

LA PENA Y LA FUNCION DEL DERECHO PENAL DESDE EL PUNTO DE VISTA SOCIOLOGICO<sup>1</sup>

POR

E. GAUCKLER,

PROFESOR DE LA FACULTAD DE DERECHO DE CAEN.

*(De la Revista ARCHIVES D'ANTHROPOLOGIE CRIMINELLE.)*

La constitución de la sociología es, sin duda alguna, uno de los puntos culminantes de la historia de las ciencias en el siglo XIX. A pesar de las burlas con que se la haya querido cubrir, de las doctas objeciones con que se haya pretendido anonadarla, ha probado su existencia como el filósofo antiguo probaba el movimiento: por sus incesantes progresos. Ya su influencia se ejerce por todas partes; á ella deberán su completa renovación las diversas ramas del derecho, y á ella nos dirigiremos para fijar los principios que determinan la naturaleza de la penalidad y la función del derecho penal.

Importa, pues, de antemano, precisar este punto de vista, indicar con toda claridad lo que son la sociología y el derecho, con el fin de dilucidar la naturaleza de sus relaciones y de definir el método al cual pedimos nuestras conclusiones. Preliminares áridos, ciertamente, pero que nos parecen indispensables.<sup>2</sup>

## I

La sociología es la ciencia que tiene por objeto los hechos sociales. Se le definirá más completamente diciendo que es la ciencia que tiene por objeto el estudio, por el método de la observación y de la experimentación, de los fenómenos relativos á la formación, la vida y la disolución de las sociedades y la determinación de las leyes que las rigen. Entre estas sociedades, las sociedades humanas son las que principalmente forman el objeto de sus estudios: la sociología es, ante todo, la sociología humana.

<sup>1</sup> La enfermedad me ha impedido consagrar á la corrección de este trabajo, todo el cuidado que hubiera sido necesario. En consecuencia, ruego al lector me conceda toda su benévola indulgencia.

<sup>2</sup> Por esta razón me resuelvo á insertar aquí las pocas páginas de introducción que siguen, aunque hayan sido ya publicadas en el "Bulletin de la Union internationale de Droit Penal" [vol. IV, I, p. 37], con el carácter de informe á la 4.ª sesión de la Unión.

Se distinguen varios órdenes en los fenómenos sociales: á cada categoría especial corresponde una rama particular de la sociología; así, pues, la *sociología criminal* es la ciencia, rama de la sociología general, que tiene por objeto el estudio científico de los crímenes en sí mismos, en sus causas y en sus efectos, y la determinación de las leyes que rigen estos fenómenos. Entiendo por efectos del crimen todas las reacciones, sean del orden que fueren, provocadas por él en el seno de la sociedad y especialmente la *pena*.

A la sociología corresponden diversas artes cuyo objeto es aprovechar las consecuencias prácticas de los principios descubiertos por ella. Encontramos inmediatamente un arte superior, la política, esto es, el arte de gobernar á los hombres, de determinar las reglas que deben presidir á las relaciones de los ciudadanos entre sí ó con el conjunto de la sociedad. La política se divide en ramas numerosas, según las diversas categorías de hechos sociales que se trata de regir: cada una de estas ramas corresponde á una división de la sociología.

Parece, al menos, en lo que se refiere á la terminología francesa, que estas diversas partes de la política, no han sido distinguidas. Se habla mucho de política interior, de política exterior, de política administrativa, y aun se designa comunmente con la palabra política, mejor que un arte que tiene sus reglas precisas, la línea de conducta de tal ó cual personaje ó partido, y no se dice política criminal.<sup>1</sup> La expresión, sin embargo, me parece correcta para designar la rama de la política general, que es el arte de determinar las medidas aplicables al conjunto de los hechos sociales que comprenden los crímenes, sus causas y sus efectos.<sup>2</sup> De este modo, la política criminal aprovecha y realiza en la práctica, los datos de la sociología criminal.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> El término de "Kriminal-politik" es común en Alemania. Von-Liszt propone de ella la siguiente definición: la experiencia sistemática de los principios, fundados en el estudio científico del crimen en sí mismo y en sus causas, y de la pena en sus aplicaciones y efectos, según los cuales el orden jurídico es defendido ó debe ser defendido contra el crimen por medio de la pena y de las otras instituciones sociales análogas. (Lehrbuch. Berlin, 1891, p. 3).

<sup>2</sup> El término de criminología en el sentido en que lo emplea Garofali, comprende al mismo tiempo, la sociología y la política criminales.

<sup>3</sup> Esta distinción esencial entre la sociología criminal, que es una ciencia, y la política criminal, que es un arte, no ha sido percibida siempre con precisión. Las dos cosas, por ejemplo, son confundidas por Garraud, cuando asigna á la sociología criminal un triple objeto, á saber: 1.º El estudio del mundo de la criminalidad en su estado actual tanto como en su historia; 2.º La investigación de las causas que producen el crimen; 3.º La indicación y la organización de los medios de combatir dicha criminalidad (Droit Pénal. 1, p. 9).

Definición demasiado amplia á la vez que demasiado limitada. Demasiado amplia, porque la sociología criminal no tiene que formular conclusiones prácticas; de-

\* Bajo este arte superior, la política, que es enteramente de principios, viene el *derecho*, que es más próximo á la práctica.

Esto no quiere decir, sin embargo, que se esté de acuerdo en este punto.

Unos ven en el derecho una ciencia: la ciencia de los hechos jurídicos estudiados experimentalmente; sería, entonces una rama de la sociología; el arte correspondiente sería el arte jurídico.<sup>1</sup>

Otros, y son la mayoría, lo consideran como ciencia y arte á la vez, designando el mismo término la ciencia que estudia los hechos y el arte que aplica los principios de ella deducidos.

No puedo admitir ninguna de estas dos opiniones. Me parece, desde luego, una mala terminología, confundir en su mismo término una ciencia y un arte. Tan inexacto es hablar de derecho teórico y de derecho práctico, como de una sociología teórica y de una sociología práctica.<sup>2</sup> El derecho es una ciencia ó es un arte.

Ahora bien; para resolver la cuestión, basta examinar cuál es en la actualidad su objeto, supuesto que el derecho no está por crear, sino que ya existe. Es fácil reconocer que al presente, los estudios jurídicos no tienen, en grado alguno, el carácter de ciencia. No se estudia objetivamente ningún fenómeno, no se determinan ni causas ni efectos, no se investigan las leyes que ligan esas causas y esos efectos, no se practican ni observación ni experimentación; y cuando se apela á principios superiores, se les toma de otras ramas de los conocimientos humanos: de la economía política, de la moral, de la metafísica, y principalmente de la legislación positiva.

No hay, pues, en esto, sino un arte que se puede definir diciendo que tiene por objeto coordinar sistemáticamente los principios establecidos por la ley y estatuir sobre la aplicación de estos principios á los casos particulares.

El derecho comprende ramas múltiples que se relacionan con ramas análogas de la sociología y de la política.

Así es como al lado de la sociología y de la política criminales encontramos el derecho criminal. Esta es la parte del derecho que tiene por objeto sistematizar y aplicar las reglas que las leyes dan y que rigen los hechos sociales relativos al crimen. Lleva consigo subdivisiones. Desde

masiado limitada, porque no basta con estudiar las causas del crimen: es preciso estudiar también sus efectos para conocer el fenómeno en su totalidad. La pena, en particular, es uno de esos efectos, y su estudio científico, como manifestación social consecutiva al crimen, entra directamente en la sociología criminal.

<sup>1</sup> Véase, por ejemplo, Ch. Duguit, "Le Droit constitutionnel et la sociologie: *Revue internationale de l'enseignement*," 15 Nov. 1889.

<sup>2</sup> Véase, no obstante, Ferri. *Sociologie*, p. 777.

luego se pueden distinguir el derecho preventivo y el derecho represivo: al primero conciernen las medidas encaminadas directamente á prevenir el crimen. En él se comprenderán, por ejemplo, las medidas de protección en favor de la niñez abandonada, el aseguramiento de los locos peligrosos, pero aun no delincuentes, etc.

El derecho represivo se refiere á las medidas que la sociedad toma contra los delincuentes; comprende el derecho penal que determina la naturaleza de las medidas especiales que se designan hoy con el nombre de penas y sus casos de aplicación; el *procedimiento criminal* que regula las condiciones judiciales de esta aplicación, y la *legislación penitenciaria*, que organiza sus modos de ejecución. Conciernen á una rama especial las medidas aplicables á los delincuentes que no son punibles como los enajenados ó los niños de muy corta edad que no entran actualmente en la esfera de acción del derecho penal.

El derecho no puede bastarse á sí mismo; la ley sola no le suministra los elementos requeridos para una sistematización exacta ni mucho menos para una aplicación sana. Es necesario apoyarse en principios superiores con el objeto de que cada rama del derecho sea bien adaptada al fin que debe llenar, que estén siempre en armonía unas con otras y que todas unidas concurren á su fin común. Se deberá, por lo tanto, recurrir á la política que por su definición misma es, en efecto, el arte de establecer los principios que dominan el estudio y la aplicación de las leyes particulares. Pero, aun la misma política ¿en dónde encontrará el fundamento de sus teorías, de donde sacará sus reglas?

Aquí es donde interviene la sociología y se manifiestan sus relaciones con el derecho por mediación de la política, al mismo tiempo que aparece toda la profunda revolución que lleva consigo al dominio del derecho la creación de esta ciencia.

¿En dónde, pues, se han buscado hasta el presente, esas miras generales que deben inspirar al legislador y después de él al jurista encargado de hacer entrar su obra en la realidad viva? Ciertamente no ha sido en una ciencia. Tanto cuando se legislaba, como cuando se aplicaba la ley hecha, se obraba ya bajo la influencia de necesidades urgentes, á las cuales se proveía de la manera más empírica, ya bajo la inspiración de concepciones *a priori*, de una noción ideal de las reglas que deben presidir á la organización de un Estado bien constituido, de un sentimiento instintivo de justicia.

Puro empirismo por un lado, nociones abstractas y simples concepciones del espíritu, por otro; tales han sido hasta el presente, las bases esenciales, si no exclusivas, de la política y del derecho.

Y no podía ser de otro modo, desde el momento en que se consideraban los hechos sociales como sometidos al arbitrio individual del legislador y como susceptibles de modificarse á su antojo. Pero si se admite que esos hechos están sometidos á leyes ineludibles ante las cuales el legislador mismo se ve obligado á inclinarse y que está forzado á respetar, si no quiere de antemano condenar su obra á ser ineficaz, se impondrá un método radicalmente diverso. Hoy, el conocimiento de los hechos sociales, de sus causas, de sus efectos, de las leyes que los rigen, en una palabra, la sociología, viene á ser la ciencia fundamental de la política y del derecho. Hemos llegado á nuestro objeto inmediato.

Desde el punto de vista sociológico, el conjunto de los fenómenos relativos á la criminalidad, puede ser considerado bajo dos aspectos —principales, no únicos— de la ley. En primer lugar, y como trasgresión, se considera al delito en sí mismo. A este respecto, la sociología investigará los diversos factores de este fenómeno, determinará su modo de acción, estudiará los agentes susceptibles de modificarlos y descubrirá las leyes superiores que rigen estas manifestaciones sociales.

Examinado desde un segundo punto de vista, el delito produce en el seno de la sociedad efectos muy diversos que constituyen otros tantos fenómenos sociales particulares. En el número de estos efectos y como el más importante, encontramos la pena. La pena, es un fenómeno social del que puede darse la definición siguiente, que es la más comprensiva posible y la más independiente de las condiciones de época y de medir:—La pena es la expresión de las diversas reacciones experimentadas por la sociedad á consecuencia de una trasgresión de la ley, en tanto que ellas terminan en ciertas medidas aplicadas por la misma sociedad el autor de la trasgresión.

La sociología criminal estudia científicamente la naturaleza y las leyes de este fenómeno, la política criminal establece los principios legislativos que deben regirlo: el derecho penal sistematiza las reglas establecidas por las leyes positivas y determina su aplicación á los diversos casos particulares.

En efecto, el derecho penal, en tanto que organiza una categoría determinada de fenómenos sociales, se define, no por el delito (causa ocasional de la pena y no causa eficiente) sino por la pena. No es el derecho el que rige los delitos, el derecho es el que organiza la pena; porque la pena debe ser vista no como una medida sometida al arbitrio de un legislador cualquiera, sino como una manifestación de la sociedad toda, como un fenómeno social que tiene sus causas propias, múltiples y sometido como todos los fenómenos, á leyes determinadas. La pena desde este

punto de vista, no supone necesariamente el estudio previo del delito. Se podría hasta definir el delito por la pena, diciendo: que es una trasgresión de la ley que provoca la reacción social de la pena.

Así, pues, se hace de todo punto necesario tomar los datos de la sociología criminal, para determinar la función actual del derecho penal, el fin que hay que alcanzar por el conjunto de sus disposiciones, la naturaleza de las medidas que deben tomarse, las condiciones á que debe estar sometida su aplicación, nociones indispensables todas, tanto al legislador que hace la ley, como al jurista que sistematiza y aplica las reglas dadas por aquel.

Los datos de la sociología criminal se agrupan de la siguiente manera: por una parte se trata de saber cuál es en nuestra sociedad contemporánea la naturaleza de la pena y muy especialmente cuales son los diversos elementos de que es resultante; por otra, es preciso establecer á qué ley obedece la evolución de la pena, cuál es la dirección de que ha seguido en sus transformaciones sucesivas; sobre este doble orden de conocimientos se edificará el derecho penal.

Es preciso saber qué elementos condicionan la pena, á qué objeto responde, porque no teniendo en cuenta estos datos, corre uno el riesgo de tomar medidas ineficaces y hasta contrarias al buen funcionamiento de la organización social. Un órgano, antes que todo, debe ser adaptado á su función.

Pero, no basta conocer las condiciones actuales de la pena, el legislador y el jurista deben tomar en seria consideración la ley de su evolución: cualquiera medida que no realizara un progreso en el sentido de esta evolución, perdería bien pronto su utilidad; y toda medida que constituyera un retroceso estaría condenada de antemano no solamente á permanecer ineficaz, sino aun á causar una perturbación más ó menos grave.

Resumiendo, se pueden enunciar brevemente las ideas fundamentales del derecho penal fundado en la sociología, de la manera siguiente:

1º El derecho penal es el derecho que organiza la pena;

2º La pena es un fenómeno social, una reacción social consecutiva al delito y resultante de causas diversas que están sometidas en su producción y en su evolución á leyes determinadas;

3º Las medidas organizadas por el derecho penal á título de pena deben ser determinadas esencialmente por la consideración de la naturaleza actual de los elementos de la reacción social y de la dirección de su evolución futura y estar conformes, á este respecto, con los datos de la sociología criminal.

Vamos, pues, colocándonos en el punto de vista de las sociedades mo-

dernas, y más especialmente de la sociedad francesa, á investigar lo que es ahora la pena, qué elementos diversos la condicionan, cuál es la importancia respectiva de estos elementos, qué leyes presiden á la evolución de cada uno de ellos y por consecuencia á la de la pena, que es su resultante. Determinaremos á la vez, qué principio deberán realizar en la práctica la política criminal y el derecho penal.

Hemos dado con anterioridad una definición muy general de la pena; si queremos ahora precisar definiendo lo que es la pena en el estado actual de la sociedad, diremos que es la expresión de las diversas reacciones experimentadas por la sociedad á consecuencia, de una trasgresión de la ley, en tanto que tales reacciones terminan en un conjunto de medidas aplicadas por el poder social al autor de la trasgresión y consistentes principalmente en cierto mal. Esta definición comprende algunos elementos sobre los cuales son seguramente inútiles las explicaciones.

Es indubitable que la pena cae sobre el autor de una trasgresión de la ley, lo que no quiere decir que toda trasgresión dé motivo á una pena. No hay pena, sino cuando se producen las reacciones sociales de que es la resultante y se producen con una intensidad suficiente para que intervenga el poder social.

No es menos cierto que la pena es un conjunto de medidas aplicadas por el poder social. Con seguridad se podría decir desde un punto de vista sociológico, muy general, que hay una verdadera pena en los linchamientos practicados en los Estados Unidos de América, ó en la exclusión del malhechor por el medio social en el cual vivía ó también en la condenación al pago de daños y perjuicios obtenida por la víctima. Pero, no es así como las sociedades actuales conciben la pena propiamente dicha: á diferencia de ella, no hay, en los dos primeros casos, reacción social jurídicamente organizada y en el tercero no se produce sino una reacción individual, no una reacción social.

La cuestión capital de nuestro asunto es saber cual debe ser la naturaleza de las medidas cuyo conjunto constituye la pena, y su solución depende de la determinación de las razones sociales que esas medidas están destinadas á satisfacer. En efecto, la pena está condicionada por este triple elemento: 1º naturaleza de las reacciones sociales de que es expresión; 2º intensidad respectiva de estas diversas reacciones; 3º ley de su evolución.

Tendremos, pues, que estudiar en cada una de las reacciones sociales que reunidas producen la pena, su naturaleza, su intensidad y la ley de su evolución. Dichas reacciones sociales que son muy numerosas pueden clasificarse en dos categorías principales. Unas que tienden á orga-

nizar la defensa de la existencia y del buen funcionamiento de la sociedad por medidas de protección contra los delincuentes incorregibles, de enmienda y de corrección para con los corregibles, de intimidación para con los posibles imitadores del delito; estas son reacciones de orden utilitario.

Otras consisten en los instintos y sentimientos excitados por el delito y que buscan su satisfacción en medidas aplicadas á los delincuentes sin dejarse determinar por ninguna mira de utilidad general; estas son reacciones de orden moral ó sentimental, entre las que encontramos desde luego el sentimiento de justicia, esto es, el instinto de una regla superior que debe presidir á las relaciones de los ciudadanos, instinto en virtud del cual se determina el tratamiento que hay que hacer sufrir al delincuente; vienen después sentimientos contradictorios: por una parte, el horror, el miedo al criminal y la necesidad de la venganza; por otra, la piedad, la humanidad, la caridad que mueven á su favor; todos pueden reducirse á dos términos: odio y piedad.

Examinaremos sucesivamente las dos categorías de reacciones que acabamos de distinguir, haciendo, sin embargo, una advertencia preliminar. Importa, en efecto, notar que estas reacciones no son necesariamente resentidas por la sociedad entera; puede ser que no lo sean sino por una parte de la sociedad y aunque solo el poder social, los agentes de ese poder, más bien dicho, sean los que únicamente las sufran.

Las reacciones de orden utilitario son percibidas, sobre todo, por los agentes del poder social. Las reacciones sentimentales lo son por la totalidad ó parte de los ciudadanos, comprendiendo en ellos á los agentes del poder social, considerados entonces individualmente.

Muchos delitos, efectivamente, dejan, bajo todos aspectos, muy indiferente á la masa de los ciudadanos: es que han remitido al poder social el cuidado de velar por su seguridad, y por ese motivo ya no se conmueven cuando sobreviene un delito: pero, sobre todo, es que hay ciertas condiciones de buen funcionamiento de la sociedad que no advierte el ciudadano aislado: la noción de los intereses generales de un país no se impone con claridad sino á los que tienen directamente en sus manos el cuidado de esos intereses. Regularmente el individuo aislado es muy indiferente, si no es que lo hacen hostil sus intereses particulares.

Pero, sea que haya reacción del poder social ó reacción de los ciudadanos considerados individualmente, hay siempre reacción social: el poder social y sus agentes son simplemente los intérpretes, los sustitutos de la sociedad. Si no existieran, si se tuviera la administración directa del pueblo por sí mismo, se puede afirmar que las reacciones produci-