

## CONCURSO CIENTÍFICO DE 1895.

Tesis sustentada por el Sr. Ido. Don Agustín Verdugo, en representación  
de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, en la sesión del día 12 de Agosto de 1895.

### “La responsabilidad criminal y las modernas escuelas de Antropología.”

SEÑOR MINISTRO:

SEÑORAS Y SEÑORES:

He aquí, sin duda alguna, el más vasto de los estudios en que podemos ejercitarnuestra actividad, porque él evoca, al reclamo de la necesaria lógica de las ideas, como el efecto impone la investigación de la causa, el fenómeno, la de la ley, la noción del ser, la de su finalidad, todos los arduos y radicalísimos problemas en que se debate, hoy día, el pensamiento humano; desde el origen del orden social hasta sus inmortales destinos, en los diversos sistemas religiosos prometidos; desde nuestra naturaleza complexísima hasta sus múltiples dependencias, en el seno del mundo en que vivimos, incesantemente buscadas y descritas por la ciencia; desde la menor y menos consciente de nuestras aspiraciones hasta el grandioso e indefinido movimiento que constituye el progreso de la humanidad sobre la tierra. ¿Qué somos en este inmenso y siempre renovado teatro de la vida, en que el ayer se des-

vanece al asomar apenas la aurora del presente, destinado á su vez á hundirse en los crepúsculos, ya alumbrados por los destellos del nuevo dia, si en medio de tantos cambios no hay algo en nosotros que perdura, resistiendo á todas las metamorfosis, superior á cualesquiera esfuerzos de renovación, verdadera regla inmutable, según la cual enderezamos nuestros pasos y rectificamos todos nuestros juicios? ¿Hemos sido agregados, como moléculas antes perdidas en el ilimitado espacio, para sumarnos, sin conciencia, á otras moléculas igualmente ciegas, formando así las razas, los pueblos, las naciones, á una sola ley sujetos, ó más bien débese la socialidad á un instinto innato en nuestra naturaleza, inconcebible sin él, manifiesto desde la cuna al sepulcro y tan constante que nada basta á reprimirlo ni á desviarlo? ¿Quién y á nombre de qué ha dictado preceptos á nuestro desenvolvimiento en la historia, tan necesitado de ellos que los consiente y respeta, aunque coercitivos, y reclama aún su vigor y aumento precisamente en los días de mayor exuberancia para nuestra actividad? ¿Será nuestra vida, cuando mucho, como la de los meros organismos que, en la escala zoológica, ni tienen pasado á que volver sus recuerdos ó sus afecciones, ni porvenir á que tender por sus esfuerzos y esperanzas, como que para ellos todo se resume en el goce del instante, sin el más mínimo sentimiento propio de aprobación y vituperio?

Pues todas estas cuestiones, Señores, que, como veis, abrazan al hombre en su extensa integridad, ya se le considere en las ocasiones de aislamiento, ya en dependencia próxima ó remota con sus semejantes, ora obedeciendo las leyes de que incesantemente necesita para vivir y progresar, ora dictándolas en nombre de superiores principios, supone resuelta cualquiera tesis que se sustente sobre la responsabilidad y la pena, dos términos siempre relacionados estrechamente, en el concepto y votos de los pueblos; pero hoy día, desunidos como extraños y aun contradictorios, á la luz que

despide la ciencia contemporánea, para la cual diríase que no es primero la ley que su infracción; el legislador que su obra; antes que ésta, el sujeto del derecho y, por delante de todo, la necesidad de legislar. Las radiaciones de nuestro estudio no pueden, pues, ser más extensas, y él ha preocupado á los pensadores de todos los tiempos y países, que á la fuerza han tenido que preguntarse si el hombre es presa de un destino implacable, ó poseemos la plenitud de nuestra libertad individual: si, siendo ésta limitada, lo es de diversa manera en cada uno; si existe en algunos seres cierta predisposición al crimen; si ella es adquirida ó hereditaria, bastando en este último caso la educación y los esfuerzos propios, para contrarrestarla y aun desviarla hacia el bien y la virtud eximia.

Comprenderéis, Señores, en consecuencia, la imprescindible necesidad en que nos encontramos, so pena de alcanzar este trabajo desmesuradas proporciones, de empezar, exponiéndolas, al menos, con las verdades que á nuestro criterio parecen previas á la resolución que nos proponemos emitir sobre el tema que nos ha tocado en suerte. Pero, así y todo, estad seguros de que este sistema apriorístico á que el poco tiempo de que podemos disponer nos constriñe, hallará su más perfecta confirmación en los razonamientos que sucesivamente emplearemos, en el curso de este delicadísimo y laborioso estudio.

## I

### **BASES PRIMORDIALES DEL DERECHO PENAL**

#### ¶ 1. Campo de aplicación de la justicia reprosiva.

La sociedad es la única forma posible y conocida de la vida humana. Así lo persuaden, hasta la última evidencia, tanto las tendencias constantes de nuestro ser y sus múltiples necesidades, entre las cuales se encuentran los afectos

y el lenguaje, tan esencialmente comunicativos, como todas las obras que marcan, en su ininterrumpida carrera, el progreso del hombre, cual inequívoco y elocuentísimo homenaje del trabajo á los servicios de la sociabilidad. «El hombre, dice Vareilles Sommieres, nace *asociado* de mil trescientos millones de seres que tienen el mismo origen, la misma naturaleza, la misma indigencia y el mismo destino. Todos sienten que deben asistirse por el respeto del derecho, por la caridad, por el ejemplo, por la enseñanza, por la división del trabajo, por el cambio de servicios y de ideas.<sup>1</sup> Es esta la sociedad universal ó humana, en la cual cada hombre nace, vive y muere, siempre en relación con sus semejantes, que contemplan en él la propia imagen, iguales sentimientos é idéntico destino, sin que las distancias establezcan mayores diferencias entre seres íntima y fuertemente enlazados los unos con los otros por la más evidente unidad de naturaleza.

Mas, ¿cómo no ver, brotando de en medio de la humanidad y confirmando este su concepto histórico y filosófico, á pesar de pasajeras divisiones, esos grupos de familias que llamamos pueblos ó naciones, donde la sociedad se estrecha en la misma proporción en que el espacio se limita y que son el producto de la especialización de intereses y de la reducción de miras, lenta, pero seguramente preparadas por un largo trabajo de concentración humana? La sociedad civil surje así naturalmente de la sociedad universal, que se actualiza en aquella, realizando mejor los fines de la vida por la menor disusión de las fuerzas del hombre.

Desde el momento, pues, que la sociabilidad, se encuentra fundamentada en todas y cada una de las necesidades y tendencias del hombre individual, al grado de que su existencia serfa inconcebible en el estado de aislamiento, la sociedad civil, ó sea la forma más perfecta, el más acabado cumplimiento de aquella, tiene que ser la mejor sa-

<sup>1</sup> Vareilles-Sommieres, *Les principes fondamentaux du droit*, XI, 3.

tisfacción de esas necesidades y de tales tendencias, mediante la mayor unión de todas las fuerzas de los asociados, sostenida siempre y nunca rota por la prepotencia de las unas sobre las otras. Y como semejante unión no puede obtenerse sino por el imperio de una fuerza superior, capaz de mantener el equilibrio de todas las otras, cuando pretendan separarse, el principio de la autoridad y de su órgano inevitable, que es la ley, aparecen natural y necesariamente también en la composición de la sociedad civil. De este modo, la razón se explica, sin asomo de dificultad, cómo el hombre, ser esencialmente sociable, se une con otros hombres en esas agregaciones que llamamos Estados, última forma en que sus aspiraciones se satisfacen y pueden desenvolverse, pacífica y gradualmente, sin choque con las de los otros, las varias y fecundas facultades de que nace dotado por su Sapientísimo Creador.

El individuo, la sociedad y la ley, he aquí la gran trilogía que se contiene en esa forma compleja y armónica del Estado, donde el primero representa los diversos elementos de composición; la segunda, el resultado definitivo, la suma de las agregaciones parciales, y la tercera, el lazo de cohesión, la garantía de que ella no será rota por la independencia absoluta de los individuos, ni bastardeada por el poder absorbente de la sociedad. Síntesis admirable en que se resuelve de manera natural toda antinomia, ya proceda de las facultades propias de nuestra naturaleza, armada de soberana voluntad, ya tome origen de la vasta representación del mayor número, dueño invencible de una fuerza que nada puede contrarrestar, el Estado aparece como la sola fórmula capaz de explicar el ingreso del individuo en el cuerpo social, sin menoscabo absoluto, por parte de aquel, de lo que lo constituye en ser íntegro y perfecto; pero también sin debilidades por parte de éste, como ser igualmente íntegro y perfecto, con propia y legítima misión en el desenvolvimiento de la humanidad. No es, pues, el Estado la fusión

de las partes en el organismo poléstico, ante el cual aquellas desaparecen, faltas ya de vida y sin esperanza en particulares é independientes destinos, sino la armonía de todas ellas, en la medida necesaria para realizar mejor los fines de los intereses privados. Es á la ley, expresión en último análisis de los derechos del individuo y de sus obligaciones para que no se frustre esa armonía, que con más propiedad llamaríamos alianza, á quien corresponde marcar los primeros y las segundas, interpretando el grado de independencia individual á que no debe llegar el Estado y los límites de la autoridad de éste, que no debe traspasar el individuo. La historia de los pueblos, de sus elevaciones y caídas, de sus épocas de progreso ó de anarquía, se resume toda entera en el trabajo de combinación de esos dos principios, cuyo triunfo requiere ser colectivo & simultáneo, so pena de que lo contrario determine fatalmente ó el despotismo de uno solo, en que á la postre tiene que caer la absorción del individuo por el Estado, ó la anarquía, en que se resuelven las sucesivas desmembraciones de la autoridad, sus diarios sacrificios del orden establecido, su incalificable olvido de que, si el asociado tiene derechos, al Estado corresponden también los suyos, igualmente ciertos y definidos, como entidad humana de existencia real y propia y tan natural como cualquiera de los individuos separados que la constituyen.

No hay ley humana que, de cerca ó de lejos, no tenga por fin último esa combinación en cuyo acierto está vinculado el destino de los pueblos. Aun aquéllas que al parecer sólo se proponen arreglar los intereses privados, como de las leyes civiles pudiera decirse, en realidad aspiran, por medio de la fijación de los derechos particulares y de la sanción de sus violaciones, á realizar la alianza de que hablamos, como que el cumplimiento de la palabra dada, el respeto de los ajenos intereses y el celo por el trabajo no son cosas que se reduzcan al bien individual del interesado directo é inmediato, sino que, por la confianza que en general

esparcen, por el estímulo que despiertan al rededor y por las esperanzas de bien que en todos infunden, trascienden á todo el mecanismo social, regularizan su funcionamiento, ordenan la afluencia de vida moral y cierran la puerta al contagio siempre disolvente de la impunidad y del mal ejemplo. Mas de ninguna legislación cabe decir esto con mayor propiedad que de la legislación penal, cuyo fin esencial es restablecer el equilibrio perturbado por el delito, mediante la imposición del castigo, en nombre de la ley, órgano, como hemos dicho, de la alianza entre los individuos y el cuerpo social. La pena no es, pues, otra cosa que la sanción de ese equilibrio, susceptible de ser interrumpido, cada vez que uno de los miembros del organismo social atenta á la regularidad de sus funciones, por el exceso ó omisión de los actos privados, con perjuicio de la autoridad y con peligro de que análogas tentaciones se difundan entre los demás asociados.

En consecuencia, el derecho de castigar, impropriamente así llamado, no es otra cosa que la obligación impuesta por la ley al Estado, para conservar su armonía con los individuos, de reprimir y prevenir todos los actos ó abstenciones de éstos que puedan comprometer aquélla. De esta definición se originan dos capitalísimas consecuencias: es la primera, que no pueden ser impuestos castigos sino previa una ley que los haya establecido, y la segunda, que esos castigos no pueden recaer sino sobre actos ó omisiones que perturben el orden social. La primera de estas conclusiones se deriva, en efecto, de la naturaleza del organismo social, nacido, no al impulso de fuerzas ciegas y fatales, como los organismos físicos, que obedecen en su formación y desarrollo á leyes biológicas invariables, sino por la agregación libre y consciente de los individuos, que son otros tantos elementos dotados de real y propia existencia, á no dudarlo, capacísimos, dentro de la sociedad universal ó humana, de introducir la división ó el desorden en la economía del organismo

que hemos llamado Estado. Si esos elementos son variables hasta lo infinito, si revisten todas las formas imaginables del yo humano, desde la inacción más absoluta hasta la mayor y más variable fecundidad, revelando aquí la abnegación, el sacrificio y el desinterés, como allá el ensimismamiento, el orgullo y el odio de los demás, sin contar los innumerables grados intermedios, ¿habrá de abandonarse la vida social á la espontaneidad de factores tan complexos y diversos, retardatarios unos, si no es que irreconciliables enemigos del bienestar común, mientras otros se encargan de apresurarlo y comprometerlo en sus ansias de delirantes y utópicos devaneos? Sin duda que no, por lo cual sólo el ojo del legislador, atento á la línea divisoria entre los derechos del individuo y las necesidades del cuerpo social, puede fijar la sanción de su existencia y desenvolvimiento, unas veces facilitando aquellos más allá de las proporciones conocidas, otras reduciendo éstas á número menor que el anteriormente acostumbrado. Es éste el trabajo secular de la legislación, que, en materia penal, lo mismo que en las otras, no cesa de ejercitarse en el móvil campo del proceso humano, eterno espectáculo de una lucha constante entre el individuo que se rebela contra la autoridad y el orden social, empeñados, á su vez, sin descanso en conservarse y fortalecerse. Suprímase la ley, definidora suprema de ambos bandos, testigo imparcial de esa ciclópea lucha en que contienden por un lado las turbulentas fuerzas individuales, con sus pasiones, cegueras, y veleidades, y por el otro el poder social, con sus afanes de insaciable supremacía, de celosa conservación y de nimia desconfianza, y la vida social se volverá monstruosa, si no imposible, por la inviabilidad de todos los elementos, por el caos inevitable y la anomalía subsiguiente á semejante estado social. La ley, pues, escrita ó consuetudinaria, como expresión, lo repetimos, de los medios que impiden ese antagonismo letal para la vida social, se impone, en la fijación de las penas, con fuerza tan incontrastable como la misma sociabilidad humana y como su vi-

sible actualización en la forma de Estados ó Naciones independientes entre sí.

En cuanto á la materia del castigo, ó sea puramente los actos ú omisiones que perturban el orden social, el verdadero concepto del derecho humano positivo no consiente otra interpretación. Si el fin inmediato de toda ley humana positiva, y muy especialmente de la ley penal, es impedir que se interrumpa, por un tiempo más ó menos largo, en pequeña ó grande extensión, el equilibrio social, consistente en la pacífica alianza de los individuos y del Estado, sería deservir, por exceso ó por defecto á ese fin, castigar hechos absolutamente inofensivos para la sociedad ó dejar de penar muchos que la desasosiegan, alarman y perturban. En otros términos, creemos que el derecho de castigar sólo comprende y puede comprender, en un sabio sistema de legislación, los delitos propiamente dichos, es decir, los actos ú omisiones que importan otros tantos atentados al orden social, al cual perturban ó por lo menos alarman en mayor ó menor grado. "Por definición y de acuerdo con la idea que despierta en el pensamiento de todos, la justicia penal, dice Maus, no es para la autoridad sino un medio de arreglar nuestra actividad, según el bien de la sociedad. Su dominio está, pues, naturalmente limitado á las acciones que interesan directamente á aquélla, y que entran en la esfera de acción del poder social. Para que un acto sea delictuoso ó socialmente punible, no basta que resulte malo, desde cualquier punto de vista, sino que se necesita que sea *socialmente* un mal, que sea nocivo á la sociedad y capaz de comprometer su destino. Así se puede definir el delito, un hecho contrario al orden social."<sup>1</sup>

#### § 2 De las diversas escuelas sobre la aplicación de la justicia represiva.

A dos principales pueden reducirse los sistemas conocidos hasta el día é implantados en las legislaciones positivas,

<sup>1</sup> Maus, *De la justice pénale*, chap. III.

sobre aplicación del derecho penal: sistema *teocrático* y sistema *moral*. El primero se caracteriza por la tendencia á hacer servir la justicia penal humana á fines exclusivamente religiosos. Este sistema, venerable por su antigüedad y nunca bastante digno de respecto, no sólo por el levantado origen que al derecho de castigar señala sino también por la dirección ejercida en el curso de las pasadas generaciones, á él y sólo á él deudoras de su relativa disciplina en épocas de aciaga y tormentosa disolución social; verdadera arca santa en que, á no dudarlo, se salvaron todos los más saludables gémenes de aquellos pueblos primitivos, tan combatidos por el diluvio de las guerras intestinas y exteriores, no menos que por la desenfrenada corrupción de las costumbres, remonta á los primeros momentos de la historia, toma al hombre todo entero, sin que se le escape uno solo de sus actos, ni el más recóndito de sus pensamientos, y fulmina sobre él la pena, no en nombre de los deberes sociales ó de la obligatoria coexistencia de los intereses colectivos, sino en el de la Divinidad ofendida, para quien nada hay oculto sobre la tierra y ante cuya majestad el ser individual, lo mismo que la sociedad, tienen por única misión, por exclusivo destino, por total labor en la vida no desmerecer su ingreso, tras la muerte, á la eterna bienaventuranza. En este sistema son una misma cosa el pecado y el delito, porque todo se resume en sacrilegio, que atenta á los derechos de Dios, siempre presente cerca de los hombres, cuyas leyes, si existen, no tienen el valor, á lo más, sino de respetuosos reglamentos de las leyes divinas. "En tiempo de paz como de guerra, enseña Fustel de Coulanges, la religión intervenía en todos los actos, estaba presente en todas partes y envolvía al hombre todo entero. El alma, el cuerpo, la vida privada, la vida pública, las comidas, las fiestas, las ásambleas, los tribunales, los combates, todo estaba bajo el imperio de la religión de la ciudad. Ella arreglaba todas las acciones del hombre, disponía de todos los instantes de su vida y fijaba todas sus habitudes, go-

bernando al ser humano, con una autoridad tan absoluta que no quedaba nada fuera de ella.<sup>1</sup>

Consecuencias de este sistema que alienta en todas las legislaciones primitivas, fueron la multiplicidad de los delitos, algunos de ellos imaginarios, la crueldad de las penas y cierta ostensible postergación de los intereses sociales. "El hombre, se lee en Gotama, uno de los legisladores de la India, se mancilla en este mundo con una acción vil, como la de sacrificar por un hombre indigno de sacrificio, comer alimentos prohibidos, decir lo que se debe callar, ser negligente en el cumplimiento de lo prescrito, practicar lo prohibido.<sup>2</sup>" "Si alguna persona transgrede, dice Apastamba, la orden de su director espiritual, éste debe conducirlo ante el rey, quien consultará á su sacerdote doméstico, el cual debe estar versado en el derecho y arte de gobernar, y les ordenará, si son brahmanes, que cumplan la penitencia justa, reduciéndoles por la fuerza á la razón, sin emplear la servidumbre ni los castigos corporales; en cuanto á los hombres de las demás castas, el rey, después del examen de sus acciones, puede castigarlos hasta con la muerte.<sup>3</sup>" "Es opinión corriente entre nosotros, dice, por último, el autor de un instructivo tratado de derecho hereditario (el profesor Bajkumar Sarvadikari), que un hombre puede obtener su perdón por haber descuidado todos sus deberes sociales; pero estará por siempre maldito si deja de celebrar las exequias y de presentar las ofrendas que son debidas á sus padres."

Constituido el poder público en mandatario é intérprete del poder de Dios, tenían que caer bajo los golpes de la justicia humana todas las fantasías que la ignorancia, la credulidad sin límites y el miedo de lo desconocido, que era para los hombres una misma cosa que lo sobrenatural y divino, habían inventado como otros tantos delitos de lesa divinidad,

1 Fustel de Coulanges, *La cièè antique*, lib. III, chap. VII.

2 *Gotama*, XIX.

3 *Apastamba*, II, V. 10, 13.

dignos de los más horrendos y aniquiladores castigos en los insondables abismos de la muerte. Aún fuera de ésta, como en el delito no se buscaba sino el aspecto religioso, el lado por donde el crimen resultaba un agravio contra la divinidad, y las condiciones de la pena se medían por la alteza del ofendido, no había una sola que no consistiese en atroces sufrimientos, en perdurables encierros, en marcas indelebles, vagas imágenes de los eternos e intensísimos sufrimientos de ultratumba.

Los atentados á la fe, la idolatría, la blasfemia, la infracción de los preceptos religiosos, el abandono de la religión nacional, tenían que ser, pues, como eran, en efecto, en esa época, los mayores crímenes, como que afectaban á lo más vivo y respetable de los sentimientos dominantes, provocando, si no eran severa y prontamente castigados, la cólera celeste y con ella todas las plagas cuyo relato horroriza en las crónicas y amenazas de los sacerdotes antiguos. El culpable de esos crímenes era ordinariamente lapidado. "los testigos, podemos ver en el Deuteronomio, serán los primeros en arrojarle piedras, y en seguida todo el pueblo lo lapidará." Esta legislación, común á todos los pueblos de la antigüedad, era, á pesar de sus horribles extremos, entre los cuales descuellaba la pena del talión, un verdadero progreso, con respecto á la primitiva forma de la justicia represiva, pues al menos tomaba su origen de la autoridad y la ley, mientras la venganza personal, ese primer bosquejo, en el orden cronológico, de los castigos humanos, y el odio, transmitido de generación en generación entre la familia de la víctima y el culpable, arrancando sólo de la cenagosa fuente de ciegas y aviesas pasiones, se prestaban á todos los ardides y refinamientos que sólo es capaz de inventar la残酷idad agujoneada y manejada por el feroz rencor.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> El Génesis nos dice que, después de la muerte de Abel, Dios dijo á Cain: "tú vivirás fugitivo y vagabundo sobre la tierra;" que, entonces Cain respondió: "así cualquiera que me encuentre me matará." "No, respondió Jehova, si alguno mata á Cain, Cain será vengado siete veces."

Pero así inspirada, siempre y exclusivamente, en los altos principios de la religión, movida por el afán de desagradar ya al Dios único, ora á las deidades tutelares del hogar y de la ciudad, tal legislación no debía detenerse en los remotos tiempos que la habían visto nacer cual dura é insuperable necesidad de un incipiente orden social, condenado á indefectible é inmediata muerte, á no vigorizarlo y escudarlo ella contra el corrosivo de innumerables agentes de disolución que por doquiera le asestaban sus tremendos ataques, pues nuevos cataclismos sociales, nuevos pavorosos problemas, renaciendo en los horizontes de lo porvenir, guerras religiosas, ya no de unos cuántos individuos contra los ritos venerables de una ciudad, sino de pueblo á pueblo, de sacerdocio á sacerdocio, aún tenían que perpetuar por mucho tiempo el catálogo de los delitos antes enunciados, pudiéndose notar que, como los Hebreos y los Indus, los Egipcios y los Persas, comprendieron la justicia punitiva, no sólo los Griegos y Romanos, sino también aquellas vigorosas razas del Norte, cuyos establecimientos, levantados sobre las ruinas del Areópago y del Foro, forman el primer origen de las naciones modernas.

Si es ley indefectible de la Historia que prevalezca siempre y se atraiga todos los respetos, lo mismo de los pueblos que de los gobiernos, aquella institución que más ha influido en el desarrollo de los acontecimientos humanos, principalmente cuando éstos han sido por alto grado decisivos y fecundos, nada que no sea sino muy natural y hasta justísimo debe verse en el predominio cada vez más creciente alcanzado por la Iglesia Cristiana en el mundo, á contar desde el inicio de las invasiones bárbaras, hasta tiempos no poco posteriores, en que, después de haber disciplinado el desorden y la anarquía en Europa, á la caída del poder romano siguientes; después de hechas servir las tendencias individualistas del germano y del godo, que habrían impedido la marcha de la civilización, á no encausarlas el único poder

moral efectivo en medio del universal derrumbe, hacia el regular planteamiento de las futuras nacionalidades; tras de ascendida, no por la fuerza ciertamente, sino sólo con sus ideas y dogmas, al solio de los reyes, acabó por imponerse á los pueblos que sólo á ella prestaban veneración y homenajes, á los jefes mismos de las tribus invasoras, como después á los reyes, que no sólo la tomaron por consejera única en todas sus deliberaciones, sino también cual exclusiva dispensadora de su autoridad legítima, cuyo ejercicio sólo era viable y duradero cuando la Iglesia lo había consagrado, desvaneciéndose en la muerte ó en el olvido del destierro, si sobre él caían los anatemas y conjuraciones del cielo.

Esta influencia del sacerdocio cristiano explica el carácter eminentemente religioso de los códigos Theodosiano y Justiniano,<sup>1</sup> en los primeros tiempos, como, después, la principal y más característica obra de la época, ó sea el Fero-Juzgo. Un libro entero de éste, el duodécimo, es consagrado á las persecuciones contra los herejes y los judíos, cuyas prácticas supersticiosas, insultos á la religión cristiana é intrigas contra la fe, eran castigados con penas severísimas, como los azotes, la decalvación, la mutilación de una especie particular<sup>2</sup> y la muerte. La Iglesia, dice un renombrado historiador, era una sociedad constituida regularmente, con principios, reglas y disciplina propios, y que experimentaba una ardiente necesidad de extender su imperio y conquistar á los conquistadores..... Jamás sociedad alguna obró, para dominarlo todo y asimilarse el mundo exterior, esfuerzos tales como la Iglesia Cristiana del siglo V al X.<sup>3</sup> No es, pues, de extrañar que, como ese Código, al cual, con desdénoso y falso criterio histórico, apellida Montesquieu origen exclusivo de todas las máximas, principios y miras de la futura Inquisición de su época,<sup>4</sup> pero que ha merecido calurosísimos

1 *Cód. Just.* 1. I, tít. IV, § 526 y 30.—*Ibid.* 1. I, tít. IV.—*Cód. Theod.* lib. IV, IV.

2 *Veretri ex toto amputations plectetur*, (lib. XII, tít. III 1. IV).

3 Guizot, *Hist. de la civilizat. en Europe*, vol. 5, lec. 3.

4 *Esprit des lois*, lib. XXVIII, chap. 1.

encomios, como única posible expresión del estado social para que fué sucesivamente expedido, por parte de publicistas de no menos renombrado mérito,<sup>1</sup> se mostrasen igualmente severos en contra de los delitos religiosos, ya no sólo la legislación que se contiene en las célebres *Partidas* de Don Alfonso el Sabio y en la *Recopilación*,<sup>2</sup> como que no era España donde exclusivamente había establecido su inexpugnable ciudadela la nueva Fe, sino también las *Capitulares* de Carlo-Magno y los Establecimientos de San Luis,<sup>3</sup> las Ordenanzas de Carlos V y los sangrientos tribunales *vehémicos* de Alemania.

La Inquisición misma no tiene, en el orden rigurosamente histórico, otra explicación que satisfaga acerca de su existencia, mantenimiento y desarrollo en las principales naciones de Europa. Nacida, á la verdad, de una decisión del Concilio de Verona, reunido en 1184, para combatir la herejía de los *valdenses* y *albigenses*, que por otra parte hacían correr graves riesgos á las instituciones políticas y sociales de la Edad Media,<sup>4</sup> fué extendida después, con creces de un vigor que sólo las especialísimas circunstancias de la época pueden motivar, á los judíos y mahometanos, que, aunque ya expulsos de Europa y muy principalmente de España, todavía causaban la mayor alarma de los gobiernos temporales, quienes, á no dudarlo, tomaron en sus manos el remedio heroico del Papa Inocencio III, para fines mas bien terrestres que del orden espiritual.<sup>5</sup> "En lo temporal, dice un historiador, el orden social era entonces tan fundamentalmente católico que toda protesta contra la autoridad exclusiva é inflexible de la Iglesia, constituía un verdadero acto

1 Gibbon, *Décad. et ruine de l'empire rom.*, vol. 4, chap. 38.

2 *Partida 7*, tit. 24.—*Nov. Recop.*, lib. 12, tit. 1. I. 1.

3 Loiseleur, *Les crimes et les peines. — Establissements*, chaps. CXXIII, LXXXV et CXXIII.

4 Fleury, *Hist. Ecclésiast.*, liv. LXXIII, núm. LIV.—De Maistre, *Lettres*.

5 *Informe sobre el Tribunal de la Inquisición y proyecto del decreto acerca de los tribunales protectores de la Religión, presentado á las Cortes generales y extraordinarias por la Comisión de Constitución.*—Cádiz, 1812.

de insurrección política; no creer en nada era conspirar; renunciar á la Iglesia era renegar de la patria europea y romper el lazo social. En lo espiritual, la idea de que la verdad «una y universal» tiene el derecho de reclamar, por la fuerza, las consecuencias de esa unidad y universalidad, existía en todos los espíritus, y era reconocido aún por sus enemigos el ejercicio de ese derecho terrible en manos de los Pontífices. Así, la herejía de los albigenses comprometía toda la federación cristiana; si el catolicismo recibía una reforma prematura, si la libertad prevalecía antes que la Fe hubiera dado sus frutos, el crecimiento de la Europa quedaba incompleto y abortaba.<sup>1</sup>

Basta, en nuestro concepto, todo lo que precede para comprender, no sólo á cuán remotos y hondos orígenes hay que referir la clasificación y penalidad de los delitos religiosos, sino también cómo ya no caben en nuestro actual estado social, tan radicalmente removido por una inmensa revolución intelectual, á la par que política y religiosa, en el sentido de la más amplia libertad del pensamiento, del derecho y de la conciencia. A la unidad, que era el carácter más visible de las sociedades antiguas, ha reemplazado, como un hecho universal y en nombre de una legitimidad prácticamente inatacable, la más pasmosa variedad en todas las obras del espíritu, en la marcha entera de nuestro entendimiento, en los votos de nuestra voluntad, en el régimen mismo y compleja organización de nuestro sistema de gobierno. Nos encontramos, pues, sin base para la criminología religiosa, en una época en que la Religión ya no es institución gubernativa temporal y ha dejado el Sacerdocio su carácter de exclusivo depositario de la verdad en medio de los pueblos. Nos explicamos el sistema teocrático, cuando las naciones, sin el freno que necesariamente ponen á todos los desórdenes las sociedades constituidas, habrianse entregado á toda suerte de delitos, sin la energética é insustituible amenaza de

<sup>1</sup> Lavallée, *Hist. des François*, tom. I, pág. 227.

los castigos celestes; pero apenas podemos concebirlo después de que los hombres, imbuídos en las sabias reglas de la moral cristiana y teniendo frente á sí constantemente poderes públicos vigorosos, que á los medios preventivos y represivos directos unen el estímulo al bien por la recompensa de la virtud y la reprobación del vicio, ya no han menester, como de fuerza única, para la obediencia cívica, para el respeto á la ley y la prestación del debido concurso al bienestar social, ni de falsas invocaciones místicas ni de anatemas formidables, ni de *egertenos* medios, disfraz las más veces de la ineptitud ó impotencia de los antiguos sistemas de gobierno.

Por lo demás, el sistema teocrático hoy, como en la antigüedad, no podría descansar sino sobre el reconocimiento por el Estado de un culto religioso determinado, al cual prestase apoyo oficial, con exclusión de cualesquiera otros, constituidos desde entonces en permanente condición de grave responsabilidad criminal, como opuestos á la organización política. Ahora bien, esto es imposible en nuestros días ante la efectiva multiplicidad de los sistemas religiosos, que ya no es obstáculo para la leal, amistosa é inevitable comunicación de todos los creyentes. «Por el desarrollo del Protestantismo, de la Filosofía y de las Ciencias, dice Taine con dolorosa pero indiscutible verdad, las creencias especulativas se han multiplicado; hay hoy tantas como espíritus que piensan, y como estos se hacen cada día más numerosos, las opiniones se hacen cada día más numerosas también; de donde se sigue que, si el Estado diera la preferencia á alguna, sublevaría contra si á una infinidad de las otras, lo cual lo conduce, si ha de ser sabio, desde luego, á permanecer neutral: después, á reconocer que no tiene competencia para intervenir.» Nuestros gobiernos actuales no pueden ya fijarse en tal ó cual culto, ni aun en el único verdadero, para derivar de él la extensión de la justicia punitiva, pues tienen de considerar que los otros simbolizan también, á su mane-

ra, no sólo las relaciones del hombre con Dios, sino su foro interno, sus reglas de conducta y su norma de vida, enfrente de las autoridades sociales. Cualquiera ley, pues, que hoy día, en el estado actual del mundo, fulminara penas en contra de actos contrarios á la Religión, por sólo el hecho de serlo, muy lejos de servir al interés social, fin inmediato de la legislación penal, sublevaría, para destruirlo, todos los elementos humanos, acarreando sobre los pueblos indescriptibles calamidades é impidiendo hasta su progreso intelectual y moral.

«No podemos imponer por la fuerza la Religión,» se atrevía ya á decir Theodorico, rey de los Ostrogodos, cuando, sin embargo, era la Iglesia Cristiana institución política poderosísima y había que dejarle el dominio exclusivo de pueblos nacientes, so pena de anegarse la civilización del mundo, desde sus principios, en el diluvio de las invasiones bárbaras; «nadie puede ser forzado á creer á pesar suyo.»<sup>1</sup> «Puesto que la Divinidad tolera diversas religiones, decía á su vez otro rey bárbaro, no osamos prescribir una sola. Nos acordamos de haber leído que deben hacerse á Dios sacrificios voluntarios y no por la coacción de la fuerza. Aquel, pues, que intenta obrar de otra manera se opone evidentemente á las órdenes divinas.»<sup>2</sup>

Doce siglos más tarde, Cristina de Suecia, reina católica, pondrá el último sello á la paz religiosa de Westphalia, con las siguientes palabras: «El proyecto de convertir á los herejes y á los infieles, es muy loable; pero el modo es injusto, y, como Nuestro Señor no se ha servido de este método para convertir al mundo, no debe ser el mejor. Admiro y no comprendo ese celo y esa política superiores á mi capacidad, y estoy satisfecha de no comprenderlos. Amo tanto como á mi vida el interés común de la Iglesia; pero este interés precisamente me hace considerar con dolor lo que sucede, y os

1 Casiodoro, *Variar*, cap. I, II, cap. 27.

2 *Ibid*, I, X, cap. 26.

confieso que amo bastante á la Francia para deplorar la desolación de un reino tan bello. <sup>1</sup>

He aquí, en nuestro concepto, el único lenguaje posible hoy, aún de parte de las individualidades á quienes se encierra el ejercicio del Poder Público, porque él se impone con incontrastable fuerza á todo espíritu honrado, libre de la ominosa noche de un fanatismo rabioso.

“El Estado, en nuestra presente civilización, debe reducirse, como lo enseñaba Humboldt,<sup>2</sup> á proteger la independencia nacional afuera, y á mantener la paz, adentro.” Todo lo que salga de estos límites, aún haciéndolo en nombre de principios indiscutiblemente buenos, tiene que ser injusto, desde el punto de vista de la teoría pura del derecho, para el cual están cerrados siempre esos asilos íntimos del individuo en el santuario de su propia conciencia, y, más que ninguno, el de su sentimiento religioso. Obrar de otra manera es reglamentar, uniformar mecánicamente lo que por su naturaleza misma se substraerá á toda legislación positiva y preparar, con una sociedad falta de energía individual, de pensamientos propios y de consciente responsabilidad, una era de desórdenes y reacciones, que á todo trance debe el Estado prevenir. El interés social, he aquí, volvemos á decirlo, el verdadero y único objeto del derecho penal humano, contra el cual se han promulgado, sin embargo, en nuestros días, leyes lo mismo para favorecer que para hostilizar determinadas creencias religiosas. Condenamos, pues, las unas y las otras, como igualmente atentatorias al derecho y desencaminadas hacia el interés social.

#### ¶ 3 Sistema Moral.

Pero, si no la finalidad religiosa, ¿habrá de tener por objeto el derecho penal la sanción de la ley moral? Es éste el

1 *Carta á de Terlon, embajador de Francia en Suecia.*

2 *Humboldt, Essai sur les limites de l'action de l'Etat.*

segundo sistema de los que antes indicamos y que aspira á presentarse como una acertada atenuación del anterior. Su más ilustre representante es Kant, cuyo pensamiento sobre el particular está expresado por él mismo en las siguientes palabras: "Si la sociedad estuviese á punto de disolverse, el último asesino detenido en una prisión debería ser ejecutado en el momento de esta disolución, á fin de que el culpable sufriese la pena de su crimen." Nada, pues, tampoco, en esta teoría, de interés social, sirviendo de base á las leyes penales positivas. Dotado el hombre de las ideas absolutas de bien y de mal, ellas bastan por sí solas para que el primero tenga una recompensa, mientras al segundo se le reserva siempre un castigo. Todos llevamos, dentro de nosotros mismos, un tribunal que hace justicia conforme á esas ideas fundamentales, tanto respecto de las propias acciones por medio del remordimiento, como respecto de las ajenas por su indefectible reprobación, sin necesidad de ninguna ley solemnemente promulgada por la sociedad y no pocas veces aún contradiciendo esa misma ley. El derecho de castigar tiene, en consecuencia, por base esa justicia absoluta y no se aplica sino sobre los actos que reprueba la conciencia moral.

Este sistema, verdaderamente fundador de todo el derecho moderno, se ha descompuesto en multitud de escuelas secundarias, representativas, de otros tantos matices de la idea capital del filósofo de Koenisberg. La principal de esas escuelas, llamada *doctrinaria* ó *eclectica*, profesa, por el órgano autorizadísimo de Guizot y Cousin, el principio de "que el deber es la única base del derecho." "El deber de cada hombre, dice el primero de estos publicistas, aplicado á las relaciones con sus semejantes, es toda la justicia."<sup>1</sup> Lo absoluto de esta doctrina no es aceptado por Rossi, quien define el delito "la violación de un deber exigible y útil al mantenimiento del orden público." En otros términos, no todos los preceptos morales pueden ser erigidos en leyes obligato-

rias, sino solamente aquellos cuya violación hiere el orden social.<sup>1</sup>

Encontramos en toda la teoría *kantiana* una evidente confusión entre la moral y el derecho, cuyo respectivo campo de aplicación es diverso, como diversas son también sus sanciones y muy más diverso el origen de la una y del otro. Ya Proudhon, doctrinario como Guizot y como Cousin, había sentido toda la inmensa distancia que separa nuestros actos íntimos, personales y privados, sin otra sanción que nuestra propia conciencia, de los actos externos, comunicativos y trascendentales á las relaciones con nuestros semejantes. "Un tiempo vendrá, dice, en que, por el desenvolvimiento de la ciencia social, siendo cada vez mejor determinadas las relaciones de la justicia, las cosas de mero consejo pasarán á los preceptos, como se ve en el contrato de seguros, que tiene precisamente por objeto reemplazar por un derecho positivo el beneficio precario de la caridad." La esperanza nos parece ilusoria, pudiéndose notar que los progresos de la ley penal positiva se manifiestan en sentido contrario á esa absorción que se sueña de la moral por el derecho. ¡Cuántos actos, hoy, á no dudarlo, reprobados por la conciencia y en un tiempo penados por la ley positiva, se han substraído á ésta, por la tristísima experiencia de que es más eficaz, aún para impedir su repetición y menos escandaloso que su castigo material, abandonarlos al público desprecio, ó entregarlos al olvido de la sociedad á quien pretendieron impresionar sus autores! Allí están, como prueba de esto, el suicidio, y, en comprobación de lo primero, la prostitución, el incesto y multitud de vicios. Es que habrá siempre radicalísimas diferencias entre el orden moral y el orden de la justicia. Desde la jurisprudencia romana habíase comprendido que *non omne quod licet honestum est*, debiendo existir siempre no pocos actos, á la moral contrarios, cuya impunidad externa es inevitable ó por lo menos preferible á su revelación y publici-

<sup>1</sup> Rossi, *Traité de Droit pén.*, lib. 2, ch. 1, t. 1, págs. 243 y siguientes.

dad ante los tribunales. ¿Cómo sería calificada por su excesiva nimiedad la ley que castigase la mentira, el incumplimiento de los contratos, la ociosidad de ciertas clases sociales, los pensamientos innobles y tantas otras imperfecciones que la sana moral repreuba?

Fuera de la incompetencia de semejante ley para sotender los profundos abismos de la conciencia humana, las más veces una serie de sutilísimos pormenores, de concausas antecedentes, concomitantes y subsiguientes al acto en cuestión, haría imposible la penalidad, ó, por lo menos, colocarla sobre bases de muy dudosa y deleznable solidez. Considerese tan sólo, á este respecto, y para no detenernos en las hondas elucubraciones de los moralistas antiguos y modernos, que uno de los fundamentos, seguramente el principal, sobre que descansa la exigibilidad de toda ley positiva es el contenido en el viejo apogtema jurídico *nemo jus ignorare censemur*, se presume que nadie ignora la ley. Ahora bien, ¿podrá sostenerse que esta presunción expresa la verdad, siquiera se trate de la ley penal positiva, en orden á multitud de delitos por ella previstos? ¿Qué sabe el común de los hombres sobre el delito de inhumación clandestina, penado por el art. 882 de nuestro Código relativo? ¿Qué, acerca de la diferencia radicalísima entre el dolo civil y el criminal, constitutiva, sin embargo, de la reconocida por la legislación de todos los pueblos entre la estafa y el incumplimiento de los contratos ó los meros defectos de la voluntad de los contrayentes? Con todo, esos delitos existen; el Código Penal fija castigos para ellos y á nadie se le ha ocurrido exculparlos por la invocación á la Moral, según la cual, á no dudarlo, ellos deberían ser materia de absolución en numerosísimos casos, en que es evidente la ignorancia de las leyes respectivas. Hé aquí, pues, cómo una razón moral cede al imperio de los intereses sociales, que abonan y justifican la presunción de que la ley, una vez promulgada, es conocida por todos los habitantes de una nación. Guizot mismo no ha podido menos que reconocer esta

capitalísima diferencia entre la moral y el derecho: "los hombres, dice, nacen bajo el imperio de leyes que no conocen, de obligaciones de que no tienen ninguna idea; bajo el imperio, no sólo de leyes y obligaciones actuales, sino de una multitud de otras eventuales, meramente posibles, á cuya formación no concurren y que no conocen sino hasta el momento de sufrirlas."<sup>1</sup>

Si de los actos que la conciencia moral condena, pasamos á los que por contrario extremo aprueba y hasta recomienda, la diferencia con el derecho positivo sube de punto y asume, en verdad, dominadora evidencia. Como acertadamente lo enseñaba Jourdan, "la ley humana puede muy bien decir: tú no matarás, tú no robarás, tú respetarás tus compromisos libremente consentidos; pero esa misma ley no puede decir: tú serás bueno, generoso, abnegado; tú no buscarás en todo sino el interés de tus semejantes; tú serás perfecto, en una palabra...." "Los preceptos de la moral, sancionados por la religión, la abnegación y la caridad, hacen santos, mártires y héroes; la sociedad por sus leyes no pretende hacer sino hombres justos, que en la persecución de sus intereses no reclamen sino su derecho y respeten el derecho de otro."<sup>2</sup> Así pues, volvemos á proclamarlo, toda la materia del castigo por las leyes positivas humanas se encierra en los límites del interés social, trazados en vista de la mayor posible alianza entre los individuos y el Estado.

## II

### Fundamento de la justicia represiva.

Establecido que el interés social es el inmediato objeto que debe proponerse la justicia penal positiva independien-

1 Guizot, *Hist. de la civil. en Francia*, tom. 6, pág. 71.

2 Jourdan, *Le Droit franc.*, págs. 32 y 33.

temente de la sanción moral ó religiosa, úrgenos ya formular un reparo que, á la vez que autorice y justifique aquélla, fije algunas reglas indispensables para impedir su degeneración en la más arbitraria y funesta de las instituciones humanas. Un gran pensador y elocuenteísimo orador sagrado de nuestros tiempos (Lacordaire) escribió la siguiente profunda y trascendental declaración: «la Religión es en el corazón del hombre la cima de los deberes, de los pensamientos y de los afectos; es la justicia en su más alto grado, la luz en todo su esplendor, el amor en su más puro y ardiente hogar.» Y cualquiera que se haya puesto á reflexionar un poco sobre la necesidad de remontar á algo sobrenatural si de nuestro origen se trata; sobre lo inexplicable de nuestras fundamentales nociones morales al pretender investigar la razón de su existencia en nuestro espíritu, aún velado por la ignorancia, no habrá podido menos que detenerse tranquilo y extasiado á la vez ante cierta idea superior, de una luz tan inmensa y viva que en ella se disipan todas las obscuridades de nuestras dudas, y de una bondad tan infinita que, al alcanzar á ella los quejidos de todos los humanos sufrimientos, conviértense al punto en hosanas de alegría, en perennes alabanzas de un poder supremo, dueño único y absoluto de todos los secretos de nuestra alma. Pensemos un momento sobre esto. El delito, hemos dicho, es lo que amenaza ó perturba el interés social. Luego hay en todo hombre *el deber* de no atentar á ese interés, el cual por consiguiente es *legítimo, justo y necesario* para la realización de *un fin*. No basta, pues, haber reconocido que el dominio del derecho penal humano debe limitarse á las acciones del hombre, trascendentes al orden social, sino que se necesita investigar la razón de incompatibilidad de esas acciones con ese orden y el por qué de la existencia de éste, como arquetipo de una serie de deberes, cuya infracción amerita una pena.

La filosofía del siglo XVIII, iniciadora, en la historia, de una inmensa transformación social, bajo cuyas influencias

viven todavía los pueblos, pretendió eludir este importante problema invocando la hipótesis de un primitivo estado de naturaleza, al cual reemplazó el presente estado social, resultado del convenio de todos los hombres en sacrificar una parte de su nativa y originaria libertad en aras del bien común. ¿Por qué, según Rousseau, deben ser y son castigadas ciertas de mis acciones como contrarias al interés social? Porque ellas importan la infracción de un pacto libremente consentido, de lo cual tenemos á diario ejemplos, cada vez que se falta al cumplimiento de una obligación cualquiera y se hace necesaria la intervención de la autoridad para hacer entrar nuestra conducta irregular en la armonía general del orden social. No hay mas diferencia entre uno y otro caso, que en el primero la infracción afecta á mi pacto primitivo y fundamental, generador de la sociedad, mientras en el segundo, trátase de convenios secundarios y derivados, á los cuales no puede concederse sino una importancia considerablemente menor.

Sin detenernos á examinar bajo todos sus aspectos esta teoría, contra la cual protestan de consumo los datos históricos más antiguos y la simple consideración de que la idea de un contrato primitivo, anterior con mucho, como aquélla lo pretende, á la formación de todas las sociedades, no explica de modo alguno la continuación ininterrumpida del estado social, aún entre tribus sustraídas á la civilización, pues éstas á su manera presentan, en lo esencial, la misma forma de vida regular y colectiva que hemos calificado, al principio de este estudio, como la sola posible para la humanidad, vése desde luego que dicha teoría deja en pie la dificultad que por su medio se quiere resolver, toda vez que no se nos dice si antes del contrato social conoció el hombre la ley moral, practicó la justicia, oyó la voz del deber, sintió, en una palabra, la necesidad de refrenar sus instintos, siquiera en su propio é individual beneficio, ya que no en

aras del interés social todavía no existente. Rousseau mismo dice unas veces que "la moralidad había comenzado á introducirse en las acciones humanas durante el segundo período del estado de naturaleza";<sup>1</sup> que "toda justicia viene de Dios";<sup>2</sup> y otras, que "hasta entonces solamente, sucediendo la voz del deber á la impulsión física y el derecho al apetito, el hombre que jamás había atendido sino á sí mismo, se vió forzado á obrar según otros principios y á consultar su razón antes de escuchar sus inclinaciones".<sup>3</sup> Aun con ese sistema, pues, la reflexión dirige nuestras investigaciones más allá del orden social, que de todas suertes resulta siempre y cuando menos la realización de aptitudes naturales y congénitas del hombre, realización tan admirablemente correspondiente á ellas, que una vez empezada, no se ha suspendido después un solo instante, en que la humanidad hubiera vuelto al primitivo estado de aislamiento que se supone, lo cual ya nos acredita, por sí solo y fuera de toda duda, como la función, la existencia del órgano, que el hombre nació sociable, que en la sociedad había de encontrar su destino y que solo en su seno serían perfectibles y útiles su inteligencia y su amor. Tan es así, que muchos pensadores, partidarios de la teoría del contrato social antes y después de Rousseau, pero no tan incondicionales como el de la soberanía originaria del pueblo, han sentido la necesidad de remontar á una primera causa como origen de la sociedad, para darse satisfactoria explicación de la justicia, que deja de ser, por lo mismo, mero efecto de un accidental y pasajero convencionalismo humano.<sup>4</sup>

1 *Discours sur l'origine de l'égalité.*

2 *Contrat social*, liv. II, chap. VI.

3 *Ibid.*, liv. I, chap. VIII.

4 Aristóteles, *Política*, lib. I, cap. I, § I, 9 y 10.—Platón, *República*, lib. 2, pág. 79.—Ciceron, *República*.—Polibio, lib. VI, caps. I, III, VIII y IX.—Sto. Thomas, *De regimine principum*.—Suárez. *De legibus*, lib. III, cap. III, § 4.—Mariana, *De rege*, lib. I, cap. I.—Bossuet. *Politique tirée de l'Escriture Sainte*, lib. I, art. II, § 2 á 6.—P. Janet, *Hist. de la Philos. mor. et. pol.* liv. IV, sect. I, chap. I.—*Et passim*.

Menos aceptable que esta teoría es, sin duda, la nueva doctrina del *organismo social* que, en nuestros días y con grande aparato de una ciencia digna de mejor empleo, aspira á explicar el derecho por modo exclusivamente material, sin relación alguna, ni remotísima siquiera, con algo superior al hombre.<sup>1</sup> Spencer, pensador eminentísimo y verdadero vulgarizador de esta doctrina, es sin duda quien le ha dado la estructura con que se presenta hoy ante el mundo, como la última palabra de la ciencia en una materia sobre la cual se cuentan tantos sistemas como escritores. «Las sociedades, dice aquel sabio, como los otros cuerpos vivos, comienzan bajo la forma de gérmenes, y tienen por punto de partida masas extremadamente tenues en comparación con aquellas á que acaban por llegar.» «Todo animal superior comienza por un volumen microscópico; las sociedades más vastas han comenzado por la *pequeña horda errante*.<sup>2</sup> En cuanto al origen de esos gérmenes cuyo contacto forma el todo que se llama cuerpo social, Fouillée, desenvolviendo la idea spenceriana, da la siguiente explicación: «Los gérmenes de los *mysomycetas* viven, como se sabe, en el estado de nómadas erizados de púas, con forma amiboide, moviéndose, nutriéndose, creciendo y multiplicándose por segmentación. He aquí á los individuos al principio independientes. Se unen después y forman grupos, que se unen á aglomeran á su vez con otros, acabando por constituir un cuerpo de forma variable, que se mueve y arrastra lentamente. ¿No es este ya el paso de la independencia á la dependencia mutua, de la vida aislada á la colectiva, y este paso no se parece á la formación de las sociedades animales ó humanas?<sup>3</sup> Tal es el sistema del organismo social, que presenta además con los organismos físicos in-

1 Se encuentran exposiciones de esta doctrina en: Auguste Comte, *Cours de philosophie positive* tomo IV.—Quatoléot, *Essai de physique sociale*.—Bluntschili, *Theorie générale de l'Estat*.—Fouillée, *La science sociale contemporaine*.

2 *Principios de sociología*, tomo 2, cap. 3, § 244 y 225.

3 *La science social contemporaine*, lib. II, cap. VI y II.

feriores las analogías del concurso armonioso de las partes para la conservación del todo, de la especialización más y más marcada de los órganos, de la espontaneidad ó tendencia á la acción, de la división del todo en partes vivas como él, del crecimiento, la juventud, la madurez, la vejez y la muerte.<sup>1</sup> Fácilmente se logra evidenciar todo lo que tiene de imaginario la pretendida similitud entre la sociedad, conjunto ciertamente de fuerzas pero de carácter moral y libre, con los organismos cuya formación biológica está sometida á una fatal regularidad, lo mismo en cuanto al desarrollo de los compuestos que en cuanto al desprendimiento de las partes, destinadas á su vez, después de alcanzado su mayor crecimiento, á constituir nuevos organismos generadores.

Desde luego no encontramos en las sociedades esa especie de aglomeración ó mejor dicho, aglutinación, que se advierte en los cuerpos físicos organizados, cuyas partes no se obtienen sino por ruptura ó división material. En aquéllas al contrario, observamos, aún después de la disgregación de sus miembros, los lazos morales, sin semejante en los organismos físicos, del recuerdo, del afecto, de la gratitud, de la patria, etc., etc. En las mismas vemos, es verdad, el bien social presidiendo la finalidad de cada una de sus partes, ó sea de los individuos; pero no á manera de absorción, como en los cuerpos de los animales, sino conservando cada una su individualidad propia, su personalidad, sus derechos, cuya respetuosa reglamentación constituye precisamente el régimen gubernativo de los pueblos. Todos los seres vivos, por último, tienen la propiedad de no engendrar sino semejantes, siendo necesario, según la Biología, el transcurso de millares de años para las transformaciones en cada especie, las cuales todavía resultan casi imperceptibles. Pero los Estados no producen otros, al menos en la forma que el sistema Spenceriano toma como término de comparación, ni se repiten

<sup>1</sup> *Sociologie*, tomo II, chp. 2.

en éstos las condiciones peculiares de aquéllos. Mil circunstancias, la guerra con los odios que engendra, la inmigración con las nuevas razas que mezcla al Estado naciente, el cambio de leyes con las diversas instituciones que origina y los inesperados hábitos y costumbres á que va dando lentamente lugar, son otros tantos obstáculos para que un Estado se parezca en todo á otro, de que aún durante siglos formó parte, para que repita la misma fisonomía moral, social, política é industrial de aquél, con la exactitud invariable y fisiológica que nos demuestra la zoología. Así nos lo pone de manifiesto el espectáculo contemporáneo. Suiza no es poco diferente de Austria, los Estados Unidos de Inglaterra, México de España, por lo que respeta á sus instituciones, á sus ideales políticos y al desenvolvimiento entero de su civilización.

No nos extraña, pues, que el mismo Spencer haya notado todo lo artificial de su sistema, diciendo en un capítulo final cuyo rubro: *reservas y resumen*, expresa por sí solo el espontáneo reparo de la reflexión al meditarlo: "No existeanalogía, entre el cuerpo político y el cuerpo viviente, salvo aquéllas que impone la dependencia mutua de las partes que esos dos cuerpos guardan. El organismo, discreto en vez de ser concreto; asimétrico en vez de ser simétrico; sensible en todas sus unidades en vez de tener un centro sensible único, no es comparable á ningún tipo particular de organismo individual animal ó vegetal.— Me he servido de analogías penosamente obtenidas; pero sólo como de andamio útil para edificar un cuerpo coherente de inducciones sociológicas. Demolamos el andamio y las inducciones se mantendrán firmes á pesar de todo"

¿Qué se hace, en este sistema, con el origen del derecho, de la sociedad, y de nuestros deberes mutuos? La respuesta se viene por sí misma: todo ello es resultado del instinto, de cierta fuerza atractiva, de sugestión recíproca, ni más ni me-

nos que en el reino sub-animal.<sup>1</sup> La inflexible lógica arrastraba á esta humillante consecuencia, contra la cual nos consuela poder levantar nuestro espíritu á regiones más elevadas, que en las que se mueven los infusorios y crecen las plantas. Por más infelices que seamos sobre la tierra, nuestra conciencia en la que parecen hablarnos á cada instante muchos recuerdos y esperanzas del cielo, nos permite entrever que somos algo más que microrganismos despreciables, protoplasmas inertes, destinados, en su incesante germinación, á desaparecer en la fatal composición de organismos mayores, pues vemos que la libertad preside todos nuestros actos, que el pensamiento los ilumina, que nuestra conciencia los juzga y califica, y que por nuestras ideas, siempre fijas en superiores lontananzas, sentimos ser verdaderos ángeles caídos.

Tenemos, en consecuencia, que volver nuestras investigaciones á lo que ha sido el instinto de la humanidad en todos los tiempos, la primer palabra de nuestra naturaleza, el espontáneo movimiento de todos los hombres, al querer justificar el derecho social, consistente en el concurso de todos los individuos. Allí, en la contemplación de esa tendencia espontánea y universal, en que naturalmente se ha traducido la dolorosa necesidad de restringir las facultades de cada uno de los miembros sociales para la conservación del conjunto, tenemos que encontrar, sin mengua de nuestro verdadero ser libre y consciente, la sola posible explicación de la existencia del derecho y muy particularmente del de castigar, que expresa el más alto grado á que puede alcanzar la ley humana. Propio es de todas las civilizaciones primitivas exagerar hasta los últimos extremos y abultar hasta las más desmesuradas proporciones, la influencia de aquel principio que las informa y conserva, refiriendo á él y subordinándole, con exclusión de cualquiera otro, todo los demás elementos concurrentes. Pedir, en esas épocas embrio-

1 *Revue philosophique*, 1894, tomo XVIII.

narias de la historia de los pueblos, que éstos gradúen la efectiva é inmediata determinación de cada principio en el desenvolvimiento social; que disciernan la parte de fuerza que respectivamente les pertenece, sin otorgar á uno solo lo que puede corresponder proporcionalmente á todos, es demandar lo imposible, con agravio de un santo criterio histórico, y olvidar que el progreso humano se opera gradualmente, lo mismo en lo físico que en lo inmaterial; pero sin que sus lentidades y no pocas veces sus estancamientos y hasta retrocesos autoricen á desconocer el fondo innegable de verdad que se encuentra en la esencia de la idea inicial. Así juzgamos que acontece con el sistema teocrático en orden al fundamento filosófico de la justicia represiva, el cual, sin duda alguna, no puede fijarse sino en una entidad superior y preexistente al orden social, entidad que sea la justicia en su más pura y sublime esencia y á la cual, como á modelo eterno tengan que procurar asemejarse todas las leyes humanas, mediante el constante encaminamiento de todos nuestros actos á su realización, como fin último y pleno de nuestra vida. El error del sistema teocrático no se encuentra, pues, en nuestro concepto, de pretender aplicarlo hoy, en el arquetipo religioso que á la justicia penal señala, sino tan sólo en la absoluta absorción que opera de nuestra vida terrestre, de todo nuestro desenvolvimiento intelectual y moral en lo que ciertamente es su fin último y supernatural; pero más acá de cuyas riberas nuestra razón y experiencia descubren obligaciones, si no tan altas, siempre efectivas que cumplir; intereses, aunque no tan elevados, siempre inmediatos, á que atender; ideales, en fin, por no tan sublimes, siempre útiles, á que enderezar nuestra actividad y el ejercicio de las múltiples facultades de que somos deudores á la divina munificencia de nuestro Creador. Todo esto no puede ser sacrificado, olvidado, desatendido, por la orgullosa más bien que reverente confusión de los poderes de la tierra, dueños de muy limitados medios de investigación de la ver-

dad y sin otra fuerza que sus constantes afanes, sólo inspirados en los bienes perecederos y variables de este mundo, con el poder espiritual, representante exclusivo de nuestras inmortales y más puras aspiraciones, destinadas á realizarse allá en el cielo, morada eterna de sabiduría y claridad, templo de la belleza sin sombra y reinado, sin mezcla alguna de error, de la verdadera justicia.

Pero como esta vida es siempre la preparación de la eterna, grande y transcendental tiene que ser el papel de la Religión, aún encerrada en su órbita augusta, por sus saludables influencias sobre la dirección y conducta de los gobiernos temporales, para quienes, desde el Santuario, tendrá siempre un consejo sano, una palabra de paz, un sentimiento de amor purísimo, capaz de endulzar las amarguras terrestres y convertir en esperanzas los desfallecimientos humanos. Un gran filósofo francés lo ha dicho, refiriéndose al Catolicismo, con una claridad de exposición y tal alteza de miras, que no podemos menos que transcribir sus palabras: "Si la misión de la Iglesia es moralizar á los hombres, todas las cuestiones en que la moral está interesada son necesariamente de su competencia. A todas las situaciones de la vida ella debe una dirección; á todas las dudas y á todos los escrúpulos de las conciencias cristianas, una respuesta. Los deberes sociales y los que nacen de las relaciones entre gobernantes y gobernados no escapan tampoco á su competencia: como todos los otros, ella los define, explica y comenta. La Iglesia enseña á los fieles, de cualquiera edad y condición, lo que la ley divina ordena, lo que prohíbe y lo que permite, en las diversas circunstancias que forman la trama de la vida humana. Sin extender ambiciosamente sus atribuciones, he aquí, pues, por la sola fuerza de las cosas, colocada á la Iglesia sobre el mismo terreno que el legislador civil; hela aquí penetrando por mil lados en la práctica y juzgando las cuestiones sociales con la autoridad que corresponde, según los católicos, á su augusto carácter. Porque, como ella habla en nombre del cie-

lo, su palabra no admite, de parte de los fieles, ni resistencia, ni incertidumbre; lo que aprueba es para ellos la verdad; lo que condena es error, cualesquiera que puedan ser las decisiones del poder temporal á quien no han sido confiados, como al Sacerdocio, el depósito de las tradiciones cristianas y el discernimiento del bien y del mal.<sup>1</sup>

Resumamos nuestro pensamiento sobre toda esta gravísima materia. El bien social, resultado de una acertada alianza entre los individuos y el Estado y objeto inmediato de la ley humana positiva, no consiste en una arbitraria y caprichosa concepción, pues su base está en un principio superior y preexistente al orden social. Fuera de los casos en que el derecho positivo coincide con el natural y divino, como sucede en la mayor parte de los delitos, no puede negarse que el verdadero legislador, al regular las relaciones del individuo con el cuerpo social, para resolver la suprema ecuación en que Aristóteles hacía consistir la exacta aplicación de la justicia, se inspira en preceptos de un bien soberano, cuyos reflejos irradiian en las más obscuras generaciones y que, sin mayor esfuerzo, son los que nos permiten, aún á los más ignorantes, juzgar como conformes ó opuestos á ese divino ideal muchas leyes y actos autoritarios de que hace recuerdos la Historia. Hé aquí, sin embargo, el escollo en que tropiezan la doctrina *moralista* y la *teocrática*, en materia penal. Hemos dicho á cuántos peligros é inconvenientes conduciría reproducir la ley moral ó religiosa en el Código Penal, y cuán grande sería la injusticia que con ello se cometiese. Nada tiene, pues, que ver la sociedad en la manera con que alguien cumple sus deberes religiosos; ésto no le interesa inmediatamente, como tampoco el modo con que otro llene sus obligaciones hacia sí mismo, ni cual piensa, allá en las soledades de su conciencia, respecto de sus semejantes. Así, la ley humana no puede erigir en deber efectivo la caridad, porque nadie está obligado á ella en nombre del Derecho, y, al re-

<sup>1</sup> Jourdain, *Philosophie de St. Thomas d'Aquin*, tomo 2, pág. 466.

husar su ejercicio, el avaro guarda lo *suyo*, sin detentar lo *ajeno*. La caridad *obligatoria* sería más que un atentado á la propiedad, su negación más absoluta. Sin duda que el derecho penal, como el civil, como todo derecho posible, debe ser moral; pero sólo en el sentido negativo de que no debe ser *inmoral*. Negamos, pues, la identidad del Derecho y la Moral. El legislador humano procede bajo la sujeción de tales necesidades, que se ve algunas veces precisado, para evitar un mayor mal, hasta á consagrarse la injusticia, prescribiendo el no pequeño absurdo de que la apariencia prevalezca sobre el fondo, como sucede con la presunción legal de la legitimidad de los hijos nacidos de matrimonio y con la prohibición de investigar, aún en favor de sus inocentes víctimas, la paternidad natural.

Pero la falta de identidad ¿equivaldrá á oposición entre la Religión y el Derecho, entre éste y la Moral? Tal solución dista infinitamente de nuestro pensamiento, que no auhela sino inspirarse en la esencia pura de la filosofía cristiana, á cuyas filas, pertenecer los últimos es nuestra mayor satisfacción. Los actos ejecutados en el seno de la sociedad no pueden ser considerados como si lo hubieran sido en un desierto. Es este un punto de vista abstracto, desde el cual no vemos sino que descienden aludes de espesas sombras sobre la verdad. En cambio, juzgados esos actos á la luz de la sociedad, los errores y los equívocos se disipan, cesando aquellos de ser culpables ó inocentes, según que resulten conformes ó contrarios al legítimo interés de nuestros semejantes. Así contempladas desde esta altura la Religión y la Moral, consagran y justifican el obedecimiento de las leyes humanas, aún el de las de simples policía. Cualquiera que viole esas leyes falta, en consecuencia, á la una y á la otra. Luego el castigo de los delitos ó de las meras faltas tiene igualmente su razón de ser en aquellos altísimos principios, como prohibidos por ellos, á causa de su evidente incompatibilidad con el buen orden social.

Por fortuna para los legisladores de la tierra, la conciencia espontánea de cada pueblo, obra sin duda alguna de Dios, presenta siempre un terreno propicio para la efectividad del Derecho. Allí, en ese conjunto de tradiciones, de convicciones y de sentimientos nacidos y vigorizados en cada página de la historia, pueden descubrirse clara y distintamente las bases de la vida social de la humanidad. Todo pueblo, y este es un hecho de material observación, todo pueblo del cual hay algo que esperar, lleva en su vida íntima cierto número de ideas morales, más ó menos sanas. Es lo que constituye el bello lado del carácter nacional y de la moral pública. El legislador no tiene sino que tomar este fondo común por base de su obra, si quiere que el pueblo se desarrolle con libertad, y viva la vida propia de su especial civilización. Este hecho de una conciencia nacional es el que hay que aprovechar en lo que tiene de verdaderamente útil y duradero. Sobre él conviene apoyarse para combatir las impulsiones peligrosas que son el objeto de la acción penal, en la seguridad de que la evolución de los principios fundamentales que constituyen ese hecho, y que jamás faltan en pueblo alguno, cualquiera que sea su civilización, no hace sino ampliarlos ó restringirlos en sus aplicaciones; jamás destruirlos ni en un ápice, como que ellos son inherentes á la naturaleza humana, diríamos mejor, son el hombre mismo, á quien su Creador formó, no sólo capaz de conocer la verdad, sino también de amarla, de seguirla y practicarla.

### III

#### Las modernas escuelas de Antropología.

La naturaleza humana, creada por Dios para amar el bien, nos da, pues, todo el secreto de la justicia ó injusticia intrínseca de nuestras acciones, así como de la responsabilidad

que nos pertenece, según que con ellas nos acerquemos ó alejemos de aquel ideal supremo, al cual siente y comprende nuestra conciencia que es capaz de tender, mediante variedad de esfuerzos, más ó menos meritorios, según las circunstancias de cada individuo.

¿Existe realmente la responsabilidad individual de los delitos, ó no es ella sino pura ilusión de nuestro sentido íntimo, á consecuencia de la cual el derecho de castigar se ha propuesto hasta aquí, unas veces la expiación del mal causado, otras la enmienda del culpable y la intimidación de los demás, cuando en realidad ese derecho no es otra cosa que la defensa social? En todos tiempos, sin excepción alguna, se ha creído por las religiones, por los legisladores y por los sabios, que el infractor de la ley social era responsable de su delito, y él mismo ha sentido esta responsabilidad pesar sobre sí como un fardo moral, de que sólo podían descargarlo el arrepentimiento en el foro interno y la pena en las relaciones con sus semejantes. "Cualquiera que haya derramado sangre del hombre, se lee en el Génesis, será castigado con la esfusión de su propia sangre."<sup>1</sup> En el libro de los muertos que los Egipcios colocaban encima de cada momia, se decía: "Homenaje á ti, oh Dios grande, Señor de verdad y de justicia, he venido ante tí, oh Dueño mío; no he cometido fraude alguno contra los hombres, no he atormentado á la viuda, no he mentido ante el tribunal....no he difamado....no he hecho llorar....no he muerto á nadie....no he hecho ganancias fraudulentas....no he falseado el equilibrio de la balanza, soy puro, soy puro, soy puro.—Dad al difunto la gracia de llegar á vos, ya que no ha pecado, no ha cometido delito alguno, sino que ha vivido en la verdad y se ha alimentado de la justicia."<sup>2</sup> "El ladrón, decían las leyes de Manou, debe correr hacia el rey á fin de pedirle el castigo que merece."<sup>3</sup> En el *Chu-King*, uno de los más an-

<sup>1</sup> *Génesis* IX, 6.

<sup>2</sup> Prual, *El delito y la pena*, cap. XV.

<sup>3</sup> *Leyes de Manou* VIII, 314.

tiguos libros de Confucio, se enseñaba que las faltas involuntarias son perdonadas, aunque grandes y las voluntarias, aunque pequeñas, castigadas.<sup>1</sup> «¿Por qué el legislador, se preguntaba Aristóteles, prohíbe cometer acciones malas? ¿por qué impone penas á los que las ejecutan? Sería absurdo que el legislador tratase en las leyes de cosas que no dependen de nosotros.<sup>2</sup> «La alabanza ó el vituperio no se dirigen sino á acciones voluntarias.<sup>3</sup> Esta era también la doctrina romana: «*Et ideo querimus si furiosus damnun dederit, an legis Aquitiae actio sit? Et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit cum suæ mentis non sit compos. Et hoc est verissimum,*» añade Ulpiano en el comentario á la ley Aquilia.<sup>4</sup> Todas las legislaciones penales modernas reconocen el mismo principio, sobre el cual basan la imposición de la pena, cuyo concepto les parece inseparable del de la responsabilidad en orden al delito cometido.

Sin embargo, en nuestros días, y bajo la honrada enseña de poner un dique al aumento de la criminalidad, ha nacido en la nación clásica de la jurisprudencia, en Italia, una escuela de derecho penal que rompe con todas las antiguas tradiciones y asienta la noción del delito, así como la razón de su castigo, sobre fundamentos enteramente ajenos á la responsabilidad individual. Ya desde el siglo pasado, formando contraste con los Montesquieu,<sup>5</sup> los Buffon,<sup>6</sup> los Rousseau,<sup>7</sup> y los Pluquet,<sup>8</sup> Holbach,<sup>9</sup> La Mettrie,<sup>10</sup> Helvetius<sup>11</sup> y Naijeon,<sup>12</sup> habían dicho que: «hay hombres buenos & malos,

1 Chu-King. part. I, cap. 3, pár. 12.

2 *La gran moral*, tom. I, cap. X, pár. 4.

3 *Moral à Nicomaco*, tom. III, cap. I.

4 L. IX, tom. II.

5 Montesquieu, *Esprit des leyes*, liv. 12, chap. IV.

6 Buffon, *Hist. nat.*

7 Rousseau. *Contrat Social*, liv. 2, chap. VI.

8 Pluquet, *Examen du fatalisme*, *passim*.

9 Holbach, *Sistema de la natura*, chap. XVII.

10 La Mettrie, *L'homme machine*, pág. 60.

11 Helvetius, *De l'esprit*, *passim*.

12 Naijeon, *Œuvres*, *passim*.

como hay plantas nocivas y árboles que dan frutos buenos; „que el hombre honrado y el malvado obran por motivos igualmente necesarios, difiriendo tan sólo por su organización y por la idea que se tiene del bienestar.“ „que no hay dificultad ni contradicción en creer que las especies varían sin cesar, lo cual explica que la humana haya llegado por distintas etapas ó sucesivos desarrollos al estado en que hoy la vemos;“ en fin, que el hombre primitivo difería más del hombre actual que el cuadrúpedo difiere del insecto.“ Pero es Cesar Lombroso, insigne profesor de Medicina Legal en la Universidad de Turín, quien el primero, insistiendo en todas esas afirmaciones hasta entonces dispersas y muy distantes de formar un cuerpo de doctrina, y aprovechando los extensos estudios de Lamark, Darwin y Broca sobre la antropología, ó sea la ciencia del organismo humano, asentó las bases de un sistema completo de filosofía penal, en el cual el delito aparece como resultado indefectible de anomalías físicas del individuo, consistentes unas en deformidades craneales, otras en imperfecciones faciales y no pocas hasta en las dimensiones de otros miembros del cuerpo humano y aún de su estratada. Esas anomalías son á tal grado extrañas en el sentido moral al individuo que las presenta, que su origen está en la herencia y á veces se remonta á lejanísimas generaciones quizá á los hombres primitivos ó salvajes, tal vez á los animales mismos, lo cual constituye el atavismo prehistórico ó prehumano, resultando así el delito un verdadero fenómeno de reaparición de los antepasados. Es ésta, en compendio, la doctrina expuesta por Lombroso en la más extensa de sus obras, ó sea en el *“Hombre delincuente”* que viene á ser como el Génesis de la moderna escuela antropológico-criminalista.

La exteriorización del delito por medio de los estigmas físicos no explica sin embargo, de una manera completa, la criminalidad interna, el subjetivismo, por decir así, del delito, porque siempre quedaría el derecho de preguntar si los

seres anormales á que se llama delincuentes, tienen ó no conciencia de su responsabilidad, experimentan ó no remordimientos y son ó no capaces de arrepentirse de sus actos. En otros términos: á las anomalías físicas en los delincuentes ¿no corresponderán anomalías morales equivalentes? Si, responde el Barón Garofalo, Presidente del Tribunal Civil de Ferrara, en su notable obra: «La Criminología» donde, después de eliminar todas las definiciones conocidas del delito: violación de los preceptos religiosos, de la ley moral ó del lazo social, establece que aquél no consiste en otra cosa que en la ausencia del *sentido moral* común en toda la humanidad, es á saber, de los sentimientos fundamentales de piedad y de probidad, á causa siempre, como ya lo hubiera dicho Lombroso, de fatalidades hereditarias y atávicas, que hacen del delincuente un ser inadaptable al orden social.

Las anomalías anatómicas y psíquicas no explican tampoco por sí solas todos los crímenes, debiéndose, en consecuencia, recurrir para un sistema acabado de embriología criminal, sobre todo cuando se trate de los delitos pasionales ó de ocasión, á otros factores, que Enrique Ferri, pensador poderosísimo y de un talento sintético de primer orden, encuentra, siempre fuera de la persona del delincuente, en la composición especial de las sociedades, en sus particulares usos e instituciones, como son la densidad de la población, la opinión pública, las costumbres, la religión, la familia, la producción industrial, etc., etc., todo lo cual constituye «una multitud de causas latentes, que se entrelazan y continúan en las diversas partes del organismo social y escapan casi siempre á la atención de los teóricos y de los prácticos, de los criminalistas y de los legisladores.»<sup>1</sup>

Tales son á grandes rasgos expuestas las tres teorías que hoy representan en Europa la más radical reforma de que se hubiera sentido amenazado el Derecho Penal, y que fun-

<sup>1</sup> Ferri, *La Sociología*, chap. 2º, pág. 151.

didas en una sola, completándose y rectificando cada día sus afirmaciones, constituyen la imponente y á no dudarlo grande escuela criminalista-positiva, que quiere ver en el delito, no la abstracción jurídica en que, al decir de Ferri, se detuviera la tradicional escuela clásica, sino un tangible fenómeno de acción, variable en cada individuo que lo produce y cuya anormal naturaleza precisa estudiar y escudriñar, si se quiere destruir en sus gérmenes la delincuencia. Giran al rededor de aquellos astros de primera magnitud, personalidades secundarias en la ciencia, que conlleven, sin embargo, cada día su propio contingente de observaciones y experiencias, dirigidas todas al mayor enriquecimiento y propaganda de la doctrina fundamental. Esta ha tenido, en menos de seis años, cinco congresos: el de Roma en 1885, el de París, el de Lamberg y el Lisboa en 1889 y el de Bruselas en 1892, donde con una amplitud desusada y con un lujo de datos científicos que asombra, han sido discutidas todas las tesis principales de la Ciencia Penal, desde los elementos más ocultos del delito hasta el último de los medios encaminados á su represión. Al principio solo una revista célebre, el *«Archivo de Psiquitria»* servía de órgano á la nueva escuela; pero á poco aparecieron dentro y fuera de Italia los *Archivos de la antropología criminal*, la *Revista Filosófica*, la *Revista de Mirjewsky*, la de *Konalewskyio*, lo *«Anómalo de Zuccarelli»* formando hoy, con el incesante diluvio de publicaciones, de monografías y estudios estadísticos anuales, una verdadera y colossal biblioteca, que demuestra sin duda alguna la gran fecundidad de esta clase de investigaciones, no menos que los amplios horizontes de sus emprendedores.

No es nuestro ánimo juzgar por ahora, en todos sus delicadísimos pormenores y numerosas aplicaciones, un sistema que arrancando de postulados filosóficos bastantes por sí solos para dar materia á una extensa discusión, toca á muy diversos y numerosos puntos ya de la Historia, ya de la Psicología, ora de las ciencias naturales y de la vastísima é

inagotable de las leyes, por lo cual vamos á reducirnos al examen de las más capitales afirmaciones de la moderna escuela, en orden á la responsabilidad individual de los delitos.

Desde luego hay que considerar el único sentido en que se afirma por la doctrina Lombrosiana la mencionada materialización del delito. No se trata de anomalías fisiológicas adquiridas, respecto de las cuales nada es mas cierto para cualquier superficial observador que su existencia, comprobada cada dia en todos los hombres que llevan largo tiempo de vivir bajo el imperio de un hábito invariable, de un trabajo físico constante, de una ocupación, en fin, aun meramente interna. «La fisiología, como lo nota Joly, traduce al exterior el modo habitual de nuestra actividad física, nuestras reflexiones, el género de nuestros estudios, las impresiones que recibimos de lo que nos rodea, mucho más que nuestra actividad nativa, la cual, por lo demás, ha podido cambiar muchas veces.<sup>1</sup>» Concretándonos al cerebro, que en concepto hoy de los mejores fisiólogos, resulta uno de los órganos más maleables ¿por qué si se conviene en que el ejercicio intelectual desarrolla la capacidad craneana al mismo tiempo que ennoblecen la forma de la cabeza, habría de sorprendernos que el hábito y premeditación continuos de determinados delitos imprimiesen en sus autores caracteres especiales, manifiestos ya en las protuberancias de la frente, ya en las asimetrías del semblante, ora en la dureza y agresión de la mirada, ya en la osificación prematura de la sustancia cerebral? Pero la anomalía, entonces, sería efecto y no causa del delito, mientras que la moderna escuela pretende que existen tipos criminales nativos, congénitos, independientemente de la voluntad, la cual no puede ejercitarse sino en el empleo criminal de originarias aptitudes. ¿Es esto rigurosamente científico? Vamos á ver que no, por las experiencias mismas de la Antropología. «De creer á cierto

<sup>1</sup> Joly.—*Le crime*, chap. X.—Apéndice E.

tos autores, enseña el Dr. Dubuisson, la capacidad craneana sería más grande en el asesino que en el ladrón; el primero sería braquicéfalo, y el segundo dolicocéfalo; el asesino tendría la nariz encorvada y el ladrón remangada; el uno presentaría la mirada vaga y fría, mientras que el otro la tendría oblicua ó errante. ¿Cómo explicar entonces un hecho que está fuera de duda, es á saber, que la mayor parte de los criminales comienzan por el robo y acaban por el asesinato? ¿Habrá que admitir que el ladrón cambia de nariz haciéndose asesino?»

El criminal es alto y pesado, dice Lombroso. No es ni lo uno ni lo otro, enseñan Thompson en Inglaterra<sup>1</sup> y Virgilio en Italia. La capacidad craneana es inferior en el criminal, dice también Lombroso. Es superior ó igual, enseñan Bordier, Heger, Wiesback, Ranke y otros.

Estas contradicciones se encuentran hasta en los corifeos de la moderna escuela. El homicida, dice Ferri, tiene el brazo más largo en el Piamonte, en Venecia, en la Emilia, en Romayna, en Calabria; pero más corto en Lombardía y en Sicilia; lo tiene unas veces más largo, otras más corto en las Marcas y en Nápoles.

¿Qué decir de los caracteres consistentes en el color de los cabellos? El criminal es moreno más bien que rubio, dicen los Italianos. Es rubio más bien que moreno, dicen evidentemente los Alemanes y los Suecos.<sup>2</sup>

Se sabe la importancia dada por la nueva escuela á la foseta media, que en los criminales reemplazaría dos veces más frecuentemente que en los no criminales la cresta del hueso occipital. Tarde hace observar en su *Criminalidad comparada* que esa foseta media se encuentra entre los Judíos y los Arabes, inferiores en criminalidad á los Europeos, cuatro veces más frecuentemente que entre los criminales.

<sup>1</sup> Thompson, *Psychology of criminals*.—*Rivista de discipline carcerarie*, anno IV, pág. 393.

<sup>2</sup> Véase G. Vidal, pág. 504.

«Es posible rendirse á hechos tan raros, tan secundarios y tan contradictorios?»<sup>1</sup>

Manouvrier, célebre anatomista francés, hace notar que, si se hubieran examinado minuciosamente series de cráneos, recogidos al azar en un cementerio, se habrían encontrado en ellos las mismas anomalías y particularidades que la escuela italiana cree haber descubierto como peculiares de los criminales. «Pero los cráneos vulgares, dice este profesor de antropología, no han tenido el privilegio de llamar la atención en el mismo grado que los de criminales. Podríamos citar un criminalista de ocasión, que ha publicado una Memoria sobre una colección de cráneos de asesinos, sin haberse tomado el trabajo de estudiar previamente la más pequeña serie de cráneos comunes. No es extraño que en tales condiciones se considere, como anormales y propios sólo de los asesinos, caracteres ordinarios y hasta regulares en el organismo humano.»<sup>2</sup>

Según Bichat, verdadera notabilidad alienista de fines del pasado siglo y precursor competentísimo de la escuela antropológica moderna, que más de una vez lo cita en comprobación de sus tesis, los dos hemisferios cerebrales tienen que ser iguales en el hombre regular y normal. «La mayor parte de los sabios de su tiempo, nos dice Le Bon, seguían esta opinión, estimando como el ilustre discípulo y digno émulo de Desault, que una falta de simetría en las dos partes del órgano cerebral debía ser acompañada de una falta de rectitud en el juicio. La autopsia de este ilustre profesor, cuyo cráneo era de los más asimétricos, demuestra cuánto esta opinión era poco fundada.»<sup>3</sup>

Es Broca quien vino á afirmar el primero, que ningún cerebro es absolutamente simétrico ni absolutamente típico en todas sus partes.<sup>4</sup> Habiéndose hecho después experien-

1 *Archives d'anthropologie criminelle*, 15 Janv. 1888, pág. 38.

2 *Archives d'anthropologie criminelle*, 15 Mars. 1886.

3 *Revue d'anthropologie*, 1879.

4 *Mémoires d'anthropologie*, 1871-1883.

cias metódicas sobre 1,200 cráneos con el conformador de los sombrereros, se conoció que unos eran más desarrollados á la derecha, otros, á la izquierda, sin que la raza, ni el grado de inteligencia, ni la conducta moral parecieran haber tenido la menor influencia en tal anomalía.<sup>1</sup> Es verdad que en el examen de 200 criminales franceses, muertos en el presidio de Brest, se encontró, al decir de la *Revista de Antropología* "una proporción enorme de asimetrías";<sup>2</sup> pero no lo es menos, como en la misma publicación puede verse, que habiendo Bordier dedicádose á un minucioso examen sobre los cráneos de 36 decapitados en Caen, le sorprendió el relativo cortísimo número de asimetrías.<sup>3</sup>

¿Esas anomalías estigmáticas del crimen se encontrarán al menos en la estructura íntima del cerebro, en el arreglo de las circunvoluciones? El gran médico vienes Benedikt creyó un día dotar á la ciencia del Derecho Penal con maravillosos descubrimientos; pero, á poco, comparaciones hechas sobre encéfalos ordinarios ya no le permitieron mantener sus conclusiones. Leemos en los *Archivos de neurología*,<sup>4</sup> que ese sabio señaló, por ejemplo, como uno de los caracteres de las cabezas criminales, cierta comunicación anormal, ó más ó menos insólita de las circunvoluciones cerebrales. "Hay, decía, una continuidad anormal entre la cisura occipital interna y la cisura occipital externa, y una forma especial de desprendimiento del lóbulo occipital sobre el parietal. Esta configuración es un carácter simiano que obliga á ver en los criminales los productos innegables de un atavismo prehuniano."<sup>5</sup> Por desgracia la anomalía fué encontrada, poco tiempo después, sobre cerebros de hombres de letras muy distinguidos y sobre inocentes de todo delito.<sup>6</sup>

El mismo Dr. Benedikt se usauaba de haber descubier-

1 *Revue d'anthropologie*, 1879.

2 *Id.*, 1883.

3 *Id.*, 1879.

4 1880.

5 Joly, *Le Crime*, chap. X, pág. 283.

to, en el lóbulo frontal de innumerables asesinos, la presencia de cuatro circunvoluciones, en vez de tres, y como esta particularidad es la regla en los animales carnívoros, no había ninguna duda, el asesino no era sino el descendiente de las bestias ferores, imperfectamente oculto bajo una forma humana. Se quiso verificar el descubrimiento y, en efecto, un profesor de Anatomía en la Facultad de Medicina de Burdeos, señaló la cuarta circunvolución en el lóbulo frontal de un joven auvernés, decapitado en Riom. Se formuló, entonces, la cuestión, ante la Sociedad médico-psicológica de París, y en ella Carlos Feré hizo la siguiente declaración: «El desdoblamiento de una de las circunvoluciones frontales no constituye, propiamente hablando, una anomalía, sino que es una variedad anatómica, que puede llamarse hasta vulgar; se la encuentra en un gran número de sujetos que no han sido delincuentes. Desde que Benedikt ha llamado la atención sobre este punto, me he puesto á examinar centenares de cerebros, y he adquirido la convicción de que se trata de una disposición anatómica de lo más común. En cuanto á la existencia de las cuatro circunvoluciones distintas desde su origen, y naciendo de la frontal ascendente por un pedúnculo separado, es ciertamente muy rara; pero no se puede tampoco considerarla como una anomalía significativa.»<sup>1</sup>

El crimen, pues, debemos concluir nosotros, no está vinculado en las anomalías físicas, ni depende de ellas fatalmente ni es en todos los casos su inseparable compañero. Ya el mismo Lombroso, cuyos extensos conocimientos no son inferiores á su buena fe, ha convenido en ello ante las incontestables argumentaciones de Topinard, otro sabio no menos grande que él, si bien persiguiendo todavía una atipia criminal contra la cual protestan de consuno la lógica y el buen sentido, á quienes el profesor de Turín llama «los mayores enemigos de las grandes verdades.» Lo son, en

1 *Degenerescence et criminalité*, pág. 74.

efecto, y continuarán siéndolo de una teoría cuyo jefe ha acabado por confesar que el tipo tan pregonado falta completamente en un 60 por ciento de sus observaciones, y que carece de la completa universalidad requerida para servir de base sólida á un sistema, osado á negar el origen inmaterial de todos los actos humanos.

Es ésta precisamente la gran razón de la inmensa diferencia que habrá de resultar siempre, aun después de las más árduas y admirables investigaciones antropológicas, entre el orden material, siempre igual, invariablemente sujeto á las mismas reglas biológicas y el orden moral, todo incesante renovación é inacabable progreso, cual corresponde á la manifestación de la libérrima voluntad humana. Porque ¿qué es un tipo? Una impresión sintética, responde Gratiolet; la imagen abstracta y general, decía Goethe, que deducimos de la observación de las partes comunes y de las diferencias.<sup>1</sup> El tipo, enseñaba Saint Hilaire, no se muestra jamás á nuestros ojos; sólo aparece para nuestro espíritu, como Broca había escrito que los tipos humanos no tienen existencia real, siendo sólo concepciones abstractas, ideales, que brotan de la comparación de las variedades étnicas y se forman del conjunto de caracteres comunes á un cierto número de ellas. Luego la anomalía física criminal queda reducida á una mera curiosidad de investigación, impotente para fundar y justificar la clasificación que por medio de ella se pretende establecer, encadenando á sus tesis el criterio judicial y alejando como anticientífica la noción de la responsabilidad individual, pues ó habrá verdaderos criminales como los hay, que no acusen aquella anomalía, ú hombres indiscutiblemente virtuosos que la presentan en grado pronunciadísimo.

Lo mismo entendemos que debe decirse del sistema á cuyo frente se ostenta Garofalo y que muy particularmente se liga con la audaz teoría del atavismo en las diversas exa-

<sup>1</sup> Topinard, *Elem. d' anthropologie générale*, págs. 191 y sigs.

geraciones con que la moderna escuela lo invoca. «El crimen entre los salvajes, no es una excepción, sino la regla casi general. Así no es considerado por nadie como un crimen y se confunde, en sus orígenes, con las acciones menos criminales.... Los Australianos no hacen más caso de la vida de un hombre que de la de un reptil.» Tal es el lenguaje de Lombroso, que repite Garofalo en más acentuados términos<sup>1</sup> y que ha ampliado Poletti, pretendiendo negar la verdad de una conciencia íntima, aunque más ó menos errónea en la humanidad. «No hay nada de tal, dice, en las naciones salvajes; nada de tal entre los bárbaros, cuyos antiguos territorios habitamos y de quienes descendemos. El delito es desconocido en una cierta época de la vida social. Los hechos que son hoy la materia del delito se ejecutaron en otro tiempo, y entonces eran conformes á la vida salvaje, de que la nuestra es la prolongación.»<sup>2</sup> Nada más falso ni más pernicioso en sus consecuencias que esta teoría del atavismo fisio-psicológico en la humanidad, condenada así á ser siempre la impasible espectadora del crimen, que como un torrente cuyas aguas engruesa cada generación, invade al mundo, fatal y soberanamente, sin ningunos medios por parte de las gentes honradas para ponerle diques, ó por lo menos desviarla en sus inevitables devastaciones. La ley hereditaria, inmediata ó lejana, tiene que cumplirse indefectiblemente: ¿para qué, entonces, tantos esfuerzos encaminados al perfeccionamiento individual, al mejoramiento de nuestra conducta pública y privada, á estimular las virtudes y hacer odioso el vicio en todas sus formas; para qué, digámoslo de una vez, la difusión de las escuelas, ese timbre gloriosísimo de nuestros tiempos? La familia misma en cuyo regazo empezamos no sólo á alentar las primeras esperanzas de la vida, sino á aprender las primeras nociones del deber, ya no será ni habrá sido sino una risible fantasía, falta de to-

1 Lombroso, *L'homme criminel*, pág. 36.—Garofalo, *La criminalogie*, p. 100.

2 Poletti, *Teoria de la tutelle penale*.

da influencia para evitar esas fatalidades hereditarias que, al decir de Sergi, persisten á través de las generaciones de una manera necesaria, produciendo aquí la locura, allá el suicidio, acullá la mendicidad.

Tan desconsoladora doctrina no descansa, pór fortuna, sino sobre hipótesis arbitrarias, que la realidad se ha encargado de desmentir, obligando á las ciencias biológicas á retractar no pocos de sus asertos. Sin extendernos á enumerar los mil audaces dogmatismos, deficiencias y contradicciones de que se halla convicta, á este respecto, la nueva escuela italiana, ¿cómo, desde luego, negar cuánto tiene que distar de la verdad, después de los trabajos de Topinard,<sup>1</sup> y ya que es fuera de duda la no poco constante negación de la *ley de herencia* por la *ley de ineidad*,<sup>2</sup> esa persistencia de los estigmas físicos y psíquicos, á pesar de las sumas de generaciones que se han sucedido, del cruzamiento de razas y de las considerables influencias de los climas, de las enfermedades y de las transformaciones que registra la historia de los pueblos?

Un célebre matemático<sup>3</sup> ha demostrado que solamente en Francia, á razón de tres generaciones por siglo, y aun cuando no hubiera habido cruzamientos consanguíneos, cada uno de los franceses tendría en las venas la sangre al menos de 20 millones de contemporáneos del año 1000. Remontándose á la época de Jesucristo, se pasa la cifra de 18 quintillones. Para expresar el número correspondiente á la época interglacial, sería necesario cubrir de cifras la superficie del globo. De estos números imposibles se deduce matemáticamente la consecuencia, de que han debido intervenir cruzamientos innumerables, por lo que todos los habitantes de una misma localidad, de una misma provincia, de una misma nación tienen necesariamente antepasados comunes.<sup>4</sup>

1 *Revue d' Anthropologie*, 15 Nov., 1887. págs. 683 y 684.

2 Tilbot. *L'hérédité psychologique*, págs. 226 y 253.

3 Cheysson.

4 Alfredo Fouilló, *La psychologie des peuples et l' Anthropologie*.

Según Samson, distinguidísimo profesor de zootecnia y partidario decidido del atavismo en su mayor aplicación, éste debe ser referido á una gran ley que domina toda la materia de la herencia, es á saber: que las cualidades más antigüamente fijadas son también las que más fácilmente se transmiten en los productos.<sup>1</sup> ¿Cómo, entonces y ya que de los primitivos habitantes de nuestro globo se afirma que el crimen era en ellos natural, común y congénito, explicarnos la existencia actual de tantas gentes honradas y hasta heroicas en la virtud, aunque á no dudarlo igualmente enlazadas que los pretendidos productos del atavismo, con antepasados prehistóricos? Más consecuente con la teoría italiana nos parece Paul Albrecht, profesor de Medicina y Filosofía en Hamburgo, al decir que el tipo normal, humano y natural es el criminal, siendo los hombres buenos los verdaderos monstruos de su especie, como que se separan del modelo primitivo, que vemos persistente en el salvaje de Australia y de las ignotas selvas del Africa, y no comprendemos por qué Lombroso ha tildado de meramente paradógica esta tesis, él, que partiendo de los datos mismos del atavismo y del transformismo, ha llegado hasta á sostener, en páginas de que se exhala un hondo y amargo grito de dolor, la criminalidad de la infancia.

Mas supongamos que los pueblos no son, según la frase de Topinard, meros productos de la historia, y que pudiendo remontarnos á fuentes humanas de que nos da seguridad una pretenciosa arqueología como otras tantas muestras de una primitiva homogeneidad, empezamos á escudriñar el carácter, las tendencias, los hábitos, las nociones fundamentales, en fin, de tribus poco menos que prehistóricas.

¿Qué descubrimos? Pues, sin hacer mérito de las observaciones de Chaillu, Brehm y otros sabios, que han obligado á Colajani á extasiarse ante "la piadosa cooperación, la mutua asistencia y la heroica abnegación" de que dan ejem-

1 *L'hérédité normale et pathologique*, chap. IV.

plo las sociedades simianas, porque nunca aceptaríamos la absurda teoría de que el hombre no es sino la transformación del antropoide, y aparte descripciones fantásticas, llenas de reseñas muy personales de rasgos de crueldad, superstición y estúpida maldad, llama precisamente nuestra atención la existencia de gérmenes morales y religiosos, que visiblemente no han estado sino esperando la primer palabra de verdad y de virtud para desarrollarse al estímulo de la educación y rectificarse al contacto de los pueblos civilizados en toda la serie de aplicaciones de la vida social. Así Letourneau, sondeando el fondo de todas las actuales y más importantes instituciones jurídicas, allá en medio de las tribus pastoriles y agrícolas, encuentra entre los Pielles Rojas, entre los Grupas y los Koumis del Asia «el desarrollo de los sentimientos altruistas», «la probidad instintiva» y «la dulzura de costumbres.<sup>1</sup> Fustel de Coulangé, investigando los orígenes de la ciudad antigua, no vacila en señalar, lleno de admiración, energicas virtudes patriarcales, la piedad filial, la justicia elemental, una fuerte actividad religiosa, cualidades todas que elevaron el amor del padre hasta la adoración, convirtiendo su tumba en altar y su memoria en sacratísimo culto.<sup>2</sup>

Si algún valor, pues, debiéramos atribuir al atavismo, nos fijaríamos mejor, con Tarde, en las virtudes eximias, en el heroísmo, en la sublime abnegación de que no son raros los ejemplos en la más remota antigüedad, como quizás resultan serlo en esta nuestra época, inmenso océano de utilitarismos, en cuyas encrespadas olas son levantados, sacudidos y arrastrados en todas direcciones los corazones generosos.

---

La vida moderna, en efecto, con su vasto e intrincado mecanismo, con su incesante lucha entre todos los elementos

<sup>1</sup> *Evolution de la propriété*, págs. 67 y 134.

<sup>2</sup> *La cité antique*.

sociales que la constituyen, con su inmenso cortejo de vicios, que son otros tantos obstáculos para hacer flaquear la voluntad y acumular sombras en las almas, parece ser menos á propósito que la vida antigua, más sencilla y pacífica y menos perturbada por la diversidad de caracteres y el choque de las ideas directoras del orden social, para el desenvolvimiento de las grandes virtudes y de los titánicos sacrificios que alumbran, como imperecederas antorchas, las generaciones pasadas. Esa complejidad vastísima y multiforme de la vida moderna es también aprovechada por la nueva escuela para asentar sobre ella, robusteciendo con su auxilio los fundamentos antropológicos, la base tan ansiada del delito. Es ésta la nota principal de la ciencia llamada *Sociología*, que ha ganado el mayor número de sus prosélitos en Francia, y que, aplicada por Ferri al Derecho penal, tiende siempre á borrar la responsabilidad individual, porque según ella, el delito no es otra cosa que el producto de factores sociales bien conocidos y determinados. Largo y hasta cansado sería exponer, con todos sus pormenores, entre los que figuran en primer término las noticias estadísticas, esta fase particular de la nueva escuela criminalista, cuyas conclusiones se basan tan sólo sobre cálculos de probabilidades, sobre simples apreciaciones, muy distantes del rigorismo y de la exactitud que reclama la ciencia. Da, sin embargo, suficiente idea de la ley de *saturación criminal* saber, que ella se deriva primero en el *orden político*, de la existencia de gobiernos antinacionales y despóticos, que atraen de manera inevitable sobre las poblaciones los delitos especiales que se llaman *complots*, *rebeliones*, *agresiones á la autoridad*, *guerras civiles*, etc., etc.; segundo en el *orden civil*, de las instituciones conocidas sobre los testamentos, sobre el matrimonio y el concubinato, que engendran los delitos de odio y venganza, los *uxoricidios*, los *infanticidios* y los *abortos*; tercero, en el *orden religioso*, de la libertad del culto externo, del gran número de conventos,

del celibato eclesiástico, del lujo excesivo de las iglesias, de la frecuencia de las peregrinaciones, que producen las riñas, los atentados al pudor, los robos, los adulterios; cuarto, en el *orden de la familia*, de la indisolubilidad del lazo conyugal, de que procede la bigamia; y quinto, en el *orden de la educación*, del corto número de escuelas, de las publicaciones inmorales, de las fiestas populares, que preparan á la niñez para la indefectible comisión de todos los más grandes delitos.

Estas y otras análogas causas forman, según Ferri, una atmósfera de criminalidad, tan densa y pesada sobre los pueblos, que cada delincuente no es sino el fenómeno resultante del ambiente social, que no podía menos que producirse con la misma necesidad que los fenómenos físicos. «Del propio modo, dice, que en un volumen determinado de agua á una cierta temperatura, debe disolverse una cantidad igualmente determinada de sustancia química, sin que se pueda añadir ni quitar la menor molécula, así también en un medio social determinado, con ciertas condiciones individuales y físicas, debe cometerse un número igualmente determinado de delitos, ni uno más ni uno menos. Solo nuestra ignorancia de un gran número de leyes físicas y psíquicas y de innumerables condiciones de hecho que arreglan y acompañan la perpetración de los delitos, nos impide comprobar la verdad de esa gran ley, y prever de una manera precisa el nivel que debe tocar la criminalidad. Pero, la ley no existe menos por esto, y esa criminalidad no deja de ser el efecto necesario é inevitable de un cierto medio físico y social.<sup>1</sup>

---

Tales son las tres principales afirmaciones de la moderna escuela criminalista que, formando, en realidad, un solo

<sup>1</sup> *Immagini orizzonti*, pág. 321.

cuerpo de doctrina, aspira á demostrar que las causas de los delitos tienen un triple origen, incompatible con la responsabilidad personal: origen individual, origen físico y origen social. El libre arbitrio, pues, base de la responsabilidad, según la escuela espiritualista, es para aquella el blanco común de los más ardientes ataques, y su negación el eje, como dice Fioretti, de todo el nuevo sistema: *il perno del interno sistema.*<sup>1</sup>

Demostrado como queda, según los datos mismos de la Antropología, que la atipia criminal no existe, parece inútil empeñarnos en la refutación de aquel capitalísimo argumento en contra del libre arbitrio, que se hace consistir en la fatalidad fisiológica, *hereditaria* ó *atavística*, la cual ó importa en cada caso un verdadero fenómeno psiquiátrico, naturalmente incompatible con la libertad de acción, ó una mera disminución de ella, en el grado que indique el estudio especial del delincuente.

Pero refiriéndose al hombre en general y ya no solo á los seres anormalizados por el delito, es como la moderna escuela italiana se empeña en demostrar que el libre arbitrio es una mera ilusión de nuestro sentido íntimo, pues todos los actos humanos resultan un verdadero producto mecánico, cuya naturaleza debe obligar y obligará indefectiblemente á la ciencia del derecho á prescindir de la falsa noción de la responsabilidad individual como base de la pena, para colocar ésta sobre el fundamento indiscutible y palpable de la defensa social. No acabaríamos ni en toda esta noche nuestra lectura, si nos propusiésemos exponer en su vasta extensión la grave controversia sobre la libertad humana, que en ningún tiempo ha dejado de dar materia á los más graves espíritus para largas y hondas disquisiciones filosóficas, que han perturbado hasta el sereno reposo de las ciencias teológicas. Basta, empero, para nues-

<sup>1</sup> *Polemica in difesa della scuola criminale positiva* por Lombroso, Ferri, Garofalo y Fioretti, pág. 217.

tro actual propósito, fijarnos en las dos principales explicaciones que hoy día se pretende hacer valer contra la tradicional y verdaderamente humana creencia en la libertad de nuestras acciones, dignas de alabanza ó de castigo.

«El proceso físiro-psicológico de toda acción individual, dice Ferri, puede reducirse á este esquema: I. Una fase física, fuera del centro nervioso, que puede tener su punto de partida en el mundo exterior al individuo ó en su mismo cuerpo; por ejemplo, una vibración del aire ó del éter que hiere la periferia del cuerpo ó un movimiento en un órgano del propio cuerpo, *verbi gratia*: el estómago, el hígado, etc., etc. II. Una doble fase fisiológica, es decir, una vibración centrípeta, desde luego, á lo largo del nervio, cuya extremidad periférica es herida por el movimiento físico y que trasmite al centro nervioso ese mismo movimiento y vibración; y en seguida, un movimiento centrífugo también á lo largo del nervio, que trasmite esa misma vibración del centro á la periferia. III. Una nueva fase física, que es el movimiento muscular, mecánico, la acción externa, efecto de la corriente 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.»<sup>1</sup> Se palpa todo el pesado materialismo de esta explicación, que prescinde por completo de la sustancia incorporea de nuestro ser, representada en los actos conscientes de la voluntad humana por la *deliberación*. ¿Podrá este acto tan complejo, en que se resumen la memoria de nuestros deberes, la contemplación de todos los motivos que nos solicitan á obrar y la previsión más ó menos clara de las consecuencias de nuestros actos, atribuirse exclusivamente al funcionamiento orgánico del cerebro, á vibraciones moleculares instantáneas, y todo ello, á pesar de que dentro de nosotros mismos se levanta, principalmente al empeñarse una de esas reñidas luchas que de-

<sup>1</sup> Ferri, *Los nuevos horizontes*, cap. I, pág. 26.

ciden sobre la actualización de nuestra voluntad, una voz clara y precisa que nos dice cuán superiores podemos ser, con sólo quererlo, á los movimientos de nuestros nervios y al imperio de nuestras emociones?

„La materia, enseña Claudio Bernard, cualquiera que sea, está siempre, por si sola, despojada de espontaneidad y no engendra nada, expresando sólo, con sus propiedades, la *idea* de aquel que ha creado la máquina que funciona. Forma-nera, que la materia organizada del cerebro, que manifiesta fenómenos de sensibilidad y de inteligencia propios de un ser vivo, no tiene más conciencia del pensamiento y de los fenómenos que el cerebro expresa, que la materia bruta de una máquina inerte, de un reloj, por ejemplo, en cuanto á los movimientos que ejecuta y á la hora que señala, ó que los tipos de imprenta y el papel respecto de las ideas que contiene la obra impresa.“

Hay, pues, y tiene que haber al lado de los fenómenos materiales, de naturaleza evidentemente pasiva, una causa que los domina y dirige, „verdadera legisladora,“ como la llama Vacherot, de nuestros actos y capaz de resistir y modelar, mediante una larga serie de esfuerzos, que son otras tantas manifestaciones de su existencia, las más vivas y perseverantes impulsiones de nuestro organismo.<sup>1</sup>

Es este ser inmaterial, existente en nosotros y siempre idéntico á sí mismo en medio de las variaciones de la materia, el que nos da testimonio de nuestra responsabilidad moral y basta á explicar la corrección de criminales inveterados que, á la luz de una simple verdad especulativa, lograron substituir á sus instintos perversos consideraciones ideales, á antiguas imágenes motrices, diríamos hoy, las impalpables pero efectivas de la virtud. Todos los días, y no tan rara vez como sería de creerse por la ninguna esperanza que en la libertad humana manifiesta la escuela italiana, vemos aun á los seres más débiles sacrificar placeres

<sup>1</sup> Vacherot, *La science et la connaissance*.

orgánicos legítimos y no retroceder ni ante la muerte, para seguir tras un ideal contra el cual protestan con sin par vigor las impresiones de la materia.

Así las cosas, la verdad es que, como lo nota Lucchini<sup>1</sup> en esta cruzada contra el libre albedrío, en nombre de la Fisiología, se incide precisamente en el defecto que con mayor alarde y sin la menor razón se imputa á la escuela espiritualista. En efecto, ¿puede siquiera competir en claridad la precedente explicación de Ferri con la que sencillamente brota de nuestros labios, apenas queremos expresar el estado de nuestro espíritu, antes ó después de cualquiera de nuestras decisiones? La libertad metafísica, única en que aquí debemos ocuparnos, ya que la de acción puede ó no estar sujeta á obstáculos externos, es, como dice Julio Simón, la facultad de querer ó de no querer. Ya Leibniz había dicho que "la acción nace del querer y del poder, al mismo tiempo."<sup>2</sup> Ahora bien, esa facultad, meramente volitiva ó no-litiva, es uno de los fenómenos menos discutibles, en sana filosofía. El prisionero es libre, independientemente de que se resigne ó busque los medios de conseguir su libertad. El monje, condenado al silencio: ese mudo, que no puede ni aún exhalar un sollozo, es también capaz de indignarse y de extremecerse. He aquí la omnipotente libertad humana, que no está sujeta á la impotencia de la fuerza limitada, como no se deja de ser asesino porque falle el tiro que se ha tenido la voluntad de disparar. En este sentido, aun Malebranche, que afirmaba estar Dios encargado de ejecutar nuestra voluntad, no pudo menos que decir: "mi poder es un sueño; pero poseo realmente mi libertad."

Y ¿será todo esto un craso error de nuestro sentido íntimo, como antes que Ferri lo había proclamado Espinosa? Porque en el orden físico todo se reduzca á transformación de fuerzas, reconociendo todo efecto una causa inevitable,

1 *Le droit pénal et las nouvelles théories*, pág. 103.

2 *Nouveaux essais sur l'entendement humain*.

¿habrá de suceder lo mismo en el orden moral? Una lucha se entabla, dicen los Deterministas, entre los móviles de nuestra voluntad, y siempre prevalece el más fuerte. Si el hombre tiene el deseo de matar, mata, á pesar del temor del gendarme, en lo cual cede á un motivo más violento que el miedo. Si se abstiene del crimen, por temor del gendarme, cede también; pero al miedo, más fuerte que el deseo. "¿Cedo siempre al motivo más fuerte?" pregunta Charma. Lo creo; pero llamáis motivo más fuerte á aquel al cual yo me inclino. Giramos así en un círculo vicioso. ¿Decís que cedo á ese motivo, porque es el más fuerte? Pues yo pretendo que es el más fuerte, porque cedo á él."<sup>1</sup>

Otro de los argumentos y quizá el más popular de los que se hacen contra la libertad individual, es aquel que originándose de una sentencia de Teodectes, han repetido después Montesquieu, Buckle y Buffon: "Los pueblos llevan la librea de los climas que habitan." Así, Taine dice que el aire y los alimentos forman á la larga el cuerpo; que el clima, su grado, y sus bruscas variaciones producen las sensaciones habituales, y en definitiva, toda nuestra sensibilidad. El vicio y la virtud son producidos como el vitriolo y el azúcar. Ninguna mejor respuesta á tan exagerada materialización del hombre puede darse que los datos recogidos por la Estadística, que ha hecho confesar á Morselli el ningún fundamento, con respecto al suicidio, de todas estas conjeturas. Tarde demuestra, hasta la última evidencia, cuán falsa resulta en los hechos, y aplicándola no á este y aquel país, sino á todos, y no tampoco solamente á los actuales, sino á los de la antigüedad, la afirmación que Garófalo toma de Quetelet en su *Física social*, diciendo que por la Estadística puede establecerse el aumento de los crímenes sanguinarios en los climas cálidos, como su diminución, en los contrarios,<sup>2</sup> obje-

1 *Essai sur les bases, de la moralité*, chap. 3, § 3, pág. 126.

2 *La criminalité comparée*, chap. IV, pág. 152.

ción cuya verdad reconoce Ferri en uno de sus últimos escritos polémicos.

La nueva escuela impugna, por último, el libre arbitrio, fundándose, fuera ya de lo que podría llamarse *Geografía criminal*, en datos recogidos por la Estadística de las civilizaciones, según la cual osó decir el Doctor Lacassagne, en el Congreso de Antropología Criminal de Roma, que *las sociedades tienen los criminales que merecen*. Es éste, sin duda alguna, el más serio de los aspectos que presenta la moderna tendencia del Derecho penal. A acreditarlo y hasta prestigiarlo contribuyen, con todas las apariencias de una perfecta justificación, el estudio minucioso de los pueblos antiguos, principalmente en sus épocas de crisis decisivas, y los siguientes esfuerzos de los gobiernos actuales para mejorar las condiciones sociológicas, en el sentido de no incidir en ninguno de los errores económicos y políticos en que abunda el régimen antiguo. Sin negar todo el mérito que pertenece á la investigación de los factores sociales, como otras tantas influencias, no sólo en la criminalidad, sino en cualquiera de las plagas que pueden azotar á los pueblos, ya en el sentido de su desarrollo económico, ora en cuanto á su desenvolvimiento intelectual, entendemos que la Sociología traspasa los infranqueables límites que le impone la verdadera naturaleza del hombre, al prescindir en absoluto de sus genuinas facultades, para hacer depender fenómenos tan esencialmente variables y multiformes, como el delito, de leyes históricas irreductibles á la exactitud científica.

Se advierte, sin esfuerzo, que la Sociología naturalista corre parejas con la Psicología exclusivamente experimental de que antes hablamos. Así como ésta quiere explicar las determinaciones de la voluntad con total abstracción del alma, aquella se afana en darnos cuenta de los hechos sociológicos con absoluto olvido del hombre, rehusando dar entrada en sus pretendidos cálculos á aquella facultad eminentemente humana que se manifiesta en la vida de los pue-

blos por la finalidad privada, consciente y reflexiva. — “Explicar los fenómenos, dice un esclarecido profesor francés, es acondicionarlos bajo la ley de causas eficientes. Si, pues, la sociología quiere ser una ciencia como las otras, los hechos sociales deben ser referidos á condiciones, y no á fines.<sup>1</sup> En efecto, señores, por mucho que esto parezca hoy una herejía científica, es muy dudoso que existan, rigurosamente, esas leyes históricas, base principalísima del majestuoso edificio de la Ciencia Sociológica. Como lo ha dicho Fustel de Coulangé, en Historia es posible, aunque muy rara vez, determinar causas; pero hay que renunciar completamente á encontrar leyes. Una ley implica la reaparición de un mismo antecedente, y no vemos que la Historia se repita. Zeller reconoce, que el rasgo característico del espíritu histórico es el discernimiento de las cualidades *propias* de cada época, no siendo sino un craso error juzgar del pasado por el presente, y recíprocamente.

Este mismo error se comete cuando se quiere relacionar por la ley de causalidad cualquier hecho social con condiciones exteriores observables y apreciables materialmente, como las de densidad de la población, escasez de los medios de subsistencia, los monopolios industriales, etc., etc. Todos estos factores no son, ni pueden ser, hechos brutos como las causas fisiológicas y climatéricas, de que se derivan orgánica y fatalmente las enfermedades. El hombre, y sobre todo el hombre social, interviene en ellos, y no se vé, ni con esfuerzos de fantasía, su absoluta e incondicional sujeción á los mismos. Fíjémonos, por ejemplo, en la división del trabajo, que es uno de los *sustitutivos penales* que Ferri propone para impedir la mayor parte de los delitos de sangre y contra la propiedad. ¿Habrá, por mucho que esa división sea la única solución conocida de las amargas dificultades en la lucha de la vida, relación de necesidad entre los dos

<sup>1</sup> Emile Boutroux. *Les lois naturelles dans la science et la philosophie contemporaines*.

fenómenos que se señalan, como la que liga la atracción de los cuerpos á su masa y á su distancia?

La división del trabajo resulta una necesidad para que los hombres vivan; pero *necesidad* quiere significar aquí conveniencia, preferencia á los antiguos monopolios, y de ninguna manera necesidad mecánica y fatal.

He concluído, señores, no restándome sino solicitar el más rendido perdón de vuestra indulgente sabiduría, por el rapidísimo bosquejo que he intentado presentaros de una de las más importantes corrientes que hoy arrastran á la inteligencia humana, impulsada cada día por los nuevos y pasmosos descubrimientos de la ciencia. Mi satisfacción, que por el momento se reduce á la conciencia de haber hecho lo posible para someteros un estudio, ya que no digno de vuestra expectación respecto de mi persona, si, al menos, de la magnitud e indiscutible interés de las modernas escuelas antropológicas, no habría encontrado límites, caso de haberlos traído siquiera una completa exposición de todas y cada una de las tesis que á ellas se deben, y que despojadas de las audacias á que quizás las han arrastrado las circunstancias del momento y las pasiones inevitables que engendra siempre el choque de todo lo nuevo con lo antiguo, constituyen, en verdad, muchas de ellas, fórmulas sapientísimas, secundas en diversidad de efectos saludables para el mejoramiento del orden social, y obligatorias todas para renovados estudios del hombre, no sólo como ser individual, sino también en relación con sus semejantes y bajo la necesaria dependencia de las reglas sobre que descansan los Estados. No ha sido así, debido sólo á mis exigüas fuerzas, pues cualesquiera otras, á la simple vista de los dilatados horizontes abiertos al estudio por las recientes investigaciones de la ciencia sobre el derecho penal, cuando menos os hubieran presentado serias y trascendentalísimas investigaciones, profundos análisis sobre multitud de puntos antes ignorados ó desatendidos, ó quizá la turbación que las modernas doctrí-

nas han llevado á algunos espíritus en sus tradicionales y más arraigadas convicciones, mientras para otros, los más sin duda, ellas no constituyen, aun con el caudal de sus errores, sino reiterada prenda en favor de la verdad sobre la cual diseminan cada día nueva y más esplendente luz. Entre estos últimos, permitidme que lo proclame al terminar, tenemos la gloria y la inmensa alegría de contarnos, no habiendo encontrado en todos y cada uno de los esfuerzos de la sapiéntissima escuela italiana sino otros tantos motivos, otros tantos argumentos para afirmarnos y vivir tranquilos sobre las fórmulas y al amparo del sistema de la Filosofía Cristiana. Recibid, pues, este mi modestísimo ensayo con la benevolencia que vosotros, sabios consumados, acostumbráis acordar siempre al esfuerzo honrado en pro de la verdad y del bien.

---





