

das por el delito sobre solo el poder social, se producirían sobre la sociedad entera; y si los ciudadanos han dado al poder social los medios de tomar las medidas necesarias, es porque en cierto momento han experimentado esas reacciones.

II

Reacciones de orden utilitario.

En presencia de ciertas trasgresiones de la ley la sociedad tiene conciencia de que para garantir su existencia y asegurar el juego regular de sus instituciones, son necesarias medidas especiales, á saber: 1.º medidas de intimidación; 2.º medidas de preservación y de defensa; 3.º medidas de corrección y de enmienda.

Esta convicción impulsa á la sociedad á tomar esas medidas: hay, pues, en ellas, reacciones sociales, efectos del delito. Se pueden distinguir tantas reacciones particulares, cuantas categorías especiales de medidas hay que tomar.

1.º Reacción social que tiende á la intimidación. Las sociedades civilizadas tratan de prevenir la violación de la ley intimidando á aquellos que se vieran tentados á cometerla, por la amenaza de un mal más ó menos considerable y una vez que el delito se ha producido, perciben la necesidad de infligir al delincuente el mal con que se le había amenazado y esto por dos razones. Por una parte, á fin de que esta experiencia de las perniciosas consecuencias de su acto lo aparten de una reincidencia; por otra, á fin de que la vista de su desgracia sirva de ejemplo á los demás y contenga á los imitadores. La amenaza de la ley sería evidentemente muy vana si no fuera puesta en ejecución cuando se ha incurrido en ella.

La percepción de estas exigencias de la vida social, de estas consecuencias que parece imponer la necesidad de asegurar el respeto á la ley, constituye una reacción social contra el delincuente, reacción que termina por infligirle cierto mal.

La gravedad del mal, por otra parte, varía según la naturaleza de las infracciones. En efecto, una legislación penal se compone de una escala de infracciones clasificadas según su gravedad y de una escala correlativa de penas clasificadas según la suma de mal que representan. En los límites de la ley se produce un fenómeno del mismo género en la jurisprudencia de cada tribunal. Precisemos la manera de constituirse esta tarifa de las retribuciones sociales de la infracción.

Para formar la escala de las penas, el legislador, el juez ó el jurista en general, proceden por simple sustitución; se suponen en lugar del delincuente y estiman la gravedad de la pena por la impresión que piensan que experimentarían, si tal pena les fuera aplicada. La experiencia, viene, además, á rectificar este juicio, corrige, como por ejemplo, actualmente en Francia, la apreciación hecha *a priori* del rigor respectivo de las penas de transportación y de reclusión.

El criterio para formar la jerarquía de las infracciones es una consideración de utilidad. La infracción se juzga como más ó menos grave y se considera que debe llevar consigo un mal más ó menos considerable, según el grado en que compromete los intereses sociales; según las razones que se tienen para temer que en los sucesivos se produzcan los mismos delitos.

Tal es la naturaleza de la reacción social que exige que las medidas que constituyen la pena hagan sufrir al delincuente. Si nos preguntamos ahora á qué grado conviene que se tenga en cuenta esta reacción, deberemos determinar su intensidad actual y la ley que preside á su evolución.

Su intensidad, depende principalmente de dos elementos: la profundidad á que ha entrado en las costumbres, en los instintos de la sociedad, la convicción de la utilidad, de la necesidad de la intimidación, y la exactitud objetiva del razonamiento que supone esta convicción.

Desde el primer punto de vista probaremos que la intimidación se ha practicado desde hace siglos y siglos. La idea de que, para asegurar el respeto á la ley, el medio más seguro es amenazar con un mal terrible al que la viole, esa idea, repetimos, remonta á la época misma en que la sociedad se ha constituido definitivamente y cuando se ha advertido la necesidad de hacer respetar por todos, ciertas reglas sociales. Al principio, limitada como la intervención de la sociedad misma, se ha extendido y generalizado en seguida como ella. Se sigue de ahí que la pena, en tanto que se la considera como mal, aparece instintivamente ahora como una institución necesaria para la salud de la sociedad. El sentimiento de la inviolabilidad del orden jurídico está íntimamente ligado en la conciencia popular con la idea del mal que debe caer sobre todo delincuente. El poder de esta noción instintiva es tanto más fuerte cuanto que no es en realidad sino el resultado de experiencias acumuladas en el transcurso de los siglos pasados y que las condiciones de la época presente dejan á esta conclusión la mayor parte de su valor práctico.

Se ha sostenido, es cierto, que ya en lo presente, ya en lo pasado, la eficacia de la intimidación ha sido muy mediocre; pero, no podría adhe-

rirme á esta opinión. Estimo que la intimidación ejerce una acción enérgica al mismo tiempo sobre la masa de los ciudadanos y sobre la categoría especial de los delinquentes.

Sin querer entrar en el detalle de una demostración que ha sido hecha repetidas ocasiones, me contento con recordar aquí las consideraciones más importantes.¹

Digo desde luego, que la amenaza del mal de la pena obra sobre la masa de los ciudadanos para quienes esta acción es de una utilidad indiscutible.

En la opinión contraria se olvida efectivamente, que el hombre contemporáneo, por moralizado que sea, no tiene, sin embargo, sino una moralidad cuyo equilibrio es singularmente inestable. Es que esta moralidad no se ha formado sino lentamente; es que de todas las capas sucesivas que constituyen ahora el carácter del hombre civilizado, ella es la que ha venido al último; nosotros no hemos adquirido sino poco á poco los sentimientos altruistas que forman la base de esa moralidad. Ellos han llegado á ser sin duda un instinto; pero, cuán frágil, en presencia de los instintos egoístas cuya raíz está en la naturaleza misma del hombre. Es menester que, en caso de conflicto, esos instintos altruistas encuentren un apoyo en el egoísmo, en el interés personal. Este resultado es el que produce el temor del mal con que está amenazado el autor eventual de la infracción. Así es como la pena tiene este efecto, indispensable para acentuar aún más, para afirmar, para dar la noción de la inviolabilidad del orden jurídico.

Esta manera de ver encuentra su confirmación en los hechos. En el fondo ¿cómo se ha preservado la sociedad hasta aquí? Por la intimidación y por la eliminación. Como la eliminación no ha tenido nunca una aplicación general, es preciso admitir que la intimidación ha producido todo el efecto útil que se esperaba de ella.

Es verdad que se objetará, con el progreso continuo que sufre actualmente la criminalidad; pero, ¿esto prueba la ineffectividad de la pena intimidante? De ningún modo. La represión se ha suavizado y con ello su ejemplaridad se ha disminuido considerablemente. Y que tal es la causa del aumento de los crímenes lo demuestra bien claramente el hecho de que en los países en donde las prisiones han conservado su severidad, la criminalidad va disminuyendo sin cesar.²

¹ Véase principalmente lo que dice Tarde, *Philosophie pénale*, p. 470 y siguientes. (Storek editor, Lyon.)

² El informe de la Howard Association de 1890-1891, prueba que el número de los presos era, de 1877 á 1878, en las prisiones de Estado, de 20,333. En 1889-1891 esta

Pero la pena, produce un efecto intimidante no sólo sobre la masa, lo produce también aún sobre el delincuente que está sometido á ella. A este respecto, con solo el hecho de proponerse uno hacer intimidante la pena, se consigue impedir al mismo tiempo que el delincuente reincida. Es verdad que aquí encontramos igualmente la oposición de los que niegan el efecto intimidante de la pena, que se complacen en invocar la cifra creciente de los reincidentes. Pero aparte de que este crecimiento puede ser debido al enervamiento de nuestro sistema penal, hay que fijarse en que un número de delinquentes primarios no reincide. Como dada la organización actual de nuestras prisiones, no debe ser atribuido ciertamente este resultado á un efecto de corrección y de enmienda, y como por otra parte, no se puede admitir que no se hayan reproducido jamás las circunstancias que provocan el delito, es preciso concluir que si no ha habido reincidencia, es porque ha bastado la intimidación, la ejecución de la amenaza.

Ahora bien, ¿cómo negar que, aun entre los criminales por hábito, el crimen no sea un efecto solo del hábito sino tambien de un cálculo? Teniendo todo en cuenta, poniendo en la balanza la ventaja de la pereza á la cual los impele su neurastenia; por otra parte, un castigo que en el estado actual de nuestra legislación es á menudo poco temible y cuya aplicación es, á mayor abundamiento, muy incierta, la balanza se inclina á favor de la pereza: algo muy distinto pasaría si la aplicación de la pena fuera cierta y si el régimen fuera duro. No puedo creer que ni aun los criminales por hábito, permanecieran indiferentes á este cálculo.—Hago una excepción de los incorregibles, de los inintimidables; estos requieren medidas especiales que veremos más adelante.

De las consideraciones expuestas, se desprende que actualmente ni el legislador, ni el juez deben tratar de suprimir el carácter intimidante de la pena, porque la sociedad cree en la utilidad de la intimidación, y tiene

cifra ha bajado á 13,076 lo que indica una disminución de 700 poco más ó menos. Se observa una reducción proporcional en las prisiones locales. Se puede atribuir tanto más legítimamente este resultado á la severidad del régimen penitenciario inglés, cuanto que el mismo decrecimiento de ningún modo se observa en los delitos que sólo son castigados con una simple multa.

El Luxemburgo ha llegado á reducir, en un 80 por ciento el número de vagos por la severidad del régimen penitenciario que se les aplica (pan y agua los cuatro primeros días, después cada dos días) *Actes du Congrès intern. d'Anvers, 1890, p. 442.*

La necesidad de agravar el régimen de ciertas penas, es resentida vivamente por los criminalistas. La sección alemana de la Unión internacional de derecho penal, reunida en Halle en 1891, emitió un voto unánime á favor de la agravación de las penas cortas (privación de alimento, cama dura, calabozo obscuro, etc. etc. *Zweite Lauderver sammlung der gruppe Deutscher Reich, p. 50.*)

También es cierto que el Consejo general del Sena, pide la aplicación de la jornada de 8 horas de trabajo en las prisiones (*Diario Les Debats, 14 Dic. 1891.*)

razón para creerlo. Nosotros pensamos, sin embargo, que el elemento de la intimidación debe tomar en la pena un lugar menos considerable cada día.

En este sentido es, en efecto, como evoluciona la pena. Es muy cierto, por una parte, que el rigor de la penalidad ha ido siempre disminuyendo, no sólo de una manera absoluta sino también de un modo relativo, esto es, en detrimento de su ejemplaridad. Esto es verdad no solamente en lo que se refiere á Francia, sino también con respecto á la mayor parte de los países europeos. Es que los sentimientos de humanidad bajo la influencia de los cuales se ha producido esa atenuación han ido aumentando siempre. Veremos más adelante que es poco probable que tal movimiento se detenga. Por consecuencia, encontraría resistencias cada vez más vivas una agravación eventual del mal de la penalidad.

Por otra parte, es permitido dudar que la intimidación permanezca siendo siempre necesaria. Quizás sea posible prever un estado de cosas singularmente lejano todavía, hacia el cual parece, sin embargo, que nos encaminamos. El desarrollo de la vida social, debe tener como consecuencia, hacer pasar al estado de instinto sólido la observancia de la ley. De hecho, la noción del respeto debido por todos á la ley parece ganar más y más fuerza cada día.

La revolución francesa ha hecho mucho por este progreso, estableciendo el principio de la igualdad de todos ante la ley, y sustituyendo la potestad de esa ley á la voluntad del monarca. Este movimiento no puede menos que acentuarse con la energía creciente del sentimiento de la solidaridad social.—Cuando ese sentimiento del deber social haya penetrado así á las conciencias, la intimidación con respecto á las masas, habrá llegado á ser inútil. Lo será aun para aquellos cuya moralidad haya permanecido vacilante, porque para ellos bastarán las medidas de corrección y de enmienda. Y además, la sensibilidad en lo que mira á la pena, va desarrollándose en su conjunto, tanto, que la sola perspectiva de una simple censura tendrá un efecto intimidante: podrá bastar la sola amenaza de la intervención del juez.

Pero al lado de la masa de los ciudadanos, se formará una clase especial de seres condenados al crimen, tanto por su temperamento como por el medio en que viven, seres que no tendrán ni aun el embrión del sentimiento de respeto á la ley. También para estos la intimidación sería inútil, porque no podría reforzar un sentimiento que en ningún grado existe: basta ponerlos en la imposibilidad de hacer daño. Pero qué, ¿acaso no asistimos ya nosotros, en estos momentos, á la formación de esa clase particular? ¿Por ventura las estadísticas no nos muestran que el ejército

del crimen tiende á llegar á ser un ejército de profesionales, un ejército de reincidentes incorregibles, de gentes sobre quienes es irrisoria la acción de la amenaza penal?

Si, pues, la pena debe ser en la actualidad un medio de intimidación y por consecuencia, debe llevar consigo cierto mal, es probable que en un porvenir más ó menos lejano perderá este carácter. Más adelante investigaremos si las otras causas que hacen de la pena un instrumento de dolor, tienen un valor que deba persistir más que aquella que acabamos de estudiar. Por ahora nos es preciso acabar el estudio de las otras reacciones de orden utilitario que, á diferencia de la precedente, no tienden á la imposición de un mal por sí mismo. Estas reacciones están dominadas por consideraciones racionales y científicas; desde luego y primeramente son resentidas por los que velan por los intereses generales de la sociedad. Creemos que nos será permitido haber sido tan breves en este punto, puesto que la importancia de estos elementos de la penalidad no es por nadie desconocida.

2º PROTECCION CONTRA LOS DELINCUENTES LLAMADOS INCORREGIBLES.

La sociedad siente la necesidad de protegerse contra un delincuente que se ha hecho temible por un primer delito. El medio que se ha considerado como más apropiado para producir este efecto ha sido durante siglos, la intimidación; porque no creo absolutamente que la pena de muerte haya sido considerada nunca como un medio de protección por eliminación. Derivaba entonces dicha intimidación de la idea de justicia, de la idea de ejemplaridad, del instinto de odio para el criminal y no de una mira razonada de protección social.

Pero en los últimos tiempos la experiencia ha revelado la ineficacia de la intimidación con respecto á toda una clase de delincuentes que se han llamado incorregibles. Ha nacido un movimiento científico que ha revelado el peligro y que se ha preocupado al mismo tiempo, tanto de determinar sus elementos procediendo al estudio de esos incorregibles, como de indicar los remedios oportunos. De la ciencia pura, el movimiento ha pasado á la masa del público: en la actualidad, las sociedades tienden á estar más y más convencidas de la realidad de este peligro y de la necesidad de tomar medidas especiales para evitarlo. La reacción social provocada por los actos de esta categoría de delincuentes, se manifiesta ya en Francia por medidas especiales. Para la clase de los reincidentes considerados como incorregibles, se ha creado principalmente

la relegación, medida completamente especial de protección acerca de cuyo valor práctico no es la oportunidad de extenderme aquí. Este movimiento no puede menos que ensancharse, generalizarse y ganar en intensidad, sobre todo si es exacto, como lo he indicado, que cada día se acentuará más y más la formación de una clase de incorregibles.

Se puede prever, por consiguiente, la continuación de una evolución que comienza. La pena comprende medidas cada vez más racionales y que tienden á preservar la sociedad contra los ataques de los incorregibles. Estas medidas procederán principalmente, de los datos que suministre el estudio científico de esta clase especial de delincuentes.

Es tanto más cierta esa evolución, cuanto que de una manera general las instituciones están cada vez menos sometidas á miras puramente instintivas, cuanto que llegan á ser más y más racionales, más y más aptas para su objeto á medida que se percibe claramente ese objeto. La humanidad adquiere una conciencia cada vez más precisa de las condiciones de su existencia, y obra en consonancia con ella.

3.º MEDIDAS DE CORRECCION Y ENMIENDA.

La idea de que el criminal debe ser corregido, se abrió paso desde hace tiempo; pero, se trataba de alcanzar ese resultado por la intimidación. Nuestros antiguos criminalistas habían indicado ya que el objeto del mal infligido al delincuente, debía ser, antes que todo, corregirlo. Se ha operado una transformación á este respecto en el presente siglo, bajo la influencia de una doble consideración. En primer lugar, espantar al condenado no es corregirlo; si por casualidad se cree cierto de poder escapar á una nueva condena, no retrocederá ante el crimen. La intimidación es, por consecuencia, un medio que se adapta de un modo insuficiente al objeto que se desea alcanzar. Por otra parte, se ha creído que haciendo á un lado el dolor, hay otros medios para impedir que el individuo reincida, y siendo así, el empleo de esos medios se imponía de preferencia puesto que las ideas de humanidad y de piedad se han desarrollado de un modo tal, que juzgamos necesario insistir sobre este asunto más adelante. Así se llegaba á una modificación y á una atenuación en la medida de la pena que no respondía á la idea de justicia ni á la necesidad del ejemplo.

Vino de ahí una transformación en nuestro régimen penitenciario: principalmente la obligación del trabajo como agente moralizador.

Actualmente la idea de que la pena debe corregir y enmendar, está sólidamente establecida y se procura combinar las medidas que tienen

este objeto con las que se dirigen á los otros fines. Con seguridad, la legislación continuará desarrollándose en este sentido y perfeccionándose bajo la influencia del progreso, del estudio científico de los criminales, de conformidad con la ley general de la evolución de las sociedades á que antes he hecho referencia.

(Trad. MIGUEL AVALOS).

(Continuará.)

EL CONTRATO DE SOCIEDAD

POR EL SR.

LIC. D. MANUEL MATEOS ALARCON.

(Del tomo IV — en prensa. — de la obra *Lecciones de Derecho Civil.*)

I

Preliminares.—Principios generales.

La palabra sociedad tiene diversas acepciones, pues como decía un jurisconsulto francés, pertenece á todas las ciencias que tienen al hombre por objeto; se extiende á la moral, á la política y á todas las instituciones sociales y domésticas.¹

Esta circunstancia ha hecho difícil dar una buena definición de la sociedad jurídica, que es el objeto de nuestro estudio, y que los jurisconsultos lleguen á ella por el sistema de eliminación.

Treillard decía ante el cuerpo legislativo francés, refiriéndose al contrato de sociedad: «No es la sociedad que contraen dos personas de sexo diferente, que establece relaciones íntimas entre dos familias y enriquece el estado con una tercera. No es tampoco la sociedad formada entre personas á quienes un acontecimiento aproxima sin que tenga en ello parte la voluntad, como acontece á los coherederos, y aun entre vecinos sometidos á obligaciones comunes para su seguridad particular y para el mantenimiento del orden público. No es siquiera la sociedad mercantil, pues aunque formada con objeto análogo al de la ley común, tiene sus

¹ Gillet, Rapport.