

dadamente, que quiere continuar la aparcería; y como ésta no puede durar menos de un año, según hemos dicho, de aquí que se entienda prorrogado el contrato por ese tiempo (art. 2472, Código Civil).¹

LA PENA Y LA FUNCION DEL DERECHO PENAL DESDE EL PUNTO DE VISTA SOCIOLOGICO

POR

E. GAUCKLER,

PROFESOR DE LA FACULTAD DE DERECHO DE CAEN.

(De la Revista ARCHIVES D'ANTHROPOLOGIE CRIMINELLE).

(Conclusión.)

III

Reacciones de orden moral.

1.—SENTIMIENTO DE JUSTICIA

Cuando en la sociedad se produce una violación de la ley, nace en ella una opinión, opinión que formula un juicio sobre cómo debe ser tratado el criminal y declara que la justicia exige que el delincuente culpable sufra un mal proporcionado á su falta. Bajo su influencia, la sociedad se ve impulsada á imponer este mal; es esta una reacción social que depende de la idea de justicia y del sentimiento de justicia que persigue su realización. Como la intimidación, tiende á hacer de la pena un instrumento de dolor. Vamos á estudiar cuál sea la naturaleza de este fenómeno, su intensidad y la ley de su evolución.

(a) El juicio de que hablamos se manifiesta con estos tres caracteres:
1° Se formula en nombre de un principio superior de justicia aplicado al caso.

2° Llega á la conclusión de que el autor de una violación de la ley, sea castigado, esto es, que sufra un mal.

¹ Artículo 2340, Código Civil de 1884.

3° La aplicación de este castigo está subordinada á las siguientes condiciones:

El delincuente debe ser culpable, lo que supone desde luego su responsabilidad.

El mal debe ser proporcionado á la gravedad de la falta.

Insistamos sobre estos tres puntos, que por otra parte no pueden ser puestos en duda seriamente.

Noto, en primer lugar, que en toda sociedad organizada, el individuo tiene una noción determinada de las reglas que deben presidir á las relaciones entre ciudadanos; me refiero á una noción teórica, principal. Esta noción que forma el objeto de un sentimiento y de un verdadero instinto, es la idea de justicia.¹ Ella constituye un *criterium* que se impone á la conciencia de todos como la regla soberana de los actos individuales ó colectivos de la vida social. La sociedad aprueba los actos conformes á la justicia y condena los otros. Basta, según pienso, escuchar alrededor de sí para oír expresar la aprobación ó la censura de un acto en esta fórmula: este acto es justo ó este acto es injusto.

En su aplicación especial á los delitos, esta justicia exige en la opinión universal que el autor del delito sufra cierto mal. Es demasiado fácil darse cuenta de las manifestaciones múltiples de esta opinión para que sea necesario insistir sobre ello. Notemos solamente que se impone á los mismos delincuentes. Se sorprende en todos los que han conservado alguna franqueza, declaraciones como ésta de Anastay: «Estoy cogido, tengo que pagar» ó esta otra de Meunier: «Voy á morir como hombre que paga una deuda.»² A mayor abundamiento, las ideas fundamentales de una sociedad se traducen necesariamente en su legislación; ora bien hemos hecho notar ya que en todas las sociedades modernas la ley penal consiste esencialmente en medidas que llevan consigo un mal que varía con la naturaleza de la infracción.

Así, pues, la concepción universal de la justicia en materia penal es que el mal del delito debe llevar tras de sí necesariamente el mal de la pena.¹

Pero la no menos universal opinión, subordina la inflicción de ese mal á una doble condición. Exige, en primer lugar, la culpabilidad, y la culpabilidad supone la responsabilidad.

¹ Veanse los capítulos intitulados "El sentimiento de justicia" y "La idea de justicia" en la obra «Justicia» de Spencer (París 1893). Veanse también dos conferencias muy interesantes de M. Lotmar: «Vom Rechte das mit uns geboren ist, die Le Gechtigkeit.» (Bern 1893).

² Veanse los numerosos ejemplos referidos por Proal, «El crimen y la pena,» pág. 924. (París, 1892).

El delincuente debe ser responsable, lo que quiere decir, haciendo á un lado las discusiones filosóficas para no fijarse sino en la práctica, que el delincuente debe haber obrado en la plenitud de sus facultades mentales, de manera que se pueda considerar con razón que el acto le pertenece.

Pero no basta la existencia de la responsabilidad; es preciso, además, conforme á nuestras actuales ideas, que el delincuente sea considerado como culpable. Si el acto por él cometido, consiste en una simple trasgresión material de la ley, no da lugar á la pena; también es indispensable que constituya una falta moral. Esta existe cuando ha habido violación de los principios de justicia general, tales como los concibe la sociedad. El individuo atacado comete ciertamente un homicidio matando á su agresor, viola la ley; pero no es culpable y no merece una pena, porque su acto no es contrario á la idea de la justicia en general. En pura justicia todos tienen el derecho de rechazar por sí mismos ciertas agresiones violentas.

También á este respecto me basta hacer constar que no hay país civilizado en donde las ideas de responsabilidad no sean las condiciones esenciales de la aplicación de la pena. La existencia de este fenómeno social, es indiscutible, cualquiera que sea, por otra parte, el valor teórico de las ideas en cuestión.

En segundo lugar, el mal de la pena subordinado á la existencia de la culpabilidad, debe ser proporcionado al grado de culpabilidad, á la gravedad de la falta moral. La justicia actual supone que la pena, en tanto que es un mal, varía no solamente de una manera absoluta, según la diversa categoría de las faltas, sino también con la gravedad de cada hecho especial: toda ley penal es una tarifa, y en los límites de esa tarifa, la jurisprudencia de cada tribunal no es sino una tarifa más detallada. La ley castiga el robo en general: el tribunal hace variar sus penas según sea que se trate, por ejemplo, de una gallina, de un reloj, de una suma considerable de dinero. Seguramente otras consideraciones que la importancia del perjuicio, influyen sobre la gravedad de la falta, y por consecuencia, sobre la cantidad del mal inflingido. Pero en el fondo no se trata nunca sino de la aplicación de una tarifa establecida de antemano.

Ya hemos visto como se llegan á clasificar las penas según la cantidad del mal que llevan consigo. Pero el principio de la clasificación correspondiente de los delitos, es aquí diferente de lo que es desde el punto de vista de la intimidación. En este último caso, el delito acarrea un mal tanto más fuerte, cuanto que la sociedad tiene más interés en prevenir la imitación de ese delito. Pero con respecto á la idea de justicia, es el

mal moral, la falta moral, la que determina por su extensión, el mal que hay que infligir al delincuente. En efecto, no todas las prescripciones legales se imponen á la conciencia con igual fuerza obligatoria, no aparecen todas como teniendo el mismo valor imperativo; no todas las infracciones constituyen una falta moral en el mismo grado. La gravedad de esta falta es apreciada por la sociedad, según el testimonio de su conciencia, de su sentido moral, y se estima que la justicia exige una graduación de la pena, según la gravedad de la falta.

El sentimiento social que acabamos de definir, tiende á asignar este fin á la pena: hacer sufrir al delincuente. Estudiando ahora su intensidad, reconoceremos hasta qué punto conviene tener cuenta de tal sentimiento en el derecho positivo.

¿Cuál es, desde luego, esa concepción intuitiva de una regla superior de justicia que sirva de *criterium* para la apreciación de los actos sociales? Es preciso preguntarlo á la sociología, al método positivo. Entonces se descubre que la idea de justicia es la noción de las reglas inherentes á la constitución y al funcionamiento normal de determinada sociedad. Esta idea es la conclusión abstracta de las experiencias acumuladas en el transcurso de siglos. Estas experiencias han habituado al hombre á considerar tales y cuales actos como inseparables de tal y cual estado de cosas, tales y cuales causas como productoras de tales y cuales efectos. Esto es lo que expresa al decir que es justo que tal hecho lleve consigo tal consecuencia y en algunas ocasiones formula la misma idea diciendo que esta consecuencia es de derecho natural, esto es, conforme á la naturaleza misma de la sociedad, tal como él la concibe.

Así, pues, se puede decir que en determinada sociedad, el sentimiento de lo justo y de lo injusto, es el instinto de las condiciones esenciales á la existencia y al funcionamiento normal de esta sociedad.

Esto no sería completamente exacto, sin embargo, en todos los casos. En efecto, los hombres no tienen solamente el sentimiento de las condiciones inherentes al estado actual de cosas; tienen aspiraciones hacia un estado mejor, conciben tales y cuales progresos y una sociedad que los realiza, y al mismo tiempo se hacen una idea de justicia correspondiente á este nuevo estado de cosas.

Hay, pues, en la idea de justicia, un elemento constante y un elemento variable. El elemento constante corresponde á los principios considerados como constitutivos de toda sociedad, cualquiera que esta sea; el elemento variable corresponde á las reglas sociales juzgadas como susceptibles de transformación y de progreso.

Importa hacer notar que al establecer esta distinción, es preciso colo-

carse siempre en un momento dado. A medida de la evolución social, la concepción de la idea de justicia se transforma, aun en su elemento constante; se llega, en efecto, á concebir la posibilidad de sociedades que hubieran aparecido como simples sueños en épocas anteriores. Ciertas nociones de justicia pasan entonces del elemento constante al elemento variable. Así es como el derecho natural de la propiedad está en camino de pasar al elemento variable.

Otra cosa también es indispensable hacer constar, y es que, mientras que en una sociedad determinada el acuerdo es casi unánime sobre el elemento constante, las divergencias individuales son, por el contrario, relativamente numerosas y acentuadas en lo que toca al elemento variable.

De todo lo antes dicho resulta que, en todas partes y por siempre, la idea de justicia será la regla soberana de la vida social, porque es la noción misma de las condiciones esenciales de esta vida, sea en su estado presente, sea en su desarrollo ulterior.

Así, pues, cuando se propone una reforma, cualquiera que sea, es preciso examinar su conformidad con la idea de justicia, tal como la formula el conjunto de la sociedad. Sería, efectivamente, una pura quimera esperar hacer consagrar una institución que condenara el instinto social; sería desconocer la ley fundamental de las sociedades, de que las instituciones deben de ser adaptadas á las costumbres. El primer cuidado del reformador debe ser, pues, examinar si su proposición es reconocida como justa; y aquí interviene la distinción entre los dos elementos de la idea de justicia.

La innovación es contraria al elemento constante; entonces el fracaso es seguro: el innovador que tenga fe en su idea, debe resignarse á esperar de la marcha de los siglos la transformación necesaria. Se trata, al contrario, del elemento variable, entonces la conclusión ya no es la misma: si existe en el medio social la concepción de una sociedad posible en que la innovación proyectada constituyera un progreso, y por consecuencia, fuera justa, se puede y aun se debe ensayar la realización de ese progreso, salvo examinar de antemano el número de adeptos con que cuenta esa noción nueva de la justicia, porque una ley no puede tener buen éxito si no responde sino á las ideas de una débil minoría.

Así, pues, aun en esta hipótesis, la innovación deberá ser reconocida como justa; solamente el criterio será un poco diferente. De todas maneras se puede establecer este principio: que la idea de justicia es un resorte fundamental de la vida social y que, por consecuencia, la conformidad de la ley ó del acto social, cualquiera que sea, con esta idea se impone ineludiblemente.

Pero si no parece deber desaparecer el criterio en sí mismo, acabo de hacer constar que en un estado social dado, lleva consigo un elemento que parece constante, aunque en realidad también se modifique lentamente, y otro que se juzga variable. Es preciso, pues, averiguar ahora si los caracteres actuales de la justicia penal entran en uno ú otro de estos elementos.

Ya he dicho que la justicia penal exige que el autor de una falta sufra cierto mal, y estimo que en nuestra sociedad actual, esta idea aparece como una idea fundamental, no susceptible de variación en su principio. Tal conclusión me parece resultar de las pruebas siguientes.

Desde luego, la universalidad de esta idea: es preciso castigar al autor culpable de una violación grave de la ley. No hay en la legislación una excepción de este principio, no la hay en la conciencia popular y en el fondo no la hay tampoco, ni aun entre los más grandes innovadores. Ferri mismo no avanza hasta poner en duda la utilidad del mal de la pena.

Por poco que se arroje una mirada, por superficial que sea, sobre la historia de la justicia criminal, se concibe bien que haya tal unanimidad, se comprende á qué profundidad de la conciencia humana ha penetrado este principio. Siempre la justicia criminal ha consistido en infligir al delincuente un mal. Se comprende todavía mejor si se examina á qué resortes íntimos de la naturaleza humana responde esta concepción. ¿Hay, en efecto, un instinto más natural, un movimiento reflejo más espontáneo que el que hace reobrar violentamente contra cualquiera causa de un violento ataque, ya sea objeto inanimado, animal ó ser humano? El esquema de la historia de la justicia penal, es en el fondo, el que sigue: en el punto de partida, el simple movimiento reflejo del individuo lesionado, la venganza; después, intervención de la sociedad para moderar los efectos exagerados de la reacción individual; por último, sustitución de la víctima por la sociedad, tanto por el motivo precitado, como porque en razón del progreso creciente de la solidaridad social, ella se ha sentido atacada por la ofensa infligida á uno de sus miembros y reacciona á su vez. La idea de venganza, lo repetiremos, inspira la legislación, cuando menos parcialmente, hasta el siglo XVIII, y aun tal vez en nuestros días reclama el sufrimiento del delincuente.

Agréguese todavía, que esta idea está ligada estrechamente al conjunto de las concepciones morales y religiosas; ¿no es la teoría de la expiación una doctrina al mismo tiempo moral y religiosa?

Por último, si necesarios fueran otros argumentos, anotaría todas las particularidades sociales que vienen á fortificar esta noción de la justicia,

pero sobre todo ésta: la utilidad de la pena como medio de intimidación, su utilidad también como medio que sirve para introducir en el espíritu de los ciudadanos la noción de la inviolabilidad del orden jurídico. Desde este último punto de vista, particularmente, la necesidad de la pena aparece claramente como una condición esencial de la existencia social.

Hay, pues, en la pena, un elemento constante de la idea de justicia, y hablar ahora de suprimir el mal que le es inherente, es soñar lo impracticable.

¿Sucede otro tanto con las condiciones á las cuales debe estar sometida la aplicación de este mal, esto es, la responsabilidad, la culpabilidad y la proporcionalidad?

Las nociones de culpabilidad y de responsabilidad son inseparables de la concepción actual de la justicia penal. El mal que debe sufrir el delincuente no tiene por motivo de la violación material de la ley, sino la violación de los principios superiores de justicia y de moral, percibidos instintivamente por la conciencia que supone el delito. La falta moral, el mal moral del delito, es el que debe ser retribuido por el mal de la pena. Así, pues, la culpabilidad es indispensable.

Ahora bien; la culpabilidad necesariamente supone la responsabilidad: en efecto, ¿cómo hablar de una falta moral, si el acto no pertenece en realidad á la persona que lo ha cometido, si no ha obrado voluntaria y conscientemente en la plenitud de sus facultades? Esto no quiere decir que la responsabilidad suponga el libre albedrío. Ciertamente se dice de una manera general, que si no hay libre albedrío, no puede haber responsabilidad, y los sistemas filosóficos más comunmente aceptados, vienen en apoyo de tal proposición enseñando que el libre albedrío es uno de los atributos esenciales del hombre.

Sin embargo, me parece que entre la noción filosófica del libre albedrío y la noción vulgar, única importante desde el punto de vista sociológico, existe una diferencia considerable. Afirmando la libertad individual, simplemente se afirma el poder de escoger entre diversos partidos, y este poder no puede ser negado; al pretender que esta libertad es una condición de la responsabilidad y, por consecuencia, de la culpabilidad, simplemente se entiende exigir que el individuo haya estado en plena posesión de esta facultad de querer, de manera que el acto sea realmente su obra y constituya una falta moral de su parte.

En lo que concierne, por último, á la proporcionalidad, observemos que si el mal del delito requiere el mal de la pena, no lo hace sino con una intensidad variable. La reacción de la sociedad es proporcional á la

acción sufrida. Según que la falta le parece más ó menos grave, estima que es justo aplicar una pena más ó menos fuerte. Esta noción de la proporcionalidad ha penetrado muy hondamente en la conciencia, y se dará uno bien cuenta de ello si observa que la evolución histórica, introduciendo en el sentimiento de justicia, como lo hemos visto, la noción de que el delincuente debe sufrir una pena, ha hecho penetrar igualmente la otra noción de que la pena debe ser proporcionada á la gravedad de la falta.

La justicia penal se ha derivado íntegra del ejercicio de la venganza privada que no es en sí misma sino la manifestación brutal y ciega de la reacción instintiva, fisiológica, que sucede á todo ataque á la persona. Esta reacción es evidentemente tanto más fuerte cuanto que la ofensa es más grave. Cuando la sociedad ha intervenido para reglamentar el ejercicio de las venganzas particulares, al principio sólo ha querido impedir los excesos; la limitación más natural fué igualar la ofensa y la venganza y se aplicó la ley del talión. Más tarde se introdujo el sistema de las composiciones, bajo la influencia de la necesidad de paz que sigue á toda acentuación de la organización y de la solidaridad sociales. El ofensor puede rescatar de la víctima al derecho que ésta tiene de venganza; la suma fijada para este rescate fué proporcionada á la venganza, esto es á la ofensa. Sin remontar el derecho romano, cuyas concepciones en materia de derecho penal, han ejercido una influencia secundaria en el desarrollo de nuestra civilización, basta comprobar que los monumentos legislativos germánicos, que forman el punto de partida de la evolución jurídica ulterior, consisten esencialmente en una tarifa de composiciones. Así se ha formado y arraigado en el espíritu la idea de que el grado de la pena se debe medir por la gravedad del delito.

Esta idea no ha sufrido modificaciones bajo la influencia de los diversos elementos que han intervenido más tarde en la formación del derecho penal.

¿Qué se ve cuando llega á ser pública la pena, cuando es ejercida por la autoridad señorial y real? El delito es una ofensa al señor ó al rey; este delito clama venganza y una venganza proporcionada á su gravedad.

La idea religiosa de la expiación no es extraña en esta materia; la magestad divina ha sido ofendida y es preciso vengarla; reclama un castigo y un castigo proporcionado.

Cuando aparece, por último, y se desarrolla la noción utilitaria de la intimidación, la pena todavía debe consistir en un mal, y en un mal proporcionado al interés que tiene la sociedad en prevenir tal ó cual delito, interés que está en función de la gravedad de ese delito.

Examinando así la formación histórica del instinto de justicia en materia penal se comprende que exija una proporción entre la pena y el delito. Es indispensable, además, tener cuenta de todo lo que mantiene este sentimiento en el estado actual de la sociedad. Así es como se considera aún que la pena debe tener un efecto intimidante, lo que conduce á una escala de penas correspondiente á una escala de delitos, y cómo el juego de los sentimientos de odio y de piedad hace variar, según la naturaleza del delito, el mal que la sociedad trata de infligir.

Un instinto formado y mantenido de tal modo tiene indiscutiblemente un gran poderío.

Sin embargo, este elemento es el menos importante porque es el más variable y esto por una doble razón.

La apreciación de los dos términos de la proposición es evidentemente susceptible de mucha arbitrariedad. Basta comparar la jurisprudencia de dos tribunales diferentes ó comparar esta jurisprudencia con la opinión del vulgo para comprobar cuan grandes son las divergencias. De manera que no se encuentra lastimada la conciencia popular sino cuando por una parte ella misma es unánime y por otra la desproporción entre su sentimiento y la ley ó la sentencia es demasiado fuerte.

La segunda razón es que la noción de la gravedad de la falta cometida está muy sujeta á una variación. Esta noción depende de la conciencia de los intereses sociales puesto que la justicia es el sentimiento de las condiciones esenciales de la vida social, de allí resulta que tal delito, que ha parecido muy grave y merecido una fuerte pena en un estado de costumbres determinado, puede perder toda esa gravedad con un cambio de estado social. Las revoluciones políticas traen así consigo transformaciones profundas y súbitas en lo que concierne particularmente á los delitos políticos y á los delitos de imprenta. Se explica uno igualmente que la sociedad puede renunciar de un día á otro á la aplicación de un mal considerable para toda una serie de hechos de mediana importancia y promulgar leyes por el estilo de la ley Bérenger.¹

Pero si la idea de la gravedad de la falta es oscilante, no pasa otro tanto con la de la gravedad de la pena. A consecuencia del desarrollo de la solidaridad social que permite á los ciudadanos resentirse de una manera más y más completa las emociones de sus conciudadanos, la so-

¹ A menudo bastará con que la proporcionalidad sea simplemente aparente. Véase la siguiente opinión de una corte de apelación, consignada por Joly (*Combate contra el crimen*, pág. 186). "Es menester una escala penal y aun cuando fuera difícil diferenciar el régimen de las casas destinadas á los unos y á los otros, el hecho sólo de tener establecimientos distintos en donde fueran ejecutadas las diferentes condenas, bastaría para justificar el mantenimiento de la escala penal."

iedad se ha formado una idea más y más exacta del mal de la pena, y sobre este terreno, la observación científica del efecto producido por la pena en los criminales, hará realizar nuevos progresos.

Sea lo que fuere, se puede afirmar que la noción de la proporcionalidad es extremadamente elástica y que la pena puede variar en límites muy extensos sin dejar de parecer proporcionada á la falta del agente. El peligro de chocar con la conciencia general no aparece sino pasando de cierta medida; es entonces tanto más grave cuanto que el sentimiento de justicia encuentra en este caso un refuerzo en uno ú otro de estos dos sentimientos: el odio ó la piedad. La pena juzgada demasiado débil indignará tanto más cuanto menos haya sido satisfecho el instinto de odio. La pena considerada demasiado fuerte, irritará tanto más, cuanto más contrariados se encuentren los sentimientos de piedad y de humanidad.

La idea de justicia es la regla de las apreciaciones de una sociedad sobre todo acto que le concierne. La noción actual de la justicia exige que toda violación grave de la ley, cometida por un agente responsable y culpable, tenga por consecuencia la inflicción de cierto mal proporcionado á la gravedad de la falta moral; y esta noción, profundamente introducida en la conciencia contemporánea, tiene un poderío que es imposible despreciar; debe necesariamente encontrar su sanción en la ley positiva.

Casi no hay necesidad de hacer notar cuanto difiere esta conclusión, á pesar de estar establecida en un terreno netamente positivo, de las miras indicadas por tantos eminentes criminalistas de la escuela positiva. Ni Ferri, ni Garofalo, ni Alimena ó Carnevale dan, según creo, á la idea de justicia, el lugar predominante que le pertenece según los datos mismos de la sociología.¹ Su terreno es únicamente el terreno de la defensa racional de la sociedad contra el crimen. No ven así sino uno solo de los factores de la penalidad, olvidan que ésta es un fenómeno social y que, como todo fenómeno social, es extremadamente complejo. Al mismo tiempo desconocen la idea fundamental de que una institución debe responder no solamente á miras racionales, sino también satisfacer al conjunto de los instintos de la sociedad. Ciertamente que se tiene razón al sostener que la pena no es en la actualidad el medio más lógico de impedir el crimen; pero la pena no tiene solamente por objeto impedir el crimen, sirve también como expresión de ciertos sentimientos sociales. La lógica pura no podrá triunfar sino cuando los instintos

¹ Ferri, *Sociologia*, Torino 1892; Garofalo, *Criminologia*, Paris 2.^a edición 1890; Alimena, *Naturalismo critico e diritto penale*, Roma 1892; Carnevale, *Una terza scuola de diritto penale*, Roma, 1891.

pierdan su potencia ó se transformen en un sentido conforme con las miras simplemente utilitarias.

Ahora bien: nosotros preguntamos si la idea de justicia, en materia penal está llamada á sufrir transformaciones y de que naturaleza son esas transformaciones.

Me parece que se puede afirmar que la idea de justicia, en materia penal, está destinada á modificarse en sus caracteres esenciales y que, en un porvenir más ó menos remoto, no exigirá ya que la pena sea esencialmente un mal.

En efecto, de los diversos elementos que han contribuido á la formación de la idea actual, no hay ninguno cuya influencia sea indefinida. El que la noción de la justicia penal sea obra de luengos siglos, hace prever su duración, no su perpetuidad. El que corresponda á un movimiento reflejo instintivo, indica que una educación perseguida á través de numerosas generaciones podrá substituir únicamente, aquí como en otras partes, al impulso instintivo el acto razonado; pero esta educación es la historia misma de la humanidad. El que se apoye en consideraciones utilitarias ó en concepciones morales y religiosas, no le da una duración superior á la de esas consideraciones ó esas concepciones. Ora bien, por mucho que los sistemas de moral ó de religión hayan penetrado en la conciencia humana no por eso dejan de estar menos destinados á transformarse, y en cuanto á la utilidad del mal de la pena hemos dicho ya que la intimidación habrá un día en que deje de ser necesaria.

Nada indica, pues, que la pena deba ser siempre un mal, y si se arroja una mirada sobre la evolución histórica de esta institución, se verá uno conducido á una conclusión idéntica. Esta evolución se resume, efectivamente, en las tan profundas palabras de Jhering: «la historia de la pena es una abolición constante:» [victorias sucesivas de la razón sobre el instinto brutal! ¡obra lenta de luengos siglos de esfuerzos!

Se advierte que es absurdo castigar al que no es culpable; en consecuencia, desaparecen la venganza ejercida contra los animales y contra las cosas inanimadas y las penas que se les inflige. Con respecto á los hombres se restringe también el campo de aplicación de la pena: muchos agravios pasan del dominio penal al dominio civil no dando ya lugar sino á la simple reparación del perjuicio. Las nociones de culpabilidad y de responsabilidad toman más y más importancia y su influencia contribuye también á disminuir el mal de la pena. Por último, á este resultado es al que tienden tanto el desarrollo de los sentimientos de humanidad y de piedad en detrimento del sentimiento de odio, como la cre-

ciente preocupación de enmendar al delincuente y de preservar eficazmente á la sociedad contra los incorregibles.

Así, pues, la dirección de la evolución de la pena es bien precisa: indica en qué sentido se producirán las transformaciones futuras.

Sin embargo, es preciso notar que estas transformaciones nunca dejarán de ser muy lentas. Siempre habrá que tener en cuenta el obstinado espíritu conservador de las masas sociales; su persistencia en mantener usos é instituciones á pesar de que la inutilidad de ellos haya sido comprobada por repetidas demostraciones. Aun cuando se asiente teóricamente que el mal de la pena es superfluo, se le aplicará por largo tiempo aún, porque el sentimiento general no cederá sino muy poco á poco.

Llegamos ahora á los sentimientos que hemos designado con los términos de odio y de piedad.

Son estos, reacciones puramente instintivas, en cuya manifestación no interviene la razón sino para limitar sus efectos. Tales reacciones han ejercido una influencia constante sobre el derecho penal, por lo tanto, han tenido su parte en la formación del sentimiento de justicia, puesto que este sentimiento es una de las condiciones inherentes á una legislación satisfactoria al conjunto de las costumbres y de las necesidades de la sociedad; tanto, que es á veces difícil de distinguir si es en virtud de una idea de pura justicia ó en razón de esos instintos ciegos como ha sido aplicada una pena determinada. Realmente los efectos son á menudo concordantes y se confunden. Así es como la piedad por el criminal tiende á suavizar la pena y esto parecerá de toda justicia si no se levantan consideraciones utilitarias en contrario y si no encuentra la piedad su contrapeso en el odio al criminal. Este odio es, en efecto, otro sentimiento instintivo muy complejo, enteramente opuesto al primero y que impele á la sociedad á la inflicción de un mal y aún á la eliminación del culpable.

Los dos instintos dichos no tienen la misma generalidad. En tanto que la piedad es un sentimiento que se despierta por todo delincuente, puesto que sucede lo mismo con todo ser que sufre, el odio al criminal se manifiesta más rara vez y su intensidad ya no es ahora seriamente apreciable sino en circunstancias particulares, sino en casos graves.

Se apreciará bien, sin embargo, la oposición de estas manifestaciones de la naturaleza humana y el efecto que resulta de su acción combinada, si se examina el fondo de un proceso seguido ante una corte de Asises, uno de esos procesos en que se trata precisamente de casos graves y en que, por otra parte, el juez resuelve, no según el razonamiento sino según el sentimiento de su conciencia.