

regularlas, en conformidad con los nuevos datos de hecho (1). Este libro tiene por objeto demostrar que el Derecho penal, sea como ministerio ejercitado por la sociedad en propia defensa, sea como complemento de estudios científicos, reguladores de este ministerio, tiene siempre razón de existir, añadiéndole, por supuesto, lo necesario en sus primeros principios, en su dirección, y en sus aplicaciones prácticas.

CAPÍTULO PRIMERO

La negación del libre albedrío y la responsabilidad penal.

El razonamiento en que el sentido común y la filosofía tradicional, y con ellas la escuela clásica de Derecho criminal, fundan la punibilidad del hombre por los delitos que ejecute, es el siguiente: El hombre está dotado de libre albedrío, de libertad moral; puede querer el bien ó el mal; si escoge el mal, le será imputable y será castigado. Según que es ó no es libre, ó bien, más ó menos libre en la elección del bien ó del mal, es imputable ó no, ó más ó menos imputable y punible. La escuela positiva del Derecho criminal no acepta este silogismo jurídico, por dos razones principales: primera, porque la fisio-psicología positiva ha destruído por completo la creencia del libre albedrío, de la libertad moral, demostrando que es una pura ilusión de la observación psicológica subjetiva; segunda, porque, aunque se acepte el criterio de la imputabilidad individual, se encuentran dificultades insuperables, tanto en la teoría, como en la práctica, para la aplicación á los casos especiales y se deja campo libre á errores, haciendo falsas deducciones de los nuevos é incontestables datos de la fisio-psicología, errores ventajosisimos á los criminales, y que ponen en peligro constantemente á la parte honrada de la sociedad.

(1) Que en un orden de cosas totalmente diverso del presente, como se profetiza por las varias escuelas socialistas, el delito debe desaparecer, y con esto toda función penal, es problema muy distinto, que traté ampliamente en otra ocasión *Socialismo e criminalita*; Turín, 1883.

Libre albedrío ó libertad moral, no significa, en último término, sino que frente de la continua y múltiple presión del ambiente externo, y á la diversa influencia de los motivos internos, la voluntad humana decida en último recurso entre dos opuestas posibilidades.

Ahora bien: que esto sea la manifestación más fácil y espontánea de la conciencia íntima, no se ha puesto en duda por nadie; pero no prueba en modo alguno que corresponda esta apariencia del fuero interno á la realidad verdadera y positiva y que sea su más terminante representación. Se demuestra, antes de todo, que esta conciencia de querer una cosa más bien que otra, es una pura ilusión derivada del desconocimiento de los precedentes inmediatos, ya fisiológicos, ya psíquicos, de toda deliberación voluntaria; así como de los fenómenos exteriores, cuyos precedentes ignoramos, decimos que son casuales ó arbitrarios, con el mismo fundamento podemos decir que son libres ó arbitrarios los fenómenos internos (1). Esto es tan cierto que, cuando al conocimiento del hecho, externo ó interno, va unido al conocimiento de sus precedentes inmediatos, desaparece la ilusión de creerlos casuales, ó libres ó arbitrarios.

A la demostración negativa, por la que se descubre la genesis de esta ilusión natural, y por consiguiente universal y difícil de vencer, la fisio-psicología positiva, que á la simple observación interna ó subjetiva une la observación externa con toda clase de pruebas y contrapruebas, añade una demostración positiva, indicando el proceso natural de todo acto humano voluntario. Considerando la actividad voluntaria del hombre como la forma última y más compleja de la actividad animal en general, resulta evidente que del extremo inferior de una simple reacción de irritabilidad en la forma animal más elemental, hasta el extremo superior de una acción humana deliberada, se pasa por una serie continuada de gradaciones, que no dan lugar á la intervención en el solo mundo humano, de una potencia de libertad

(1) Stuart Mill, *La philosophie de Hamilton*; París, 1869; cap. 26. Schopenhauer, *Essai sur le libre arbitre*; París, 1877. Fouilleé, *La liberté et le déterminisme*; París, 1872.



moral que sería una excepción milagrosa, en el orden de universal actividad natural (1). Precisamente como del infimo y apenas perceptible rudimento de inteligencia en el animal más simple se llega á la más alta manifestación del genio humano, por una serie continua de gradaciones que no dejan lugar á la intervención de una facultad de inteligencia, exclusivamente humana, que admite la filosofía tradicional. Esto únicamente porque, siendo la actividad psíquica de los animales, el hombre comprendido, una función orgánica, sigue las evoluciones de creciente complejidad del organismo, desde la masa gelatinosa del protoplasma, al maravilloso conjunto del cuerpo humano, desarrollado diversamente en lo físico y en lo moral en las varias razas, y en las distintas edades de un mismo individuo (2).

La posibilidad de esta nueva potencia del libre albedrío no se excluye solamente de la evolución específica de la actividad animal y humana, sino aun de su evolución en un mismo individuo. Por lo que precisamente del simple acto reflejo, en el que la voluntad individual tiene una parte mínima, ó tal vez ninguna, se llega al acto deliberado, más propio ó complicado, que aparece depender únicamente de la voluntad humana, mientras no es sino una manifestación superior por el grado, aunque idéntica por naturaleza, de la misma actividad refleja.

El proceso fisio-psicológico de toda acción individual, puede reducirse de hecho á este programa: I. Una fase física, fuera del centro nervioso que puede tener el punto de partida en el mundo exterior al individuo ó su mismo cuerpo; por ejemplo, una vibración del aire ó del éter, que hiera la periferia del cuerpo, ó bien un movimiento en un

(2) Schueider, *Der thierische Wille*; Leipzig, 1880. Idem, *Der menschliche Wille*; Berlin, 1882.

(3) Honzeau, *Etudes sur les facultés mentales des animaux, comparées à celles de l'homme*; Mons, 1872. Romanes, *Animal intelligence*; Lóndres, 1882. Büchner, *La vie pshyrique des bêtes*; Paris, 1881. Schleiden, *Ueber die Grundchren der vergleichenden Psychologie*; Leipzig, 1883.

(4) Haeckel, *Histoire de la création naturelle*; Paris, 1877. Idem, *Anthropogénie*; Paris, 1877. Bastian, *Le cerceau organe de la pensée chez l'homme et chez les animaux*; Paris, 1882.

mismo órgano del cuerpo, el estómago, el hígado, etc., etcétera. II. Una fase fisiológica doble; esto es, primero una vibración centrípeta á lo largo del nervio, cuya extremidad periférica es herida por el movimiento físico, y que propaga este movimiento y aquella vibración; después un movimiento centrífugo á lo largo del nervio que propaga aquella misma vibración del centro á la periferia. III. Aun otra fase física, que es el movimiento muscular mecánico, la acción externa efecto de aquella corriente nerviosa centrífuga. Un hombre me dirige la palabra; movimiento físico del aire; corriente nerviosa centrípeta de la oreja al cerebro; corriente nerviosa centrífuga del cerebro al brazo; movimiento de este mismo brazo.

Ahora bien: este procedimiento evolutivo fundamental puede tener dos modalidades, si en el momento en el que la corriente nerviosa llega al cerebro es advertida y se hace consciente, alcanzando, como dice Sergi, la fase psíquica (1) y se revela en la sensación, en la idea, en el sentimiento, en el esfuerzo voluntario; ó bien no alcanza esta manifestación psíquica y entonces permanece en el dominio de lo inconsciente, como simple acto reflejo. En este último caso, el más simple, el proceso evolutivo, como se ha dicho, está constituido de tres fases, una de las cuales es doble; en cambio en el caso de la manifestación consciente, se añade otra fase psíquica, que divide en dos la fase fisiológica doble, y se tienen estos cinco estados del fenómeno: movimiento físico externo, inicial—corriente fisiológica centrípeta—manifestación psíquica—corriente fisiológica centrífuga—movimiento físico externo, final. Si este proceso no alcanza la fase psíquica, se queda en el grado de simple acto reflejo, inconsciente ó involuntario, en el que para nada entra la idea del libre albedrío: si por el contrario alcanza la manifestación psíquica y se hace acto consciente y voluntario, la conciencia interna hace intervenir por la ilusión supradicha, el sentimiento de la libertad volitiva durante la fase psíquica, especialmente en los casos de deliberación no instantánea, y por lo tanto mejor advertida.

(1) Sergi, *Sulla natura dei fenomeni psichici*; en el *Archivio italiano di Antropologia*; Florencia, X, 1.

Esta suposición pugna con dos leyes universales, que la hacen absolutamente inatendible. Es sumamente fácil ver en el ciclo evolutivo de un movimiento físico inicial, que se convierte en fisiológico, y después de nuevo en físico final, otro ejemplo de la ley universal, de la transformación de fuerzas (1). Ahora, ya que esta ley no se concibe sin admitir que en las diversas manifestaciones nada se crea ó nada se destruye, sino que se trata siempre de una misma cantidad de fuerza que asume diversos aspectos, así se llega á que la hipótesis del libre albedrío, ó sea de una facultad volitiva, que entre una y otra de aquellas transformaciones podría quitar ó añadir algo, bien impidiendo las ulteriores manifestaciones de la actividad individual, bien alterando la energía ó la dirección, consistiría en una verdadera y propia creación ó destrucción de fuerzas, lo que es inconcebible.

Y otra ley universal, que es la base misma del pensamiento, pugna contra la hipótesis de una voluntad libre de escoger una solución entre dos contrarias; la ley de la causalidad. Por la cual, siendo todo efecto el subsiguiente necesario, proporcionado é inevitable del respectivo conjunto de causas, ó sea, de procedentes inmediatos, no se puede concebir una facultad que, por el contrario, pueda producir un efecto diverso de aquel que naturalmente se deriva de las propias causas.

Esta demostración general de la imposibilidad ó inconcebibilidad de un libre albedrío ó de una libertad moral y volitiva, se confirma positiva y experimentalmente.

La fisiología, (2) y más recientemente por obra de Ribot (3) la psicopatología, concurren á demostrar que la voluntad humana individual está completamente sujeta á la influencia natural de orden, no sólo moral ó psicológico, sino puramente físico, en vez de ser la dominadora más ó menos absoluta; mientras la estadística revela la sumisión de la vo-

(1) Spencer, *Les premier principes*; París, 1871, pág. 226.

(2) Maudsley, *La physiologie de l'esprit*; París, 1879. Herzen, *La physiologie de la volonte*; París, 1874.

(3) Ribot, *Les maladies de la volonte*; París, 1880.

luntad individual, colectivamente tomada á las influencias externas del ambiente físico y social (1).

De la misma manera que hay hombres de mucha inteligencia, y otros de escasa potencia intelectual por una propia constitución originaria de los centros nerviosos, así hay hombres de una gran fuerza de voluntad, ó sea de una grande energía de reacción activa, y otros de una actividad débil, intermitente ó inestable. Y en un mismo individuo no sólo se ve desarrollarse su voluntad con el desarrollo del cuerpo, á la par que otra cualquiera función orgánica, sino que se encuentra en diversos momentos, por influencias internas ó externas, con debilidades de su voluntad por completo invencibles, ó bien una mayor energía ó prontitud volitiva. Un clima caliente, un viento síroco, un cansancio nervioso por exceso de trabajo, un período de profunda y activa digestión, etc., etc., cada uno de nosotros ha probado cuanta influencia tienen para modificar la fuerza de voluntad y hasta nuestros sentimientos. El hombre más pacífico se hace pendenciero y agresivo cuando en las pampas de la América Meridional está bajo la influencia de cierto viento; es notorio que la salud y más aun el bienestar de una feliz digestión, hacen al hombre más benigno, más generoso. No sólo esto; se puede artificialmente modificar en mejor ó en peor la voluntad de un hombre dándole ciertos alimentos. Así, el café excita la imaginación, el alcohol, en pequeña dosis, excita la voluntad, mientras que tomado en gran cantidad y continuamente conduce á una degeneración orgánica, y con ella á un desarreglo de las funciones psíquicas, inteligencia y voluntad. Lo propio puede decirse de la acción característica de algunos venenos, de los narcóticos, etc., etc. Ahora, ¿por qué esta dependencia de la voluntad del estado especial, congénito ó adquirido, permanente ó transitorio del organismo se quiere admitir, no pudiendo negarla después en todas las demás circunstancias menos terminantes? Menor evidencia no significa menor existencia, y es precisamente

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

una necesidad lógica, además de una observación de hecho, el reconocer esta sujeción de la voluntad á las causas que en todo momento determinado, ora del interior ora del exterior influyen sobre el individuo que obra.

Fuera de los casos que hemos indicado del campo fisiológico, la psico-patología nos ofrece observaciones experimentales donde se demuestra que la voluntad puede enfermar, pervertirse ó extinguirse, como la memoria, la inteligencia y las demás funciones del sistema nervioso central, á la par que todas las funciones vitales del organismo humano. Ribot, después de estudiar las enfermedades de la memoria, ha reunido y coordinado muchas observaciones de hecho para demostrar las enfermedades de la voluntad; ha estudiado su debilidad por defecto ó por exceso de impulsabilidad, las anomalías y aun la carencia completa, dependiendo, como toda otra enfermedad mental, de las condiciones patológicas del organismo.

Ahora bien, como ningún filósofo ha sostenido jamás que la memoria y la inteligencia sean independientes de sus causas determinantes ¿qué se opone á la psicología positiva para continuar en la ilusión común de atribuir esta independencia solamente á la voluntad, siendo única excepción en todo el orden de las fuerzas naturales, cuando se demuestra que es una función íntimamente unida con el estado del organismo, como toda otra función psíquica?

Porque además, prescindiendo del antiguo concepto de una voluntad tomada como facultad espiritual por sí misma, de donde debe salir el *fiat* para toda deliberación singular, y formándonos un concepto positivo de la llamada voluntad, resulta aun más evidente la inconcebibilidad de un verdadero y propio libre albedrío; se sabe que la filosofía tradicional con el solo medio de una falaz observación interna, ha hecho común el concepto de que el espíritu humano se divide en diversas facultades, como memoria, inteligencia, voluntad, etc., etc., cada una de las cuales, verdadera entidad por sí misma, tiene por objeto verificar momento por momento para su naturaleza íntima, los singulares recuerdos, las singulares ideas, las singulares deliberaciones volitivas, etc., etc. Y así se comprende con la misma nebulosidad con que se puede concebir la existencia y el modo de

obrar de estas funciones, si se comprende que se diga, por ejemplo: cuando un hombre está para obrar, es verdad que combaten dentro y fuera de él una serie indefinida de motivos contrarios y de diversa fuerza; pero su voluntad, después de sufrir las diversas atracciones en uno y otro sentido, decide lo que ha de hacer, por un *fiat* propio, libre; hasta el punto que entre dos series de motivos contrarios, puede elegir tanto hacer, como no hacer, y en el caso que determine obrar, puede escoger la determinación opuesta á los motivos más poderosos. Es una representación antropomórfica de aquellas cosas comunes en la filosofía tradicional que, ayudada del no conocimiento de las fuerzas determinantes de la acción, puede bastar á quien se contente con un concepto tan burdo y primitivo de la voluntad humana.

Si nosotros pedimos á la psicología positiva una idea menos fantástica de las facultades espirituales, nos responde con los hechos, que dichas facultades no son otra cosa que abstracciones de nuestra mente, que no responden á una entidad con existencia propia, como el color rojo es una abstracción de todos y los varios colores rojos vistos por nosotros, y unidos en lo que tienen de común, sin que exista un color rojo por sí mismo; así la memoria y la inteligencia no son otra cosa que el conjunto abstracto y general de todos los singulares recuerdos, de todos los singulares pensamientos que hemos tenido, ó por experiencia nuestra ó por transmisión hereditaria de nuestros antepasados: y no existe una memoria, sino actos singulares de memoria, como no existe una inteligencia, sino actos singulares de inteligencia. De la misma manera, la voluntad no es otra cosa que la abstracción sintética de todos los singulares actos volitivos por nosotros cumplidos, y por tanto, no existe una voluntad, como ente con existencia propia, que de cuando en cuando emita órdenes volitivas.

No sólo esto; resulta que del proceso fisio-patológico de toda acción humana que se ha recordado anteriormente, la deliberación volitiva no es la causa del movimiento, no es otra cosa sino la conciencia de este mismo movimiento que se ejecuta, no por la orden volitiva, sino únicamente por aquel proceso de recíproca transformación de las fuerzas físicas y fisio-psicológicas. Podemos decir con Ribot «que el

trabajo psico-fisiológico de la deliberación, tiene de una parte, como principio, un estado de conciencia, la volición, de otra parte un conjunto de movimientos ó de no ejecución de movimientos. El *yo quiero* hace constar una situación, pero no la constituye» (1).

Y ahora, dado que no existe una voluntad con existencia propia, sino aisladas y sucesivas voliciones, y dado que toda volición no es otra cosa sino la conciencia del proceso fisio-patológico que está para cumplirse (y la diferencia entre el acto voluntario y el acto involuntario está en la presencia ó ausencia de dicha conciencia), es fácil ver como no se puede concebir libertad moral ó libre albedrío; porque como éste sería una cualidad de la voluntad humana, si no tiene el sujeto existencia propia, desaparece la cualidad que se le atribuía.

Y si del individuo aislado pasamos á las masas de individuos, la estadística viene á darnos otras y no menos elocuentes confirmaciones de la dependencia de la actividad voluntaria humana, de las condiciones del ambiente físico y social. Ya la grande y continúa influencia de la diversidad de razas sobre el diverso carácter de los pueblos, así para la inteligencia como para la voluntad, es una primera manifestación del aserto. Después, los inesperados resultados de la estadística demográfica, criminal, etc., etc., mostrándonos las acciones humanas, que se creían dependientes tan sólo del libre albedrío de cada uno, como los matrimonios, los suicidios, los delitos, las emigraciones, etc., etcétera, sujetas á la influencia del ambiente y variando con éste, han dado otro golpe á la idea de la libertad moral. Libertad que, una vez admitida como debía ser en realidad, (mientras, tal y como hoy se concibe ó el pueblo no la cree, porque no sabe concebir una abstracción tan metafísica ó los mismos sostenedores de esta libertad moral, hablan y obran como si no existiese); una vez admitida, sería imposible y absurda toda ciencia psicológica y social, como el suponer un libre albedrío en los átomos de la materia, anularía toda ciencia física ó química, y haría inútiles y absurdas las leyes sociales, que no tienen otra base posible sino

(1) Ribot, *Les maladies de la volonté*; París, 1883; pág. 175.

la determinación de la voluntad por motivos externos ó internos, que está excluida de la hipótesis del libre albedrío.

Habiendo examinado en otro lugar detenidamente el problema del libre albedrío, no es necesario insistir aquí. Era preciso solamente comenzar con la negación explícita de esta libertad moral, más bien que evitar la discusión, porque en el fondo de toda investigación de ciencia social está siempre este problema que, pasado en silencio, es fuente continua de equívocos y de objeciones inatendibles, y más aun en las investigaciones de derecho criminal, tan íntimamente unidas con la psicología humana. En tanto, dejando al tiempo y á la natural expansión de las ideas positivas el trabajo de restringir más y más la creencia común del libre albedrío, nosotros haremos ahora dos observaciones de hecho que tienen altísima importancia para la ciencia del Derecho criminal.

Antes que nada, admitido que la negación de la libertad moral sea discutible y no decidida perentoriamente ¿cómo podría la ciencia criminal fundar todo el edificio de la responsabilidad humana sobre una facultad que está combatida tan fuertemente aun por los mismos pensadores ortodoxos, y que recibe tan grandes y diarios mentís de las más incontestables observaciones de hecho? Está bien que un criminalista crea personalmente en la existencia del libre albedrío, de la libertad moral; ¿pero cómo puede pretender que el Derecho criminal tenga el valor y la fuerza de una verdadera ciencia, si se la da un fundamento que está combatido por tantas y tantas partes? ¿Cómo no ver la necesidad de sustraer á las disquisiciones filosóficas el Derecho criminal, y la función social que regula, fundándolo sobre elementos de hecho incontestables, que no estén expuestos á desaparecer, sólo porque haya quien niegue, aun gratuitamente, el libre albedrío que los demás afirman? ¿Cómo no ver, entonces, que sin perjudicar la admisibilidad de los principios sostenidos por la escuela positiva del Derecho criminal, es innegable mérito, de todos modos, el querer construir una ciencia de los delitos y de las penas con los solos elementos que toda sociedad humana ofrece á la observación positiva, sea cual sea el sistema filosófico que prevalezca?

Esta observación tiene tal fuerza que ya en la misma filosofía tradicional y en el Derecho criminal se ha determinado una corriente de ideas, por la cual, si no se admiten completamente las conclusiones de la psicología positiva en cuanto al libre albedrío, porque aun en la evolución científica *natura non facit saltus*, se hacen concesiones que son ciertamente un paso al reconocimiento de las nuevas ideas é indicio seguro de su triunfo final, pero son también, como todas las transiciones, una fuente perenne de equívocos y una dispersión de fuerza.

En efecto, de una parte los psicólogos, que están entre lo nuevo y lo viejo, niegan la existencia del verdadero y propio libre albedrío, pero sostienen una cierta *libertad* mal definida, que sirve, como siempre, para contentar á las mayorías que desean mostrarse progresivas, quedando, sin embargo, del lado de las tradiciones, pero esto nó basta á la ciencia. Si por *libertad* entienden la sola libertad física, que consiste en la falta de obstáculos al desarrollo de las propias tendencias y de la propia actividad, en cuanto éstas estén determinadas por la constitución individual y del ambiente externo, estamos perfectamente de acuerdo; pero con esto caemos en pleno determinismo físico y moral; esto es, admitiendo que las acciones humanas, como todo otro fenómeno, sean el efecto necesario de sus causas determinantes, lo que no excluye, como dicen los adversarios, ninguna de las libertades físicas del hombre, como la libertad personal de movimiento, la libertad civil, la libertad religiosa, política, etc., etc.; si por el contrario, por aquella equívoca *libertad* se entiende una especie de libre albedrío atenuado, separado de lo que más claramente se presenta en oposición con los hechos, entonces se llega al equívoco, y sin tener las ventajas de un franco y puro determinismo, se tienen todos los inconvenientes del antiguo y metafísico libre albedrío. Verdaderamente lógico y concebible no hay más que el absoluto libre albedrío ó el absoluto determinismo; todo término medio no tiene razón de ser y hace nacer dificultades á cada momento. Por último, si por esta genérica y equívoca *libertad* se entiende la energía interna que tiene todo individuo de desenvolverse individual, propia y diversa de los demás, porque cada uno tiene especial temperamento físico-psíquico, que responde

de una manera especial á las varias presiones del ambiente, entonces estamos de acuerdo; pero esto es distinto de una verdadera libertad moral, puesto que se reconoce implícitamente el determinismo fundamental de la constitución orgánica y psíquica por cada individuo; determinismo que el hombre tiene en común con los demás seres.

Aquí es precisamente donde se anida uno de los equívocos más frecuentes entre aquellos que, negando el libre albedrío, la vieja libertad, sostienen una indefinida libertad moral del hombre y censuran al determinismo positivo de reducir al hombre á autómeta de toda la naturaleza física y moral: á un mero mecanismo.

Es un equívoco, precisamente, porque toda acción humana es el efecto necesario, imprescindible, de causas determinantes; todo hombre tiene una individualidad ó fisonomía propia, por la cual se distingue de los demás, y por la cual, supuestas aun las mismas causas externas, responde á su influencia de una manera peculiar diversamente de los demás hombres, y de manera diferente el mismo, en las varias condiciones de tiempo y de lugar, porque es diverso el estado de su organismo; por lo que á todo hombre le corresponde la acción que ejecuta, como efecto necesario de su organismo y de su personalidad; esta es la primera base de la imputabilidad, por la que á cada hombre se le imputa, se le pone en cuenta la acción por él ejecutada (1).

Pongamos ejemplos:

Supongamos tener dos máquinas, una trilladora y otra de coser. Una vez puestas en movimiento, responden siempre con un trabajo igual, una trillando el grano, otra cosiendo el paño. La causa externa que las mueve obtiene siempre de aquellas máquinas idéntica reacción en todas circunstancias de lugar y tiempo.

Si en cambio tomamos dos plantas, aun de la misma especie y variedad, y las ponemos en el mismo terreno, en la

(1) Este es, en el fondo, el concepto desarrollado, entre otros, por Scolari (*Istituzioni di scienza politica*, Pisa, 1881, pág. 174 y siguientes.—*Enciclopedia giuridica*, pág. 26 y siguientes); pero con las diferencias por nosotros marcadas en las páginas 374 y siguientes de la *Teórica dell'imputabilità*, etc., etc., y será completado con las teorías que figuran en este capítulo, sobre la responsabilidad jurídica y social.

misma atmósfera, con los mismos abonos, no obtendremos reacciones idénticas. La una crecerá derecha, la otra torcida; la una tal vez vegetará orgullosa, la otra enfermará y morirá. ¿Por qué esto? Porque mientras en el orden de las máquinas inorgánicas la última reacción depende solamente de las causas externas, ó al menos en gran parte (porque las máquinas, como nota Spencer (1), tienen cada una su fisonomía propia y constitución, aunque sean de idéntica construcción), en el orden de los seres organizados vegetales, á la acción de las causas externas se une la de las internas fisiológicas, y por tanto, estas dos series de elementos, combinándose diversamente, pueden dar y dar reacciones diversas, aunque sean idénticas las causas externas.

Si del mundo vegetal pasamos al animal, y tomamos, por ejemplo, dos perros, veremos que á un mismo estímulo externo, la vista de un hombre, responden de diversa manera, uno huyendo ó ladrando, y otro haciendo caricias ó mordiendo; y el mismo perro, en tiempos diversos responde diversamente á una misma causa externa. Aquí las diferencias en la reacción última pueden ser mayores, porque mientras en la máquina inorgánica eran las influyentes las solas causas externas, y en los vegetales las causas externas, más las internas fisiológicas, en los organismos animales únense las causas internas psicológicas. Es natural, por tanto, que creciendo la serie de los elementos, crezca el número de las combinaciones de éstos y varíen en mayor escala las reacciones últimas de una misma causa externa.

Partiendo del reino vegetal, subiremos la escala zoológica, y siempre será mayor la diferencia en los diversos individuos y en los varios momentos de la vida de un individuo, en el modo de responder á las influencias externas, porque es mayor el desarrollo que tienen los elementos fisiológicos y psicológicos.

Por esto, si tomamos dos hombres, ó un mismo hombre en diversos tiempos, observaremos que serán variadísimas sus reacciones á una misma causa externa, no porque en él hombre exista algún nuevo elemento de libertad moral, sino porque es en él mayor el desarrollo de los factores psicicos de su acción.

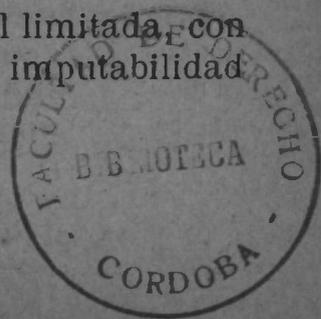
(1) Spencer, *Essais*, París, 1879, III, 272.

Todo sér, y por consecuencia todo hombre, tiene una manera propia y especial de responder á las influencias externas, manera que necesariamente depende de las mismas condiciones externas, combinadas con el estado del organismo fisio-psicológico en los diversos momentos.

Si yo quisiera explicar mi concepto con una frase, al parecer extraña, diría: *que el hombre es una máquina, pero que no está hecho á máquina*. Es una máquina, en el sentido de que en sus acciones no da sino lo que recibe del ambiente físico y moral en que vive: el hombre, como todo otro sér que tenga vida, no es más que una máquina de transformación de fuerzas, sujeta á las leyes universales de causalidad; en virtud de esto, dada la combinación de causas físicas, fisiológicas y psíquicas, no puede obrar sino de una manera determinada. Pero no está hecho á máquina en el sentido de mecanismo inorgánico, porque el hombre es un organismo viviente, que responde de una manera propia y especial á las causas externas, determinada necesariamente caso por caso por las causas físicas y fisio-psicológicas precedentes, pero variables de individuo á individuo, de momento á momento, precisamente por las diversas combinaciones de estas múltiples causas determinantes.

He aquí por lo que no son más que ilusiones las de aquellos que afirman que, negado el libre albedrío, los hombres se convierten en autómatas movidos por el fatalismo de los musulmanes. Los hombres no tienen nada de autómatas, hasta el punto de que consideramos á cada uno dotado de un modo diverso y peculiar de reacción contra el ambiente externo; lo que no excluye, antes bien exige el determinismo físico y moral; de otro modo, si el hombre tuviere una libertad independiente poco ó mucho de las causas determinantes, no se concebiría la personalidad como tipo permanente del carácter individual.

La idea del libre albedrío ha comenzado ya á ser abandonada por los filósofos, restringiéndola á una libertad moral indefinida, y por criminalistas modernos pertenecientes á la escuela clásica, que á la idea absoluta de un libre albedrío, base y condición de la imputabilidad moral del hombre, la han sustituido con una libertad moral limitada, con la que corresponde una limitada ó relativa imputabilidad moral.



Romagnosi, temperamento positivo como ninguno del ingenio italiano, con su sistema del impulso criminal y del contra impulso penal, había dado, como ya lo notan Rossi (1) y Mancini (2), una implícita negación del libre albedrío; Romagnosi es un verdadero precursor de la escuela positiva del Derecho criminal, que con algunas variaciones y restricciones hace suyo aquel sistema, el único conciliable con la observación de los hechos. No obstante, Romagnosi no niega clara y explícitamente el libre albedrío en sus relaciones con la imputabilidad, á pesar del capítulo IX del libro I, parte III de la *Genesi del diritto penale*, destinado á demostrar la conexión invariable entre la energía de los motivos y las deliberaciones de la voluntad.

En la actualidad, algunos de los más autorizados criminalistas italianos, modificando las viejas y metafísicas teorías sobre la voluntad, ó declarando quieren fundar una teoría de la imputabilidad sin recurrir (como sin negar explícitamente) al criterio del libre albedrío (3), ó bien reconociendo en el hombre la existencia, no de una absoluta libertad moral, sino de un libre albedrío más ó menos limitado por alguna circunstancia, y que existe en cada acción (4).

Por una parte, Luchini, que si bien ha visto ya hace años la necesidad de renovar la ciencia criminal, ha permanecido ecléctico en extremo, (véase en la *Rivista penale*, la reseña de una introducción de Luchini al curso de Derecho penal en 1883) no cree oportuno negar explícitamente el libre albedrío, mientras á nosotros nos parece necesario qui-

(1) Rossi, *Trattato di diritto penale*; Turin, 1856; I, cap. 9, página 141.

(2) Mancini, *Lettere a Mamiani sul diritto di punire*; Liorna, 1875; pág. 171.

(3) Luchini, *Rivista critica del progetto Vigliani*, en la *Rivista penale*; 1878.—*Corso di diritto penale*; Siena, 1879.

(4) Buccellati, *La razionalita del diritto penale*; Milán, 1874; página 43.—Idem, *Il nihilismo e la ragione del diritto penale*; Milán, 1882; párrafo 185.—Canónico, *Il delitto e la libertà del volere*; Turin, 1875.—Pessina, *Il libero volere* en el *Giornale napoletano di Filosofia*; Febrero, 1876.—Idem, *Il naturalismo e le scienze giuridiche*; Nápoles, 1879; pág. 9.—Ellero, *La questione sociale*; Bolonia, 1877; cap. 93.—Brusa, *Appunti per una introduzione, etc., etc.*; Turin, 1880; pár. 40.

tar todo motivo de equívoco, y permanece en el círculo de las antiguas ideas cuando á la libertad *volitiva* pretende sustituir la *libertad de inteligencia*; no consiguiendo, según nuestra opinión, librar la ciencia criminal de las inexactitudes psicológicas antiguas ni de las relativas incongruencias jurídicas y sociales. La idea de una libertad de entendimiento sustituida á la libertad de la voluntad, como criterio de imputabilidad, no es más que un paso ulterior, pero en el mismo camino, de frente á la idea de los criminalistas alemanes (Berner, Schütze, etc., etc.) que quieren fundar la imputabilidad en la inteligencia y conocimiento, más bien que en la voluntad (1).

Luchini habla á menudo de «libre determinación», haciendo un todo de la libertad y de la inteligencia, que son dos cosas muy diversas; alude «á la inteligencia del hombre que puede *dirigir* su actividad», cuando la inteligencia puede acompañar ó no, iluminar ó no las acciones humanas, pero que no puede dirigirlas en un sentido anti-determinista ó de «libertad». A propósito, por ejemplo, de la coacción moral, como causa eximente de la imputabilidad, habla de «inevitabilidad *relativa* del efecto producido», que como tal coacción es siempre absolutamente inevitable, y considera la coacción moral «como sujeción total ó parcial de la inteligencia», mientras que la inteligencia está siempre sujeta á las causas internas y externas; aun en los casos de no coacción verdadera y propia, no hay ninguna diferencia entre el *inteligente* que mata por legítima defensa y el que mata por robar; esto sin notar que el que usa del sacrosanto derecho de la defensa, puede no tener para nada en cuenta una sujeción total ó parcial de la inteligencia, una casi perturbación de afectos (como dice Puffendorf hablando de la legítima defensa) que reaccione con firme y segura conciencia de su derecho.

De todos modos, las ideas de Luchini son una prueba de que la ciencia criminal no puede vanagloriarse de prescindir de las nuevas conclusiones de la ciencia bio-psicológica, y son un paso á aquella concreta afirmación de criterios ju-

(1) Brusà, *L'ultimo progetto di codice penale olandese*; Bologna, 1878; prefacio, pág. CVIII.

ridicos completamente opuestos á aquellos del libre albedrío de que más adelante nos ocuparemos.

Pasando á los demás criminalistas intermedios, la *libertad relativa* á que recurren pugna con una dificultad lógica y entraña en sí un peligro social que ya existe.

Admitida la libertad del hombre limitada, surge el siguiente problema sin solución posible: en la actividad humana, que es un todo continuo, se pasa del determinismo á la libertad moral, ó de un salto, ó por una gradación indefinida; esto constituye una dificultad absoluta, porque siguiendo para los criminalistas intermedios el principio de que la imputabilidad existe y se extiende en tanto en cuanto la actividad humana es libre moralmente, urge separar de esta actividad la parte no imputable de la parte que se supone ha quedado moralmente libre é imputable. Además, no insistiremos en hacer notar que todas las razones empleadas contra el libre albedrío absoluto valen contra el limitado, para presentar otra dificultad insuperable. ¿Por qué esta libertad moral del hombre la limitan ó suspenden circunstancias externas ó internas, solamente hasta un punto y no más allá? ¿Con qué criterio se puede admitir que algunas circunstancias limiten más ó menos extensamente la libertad moral del hombre, y por tanto, su imputabilidad, y otras dejen un residuo, considerado necesario para justificar la responsabilidad humana?

A más de estas dificultades lógicas, traídas por el eclecticismo entre las viejas teorías y los nuevos datos de hecho, dificultades que se explican sólo en un período de transición, queda otra insuperable para la teoría y la práctica penal, que se fundan en la libertad moral del hombre.

Si por una parte el Derecho criminal proclama que el hombre es responsable de sus delitos en tanto cuanto es libre moralmente en el momento de cometerlos, por otra parte los datos innegables de los nuevos conocimientos científicos hacen ver que es imposible al jurista y al Juez penetrar en la íntima conciencia del individuo y apreciar el grado de su libertad moral.

Después de las modernas observaciones sobre la influencia de la herencia orgánica y psíquica en el individuo y de la solariedad entre el hombre y las generaciones precedentes y el ambiente en que vive, después de las observa-

ciones hechas actualmente de la vecindad y la especie de unión misteriosa de la locura, del suicidio, del alcoholismo, del delito en aquellas familias desgraciadas que producen gran número de criminales, ¿qué Juez podrá tener la pretensión de calcular, aunque sea aproximadamente, la libertad, y por tanto, la culpabilidad moral de un delincuente?

Supuesta la influencia del clima sobre la criminalidad de un pueblo, y supuesta también la de la temperatura, de las producciones agrícolas, de la aglomeración de población, etcétera, etc., se desprende necesariamente la consecuencia de que el Juez, para ser consecuente con su pretensión de graduar la libertad moral al castigar los delitos, debería calcular una infinidad de elementos ó factores externos al individuo. Debería observar en qué grado de latitud fué cometido el delito, y qué grado de calor señalaba el termómetro; debería tener en cuenta los precios del mercado y el estado de la industria; debería medir los metros cúbicos de aire que estaban á disposición del reo, tal vez obligado á vivir malamente en una miserable casa, y á reposar en un pobre lecho, mezclado con toda su familia; debería ver la influencia de las condiciones miserables de la familia y de la sociedad en el impulso criminal; debería, en fin, aventurarse en una quimérica empresa de ponderación física, fisiológica, psíquica, social, ponderación superior á las fuerzas humanas (1).

Y en efecto: ¿por qué razón en este pretendido juicio sobre la libertad moral del delincuente no se han de hacer otras observaciones que las admitidas hasta ahora, porque son consideradas las más evidentes por la ciencia tradicional? ¿Por qué razón, si se tiene en cuenta la edad, el sueño, la sordo-mudez, la embriaguez, la locura, no se quiere considerar también el grado de educación, la profesión, el estado civil, el domicilio y el temperamento sanguíneo ó nervioso del que ha de ser juzgado? ¿Son por ventura solamente cuatro ó cinco las circunstancias que aparecen y que pueden influir sobre la libertad moral y por tanto sobre la culpabilidad moral?

(1) Así dice también Fouillée, *La science sociale contemporaine*, Paris, 1880, pág. 305.

Y si, por consiguiente, se tienen en cuenta estos otros factores individuales, ¿por qué no querer calcular las demás circunstancias externas, físicas y sociales? ¿Por qué no se debería tener en cuenta la raza (por ejemplo en las colonias albanesas y moras de la Italia meridional), el clima, las estaciones, la temperatura, las condiciones agrícolas, industriales y políticas de la sociedad en que vive el delincuente?

Y si hay que considerar todas estas circunstancias, ¿qué queda entonces de aquel residuo de libertad moral que se cree indispensable para fundar jurídicamente la responsabilidad humana? ¿Y cómo, dado el sistema de la mayor ó menor imputabilidad moral, podrá el Juez no perderse en este laberinto sin salida?

Esto es lo de menos, porque al fin se podría responder: «Bien, estos factores del delito nuevamente descubiertos se tendrán en cuenta en lo que permitan nuestros conocimientos; pero no podeis imponernos un juicio perfecto ni absoluto de *todos* aquellos factores; los apreciaremos aproximadamente, como hacemos ahora con la edad, el sexo, la locura, etc., etc.; vosotros, por tanto, haceis más difícil nuestra misión, pero no demostrais que sea absurdo nuestro sistema.»

Precisamente aquí se encuentra un verdadero peligro social traído inevitablemente por la doctrina de la libertad limitada ó relativa. En efecto, siendo en resumen esta libertad limitada el ingerto de algunas de las más evidentes conclusiones de la fisio-psicología positiva sobre el viejo tronco de la clásica y absoluta imputabilidad moral del hombre, se deduce que estas conclusiones positivas, parcialmente aceptadas, no son bastante para dar sus beneficiosos resultados ni para corregir las inconsecuencias de los antiguos sistemas. Precisamente, de este ingerto inorgánico de algunos resultados de la ciencia positiva en el viejo derecho criminal, se produce el escándalo y el peligro de continuas é ilógicas absoluciones ó extraordinarias mitigaciones en la penalidad por la *fuerza irresistible* y por la *locura que razona* que han producido tantos trastornos en la justicia penal, siendo evidente la necesidad de poner á esto reparo: Reparó que no es posible sino de dos modos: ó con la vuelta completa á las antiguas y absolutas teorías del libre albedrío, ó con la aceptación franca y completa de todos los resultados

de la ciencia positiva, que entonces, como todos los demás organismos naturales, tienen en sí las condiciones de la propia existencia, y por tanto, de la existencia jurídica de la sociedad á que se aplican.

Con el sistema del libre albedrío limitado son inevitables, como se ve todos los días, los peligros y los absurdos, por la sencilla razón de que, mantenido el principio de que la imputabilidad moral del hombre se aumenta ó se disminuye con el aumento ó disminución de su limitado libre albedrío, el número de las absoluciones y mitigaciones de la penalidad deberán continuamente aumentar, porque las ciencias naturales aumentan cada vez más la serie de las circunstancias que influyen sobre la determinación de cometer un delito, y se podrá encontrar para todo reo y en todos los casos, una lista de circunstancias personales, físicas ó sociales, que hayan anulado ó restringido la libertad moral, y, como dice Rollín *muestren siempre mejor la poca certeza en la responsabilidad* (1). Por ejemplo, Ziino en su obra *Fisiopatología del delito*, después de sostener que el libre albedrío no se puede negar completamente, reconoce que puede ser limitado por varias circunstancias, y ofrece (en la página 113) «un cuadro sinóptico de las causas que modifican el libre albedrío humano» dividido, en cuatro familias, de las cuales subdivide la primera en dos géneros que, reunidos, alcanzan la cifra de veintitres especies. Ahora bien; dejando á parte la cuestión lógica de cómo se conciba, aun *a priori*, la existencia de un libre albedrío limitado por veintitres especies de causas modificadoras, es preciso fijarse en que todo Abogado, por torpe que sea, descubrirá en su cliente algunas de estas causas, que con el progreso de las observaciones naturales se irán aumentando, y entre ellas hay algunas tan elásticas como las siguientes: «religión, usos y costumbres, temperamento, pasiones, ilusiones, etcétera, etc.»

Esta precisamente es la explicación del abuso enorme que se hace en los actuales juicios, donde no es raro ver, por ejemplo, á los jurados, ignorantes de los principios científicos, oscilar entre las viejas teorías absolutas y los mo-

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

ernos principios positivos, y considerar que existió *fuerza irresistible* en reos de hurto *continuado* ó en criminales comprados que asesinan y estupran (como en el famoso proceso de la florista de Milán en el año de 1882) por cuenta de otros. Igualmente sucede, que quien se dedica ahora al estudio del Derecho criminal, sin una conciencia perfecta de las condiciones presentes de esta ciencia, es llevado, naturalmente, á la exageración continua de la irresponsabilidad individual. Así, por ejemplo, Orano, en un libro excepcional por el conjunto de afirmaciones mal digeridas y completamente erróneas, sostiene, entre otras cosas, que la influencia del temperamento, no sólo en los delitos de ímpetu, sino en todos los delitos, debe ser una nueva circunstancia atenuante, como mitigación nueva y nuevamente observada del libre albedrío humano (1). Así se ha visto recientemente en una reputada revista jurídica sostener la tésis de que en el nuevo Código penal se debería establecer una mitigación general de las penas, y más aun, siguiendo la opinión de algunos jurisconsultos alemanes, se abogaba por la abolición de toda pena perpetua (2). A esto respondió Garofalo (3) en nombre de la escuela positiva, oponiéndose á esta tendencia de continuas mitagaciones que amenazan llegar á una completa absolución de los malhechores, ya que, mirando sólo éstos y olvidando á los honrados que son ofendidos, se generaliza el argumento de Holtzendorff, el cual, observando el aumento de valor de la libertad personal, quiere que el asesino sea castigado solamente con pena temporal (4), sin notar, como lo hace Barzilai en nombre de la escuela positiva, que también la libertad y la vida de las víctimas han aumentado hoy de valor (5).

Así que, mientras la opinión pública, que no conocía esto

(1) Orano, *Le recidiva nei reati*; Roma, 1883; pág. 133.

(2) *Rivista penale*; Mayo, 1882.

(3) Garofalo, *I pericoli sociali di alcune teorie giuridiche*, en el *Archivio di psichiatria e scienze penali*, III, 4.

(4) Holtzendorff, *Das Mor und Todesstrafe*; Berlín 1875, página 225.

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

y que siempre es hostil á las innovaciones, acusaba en sus principios á la nueva escuela criminal de que con ella no se conseguiría más que la impunidad de todos los delincuentes, en realidad serían por el contrario las últimas consecuencias del Derecho criminal clásico mezcladas con algunos de los más evidentes resultados de las ciencias psicológicas, las que conducirían á las exageraciones continuas en favor exclusivo de los delincuentes.

Prescindiendo de los terminantes mentís dados por la moderna fisio-psicología á la suposición de un libre albedrío ó de una libertad moral, resulta evidente la imposibilidad teórica y práctica de fundar sobre la libertad moral la responsabilidad del hombre por los delitos cometidos.

«Pero entonces, si el hombre comete delitos, no por libre elección de su propia voluntad, sino por tiranía fatal de su propio organismo anormal ó del ambiente externo, ¿cómo se le podrá castigar y hacerle responsable de culpas que no son suyas? Abrid por tanto las cárceles y cerrad los Tribunales, vosotros los positivistas, que negais ó excluís el libre albedrío. Si esto no podeis admitirlo porque es demasiado absurdo y peligroso por sí mismo, solamente por una contradicción lógica podreis hablar aun de Derecho penal y de justicia punitiva» (1).

Hé aquí la objeción acostumbrada, tan natural como poco fundada, que nos hace todo aquel que cree poder resolver á la ligera estos problemas con las primeras impresiones del sentimiento y de las costumbres mentales. Y hé aquí el problema verdadero y fundamental que se impone á la nueva ciencia de los delitos y de las penas.

Problema que parece imposible ó solamente fácil por medio de casuísticos silogismos, y que, sin embargo, en-

(1) Buccellati, uno de los pocos criminalistas italianos que al combatir nuestros trabajos han usado modos corteses, hablando de nuestra primera obra *Teórica dell'imputabilità*, con una benevolencia por la que aquí le damos las gracias, dice que precisamente nuestro libro «es otra prueba convincente de que, negada la libertad, está destruída nuestra ciencia.» (*Annuario delle scienze giuridiche*; 1881, II, 18, y *Il Nihilismo*, etc., etc., pág. 143.) Juicio autorizado, que pudo encontrar no pocas razones en la imperfección de nuestra primera tentativa.

cuentra una clara y precisa solución con la sola investigación de los hechos sociales, que han pedido y piden siempre la génesis propia, y la propia justificación, no á las teorías metafísicas de los juristas, sino á las condiciones naturales de la existencia humana.

Sin embargo, antes de buscar la solución de este problema con el solo criterio de los hechos sociales, se nos presenta una observación que ayudará á ponernos en el verdadero camino. La observación es la siguiente: residiendo el punto de partida y el norte de este problema en la negación ó exclusión de todo concepto de libertad moral en el hombre, como condición y medida de su responsabilidad, se deduce, que para ser consecuentes, para evitar dificultades y para no incurrir en contradicciones semejantes á aquellas que precisamente queremos evitar, se necesitará llevar el problema á un terreno completamente diverso de aquel en que estaba hasta este momento. No bastará una sencilla variación de términos, sino que será necesaria una sustancial separación de los principios seguidos hasta ahora. Toda solución que no responda á esta condición preliminar, será, por la misma fuerza de las cosas, un compromiso, una evasiva llena de equívocos y de dificultades.

Tenemos ya una prueba en la total insuficiencia de las soluciones intentadas por algunos criminalistas clásicos, admitiendo, no una absoluta libertad moral y por tanto una absoluta imputabilidad del hombre, sino más bien una libertad limitada y una imputabilidad relativa. Tenemos otro ejemplo en la tentativa de otro criminalista de sustraer la responsabilidad humana al criterio de una libertad volitiva absoluta ó limitada, supeditándola al criterio de una equívoca *libertad de inteligencia*, que, ó quiere transportar la idea de libertad de la voluntad á la inteligencia, y entonces está aún más en desacuerdo con la psicología, ó tiende á algo especial no bien definido, y entonces, aun protestando de su intención de librarse de los antiguos prejuicios metafísicos, no es sino un cambio de palabras, porque repite los mismos razonamientos y asigna los mismos criterios para medir la responsabilidad que adoptaron los defensores de la *libertad moral*.

Otro debe ser el punto de llegada, separándose tan completamente del punto de partida; y es esto precisamente lo

que, indicado apenas en otra ocasión (1), nos proponemos desarrollar ahora, atemperándonos á la condición preliminar indicada.

Creemos necesario y suficiente un doble orden de hechos para definir positivamente el problema de la responsabilidad humana; y es, en analogía con toda otra investigación natural según la filosofía de la evolución, el orden de los hechos en la sucesión del tiempo, como génesis y explicación de los hechos presentes.

Como el geólogo y el zoólogo, queriendo explicarse el por qué de la presente configuración terrestre ó de la fauna viviente, se condenarían á un trabajo infecundo si se concretaban, como por mucho tiempo se hizo por las escuelas clásica de la Geología y Biología, al solo examen descriptivo de las formas actuales, y llegan, por el contrario, á iluminar las tinieblas en donde se envuelve el misterio de la vida cuando, siguiendo los gloriosos pasos de Lyell ó de Darwin, fijan sus miradas en las épocas prehistóricas, y á esas y á la eterna sucesión de las especies vivientes piden con maravillosa fecundidad de resultados la clave de tantos secretos, así el sociólogo que se contentase con observar las formas presentes de la sociedad civil, ó se remontase cuando más al brevísimos camino de la historia, se condenaría á un trabajo tan infecundo como ha sido hasta ahora el de las escuelas clásicas de la Historia, del Derecho, de la Filosofía.

Del mismo modo y por las mismas razones, el criminalista que estudia un lado de la sociología humana, no puede limitarse á las investigaciones descriptivas, donde estaba constituido el patrimonio de las escuelas criminales clásicas, sobre la delincuencia y sobre la penalidad tal como se encuentran hoy en la sociedad civil, ó como se observa de pasada á través de la historia; deben buscarse en las manifestaciones más remotas de la vida los más elementales y lejanos gérmenes de este magisterio penal, que ahora nos ofrece una constitución tan compleja, y que se trata precisamente de regular según las normas de la vida.

(1) *Il diritto di punire come funzione sociale*, en el *Archivio di psichiatria e scienze penali*; 1882, volumen III, cuaderno I.

Hé aquí por qué, estudiando en otra ocasión el delito de homicidio según el criterio de la escuela positiva, hemos creído necesario y útil reunir los gérmenes y la evolución natural de aquellas acciones criminales y de las relativas reacciones penales en la edad prehistórica de la vida humana, correspondientes al vario conjunto de la presente vida salvaje, y aun en las especies animales que nos han precedido y que presentan todas las líneas fundamentales de la existencia humana, material y moral. Esto por la única razón de que, tratándose en definitiva de determinar la naturaleza de una función social, como el derecho de punir y su tendencia en el porvenir, es necesario conocer antes que nada los elementos biológicos y sociológicos en que se funda; y de los dos puntos tomados para determinar la trayectoria, el estado presente y el pasado, cuanto más lejos se fije este último del primero y de la visual del observador, mejor y más evidentemente se hace resaltar la posición respectiva y el ciclo de evolución.

Todo sér viviente lucha por su propia existencia, y por consiguiente, todo acto que ofende las condiciones naturales de la existencia en el aspecto individual ó social, determina por parte del sér una reacción directa ó indirectamente defensiva, según que pueda servir para evitar las consecuencias dañosas del ataque, ó bien, castigando al autor, sirva para evitar repeticiones futuras.

Hé aquí el hecho primitivo, irresoluble, elemental, que constituyendo uno de los caracteres propios fundamentales de la materia organizada y viviente, por las condiciones elementales de sensibilidad y de movimiento, se manifiesta precisamente en las formas más elementales de la vida, en el sencillo protoplasma, como en el vegetal, y rigiendo las sucesivas complicaciones se llega á la forma más compleja y más alta de la defensa humana, individual y social, complicándose con otros elementos físicos y psíquicos en los medios de defensa y en las ideas y en los sentimientos que la acompañan, pero conservando siempre el fundamento primitivo ya indicado.

Y ya que la Biología y la Sociología, en vez de estar una con la otra en relación de sucesión ó de propia y verdadera separación, son, por el contrario, coetáneas y paralelas, ya que la vida animal se manifiesta desde sus principios en

una doble serie de organismos individuales y de organismos sociales (1); así acontece que este hecho punitivo de la reacción defensiva á los ataques externos asume desde los primeros momentos de la vida animal un doble orden de manifestaciones individuales y de manifestaciones sociales, y esto es solamente porque prevalece la forma individual de reacción defensiva en los animales y en las razas humanas primitivas, y porque prevalece, por el contrario, la forma social en las razas humanas superiores; como nosotros mismos otra vez hemos indicado; la evolución natural del magisterio punitivo es una función que de individual en sus principios se hace poco á poco eminentemente social. Un estudio más completo de los hechos nos demuestra que aparte de la diversa y especialísima influencia de la forma individual ó de la social en las diversas fases de la evolución humana, en realidad siempre y constantemente se encuentran estas dos formas de reacción defensiva cuando se trata de la vida animal y humana.

Aun en los animales inferiores se encuentra la reacción defensiva bajo las formas de simple irritabilidad ó pocomás, como se observa en los individuos tomados aisladamente, como se observa en las colonias animales, las cuales reaccionan en los solos casos de peligro colectivo y en forma de defensa social. Esto se presenta mucho más claro cuando, elevándonos en la escala zoológica, encontramos la vida social con formas más semejantes á la humana, y la asociación de individuos mejor desarrollada en sus manifestaciones orgánicas y psíquicas. Así, por ejemplo, si una abeja ladrona intenta entrar en una colmena que no es la suya, para robar la miel, las abejas que defienden la entrada la rechazan juntas y juntas tratan de morderla y perseguirla: si por casualidad llega á entrar, encontrará una muerte cierta apenas sea reconocida como intrusa en la sociedad (2). En los animales, especialmente en los mamíferos más inteligentes, se llega ya á aquella constitución más alta de la de-

(1) Rabbeno, *Dei rapporti fra la biologia e la sociologia*, en la *Rivista di filosofia scientifica*, II, 5 Marzo de 1883.

(2) Büchner, *La vie psychique des bêtes*; París, 1881, págs. 321 y 370; Lubbock, *Ants, Bees and Wasps*, Londres, 1882.

fensa social, ejercitada, no directamente por la colectividad social, sino por su jefe, por un interés ciertamente personal, pero también colectivo que no es esencialmente distinto de cuando se verifica en las sociedades humanas salvajes ó bárbaras. Muchos mamíferos viven en sociedad entre ellos, existiendo siempre un individuo que ejerce cierto dominio sobre los demás, los guía y los defiende: así, los elefantes, los bisontes, los caballos, los monos, etc. (1).

Con perfecta analogía se repite entre los hombres esta evolución de la reacción defensiva. Existen tribus salvajes que viven completamente separadas, sin jefe alguno, y en las cuales todo ataque á las condiciones de existencia no determina sino una reacción puramente individual del ofendido, transitoria y no regulada por parte de la tribu, por considerarla como asunto de importancia exclusivamente privada. El único juez de si una acción es criminal, es decir, dañosa ó no, el único ejecutor del juicio, es el individuo atacado, que reacciona con un objeto defensivo para el presente y para el porvenir, y movido al propio tiempo de sentimientos de resentimiento y de venganza (que ya existe en los animales), se excede casi siempre contra el ofensor. Así se verifica, por ejemplo, en muchas partes del Africa central y entre los Caribes, los Fuegianos, las pieles rojas de la América del Norte, etc., etc. (2).

La reacción defensiva en su forma individual, al decir de Puglia, asume dos manifestaciones diversas: ó de una reacción inmediata é instantánea al momento de la agresión ó de una reacción reprimida y diferida á tiempo más oportuno, que Puglia llamaría propia y verdadera venganza (3). La distinción es positiva y es el reflejo psicológico de la distinción hecha poco antes entre las reacciones directa ó in-

(1) Brehm, *La vita degli animali*, traducción italiana: Turín, 1872-1873, volumen I, 29, 46.—Espinosa, *Les sociétés animales*; París, 1878, segunda edición, pág. 450.

(2) Lubbock, *I tempi preistorici e l'origine dell'incivilimento*; Turín, 1876, pág. 692.—Detourneau, *Le sociologie*; París, 1880, p. 444 y siguientes.

(3) Puglia, *Evoluzione storica e scientifica del diritto e della procedura penale*; Mesina, 1882, pág. 30, 31.—Zocco-Rosa, *Leta preistorica del diritto penale á Roma*; Catania, 1883, pág. 9 y siguientes.

directamente defensivas. Precisamente por esto no puede ser sino una distinción psicológica ó más bien histórica, como admite Puglia y aun Zocco-Rosa, los cuales hacen corresponder «dos períodos históricos» ó «dos edades prehistóricas» á aquellas dos formas de reacción, haciendo á la primera anterior, por razón de tiempo, y además fase precedente á la segunda. A nosotros nos parece que considerando como un dato de los hechos aquella distinción, no se puede, sin embargo, admitirla como carácter diferencial de dos épocas sucesivas; más que nada, porque no hay pruebas positivas de que en un primer período existiese la sola reacción instantánea, y que más tarde, «prevaleciendo la reflexión sobre el instinto», se verificase la reacción vindicativa que se había dejado para tiempo más oportuno; en segundo lugar, porque es fácil convencerse que de la sola oportunidad de las circunstancias especiales habrá determinado, tanto en los hombres primitivos, como en los animales superiores (y Darwin nos recuerda algunos ejemplos de estos últimos) (1) la instantaneidad ó el aplazamiento de la reacción defensiva. Tampoco nos parece positiva la otra afirmación de Zocco-Rosa, «que mientras la reacción instantánea es exclusivamente individual, aun en cuanto á su ejecución, no es exclusiva y absolutamente individual en su ejecución la venganza»; porque ni la una ni la otra de estas formas es exclusivamente individual ó social, sino que puede ser, y es ciertamente, una reacción instantánea colectiva, como sucede en los casos de agresiones rechazadas inmediatamente por toda la colectividad ó por el jefe, tanto en los animales como en el hombre.

Mucho más importante nos parece la observación de Spencer, encontrando una primitiva y fundamental identidad entre la reacción defensiva contra un agresor externo (defensa militar) y aquella contra un agresor interno (defensa jurídica ó judicial) (2). Esta identidad podemos sorprenderla, no sólo en los hechos de sociología humana referidos por el gran filósofo, sino también en aquellos de so-

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

(2) Spencer, *Principes de sociologie*; París, 1883, volumen III, página 659 y siguientes.

ciología animal que hemos citado poco há, en los cuales, precisamente, la reacción individual ó colectiva se ejercita de la misma manera y por las mismas razones cuando el agresor pertenece á una tribu extraña que cuando forma parte de la misma sociedad. En la humanidad primitiva, como nota Spencer, vemos que, especialmente cuando la reacción defensiva judicial va prevaleciendo como función social y permanente, tiene de común con la defensa militar el principio que mueve y los órganos ejecutores. Esto que el lenguaje nos manifiesta en las expresiones «espada de la justicia» y «enemigo público», usadas en las funciones exclusivamente judiciales, que aun ahora, en la sociedad civilizada, tienen muchos puntos de contacto con la función militar, especialmente en los momentos de convulsiones sociales, que es cuando más se recuerda el estado primitivo humano.

Es natural que sobre la forma individual, transitoria y exorbitante de reacción defensiva y de venganza, prevalezca desde el principio la forma social de la defensa, primeramente como reacción directa de la colectividad, después como función ejercitada en nombre de la colectividad por el jefe de la tribu. Esto por dos razones:

Primera, porque la colectividad misma debe reaccionar contra aquellas acciones que más directa y exclusivamente son una amenaza de destrucción inmediata ó de debilidad en la lucha con las tribus enemigas. En los casos de homicidio ó de herida grave, que con el hurto constituyen el fondo de la criminalidad salvaje, siendo imposible la reacción del ofendido y de la familia, son los parientes, los amigos y aun la tribu misma los que se encargan de la venganza defensiva; y así la reacción, de individual se hace colectiva, por una razón de utilidad social, para impedir, como nota Darwin (1), que las muertes de los miembros de una tribu por parte de los enemigos externos, más aun por parte de sus convivientes, quitan á la colectividad las fuerzas necesarias para luchar por su existencia frente á otra tribu.

En segundo lugar, porque siendo inherentes á la reac-

(1) Darwin, *L'origine dell'uomo*; traducción Lessona; Turín, 1873, página 73.—Spencer, *Le basi della morale*; Milán, 1881, pág. 141.

sión individual, instantánea ó diferida, los sentimientos de venganza y de preservación ulterior, y por tanto, la tendencia al abuso promoviendo nuevas y sangrientas reacciones, urge demasiado á la colectividad quitar ó limitar estas continuas causas de debilidad.

Efectivamente, dice Spencer, «la costumbre de defenderse por sí mismo cede poco á poco á la de reclamar la protección del Estado bajo la presión de la necesidad pública, y sobre todo, bajo la necesidad de conservar la fuerza militar,» y de tal modo, que aun en las épocas históricas de la Edad Media se reproduce idéntica evolución, propia de las épocas prehistóricas y salvajes, en el continuo y siempre mayor prevailecimiento y sustitución de la forma social defensiva, aunque sea inmediata ó diferida como prevención ó como represión; «venganza pública» como se dice aún, sustituida á la venganza privada ó familiar. Prevailecimiento y sustitución que, empezando por una simple intromisión de la colectividad en las cuestiones privadas, dió lugar á las reglas é instituciones jurídicas del talión, de la composición y de la protección al mismo ofensor amenazado de excesiva reacción por el ofendido, tanto en muchas tribus salvajes, como en las antiguas civilizaciones mejicanas, orientales, griegas y romanas, y en la Europa de la Edad Media, que se hace después exclusiva competencia del Estado en el castigo de los delitos y en la defensa militar.

Y ahora, si análogamente á las diversas formas de la reacción defensiva, desde los primeros y más sencillos movimientos del individuo hasta el alto magisterio punitivo del Estado, observamos los órganos de esta función, encontramos que comienzan á delinearse cuando la defensa de los actos transitorios del individuo ó de la colectividad que reacciona, se transforma en función permanente correspondiente al jefe de la tribu. Cuando estos jefes, especialmente por su competencia en la defensa militar, concentran en sí, primero temporalmente y luego por toda la vida, la personificación y la tutela de la sociedad, aunque la defensa jurídica ó judicial se haya hecho prerrogativa suya, especialmente para las acciones dañosas ó sea criminales (homicidio, traición, etc., etc.) que interesan á toda la tribu, y se hace su cargo ejecutivo, porque en los primeros tiempos, cuando las

costumbres no habían impuesto una regla contraria, además de ser legisladores, eran jueces ejecutores de la propia sentencia; en esto se contiene el germen prehistórico del principio, hoy ya abandonado por la ciencia, de que la «justicia emana del Rey.» En las fases ulteriores; creciendo la complejidad del cuerpo social y la complicación de sus funciones, el jefe de la tribu delega en algunos ministros parte de su autoridad, primero la ejecución de sus órdenes administrativas ó judiciales, y después la facultad de proveer y de sentenciar. Estos ministros y ejecutores, que en su principio tienen carácter militar, precisamente por la identidad primordial de las dos funciones, carácter unido al sacerdotal á semejanza del mismo jefe de la tribu, que es casi siempre jefe supremo y gran sacerdote, cambiando los tiempos y la estructura social, llegan á quedarse con el carácter único y exclusivo de magistrados judiciales, que es lo que sucede en los pueblos civilizados (1).

Este hecho, constante en toda sociedad primitiva, de la coexistencia del carácter sacerdotal y militar en los órganos de la función defensiva y represiva, nos sirve precisamente para explicarnos positivamente un carácter fundamental atribuido al magisterio penal de la sociedad y á la ciencia que á él se refiere.

Cuando la reacción defensiva se aplica en la forma individual, es evidente que la única y fundamental causa de ella es la utilidad personal del ofendido, y la tendencia irresistible á la propia conservación, porque el dolor no es otra cosa que una disminución de vitalidad, como observan Hamilton, Dumont (2), Bain (3), Hodgson y otros, provocando siempre una natural repugnancia en todo sér viviente. Sea un cuerpo inanimado, sea un animal, sea un hombre el que ataca la existencia de un sér viviente, éste, sin más consi-

(1) Véanse las pruebas de hecho en Spencer, *Principes de sociologie*; Paris, 1883; volumen III, parte 5.^a, cap. XIII; y entre otros criminalistas, Ellero, *Delle origini storiche del diritto di punire*, en los *Opuscoli criminali*; Bolonia, 1874.—Rolin, *Les phases du droit penal*, en la *Revue du droit international*; 1882, I.

(2) Dumont, *Il piacere e il dolore*; Milán, 1878, cap. III.

(3) Bain, *L'esprit et le corps*; París, 1878, pág. 60 y siguientes.

deraciones, responde en el límite de sus fuerzas por la sola necesidad de la propia conservación. De tal manera, que si nos limitamos al caso de un hombre que ataca á otro amenazándole en las condiciones naturales de la existencia, bien con el homicidio, bien con el hurto ó con otra forma cualquiera, en este caso observamos que el agredido responde y se defiende por el solo hecho de la agresión, sin mirar para nada la intención ó el estado psicológico del agresor.

La *culpa*, por tanto, como carácter de maldad moral en el agresor, ó sea en el delincuente, es un elemento completamente extraño y desconocido en la reacción defensiva individual; y esto, no sólo en la fase primitiva y salvaje de la humanidad, sino en toda sociedad aunque esté muy adelantada.

Más aun: en los principios de la existencia social, aun la reacción social ejercida directamente por parte de la colectividad, ó indirectamente por parte del jefe de la tribu, no tiene otro móvil ni otro criterio, fuera de la utilidad social, que la necesidad de la propia conservación. En este caso, la culpa moral del agresor es un elemento completamente extraño y desconocido á esta reacción defensiva; de esto se encuentran pruebas en las legislaciones de las antiguas civilizaciones, hasta en Roma, donde el daño ó el peligro sean el único criterio de represión en muchos casos de actividad antisocial ó criminosa.

Este carácter de simple función de defensa ó de conservación social, independiente de la culpabilidad moral y de las condiciones psicológicas del agresor, existe todavía en las sociedades modernas, cuando se trata de una reacción directa é inmediatamente defensiva contra un ataque presente como, por ejemplo, en caso de guerra por toda la colectividad, ó en el caso de prevención directa de un delito por parte de los agentes de policía, casos en que la reacción es siempre independiente de la culpabilidad moral del agresor.

Pero cuando se trata, por el contrario, de la reacción indirectamente defensiva ó represiva por parte de la sociedad contra uno ó más individuos delincuentes, entonces el elemento de la culpa moral en estos individuos agentes predomina, y según la ciencia clásica y la legislación crimi-

nal vigente, es condición *sine qua non* de la represión social, ó sea de la punibilidad individual.

¿Por qué razón? Porque dicen los criminalistas clásicos y con ellos los legisladores: «En el caso de reacción inmediata se trata de verdadera y propia defensa de un ataque inminente, pero que no ha sucedido aún; entonces, como la necesidad carece de ley, se impone el rechazar la reacción independientemente de la culpa del agresor; pero en el caso de reacción indirecta, esto es, del magisterio punitivo, no estamos en el caso de verdadera y propia defensa, porque el ataque sucedió ya, el hecho no puede destruirse, y se trata, por consiguiente, de otra misión; se trata de pesar la culpabilidad moral del delincuente y de hacer un acto de justicia *retributiva* ó *reparadora*, relacionando el castigo con la culpa, la pena con el delito.»

Ahora bien: esto es precisamente lo que la escuela positiva, no sólo no admite, sino que niega terminantemente, no sólo porque esta apreciación de la culpabilidad moral del delincuente es quimérica ó imposible, ó fuente de contradicciones lógicas y de peligros sociales, sino también por otras razones positivas, que añadiremos á los argumentos negativos desenvueltos en las páginas anteriores. El estudio que hemos indicado sobre la génesis evolutiva del magisterio penal, nos sirve precisamente de base para esta demostración, determinando el origen y el valor del carácter retributivo asumido por el magisterio punitivo en los diversos periodos de la historia.

En aquel doble carácter militar y sacerdotal del jefe de tribu y de sus ministros delegados reside el germen primitivo del criterio de culpabilidad moral como condición de la penalidad, porque los sacerdotes, una vez adquirida aquella preeminencia tan general en todas las sociedades primitivas, concluyeron por llamar á sí la represión de las acciones irreligiosas y después las de todo delito. Entonces la reacción defensiva ó represiva, que mientras la ejercitaba el individuo ofendido era una *venganza privada*, *venganza de sangre* en caso de ser la familia del ofendido la que castigaba, y *venganza pública* cuando la ejercitaba el jefe de la tribu, al pasar á la casta sacerdotal tomó el carácter de *venganza divina*, de venganza de la divinidad

ofendida, transformándose así de mera función defensiva, en misión religiosa y moral, con el natural acompañamiento de un riguroso formalismo y de un espíritu místico de penitencia y arrepentimiento.

Este rígido carácter religioso del magisterio penal cedió primeramente en los delitos directamente políticos, y después en los comunes; y frente á la reivindicación de la idea y de la potestad dejó para siempre, y como residuo, porque la disolución es gradual como la evolución, la idea de que el ministerio represivo es una función moral correccional, y avanzando más, de justicia retributiva, porque, como indica Kraepelin, aun cambiándose la forma de los preceptos primitivos, de religiosa en moral, la esencia subsistió (1). Y ahora, el concepto primitivo de la utilidad social apenas si se deja entrever á través de las disquisiciones de los filósofos y de los juristas, al indicar éstos que la única base de la pena sea la regla *moral* de que *el mal* merece *mal*.

Es fácil ver que en las tres fases de evolución de las ideas y de los sentimientos relativos á la pena, la fase religiosa, la fase ética y la fase social ó jurídica, estamos hoy científicamente poco más ó menos en la fase segunda de la evolución, y legalmente nos encontramos en un grado inferior, porque las leyes, por su índole menos progresiva, conservan más profundas huellas del espíritu religioso y ético propio de la edad precedente.

Ciertamente que la idea de utilidad social en el magisterio penal es tan evidente y primitiva, que todos los criminalistas, aun los más ortodoxos y espiritualistas, la reconocen más ó menos explícitamente. Se nota que muchos entre los más célebres criminalistas fundaron el derecho de castigar sobre un concepto de utilidad social, de defensa directa, de defensa indirecta, de defensa continuada, de conservación, de necesidad política, etc., etc. La diferencia sustancial entre aquellas teorías y la defendida por la escuela positiva, está en lo siguiente: mientras que Beccaria, Benthan, Romagnosi, Comte, Martín, Schulze, Thiercelin, Carmignani, etc., etc. incluían siempre en sus sistemas

(1) Kraepelin. *La culpa e la pena*, en la *Riv. di filos. scienti.*; Turin, 1883, II, pág. 527.



como criterio y condición superior á la idea de necesidad social, el concepto de responsabilidad ó de culpabilidad *moral* del hombre, nosotros lo excluimos completamente del campo *jurídico*.

Aun entre los criminalistas clásicos contemporáneos se extiende cada vez más la parte concedida á la idea de utilidad social, pero queda siempre en línea secundaria y siempre sometida al criterio ético de la culpabilidad humana. Basta al objeto citar al más respetable representante de la escuela clásica contemporánea italiana, Carrara, que dice: «el derecho de castigar en la mano de Dios no tiene otra norma que la *justicia*; en las manos del hombre, no tiene otra legitimidad que la necesidad de la *defensa*; pero aunque la defensa sea la única razón de la delegación, el derecho *delegado* siempre está sujeto á la norma de la justicia; porque *no puede perder la indole primitiva de su esencia pasando á las manos del hombre* (1). Esto de recurrir á Dios, que se encuentra en muchos otros criminalistas, para fundar una punición eminentemente humana, que podría, por tanto, negarse cuando uno no creyese en la existencia de Dios, prueba hasta la evidencia el origen ético y religioso de los sistemas hasta ahora en boga, en el campo del Derecho criminal; y sobre todo después, mostrándonos el carácter de transición entre la época mística de la Edad Media y la moderna positiva y social, atestigua por sí misma la armonía de nuestras aspiraciones científicas con el movimiento histórico del pensamiento.

Finalmente, si en los criminalistas italianos más modernos encontramos, aunque sea veladamente, este origen divino del Derecho social de punir, como en los *Elementos de*

(1) Carrara, *Programma* (última edición, 1877. Prolegómenos, I, 21.) En las *Reminiscenze di cattedra e foro*, del mismo insigne criminalista (Luca, 1883), el discurso de 1879 sobre la *Genesi antropologica del diritto criminale e penale*, prescinde de todo argumento extraño á la humanidad y deduce de la sola «naturaleza jurídica» del hombre, la necesidad de la pena, como sanción y defensa de los derechos, con una argumentación, que en su esencia ya la habian usado, entre otros, Ellero (*Della pena capitale*, en los *Trattati*, pág. 23 y *Della emenda penale* en los *Opuscoli*, pág. 131) y de la cual, de todas maneras, que le siempre el principio de culpabilidad moral.

Derecho penal de Pessina, donde el principio fundamental de la justicia penal, que en las primeras ediciones (tercera edición, Nápoles, 1872) se hacía emanar del concepto de la divinidad y de la semejanza del hombre con Dios, en la última edición, por el contrario, se establece como forma suprema y moral de la *lucha por el derecho* (1), en los *Apuntes de introducción* de Brusa (Turín, 1880, § 24), la represión ó justicia penal se hace descender de la necesidad de la defensa, dándola *un objeto superior al de la simple utilidad* (2); todavía, sin embargo, queda en los criminalistas italianos contemporáneos el concepto *ético* del derecho de punir y su esencia de justicia atributiva ó reparadora, y por tanto, su sujeción completa y fundamental al criterio de una libertad moral más ó menos absoluta en el individuo delincuente.

Ahora bien: supuesta esta evolución del pensamiento con relación al magisterio punitivo de una continua mitigación y restricción del principio religioso y ético impuesto por el predominio sacerdotal, es fácil ver que el paso que pretendemos dar en la ciencia y en la legislación penal constituye un nuevo progreso, que germinando de los grados anteriores, viene á completar el ciclo evolutivo reduciendo el magisterio punitivo á aquel carácter natural y espontáneo de simple función social, carácter que tenía en sus comienzos, y que, nótese bien, es el único verdaderamente comprendido por la conciencia popular; pero con una modificación que es un progreso, porque se despoja á la función punitiva de todo espíritu de *venganza brutal* para asumir solamente el de *defensa* pura y simple, impuesta por la necesidad de la conservación social.

De tal manera, que á este propósito, no sabríamos explicarnos la afirmación de Filomusi Guelfi de que «la llamada teoría de la *necesidad natural* de la pena consiste, en el fondo, en reducir el punto fundamental de la pena misma al

(1) Pessina, *Elementi di diritto penale*; Nápoles, 1882, pág. 17. Idem, *La lotta pel diritto*, en el *Annuario delle scienze giuridiche*; Milán, 1880.

(2) Véase Buccellati, *Il nihilismo e la ragione del diritto penale*; Milán, 1881, parte II, cap. I, III, V.

sentimiento de la venganza: esta es la consecuencia de un puro materialismo en la ética y en el derecho» (1). Como se ve, si algo se excluye de la escuela positiva, es precisamente el sentimiento de venganza que acompaña, pero que no determina á la primitiva reacción defensiva; y se concilia, por el contrario, con la nueva escuela la necesidad de la defensa ó conservación social, con la piedad hacia aquellos seres peligrosos que no son culpables, en el sentido místico de la palabra, pero que, sin embargo, es preciso segregarlos de la sociedad. A lo más, si aquel sentimiento de venganza, sentimiento inextinguible en el hombre, acompañara los actos de defensa contra el delito, será, sin embargo, un sentimiento distinto del primitivo y brutal, un sentimiento «que reaviva en la sociedad la conciencia de la moralidad» (2).

Es decir, que el estudio de aquella evolución natural, por la cual del hecho embrional de una reacción de irritabilidad y de sensibilidad animal, se llega al alto y complicadísimo conjunto de instituciones, de leyes, de costumbres que constituyen el moderno magisterio punitivo, nos lleva á esta conclusión general en el problema de la responsabilidad humana: que la única razón natural y el criterio fundamental de la represión de los delitos está en la necesidad imprescindible de la propia conservación, que domina en absoluto tanto un organismo social como un organismo animal, y que por esto (hé aquí la profunda innovación de la escuela positiva, que va más allá de la ciencia clásica, y del sentido común) que la necesidad de la propia conservación, en el individuo como en la sociedad, es y debe ser completamente independiente de todo elemento de culpabilidad moral en el autor de un ataque contra las condiciones naturales de existencia del individuo mismo ó de la sociedad.

(1) Filomusi Guelfi, en la reducción de la obra de Liszt, *Das Reichs strafrecht*; Berlín, 1881, en la *Cultura*; núm. 3, pág. 137. Y del mismo modo Buccellati, *Concetto fondamentale nel diritto penale*, en el *Annuario di scienze giuridiche*; Milán, 1881, II, página 33 y siguientes.

(2) Ardigò, *La morale dei positivisti*; Milán, 1879, pág. 464 y siguientes.

Ciertamente que en la sociedad, como en el individuo, esta función de defensa ó de conservación no puede ser independiente de toda condición, y esto es precisamente lo que trataremos dentro de poco, dando así perentoria respuesta á los criminalistas que repiten la acusación, tan fácil como infundada, de que abandonamos al arbitrio tiránico «del interés social» toda garantía del individuo delincuente, ó que se supone lo es. Pero en tanto, la conclusión á que nos ha llevado tan espontáneamente la observación de los hechos establece un principio evidente por sí, una vez enunciado, y que, á pesar de las apariencias revolucionarias, recibe un amplio y cotidiano reconocimiento, aunque pase inadvertido por la generalidad y por la misma legislación. Un principio que tiene un inmenso alcance científico y práctico, que está destinado á renovar los fundamentos del edificio jurídico de la ciencia criminal, y que, en nuestra opinión, es una de las ideas más fecundas, que presentándose, si bien oscuramente en la conciencia de algunos naturalistas, examinando las relaciones entre sus conclusiones de hecho y las ciencias sociales, las hemos afirmado y desenvuelto claramente en las primeras tentativas de renovación de la ciencia penal.

Hé aquí por qué, del mismo modo que una de las fundamentales y más evidentes conclusiones de la moderna fisio-psicología, es la inteligencia del hombre, ó mejor, toda su actividad psíquica y moral, solamente una función orgánica del sistema nervioso, que no se puede concebir y explicar el sentido común sino empezando por los más lejanos y débiles destellos de la actividad psíquica en los animales más inferiores, subiendo por los grandes anillos de la cadena zoológica hasta el hombre salvaje, y de éste al hombre civil y más inteligente; así, una de las cardinales y más fecundas conclusiones de la sociología criminal formulada por la escuela positiva es «considerar el derecho de punir como una función vital de conservación, independiente de toda consideración moral, ó de culpabilidad moral en el individuo delincuente» no podía asumir á más de la esencia, la apariencia de verdad, en frente á pensadores preocupados por diversas costumbres mentales, sino comenzando á observar las primeras y más embrionales manifestaciones, en los más ínfimos grados del mundo animal,

para subir después á través de la escala zoológica á la humanidad primitiva y de ella á la moderna sociedad, por medio de investigaciones de sociología animal, que no comprendidas ó mal entendidas, parecerán simple y vano culto á la moda del día á todos aquellos que no estén familiarizados con las ciencias naturales.

Entanto, la conclusión á que hemos llegado consta de dos partes de un mismo principio cardinal: la primera, reconocida ya parcialmente por muchos criminalistas, emana de la observación común y consiste, como dijimos, en reconocer en el ministerio punitivo *la sola naturaleza de función defensiva ó conservadora*; la segunda y explícita afirmación, es *la independencia de esta función defensiva de todo criterio de libertad moral ó de culpabilidad moral*, afirmación universalmente impuesta por la ciencia criminal clásica y aun (con frecuentes mutilaciones) por la conciencia común.

Con esta segunda parte, entramos verdaderamente, ayudados por la sociología criminal, en lo vivo del problema fundamental de la responsabilidad humana, que desenvolveremos ahora, siquiera sea muy á la ligera, reservándonos desarrollarla en otro lugar de una manera más completa y minuciosa.

Antes, sin embargo, será conveniente aclarar dos objeciones repetidas por los criminalistas clásicos más modernos contra la primera parte de aquel principio, como afirmación absoluta, sin mezcla de otros. Principios que inexactamente son llamados *superiores* (justicia reparadora ó retributiva), porque es evidente que, hablando humanamente, no hay nada superior á la necesidad de la vida humana individual ó social, siendo ya tiempo de abandonar las distinciones entre lo *útil* «arbitrario, vulgar, variable,» y lo *justo* «absoluto, noble, eterno,» porque en realidad son una misma cosa; porque lo «justo» ó lo «equitativo», según nuestro modo de ver, no son otra cosa sino lo útil, que responde en definitiva á las condiciones naturales de la existencia humana, en un determinado tiempo y lugar, distinto por tanto del útil inmediato no conforme con aquellas últimas condiciones, y que nosotros los positivistas no lo tomamos nunca como regla de vida.

Estas objeciones son: primera, que el derecho de castigar no puede asimilarse al derecho de defensa, porque

mientras la defensa se refiere á un hecho que se ha de ejecutar, la pena está en relación con un hecho ya practicado; segunda objeción: que esta razón de *defensa ó conservación social*, como único principio del derecho de punir, constituye un retroceso frente á la razón de la *tutela ó defensa jurídica* ó de la *reintegración jurídica* en que se funda la escuela italiana clásica contemporánea, y esto especialmente en cuanto que la defensa social puede legitimar cualquier exceso de poder por parte del Estado en perjuicio de los derechos individuales, mientras que la defensa del derecho no admite esta posibilidad (1).

Cuando la sociedad, como persona, como cuerpo viviente, rechaza el ataque inminente de un enemigo invasor, entonces estamos verdaderamente en el caso de la legítima defensa *personal*, como cuando un individuo rechaza á un salteador, y entonces en realidad no se trata de derecho punitivo propiamente dicho.

Lo propio sucede en el caso en que el agente de seguridad pública rechaza, en nombre de la sociedad, una agresión dirigida contra uno ó más individuos: aun entonces la sociedad ejercita la defensa personal, defendiéndose á sí misma en el individuo agredido. Cuando la sociedad reprime, ó para usar la vieja palabra, «castiga al delincuente por un delito ya cometido,» entonces, tomando la palabra *defensa* en su significado más restringido, no es posible suponer que la sociedad practique un acto de legítima defensa, como decía Loke. Y, sin embargo, ¿quién negará que esta represión social de un delito cometido no tiene la naturaleza de una defensa (en el sentido lato de esta palabra), de un preservativo contra nuevos delitos del individuo castigado especialmente y tal vez de los que pudieran imitarle? Será, por consiguiente, cuestión de palabras más que de esencia, y podemos seguir á Franck (2), que tiene por más

(1) Carrara, *Programma*, §§ 611, 815. *Parte speciale*. Introducción al volumen I, pág. 21. *Opuscoli*, I, 261, II, 12; y del mismo modo los demás criminalistas de la escuela italiana.

(2) Franck, *Philosophie du droit pénal*; París, 1880, segunda edición, parte primera, cáps. III y VII. Hélie, *Introduction au traité de droit pénal*, de P. Rossi; París, 1872.—Puglia, *Prolegomeni allo studio del diritto repressivo*; Turín, 1883, nota á la pág. 58.

exacta la frase *conservación social* que *defensa social*; pero lo que á los positivistas nos importa sobre todo, es, que en el derecho de punir ó de reprimir los delitos cometidos la sociedad no vea otra función que la de una pura y simple defensa ó conservación del orden social.

La evolución natural del derecho represivo que hemos indicado poco há, es una prueba de hecho y nos ofrece una respuesta positiva á esta primera y repetida objeción. En efecto, se parangona muy mal por casi todos los criminalistas la verdadera y propia defensa con la represión social, cuando ésta, por el contrario, debe parangonarse con la reacción vengativa del individuo primitivo por las ofensas sufridas. Al castigar la sociedad al delincuente no hace sino ejercitar aquella función, que en las fases primitivas y bárbaras representaba la venganza del ofendido, como sucede hoy en los pueblos salvajes, como sucedió en la Edad Media con los bárbaros, y como sucede en algunos pueblos de Europa (albaneses, montenegrinos etc., etc.) (1). Los criminalistas llaman «providencial» á este instinto primitivo de la venganza, y muchos representantes del Ministerio público hablan aun de la «venganza social,» indicando inconscientemente el primitivo origen del derecho punitivo (2); y, como nota Bagehot, muchas expresiones comunes reclaman, aunque de una manera embozada, «el espíritu de guerra que aun informa nuestra moral» (3).

Ahora bien: ¿quién puede negar que aun en la venganza

(1) Es inútil buscar nuevas pruebas después de los hechos recogidos, entre otros, por Letourneau, *La sociologie*; París, 1880. Du Boys, *Hist. du droit criminel des peuples anciens*; París, 1845, *et des peuples modernes*; París, 1855, tomo I.—Thonissen, *Études sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens, Inde, Égypte, Judée*; dos volúmenes; Bruselas, 1869.—Tissot, *Le droit pénal*; París, 1880, tomo I.—Holtzendorff, *Handbuch des deutschen Strafrechts*; Berlín, 1871; I, § 9.º y siguientes. Del Guidice, *La vendetta nel diritto longobardo*, en el *Archivio storico lombardo*; 1875.—Pertile, *Storia del diritto italiano*; Padua, 1877; volumen V.

(2) Pagano, *Principii del Codice penale*; § I, parte V.—Carrara, *Programma*, § 587.

(3) Bagehot, *Lois scientiphiques du developpement des nations*; París, 1875, pág. 85.

personal no se contiene el concepto de defensa contra las posibles repeticiones de la ofensa? Y así, ¿quién puede negar que la sociedad castiga, no tanto por aquello que ha sucedido, sino por lo que pueda suceder, esto es, para preservarse de la repetición de los ataques criminales? Ellero, cuando escribe que «la pena mira á los delincuentes futuros y no á aquel á que hiere,» confirma precisamente el antiguo aforismo de la observación cotidiana: *punitur non quia peccatum, sed ne peccetur* (1). El sentido común (no preocupándose de la cuestión de palabras), no se ha formado jamás del ministerio punitivo otra idea que la de defensa ó más bien de conservación social; y es este uno de los casos en los que ciencia y sentido común marchan de acuerdo, siendo por tanto inútil empeñarse para buscar principios y fórmulas recónditas ante una realidad tan clara.

Ciertamente que la defensa social no es precisamente la venganza personal, porque ésta es la primera fase de una evolución que termina con aquélla: de *acto* individual y transitorio se convierte en *función* colectiva y permanente, respondiendo á una necesidad permanente y colectiva; por esto es por lo que Romagnosi decía: «el magisterio penal no es individual, ni temporal; es universal, perpetuo á toda una sociedad» (2). Y por lo mismo decía también Guerrazzi: «y no me mueve ni aun la consideración de que la pena no se proponga por fin la venganza, porque precisamente yo creo que se la debe proponer. Que haya venganzas de varias maneras se comprende; y que el hombre reducido á vivir en comunidad civil ceda su derecho de vengarse al magistrado, es natural; como se comprende también que haya venganzas injustas por el afecto que las produce, ó por el modo ó por el exceso con que son ejecutadas, éstas son censurables; pero la venganza justa, templada, proporcional á la ofensa, no se puede condenar» (3).

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

(2) Romagnosi, *Genesi del diritto penale*; párrafo 337.

(3) Ellero, *Giornale per la abolizione della pena di morte*; cuaderno I. *Lettera al direttore di F. D. Guerrazzi*; Milán, 1861. Ardigò, *La morale dei positivisti*; Milán, 1879; páginas 463 y 465.

Precisamente la pena es ahora, lo que Beccaria y antes de él Hobbes, Leibnitz, Holbach y después Romagnosi, Schopenhauer, Stuart Mill, etc., etc., dijeron que debía ser «un motivo sensible opuesto al delito» (1), en el doble significado (como observó Ellero), primero, del motivo psicológico que repele el delito como amenaza legislativa, y después, como defensa directa contra la repetición de los ataques por parte del delincuente, como ejecución de la amenaza misma.

Distíngase, por tanto, como Carmignani, la defensa preventiva de la *defensa* represiva, pero no se conteste que el ministerio punitivo sea una pura y simple función de conservación social. «Y sea, añaden los criminalistas clásicos, ¿pero no veis entonces que, hablando de defensa ó de conservación *social* más ó menos derivada de la venganza, exponéis al individuo á toda clase de abusos por parte de la sociedad, la cual, á nombre de la pretendida necesidad ó utilidad social, se extralimitará en las represiones, y aniquilando los derechos individuales y humanos obtendrá el famoso orden de Varsovia? Nosotros, por el contrario, dicen los clásicos, hablamos de defensa ó tutela *jurídica* y ponemos así al derecho como término supremo y absoluto, como dique contra toda invasión de la sociedad contra el individuo.»

Creemos innecesario observar que esta generosa preocupación de los criminalistas clásicos está influida por la corriente individualista, propia de nuestro siglo, por la que, llegando á la exageración, se continúa creyendo que la sociedad moderna es enemiga del individuo, tal y como sucedía en la Edad Media, corriente que irá disminuyendo con el moderno equilibrio que la sociología positiva intenta establecer entre el individuo y la sociedad, tomados como términos inseparables de la vida humana. Juzgamos inútil repetir la idea justísima de Livingston, en la introducción al Código penal de la Luisiana: «la utilidad general está tan íntimamente ligada con la justicia, que en jurisprudencia criminal son inseparables», ó mejor dicho, son la misma cosa. Más bien creemos útil repetir una idea nues-

(1) Beccaria, *Dei delitti e delle pene*; párrafo 2.º

tra, aceptada por Puglia y otros positivistas, por la cual se confirma una observación hecha por Carrara y repetida por Cisotti, de que las varias fórmulas, «frecuentemente diversas por su envoltura, se unifican en su esencia» (1). Creemos que la fórmula «necesidad de la defensa *jurídica*» es verdaderamente consecuente á los hechos y única justificación positiva del derecho de punir; pero creemos más aun, que la fórmula «necesidad de la defensa ó conservación *social*», no sólo es equivalente á ésta, sino también más exacta.

Efectivamente, en la expresión «defensa del derecho» se oculta un equívoco, producido por la distinción poco precisa entre *derecho racional*, como conjunto de principios elaborados por los filósofos y los juristas, y *derecho positivo*, como precepto social, expresión de la voluntad de la mayoría y de una necesidad general.

Ahora bien: «si por defensa del derecho» se entiende que la sociedad al castigar deba tener en cuenta la conservación de un orden jurídico abstracto, racional, en este caso se diferencia sustancialmente de la «defensa social», que representa el orden jurídico concreto, tal y como está formulado en las leyes vigentes. Pero entonces es fácil notar que no es aquella verdaderamente la razón del magisterio punitivo, porque la sociedad, si tiene la obligación, al formular sus leyes, de seguir los preceptos de la razón y de la ciencia, una vez que exista un determinado orden de leyes, no puede preocuparse más que de la conservación de este orden, tal y como exista, precindiendo de si está conforme ó no con los principios científicos. Si la «tutela jurídica» se entendiase como «defensa del derecho» en su sentido abstracto ó racional, podríamos hacer siempre la pregunta: ¿y de qué derecho? ¿Del derecho como lo concibieron los griegos, los romanos, como se concibió en la Edad Media, en el siglo XVIII ó en el siglo XIX? ¿El derecho, como lo conciben los italianos, los ingleses, los chinos, los montenegrinos, los esquimales ó los hotentotes? Y no siendo el derecho, considerado como idea, absoluto, eterno é inmutable (2),

(1) Cisotti, *Il diritto penale*, en la *Rivista penale*; Mayo, 1876 IV, 283.

(2) Spencer, *Le basi della morale*; Milán, 1881, pág. 45.

sino que varía en los diversos tiempos y personas, evidentemente el punto fijo de partida para el estudio científico de una función social no puede ser sino el derecho positivo tal como existe en una determinada sociedad.

Por consiguiente, decir que la sociedad tiene el derecho de castigar por la necesidad de la defensa jurídica, no puede expresar otra cosa sino que la sociedad castiga para conservar el orden jurídico existente en un determinado momento histórico; pero entonces se puede observar que defensa *jurídica* equivale á defensa *social*, porque sociedad y derecho son dos términos correlativos. Quien dice *derecho* dice *sociedad*, porque no existe derecho sin sociedad, ni sociedad sin derecho. El *derecho*, como dice perfectamente Ardigó *es la fuerza específica del organismo social*, como la afinidad es la fuerza específica de las sustancias químicas y la vida de las orgánicas (1). Como no hay sustancia química sin afinidad, ni organismo sin vida, así no puede haber sociedad sin derecho.

Si existiese un hombre solo sobre la tierra, no encontraría límite alguno en su actividad. Hallaría obstáculos en las fuerzas naturales ó en los otros animales, pero no podría existir ninguna regla jurídica de conducta entre el hombre y los demás seres, porque habría heterogeneidad absoluta, ó de orden natural ó de especie animal. No porque el hombre sea el solo dotado de razón y de libre voluntad, es solo posible el derecho entre los hombres, como se dice por la filosofía tradicional, sino únicamente, porque la especie, la raza, es el gran criterio de afinidad social; sólo entre hombre y hombre es posible una relación verdaderamente social, y por tanto, jurídica. El alma del derecho es la igualdad, no sólo en la relación moral ó ideal, sino también en la relación física ú orgánica. Efectivamente, si un hombre civilizado se encontrase con un salvaje del ínfimo grado, no podría existir una regla común de derecho; la demasiada diferencia orgánica, y psíquica de raza, impediría todo acuerdo recíproco acerca de los límites que se impondrían para la coexistencia de ambos. Las razas inferiores,

(1) Ardigó, *La morale dei positivisti*; Milán, 1869, pág. 550.

como afirma Lubbock (1), no comprenden el concepto del *derecho* por más que le sea familiar el de ley ó de mandato del jefe de la tribu. Solamente entre hombres de raza y condición psíquica no muy diferente puede existir una regla constante de conducta, que seguirá en sus desarrollos y en su perfección los grados sucesivos de la evolución humana y social.

Efectivamente, prescindiendo de la sociedad de los animales, aun entre los salvajes existen algunas reglas de vida colectiva impuesta por las condiciones de la existencia, reglas que representan el germen de aquel orden social ó jurídico, que poco á poco se va extendiendo y complicándose con el desarrollo de la civilización, y que pasa de un simple y violento choque de fuerzas brutales al equilibrio racional de facultad jurídica.

Reunidos dos hombres, su actividad externa encuentra al punto límites en su coexistencia: el mismo instrumento no puede ser usado por los dos al propio tiempo; la misma comida no puede servir á ambos. Ahora bien: añadiendo á estos dos hombres un tercero, un cuarto, etc., etc., hasta formar la tribu salvaje ó hasta llegar al Estado moderno, siempre crecen y se dificultan las relaciones, y por tanto, los límites de la actividad singular, haciéndose el orden jurídico cada vez más complicado, siguiendo la misma ley universal de evolución, por un continuo paso de lo simple á lo complejo. Pero cualquiera que sea el grado de desarrollo de la idea abstracta de derecho y de orden jurídico concreto, es un hecho incontestable que no puede existir una sociedad de hombres sin que esté limitada su actividad, sin que haya un orden jurídico. El concepto experimental y único posible del derecho es *el límite necesario de las actividades coexistentes*. Stuart Mill decía precisamente que «el derecho es una libertad limitada por otra libertad», y Stein repite que el derecho «es, considerado en abstracto, el límite entre las personas en todo momento singular de su vida real» (2). Dante lo llamaba *hominis ad hominem realis ac*

(1) Lubbock, *Le origini dell'incivilimento*; Turín, 1875, pág. 609.

(2) Stein, *Die Volkswirtschaftslehre*; II, Viena, 1878. Traducción Lambertenghi, Verona, 1879, § 6.º.

personalis proportio, y Kant «una coacción universal, que protege la libertad de todos» (1).

Como es fácil notar, de este concepto relativo del derecho, como *límite*, surge como término correlativo é inseparable, el concepto positivo de facultad de hacer todo aquello que no pasa del límite señalado para coexistencia de los demás.

Y cuando después la razón humana se aplica al estudio de este límite de la actividad y de la correspondiente facultad de obrar, nace la ciencia del derecho, que será metafísica ó positiva, según que parta de las abstracciones ideales ó de la observación de los hechos, y seguirá las fases de la filosofía general, porque si ésta estudia al hombre en general, aquélla estudia una parte de la vida jurídica externa ó social.

Por tanto, si *sociedad* y *derecho* son dos términos correlativos, decir defensa jurídica ó defensa social es la misma cosa, solamente que la fórmula de la defensa ó conservación social es más exacta, porque excluye aquella idea de derecho racional, abstracto, que no tiene nada que ver con el magisterio punitivo, considerado en su ejercicio práctico como función social. La ciencia jurídica tiene por objeto y única razón de ser indicar al poder social el camino que ha de seguir, y precisamente esta es la causa de los sucesivos cambios en el ejercicio del magisterio penal, cuando en la ciencia jurídica, primeramente la escuela clásica al terminar la Edad Media, y ahora la escuela positiva, manifiestan la conciencia común de un desacuerdo entre la ley escrita y las condiciones de la vida. Pero la ciencia no tiene medio ni poder para imponer á la sociedad la ejecución de ideas que aun no están en la conciencia de la mayoría, y que, por tanto, no tienen la impulsividad necesaria para pasar de simples ideas á hechos concretos (2).

En un tiempo se castigó para vengar las ofensas, después para aplacar la divinidad ultrajada y restablecer la

(1) Citado por Carle, *La vita del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale*; Turin, 1880; pág. 307.

(2) *L'omicidio,—suicidio*, en el *Archivio di psichiatria*; IV, cuadernos 3.º y 4.º Véase V, cuaderno 1.º