

II

LA PENA COMO ACCION INSTINTIVA

1. Al calificar la pena primitiva como ciega e instintiva reacción, en una palabra, como acción instintiva, quería yo en primer lugar y principalmente expresar con agudeza una cualidad negativa de la pena primitiva. La pena, en efecto, no es, como lo suponen unánimemente los sustentadores de las teorías relativas, una utilización del ingenio humano, el resultado de un cálculo estatal; no ha sido gestada por la idea de fin, sino independientemente de ella y ha entrado precediéndola en la historia de la cultura humana. Si la pena fuese una invención de la sagacidad humana, cosa que nosotros negamos, sería imposible que pudiéramos encontrarla en todas partes, en la prehistoria de todos los pueblos, en la misma recurrente forma típica, tal como lo ha podido comprobar en forma tan brillante, como convincente, la ciencia del Derecho comparado, no obstante los vacíos de su material y a pesar de la inseguridad de sus movimientos ¹⁰. Si fuese una invención del ingenio humano,

¹⁰ Cfr. especialmente los distintos trabajos de A. H. Post: *Die Geschlechtsgenossenschaft der Urzeit (Las sociedades de estirpes de la prehistoria)*, 1875; *Der Ursprung des Rechts (El origen del Derecho)*, 1876; *Die Anfänge des Staats und Rechtslebens (Los*

¿cómo podríamos explicarnos los distintos fenómenos observables en los animales, análogos a la pena primitiva, y diferenciables de ella tan sólo cuantitativamente? Pues, precisamente, porque la pena primitiva fue *acción instintiva*, esto es, una reacción no determinada por la finalidad, contra perturbaciones de las condiciones de vida del individuo y de los grupos ya existentes de individuos; lo que quiere decir, contra acciones que nosotros, para emplear una formulación breve, aunque imprecisa, podríamos designar como delitos. Precisamente, por ello es la pena consecuencia necesaria del delito. Esta conclusión, a mi juicio, difiere fundamental y definitivamente de todas las teorías relativas. A fin de expresar con la mayor fuerza y precisión posibles esta necesidad de la pena, su independencia del ingenio humano, y de la sagacidad estatal, y destacar el rechazo de la idea de fin en la pena primitiva, la he designado como acción instintiva. ¿Puede el *dikaion physei* ser acentuado aún más? ¹¹.

Pero, ¿de dónde procede esta acción instintiva? ¿Cómo podemos explicarnos igual aparición de la pena primitiva en todos los escalones iniciales de la

inicios de la vida del Estado y del Derecho), 1878, y *Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend ethnologischer Basis* (Elementos para una ciencia jurídica general sobre base etnológica comparada), vol. I, 1880, vol. II, 1881 (*Zeitschrift*, II, pág. 117).

¹¹ Por ello, la observación del *Handbuch* de Von Bar, I, pág. 195, radica en un malentendido

historia humana? ¿Cuál es la causa de esta instintiva y por ello necesaria reacción contra el delito?

Quien quiera recurrir a la metafísica para responder a esta cuestión, es dueño de hacerlo. Mi concepción de la pena no se lo impide. Porque la interpretación del hecho, sea cual fuere la manera de formularla, no toca a la existencia empírica del hecho, y tan sólo esto último es lo que me preocupa. Una sola cosa no puede ser olvidada: la ciencia termina donde empieza la metafísica. Si el empeño de traspasar las barreras del conocimiento empírico, de descifrar el enigma del universo, de levantar el velo de la maja; si este impulso, el más serio y santo de todos, arraiga aún profundamente en nuestra naturaleza, y no sólo arraiga, sino que es una exigencia para nosotros, quédenos en claro que por tal camino no se llega a la verdad científica. La ciencia del Derecho penal no es hostil a las explicaciones metafísicas de la pena, ni en sí las rechaza, pero necesariamente tiene que considerar extraños a ella todos estos intentos y permanecer alejada de los mismos.

¿Me engañará la esperanza de que es precisamente en este punto donde podría lograrse un entendimiento de las concepciones opuestas, un entendimiento entre el Derecho penal y la filosofía frente a la línea infranqueable, ni desde acá ni desde allá?

Pero este rechazo de la metafísica, no desde las concepciones del mundo que compiten buscando aceptación, sino desde el punto de vista de la ciencia que pretende conocer, no significa el rechazo de hipótesis científicas, supuesto que ellas no pretendan aparentar más de lo que son. Conforme a las hipótesis que

ya insinué en mi *Derecho penal del Imperio*, acerca de cuya fructífera idoneidad me convenzo más y más, la pena primitiva es acción instintiva, no sólo en sentido negativo, sino también en el sentido positivo y auténtico; acción instintiva, queriendo significar consecuencia del afán de autoafirmación del individuo, y autoconservación individual (y con ello también y en último término conservación de la especie), la que reacciona frente a perturbaciones exteriores de sus condiciones vitales a través de acciones que repelen la causa de tales perturbaciones. Así quedaría a la vez justificada y explicada de nuevo nuestra tesis sobre la ausencia de la idea de fin en la penalidad primitiva, toda vez que el instinto se distingue, también en esta significación positiva, por su ciego e impulsivo actuar, de la voluntad en sentido estricto.

Ahora bien, la referencia de la pena primitiva a aquella reacción de repulsa contra perturbaciones externas me parece tan confirmada por los hechos, y en lo esencial tan generalmente reconocida ¹², que, personalmente, no quisiera introducir en la explicación de la pena el instinto individual de conservación, ni siquiera como hipótesis, aun cuando no tenga motivo para

¹² Dühring, *Kursus der Philosophie (Curso de Filosofía)*, 1875, págs. 219 y sigs.; E. von Hartmann, *Phaenomenologie des sittlichen Bewusstseins (Fenomenología de la conciencia moral)*, 1879, págs. 196 y sigs. Post, *Bausteine*, I, pág. 141: "En todas partes la venganza actúa con la fuerza de una ley natural. Su no uso equivale a la opresión o a la destrucción de la individualidad". Cfr. también Jellinek, *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht, Strafe (La significación éticosocial del Derecho, de lo ilícito y de la pena)*, 1878, págs. 90 y sigs.

plantear reparo alguno en contra de esta argumentación. Tal como el animal, así también el hombre primitivo reacciona contra entorpecimientos externos, sea que provengan de un ser vivo, racional o irracional, sea que tengan su origen en la lucha de las fuerzas naturales; como en aquél, así se da en éste la reacción como una autoafirmación, por destrucción o lesión de quien se capta como autor del entorpecimiento. Aunque el progreso de la civilización haya hecho retroceder las reacciones instintivas, procurando vías indirectas para la satisfacción del instinto, todavía en nuestros días, en el caso de la *ley de Lynch*, el instinto sojuzgado barre con elemental violencia (su signo distintivo) las barreras que le coloca la sociedad.

La hipótesis comienza sólo si nos figuramos el instinto de autoconservación individual al servicio inconsciente de la conservación de la especie ¹³. No

¹³ La fundamentación y el desarrollo de esta concepción del instinto de conservación se encuentran en los siguientes trabajos de G. H. Schneider, con amplia base empírica: *Der tierische Wille* (*La voluntad animal*), 1880, y, especialmente, *Der menschliche Wille vom Standpunkte der neueren Entwicklungstheorien (des Darwinismus)* (*La voluntad humana desde el punto de vista de las recientes teorías de la evolución [del darwinismo]*), 1882. Por otro camino va Post, *Bausteine*, I, pág. 140: "El sentimiento de venganza es muy general; no se dirige sólo contra otros hombres. Cuando no es domeñado por el intelecto, se dirige también contra animales u objetos inanimados. Tampoco es exclusivo del hombre; lo conoce asimismo el animal. Esto guarda relación, al parecer, con la forma de expresión teluricoorgánica de una ley cósmica general, que actúa sobre el hombre por ser éste un individuo cósmico. El mantenimiento de la individualidad en toda su fuerza frente a otros individuos cósmicos es el contenido de todo acto de venganza, y

quisiera proseguir con tal hipótesis, que nos podrá proporcionar alguna profunda visión en la esencia de la pena, y que por ello se justifica a sí misma ¹⁴. Sin embargo, acaso no carezca de interés observar cómo tal pensamiento reaparece siempre con las variaciones más diversas, desde el *physeí politikón dsóon*, de Aristóteles, hasta la "coincidencia de los fines", de Ihering, según el cual el egoísmo trabaja al servicio de la totalidad como "el infusorio: viviéndose a sí mismo, construye el mundo" ¹⁵.

¿Será necesario recalcar expresamente que, también por la aceptación de nuestra hipótesis, subordinándose el instinto de autoconservación al instinto de conservación de la especie, no se excluye la explicación metafísica? La teoría científica natural de la descendencia no ha resuelto, ni podido ni querido resolver, el enigma universal. Colóquese el instinto de conservación de la especie al servicio de un poder superior, de una idea, de un ordenamiento divino del

en cada individuo cósmico se asienta el instinto de conservar su individualidad. Sólo cuando hayamos comprendido la posición del hombre en el universo como sistema cósmico parcial, podremos pensar en referir la venganza a sus orígenes cósmicos. Por el momento debemos renunciar a ello".

¹⁴ Aquel para quien el término resulte hiriente, escriba, en vez de *conservación de la especie, humanidad*. Mientras se trate de la pena humana como emanación del instinto de conservación (y sólo de esto se trata aquí), el cambio no supone diferencia.

¹⁵ Von Ihering, *Zweck im Recht (El fin en el Derecho)*, págs. 38 y sigs., y especialmente pág. 52.

mundo, y con ello queda tendido el puente para todo aquel que no tema el "viaje al reino de las cosas en sí". Pero la ciencia del Derecho penal se traicionaría a sí misma si pensara en seguirle ¹⁶.

2. El valor de toda hipótesis se determina por los servicios que presta. Ella debe aguzar la vista del observador cuando éste investiga los hechos, y debe facilitarle las conclusiones, cuando él examina y juzga los hechos que ha descubierto. La remisión de la pena primitiva en forma inmediata al instinto de conservación, y en forma mediata al instinto de conservación de la especie, se acredita, en seguida, al procurarnos reconocer y comprender con claridad un hecho a menudo, por no decir regularmente, pasado por alto, que es de la mayor importancia para la comprensión de la historia del Derecho penal. La pena primitiva, como consecuencia, aunque sea tan sólo mediata, del instinto de conservación de la especie, debe, desde su principio, tener carácter social, aparecer como reacción social contra perturbaciones sociales. Tal cual el *bellum omnium contra omnes* como estado originario de la humanidad no existió sino en la ahistórica especulación de tiempos pasados, así tampoco ha existido en la historia de la humanidad una venganza privada desprovista de todo elemento social. El hombre entra como *politikón dsóon* a la historia universal: lo que acaso precediera, cae tam-

¹⁶ Von Bar, *Handbuch*, I, págs. 302, 306 y 307, ha hecho a mi opinión el reproche de ser una descripción y no una explicación de la pena. En cierto sentido, esto es correcto. Quien pretenda ex-

bién, desde el punto de vista del darwinismo, y precisamente desde él, antes de la humanización ¹⁷.

La observación de la historia confirma esta consecuencia, extraída de nuestra hipótesis.

La primera forma de la pena primitiva, la venganza de la sangre, no es venganza privada, sino venganza de la familia o de la *gens*. Tiene su raíz en la primitiva asociación, la sociedad de la sangre, la *Sippe*. Originariamente, aparece como desafío de dos *gentes*; constituye derecho y deber de la *Sippe* del muerto o del lesionado ¹⁸, y se dirige contra toda la *Sippe* del autor ¹⁹, como portadora colectiva de la deuda de sangre ²⁰. Lo propio puede decirse del dinero dado en reparación, que aparece sustituyendo a la venganza de sangre, el que, en un principio, es pa-

plicar lo inexplicable, que abandone el terreno de la ciencia. Pero, si explicar quiere decir retrotraer a la última causa conocida, el reproche es injustificado. En el instinto de conservación de la especie humana hemos llegado a la frontera del conocimiento natural.

¹⁷ Cfr. Jellinek, op. cit., pág. 17.

¹⁸ Donde existe parentesco femenino, se venga por ello el hermano de la madre o el hijo de la hermana. Post, *Bausteine*, I, pág. 146.

¹⁹ También aquí es decisivo el sistema de parentesco femenino. Post, op. cit.

²⁰ Acerca de la pena de la familia, cfr. Post, *Bausteine*, I, págs. 238 y sigs., y Bernhoeft, *Staat und Recht der roem. Koenigszeit* (*Estado y Derecho en el tiempo de los reyes romanos*), 1882, pág. 48, nota 1.

gado y recibido por toda la comunidad ²¹. Sólo paulatinamente se limitan la venganza y la responsabilidad de la sangre: aquélla, al heredero más próximo; ésta, al autor del daño. Y lo propio vale para el dinero de reparación. Pero aun las formas del proceso judicial alemán del Medioevo nos remiten al origen del derecho, vinculado a la comunidad consanguínea: el juramento con los comuneros que auxilian, los que, totalmente armados, y unidos en un apretón de manos, refuerzan a coro el juramento de los principales actores, nos remite a la hostilidad (*Faida*) de la comunidad ²².

Más claro aún se nos aparece el carácter social en la segunda forma de la pena primitiva, en la proscripción (*Friedloslegung*), es decir, en la expulsión de la comunidad, del comunero de paz (el expulsado se convierte en libre como el lobo, *gerit caput lupinum*), en sus distintas, cada vez más debilitadas, manifestaciones, las que conducen inmediatamente a la muerte, a la confiscación patrimonial, al destierro y a la deshonra ²³.

²¹ Sobre la distribución, en particular entre los francos del valle del Saale (reparación hereditaria y de los parientes), cfr. H. Brunner, en la *Encyklopaedie (Enciclopedia)* de Von Holtzendorff, 4^o ed., 1882, pág. 196.

²² Puedo dar por sabida la concepción del Derecho germánico. Cfr. al respecto los distintos escritos de Post, pero especialmente sus *Bausteine*, I, págs. 142 y sigs.

²³ Cfr. Post, *Bausteine*, I, págs. 164 y sigs. Por ello, en el sentido de que tampoco fueron extrañas al Derecho alemán (como lo sostiene Von Bar, op. cit., pág. 57), cfr. Brunner, op. cit., pág. 199.

Con la transformación de las comunidades gentilicia y de paz en sociedades estatales se llega a la tercera forma de la pena primitiva: la pena estatal; sea ella ejercida por el caudillo o por el jefe del ejército en la guerra, o por el sacerdote como jefe de la asamblea del pueblo, como guardián y vengador de la comunidad en paz y en guerra ²⁴. El carácter social de esta forma es imposible de soslayar. Pero tal carácter no conviene sólo a esta forma, sino también a las dos primeras. En todo caso, la total objetivación de la pena no es posible sino con el castigo estatal, que constituye un presupuesto de su ulterior desarrollo; mas la pena estatal en sentido propio no surgió de inmediato: no constituye una contradicción radical frente a la venganza de la sangre y la proscripción, sino que ha emergido de éstas como el Estado emergiera de la comunidad gentilicia y de la comunidad de paz.

El carácter social de la pena primitiva, sin embargo, constituye a la vez una nueva confirmación de nuestra concepción de la misma como una acción instintiva. Si la pena fuera una reacción consciente y adecuada a fin, no podríamos explicarnos su carácter social en las etapas iniciales de la cultura humana. En efecto, una reacción adecuada a fin de la sociedad está determinada por un claro reconocimiento del sentido que tiene el delito para los grupos dados de individuos (familia, comunidad de paz, Estado).

²⁴ Post, *Bausteine*, I, págs. 171 y sigs. Si acaso la forma sacral de la pena primitiva tenía significación independiente, puede quedar aquí al criterio del lector.

Ahora bien, tal interpretación es el resultado de una experiencia de siglos, lograda en la lucha y en la vida. Pero la pena aparece antes de toda experiencia.

3. La concepción de la pena primitiva como una acción instintiva nos hace posible, además, un importante panorama de la relación de la pena con la ética. Como acción instintiva no puede ser la pena expresión de un juicio valorativo de quien castiga; no puede tener su origen en una acción del castigado, reconociéndolo como inmoral. La acción instintiva no tiene nada que ver con la ética. El origen de la pena puede y debe ser, pues, desvinculado de la ética, sin necesidad, por ello, de que ésta sea negada o repelida. La ventaja de tal separación debe tenerse en alta estima: ella libera al Derecho penal del peligro de ser arrastrado en el no decidido combate por la fundamentación de la ética, y también de la obligación de revalidar cotidianamente el título jurídico en que basa su existencia.

Pero tal consecuencia de nuestra hipótesis, ¿queda confirmada por la historia de la pena?

La tesis contraria ha sido, tan sólo hace poco, sustentada de nuevo, y lo ha hecho, con mucha firmeza, *von Bar*²⁵, quien aparece especialmente llamado a la solución de tales problemas por darse en él una poco frecuente combinación de vastos conocimientos históricos con una profunda formación filosófica. Por ello, en adelante será recomendable confrontar la justificación de la tesis arriba expuesta con la teoría

²⁵ Ya en sus *Grundlagen des Strafrechts (Fundamentos del Derecho penal)*, 1869. Luego, en su *Handbuch*, I, págs. 311 y sigs.

bariana de la reprobación moral (teoría de la reprobación).

Von Bar se adhiere a *Hegel*. Pero el principio activo no es el Derecho, como afirmaba *Hegel*, sino la moral ²⁶. Pertenece a la esencia de la moral el formar o pretender formar un juicio acerca de la moralidad o inmoralidad de toda acción, también de las de otros. El juicio acerca de la acción inmoral es la reprobación. No obstante, con la reprobación *in abstracto* no se da aún el modo de su expresión concreta. En principio, toda expresión de la reprobación, hasta el aniquilamiento total, y aún más, todo daño imaginable como expresión de la reprobación, es justa en relación con el culpable. Ante grandes inmoralidades, la comunidad reacciona con la supresión del malhechor; por ello, la pena primitiva consiste por doquier en la privación de todo derecho. Pero mientras más fuerte es el orden moral, menos fuerte precisa ser la expresión de reprobación; con el avance de la cultura se morigeran las penas.

Hasta aquí las disquisiciones de *von Bar* ²⁷ que nos interesaron. Desde nuestro punto de vista resultan las siguientes objeciones:

Primera: La pena como acción instintiva es cosa distinta del juicio de valor moral. Este último es un hecho psíquico, que ocurre en la conciencia del juzgador y que no precisa en absoluto asomar en todos

²⁶ Cfr. especialmente *Von Bar, Handbuch*, I, pág. 279.

²⁷ Al abordar el principio de la medida de la pena, volveré a la teoría de *Von Bar*.

los casos al mundo exterior. En cambio, la pena es acción que repele; es acción, o sea, movimiento corporal; constituye una intervención en el mundo exterior, un ataque a la causa de la acción perturbadora; se dirige contra el delincuente, a fin de quebrar o doblegar su voluntad ²⁸, al dañar o destruir los bienes jurídicos de que aquél es titular; constituye protección de bienes jurídicos realizada a través del daño de bienes jurídicos.

Para refutar tal observación, claro es que *von Bar* podría recalcar que por reprobación él entiende precisamente la exteriorización del juicio de condena moral, es decir, una acción que se dirige contra el delincuente. Pero con ello le sería necesario comprobar la potenciada actividad de la moral: la moral no deberá tan sólo generar el juicio moral, sino, además y luego, la exteriorización del juicio moral ²⁹. No hay motivos para reconocer este segundo efecto, y su prueba no se ha rendido.

Segunda: La pena como acción instintiva con carácter social presupone organización social y órganos sociales. Como acción instintiva no puede partir sino de los individuos aislados que son llamados, o que estiman serlo, a intervenir en interés social. La pena, por ello, es conceptualmente posible y de hecho se

²⁸ Esto es reconocido por el propio Von Bar, *Handbuch*, [1], pág. 322.

²⁹ Von Bar, al parecer, no advierte suficientemente esta diferencia entre juicio de valor y expresión del mismo. Características de lo dicho son las referencias de la pág. 313.

da en cualquier forma que adopte la sociedad, sea familia, comunidad de paz, Estado; no es conceptualmente posible ni se da donde falten organización y órganos. La humanidad como tal no puede actuar; por tanto, tampoco castigar; la ética, sin embargo, es la ley de la humanidad, y, por ende, la pena ética es inconcebible.

No se replique que la humanidad acababa de organizarse en el Estado. En efecto, con ello se reconocería que antes de la creación del Estado habría faltado la organización, es decir, que la pena primitiva, indubitadamente existente ya en tal situación, será independiente de la pretendida organización de la comunidad moral-humana.

Tercera: La pena como acción instintiva debe existir *antes* del juicio moral. Porque éste presupone, de parte del juzgador y del enjuiciado, el conocimiento del código moral, como la medida de los valores y la máxima reguladora a la que deben adecuarse los actos humanos. Pero la acción instintiva se caracteriza precisamente —en oposición a la acción voluntaria— por ocurrir sin adecuación a una norma reconocida, a algo reconocido como tal norma. En otros términos: la ética es un producto de la historia humana, mas la pena es anterior a la formación de dicho producto. Así se da, también aquí, la independencia de la pena primitiva respecto de la ética ³⁰.

Y tal independencia es ratificada por la historia de la manera más lapidaria. La pena, como acción de repulsa contra trastornos de las condiciones de vida,

³⁰ El subrayado es de Von Bar, pág. 316.

como defensa por medio de ataque, no es nada peculiar de la historia humana. Y aun cuando se rechace esta formulación, la pena primitiva que aparece en la historia humana es independiente de todo juicio moral acerca de la efectiva perturbación de las condiciones de vida. Ella se dirige contra el animal que ocasiona un daño, contra el niño, contra el insano mental; entra en escena sin consideración alguna respecto de la responsabilidad del autor, sin distinguir intención, negligencia o casualidad, y tampoco se limita exclusivamente al culpable, sino que, en la venganza de sangre, se dirige contra toda la *Sippe* de aquél. El concepto de responsabilidad resulta de una larga y paulatina evolución ³¹. El juicio de valor moral no es pensable sin el concepto de culpabilidad, pero la pena apareció antes que él. Por ello, la pena tiene que ser independiente de la ética ³².

4. Y en la misma relación se encuentra la pena respecto del Derecho. En el Derecho existe la idea de adecuación a fin; constituye la esencia del Derecho. Tal es el pensamiento básico de la concepción

³¹ Para los Derechos germánicos, especialmente los septentrionales, cfr. Wilda, *Strafrecht der Germanen (Derecho penal de los germanos)*, págs. 640 y sigs. Además, en particular, las numerosas pruebas de todos los continentes reunidas por Post, *Bausteine*, I, págs. 145 y sig., 176, 230 y sigs., y 241. Cfr. también Jellinek, op. cit., págs. 110 y sigs.

³² Pero no la ética de la pena. Precisamente de la reacción instintiva se forma y desarrolla el juicio moral. Lo ilícito es la palanca del Derecho y de la moral, como el arrepentimiento luego del hecho para la conciencia antes vigilante.

de *Ihering*. Pero la acción instintiva es conceptualmente independiente de la idea de adecuación a fin y la ha precedido. De lo expuesto no cabe deducir la incompatibilidad de mi concepción de la pena con la idea de *Ihering*, de adecuación a fin; más bien, aquélla obtiene a través de ésta una nueva aclaración y confirmación, y viceversa. Como lo afirma el propio *Ihering* ³³, la experiencia es la fuente, tanto del Derecho como de la moral. La pena primitiva, sin embargo, queda antes de toda experiencia; no sólo antes de la moral, sino también antes del Derecho ³⁴. Tan sólo en un grado más alto de su evolución, como pena objetivada, ella se asienta en la experiencia; tan sólo como pena de Derecho [jurídica] asume la idea de adecuación a fin.

Por ello, cuando *Ihering*, en su fundamentación de la ética ³⁵, dice "que al hombre no le está permitido matar, robar, hurtar, . . . ha debido aprenderlo sólo en el camino de la experiencia. . . también en el

³³ Los pasajes que demuestran esto pertenecen al capítulo próximo (en especial, págs. 90-91), que es donde puedo exponer y justificar tal postulado.

³⁴ Compárese lo que dice *Ihering*, *Zweck im Recht*, pág. 368, acerca del *sentimiento jurídico*, el cual, a su juicio, precede tanto al Derecho como al Estado y "tiene su fundamento último en el instinto de conservación de la persona".

³⁵ *Die geschichtlich-gesellschaftlichen Grundlagen der Ethik* (Los fundamentos histórico-sociales de la ética), en el *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reich* (Anuario de legislación, administración y economía del Imperio alemán), de Schmoller, vol. VI, págs. 1-21 (*Zeitschrift*, II, pág. 614).

Derecho, como en todos los otros planos, el hombre ha debido aprender sufriendo daño", no podremos interpretar mal esta frase. Por lo demás, el hombre primitivo, como el animal, reacciona de manera instintiva e inconsciente contra la perturbación de las condiciones de vida, y tal reacción no precisa ser previamente "aprendida", como tampoco el animal precisa aprenderla. En aquellos casos (que no necesitan constituir la regla general, ni siempre y efectivamente ha sucedido así) en que el robo, el asesinato, el hurto hayan sido realmente amenazas de las condiciones vitales, allí se da también siempre de modo espontáneo, y no sólo como inferencia luego de un perjuicio, la reacción en forma de pena primitiva. Pero la evolución de la norma jurídica y de la norma moral, la apreciación de la acción en su valor jurídico y ético, y la reacción en la forma de pena jurídica objetivada, están determinadas por la experiencia y por la idea de adecuación a fin ganada a través de la experiencia.