que se cree, sin embargo, indispensable para fundar jurídicamente la libertad humana? ¿Y cómo, dado este sistema tradicional de una imputabilidad moral más o menos completa, existirá un solo juez que no se pierda en este laberinto sin salida?

Para saber a qué atenernos, basta considerar a qué confesiones de impotencia son reducidos los defensores eclécticos de la «libertad relativa».

Sostiene Prins que, entre los hombres relativamente normales (a los cuales debe aplicarse la represión normal) y los hombres absolutamente anormales (que necesitan la medicina mental) «existe una zona intermediaria de degenerados, de seres incompletos, neurasténicos y desequilibrados, para quienes el problema de la responsabilidad no puede ser planteado, y si se planteara no podría ser resuelto» (1). ¿No es evidente que hablar así es proclamar la importancia teórica y práctica de la justicia penal fundada sobre este resto rutinario de libertad relativa o de libre albedrío mutilado?

Y esto no es nada todavía; porque podría responderse: «Pues bien; tendremos en cuenta estos factores del delito, nuevamente descubiertos, en tanto que nos lo permitan nuestros conocimientos. Así nos hacéis más difícil nuestra misión, pero no demostráis que ésta sea absurda».

Aquí es donde justamente se oculta un verdadero y grave peligro social, consecuencia inevitable de la doctrina limitada o relativa. De una parte, en efecto, resulta de esta doctrina que los delincuentes menos peligrosos son, sin embargo, los más severamente castigados, porque en sus delitos de ligera importancia, no se investigan las condiciones psico-patológicas, que en cambio se esclarecen para las transgresiones más graves cometidas por malhechores más anormales y peligrosos. Así se llega, con respecto a estos últimos, a las absoluciones ilógicas que vemos todos los días, o a dulcificaciones extraordinarias

(1) Prins, *Science pénale et droit positif*, Bruselas, 1899, núm. 275, pág. 166.



en la pena frente a manifestaciones temibles de criminalidad atávica, que verdaderamente han trastornado con exceso la justicia penal de nuestro tiempo para que no se reconozca con evidencia la necesidad de buscar un remedio (1). Pero no existen más que dos medios posibles de remediar esto: o volver completamente a las teorías absolutas de antaño sobre el libre albedrío, o aceptar franca y completamente cuantos resultados y conclusiones ofrecen las ciencias positivas.

Mas con el sistema de un libre arbitrio limitado es imposible, como se ve cada día con mayor claridad, evitar los peligros y absurdos, tanto para la sociedad como para los individuos; por la razón evidente de que al sostener el principio de ampliar o reducir la responsabilidad moral del hombre en la medida en que se ensancha o limita un libre arbitrio tan elástico, de un lado se reconoce este libre albedrío sin oposición entre los autores de los delitos menos graves (que, sin embargo, serían los más dignos de compasión), y de otro se admite que está en cambio atenuado con exceso en los criminales más inhumanos: de donde procede el peligro y el escándalo de las absoluciones con que éstos son favorecidos. Para todo procesado que haya cometido un crimen extraordinario o feroz, el abogado encargado de su defensa podrá encontrar siempre un gran número de circunstancias, personales, físicas o sociales, que habrán anulado o disminuído su libertad moral, y que, como dice con precisión el clásico Rolín, «mostrarán de un modo acabado cuán incierta es su responsabilidad» (2).

Se ha llegado a erigir en teoría y en regla general este absurdo, este peligro, esta iniquidad. Es lo que hace la revista órgano de la jurisprudencia clásica y su director Lucchini, quien, con los *Simplistes du droit pénal*, traducidos, no hay que asustarse, al francés, ha pretendido hacer una refutación en regla de la *sociología criminal*.

Ha sostenido esta revista la tesis de que el nuevo Código penal, para todos los delitos (aun para las formas atávicas de criminalidad) debía suavizar de un modo general las penas y lle-

(1) Rolín, *La pena di morte*, Luca, 1871, págs. 35 y 56.

(2) Rolín, véase la nota anterior.

gar, conforme a la opinión de algunos juristas alemanes, hasta la abolición completa de las penas perpetuas (1). A lo que Garófalo (2) ha respondido en nombre de la escuela positiva, combatiendo esta tendencia a una dulcificación indefinida que verdaderamente amenazaría con llegar a la total absolución de los malhechores más inhumanos, pues al reservarles su mayor atención para olvidar a las gentes honradas ofendidas, se generaliza el argumento de Holtzendorff, quien apoyándose en que el valor de la libertad personal había aumentado, no quería castigar al asesino más que con una pena temporal (3); y se olvida, como afirmaba muy bien Barzilai, en nombre también de la escuela positiva, que la libertad y la vida de las víctimas han aumentado hoy igualmente de valor (4).

Se ha llegado, siguiendo por el mismo camino, a proponer que se conceda al Jurado la facultad legal de admitir circunstancias «muy atenuantes» (5).

Y si pasamos del terreno de la ciencia y de la legislación al de la jurisprudencia práctica, véase en cambio con lo que nos encontramos: en los pequeños delitos de ocasión, en los que se descubren y se observan menos estas anomalías fisiopsicológicas; que necesariamente ofenden más la vista de los grandes criminales, mucho más peligrosos, la antigua severidad de la justicia penal se despliega con todo el absolutismo de las viejas teorías de la responsabilidad.

Vemos, así, extraviarse doblemente y llegar a ser también en doble medida desmoralizador el espíritu actual de la justicia penal, toda vez que, por una mal entendida aplicación de

(1) *Rivista penale*, Mayo 1882.

(2) Garófalo, *I pericoli sociali di alcune teorie giuridiche*, en los *Arch. di psych. e scienze penali*, III, 4.

(3) Holtzendorff, *Das Mord und Todesstrafe*, Berlín, 1875, pág. 225.

(4) Barzilai, *La recidiva e il metodo sperimentale*, en la *Rivista carceraria*, 1883, pág. 462.

(5) Bozérián, *Projet de loi sur les circonstances très atténuantes*, presentado al Senado francés en 4 de Abril de 1885; *Bull. Soc. Prisons.*, 1885, pág. 95; Grandperret, *Les circonstances très atténuantes*, ibidem, 1886, pág. 508; Bertheau, *Réformes pratiques*, París, 1886, pág. 49 (que combatió la proposición); Hugues, *La cour d'Assises et le nouveau Code d'instr. crim.*, en la *France Judiciaire*, 1887, núm. 7; Leloir, *De la fréquence des acquittements et du projet de loi sur les circonstances très atténuantes*, ibidem, 1887, pág. 65, y 1888, pág. 46 (que impugnó también el proyecto).

los nuevos datos científicos sobre el criminal, asegura la impunidad o la indulgencia más imprevisora a los malhechores peligrosos, reservando todas sus severidades, tan desproporcionales como perjudiciales, a los que son menos temibles, a los delincuentes ocasionales.

En suma, mientras que la opinión pública, mal informada a este respecto y siempre hostil a las innovaciones, acusaba en principio a la nueva escuela criminal de llegar a la impunidad de todos los malhechores (que es por lo demás lo que se decía hace un siglo, contra la escuela de Beccaria), son por el contrario y en realidad las últimas consecuencias del derecho criminal clásico mezcladas a algunos resultados evidentes de las ciencias fisisicológicas, las que conducirán a una indulgencia exclusiva, exagerada y siempre creciente, en favor de los malhechores más formidables.

## II

45.—Hemos visto que, aun fuera de las contradicciones flagrantes que la fisisicológica señala hoy a la suposición del libre albedrío o libertad moral, se reconoce con evidencia la imposibilidad teórica y práctica de fundar sobre este libre arbitrio, ya sea absoluto o relativo, la responsabilidad del hombre para los delitos que comete.

—Pero entonces, si el hombre comete acciones censurables, no por libre elección de su voluntad, sino por la tiranía fatal de su organismo anormal y del medio exterior, ¿cómo, pues, se le podrá castigar, y hacerle responsable de las faltas que no son suyas? ¡Abrid las prisiones, cerrad los tribunales, vosotros, sectarios de la escuela positiva, que negáis o excluís el libre albedrío! ¡Y si no podéis decidirlo a ello, porque la cosa sería demasiado absurda y peligrosa, sólo por una contradicción formal podréis hablar todavía de derecho penal y de justicia punitiva!

Tal es la objeción ordinaria, tan espontánea como mal fundada, que nos hacen cuantos creen que pueden resolverse en un momento estos problemas obedeciendo a las primeras impresiones del sentimiento y de los hábitos mentales, todos aquellos

que no saben sustraerse a la tendencia tan natural como engañosa, por virtud de la cual, siguiendo la observación de Bain, «toda nueva manera de concebir una cosa o un problema pasa por ser su negación» (1). Y tal es, sin embargo, el verdadero problema, el problema fundamental, que se impone a la ciencia nueva de los delitos y las penas.

Parece que este problema ha de ser insoluble o que no puede solucionarse más que por sutilezas silogísticas; y no obstante tiene una solución límpida y precisa en la exclusiva investigación de los hechos sociales que han demandado y demandan siempre, no a las teorías metafísicas de los juristas, sino a las condiciones naturales de la existencia humana, su génesis y su justificación.

Antes de buscar la solución de este problema a la única luz de los hechos sociales, nos encontramos, sin embargo, con una cuestión prejudicial de método, que servirá para ponernos en camino.

La observación es esta: consistiendo el punto de partida, el eje de este problema, en la negación o exclusión de toda idea de libertad moral en el hombre, como condición y medida de su responsabilidad, resulta que para ser consecuentes y no incurrir de nuevo en dificultades y contradicciones semejantes a aquellas que se quiere evitar, será preciso trasladar este problema a un terreno completamente diferente de aquel en que se hallaba colocado hasta ahora. Y no ocurre con las teorías sociales como con esas casas americanas que, transportadas de un lugar a otro, permanecen sobre sus nuevos cimientos de la misma manera que lo estaban sobre los precedentes. O la justicia penal está fundada sobre la idea del libre albedrío (absoluto o relativo, explícito o implícito, poco importa), y entonces, puede continuar apoyándose en sus antiguos criterios, y se podrá a lo más proponer en ella algunas reformas parciales y de superficie; o la justicia penal se asienta sobre el determinismo natural de los actos humanos y, por lo tanto, sobre los datos de la antropología y sociología criminal, y en este caso, debe buscar criterios radicalmente diferentes, y des-

(1) Bain, *L'esprit et le corps*, París, F. Alcán, 1878, pág. 226.

envolverse en un conjunto adecuado de instituciones y mecanismos judiciales y administrativos.

La tendencia ecléctica, en cambio, quisiera, en su tenacidad testaruda, conservar el fondo sin cambiar nada de él, y contentarse con innovaciones verbales.

Sin embargo, el punto de llegada debe cambiar completamente, desde el momento en que se ha variado tan por completo el punto de partida; cuya idea me propongo, después de haberla indicado en otra parte (1), desarrollar aquí, aunque no sea más que para satisfacer desde el comienzo la condición previa que yo acabo de señalar.

46.—Existen dos órdenes de hechos que creo necesarios y bastantes para definir, según el método positivo, el problema de la responsabilidad o sea de las condiciones en que el individuo ha de sufrir las medidas de conservación y defensa que, para los delitos cometidos por él, pueden y deben ser tomadas por el Estado.

A. En primer lugar se encuentra, como en toda otra investigación natural iniciada según la doctrina de la evolución, el origen y el desenvolvimiento, ora de la función punitiva, ora de los órganos por los que se ejerce en el transcurso del tiempo; y estos hechos pasados nos darán la génesis y la explicación de los hechos presentes.

B. En segundo lugar, está el examen de los hechos sociales referentes a la responsabilidad, cuyos hechos se desarrollan todos los días ante nosotros y con independencia de cuantas teorías pueden construir los juristas metafísicos en su gabinete, con un orden y una lógica por completo simétricos, aunque

(1) *Il diritto di punire come funzione sociale*, en el *Archivio di psych. e scienza penali*, 1882, vol. III, cuaderno primero.

Hamon está equivocado, pues, cuando dice (*Déterminisme et responsabilité*, París, 1898, pág. 11), que "con relación a la responsabilidad y a la penalología, nadie entre los sectarios o los émulos de la escuela lombrosiana ha llegado hasta las últimas consecuencias lógicas de la doctrina".

En efecto, su conclusión de que la irresponsabilidad moral es la consecuencia del determinismo, y que, por lo tanto, todos los seres son (moralmente) irresponsables, había sido desenvuelta por mí en el capítulo III de la segunda edición (1892), que continúa todavía hoy, como el libro, sin modificación en sus líneas fundamentales.

también con un olvido totalmente filosófico de las realidades de la vida.

47.—El geólogo o el zoólogo, cuando quieren explicarse el por qué de la configuración actual del globo o de la fauna viviente, se condenarían hoy a un estéril trabajo, si se limitaran, como durante largo tiempo han hecho (y no sin ventaja entonces, como estudio preliminar) las escuelas clásicas de geología y de biología, al exclusivo examen descriptivo de las formas actuales. Ellos consiguen, por el contrario, disipar cada vez más las tinieblas en que está envuelto el misterio de la vida, y obtienen resultados de una riqueza positiva cuando, siguiendo las huellas gloriosas de Lyell o de Darwin, fijan sus miradas sobre las épocas prehistóricas sepultadas desde hace tantos millares de años, y les piden, así como a la eterna sucesión de las especies vivientes, la llave de tantos secretos. Es lo que hace también el sociólogo, y de la misma manera y por idénticas razones, el criminalista sociólogo. Este no puede limitarse a las indagaciones de anatomía puramente descriptiva y silogística de las que se componía el patrimonio de la escuela criminal clásica, sobre la delincuencia y criminalidad tal como se presentan hoy en la sociedad civil, o como se las observa a hurtadillas en el microcosmo de la historia, sino que debe investigar en las manifestaciones más alejadas de la vida los gérmenes elementales y remotos de esta función penal que nos ofrece hoy una constitución tan compleja y que precisamente se trata de regular conforme a las exigencias de la vida actual.

He aquí por qué, al estudiar en otra ocasión el crimen de homicidio, según los criterios de la escuela positiva, creí necesario indagar en las edades prehistóricas de la vida humana los gérmenes y la evolución natural de esta acción criminal y de la reacción penal que provoca (1).

Todo ser viviente lucha por su propia existencia; y, por lo tanto, todo acto que ataque sus condiciones naturales de existencia individual o social, determina de su parte una reacción directa o indirectamente defensiva, según que ésta pueda evi-

(1) Ferri, *L'omicidio*, Turín, 1895, Introducción.

tar en el acto mismo las consecuencias dañosas del ataque, o que pueda impedir su repetición para el porvenir, castigando a su autor.

Este es el hecho primitivo, irreductible, elemental: él constituye uno de los caracteres fundamentales de la materia organizada o viviente, se relaciona con las condiciones esenciales de la sensibilidad y el movimiento, se manifiesta en las formas más elementales de la vida, así en el simple protoplasma como en el vegetal; sigue paso a paso sus complicaciones sucesivas, llega a las formas más complejas y elevadas de la defensa humana individual y social, directa e indirecta; se complica al hacer su camino con otros elementos físicos y psíquicos, en los medios de defensa y en los sentimientos e ideas que los acompañan y se transmiten hereditariamente; pero conserva siempre el fondo primitivo que acabamos de indicar.

La biología y la sociología, en lugar de estar la una con respecto a la otra en una relación de sucesión o de verdadera y rigurosa independencia, son, por el contrario, concomitantes y paralelas, teniendo en cuenta que la vida animal se manifiesta desde sus comienzos en una doble serie de organismos individuales y de organismos sociales (1). Por esta razón, si dejamos a un lado el predominio cambiante y muy cortado de la forma individual o de la forma social en las fases diversas de la evolución humana, vemos en realidad, sin embargo, a estas formas de reacción defensiva presentarse constantemente una y otra allí donde se encuentra la vida animal y humana.

De esto encontramos una indirecta confirmación, cuando observamos que siempre, en todas las manifestaciones de la vida social, las diversas formas, los tipos diferentes coexisten, predominando, no obstante, una de ellas sobre las demás en la sucesión del tiempo. Por ello sería un error creer que las diferentes formas de las relaciones sexuales y familiares (promiscuidad, matriarcado, patriarcado, poliandria, poligamia, monogamia) se hayan sucedido en la humanidad sustituyéndose unas a otras. No: ellas han coexistido y coexisten todavía hasta en la

(1) Rabbeno, *Dei rapporti fra la biología e la sociología*, en la *Rivista di filos. scientifica*, Marzo 1883.

sociedad civilizada; pero tan pronto unas como otras han predominado, en el orden que acaban de ser indicadas, sin que por ejemplo, en la Europa occidental contemporánea, la monogamia (forma legal y predominante) excluya la poligamia y la poliandria extra-legales. Otro tanto puede decirse de las formas que toma la propiedad de la tierra, colectiva, individual, comunal, que coexisten hoy, aun entre nosotros, a pesar del predominio excesivo de la forma individual (1). Y lo mismo cabe afirmar de las formas políticas y, en general, de los diferentes tipos de constitución social, bajo las dos formas opuestas del tipo bélico-militar y del pacífico-industrial.

De igual modo también la forma individual y la forma colectiva de la defensa han coexistido siempre y coexisten todavía, aunque, en su oposición predomine la una o la otra. Hasta en los animales más ínfimos y en el reino de los protistas, la reacción defensiva, bajo la forma, o poco menos, de una simple irritabilidad, se observa no sólo en los individuos tomados aisladamente, sino en las colonias animales, que reaccionan precisamente en los casos de peligro colectivo, aunque reaccionan siempre, entonces, bajo la forma de defensa social. Y esto es más evidente a medida que elevándonos en la escala zoológica, encontramos la vida social bajo formas más próximas a las de la humanidad, y la asociación de individuos cada vez más desarrollada bajo el aspecto orgánico y psíquico.

Además, entre los mismos animales, sobre todo entre los mamíferos más inteligentes, se llega ya a esta fase más elevada en que la defensa social se ejerce por su jefe, y no directamente por la colectividad, con un interés personal, esto es indudable, pero a la vez colectivo, del mismo modo que se produce en las sociedades humanas salvajes o bárbaras. En efecto, muchos mamíferos herbívoros viven en sociedad, y entonces existe siempre un individuo que ejerce cierta autoridad sobre los demás, que los guía y los defiende: tal acontece entre los elefantes, los caballos, los bisontes y los monos (2).

(1) Laveleye, *Les formes primitives de la propriété*, París, 1888; Letourneau, *L'évolution de la propriété*, París, 1889.

(2) Brehm, *La vita degli animali*, trad. ital., Turín, 1872 y 1875, vol. I, pág. 29, 46; Espinas, *Les sociétés animales*, París, F. Alcán, 1878,



Pues bien; esta evolución de la reacción defensiva se reproduce entre los hombres de una manera por completo análoga. Hay tribus salvajes en las que los individuos viven aislados, sin jefe alguno, y en las cuales, todo ataque contra las condiciones naturales de la existencia, determina en el ofendido una reacción puramente individual y transitoria, que no está sometida por parte de la tribu a ninguna regla, y que es considerada como un asunto exclusivamente particular. En este caso el juez único que decide si una acción es o no criminal, es decir, perjudicial y dañosa, el único ejecutor del juicio, es el individuo atacado, que reacciona con la intención de defenderse para el presente y para el porvenir; y por esta razón, excitado a la vez por el resentimiento y por el deseo de venganza (que existen ya entre los animales) se excede casi siempre y traspasa toda medida contra el ofensor. Así ocurre, por ejemplo, entre las tribus anárquicas del Africa central, de los caribes, de los indios de la América del Norte, de los esquimales, etc. (1).

La reacción defensiva, bajo esta forma individual, puede, como lo hace notar Puglia, manifestarse de dos maneras diferentes: por una reacción inmediata e instantánea en el momento de la agresión, o por una reacción reprimida y aplazada para el momento más oportuno que, hablando propiamente y según el mismo Puglia, sería la verdadera venganza (2). La distinción es conforme a los hechos; es el reflejo psicológico de la

segunda edición, pág. 450. Los hechos demuestran cuán inexacta es la afirmación un poco apriorística de Letourneau (*L'évolution juridique*, París, 1891, página 13), cuando dice que las abejas y las hormigas tienen "una sumisión absoluta a la colectividad, que las asegura toda tentación antisocial, y que, por consiguiente, no existe entre estos insectos, ni les es necesario, ningún instinto jurídico". Y, sin embargo, un poco más lejos (página 15), se contradice, pues mientras afirma en general, que "los animales están desprovistos de instinto jurídico", porque, según dice, sería necesario para que lo tuviesen que el sentimiento de defensa se transformara en un sentimiento de venganza, cita más allá casos de venganza entre los animales.

(1) Lubbock, *Les temps préhistoriques et l'origine de la civilisation*, París, F. Alcan; Letourneau, *La sociologie*, París, 1880, págs. 444 y siguientes, y *L'évolution juridique dans les diverses races humaines*, París, 1891, capítulo I, párrafo VI.

(2) Puglia, *Evoluzione storica e scientifica del diritto e della procedura penale*, Mesina, 1882, pág. 30 y 31.—E igualmente Zocco Rosa, *L'età preistorica del diritto penale á Roma*, Catania, 1883, págs. 9 y siguientes.

que nosotros acabamos de hacer entre la reacción directa y la indirectamente ofensiva. Mas esta diferencia no caracteriza dos épocas sucesivas. Aunque no tenemos en principio prueba alguna de ello, es fácil convencerse de que en cada caso el temperamento del ofendido y la oportunidad de las circunstancias han debido determinar entre los hombres primitivos, como también entre los animales superiores (y Darwin cita algunos ejemplos) (1), la instantaneidad o el aplazamiento de la reacción defensiva.

Spencer (2) hace a este propósito una importante observación al señalar una identidad primitiva y fundamental o una analogía íntima entre la reacción defensiva contra un agresor extranjero (defensa militar) y la que se produce contra un agresor interior (defensa jurídica o judicial) (3). Podemos sorprender esta identidad, no solamente en los hechos de sociología humana que cita este gran filósofo, sino en aquellos mismos que comprueba la Sociología entre los animales: entre éstos, en efecto, la reacción individual o colectiva se produce de la misma manera y por iguales razones, ya pertenezca el agresor a tribus extranjeras, ya forme parte de la misma sociedad. En la humanidad primitiva, según hace notar Spencer, vemos precisamente, sobre todo cuando la reacción defensiva judicial comienza a prevalecer como función social y permanente, que tiene aquella de común con la defensa militar el principio motor y los órganos de ejecución, pero que se aleja y se diferencia de ella cada vez más en las ulteriores fases de su evolución.

Esta comunidad de origen, que el idioma, viviente también, nos conserva y nos revela en las expresiones tradicionales—la espada de la justicia, un enemigo público— empleadas para funciones puramente judiciales, se manifiesta con evidencia, como regreso de atavismo, cuando, en los momentos de

(1) Darwin, *La scelta in rapporto col sesso*, Turín, 1872, pág. 472.

(2) Spencer, *Principes de Sociologie*, París, 1883, III, páginas 659 y siguiente, traducción francesa, París, F. Alcán.

(3) Darwin, *L'origine dell'uomo*, traducción de Lessona, Turín, 1873, p. 73.—Y asimismo Spencer, *Le basi della morale*, Milán, 1881, p. 141.

convulsiones sociales, vemos a la clase dominante recurrir a la creación de tribunales militares extraordinarios para hacer juzgar y condenar no tanto los hechos materiales verdaderamente criminales (homicidios, incendios, etc.), como los delitos de pensamiento de una heterodoxia política.

Sin embargo, es natural que la forma individual transitoria y exorbitante de reacción defensiva y de venganza comience muy pronto a dejar prevalecer la forma social que con ella coexiste, y esto en un principio como reacción directa de la colectividad, y después como oficio ejercido en nombre de la tribu por su jefe. Lo cual debe producirse así por una razón de interés social, o sea para impedir, como hace notar Darwin (1), que una tribu sea diezmada por sus enemigos de fuera, o lo que es peor aún, por sus propios miembros, y pierda frente a otras tribus las fuerzas necesarias a la lucha por la existencia. Siendo la reacción individual por naturaleza, excesiva y provocando a la vez por ello nuevas y sangrientas reacciones, la colectividad siente bien pronto, así lo afirma Spencer, la necesidad de suprimir o de limitar estas causas continuas de debilitación. El predominio de la «vindicta pública» sobre la venganza particular se inicia por una simple intervención de la colectividad en las querellas particulares, dando lugar a las reglas e instituciones jurídicas del Talión, de la composición, de la protección dispensada al propio ofensor, a quien amenaza la excesiva reacción del ofendido; y estas costumbres que encontramos entre muchas tribus salvajes, y que han existido anteriormente en las civilizaciones de Méjico, de Oriente, de Grecia y de Roma, y en la Europa de la Edad Media, aunque hoy nos parezcan representar el estado bárbaro de la justicia penal, han constituido en su tiempo un gran progreso moral y social, refrenando la excesiva violencia de las reacciones de la venganza individual o familiar. Después el castigo de los delitos acaba por ser una atribución exclusiva del Estado, como la defensa militar (2). Y en esto es en lo que consiste la parte in-

(1) Darwin, *L'origine dell'uomo*, traducción de Lessona, Turin, 1873, p. 73. Y el mismo Spencer, *Le basi della morale*, Milán, 1881, p. 141.

(2) Por los interesantes datos históricos que contiene, véase Cherry,

contestable de verdad que contiene el sistema de los Rousseau, Beccaria, Filangieri, etc., que nos dicen que el Estado tiene el derecho de castigar, porque todos los miembros de la asociación se han despojado en su favor del mismo, pero que éstos recuperan, sin embargo, tal derecho, de una manera transitoria, cuando el Estado no puede ejercerle para protegerles, por ejemplo, en el caso de legítima defensa. Lo inexacto de esta teoría, lo que todo el mundo abandona ahora, si bien Fouillée, de Greef y otros sociólogos dan hoy con razón una mayor importancia al elemento contractual en los organismos sociales, es el carácter por completo artificial que se atribuye al proceso por virtud del cual la reacción de defensa y de venganza deja de ser individual para llegar a ser social.

Si ahora, después de haber considerado las diferentes formas de la reacción defensiva, desde los primeros y más sencillos movimientos del individuo hasta la elevada función punitiva del Estado, observamos los órganos de esta función, vemos que no comienzan a dibujarse hasta que los actos transitorios por los cuales reacciona el individuo o la sociedad lesionados, dan lugar a un oficio permanente reservado a los jefes de la tribu. Este, al comienzo, no es sólo legislador, si las costumbres no han impuesto todavía una regla; es también juez y ejecutor de su propia sentencia; he aquí el germen prehistórico del principio, para siempre abandonado por la ciencia, de que «la justicia emana del Rey». Pero más tarde, en los períodos ulteriores, cuando el cuerpo social llega a ser más complejo y sus funciones más complicadas, el jefe de la tribu delega en algunos ministros, primero la ejecución de sus órdenes administrativas o judiciales, después el derecho mismo de emitir sentencias y decretar medidas. Y estos ministros y ejecutores de su voluntad, en los cuales al comienzo, a causa de la identidad fundamental de las dos funciones, se une el carácter militar al sacerdotal, como en el jefe de la tribu mismo, que es casi siempre general en jefe y gran sacerdote, acaban, gracias a la diferenciación incesante que se produce en las funcio-

nes y en la estructura social, por ser magistrados, teniendo un carácter exclusivamente judicial; que es precisamente lo que nosotros vemos en los pueblos civilizados (1).

48.—Pero este hecho, constante en todas las sociedades primitivas, de coexistir el carácter sacerdotal y el carácter militar en los órganos de la función defensiva y represiva, nos sirve para dar explicación positiva a un carácter fundamental que se determina y se perpetúa en el ministerio primitivo de la sociedad y en la ciencia de la que hace su objeto.

Cuando la reacción defensiva se ejerce bajo su forma individual, es evidente que tiene por móvil único y fundamental la utilidad personal del ofendido y su tendencia irresistible en su propia conservación.

La *falta*, como carácter de perversidad moral en el agresor, es decir el delincuente, es un elemento que la reacción individual ignora y que le es por completo extraño; no ya sólo en los estados primitivos y salvajes de la humanidad, sino en toda sociedad por avanzada que sea.

Además, al comienzo de las sociedades, la reacción social, ya sea ejercida directamente por la colectividad, o indirectamente por el jefe de la tribu, no tiene otro móvil ni otro criterio que la utilidad social, la necesidad de la conservación. Hasta entonces la falta moral en el agresor es un elemento extraño a esta reacción defensiva, un elemento que ella ignora (2).

(1) Véanse las pruebas de hecho en Spencer, *Principes de sociologie*, París, 1883, vol. III, parte 5.ª, cap. XIII, y *Les Institutions professionnelles et industrielles*, París, 1898, cap. VII.—Véase también, entre los demás criminalistas, Ellero, *Delle origini storiche del diritto di punire*, en los *Opuscoli criminali*, Bolonia, 1874; Rolin, *Les phases du droit pénal*, en la *Revue internationale*, 1882, I.

Y como supervivencia de este estado primitivo en que todavía no se han diferenciado los órganos y las funciones judiciales, véase Ou Tsonglieu, *L'Organizzazione penale della China* (en la *Scuola positiva*, Enero 1899) y *De la responsabilité des autorités locales en cas de délits commis par leurs administrés* (en las *Actes du Congrès. anthr. crim.*, Bruselas, 1893, página 385).

(2) Véase a este propósito Steinmetz, *Ethnologischen Studien zur ersten Entwicklung der Strafe*, Leipzig, 1894, dos volúmenes; en esta obra precisamente se establece el carácter "no intencional" de la pena.

Véase también Holmes, *Le droit commun anglo-américain*, traducción de Lambertenghi, Milán, 1890 (cap. I. Formas primitivas de la responsa-

El primer hecho en que vemos apuntar la idea de culpabilidad moral como condición de la penalidad, se encuentra en el doble carácter, militar y sacerdotal, del jefe de tribu, y más tarde, de los ministros delegados por él. Los sacerdotes, cuando hubieron conquistado este predominio que poseen en todas las sociedades primitivas, acabaron por atribuirse completamente la represión, primero de los actos antireligiosos, y después de todas las acciones antisociales (delitos). Y entonces, la reacción defensiva o represiva, que, ejercida por el individuo ofendido, tenía el carácter de «venganza privada», realizada por la familia del ofendido el de «venganza de la sangre», y por la sociedad o el jefe de tribu, el de «venganza pú-

bilidad); libro muy interesante, porque nos ofrece la diferencia profunda, esencial entre la "conciencia jurídica" de los pueblos latinos y la de los pueblos anglo-sajones. Mientras que nosotros los latinos, pensamos que los principios generales del derecho sólo pueden ser concebidos como las formas últimas y degeneradas del derecho romano, los anglosajones, aun cuando también hayan sufrido la influencia de este último, tienen una conciencia jurídica muy diferente. De ello se encuentra un ejemplo casi diario en la manera distinta de concebir lo referente a la reparación de los daños, rigurosamente exigida y garantida entre ellos con relación a todo acto ofensivo, lo cual entre nosotros produciría risa. Por esto vemos procesos de daños y perjuicios intentados por ciertas señoritas a consecuencia de un beso furtivo con que les ha sorprendido algún Don Juan más o menos maduro.

Y es interesante hacer notar que las teorías generales de la escuela criminal positiva se aproximan a la conciencia jurídica de los anglosajones. Compruébalo, por ejemplo, la reparación más rigurosa de los daños causados por el acto delictivo; nosotros consideramos aquélla más como una función social que como un interés privado.

Lo mismo acontece con la teoría de la responsabilidad, que deriva del espíritu natural de venganza, y que nosotros desembarazamos de todo criterio que no tenga realidad objetiva y que no responda a las necesidades de la existencia social.

Otro tanto debiera decirse de la teoría de la difamación: sostiene la escuela positiva que no debe ser castigada cuando está determinada por motivos de interés social, en vez de serlo por motivos antisociales de interés personal (avaricia, venganza, odio, etc.). Pues bien, esta distinción del motivo social es admitida también en el derecho inglés (*for the public benefit*).

También puede decirse que la teoría del delito natural se contiene en germen en la distinción que establece el derecho penal anglo-sajón entre los "delitos comunes" (*mala in se*) y los "delitos estatutarios" (*mala prohibita*). Véase Holmes, págs. 76, 79 y 98.

Esta distinción ya existía en el derecho penal romano, cuyo espíritu positivo estaba tan alejado de las abstracciones metafísicas de la escuela clásica criminal, como se acerca por el contrario a las doctrinas del derecho anglo-sajón (nuevo argumento para afirmar que los ingleses de hoy representan verdaderamente a los romanos de antaño), y a la vez a las doctrinas de la escuela positiva.

blica», tomó cuando fué desempeñada por la casta sacerdotal, el carácter de «venganza divina»: dejó de ser una función puramente defensiva para ser una misión religiosa y moral, con el acompañamiento natural a toda religión de un formalismo riguroso, y, sobre todo, de un espíritu místico de penitencia y purificación (1).

Ahora bien, este carácter rígido y religioso de la función penal, aun cuando acabe por ceder, primero en los delitos directamente políticos, y más tarde en los delitos comunes, a las reivindicaciones de la idea y de la potestad laicas y civiles, no impidió que subsistiera después de él (porque la disolución es gradual como la evolución), la idea de que el ministerio represivo es una función moral correctiva o, en los estados más avanzados, de justicia retributiva; porque como observa también Kraepelin, la forma de los preceptos primitivos se convirtió en *moral* después de ser *religiosa*, quedando el fondo siempre el mismo (2).

Podemos, pues, concluir que la pena (y designamos con esta palabra el conjunto de medios jurídicos empleados por la sociedad en su lucha contra el delito) ha atravesado hasta el presente cuatro fases de evolución; ha pasado de la fase *primitiva* (de reacción defensiva y vindicativa, individual y social, inmediata y diferida) a la fase *religiosa* (la de la venganza divina), a la *ética* (de la penitencia medioeval), y a la *jurídica* (en el sentido del derecho abstracto y apriorístico de la escuela clásica).

Es fácil ver que estamos hoy, en la ciencia, y más aún, en la opinión común y en las leyes, que progresan menos rápidamente, en la fase jurídica, o, por mejor decir, ético-jurídica de la pena; porque toda evolución se produce no por saltos bruscos, sino por grados y atravesando una serie de matices.

Se trata ahora de inaugurar y realizar la fase *social*, en la que, gracias a los datos nuevos de la antropología y estadística

(1) Sobre los orígenes religiosos de la pena, véase Steinmetz, *Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe*, Leipzig, 1894; y Maus, *La religion et les origines du droit pénal*, en la *Revue de l'histoire des religions*, 1897, fasc. I y II.

(2) Kraepelin, *La colpa e la pena*, en la *Rivista di filos. scient.*, Turín, 1883, II, pág. 527.

criminales sobre la génesis del delito, la pena no será ya más la retribución de una falta moral por un castigo proporcionado (fase ético-jurídica), sino un conjunto de medidas sociales preventivas y represivas, que, respondiendo a la naturaleza y a la génesis del delito de un modo más eficaz y al propio tiempo más humano, preservarán de él a la sociedad (1).

49.—El paso que queremos hacer dar a la ciencia y a la legislación del derecho penal, constituye, pues, un nuevo progreso que procede de grados anteriores y viene a completar el ciclo evolutivo, facilitando al ministerio punitivo el carácter natural y espontáneo de pura función social, que tenía en su punto de partida, y que sólo, no lo olvidemos, es verdaderamente comprendido por la conciencia popular.

A este propósito es útil observar que semejante retroceso a las formas o caracteres primitivos, puede ser considerado igualmente como una ley sociológica constante en las demás manifestaciones de la vida social, económica, política, etc. En efecto, como hace notar Loria, la humanidad primitiva debe a las primeras impresiones de la naturaleza que la rodea, las líneas fundamentales de su existencia; más tarde, con los progresos de la inteligencia y la complicación que crece según las leyes

(1) Es sabido que un gran número de criminalistas entre los más célebres, por una evolución de espíritu más positivo han fundado el derecho de castigar sobre una idea de "utilidad social", de "defensa directa", de "defensa indirecta", de "defensa prolongada", de "conservación", de "necesidad política", y así otras. Pero la diferencia esencial entre estas teorías y la sostenida por la escuela positiva, consiste en que Beccaria, Bentham, Romagnosi, Comte, Martín, Schulze, Thiercelin, Carnignani, etc., conservan siempre en sus sistemas, como criterio y condición superiores a la idea de necesidad social, la idea de la responsabilidad o culpabilidad moral del hombre; mientras que nosotros la excluimos por completo del dominio *jurídico y social*, según habré de demostrar inmediatamente.

Por esta causa Geyer (*Grundriss zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht*, Munich, 1884, p. 19) reconocía que la nueva escuela es más lógica que las antiguas escuelas clásicas utilitarias, puesto que aquella partía de la negación de la falta moral, que éstas por el contrario admitían.

Véase también Morrison, *Crime and its causes*, Londres, 1891, capítulo VIII (El castigo del crimen); ídem, *Theory of criminality*, en el *Journal of mental Science*, Abril 1889.

Aun entre los criminalistas clásicos contemporáneos, si la idea de la utilidad social se ha abierto un camino cada vez más amplio, esta idea queda, sin embargo, relegada a un segundo lugar o en todo caso está subordinada al criterio ético de la culpabilidad humana.



de la evolución, se ve producirse un desenvolvimiento analítico de los elementos principales contenidos en los primeros gérmenes de toda institución; y una vez logrado este desarrollo analítico, en el cual con frecuencia los elementos diferentes se combaten pasando de un exeso a otro, la humanidad misma, llegada a un grado elevado de su evolución, reúne de nuevo en una síntesis final estos elementos diversos y vuelve así a su primitivo punto de partida (1).

Sólo precisa hacer notar, me atrevería a agregar, que esta vuelta no es una repetición pura y simple: es la terminación de un ciclo que no puede contener los efectos y las conquistas de la larga evolución precedente, y que por consecuencia es muy superior, en la realidad y en la conciencia humana, al primitivo embrión. Como dice Goethe en su famosa comparación, la humanidad progresa en forma de una espiral que parece volver sobre sí misma, pero que avanza y se eleva siempre (2). Así es como en el dominio económico se acentúa hoy un movimiento de la propiedad en sentido colectivista (aun fuera del socialismo y de los límites que éste impone al derecho absoluto *utendi et abutendi*), movimiento que recuerda precisamente las formas primitivas de la propiedad colectiva. Si se quiere un ejemplo más particular, helo aquí: las mujeres, en las sociedades primitivas, son obligadas a trabajar; después

(1) Loria, *La teoria economica della costituzione politica*, Turín, 1886, p. 14. Y asimismo Cognetti, *Le forme primitive nell'evoluzione economica*, Turín, 1881, al fin de la obra.—Y Dramard, *Transformisme et socialisme*, en la *Revue socialiste*, Febrero 1885, § V. (Ley de regresión aparente).

Me he ocupado también de esta ley en *Divorzio e Sociologia (Scuola positiva)*, 1893, núm. 16), en *Omicidio* (Turín, 1895, p. 240), y más especialmente en *Socialismo e Scienza positiva*, Roma, 1894, págs. 97 y siguientes, y 2.ª edición, Palermo, 1900. Véase también mi contestación a Garófalo, *Discordie positiviste sul socialismo*, Palermo, 1896, y Apéndice de la traducción francesa de mi *Socialismo e Scienza positiva*, París, 1897, p. 212.

(2) Esta idea ha sido sostenida con ayuda de varios ejemplos por De la Graserie, *De la forme graphique de l'évolution*, en la *Rev. intern. de sociol.*, Septiembre 1895; por Kranz, *La loi de la rétrospéction révolutionnaire* (en los *Annales Inst. intern. de sociol.*, 1896, II, 315), y por Zerboiglio, *Le retour au passé* (en el *Devenir social*, Septiembre 1896). De Greef (en *Le transformisme social*, París, F. Alcán, 1895, p. 473) hace algunas reservas; pero me parece que es porque ha tomado aquella idea en el sentido de una vuelta pura y simple y no de un retroceso aparente acompañado de un progreso esencial. Véase también Demoor, Massart y Vandervelde, *L'évolution régressive*, París, F. Alcán, 1897.

son dedicadas únicamente a los cuidados domésticos; hoy quieren ellas, y con razón, conquistar, igual que los hombres, el derecho al trabajo, pero naturalmente quedando libres de las fatigas de los más brutales, a los que son condenadas entre los salvajes. Así también las religiones, siguiendo a Hartmann, pensaban, en las épocas primitivas, que el ser humano podía llegar a la felicidad en su vida individual; luego se trasladó esta dicha a la vida de ultratumba, y hoy se tiende a volverla a colocar en la vida humana, pero reservándola a las generaciones futuras. Igualmente en la política, según Spencer (*Sociologie*, III, cap. V), la voluntad de todos, elemento soberano en la humanidad primitiva, cede poco a poco el paso a la voluntad de uno solo, después a la de un pequeño número (tales son las diversas aristocracias, militares o de nacimiento, de profesión o de riqueza), y hoy se inclina a volver a ser soberana por el triunfo de la democracia. Por lo tanto, pues, quedando en plena armonía con esta ley sociológica, de la cual podrían presentarse otras muchas ilustraciones, con razón se pretende para la función defensiva y penal, después del desarrollo que han recibido, en los siglos pasados y en el nuestro los diversos elementos que la componen y que ha hecho predominar el criterio ético de culpabilidad, que ella vuelva a su punto de partida, que vuelva a ser una función social inspirada, no en criterios extraños e inaccesibles, sino en las necesidades reales de la sociedad humana, y guiada por las nociones positivas sobre la génesis de la delincuencia.

Pero queda un efecto indestructible de la lenta evolución ascensional por la cual esta función ha pasado ya, progresando y elevándose sin cesar a medida que se alejaba de su punto de partida primitivo; a saber, que se va despojando de todo espíritu de *venganza* brutal para conservar únicamente el carácter de una *defensa* pura y simple, impuesta por las necesidades del mantenimiento social.

Quizá se vea subsistir por algún tiempo el sentimiento de aversión contra el delincuente, que tiene tanta importancia a los ojos de Tarde (1) como fuerza moral repulsiva y preventiva; y

(1) Tarde, *La philosophie pénale*, Lyon, 1890, pág. 497. El autor ha

ciertamente tiene su valor en la fase actual de moral transitoria, aun cuando aquél no sea más que uno de los innumerables factores psicológicos que intervienen en la génesis del delito, y por consiguiente, este autor exagere su eficacia; pero tal sentimiento continuará debilitándose hasta extinguirse, según ha ocurrido con otro análogo con relación a los locos. Estos, no hace todavía un siglo, eran odiados y castigados porque se atribuía su locura a su voluntad. Asimismo hoy se aborrece a los delincuentes, porque se atribuye a una falta moral por su parte y a su libre elección su tendencia al delito; mientras que evidentemente, si aun puede conservarse con relación a ellos un sentimiento de repugnancia, como para otros enfermos, por lo menos la aversión no tiene razón alguna de ser.

Digamos, pues, en resumen, que el estudio de esta evolución natural por la que, del hecho embrionario de una reacción de la irritabilidad y de la sensibilidad animales, se asciende al conjunto elevado y muy complicado de costumbres, instituciones y leyes, que constituye el ministerio punitivo moderno, nos conduce a una conclusión que se compone de dos partes de un mismo principio fundamental:

creído, a propósito del Congreso de antropología criminal de Ginebra, interpretar mi pensamiento al decir que yo preveía la extinción del sentimiento de aversión contra los delincuentes, como esto había tenido lugar con respecto a los locos, por el solo efecto del tiempo y de la evolución. (*Revue pénit.*, Diciembre 1896, pág. 1.242). Como hace notar Gauckler, *De la peine et de la fonction du droit pénal au point de vue sociologique* (en los *Archs. anthr. crim.*, Septiembre 1893, pág. 46), existe ya una tendencia constante al crecimiento del sentimiento de piedad y en consecuencia a la atenuación de las reacciones sociales contra el delincuente, de suerte que decía Orchanski (*Les criminels russes*, en el *Arch. psych.*, 1878, XIX, página 1.ª, "la aversión instintiva contra el delincuente es un sentimiento propio del hombre inferior". Pero es evidente, además, que la razón de mi pensamiento se encuentra en las comprobaciones científicas por virtud de las cuales debemos considerar el delito (sobre todo bajo sus formas atávicas) como una de las formas de la patología humana, y no como el efecto de una voluntad malhechora; que es lo que ha acontecido con la locura. De forma que si es verdad, como dice Tarde, que la humanidad odia o no las acciones según que dependen o no de una voluntad malvada, será cierto, igualmente, que siendo el delito reconocido como efecto, no de la malignidad sino de la enfermedad, la razón de esta aversión cesará de existir.

Véase en este sentido: Jelsgerma, *Les caractères du criminel né sont d'origine pathologique*, en las *Actes du Congrès anthr. crim.*, Bruselas, 1893, página 34; Cabadé, *De la responsabilité criminelle*, París, 1893, pág. 37; Vargha, *Die Abschaffung der Strafknechtschaft, graz*, 1896 y 1897, dos volúmenes.

La primera—más o menos completamente aceptada ya por algunos criminalistas, y que es más prácticamente admitida por la conciencia común en vista de la observación sincera de los hechos de cada día—estriba en reconocer al ministerio punitivo *el carácter de una pura misión defensiva o preservativa de la sociedad* (1).

La segunda—que es nueva como afirmación explícita, que por esta razón ha sido más vivamente combatida en principio, y que ahora se acepta como premisa por los eclécticos, pero sin que éstos tengan el valor de sacar lógicamente las consecuencias que ella entraña—consiste en la *independencia de esta función frente a toda condición de libertad moral o de culpabilidad moral en el delincuente*.

Por esta segunda parte se entra verdaderamente, con la sociología criminal, en lo más interesante del problema fundamental de la responsabilidad humana.

### III

50.—Será no obstante bueno, de un modo previo, descartar algunas objeciones que los criminalistas clásicos, aun los más recientes, y algunos eclécticos, no cesan de dirigir al principio de defensa y de preservación social considerado como razón absoluta de la función penal, sin mezcla alguna de otros principios por los cuales se pretendiera completar y regular esta función. Erróneamente se llama a tales principios «principios superiores» (de justicia reparadora o distributiva), porque es claro que, hablando humanamente, no existe nada «superior» a las necesidades de la vida humana, sea individual o social; y es ya tiempo de abandonar las distinciones trasnochadas entre lo *útil*, «arbitrario», se dice vulgar y variable» y lo *justo*, «absoluto, noble, eterno»; puesto que ambos no son en el fondo más

(1) Esta función de defensa o de preservación contra el delito, ora sea en la sociedad o en el individuo, no puede ser independiente de toda condición o regla; que es lo que demostraré bien pronto, dando así una respuesta perentoria a los criminalistas que nos reprochan sin cesar, por una acusación tan cómoda como mal fundada, el sacrificar a la autoridad tiránica de un «interés social mezquino» todas las garantías del individuo delincuente real o supuesto.

que una misma cosa. Lo «justo» no es más que lo útil respondiendo definitivamente a las condiciones naturales de la existencia humana en un lugar y tiempo determinados, distinto, por consiguiente, de la utilidad inmediata y transitoria, que no está conforme con estas mismas condiciones, que sólo merece aquellos bajos calificativos, y que nosotros, positivistas, no admitimos nunca como regla de vida (1).

He aquí estas objeciones.

I. El derecho de castigar no puede ser asimilado al de defensa, porque la defensa tiene en perspectiva un hecho futuro, y la pena un hecho realizado.

II. Esta razón de *defensa o de preservación social*, considerada como principio único del derecho de castigar, constituye un paso hacia atrás, si se la compara con la razón de *tutela o defensa jurídica* puesta en primera línea por la escuela italiana clásica contemporánea, sobre todo si se considera que la defensa social puede legitimar cualquier exceso de poder de parte del Estado en detrimento de los derechos individuales, mientras que la defensa del derecho no admite esta posibilidad (2).

III. En todo caso no es la defensa social el fundamento y el alma de la justicia penal, sino solamente la defensa de la clase dominante.

51.—Cuando la sociedad, en calidad de persona, de cuerpo colectivo viviente, rechaza el ataque de un invasor enemigo, entonces estamos en el caso de la *defensa personal* directamente ejercitada, como cuando el individuo se desembaraza de un ladrón de camino; y no se trata propiamente hablando del derecho punitivo, sino de un caso de guerra defensiva. Es lo que acontece también en el supuesto de que un agente de la fuerza pública se oponga en nombre de la sociedad, a una agresión

(1) Un ecléctico, entre los más recientes, Saleilles, *Individualisation de la peine*, París, 1898, p. 7, repetía lo siguiente: "Política de defensa social, en ella el derecho penal se encierra todo entero: tal es su objetivo directo. Pero política de defensa social adaptada a las necesidades *innatas* de la *idea de justicia*; he aquí lo que es preciso agregar a la fórmula de la escuela italiana."

(2) Carrara, *Programma*, § 611, 815, etc. *Parte especial*, introducción al volumen I, p. 27; *Opuscoli*, I, 261, II, 12, etc. E igualmente en substancia los criminalistas de la escuela clásica.

directa dirigida hacia uno o varios individuos: allí es la sociedad quien ejerce por delegación la defensa personal defendiéndose ella misma en el individuo atacado. Cuando después la sociedad reprime, o, para emplear el lenguaje de otro tiempo, castiga al delincuente por una mala acción ya cometida, no se ejercita la *defensa* en el sentido estricto de la palabra, sino la *preservación*, aunque «el derecho de *defensa* (como observaba ya Romagnosi) no sea más que una transformación del derecho de *conservación*», y, por consiguiente, su equivalente, porque defenderse significa precisamente obedecer y proveer a la necesidad de su propia conservación (1).

La evolución natural de la pena, indicada un poco más arriba, nos prueba con hechos que la justicia penal no debe comprender otra función que la de la defensa o preservación de las condiciones de la existencia social (individual o colectiva). Equivocadamente, en efecto, casi todos los criminalistas han comparado la verdadera defensa propiamente dicha con la represión social; porque ésta debe en realidad compararse a la reacción vindicativa del individuo primitivo contra las ofensas ya sufridas. Los criminalistas llaman «providencial» este instinto primitivo de la venganza, y muchos representantes del ministerio público, hablan hoy todavía, de *vindicta social*, haciendo así alusión, sin saberlo, al origen primero del derecho de castigar (2), así como otras expresiones comunes recuerdan aún de lejos, según la observación de Bagehot, «el espíritu de guerra que penetra, a pesar del tiempo pasado, en nuestra moral» (3). Por esta razón, Stephen afirmaba que «la relación del derecho penal con la venganza es bastante análoga a la que existe entre el matrimonio y el instinto sexual» (4). La reacción individual o colectiva contra la acción criminal—es decir, la acción que ofende las condiciones de existencia del individuo o de la colectividad—no es más que una *venganza defensiva*.

(1) Romagnosi, *Genesis del diritto penale*, § 49.

(2) Pagano, *Principii del codice penale*, § 1.º, etc.; Carrara, *Programma*, § 587.

(3) Bagehot, *Lois scientifiques du développement des nations*, París, F. Alcán, 1875, pág. 85.

(4) Stephen, *General View of the criminal Law of England*, Londres, 1863, pág. 99.

Ellero, cuando escribe que «la pena mira hacia los delincuentes futuros y *no* a aquel (yo diría, y *al mismo tiempo* a aquel) que castiga», confirma precisamente el antiguo adagio «punitur non quia peccatum, sed ne peccetur» (1).

Seguramente la defensa social no es por completo la venganza personal, toda vez que ésta es la primera fase de una evolución que acaba con aquélla; es un *acto* individual y transitorio, que llega a ser una *función* colectiva y permanente, respondiendo a una necesidad permanente y colectiva también. Por esto Romagnosi decía: «La función penal no es ni individual ni temporal: es universal y perpetua para una sociedad entera» (2). Además, esta misma fórmula—«el mal *merece* el mal»—que es, según Kant, Mamiani, Rossi, Guizot, de Broglie, etcétera, la expresión más alta de la justicia moral absoluta y el único fundamento del derecho de castigar, es sólo una quinta esencia de la venganza primitiva y del Talión. Y la regla del Talión constituyó a su vez un gran progreso cuando nació, y se impuso: pero hoy está arrumbada por la evolución moral.

La «moral ideal y absoluta» puede muy bien aconsejar «a aquel que recibe una bofetada sobre la mejilla derecha, que ponga la izquierda»; pero los instintos de conservación, de defensa, de venganza personal, reunidos a la vez, imponen por el contrario una reacción de la cual el «ojo por ojo, diente por diente», fué la primera expresión, que tomó después una forma más general y menos material en la fórmula equivalente—el mal llama al mal—. Pero nosotros oponemos a esta afirmación *gratuita*, y por lo tanto menos moral en realidad, la necesidad de la reacción defensiva impuesta a todo ser viviente por el instinto de conservación.

Desde luego el individuo no podría invocar la razón de legítima defensa si matara a un hombre con el pretexto de que éste u otro había de atacarle en un porvenir más o menos lejano; porque en la vida real, el individuo no está todos los días expuesto a las agresiones. Es, pues, natural que el individuo deba esperar, para defenderse, a que esta agresión se produzca

(1) Ellero, *Opúscoli criminali*, Bolonia, 1875, pág. 132..

(2) Romagnosi, *Genesis del diritto penale*, § 337.

realmente: mientras espera no podrá tomar contra el peligro futuro más que las precauciones preventivas e indirectas que corresponden al individuo y a la sociedad, y que son también las más eficaces.

La sociedad, por el contrario, como organismo colectivo y permanente, sufre todos los días y a todas horas, en tal o cual parte de su conjunto, agresiones criminales continuas, no interrumpidas, bajo la forma de homicidios, robos, falsificaciones, violaciones, incendios, etc. (1). Se puede, pues, decir, sin exagerar, que para ella la agresión es siempre actual e inminente, que ella tiene verdaderamente para sus actos represivos esta condición fundamental de la legítima defensa: de suerte que sólo ejerce, lo repetimos una vez más, una función preservativa inherente a todo organismo social.

52.—Sea, replican los criminalistas clásicos; pero entonces, ¿no véis que hablando de una defensa *social* más o menos impregnada del espíritu de venganza, exponéis al individuo a toda suerte de vejaciones de parte de la sociedad que, en nombre de las pretendidas necesidades o utilidades sociales, exagera la represión, y obtiene por la anulación de los derechos individuales y humanos, aquel famoso orden que «reinaba en Varsovia»? Nosotros, por el contrario, dicen ellos, hablamos de defensa o de protección *jurídica*, y oponemos así el Derecho, límite supremo y absoluto, como un dique infranqueable a todos los excesos de la sociedad frente al individuo.

Estimo inútil hacer notar que esta generosa preocupación de los criminalistas clásicos, es debida a la corriente individualista propia del siglo XIX, y que, llegando a la exageración, continúa viendo en la sociedad moderna lo que era el Estado de la Edad Media, es decir, el enemigo del individuo: esta preocupación disminuirá cada vez más en el moderno equilibrio, que la sociología positiva considera precisamente

(1) De este modo desaparece, con el equívoco en que está fundada, la siguiente objeción sin cesar repetida: "Que no hay defensa legítima contra las agresiones futuras, pues sólo existe contra la agresión actual." Proal, *Déterminisme et pénalité*, en el *Archiv. d'Anthrop. crim.*, Julio 1890, p. 379. Muchos otros lo habían dicho antes que él, y entre ellos Ortolán, *Eléments de droit pénal*, I, § 180.



establecer entre el individuo y la sociedad, como términos inseparables y estrechamente solidarios de la vida humana. Es-timo asimismo superfluo volver con insistencia sobre la idea que tan justamente emitía Livingston en su prefacio al proyecto de Código penal de la Luisiana: «La utilidad general está tan íntimamente ligada con la justicia, que ambas son inseparables en la justicia criminal»; o diría, por mi parte, que son una sola y misma cosa. Me parece más útil reproducir aquí una idea ya expresada en otra parte y que han aceptado tanto Puglia como los demás adeptos de la escuela positiva, idea que confirma una observación hecha por Carrara y repetida por Cisotti, a saber: que a menudo las fórmulas «desemejantes por los términos en que están envueltas, acaban por unificarse en el fondo» (1).

Sí, yo creo que la fórmula—«necesidad de la defensa *jurídica*»—está verdaderamente de acuerdo con los hechos y proporciona la única justificación positiva del derecho de castigar; pero creo también que la fórmula—«necesidad de la defensa o conservación social»—no es sólo equivalente a la primera, sino mucho más exacta que ella.

En efecto, la expresión «defensa del derecho» esconde un equívoco que consiste en no distinguir con precisión el *derecho racional*—conjunto de principios elaborados entre los pensadores y los juristas—y el *derecho positivo*, precepto social, expresión de la voluntad de la mayoría legal y de una necesidad general. Porque si por estas palabras «defensa del derecho» se entiende que la sociedad al castigar, debe trabajar por la conservación de un orden jurídico abstracto, racional, entonces no es verdaderamente la misma cosa que la «defensa social», que representa por el contrario las condiciones concretas de la

(1) Cisotti, *Il diritto penale (Riv. penale, 1876, 283)*.

Y sin embargo, la escuela clásica italiana contemporánea, después de haberse dedicado con ahinco a analizar el delito como entidad abstracta, ha perdido mucho tiempo y mucho ingenio en discutir para saber si la razón del derecho de castigar era la «*tutela jurídica*» (Carrara), la «*conservación jurídica*» (Tolomei), o la «*reintegración jurídica*» (Pessina).

Este bizantinismo llega a su colmo en la famosa fórmula hegeliana: «el delito niega el derecho», pero «la pena niega el delito»; luego «la pena reafirma el derecho», considerando que «la negación de una negación es una nueva afirmación».

existencia social. Pero entonces también es fácil notar que ésta no es la verdadera razón de ser del ministerio punitivo; pues si la sociedad está obligada, al formular sus leyes, a seguir los dictados de la razón y de la ciencia, no obstante ella no puede, una vez que ha realizado bajo una forma concreta un orden de leyes determinado, más que asegurar la conservación del mismo, según existe en la actualidad y sea o no conforme a los principios científicos. Como la idea de derecho no es absoluta, eterna e inmutable (1), pues varía con los tiempos, los lugares y aun las personas, evidentemente el punto de partida único para el estudio científico de una función social sólo puede ser el derecho positivo, tal como es actualmente en una sociedad dada.

Por lo tanto, si se dice que lo que facilita a la sociedad el derecho de castigar es la necesidad de la defensa jurídica, esto no puede significar sino que la sociedad castiga para conservar el orden jurídico existente en un momento histórico determinado. Mas entonces es también fácil ver que «defensa jurídica» equivale exactamente a *defensa social*, porque Sociedad y Derecho son dos términos correlativos e intercambiables. Quien dice *derecho* dice *sociedad*, porque no existe derecho sin sociedad, como no existe sociedad sin derecho. El derecho, como dijo de un modo acertado Ardigó (en una frase singularmente afortunada que ha sido mil y mil veces repetida desde que yo la puse en circulación entre los juristas), *el derecho es la fuerza específica del organismo social*, como la afinidad es la fuerza específica de las sustancias químicas, la vida la de las sustancias orgánicas, la *psiquis* la de las sustancias animales (2).

Así como no hay sustancias químicas sin afinidad, organismos sin vida: animal sin *psiquis*, así no puede haber sociedad sin derecho.

Si un hombre estuviera solo sobre la tierra, ningún límite hallaría a su actividad. Encontraría obstáculos en las fuerzas

(1) Spencer, *Le basi della morale*, Milán, 1881, pág. 45; Hennebicq, *Leçon d'ouverture au cours de droit naturel*, Bruselas, 1896.

(2) Ardigó, *La morale dei positivisti*, Milán, 1879, pág. 550.

Bordier (*La vie des Sociétés*, París, 1887, pág. 25) dice con menos exactitud que "el medio social está gobernado por la sociabilidad, como el medio químico por la afinidad".

naturales o en los demás animales; pero no podría tener ni existir regla jurídica alguna de conducta entre el hombre y las cosas o los otros seres, porque habría heterogeneidad absoluta, ya de orden natural, ya de especie animal. Si el derecho sólo es posible en el hombre, no es porque sea el único dotado de razón y de libre voluntad, como dicen los juristas fieles a la filosofía tradicional, sino únicamente porque la especie, la raza, es el gran criterio de afinidad social, pues no puede existir más que entre hombre y hombre una relación verdaderamente social y por consecuencia jurídica. El alma del derecho es la igualdad, en su relación moral o ideal, y también en su consideración física u orgánica. En efecto, si un hombre civilizado se encontrase con un salvaje de los más inferiores, no podría tampoco tener con él una regla común de derecho: la enorme diferencia orgánica y psíquica que separaría sus dos razas, impediría entre ellos todo acuerdo recíproco sobre los límites impuestos a su coexistencia (1). Las razas más degradadas, según observa con acierto Lubbock, no tienen la idea del *derecho*, por muy familiar y tenaz que sea entre ellas la de la *ley* o del mandato del jefe de tribu (2). Sólo entre hombres que no son muy desemejantes por la raza o la constitución psíquica, puede establecerse una regla constante de conducta, que seguirá, ella también, en su desarrollo y perfeccionamiento, los grados sucesivos de la evolución humana y social. Sin hablar de las sociedades animales, se encuentran aun entre los salvajes ciertas reglas de vida colectiva impuestas por las primeras condiciones de la existencia, y que representan el embrión de este orden social y jurídico que vemos después progresivamente extenderse y complicarse con el desenvolvimiento de la civilización, y pasar de una oposición simple y violenta de fuerzas brutales a un equilibrio racional de facultades jurídicas.

(1) Esta observación que yo había hecho sobre la igualdad o la semejanza, hasta física, como condición de relaciones jurídicas, ha sido reproducida después por Tarde, en su teoría ecléctica de la responsabilidad, fundada sobre la *identidad personal* y sobre la *similitud social*, de la que yo me ocuparé más adelante. Párr. 5.º—Giddings (*The principles of sociology*, New-York, 1896 y traducción francesa, París, 1897), sostiene que el carácter específico y el lazo elemental de la sociedad no son otra cosa que "la conciencia de la especie".

(2) Lubbock, *Les origines de la civilisation*, Turin, 1875, pág. 609.

Así desde el momento que hay dos hombres que están presentes, su actividad externa encuentra límites en su propia coexistencia: el mismo utensilio no puede ser empleado por los dos al mismo tiempo; un sólo alimento no puede servirles a ambos (1). Pues bien, si a estos dos hombres se les une un tercero, un cuarto y así otros hasta formar la tribu salvaje, hasta el Estado moderno, sus relaciones y en consecuencia los límites de sus actividades individuales se multiplicarán y entrelazarán cada vez más, y el orden jurídico no cesará de complicarse. Este sigue también la ley universal de la evolución, por el paso de lo simple a lo compuesto. Mas cualquiera que sea el grado de desarrollo de la idea abstracta del derecho y del orden jurídico concreto, es un hecho incontestable que no puede existir una sociedad humana sin que la actividad de sus miembros tenga límites, es decir, sin que haya un orden jurídico. La concepción experimental del derecho, la sola posible, es el *límite necesario de las actividades coexistentes*. Stuard Mill decía precisamente, que «el derecho es una libertad limitada por otra libertad», y Stein, repite que el derecho «es, hablando abstractamente, el límite entre las personas, en cada momento particular de su vida real» (2). Dante definía el derecho: «hominis ad hominem realis ac personalis proportio», y Kant: «una coacción universal que protege la libertad de todos» (3); Spencer decía: «los derechos son una relación de hombre a hombre, fuera de la cual es imposible aquella correspondencia entre las acciones internas y externas de donde resulta la vida»; y más recientemente: la justicia es «la libertad de cada uno, limitada únicamente por la libertad igual de los otros» (4).

(1) Spencer, *Justice*, Londres, 1891, comienza asimismo la enumeración de los derechos humanos por el "derecho de integridad física" (capítulo IX)—"de locomoción y de movimientos libres" (cap. X)—"de uso de los medios naturales" (cap. XI), etc.

(2) Stein, *Die Volkswirtschaftslehre*, II, *Aufl.*, Viena, 1878, traducción Lambertenghi, Verona, 1879, § 6.

(3) Citado por Carle, *La vita del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale*, Turín, 1880, p. 307, y 2.ª edición, 1891.

(4) Spencer, *Justice*, Londres, 1891, p. 46 y Apéndice A, donde declara no haber conocido la definición de Kant, semejante a la suya.—Pero Spencer no recuerda la definición del derecho, más parecida todavía, dada por Stuart Mill.

Y como es fácil ver, de esta concepción negativa del derecho, como *límite* impuesto por las necesidades de la asociación de existencias individuales, nace este otro término correlativo e inseparable, su concepción positiva como *facultad de hacer y de exigir* todo lo que no exceda por nuestra parte del límite que, marcado por la coexistencia de otro, sirve a contener a éstos con respecto a nosotros en este mismo límite (1).

De aquí se sigue que el derecho y el deber, en lugar de estar el uno con relación al otro en un orden de precedencia y de preeminencia, como han soñado los moralistas y los filósofos del derecho, son contemporáneos e inseparables, como el anverso y el reverso de una misma superficie, porque están determinados por las necesidades inevitables de la existencia humana (2).

Pero el derecho, además de su aspecto *individual* de límite exterior y recíproco entre las actividades humanas coexistentes, y por lo tanto de facultad de hacer y de exigir hasta este límite, debe también ser considerado bajo su aspecto *social*, que es también doble. Es decir, que en tanto que la coexistencia de dos o de varios hombres hace necesaria una serie de límites negativos y de facultades positivas en su actividad externa, es evidente que el derecho no puede ser concebido más que como un producto necesario y una fuerza específica, una función protectriz interna, de todo organismo social.

Así como entre los animales la *psiquis* tiene por origen y función la protección de su existencia, puesto que, por ejemplo, el idiota abandonado a sí mismo muere a consecuencia de la insuficiencia psíquica absoluta en que se encuentra de procurarse y de asegurarse las condiciones necesarias a su existencia (3); de igual modo el derecho tiene por origen y función la

(1) En esto consiste lo que Stricker llama "la fisiología del derecho" (Viena, 1884), constituida por el sentimiento de la facultad de hacer, sentimiento que el hombre debe al poder de la voluntad sobre los músculos y a la experiencia que le enseña que los demás hombres tienen el mismo poder y en consecuencia la misma facultad de obrar.

(2) Véase Kowalewski, *Les origines du devoir*, en la *Rev. intern. de sociol.*, Febrero 1894.

(3) Sergi, *Origine e significazione biológica dei fenomeni psichici*, Milán, 1885.

protección de la sociedad, que no podría existir si, entre los individuos que la componen, no existiera en sus relaciones entre ellos y con la colectividad, este conjunto de reglas negativas (límites) y positivas (facultades) que constituyen precisamente el derecho. Por esto mismo la frase de Ardigó:—«El derecho es la fuerza específica del organismo social»—debe ser completada por la de Ihering:—«El derecho es la garantía de las condiciones de existencia de la sociedad» (1)—. He aquí también por qué el derecho, como idea (en las teorías filosóficas y en la ciencia común) y como hecho (en las leyes o costumbres), no es ni absoluto, ni eterno, ni inmutable. De la propia suerte que el lenguaje, el arte, la economía, la religión y la moral, es un producto especial que varía en el tiempo y en el espacio, según las aptitudes fisiológicas de cada grupo étnico, y las condiciones del medio en que la vida se desarrolla. Así (dicho sea de pasada), mientras que esta manera positiva y relativa de considerar el derecho ha parecido a la filosofía tradicional un verdadero retroceso con el cual se suprime toda garantía contra la arbitrariedad del Estado, al suprimir la autoridad sólida, preexistente y superior, de un arquetipo eterno del derecho (por cuya razón los juristas clásicos escriben Derecho con una D mayúscula, como los platónicos escriben Idea con una I mayúscula), es, por el contrario, la única manera, no digo solamente científica, sino verdaderamente fecunda, de fortificar la conciencia jurídica, entre los individuos y entre las naciones, en vista de aquella «lucha por el derecho», en la cual Ihering señalaba con razón el primer deber de todo hombre civilizado (2).

Si, en efecto, el derecho no es inmutable, sino que sigue la ley de evolución como cualquier otro fenómeno natural y social, es evidente que, así como hoy es diferente del derecho de los pasados tiempos, así también será mañana otro y mejor, porque será siempre más humano, que el derecho de hoy; y la humanidad debe precisamente luchar sin descanso porque el derecho se desenvuelva y se eleve, en lugar de momificarse en

(1) Ihering, *Der Siveckim Recht*, 2.<sup>a</sup> edic., Leipzig, 1884.

(2) Ihering, *La lotta per il diritto*, Milán, 1875.

las fórmulas de los teóricos o en los códigos de los legisladores.

El otro aspecto social del derecho consiste en la sanción legal que es su contenido necesario y que constituye el único criterio positivo (punto acerca del cual tanto se ha discutido) de las reglas de la moral. En todo organismo social las condiciones naturales de la existencia determinan reglas de conducta que en parte tienden a hacer posible y satisfactoria la coexistencia de todos los individuos asociados, y en parte a defender los intereses de la clase dominante; de suerte que puede decirse del derecho considerado bajo este aspecto social, que tiene por función mantener la solidaridad social (Durkheim) y a la vez impedir la desigualdad (Gumplowicz).

Estas reglas de conducta tienen, según veremos más adelante, cada una su propia sanción coercitiva; es decir, que determinan una reacción de la sociedad contra el individuo que las infringe. Solamente cuando una regla de conducta posee para la existencia de la sociedad o para la de una clase una importancia considerable, es aquélla acompañada de una sanción coactiva y llega a ser así una regla de derecho, y no ya de conveniencia o de moral.

Toda infracción a las reglas del derecho determina una sanción, o sea la reacción no sólo de la opinión pública, sino del Estado que pone su fuerza al servicio de una ley emanada de la autoridad social.

La palabra justicia, en su sentido positivo, expresa el conjunto y la idea general de las sanciones sociales que, en todo tiempo y lugar, sea por la costumbre o por la ley, pero siempre con una autoridad coactiva, fijan y protegen las reglas del derecho determinadas por las condiciones especiales de la existencia social. Sin embargo, una ley constante rige el ciclo que recorre, desde su nacimiento hasta su declinación, todo derecho relativo a la defensa de una clase mucho más que a la de toda la colectividad: esta ley es que en principio las *necesidades* de la existencia (individual y social) determinan *intereses* correlativos (en el individuo o en la colectividad), y éstos conducen a una lucha que tiene por objeto transformarlos en *derechos*, asegurándolos por la sanción coercitiva; después los *derechos*, por consecuencia de abusos inevitables y del cambio

de las condiciones económicas, y por lo tanto, sociales, degeneran en *privilegios*; y éstos, con más o menos obstinación, se oponen largo tiempo, pero vanamente, a la evolución social ulterior que se produce por la conquista de nuevos derechos correspondientes a las necesidades y a los intereses nuevos determinados por el cambio de las condiciones sociales (1).

La experiencia directa, transmitida luego hereditariamente, de estas sanciones legales, hace nacer y desarrolla en cada individuo «la conciencia del derecho», y la experiencia de las sanciones de la opinión pública y de la religión, origina y desenvuelve «la conciencia moral», que se debería llamar, para hablar con más exactitud, «el sentido social» (2).

(1) La lucha secular de la burguesía (Tercer Estado) contra las clases dominantes (aristocracia y clero), impuesta por necesidades e intereses nuevos correspondientes al nacimiento de la industria manufacturera y el descubrimiento de América; hoy la lucha del proletariado por su propio derecho, es decir, para el derecho humano de todos los miembros de la sociedad, lucha determinada por las necesidades e intereses nuevos consiguientes a la gran industria capitalista característica del reinado de la burguesía, son ejemplos manifiestos de esta transformación, primero evolutiva, después involutiva, de las necesidades en intereses, en derechos y en privilegios.

(2) D'Aguanno (*Genesi ed evoluzione del diritto civile*, Turín, 1890, páginas 99 y siguientes) sostiene con razón que la conciencia jurídica aparece espontáneamente en el pueblo como sentimiento que acompaña la recíproca limitación de las actividades coexistentes. Pero sufre equivocación, a mi entender, al no aceptar, combatiendo con esto la teoría inglesa (Stuard Mill, *L'utilitarisme*, cap. V, París, F. Alcán; Bain, *Les Emotions et la volonté*, pág. 1.<sup>a</sup>, cap. XV, París; Spencer, *Principes de psychologie*, II, pág. 625, París; y *Justice*, Londres, 1891, págs. 152, 155), que la sanción jurídica deriva de la afirmación de las sanciones legales de parte del poder social; porque éste también es al propio tiempo un elemento incontestable de la génesis de la "conciencia del derecho" en cada individuo. Sólo de este modo puede explicarse el predominio creciente del elemento *psicológico* sobre el elemento *psíquico* en la coacción como carácter específico del derecho (véase Neukamp, *Das Zwangsmoment in Recht*, en el *Jahrb. intern. Verein. vergleich. Rechtsw.*, 1899, IV, fasc. I).

A los ojos de la filosofía metafísica, al revés, el hombre nace, ya se sabe, con un sentido moral congénito, gracias al que, anteriormente e independientemente de toda experiencia social, tiene el sentimiento de lo que es justo o injusto, según las reglas eternas y absolutas de la ley moral. En esta afirmación hay una parte de verdad; la predisposición hereditaria que posee todo hombre a sentir y concebir las reglas de la moral y del derecho merced a la experiencia de las generaciones pasadas, que facilita desde la niñez aquellas enseñanzas de que se compone la educación; pero es preciso rechazar por inexacta y quimérica (la ciencia ha renunciado para siempre a ella después de la crítica triunfante que Locke ha hecho de los principios innatos) la existencia pretendida de las normas absolutas y eternas de la moral y del derecho, de las que todo



A continuación del estudio teórico y sistemático de las normas negativas y positivas de la actividad humana, bajo sus aspectos individual y social, nace y se desarrolla la ciencia del derecho: esta será metafísica o positiva, según parta de abstracciones ideales o de la observación de los hechos, y seguirá las fases de la filosofía general, porque si ésta estudia al hombre por entero, aquélla lo hace de una parte importante del hombre, o sea de la vida social, exterior, jurídica.

De cualquier modo, sin embargo, que se considere esta parte de la existencia humana, ya sea bajo su aspecto individual—límite inevitable entre dos o más actividades coexistentes y como facultad correspondiente y necesaria de hacer y exigir todo lo que entra en este límite—ya sea en su aspecto social—como fuerza específica de todo organismo social y como sanción colectiva correspondiente y necesaria—en todo caso queda establecido que *sociedad* y *derecho* son dos términos equivalentes y correlativos. En su virtud, decir defensa jurídica o defensa social es idénticamente la misma cosa; sólo la fórmula que habla de defensa social es más exacta, porque excluye un posible equívoco con este derecho abstracto y absoluto que nada tiene de común con el ministerio punitivo considerado en su ejercicio práctico como función social cotidiana.

Primero se ha castigado para vengar las ofensas, después para apaciguar la divinidad ultrajada y restablecer la autoridad del príncipe atada por el delito; más tarde se creyó que la razón del derecho de castigar era una justicia más o menos absoluta o la obligación de corregir al culpable, y se atribuía a este derecho el carácter de sacerdocio moral; por último, se ha pensado que la verdadera base era la necesidad de la defensa jurídica o social.

De todas suertes, sean las que fueren las razones y el fin invocados por los pensadores, la sociedad ha ejercido en todo

hombre llevaría en sí la conciencia innata. Como decía Pascal, un mericano basta a derribar todas las reglas de la justicia: matar a los padres es la más horrible de las injusticias para un europeo, y por el contrario, es el más sagrado de los deberes morales para los habitantes de Sumatra y para los de otras poblaciones salvajes (consúltese para la crítica de las ideas innatas, Laviosa, *La filosofía científica del dritto in Inghilterra*, parte I, Turín, 1897, págs. 313 y siguiente).

tiempo el ministerio penal o represivo; lo cual significa que es una condición esencial de la existencia social (1). No es, en suma, más que un efecto de la ley universal de conservación; es, por lo tanto, una función que, despojándose gradualmente del espíritu de venganza, de penitencia, de justicia retributiva, debe hoy ser reducida a su carácter verdadero de clínica preservadora contra la enfermedad de la criminalidad.

53.—La última objeción contra la idea de que la defensa social es la razón de la función penal, es afirmar que «el oficio de las leyes penales no ha sido hasta aquí defender a la sociedad, es decir, a cuantos grupos la componen, sino que ha sido proteger particularmente los intereses de aquéllos en cuyo favor está constituido el poder político, o lo que es igual, de la minoría» (2).

Quiero recordar a este propósito que desde mi segunda edición italiana (1884), he dicho siempre que «defensa social» equivale a defensa del orden jurídico *concreto*: pues bien, es incontestable que en este orden concreto prevalecen en cada época

(1) Carrara (*Programa*, § 612), dice: “No es la sociedad la que hace nacer el derecho de castigar; es la necesidad de castigar a los violadores del derecho lo que origina la sociedad civil.”

Sin contar con que esto constituiría un retorno inesperado a la teoría por completo artificial del contrato social, es extraño en todo caso que pueda concebirse: 1.º “Que el derecho haya existido antes que la sociedad civil”; pero si no había sociedad, ¿dónde y cómo se albergaría el derecho civil? *In mente Dei* quizá, pero no entre los hombres.—2.º Que la sociedad civil se haya constituido para castigar a los violadores del derecho. La sociedad humana se constituyó ante todo, porque el hombre, lo mismo que otras especies animales, no puede vivir en el aislamiento; pero además por otras razones y para otros objetos mucho más nobles y fecundos que el de “infligir castigos a los violadores del derecho”, ¡como si ésta no fuera más que una “sociedad de seguros mutuos contra el delito, como existe contra el incendio y el granizo!” Esto me confirma en mi opinión de que si Carrara fué un grande y maravilloso espíritu como anatomista teórico y práctico de los delitos (como seres jurídicos), no lo fué en el mismo grado como jurista, sociólogo y psicólogo.

(2) Vaccaro, *Genesi e funzione delle leggi penali*, Roma, 1889, p. 101; Loria, *Les bases économiques de la constitution sociale*, Paris, 1893, páginas 114 y siguientes; Stein, *Die Gesellschaftslehre*, 56 a 73, y *Gegenwart und Zukunft des Rechts und Staatwissenschaft*, II, 4 y III; Ihering, *Der Zweck im Recht*, cap. VIII, § 2; Gumpłowicz, *Grundriss der Sociologie*, Viena, 1885, págs. 189 y siguientes, y en la traducción francesa; *Précis de sociologie*, Paris, 1896, págs. 309 y siguientes, donde dice que “el verdadero principio, el alma misma de todo derecho, es el mantenimiento de la desigualdad”.

histórica los intereses de las clases dominantes; pero también es incontestable que la civilización evoluciona precisamente en el sentido de borrar de un modo gradual o atenuar en el derecho social las desigualdades más visibles entre las clases dominantes y las clases sometidas. Por esto se ha luchado primero, y victoriosamente, para suprimir la desigualdad civil (amos y esclavos), después la desigualdad religiosa (ortodoxos y heréticos), luego la desigualdad política (lucha del tercer estado o burguesía contra la aristocracia y el clero), y ahora se lucha por suprimir la desigualdad económica (proletariado y burguesía), según ya he explicado más ampliamente en otra parte (1).

En definitiva, esta objeción no tiene, pues, nada de concluyente contra la solución dada por la escuela positiva al problema de la responsabilidad y de la justicia penal.

Pero si esta objeción carece de valor para desvirtuar el contenido y el fondo de nuestra teoría sobre la defensa y la preservación social como única razón positiva de la justicia penal, sirve, no obstante, para precisar mejor los límites y las tendencias de la misma en el momento en que, según yo he hecho recientemente, se integra la idea de *defensa social* con la de *defensa de clase*.

Cuando los positivistas, después de haber insistido en un principio, como era necesario, acerca de la constitución y de la afirmación del factor antropológico en la génesis natural del delito, hubieron de volver su atención también sobre las influencias sociales que actúan en la criminalidad, y sobre sus relaciones con la justicia penal (2), ocurrió que en Italia y en otros países los sucesos político-sociales (atentados anarquistas, panamismo y su relativa impunidad, movimientos populares en Sicilia y la Lunigiana, y represión que los combatió por el estado de sitio y los Tribunales militares, cuyos hechos se repitieron en 1899), pusieron como bajo un

(1) *Socialismo e scienza positiva*, Roma, 1894, y 2.ª edición, Palermo, 1900.

(2) Es lo que de otra parte y por mi cuenta, he hecho siempre desde un principio, precisamente con la clasificación de los factores antropológicos, físicos y sociales de la criminalidad, y en consecuencia con la clasificación bio-sociológica de los criminales.

cristal de aumento los males más secretos del mecanismo penal (1).

Fué entonces cuando habiéndome dedicado, después de la tercera edición italiana de la presente obra (1892), al estudio de la teoría marxista como doctrina sociológica, llegué de una parte a la consecuencia de que el socialismo científico es la conclusión lógica e inevitable de la sociología, condenada de otra suerte a permanecer estéril e impotente (2); de otra parte llegué a distinguir en la criminalidad, dos grandes categorías de hechos diferentes por su carácter, sus móviles y sus consecuencias, y en la función penal dos espíritus, en antagonismo mayor o menor y prevaleciendo más o menos el uno sobre el otro, según las formas diferentes de la criminalidad que hubiera que reprimir (3).

Existe, en efecto, una criminalidad atávica y una criminalidad evolutiva. La primera es la criminalidad «común», que se presenta bajo la forma muscular y atávica propiamente dicha, o en la forma fraudulenta, más moderna y modificada por la evolución. La segunda es la criminalidad, político-social, aquélla que bajo una u otra de las dos formas tiende (de una manera más o menos ilusoria) a acelerar las fases futuras de la vida político-social (4).

(1) Siempre, en la sociología, hay de estos *hechos reveladores*, que ponen a una luz más viva los defectos y el espíritu de ciertas instituciones. Así el proceso Dreyfus ha *revelado*, como hubiese podido hacerlo una lupa, los defectos y el espíritu de la justicia militar (dominada por el militarismo aliado a su vez al clericalismo), en oposición con la justicia civil en los trabajos de la Cour de Casation francesa, relativos al mismo proceso. Los errores judiciales y los abusos de la justicia militar eran y son todavía un fenómeno cotidiano; precisaba, a pesar de ello, el inmenso clamor levantado por el proceso Dreyfus para obtener la evidencia.

(2) *Socialismo e scienza positiva*, Roma, 1894, y segunda edición, Palermo, 1900; *Sociologie et socialisme*, en los *Annales Inst. intern. Sociol.*, París, 1895, I, 157.

(3) *Delinquenti ed onesti*, en la *Scuola positiva*, Junio 1896; *Temperamento e criminalità* (Memoria presentada al Congreso antropológico criminal de Ginebra), en las *Actes*, etc., Ginebra, 1897, p. 86, y en la *Scuola positiva*, Agosto 1896; *La justicia pénale*, resumen del curso de Sociología criminal en Bruselas, 1898.

Sobre este resumen, véase: Cruppi, *Les idées de M. E. Ferri sur la justice pénale*, en la *Revue bleu*, 3 Diciembre 1898; Richard, en el *Année sociologique*, París, 1898, I, p. 435 y París, 1899, II, p. 413; ídem, en la *Revue philosophique*, Diciembre 1898; Quirós, en la *Rev. gen. de Legis. y Jurisp.*, Enero 1899.

(4) No empleo los términos "criminalidad atávica", "criminalidad

Por esto la distinción entre la criminalidad atávica y la criminalidad evolutiva, que tiene sobre todo un fundamento psicológico-social (en el carácter de los *motivos determinantes*), se complica aún más, en la vida real, ya por sus *formas de ejecución*, que pueden ser atávicas en la criminalidad evolutiva y viceversa, sea por la *categoría antropológica* de los criminales.

La criminalidad bajo su forma más característica (muscular), se encontrará, *por regla general*, entre los criminales natos, o habituales o alienados; y cuando se presente entre los delincuentes ocasionales o por pasión, tomará, *por regla general*, las formas menos graves de la violencia o del fraude. Y más seguramente todavía, la criminalidad evolutiva será, por lo general, la obra de los pseudo-criminales, es decir, de los hombres normales (para las formas de pura heterodoxia político-social), o de criminales pasionales (por fanatismo como Orsini y Caserio) u ocasionales (sobre todo en los delitos colectivos y en los de las muchedumbres); pero puede ser también, por excepción, la de los criminales natos (como, por ejemplo, Ravachol) o de criminales enajenados (ejemplo, Pas-sanante) (1).

El problema práctico de las medidas que deben tomarse contra los autores de determinado delito, no podrá, pues, ser resuelto más que por la aplicación simultánea de los diversos criterios bio-sociales (como veremos más adelante en el § VII, núm. 68, y en el capítulo IV, §§ V y VII, es decir, de las con-

evolutiva", en el sentido que les han dado Sighele y Ferrero, que fueron los primeros en emplearlos (*Il mondo criminale italiano*, I, Milán, 1893 y II, Milán, 1895), al llamar criminalidad atávica a la que es violenta y material, y criminalidad evolutiva a la que es fraudulenta e intelectual.

(1) El bandolerismo es desde este punto de vista uno de los fenómenos más característicos; porque puede en efecto pertenecer a la criminalidad evolutiva (aquella cuyos móviles son políticos o de protesta social, como en el tipo de Karl Moor, inmortalizado en *Los bandidos*, de Schiller), o a la criminalidad atávica (cuyos móviles son la venganza, la ferocidad, la avaricia), bajo sus formas más terribles. Puede limitarse a formas leves de violencia o de fraude (cartas amenazadoras, secuestros sin heridas, etc.), y puede llegar hasta las formas más atroces (crueldades, canibalismo, etc.). Puede encontrarse en los criminales pasionales y de ocasión (bajo el tipo clásico de los *bandidos* que se echan al campo después de un homicidio inspirado por los celos o por el honor ofendido), y entre los criminales habituales y por tendencia congénita.

Así se explica la fascinación que los jefes de bandoleros han ejercido siempre en las poblaciones primitivas.

diciones del *acto*, del *agente* y de la *sociedad*, según el derecho violado, los motivos determinantes y la categoría antropológica del delincuente.

Mientras tanto, por lo que hace relación la presente cuestión, la conclusión es que en todos estos fenómenos criminales hay siempre una amenaza material o una violación efectiva de las condiciones actuales de existencia del individuo (en su personalidad bio-social) o de la sociedad (en su constitución histórica concreta). Pero lo que los separa esencialmente a unos de otros, de un modo independiente de la morfología diferente de violencia o de fraude, son los móviles por los cuales el autor del hecho es determinado, móviles de interés egoísta y antisocial, o móviles de interés altruista y social. De donde resulta que, contra la criminalidad atávica, existe un interés universal de defensa, mientras, con respecto a la criminalidad evolutiva, el interés se reduce a la minoría de las clases dominantes.

A esta distinción entre la criminalidad atávica o antihumana y la criminalidad evolutiva o antisocial (en sentido estricto), responde la que se hace entre la defensa social y la defensa de clase, que puede también degenerar en tiranía de clase (1).

La idea de «defensa social» y la de «defensa de clase» son una y otra incompletas. La síntesis que las integra es la que yo he ofrecido en la pág. 83 de mi *Justicia penal*; o sea que la función penal, por la cual el Estado hace al individuo responsable del delito cometido por él, es la expresión y el efecto de una doble necesidad natural: de un lado preservar a la colectividad toda, de las formas antihumanas de la criminalidad, y de otro defender a una parte de la colectividad, la clase dominante.

Esta preservación y esta defensa prevalecerán diversamente, según que la criminalidad sea atávica o evolutiva, atacando en el primer caso a las condiciones inmanentes de la exis-

(1) Otro tanto puede decirse a propósito de las relaciones entre el derecho civil y los intereses de la clase dominante, de las que tantos autores se han ocupado después de Menger (*Il diritto civile e il proletariato*, 1889, y traducción italiana, Turín, 1894).

Spencer lo reconocía también (*La Giustizia*, § 106) al decir que "la historia ha demostrado de una manera irrefutable que aquellos que detentan el poder se sirven de él en su propio beneficio".

tencia humana, y en el segundo al orden político-social, que siempre es históricamente transitorio (1).

Por esta síntesis, podemos perfectamente distinguir en la justicia penal la parte relativa a los intereses transitorios de la clase dominante, y la que atañe a las necesidades imprescriptibles de la defensa individual y social contra la enfermedad de la criminalidad, análoga a los otros males que amenazan la existencia humana.

Mas no es esto todo: en virtud de esta síntesis, la escuela criminal positiva tiene el derecho de dar a la fórmula de la defensa social una significación más amplia, más completa y más eficaz: quiero decir con esto que, en el actual estado de la sociedad, precisa entender por *defensa social* no sólo la protección de toda la colectividad contra los ataques de la criminalidad atávica, sino a la vez la de la clase dominante contra los ataques de la criminalidad evolutiva, haciendo observar, sin embargo, que el Estado debe defenderse contra la criminalidad evolutiva de modo distinto que contra la criminalidad atávica (2). Pero al contrario, en el porvenir de la justicia penal», la ciencia debe indicar e imponer un predominio siempre creciente, hasta llegar a ser exclusivo, de los intereses permanentes y comunes de la colectividad entera, reduciendo al minimum, cuando no eliminando completamente, la parte que concierne a los intereses y privilegios de clase, y transformando así la justicia penal, de un mecanismo de dominación política que es, en una clínica social preservadora (3).

(1) Esta doctrina marxista sobre los intereses y privilegios de la clase dominante, sirve para precisar las razones y los excesos de la *represión* de los delitos políticos y sociales, como la teoría de Lombroso sobre el "misonicismo" contribuye a determinar la génesis social y personal del *delito* político.

La una, pues, se completa con la otra, y las dos teorías reunidas dan la representación completa de la realidad.

(2) Puesto que el egoísmo personal o colectivo, exagerado por un temor con frecuencia simulado, aunque en gran parte sincero, es a menudo causa de excesos en la feacción defensiva, vemos que no sólo en las leyes excepcionales, sino también en los Códigos ordinarios, la criminalidad evolutiva es castigada más severamente que la criminalidad atávica.

(3) La función social de la religión debe recibir una solución análoga.

Kidd (*Social evolution*, Londres, 1895) sostiene abiertamente que el oficio de la religión es moderar y reprimir las actividades individuales en conflicto con los intereses sociales (los de la clase dominante). Loria,

Así, pues, para emplear las palabras de otros tiempos, vacías de hoy para siempre del sentido que contuvieron, la teoría que considera la *defensa social* como fundamento de la función punitiva, responde todavía, gracias a la síntesis que acaba de ser indicada, a las condiciones positivas y presentes de la sociedad contemporánea; pero aquélla permanece, sin embargo, como fin y criterio de las modificaciones futuras, inevitables y ya comenzadas, que transforman la justicia penal, al ponerla de acuerdo con los datos suministrados por la antropología y la sociología sobre las causas y en consecuencia sobre los remedios de la criminalidad.

#### IV

54.—B. Las objeciones de este modo refutadas dejan perfectamente establecida y precisada la primera parte, que es también la menos heterodoxa, de nuestra conclusión general, a saber: que el ministerio punitivo es una pura y simple función de defensa social. Queda la segunda parte, que pertenece propiamente a la escuela positiva: aquella que sustrae en absoluto este ministerio punitivo a todo criterio de responsabilidad o de culpabilidad *moral*, y que establece en su lugar un criterio bastante más positivo, el cual en todo caso no podría ser impugnado en razón únicamente de las diferencias en las creencias religiosas o filosóficas y de los hábitos mentales.

Esta parte que corresponde de un modo propio a la escuela positiva, y que indiqué por primera vez en mi trabajo *sobre el derecho de castigar como función social* (en el *Archivio di psichiatria*, 1882, III, fascículo 1), es hoy aceptada por otros positivistas y por algunos eclécticos; habiendo adquirido para siempre derecho de ciudadanía en el mundo científico y permanece íntegra en sus líneas esenciales.

No obstante, para prevenir aquellos equívocos verbales so-

entre otros, le ha respondido (*La théorie sociologique* de M. Kidd, en la *Rev. intern. de sociol.*, Julio 1899) que no sólo se rebaja así la religión hasta hacer de ella la aliada del gendarme (es decir, del ministerio penal en tanto que sirve a la dominación de una clase), sino que hay error en no ver que tal función cesará cuando el antagonismo de las clases sociales sea eliminado por una organización económica más adelantada.