fenómeno es efecto de una evolución, si toda evolución es concurrencia de fuerzas elementales que producen separadamente cada una su efecto, y si es esencial á cada una de estas fuerzas no producir más que un solo efecto, *siempre el mismo*, tendremos la *predeterminación* universal. Tal es la conclusión del determinismo, que desconoce que la vida, en su universalidad, es una *variedad* que se repite, y que en todo caso, el elemento variación es inherente á la esencia de las cosas. Por último, pretender explicar el mundo por medio de fuerzas y movimientos, es solamente aceptable á título de *andamiaje* científico, porque independientemente de la ciencia, independientemente de toda evolución, está la conciencia del hombre, en la que se manifiesta una gran idea de la cual irradian en luminosos rayos, reflejándose en la vida de la humanidad, las ideas de lo verdadero, de lo bello, de lo bueno y de lo justo; esa gran idea es el Infinito, es Dios.

X

Conceptuaría incompleto este estudio, si después de haberme ocupado del derecho de castigar, no me detuviera, aunque muy brevemente, en el examen de los diversos sistemas que tratan de los

trascendentales problemas que aquellas cuestiones entrañan. El derecho de castigar no asume, indudablemente, la importancia que su fundamento tiene, porque nunca se ha puesto en duda que la sociedad pueda reprimir aquellos actos que la hieren y ponen en peligro su propia conservación y su existencia; por esta razón se observa, que en toda época, la sociedad ha ejercido el magisterio penal, como una función esencial de su organismo.

La historia así nos lo demuestra, porque tanto en la antigüedad, como en épocas posteriores, y hasta en nuestros días, los publicistas, los filósofos y los jurisconsultos, unánimemente enseñan que la sociedad tiene el derecho de organizar tribunales de represión y aplicar penas á aquellos que cometen acciones que ella juzgue culpables. Este asentimiento universal, está condensado en las siguientes frases de Platón: "Que ningún delito quede impune en la República, que el fugitivo sea sometido á sanción legal, que la muerte, las cadenas, los azotes, la infamia, el destierro y las multas, sean la consecuencia inevitable de la violación de las leyes;" y Cicerón agregaba: "Que se mire el regreso de los desterrados, la libertad de los prisioneros culpables, y el perdón de los hombres condenados, como signos evidentes de la decadencia de la República."

Pero no basta que la sociedad tenga incontes-

tablemente el derecho de castigar, preciso es determinar el fnndamento de este derecho, cuya cuestión ha agitado constantemente los espíritus, dando lugar á serias controversias nacidas de los diversos sistemas, en los cuales hoy mismo no encontramos una razón convincente, ni la solución, como antes he expresado, de los trascendentales problemas que aquella cuestión entraña, y que es nada menos la base sobre la cual se levanta todo el derecho penal; por esta razón, tanto el publicista como el legislador y el juez, deben prestarle preferente atención, porque el primero tiene que resolverla bajo el punto de vista de la ciencia social, el segundo debe ser justo y racional en la expedición de las leyes, y el juez, para resolver los casos que surgen del texto de la ley, ha de inspirarse en su espíritu para aplicarla; con este motivo, tratándose del fundamento del derecho de castigar, el problema se presenta más grave aún, dando lugar á la creación de diversas teorías, que han tenido por objeto asignar el verdadero fin de la penalidad, y cuáles son las condiciones y los límites que deben imponerse al poder social en su función represiva.

En indudable que dichos sistemas, de los cuales paso á ocuparme, aunque muy brevemente, han nacido y se han desarrollado con los hechos que han marcado una época determinada, época en la cual se encuentra su natural explicación;

por este motivo, no debe extrañarse que la venganza individual, que en las sociedades primitivas era el único freno impuesto al criminal, se sustituyera después con la venganza divina, fundada en el principio de la expiación; y finalmente, que la idea de vindicta, de individual, llegara á ser social, transformándose en la teoría de utilidad general y de defensa jurídica. A estas ideas generales, y sin pretender discutir la verdad de los diferentes sistemas á que ellas han dado vida, puede circunscribirse esta breve reseña; debiendo referirme, por lo tanto, á las teorías jurídicas, á las utilitarias ú objetivas, á las morales ó subjetivas, y finalmente á las mixtas ó eclécticas; existe además otra, llamada por Home y Ludem, de la venganza, fundada en que la primera inspiración del hombre agredido, es herir á su vez, porque la venganza es un sentimiento innato; pero semejante teoría, que en realidad no ha hecho prosélitos, daría lugar á luchas brutales, que determinarían las más profundas perturbaciones del orden social.

Comenzando esta reseña con el estudio de las teorías jurídicas, en las cuales se fundan los sistemas llamados *contraactuales*, es indudable que ellas hacen derivar el derecho de castigar, de una convención social, pretendiendo fundarlo en un contrato, aunque completando aquella noción con las que la reforma penal reclamaba en el siglo

XVIII, y que Beccaria, Hobbes, Juan Jacobo Rousseau, y en nuestros días Fouillée bajo distinta fase, resumen en las tres formas siguientes: En la primera, el derecho de castigar es el derecho de defensa que pertenece al individuo, el cual ha cedido al poder público al entrar en sociedad. En la segunda, todo individuo tiene, en el estado natural, el derecho de infligir una pena, derecho que transmite al poder, consintiendo en vivir en sociedad. En la tercera ó última, comprendiendo los hombres que no pueden vivir sin leyes, y que toda ley debe ser sancionada, dan al poder público, al entrar al pacto social, el derecho de castigarlos si violan las leyes de la asociación; y aunque el pretendido, y al mismo tiempo supuesto contrato social, jamás ha existido, el error de estos sistemas consiste en no dar al derecho, otro fundamento que la voluntad común, la cual sin necesidad de pacto previo, existe en toda sociedad como una condición de su propia existencia. Según se observa, dichas teorías tienen su fundamento en la hipótesis de un contrato social, que es una pura ficción, sostenida en falsas ideas y en verdades de artificio; porque en el estado social, no ha intervenido convenio alguno, él es natural, y al mismo tiempo es necesario; así nos lo demuestra la historia y la psicología también, puesto que el individuo no ha entrado á ormar parte de aquel estado, teniendo la concien-

cia de sus derechos y de sus deberes, como una persona libre que estipula las condiciones de un convenio; el hombre entra al estado social, como un *elemento natural.*

Mr. A. Fouillée, que ha pretendido con más sutileza que razonamiento, pero sin alcanzar sus propósitos, fusionar opuestas ideas, confundiendo sociológicamente la teoría idealista, que refiere al contrato social, y la racionalista en la cual la sociedad se observa como un organismo natural y hasta fisiológico, no ha podido establecer términos de concordia entre Rousseau y Spencer, porque nadie ha creído ver personificada en el primero toda la teoría idealista, ni menos se resume en Spencer la sociología naturalista. En efecto, en las doctrinas sustentadas por los partidarios del contrato social, se notan variantes que substancialmente difieren de la primitiva concepción de aquel sistema, mientras que en Schaffle se encuentran derivaciones que lo alejan demasiado de las adoptadas por Spencer y sus adeptos; por lo tanto, el término medio que Fouillée ha pretendido alcanzar entre teorías sociológicamente opuestas, ha sido para él irrealizable, por más que afirme que la sociedad es al mismo tiempo un organismo y un contrato; sin embargo, es preciso confesar que en el primer término está en lo justo, y esto solamente en cuanto á sus conclusiones, pero sus conceptos

sobre el contrato son insostenibles por caducas, según he indicado anteriormente al ocuparme del sistema penal que en él se funda.

He tratado con alguna extensión las teorías de Mr. Fouillée, porque ha venido hoy mismo á resusucitar, bajo distinta fase y con cierta novedad, doctrinas que por desautorizadas habían caído en el olvido. En efecto, la del contrato que ha dado origen á los sistemas *contraactuales*, le sirve de base, para fundar el derecho de castigar, en una convención social, concluyendo que todo lo existente en la penalidad, debe reducirse á una justicia puramente conmutativa y contraactual, que no tiene otro fin que el de establecer entre las personas las verdaderas relaciones de derecho; afirmando, que el fundamento real de la penalidad social, es únicamente el derecho de reparación, que abraza en todo su conjunto tres fases: la defensa, la represión y la intimidación. Como se observa, se excluye en este sistema el elemento intencional, la moral desaparece, y la justicia penal se reduce á su aspecto puramente material, á la compensación, á una reparación.

Yo creo, por más que se divague en esta cuestión, que nunca podrá abstraerse de la noción de la penalidad el elemento subjetivo, bien sea que la responsabilidad se refiera á una relación social, á la responsabilidad sin el libre albedrío, ó bien

al sistema que pretende separar la responsabilidad subjetiva de la objetiva, porque ya lo he dicho otra vez y ahora lo repito con profunda convicción: moral y derecho son dos ramificaciones de la ética, son dos modos de la actuación del fin humano; el paralelismo de ambas ideas son términos que sólo deben distinguirse, reconociendo ante todo su común origen.

Mr. Fouillée sigue distinta senda, incidiendo en materia penal, entre otros errores, en aquellos en que se fundan los sistemas llamados contraactuales, el supuesto contrato, derivando de él la responsabilidad social del culpable; pero de seguro olvida ó no quiere asentir á esta verdad tan clara como la luz meridiana, esto es, que la responsabilidad social, supone la *responsabilidad individual*, por más que ambas se distingan, la primera como externa, y esta última como responsabilidad moral ó interna.

En comprobación de lo que acabo de exponer, y descendiendo á otro orden de ideas, el jurado que no es casuístico, y en el cual se manifiesta con la debida precisión la individualización del delito, califica comunmente el hecho, fundándose en apreciaciones de un carácter *puramente moral*, y pronuncia su veredicto separándose del criterio estricto de la ley; y aunque en determinados casos obedece á consideraciones de un orden social, no es posible

olvidar, que los problemas del derecho y los de la moral, tienen puntos de contacto de tal importancia, que la ciencia misma no ha podido menos que fijar, estableciendo entre ambos términos el paralelismo que los distingue.

Los sistemas utilitarios, que comenzaron á desarrollarse á principios de este siglo con las teorías de Hobbes y de Bentham, y en las cuales se inspiró el Código penal francés de 1810, fundan el derecho de castigar en una necesidad ineludible, aunque ellos se presentan bajo dos formas, la filosófica y la positivista; pero es un hecho incontestable, que dichos sistemas, se fundan en el efecto inmediato y directo que debe producir la penalidad,como medio de protección social; así, unos tienen por base la intimidación, otros el efecto preventivo, algunos los efectos reparadores, de los que han nacido las teorías, bien sea de la defensa social ó la jurídica; pero todas estas direcciones encuentran su fórmula, la más concreta, en la conocida frase: *punitur ne peccetur*.

Bajo otro orden de ideas, la represión en aquellos sistemas, sigue distinta dirección, porque algunos filósofos naturalistas, preocupados con el estudio fisiológico del hombre, asientan que la pena no es más que la reacción instintiva, natural y refleja de un organismo viviente, la sociedad, contra el criminal; por esta razón el derecho de

castigar, no es otra cosa que la manifestación de la ley natural, en virtud de la cual, todo organismo y por lo tanto el social, obra contra aquel que perturba las condiciones de su existencia. Estas teorías, explican objetivamente la fatal necesidad del castigo, aunque nunca podrán dar cuenta de su legitimidad, es decir, si él es subjetivamente justo en lo que se refiere al individuo, á quien la sociedad castiga; tal es el escollo que no han podido salvar los utilitarios, y por esta razón, el Código penal francés, y los que en él se han inspirado, sienten la necesidad de la reforma, la cual se impone en la aplicación de las penas; y hoy mismo, aunque aquel código sirvió de ilustrado modelo á la legislación criminal de las naciones más cultas, en el siglo XIX, se encuentra muy lejos de la legislación penal contemporánea, como lo demuestra el último Código expedido en Italia en 1890, que es en nuestros días, notable monumento de sabia y adelantada legislación, en el cual se observa la justa y necesaria medida entre el delito y la pena.

Finalmente, los males causados por los sistemas utilitarios, los determina un solo hecho, que es bastante para subvertir todos los principios, todos los fundamentos en que el derecho de castigar se levanta; falta y se desconoce por completo en ellos toda noción moral, y por ende, toda idea de justi-

cia; por esta razón el castigo, se mide en aquellos sistemas, según sea la necesidad exterior de la intimidación, y en consecuencia, no entra en dicha medida la moralidad de las acciones humanas; así, el honor, la vida y la libertad del individuo, preciosas garantías que le acuerda el derecho natural, son sacrificadas al interés social. Estas teorías explican el hecho brutal del castigo, pero ninguna de ellas da cuenta de su legitimidad, ni de qué manera la pena sea justa subjetivamente.

En resumen, la intimidación y prevención como medida de la defensa social, pueden circunscribirse á estas dos ideas: 1ª á poner al delincuente en la imposibilidad de hacer daño en lo sucesivo, y 2ª á causarle un mal suficiente para que el temor de experimentarlo le contenga y al mismo tiempo á los demás.

XI

Reanudando el estudio que antecede, y refiriéndome á la teoría de la defensa social, resucitada en nuestros días por los utilitarios, y en los cuales no entra el elemento moral ó subjetivo del delito, es indudable que dicha teoría lleva de nuevo mi atención á la justicia histórica, de que antes he hablado, con todas las crueldades de la an-

tigua legislación penal; entre otros hechos, fijándome solamente en la época medioeval, recuerdo que el delito de robo se castigaba con la pena de horca; la cual, á pesar de la publicidad dada á su ejecución por la picota y el tablado del patíbulo, era impotente para contener los progresos de la criminalidad, sin cesar creciente é inquietante, y que tanto turbaba el sosiego de aquellas sociedades. Pero era necesario combatir por medio del terror y la intimidación aquellos males, y á este efecto, Francisco I combinó un nuevo y cruento suplicio, propio á su entender, para contener á los malhechores, el suplicio de la rueda, que en mengua y oprobio de aquella legislación, estuvo en vigor hasta 1789, en que la Revolución francesa vino con bienhechora mano á redimir á los pueblos de los errores y de las tiranías del pasado. El edicto á que me he referido, expedido en 1538, dice así:

"Que todos aquellos que desde ahora en adelante fueren culpables de dichos delitos, crímenes y maldades, y que hayan sido debidamente presos y convictos por la justicia, sean castigados de la manera siguiente, á saber: se romperán sus brazos, quebrándolos por dos partes, tanto en la superior como en la inferior, como también los riñones, muslos y piernas, y puestos sobre una rueda grande, clavada y elevada, con la cara hacia el