

Bien sabemos cuánto se discute la cuestión; no es científico apoyar una clasificación fundamental sobre una noción tan oscura y poco analizada.

Para proceder metódicamente necesitamos encontrar alguna característica que, aun siendo esencial a los fenómenos jurídicos, sea susceptible de variar cuando ellos varían. Ahora bien, todo precepto jurídico puede definirse como una regla de conducta sancionada. Por otra parte, es evidente que las sanciones cambian según la gravedad atribuida a los preceptos, el lugar que ocupan en la conciencia pública, el papel que desempeñan en la sociedad. Conviene, pues, clasificar las reglas jurídicas según las diferentes sanciones que a ellas van unidas.

Las hay de dos clases. Consisten esencialmente unas en un dolor, o, cuando menos, en una disminución que se ocasiona al agente; tienen por objeto perjudicarlo en su fortuna, o en su honor, o en su vida, o en su libertad, privarle de alguna cosa de que disfruta. Se dice que son represivas; tal es el caso del derecho penal. Verdad es que las que se hallan ligadas a reglas puramente morales tienen el mismo carácter; sólo que están distribuidas, de una manera difusa, por todas partes indistintamente, mientras que las del derecho penal no se aplican sino por intermedio de un órgano definido; están organizadas. En cuanto a la otra clase, no implican necesariamente un sufrimiento del agente, sino que consisten tan sólo en *poner las cosas en su sitio*, en el restablecimiento de relaciones perturbadas bajo su forma normal, bien volviendo por la fuerza el acto incriminado al tipo de que se había desviado, bien anulándolo, es decir, privándolo de todo valor social. Se deben, pues, agrupar en dos grandes especies las reglas jurídicas, según les correspondan sanciones represivas organizadas, o solamente sanciones restitutivas. La primera comprende todo el derecho penal; la segunda, el derecho civil, el derecho mercantil, el derecho procesal, el derecho administrativo y constitucional, abstracción hecha de las reglas penales que en éstos puedan encontrarse.

Busquemos ahora a qué clase de solidaridad social corresponde cada una de esas especies.

CAPITULO II

SOLIDARIDAD MECÁNICA O POR SEMEJANZAS

I

El lazo de solidaridad social a que corresponde el derecho represivo es aquel cuya ruptura constituye el crimen; llamamos con tal nombre a todo acto que, en un grado cualquiera, determina contra su autor esa reacción característica que se llama pena. Buscar cuál es ese lazo equivale a preguntar cuál es la causa de la pena o, con más claridad, en qué consiste esencialmente el crimen.

Hay, sin duda, crímenes de especies diferentes; pero entre todas esas especies hay, con no menos seguridad, algo de común. La prueba está en que la reacción que determinan por parte de la sociedad, a saber, la pena, salvo las diferencias de grado, es siempre y por todas partes la misma. La unidad del efecto nos revela la unidad de la causa. No solamente entre todos los crímenes previstos por la legislación de una sola y única sociedad, sino también entre todos aquellos que han sido y están reconocidos y castigados en los diferentes tipos sociales, existen seguramente semejanzas esenciales. Por diferentes que a primera vista parezcan los actos así calificados, es imposible que no posean algún fondo común. Afectan en todas partes de la misma manera la conciencia moral de las naciones y producen en todas partes la misma consecuencia. Todos son crímenes, es decir, actos reprimidos con castigos definidos. Ahora bien, las propiedades esenciales de una cosa son aquellas que se observan por todas partes donde esta cosa existe y que sólo a ella pertenecen. Si queremos, pues, saber en qué consiste esencialmen-

te el crimen, es preciso desentrañar los rasgos comunes que aparecen en todas las variedades criminológicas de los diferentes tipos sociales. No hay que prescindir de ninguna. Las concepciones jurídicas de las sociedades más inferiores no son menos dignas de interés que las de las sociedades más elevadas; constituyen hechos igualmente instructivos. Hacer de ellas abstracción sería exponernos a ver la esencia del crimen allí donde no existe. El biólogo habría dado una definición muy inexacta de los fenómenos vitales si hubiera desdeñado la observación de los seres monocelulares; de la sola contemplación de los organismos y, sobre todo, de los organismos superiores, habría sacado la conclusión errónea de que la vida consiste esencialmente en la organización.

El medio de encontrar este elemento permanente y general no es, evidentemente, el de la enumeración de actos que han sido, en todo tiempo y en todo lugar, calificados de crímenes, para observar los caracteres que presentan. Porque si, dígase lo que se quiera, hay acciones que han sido universalmente miradas como criminales, constituyen una ínfima minoría, y, por consiguiente, un método semejante no podría darnos del fenómeno sino una noción singularmente truncada, ya que no se aplicaría más que a excepciones (1). Seme-

(1) Es el método seguido por Garófalo. Parece, sin duda, renunciar a él cuando reconoce la imposibilidad de hacer una lista de hechos universalmente castigados (*Criminalogie*, pág. 5), lo que, por lo demás, es excesivo. Pero al fin lo acepta puesto que, en definitiva, para él el crimen natural es el que hiere los sentimientos que son en todas partes la base del derecho penal, es decir, la parte invariable del sentido moral, y sólo ella. Mas, ¿por qué el crimen que hiere algún sentimiento particular en ciertos tipos sociales ha de ser menos crimen que los otros? Así Garófalo se ve llevado a negar el carácter de crimen a actos que han sido universalmente rechazados como criminales en ciertas especies sociales y, por consiguiente, a estrechar artificialmente los cuadros de la criminalidad. Resulta que su noción del crimen es singularmente incompleta. Es también muy ilicuada, pues el autor no hace entrar en sus comparaciones a todos los tipos sociales, sino que excluye un gran número que trata de anormales. Cabe decir de un hecho social que es anormal con relación al tipo de la especie, pero una especie no podrá ser anormal. Son dos palabras que protestan de verse acopladas. Por interesante que sea el esfuerzo de Garófalo para llegar a una noción científica del delito, no está hecho con un método suficientemente exacto y preciso. La expresión de *delito natural* que utiliza, bien lo muestra. ¿Es que no son naturales todos los delitos? Tal vez en esto haya

jantes variaciones del derecho represivo prueban, a la vez, que ese carácter constante no debería encontrarse entre las propiedades intrínsecas de los actos impuestos o prohibidos por las reglas penales, puesto que presentan una tal diversidad, sino en las relaciones que sostienen con alguna condición que les es externa.

Se ha creído encontrar esta relación en una especie de antagonismo entre esas acciones y los grandes intereses sociales, y se ha dicho que las reglas penales enunciaban para cada tipo social las condiciones fundamentales de la vida colectiva. Su autoridad procederá, pues, de su necesidad; por otra parte, como esas necesidades varían con las sociedades, explicariase de esta manera la variabilidad del derecho represivo. Pero sobre este punto ya nos hemos explicado. Aparte de que semejante teoría deja al cálculo y a la reflexión una parte excesiva en la dirección de la evolución social, hay multitud de actos que han sido y son todavía mirados como criminales, sin que, por sí mismos, sean perjudiciales a la sociedad. El hecho de tocar un objeto *tabou*, un animal o un hombre impuro o consagrado, de dejar extinguirse el fuego sagrado, de comer ciertas carnes, de no haber inmolado sobre la tumba de los padres el sacrificio tradicional, de no pronunciar exactamente la fórmula ritual, de no celebrar ciertas fiestas, etc., etc., ¿por qué razón han podido constituir jamás un peligro social? Sin embargo, sabido es el lugar que ocupa en el derecho represivo de una multitud de pueblos la reglamentación del rito, de la etiqueta, del ceremonial, de las prácticas religiosas. No hay más que abrir el *Pentateuco* para convencerse, y como esos hechos se encuentran normalmente en ciertas especies sociales, no es posible ver en ellos ciertas anomalías o casos patológicos que hay derecho a despreciar.

Aun en el caso de que el acto criminal perjudique ciertamente a la sociedad, es preciso que el grado perjudicial que ofrezca se halle en relación regular con la intensidad de la represión que lo castiga. En el derecho penal de

una nueva manifestación de la doctrina de Spencer, para quien la vida social no es verdaderamente natural más que en las sociedades industriales. Desgraciadamente, nada hay más falso.

los pueblos más civilizados, el homicidio está universalmente considerado como el más grande de los crímenes. Sin embargo, una crisis económica, una jugada de bolsa, una quiebra, pueden incluso desorganizar mucho más gravemente el cuerpo social que un homicidio aislado. Sin duda el asesinato es siempre un mal, pero no hay nada que pruebe que sea el mayor mal. ¿Qué significa un hombre menos en la sociedad? ¿Qué significa una célula menos en el organismo? Dícese que la seguridad general estaría amenazada para el porvenir si el acto permaneciera sin castigo; que se compare la importancia de ese peligro, por real que sea, con el de la pena; la desproporción es manifiesta. En fin, los ejemplos que acabamos de citar demuestran que un acto puede ser desastroso para una sociedad sin que se incurra en la más mínima represión. Esta definición del crimen es, pues, inadecuada, mírese como se la mire.

¿Se dirá, modificándola, que los actos criminales son aquellos que *parecen* perjudiciales a la sociedad que los reprime? ¿Que las reglas penales son manifestación, no de las condiciones esenciales a la vida social, sino de las que *parecen* tales al grupo que las observa? Semejante explicación nada explica, pues no nos enseña por qué en un gran número de casos las sociedades se han equivocado y han impuesto prácticas que, por sí mismas, no eran ni útiles siquiera. En definitiva, esta pretendida solución del problema se reduce a un verdadero «truísmo», pues si las sociedades obligan así a cada individuo a obedecer a sus reglas, es evidentemente porque estiman, con razón o sin ella, que esta obediencia regular y puntual les es indispensable; la sostienen enérgicamente. Es como si se dijera que las sociedades juzgan las reglas necesarias porque las juzgan necesarias. Lo que nos hace falta decir es por qué las juzgan así. Si este sentimiento tuviera su causa en la necesidad objetiva de las prescripciones penales, o, al menos, en su utilidad, sería una explicación. Pero hállese en contradicción con los hechos; la cuestión, pues, continúa sin resolver.

Sin embargo, esta última teoría no deja de tener cierto fundamento; con razón busca en ciertos estados del sujeto las condiciones constitutivas de la criminalidad. En efecto, la única característica común a todos los crímenes es la de

que consisten —salvo algunas excepciones aparentes que más adelante se examinarán— en actos universalmente reprobados por los miembros de cada sociedad. Se pregunta hoy día si esta reprobación es racional y si no sería más cuerdo ver en el crimen una enfermedad o un yerro. Pero no tenemos por qué entrar en esas discusiones; buscamos el determinar lo que es o ha sido, no lo que debe ser. Ahora bien, la realidad del hecho que acabamos de exponer no ofrece duda; es decir, que el crimen hiere sentimientos que, para un mismo tipo social, se encuentran en todas las conciencias sanas.

No es posible determinar de otra manera la naturaleza de esos sentimientos y definirlos en función de sus objetos particulares, pues esos objetos han variado infinitamente y pueden variar todavía (1). Hoy día son los sentimientos altruistas los que presentan ese carácter de la manera más señalada, pero hubo un tiempo, muy cercano al nuestro, en que los sentimientos religiosos, domésticos, y otros mil sentimientos tradicionales, tenían exactamente los mismos efectos. Aún ahora es preciso que la simpatía negativa por otro sea la única, como quiere Garófalo, que produzca ese resultado. ¿Es que no sentimos, incluso en tiempo de paz, por el hombre que traiciona su patria tanta aversión, al menos, como por el ladrón o el estafador? ¿Es que, en los países en que el sentimiento monárquico está vivo todavía, los crímenes de lesa majestad no suscitan una indignación general? ¿Es que, en los países democráticos, las injurias dirigidas al pueblo no desencadenan las mismas cóleras? No se debería, pues, hacer una lista de sentimientos cuya violación constituye el acto criminal; no se distinguen de los demás sino por este rasgo, que son comunes al término medio de los individuos de la misma sociedad. Así, las reglas que prohíben esos actos y que sanciona el derecho penal son las únicas a que el famoso axioma jurídico: *nadie puede alegar ignorancia de la ley*, se

(1) No vemos la razón científica que Garófalo tiene para decir que los sentimientos morales actualmente adquiridos por la parte civilizada de la humanidad constituyen una moral «no susceptible de pérdida, sino de un desenvolvimiento siempre creciente» (pág. 9). ¿Qué es lo que permite que se pueda señalar de esa manera un límite a los cambios que se hagan en un sentido o en otro?

aplica sin ficción. Como están grabadas en todas las conciencias, todo el mundo las conoce y siente su fundamento. Cuando menos esto es verdad con relación al estado normal. Si se encuentran adultos que ignoran esas reglas fundamentales o no reconocen su autoridad, una ignorancia tal, o una indocilidad tal, son síntomas irrefutables de perversión patológica; o bien, si ocurre que una disposición penal se mantiene algún tiempo, aun cuando sea rechazada por todo el mundo, es gracias a un concurso de circunstancias excepcionales, anormales, por consiguiente, y un estado de cosas semejante jamás puede durar.

Esto explica la manera particular de codificarse el derecho penal. Todo derecho escrito tiene un doble objeto: establecer ciertas obligaciones, definir las sanciones que a ellas están ligadas. En el derecho civil, y más generalmente en toda clase de derecho de sanciones restitutivas, el legislador aborda y resuelve con independencia los dos problemas. Primero determina la obligación con toda la precisión posible, y sólo después dice la manera como debe sancionarse. Por ejemplo, en el capítulo de nuestro Código civil consagrado a los deberes respectivos de los esposos, esos derechos y esas obligaciones se enuncian de una manera positiva; pero no se dice qué sucede cuando esos deberes se violan por una u otra parte. Hay que ir a otro sitio a buscar esa sanción. A veces, incluso se sobreentiende. Así, el art. 214 del Código civil ordena a la mujer vivir con su marido: se deduce que el marido puede obligarla a reintegrarse al domicilio conyugal; pero esta sanción no está en parte alguna formalmente indicada. El derecho penal, por el contrario, sólo dicta sanciones, y no dice nada de las obligaciones a que aquéllas se refieren. No manda que se respete la vida del otro, sino que se castigue con la muerte al asesino. No dice desde un principio, como hace el derecho civil, he aquí el deber, sino que, en seguida, he aquí la pena. Sin duda que, si la acción se castiga, es que es contraria a una regla obligatoria; pero esta regla no está expresamente formulada. Para que así ocurra, no puede haber más que una razón: que la regla es conocida y está aceptada por todo el mundo. Cuando un derecho consuetudinario pasa al estado de derecho escrito y se codifica, es porque reclaman las cuestiones litigiosas

una solución más definida; si la costumbre continuara funcionando silenciosamente sin suscitar discusión ni dificultades, no habría razón para que se transformara. Puesto que el derecho penal no se codifica sino para establecer una escala gradual de penas, es porque puede dar lugar a dudas. A la inversa (1), si las reglas cuya violación castiga la pena no tienen necesidad de recibir una expresión jurídica, es que no son objeto de discusión alguna, es que todo el mundo siente su autoridad.

Es verdad que, a veces, el *Pentateuco* no establece sanciones, aun cuando, como veremos, no contiene más que disposiciones penales. Es el caso de los diez mandamientos, tales como se encuentran formulados en el capítulo XX del *Exodo* y el capítulo V del *Deuteronomio*. Pero es que el *Pentateuco*, aunque hace el oficio de Código, no es propiamente un Código. No tiene por objeto reunir en un sistema único, y precisar en vista de la experiencia, reglas penales practicadas por el pueblo hebreo; tan no es una codificación que las diferentes partes de que se compone parecen no haber sido redactadas en la misma época. Es, ante todo, un resumen de las tradiciones de toda especie, mediante las cuales los judíos se explicaban a sí mismos, y a su manera, la génesis del mundo, de su sociedad y de sus principales prácticas sociales. Si enuncia, pues, ciertos deberes, que indudablemente estaban sancionados con penas, no es que fueran ignorados o desconocidos de los hebreos, ni que fuera necesario revelárselos; al contrario, puesto que el libro no es más que un tejido de leyendas nacionales, puede estarse seguro que todo lo que encierra estaba escrito en todas las conciencias. Pero se trataba esencialmente de reproducir, fijándolas, las creencias populares sobre el origen de esos preceptos, sobre las circunstancias históricas dentro de las cuales se creía que habían sido promulgadas, sobre las fuentes de su autoridad; ahora bien, desde ese punto de vista, la determinación de la pena es algo accesorio (2).

(1) Cf. Binding, *Die Normen und ihre Uebertretung*, Leipzig, 1872, I, 6 y siguientes.

(2) Las únicas excepciones verdaderas a esta particularidad del derecho penal se producen cuando es un acto de autoridad pública el que crea

Por esa misma razón el funcionamiento de la justicia represiva tiende siempre a permanecer más o menos difuso. En tipos sociales muy diferenciados no se ejerce por un magistrado especial, sino que la sociedad entera participa en ella en una medida más o menos amplia. En las sociedades primitivas, en las que, como veremos, todo el derecho es penal, la asamblea del pueblo es la que administra justicia. Tal era el caso entre los antiguos germanos (1). En Roma, mientras los asuntos civiles correspondían al pretor, los asuntos criminales se juzgaban por el pueblo, primero por los comicios curiados, y después, a partir de la ley de XII Tablas, por los comicios centuriados; hasta el fin de la República, y aunque de hecho hubiera delegado sus poderes a comisiones permanentes, permanece aquél, en principio, como juez supremo para esta clase de procesos (2). En Atenas, bajo la legislación de Solón, la jurisdicción criminal correspondía en parte a los heliastas, vasto colegio que nominalmente comprendía a todos los ciudadanos por encima de los treinta años (3). En fin, entre las naciones germanolatinas, la sociedad interviene en el ejercicio de esas mismas funciones representada por el Jurado. El estado de difusión en que tiene que encontrarse esta parte del poder judicial sería inexplicable si las reglas cuya observancia asegura y, por consiguiente, los sentimientos a que esas reglas responden, no estuvieran inmanentes en todas las conciencias. Es verdad que, en otros casos, hállase retenido por una clase privilegiada o por magistrados particulares. Pero esos hechos no disminuyen el valor demostrativo de los precedentes, pues de que los sentimientos colectivos no reaccionen más que a través de ciertos intermediarios, no se sigue que hayan cesado de ser colectivos para localizarse en un número

el delito. En ese caso el deber es generalmente definido, independientemente de la sanción; más adelante puede darse uno cuenta de la causa de esta excepción.

(1) Tácito, *Germania*, cap. XII.

(2) Cf. Walter, *Histoire de la procédure civile et du droit criminel chez les Romains*, trad. franc., párrafo 829; Rein, *Criminalrecht der Römer*, pág. 63.

(3) Cf. Gilbert, *Handbuch der Griechischen Staatsalterthümer*, Leipzig, 1881, I, 138.

restringido de conciencias. Mas esta delegación puede ser debida, ya a la mayor multiplicidad de los negocios, que necesita la institución de funcionarios especiales, ya a la extraordinaria importancia adquirida por ciertos personajes o ciertas clases, que se hacen intérpretes autorizados de los sentimientos colectivos.

Sin embargo, no se ha definido el crimen cuando se ha dicho que consiste en una ofensa a los sentimientos colectivos; los hay entre éstos que pueden recibir ofensa sin que haya crimen. Así, el incesto es objeto de una aversión muy general, y, sin embargo, se trata de una acción inmoral simplemente. Lo mismo ocurre con las faltas al honor sexual que comete la mujer fuera del estado matrimonial, o con el hecho de enajenar totalmente su libertad o de aceptar de otro esa enajenación. Los sentimientos colectivos a que corresponde el crimen deben singularizarse, pues, de los demás por alguna propiedad distintiva: deben tener una cierta intensidad media. No sólo están grabados en todas las conciencias, sino que están muy fuertemente grabados. No se trata en manera alguna de veleidades vacilantes y superficiales, sino de emociones y de tendencias fuertemente arraigadas en nosotros. Hallamos la prueba en la extrema lentitud con que el derecho penal evoluciona. No sólo se modifica con más dificultad que las costumbres, sino que es la parte del derecho positivo más refractaria al cambio. Obsérvese, por ejemplo, lo que la legislación ha hecho, desde comienzos de siglo, en las diferentes esferas de la vida jurídica; las innovaciones en materia de derecho penal son extremadamente raras y restringidas, mientras que, por el contrario, una multitud de nuevas disposiciones se han introducido en el derecho civil, el derecho mercantil, el derecho administrativo y constitucional. Compárese el derecho penal, tal como la ley de las XII Tablas lo ha fijado a Roma, con el estado en que se encuentra en la época clásica; los cambios comprobados son bien poca cosa al lado de aquellos que ha sufrido el derecho civil durante el mismo tiempo. En la época de las XII Tablas, dice Mainz, los principales crímenes y delitos hállanse constituidos: «Durante diez generaciones el catálogo de

crímenes públicos sólo fué aumentado por algunas leyes que castigaban el peculado, la intriga y tal vez el *plagium* (1). En cuanto a los delitos privados, sólo dos nuevos fueron reconocidos: la rapiña (*actio bonorum vi raptorum*) y el daño causado injustamente (*damnum injuria datum*). En todas partes se encuentra el mismo hecho. En las sociedades inferiores el derecho, como veremos, es casi exclusivamente penal; también está muy estacionado. De una manera general, el derecho religioso es también represivo: es esencialmente conservador. Esta fijeza del derecho penal es un testimonio de la fuerza de resistencia de los sentimientos colectivos a que corresponde. Por el contrario, la plasticidad mayor de las reglas puramente morales y la rapidez relativa de su evolución demuestran la menor energía de los sentimientos que constituyen su base; o bien han sido más recientemente adquiridos y no han tenido todavía tiempo de penetrar profundamente las conciencias, o bien están en vías de perder raíz y remontan del fondo a la superficie.

Una observación última es necesaria todavía para que nuestra definición sea exacta. Si, en general, los sentimientos que protegen las sensaciones simplemente morales, es decir, difusas, son menos intensos y menos sólidamente organizados que aquellos que protegen las penas propiamente dichas, hay, sin embargo, excepciones. Así, no existe razón alguna para admitir que la piedad filial media, o también las formas elementales de la compasión por las miserias más visibles, constituyan hoy día sentimientos más superficiales que el respeto por la propiedad o la autoridad pública; sin embargo, al mal hijo y al egoísta, incluso al más empedernido, no se les trata como criminales. No basta, pues, con que los sentimientos sean fuertes, es necesario que sean precisos. En efecto, cada uno de ellos afecta a una práctica muy definida. Esta práctica puede ser simple o compleja, positiva o negativa, es decir, consistir en una acción o en una abstención, pero siempre determinada. Se trata de hacer o de no hacer esto u lo otro, de no matar, de no herir, de pronunciar tal fórmula,

(1) *Esquema histórico del derecho criminal en la Roma antigua*, en la *Nouvelle Revue historique du droit française et étranger*, 1882, páginas 24 y 27.

de cumplir tal rito, etc. Por el contrario, los sentimientos como el amor filial o la caridad son aspiraciones vagas hacia objetos muy generales. Así, las reglas penales se distinguen por su claridad y su precisión, mientras que las reglas puramente morales tienen generalmente algo de fluctuantes. Su naturaleza indecisa hace incluso que, con frecuencia, sea difícil darlas en una fórmula definida. Podemos sin inconveniente decir, de una manera muy general, que se debe trabajar, que se debe tener piedad de otro, etc., pero no podemos fijar de qué manera ni en qué medida. Hay lugar aquí, por tanto, para variaciones y matices. Al contrario, por estar determinados los sentimientos que encarnan las reglas penales, poseen una mayor uniformidad; como no se les puede entender de maneras diferentes, son en todas partes los mismos.

Nos hallamos ahora en estado de formular la conclusión.

El conjunto de las creencias y de los sentimientos comunes al término medio de los miembros de una misma sociedad, constituye un sistema determinado que tiene su vida propia, se le puede llamar *la conciencia colectiva o común*. Sin duda que no tiene por substrato un órgano único; es, por definición, difusa en toda la extensión de la sociedad; pero no por eso deja de tener caracteres específicos que hacen de ella una realidad distinta. En efecto, es independiente de las condiciones particulares en que los individuos se encuentran colocados; ellos pasan y ella permanece. Es la misma en el Norte y en el Mediodía, en las grandes ciudades y en las pequeñas, en las diferentes profesiones. Igualmente, no cambia con cada generación sino que, por el contrario, liga unas con otras las generaciones sucesivas. Se trata, pues, de cosa muy diferente a las conciencias particulares, aun cuando no se produzca más que en los individuos. Es el tipo psíquico de la sociedad, tipo que tiene sus propiedades, sus condiciones de existencia, su manera de desenvolverse, como todos los tipos individuales, aunque de otra manera. Tiene, pues, derecho a que se le designe con nombre especial. El que hemos empleado más arriba no deja, en realidad, de ser algo ambiguo. Como los términos de colectivo y de social con frecuencia se toman uno por otro, está uno inclinado a creer que la con-

ciencia colectiva es toda la conciencia social, es decir, que se extiende tanto como la vida psíquica de la sociedad, cuando, sobre todo en las sociedades superiores, no constituye más que una parte muy restringida. Las funciones judiciales, gubernamentales, científicas, industriales, en una palabra, todas las funciones especiales, son de orden psíquico, puesto que consisten en sistemas de representación y de acción; sin embargo, están, evidentemente, fuera de la conciencia común. Para evitar una confusión (1) que ha sido cometida, lo mejor sería, quizá, crear una expresión técnica que designara especialmente el conjunto de las semejanzas sociales. Sin embargo, como el empleo de una palabra nueva, cuando no es absolutamente necesario, no deja de tener inconvenientes, conservaremos la expresión más usada de conciencia colectiva o común, pero recordando siempre el sentido estrecho en el cual la empleamos.

Podemos, pues, resumiendo el análisis que precede, decir que un acto es criminal cuando ofende los estados fuertes y definidos de la conciencia colectiva (2).

El texto de esta proposición nadie lo discute, pero se le da ordinariamente un sentido muy diferente del que debe tener. Se la interpreta como si expresara, no la propiedad esencial del crimen, sino una de sus repercusiones. Se sabe bien que hiere sentimientos muy generosos y muy enérgicos; pero se cree que esta generalidad y esta energía proceden de la naturaleza criminal del acto, el cual, por consiguiente, queda en absoluto por definir. No se discute el que todo delito sea universalmente reprobado, pero se da por cierto que la reprobación de que es objeto resulta de su carácter delictuoso. Sólo que, a continuación, hállanse muy embarazados para

(1) La confusión no deja de tener peligro. Así vemos que algunas veces se pregunta si la conciencia individual varía o no como la conciencia colectiva; todo depende del sentido que se dé a la palabra. Si representa similitudes sociales, la relación de variación es inversa, según veremos; si designa toda la vida psíquica de la sociedad, la relación es directa. Es, pues, necesario distinguir.

(2) No entramos en la cuestión de saber si la conciencia colectiva es una conciencia como la del individuo. Con esa palabra designamos simplemente al conjunto de semejanzas sociales, sin prejuizar por la categoría dentro de la cual ese sistema de fenómenos debe definirse.

decir en qué consiste esta delictuosidad. ¿En una inmoralidad particularmente grave? Tal quiero, mas esto es responder a la cuestión con la cuestión misma y poner una palabra en lugar de otra palabra; de lo que se trata es de saber precisamente lo que es la inmoralidad, y, sobre todo, esta inmoralidad particular que la sociedad reprime por medio de penas organizadas y que constituye la criminalidad. No puede, evidentemente, proceder más que de uno o varios caracteres comunes a todas las variedades criminológicas; ahora bien, lo único que satisface a esta condición es esa oposición que existe entre el crimen, cualquiera que él sea, y ciertos sentimientos colectivos. Esa oposición es la que hace el crimen, por mucho que se aleje. En otros términos, no hay que decir que un acto hiere la conciencia común porque es criminal, sino que es criminal porque hiere la conciencia común. No lo reprobamos porque es un crimen, sino que es un crimen porque lo reprobamos. En cuanto a la naturaleza intrínseca de esos sentimientos, es imposible especificarla; persiguen los objetos más diversos y no sería posible dar una fórmula única. No cabe decir que se refieran ni a los intereses vitales de la sociedad, ni a un minimum de justicia; todas esas definiciones son inadecuadas. Pero, por lo mismo que un sentimiento, sean cuales fueren el origen y el fin, se encuentra en todas las conciencias con un cierto grado de fuerza y de precisión, todo acto que le hiere es un crimen. La psicología contemporánea vuelve cada vez más a la idea de Spinoza, según la cual las cosas son buenas porque las amamos, en vez de que las amamos porque son buenas. Lo primitivo es la tendencia, la inclinación; el placer y el dolor no son más que hechos derivados. Lo mismo ocurre en la vida social. Un acto es socialmente malo porque lo rechaza la sociedad. Pero, se dirá, ¿no hay sentimientos colectivos que resulten del placer o del dolor que la sociedad experimenta al contacto con sus objetos? Sin duda, pero no todos tienen este origen. Muchos, si no la mayor parte, derivan de otras causas muy diferentes. Todo lo que determina a la actividad a tomar una forma definida, puede dar nacimiento a costumbres de las que resulten tendencias que hay, desde luego, que satisfacer. Además, son estas últimas tendencias las que sólo son verdaderamente fundamentales. Las

otras no son más que formas especiales y mejor determinadas; pues, para encontrar agrado en tal o cual objeto, es preciso que la sensibilidad colectiva se encuentre ya constituida en forma que pueda gustarla. Si los sentimientos correspondientes están suprimidos, el acto más funesto para la sociedad podrá ser, no sólo tolerado, sino honrado y propuesto como ejemplo. El placer es incapaz de crear con todas sus piezas una inclinación; tan sólo puede ligar a aquellos que existen a tal o cual fin particular, siempre que éste se halle en relación con su naturaleza inicial.

Sin embargo, hay casos en los que la explicación precedente no parece aplicarse. Hay actos que son más severamente reprimidos que fuertemente rechazados por la opinión. Así, la coalición de los funcionarios, la intromisión de las autoridades judiciales en las autoridades administrativas, las funciones religiosas en las funciones civiles, son objeto de una represión que no guarda relación con la indignación que suscitan en las conciencias. La sustracción de documentos públicos nos deja bastante indiferentes y, no obstante, se la castiga con penas bastante duras. Incluso sucede que el acto castigado no hiere directamente sentimiento colectivo alguno; nada hay en nosotros que proteste contra el hecho de pescar y cazar en tiempos de veda, o de que pasen vehículos muy pesados por la vía pública. Sin embargo, no hay razón alguna para separar en absoluto estos delitos de los otros; toda distinción radical (1) sería arbitraria, porque todos presentan, en grados diversos, el mismo criterio externo. No cabe duda que la pena en ninguno de estos ejemplos parece injusta; la opinión pública no la rechaza, pero, si se la dejara en libertad, o no la reclamaría o se mostraría menos exigente. Y es que, en todos los casos de este género, la delictuosidad no procede, o no se deriva toda ella, de la vivacidad de los sentimientos colectivos que fueron ofendidos, sino que viene de otra causa.

Es indudable, en efecto, que, una vez que un poder de

(1) No hay más que ver cómo Garófalo distingue los que él llama verdaderos crímenes (pág. 45) de los otros; se trata de una apreciación personal que no descansa sobre ninguna característica objetiva.

gobierno se establece, tiene, por sí mismo, bastante fuerza para unir espontáneamente, a ciertas reglas de conducta, una sanción penal. Es capaz, por su acción propia, de crear ciertos delitos o de agravar el valor criminológico de algunos otros. Así, todos los actos que acabamos de citar presentan esta característica común: están dirigidos contra alguno de los órganos directores de la vida social. ¿Es necesario, pues, admitir que hay dos clases de crímenes procedentes de dos causas diferentes? No debería uno detenerse ante hipótesis semejante. Por numerosas que sean las variedades, el crimen es en todas partes esencialmente el mismo, puesto que determina por doquiera el mismo efecto, a saber, la pena, que, si puede ser más o menos intensa, no cambia por eso de naturaleza. Ahora bien, un mismo hecho no puede tener dos causas, a menos que esta dualidad sólo sea aparente y que en el fondo no exista más que una. El poder de reacción, propio del Estado, debe ser, pues, de la misma naturaleza que el que se halla difuso en la sociedad.

Y, en efecto, ¿de dónde procede? ¿De la gravedad de intereses que rige el Estado y que reclaman ser protegidos de una manera especial? Mas sabemos que sólo la lesión de intereses, graves inclusive, no basta a determinar la reacción penal; es, además, necesario que se resienta de una cierta manera. ¿De dónde procede entonces que el menor perjuicio causado al órgano de gobierno sea castigado, cuando desórdenes mucho más importantes en otros órganos sociales sólo se reparan civilmente? La más pequeña infracción de la policía de caminos se castiga con una multa; la violación, aun repetida, de los contratos, la falta constante de delicadeza en las relaciones económicas, no obligan más que a la reparación del perjuicio. Sin duda que el mecanismo directivo juega un papel importante en la vida social, pero existen otros cuyo interés no deja de ser vital y cuyo funcionamiento no está, sin embargo, asegurado de semejante manera. Si el cerebro tiene su importancia, el estómago es un órgano también esencial, y las enfermedades del uno son amenazas para la vida, como las del otro. ¿A que viene ese privilegio en favor de lo que suele llamarse el cerebro social?

La dificultad se resuelve fácilmente si se nota que, donde quiera que un poder director se establece, su primera y prin-

principal función es hacer respetar las creencias, las tradiciones, las prácticas colectivas, es decir, defender la conciencia común contra todos los enemigos de dentro y de fuera. Se convierte así en símbolo, en expresión viviente, a los ojos de todos. De esta manera la vida que en ella existe se le comunica, como las afinidades de ideas se comunican a las palabras que las representan, y he aquí cómo adquiere un carácter excepcional. No es ya una función social más o menos importante, es la encarnación del tipo colectivo. Participa, pues, de la autoridad que este último ejerce sobre las conciencias, y de ahí le viene su fuerza. Sólo que, una vez que ésta se ha constituido, sin que por eso se independice de la fuente de donde mana y en que continúa alimentándose, se convierte en un factor autónomo de la vida social, capaz de producir espontáneamente movimientos propios que no determina ninguna impulsión externa, precisamente a causa de esta supremacía que ha conquistado. Como, por otra parte, no es más que una derivación de la fuerza que se halla inmanente en la conciencia común, tiene necesariamente las mismas propiedades y reacciona de la misma manera, aun cuando esta última no reaccione por completo al unísono. Rechaza, pues, toda fuerza antagónica como haría el alma difusa de la sociedad, aun cuando ésta no siente ese antagonismo, o no lo siente tan vivamente, es decir, que señala como crímenes actos que la hieren sin a la vez herir en el mismo grado los sentimientos colectivos. Pero de estos últimos recibe toda la energía que le permite crear crímenes y delitos. Aparte de que no puede proceder de otro sitio y que, además, no puede proceder de la nada, los hechos que siguen, que se desenvolverán ampliamente en la continuación de esta obra, confirman la explicación. La extensión de la acción que el órgano de gobierno ejerce sobre el número y sobre la calificación de los actos criminales, depende de la fuerza que encubra. Esta, a su vez, puede medirse, bien por la extensión de la autoridad que desempeña sobre los ciudadanos, bien por el grado de gravedad reconocido a los crímenes dirigidos contra él (1). Ahora bien, ya veremos cómo en

(1) Por lo demás, cuando la multa es toda la pena, como no es más que una reparación cuyo importe es fijo, el acto se halla en los límites del derecho penal y del derecho restitutivo.

las sociedades inferiores esta autoridad es mayor y más elevada la gravedad, y, por otra parte, cómo esos mismos tipos sociales tienen más poder en la conciencia colectiva.

Hay, pues, que venir siempre a esta última; toda la criminalidad procede, directa o indirectamente, de ella. El crimen no es sólo una lesión de intereses, incluso graves, es una ofensa contra una autoridad en cierto modo transcendente. Ahora bien, experimentalmente, no hay fuerza moral superior al individuo, como no sea la fuerza colectiva.

Existe, por lo demás, una manera de fiscalizar el resultado a que acabamos de llegar. Lo que caracteriza al crimen es que determina la pena. Si nuestra definición, pues, del crimen es exacta, debe darnos cuenta de todas las características de la pena. Vamos a proceder a tal comprobación.

Pero antes es preciso señalar cuáles son esas características.

II

En primer lugar, la pena consiste en una reacción pasional. Esta característica se manifiesta tanto más cuanto se trata de sociedades menos civilizadas. En efecto, los pueblos primitivos castigan por castigar, hacen sufrir al culpable únicamente por hacerlo sufrir y sin esperar para ellos mismos ventaja alguna del sufrimiento que imponen. La prueba está en que no buscan ni castigar lo justo ni castigar útilmente, sino sólo castigar. Por eso castigan a los animales que han cometido el acto reprobado (1), e incluso a los seres inanimados que han sido el instrumento pasivo (2). Cuando la pena sólo se aplica a las personas, extiéndese con frecuencia más allá del culpable y va hasta alcanzar inocentes: a su mujer, a sus hijos, sus vecinos, etc. (3). Y es que la pasión,

(1) Véase *Exodo*, xxi, 28; *Lev.*, xx, 16.

(2) Por ejemplo, el cuchillo que ha servido para perpetrar el crimen.— Véase Post, *Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft*, I, 230-231.

(3) Véase *Exodo*, xx, 4 y 5; *Deuteronomio*, xii, 12-18; Thonissen, *Étu des sur l'histoire du droit criminel*, I, 70 y 178 y sigs.

que constituye el alma de la pena, no se detiene hasta después de agotada. Si, pues, ha destruído a quien más inmediatamente la ha suscitado, como le queden algunas fuerzas, se extiende más aún, de una manera completamente mecánica. Incluso cuando es lo bastante moderada para no coger más que al culpable, hace sentir su presencia por la tendencia que tiene a rebasar en gravedad el acto contra el cual reacciona. De ahí vienen los refinamientos de dolor agregados al último suplicio. En Roma todavía, debía el ladrón, no sólo devolver el objeto robado, sino además pagar una multa del doble o del cuádruple (1). ¿No es, además, la pena tan general del talión, una satisfacción concedida a la pasión de la venganza?

Pero hoy día, dicen, la pena ha cambiado de naturaleza; la sociedad ya no castiga por vengarse sino para defenderse. El dolor que inflige no es entre sus manos más que un instrumento metódico de protección. Castiga, no porque el castigo le ofrezca por sí mismo alguna satisfacción, sino a fin de que el temor de la pena paralice las malas voluntades. No es ya la cólera, sino la previsión reflexiva, la que determina la represión. Las observaciones precedentes no podrían, pues, generalizarse: sólo se referirían a la forma primitiva de la pena y no podrían extenderse a su forma actual.

Mas, para que haya derecho a distinguir tan radicalmente esas dos clases de penas, no basta comprobar su empleo en vista de fines diferentes. La naturaleza de una práctica no cambia necesariamente porque las intenciones conscientes de aquellos que la aplican se modifiquen. Pudo, en efecto, haber desempeñado otra vez el mismo papel, sin que se hubieran apercibido. En ese caso, ¿en razón a qué había de transformarse sólo por el hecho de que se da mejor cuenta de los efectos que produce? Se adapta a las nuevas condiciones de existencia que le han sido proporcionadas sin cambios esenciales. Tal es lo que sucede con la pena.

En efecto, es un error creer que la venganza es sólo una crueldad inútil. Es posible que en sí misma consista en una reacción mecánica y sin finalidad, en un movimiento pasional e ininteligente, en una necesidad no razonada de

(1) Walter, *ob. cit.*, párrafo 793.

destruir; pero, de hecho, lo que tiende a destruir era una amenaza para nosotros. Constituye, pues, en realidad, un verdadero acto de defensa, aun cuando instintivo e irreflexivo. No nos vengamos sino de lo que nos ha ocasionado un mal, y lo que nos ha causado un mal es siempre un peligro. El instinto de la venganza no es, en suma, más que el instinto de conservación exagerado por el peligro. Está muy lejos de haber tenido la venganza, en la historia de la humanidad, el papel negativo y estéril que se le atribuye. Es un arma defensiva que tiene su valor; sólo que es un arma grosera. Como no tiene conciencia de los servicios que automáticamente presta, no puede regularse en consecuencia; todo lo contrario, se extiende un poco al azar, dando gusto a causas ciegas que la empujan y sin que nada modere sus arrebatos. Actualmente, como ya conocemos el fin que queremos alcanzar, sabemos utilizar mejor los medios de que disponemos; nos protegemos con más método, y, por consiguiente, con más eficacia. Pero desde el principio se obtenía ese resultado, aun cuando de una manera más imperfecta. Entre la pena de hoy y la de antes no existe, pues, un abismo y, por consiguiente, no era necesario que la primera se convirtiera en otra cosa de lo que es, para acomodarse al papel que desempeña en nuestras sociedades civilizadas. Toda la diferencia procede de que produce sus efectos con una mayor conciencia de lo que hace. Ahora bien, aunque la conciencia individual o social no deja de tener influencia sobre la realidad que ilumina, no tiene el poder de cambiar la naturaleza. La estructura interna de los fenómenos sigue siendo la misma, que sean conscientes o no. Podemos, pues, contar con que los elementos esenciales de la pena son los mismos que antes.

Y, en efecto, la pena ha seguido siendo, al menos en parte, una obra de venganza. Se dice que no hacemos sufrir al culpable por hacerlo sufrir; no es menos verdad que encontramos justo que sufra. Tal vez estemos equivocados, pero no es eso lo que se discute. Por el momento buscamos definir la pena tal como ella es o ha sido, no tal como debe ser. Ahora bien, es indudable que esta expresión de venganza pública, que sin cesar aparece en el lenguaje de los tribunales, no es una vana palabra. Suponiendo que la pena pueda realmente servir para protegernos en lo porvenir, estimamos

que debe ser, ante todo, una *expiación* del pasado. Lo prueban las precauciones minuciosas que tomamos para proporcionarla tan exacta como sea posible en relación con la gravedad del crimen; serían inexplicables si no creyéramos que el culpable debe sufrir porque ha ocasionado el mal, y en la misma medida. En efecto, esta graduación no es necesaria si la pena no es más que un medio de defensa. Sin duda que para la sociedad habría un peligro en asimilar los atentados más graves a simples delitos; pero en que los segundos fueran asimilados a los primeros no habría, en la mayor parte de los casos, más que ventajas. Contra un enemigo nunca son pocas las precauciones a tomar. ¿Es que hay quien diga que los autores de las maldades más pequeñas son de naturaleza menos perversa y que, para neutralizar sus malos instintos, bastan penas menos fuertes? Pero si sus inclinaciones están menos viciadas, no dejan por eso de ser menos intensas. Los ladrones se hallan tan fuertemente inclinados al robo como los asesinos al homicidio; la resistencia que ofrecen los primeros no es inferior a la de los segundos, y, por consiguiente, para triunfar sobre ellos se deberá recurrir a los mismos medios. Si, como se ha dicho, se trata únicamente de rechazar una fuerza perjudicial por una fuerza contraria, la intensidad de la segunda debería medirse únicamente con arreglo a la intensidad de la primera, sin que la calidad de ésta entre en cuenta para nada. La escala penal no debería, pues, comprender más que un pequeño número de grados; la pena no debería variar sino según que el criminal se halle más o menos endurecido, y no según la naturaleza del acto criminal. Un ladrón incorregible sería tratado como un asesino incorregible. Ahora bien, de hecho, aun cuando se hubiera averiguado que un culpable es definitivamente incurable, nos sentiríamos todavía obligados a no aplicarle un castigo excesivo. Esta es la prueba de haber seguido fieles al principio del talión, aun cuando lo entendamos en un sentido más elevado que otras veces. No medimos ya de una manera tan material y grosera ni la extensión de la culpa, ni la del castigo; pero siempre pensamos que debe haber una ecuación entre ambos términos, séanos o no ventajoso establecer esta comparación. La pena ha seguido, pues, siendo para nosotros lo que era para nuestros padres. Es to-

avía un acto de venganza puesto que es un acto de *expiación*. Lo que nosotros vengamos, lo que el criminal expía, es el ultraje hecho a la moral.

Hay, sobre todo, una pena en la que ese carácter pasional se manifiesta más que en otras; trátase de la vergüenza, de la infamia que acompaña a la mayor parte de las penas y que crece al compás de ellas. Con frecuencia no sirve para nada. ¿A qué viene el deshonor a un hombre que no debe ya vivir más en la sociedad de sus semejantes y que, a mayor abundamiento, ha probado con su conducta que las amenazas más tremendas no bastarían a intimidarle? El deshonor se comprende cuando no hay otra pena, o bien como complemento de una pena material benigna; en el caso contrario, se castiga por partida doble. Cabe incluso decir que la sociedad no recurre a los castigos legales sino cuando los otros son insuficientes, pero, ¿por qué mantenerlos entonces? Constituyen una especie de suplicio suplementario y sin finalidad, o que no puede tener otra causa que la necesidad de compensar el mal por el mal. Son un producto de sentimientos instintivos, irresistibles, que alcanzan con frecuencia a inocentes; así ocurre que el lugar del crimen, los instrumentos que han servido para cometerlo, los parientes del culpable participan a veces del oprobio con que castigamos a este último. Ahora bien, las causas que determinan esta represión difusa son también las de la represión organizada que acompaña a la primera. Basta, además, con ver en los tribunales cómo funciona la pena para reconocer que el impulso es pasional por completo; pues a las pasiones es a quienes se dirige el magistrado que persigue y el abogado que defiende. Este busca excitar la simpatía por el culpable, aquél, despertar los sentimientos sociales que ha herido el acto criminal, y bajo la influencia de esas pasiones contrarias el juez se pronuncia.

Así, pues, la naturaleza de la pena no ha cambiado esencialmente. Todo cuanto puede decirse es que la necesidad de la venganza está mejor dirigida hoy que antes. El espíritu de previsión que se ha despertado no deja ya el campo tan libre a la acción ciega de la pasión; la contiene dentro de ciertos límites, se opone a las violencias absurdas, a los estragos sin

razón de ser. Más instruída, se derrama menos al azar; ya no se la ve, aun cuando sea para satisfacerse, volverse contra los inocentes. Pero sigue formando, sin embargo, el alma de la pena. Podemos, pues, decir que la pena consiste en una reacción pasional de intensidad graduada (1).

Pero ¿de dónde procede esa reacción? ¿Del individuo o de la sociedad?

Todo el mundo sabe que es la sociedad la que castiga; pero podría suceder que no fuese por su cuenta. Lo que pone fuera de duda el carácter social de la pena es que, una vez pronunciada, no puede levantarse sino por el Gobierno en nombre de la sociedad. Si ella fuera tan sólo una satisfacción concedida a los particulares, éstos serían siempre dueños de rebajarla: no se concibe un privilegio impuesto y al que el beneficiario no puede renunciar. Si únicamente la sociedad puede disponer la represión, es que es ella la afectada, aun cuando también lo sean los individuos, y el atentado dirigido contra ella es el que la pena reprime.

Sin embargo, se pueden citar los casos en que la ejecución de la pena depende de la voluntad de los particulares. En Roma, ciertos delitos se castigaban con una multa en provecho de la parte lesionada, la cual podía renunciar a ella o hacerla objeto de una transacción: tal ocurría con el robo no exteriorizado, la rapiña, la injuria, el daño causado injustamente (2). Esos delitos, que suelen llamarse privados (*delicta privata*), se oponían a los crímenes propiamente dichos, cuya represión se hacía a nombre de la ciudad. Se encuentra la misma distinción entre los griegos, entre los hebreos (3). En los pueblos más primitivos la pena parece ser, a veces, cosa más privada aún, como tiende a probarlo el empleo de

(1) Tal es, además, lo que reconocen incluso aquellos que encuentran incomprendible la idea de la expiación; pues su conclusión es que, para ser puesta en armonía con su doctrina, la concepción tradicional de la pena debería transformarse totalmente de arriba a abajo. Es que descansa, y ha descansado siempre, sobre el principio que combaten. (Véase Fouillé, *Science sociale*, págs. 307 y sigs.).

(2) Rein, *ob. cit.*, pág. 111.

(3) Entre los hebreos el robo, la violación de depósitos, el abuso de confianza y las lesiones se consideraban delitos privados.

la *vendetta*. Esas sociedades están compuestas de agregados elementales, de naturaleza casi familiar, y que se han designado con la cómoda expresión de *clans*. Ahora bien, cuando un atentado se comete por uno o varios miembros de un clan contra otro, es este último el que castiga por sí mismo la ofensa sufrida (1). Lo que más aumenta, al menos en apariencia, la importancia de esos hechos desde el punto de vista de la doctrina, es el haber sostenido con frecuencia que la *vendetta* había sido primitivamente la única forma de la pena; había, pues, consistido ésta, antes que nada, en actos de venganza privada. Pero entonces, si hoy la sociedad se encuentra armada con el derecho de castigar, no podrá esto ser, parécenos, sino en virtud de una especie de delegación de los individuos. No es más que su mandatario. Son los intereses de éstos últimos los que la sociedad en su lugar gestiona, probablemente porque los gestiona mejor, pero no son los suyos propios. Al principio se vengaban ellos mismos: ahora es ella quien los venga; pero como el derecho penal no puede haber cambiado de naturaleza a consecuencia de esa simple transmisión, nada tendrá entonces de propiamente social. Si la sociedad parece desempeñar aquí un papel preponderante, sólo es en sustitución de los individuos.

Pero, por muy extendida que esté tal teoría, es contraria a los hechos mejor establecidos. No se puede citar una sola sociedad en que la *vendetta* haya sido la forma primitiva de la pena. Por el contrario, es indudable que el derecho penal en su origen era esencialmente religioso. Es un hecho evidente para la India, para Judea, porque el derecho que allí se practicaba se consideraba revelado (2). En Egipto, los diez libros de Hermes, que contenían el derecho criminal con todas las demás leyes relativas al gobierno del Estado, se llamaban sacerdotales, y Elien afirma que, desde muy antiguo, los sacerdotes egipcios ejercieron el poder judicial (3).

(1) Ver especialmente Morgan, *Ancient Society*, Londres, 1870, página 76.

(2) En Judea, los jueces no eran sacerdotes, pero todo juez era el representante de Dios, el hombre de Dios (*Deuter.*, I, 17; *Exodo*, xxii, 28). En la India era el rey quien juzgaba, pero esta función era mirada como esencialmente religiosa (*Mamú*, VIII, v, 303-311).

(3) Thonissen, *Etudes sur l'histoire du droit criminel*, I, pág. 107.

Lo mismo ocurría en la antigua Germania (1), En Grecia la justicia era considerada como una emanación de Júpiter, y el sentimiento como una venganza del dios (2). En Roma, los orígenes religiosos del derecho penal se han siempre manifestado en tradiciones antiguas (3). en prácticas arcaicas que subsistieron hasta muy tarde y en la terminología jurídica misma (4). Ahora bien, la religión es una cosa esencialmente social. Lejos de perseguir fines individuales, ejerce sobre el individuo una presión en todo momento. Le obliga a prácticas que le molestan, a sacrificios, pequeños o grandes, que le cuestan. Debe tomar de sus bienes las ofrendas que está obligado a presentar a la divinidad; debe destinar del tiempo que dedica a sus trabajos o a sus distracciones los momentos necesarios para el cumplimiento de los ritos; debe imponerse toda una especie de privaciones que se le mandan, renunciar incluso a la vida si los dioses se lo ordenan. La vida religiosa es completamente de abnegación y de desinterés. Si, pues, el derecho criminal era primitivamente un derecho religioso, se puede estar seguro que los intereses que sirve son sociales. Son sus propias ofensas las que los dioses vengan con la pena y no las de los particulares; ahora bien, las ofensas contra los dioses son ofensas contra la sociedad.

Así, en las sociedades inferiores, los delitos más numerosos son los que lesionan la cosa pública: delitos contra la religión, contra las costumbres, contra la autoridad, etc. No hay más que ver en la Biblia, en el Código de Manú, en los monumentos que nos quedan del viejo derecho egipcio, el lugar relativamente pequeño dedicado a prescripciones protectoras de los individuos, y, por el contrario, el desenvolvimiento abundantísimo de la legislación represiva sobre las

(1) Zoepfl, *Deutsche Rechtsgeschichte*, pág. 909.

(2) «Es el hijo de Saturno, dice Hesiodo, el que ha dado a los hombres la justicia.» (*Travaux et Jours*, V, 279 y 280, edición Didot).— «Cuando los mortales se entregan.... a las acciones viciosas, Júpiter, a la larga, les infligirá un rápido castigo.» (*Ibid.*, 266. Cons. *Iliada*, XVI, 384 y siguientes.)

(3) Walter, *ob. cit.*, párrafo 788.

(4) Rein, *ob. cit.*, págs. 27-36.

diferentes formas del sacrilegio, las faltas a los diversos deberes religiosos, a las exigencias del ceremonial, etc. (1). A la vez, esos crímenes son los más severamente castigados. Entre los judíos, los atentados más abominables son los atentados contra la religión (2). Entre los antiguos germanos sólo dos crímenes se castigaban con la muerte, según Tácito: eran la traición y la desertión (3). Según Confucio y Meng-Tseu, la impiedad constituye una falta más grave que el asesinato (4). En Egipto el menor sacrilegio se castigaba con la muerte (5). En Roma, a la cabeza en la escala de los crímenes, se encuentra el *crimen perduellionis* (6).

Mas entonces, ¿qué significan esas penas privadas de las que antes poníamos ejemplos? Tienen una naturaleza mixta y poseen a la vez sanción represiva y sanción retributiva. Así el delito privado del derecho romano representa una especie de término medio entre el crimen propiamente dicho y la lesión puramente civil. Hay rasgos del uno y del otro y flota en los confines de ambos dominios. Es un delito en el sentido de que la sanción fijada por la ley no consiste simplemente en poner las cosas en su estado: el delincuente no está sólo obligado a reparar el mal causado, sino que encima debe además alguna cosa, una expiación. Sin embargo, no es completamente un delito, porque, si la sociedad es quien pronuncia la pena, no es dueña de aplicarla. Trátase de un derecho que aquélla confiere a la parte lesionada, la cual dispone libremente (7). De igual manera, la *vendetta*, evidentemente, es un castigo que la sociedad reconoce como legítimo, pero que deja a los particulares el cuidado de infligir. Estos hechos no hacen, pues, más que confirmar lo que hemos dicho sobre la naturaleza de la penalidad. Si esta especie de sanción intermedia es, en parte, una cosa privada, en la misma medida,

(1) Ver Thonnissen, *passim*.

(2) Munck, *Palestine*, pág. 216.

(3) *Germania*, XII.

(4) Plath, *Gesetz und Recht im alten China*, 1865, 69 y 70.

(5) Thonissen, *ob. cit.*, I, 145.

(6) Walter, *ob. cit.*, párrafo 803.

(7) Sin embargo, lo que acentúa el carácter penal del delito privado es que lleva la infamia, verdadera pena pública (ver Rein, *ob. cit.*, pág. 916, y Bouvy, *De l'infamie en droit-romain*, Paris, 1884, 35).

no es una pena. El carácter penal hállase tanto menos pronunciado cuanto el carácter social se encuentra más difuso, y a la inversa. La venganza privada no es, pues, el prototipo de la pena; al contrario, no es más que una pena imperfecta. Lejos de haber sido los atentados contra las personas los primeros que fueron reprimidos, en el origen tan sólo se hallaban en el umbral del derecho penal. No se han elevado en la escala de la criminalidad sino a medida que la sociedad más se ha ido resistiendo a ellos, y esta operación, que no tenemos por qué describir, no se ha reducido, ciertamente, a una simple transferencia. Todo lo contrario, la historia de esta penalidad no es más que una serie continua de usurpaciones de la sociedad sobre el individuo o más bien sobre los grupos elementales que encierra en su seno, y el resultado de esas usurpaciones es ir poniendo, cada vez más, en el lugar del derecho de los particulares el de la sociedad (1).

Pero las características precedentes corresponden lo mismo a la represión difusa que sigue a las acciones simplemente inmorales, que a la represión legal. Lo que distingue a esta última es, según hemos dicho, el estar organizada; mas ¿en qué consiste esta organización?

Cuando se piensa en el derecho penal tal como funciona en nuestras sociedades actuales, represéntase uno un código en el que penas muy definidas hállanse ligadas a crímenes igualmente muy definidos. El juez dispone, sin duda, de una cierta libertad para aplicar a cada caso particular esas disposiciones generales; pero, dentro de estas líneas esenciales, la pena se halla predeterminada para cada categoría de actos defectuosos. Esa organización tan sabia no es, sin embargo, constitutiva de la pena, pues hay muchas sociedades en que la pena existe sin que se haya fijado por adelantado. En la Biblia se encuentran numerosas prohibiciones que son tan imperativas como sea posible y que, no obstante, no se encuentran sancionadas por ningún castigo expresamente for-

(1) En todo caso, importa señalar que la *vendetta* es cosa eminentemente colectiva. No es el individuo el que se venga, sino su clan; más tarde es al clan o a la familia a quien se paga la composición.

mulado. Su carácter penal no ofrece duda, pues si los textos son mudos en cuanto a la pena, expresan al mismo tiempo por el acto prohibido un horror tal que no se puede ni por un instante sospechar que hayan quedado sin castigo (1). Hay, pues, motivo para creer que ese silencio de la ley viene simplemente de que la represión no está determinada. Y, en efecto, muchos pasajes del *Pentateuco* nos enseñan que había actos cuyo valor criminal era indiscutible y con relación a los cuales la pena no estaba establecida sino por el juez que la aplicaba. La sociedad sabía bien que se encontraba en presencia de un crimen; pero la sanción penal que al mismo debía ligarse no estaba todavía definida (2). Además, incluso entre las penas que el legislador enuncia, hay muchas que no se especifican con precisión. Así, sabemos que había diferentes clases de suplicios a los cuales no se consideraba a un mismo nivel, y, por consiguiente, en multitud de casos los textos no hablaban más que de la muerte de una manera general, sin decir qué género de muerte se les debería aplicar. Según Sumner Maine, ocurría lo mismo en la Roma primitiva: los *crimina* eran perseguidos ante la asamblea del pueblo, que fijaba soberanamente la pena mediante una ley, al mismo tiempo que establecía la realidad del hecho inculcado (3). Por último, hasta el siglo *xvi* inclusive, el principio general de la penalidad «era que la aplicación se dejaba al arbitrio del juez, *arbitrio et officio iudicis*.... Solamente no le está permitido al juez inventar penas distintas de las usuales» (4). Otro efecto de este poder del juez consistía en que dependiera enteramente de su apreciación el crear figuras de delito, con lo cual la calificación del acto criminal quedaba siempre indeterminada (5).

(1) *Deuteronomio*, vi, 25.

(2) Habían encontrado un hombre recogiendo leña el día del sábado: «Aquellos que lo encontraron lo llevaron a Moisés y a Aaron y a toda la asamblea y le metieron en prisión, *pues no habían todavía declarado lo que debían hacerle*» (*Números*, xv, 32-36). Además, se trata de un hombre que había blasfemado el nombre de Dios. Los asistentes le detienen, pero no saben cómo debe ser tratado. Moisés mismo ignora y va a consultar al Eterno (*Lev.*, xxiv, 12-16).

(3) *Ancien Droit*, pág. 353.

(4) Du Boys, *Histoire du droit criminel des peuples modernes*, VI, 11.

(5) *Id.*, *ibid.*, 14.

La organización distintiva de ese género de represión no consiste, pues, en la reglamentación de la pena. Tampoco consiste en la institución de un procedimiento criminal; los hechos que acabamos de citar demuestran suficientemente que durante mucho tiempo no ha existido. La única organización que se encuentra en todas partes donde existe la pena propiamente dicha, se reduce, pues, al establecimiento de un tribunal. Sea cual fuere la manera como se componga, comprenda a todo el pueblo o sólo a unos elegidos, siga o no un procedimiento regular en la instrucción del asunto como en la aplicación de la pena, sólo por el hecho de que la infracción, en lugar de ser juzgada por cada uno se someta a la apreciación de un cuerpo constituido, y que la reacción colectiva tenga por intermediario un órgano definido, deja de ser difusa: es organizada. La organización podrá ser más completa, pero existe desde ese momento.

La pena consiste, pues, esencialmente en una reacción pasional, de intensidad graduada, que la sociedad ejerce por intermedio de un cuerpo constituido sobre aquellos de sus miembros que han violado ciertas reglas de conducta.

Ahora bien, la definición que hemos dado del crimen da cuenta con claridad de todos esos caracteres de la pena

III

Todo estado vigoroso de la conciencia es una fuente de vida; constituye un factor esencial de nuestra vitalidad general. Por consiguiente, todo lo que tiende a debilitarla nos disminuye y nos deprime; trae como consecuencia una impresión de perturbación y de malestar análogo al que sentimos cuando una función importante se suspende o se debilita. Es inevitable, pues, que reaccionemos enérgicamente contra la causa que nos amenaza de una tal disminución, que nos esforcemos en ponerla a un lado, a fin de mantener la integridad de nuestra conciencia.

Entre las causas que producen ese resultado hay que poner en primera línea la representación de un estado contrario. Una representación no es, en efecto, una simple imagen de la realidad, una sombra inerte proyectada en nosotros por las cosas; es una fuerza que suscita en su alrededor un torbellino de fenómenos orgánicos y físicos. No sólo la corriente nerviosa que acompaña a la formación de la idea irradia en los centros corticales en torno al punto en que ha tenido lugar el nacimiento y pasa de un plexus al otro, sino que repercute en los centros motores, donde determina movimientos, en los centros sensoriales, donde despierta imágenes; excita a veces comienzos de ilusiones y puede incluso afectar a funciones vegetativas (1); esta resonancia es tanto más de tener en cuenta cuanto que la representación es en la misma más intensa, que el elemento emocional está más desenvuelto. Así la representación de un sentimiento contrario al nuestro actúa en nosotros en el mismo sentido y de la misma manera que el sentimiento que sustituye; es como si él mismo hubiera entrado en nuestra conciencia. Tiene en efecto, las mismas afinidades, aunque menos vivas; tiende a despertar las mismas ideas, los mismos movimientos, las mismas emociones. Opone, pues, una resistencia al juego de nuestros sentimientos personales, y, por consecuencia, lo debilita, atrayendo en una dirección contraria toda una parte de nuestra energía. Es como si una fuerza extraña se hubiera introducido en nosotros en forma que desconcertare el libre funcionamiento de nuestra vida física. He aquí por qué una convicción opuesta a la nuestra no puede manifestarse ante nosotros sin perturbarnos; y es que, de un solo golpe, penetra en nosotros y, hallándose en antagonismo con todo lo que encuentra, determina verdaderos desórdenes. Sin duda que, mientras el conflicto estalla sólo entre ideas abstractas, no es muy doloroso, porque no es muy profundo. La región de esas ideas es a la vez la más elevada y la más superficial de la conciencia, y los cambios que en ella sobrevienen, no teniendo repercusiones extensas, no nos afectan sino débilmente. Pero, cuando se trata de una creencia que nos es querida, no permitimos, o no podemos permitir, que

(1) Véase Maudsley, *Physiologie de l'esprit*, trad. franc., pág. 270.

se ponga impunemente mano en ella. Toda ofensa dirigida contra la misma suscita una reacción emocional, más o menos violenta, que se vuelve contra el ofensor. Nos encolerizamos, nos indignamos con él, le queremos mal, y los sentimientos así suscitados no pueden traducirse en actos; le huímos, le tenemos a distancia, le desterramos de nuestra sociedad, etc.

No pretendemos, sin duda, que toda convicción fuerte sea necesariamente intolerante; la observación corriente basta para demostrar lo contrario. Pero ocurre que causas exteriores neutralizan, entonces, aquellas cuyos efectos acabamos de analizar. Por ejemplo, puede haber entre adversarios una simpatía general que contenga su antagonismo y que lo atenúe. Pero es preciso que esta simpatía sea más fuerte que su antagonismo; de otra manera no le sobrevive. O bien, las dos partes renuncian a la lucha cuando averiguan que no puede conducir a ningún resultado, y se contentan con mantener sus situaciones respectivas; se toleran mutuamente al no poderse destruir. La tolerancia recíproca, que a veces cierra las guerras de religión, con frecuencia es de esta naturaleza. En todos estos casos, si el conflicto de los sentimientos no engendra esas consecuencias naturales, no es que las encubra; es que está impedido de producirlas.

Además, son útiles y al mismo tiempo necesarias. Aparte de derivar forzosamente de causas que las producen, contribuyen también a mantenerlas. Todas esas emociones violentas constituyen, en realidad, un llamamiento de fuerzas suplementarias que vienen a dar al sentimiento atacado la energía que le proporciona la contradicción. Se ha dicho a veces que la cólera era inútil porque no era más que una pasión destructiva, pero esto es no verla más que en uno de sus aspectos. De hecho consiste en una sobreexcitación de fuerzas latentes y disponibles, que vienen a ayudar nuestro sentimiento personal a hacer frente a los peligros, reforzándolo. En el estado de paz, si es que así puede hablarse, no se halla éste con armas suficientes para la lucha; correría, pues, el riesgo de sucumbir si reservas pasionales no entran en línea en el momento deseado; la cólera no es otra cosa que una movilización de esas reservas. Puede incluso ocurrir que, por

exceder los socorros así evocados a las necesidades, la discusión tenga por efecto afirmarnos más en nuestras convicciones, lejos de quebrantarnos.

Ahora bien, sabido es el grado de energía que puede adquirir una creencia o un sentimiento sólo por el hecho de ser sentido por una misma comunidad de hombres, en relación unos con otros; las causas de ese fenómeno son hoy día bien conocidas (1). De igual manera que los estados de conciencia contrarios se debilitan recíprocamente, los estados de conciencia idénticos, intercambiándose, se refuerzan unos a otros. Mientras los primeros se sostienen, los segundos se adicionan. Si alguno expresa ante nosotros una idea que era ya nuestra, la representación que nos formamos viene a agregarse a nuestra propia idea, se superpone a ella, se confunde con ella, le comunica lo que tiene de vitalidad; de esta fusión surge una nueva idea que absorbe las precedentes y que, como consecuencia, es más viva que cada una de ellas tomada aisladamente. He aquí por qué, en las asambleas numerosas, una emoción puede adquirir una tal violencia; es que la vivacidad con que se produce en cada conciencia se refleja en las otras. No es ya ni necesario que experimentemos por nosotros mismos, en virtud sólo de nuestra naturaleza individual, un sentimiento colectivo para que adquiera en nosotros una intensidad semejante, pues lo que le agregamos es, en suma, bien poca cosa. Basta con que no seamos un terreno muy refractario para que, penetrando del exterior con la fuerza que desde sus orígenes posee, se imponga a nosotros. Si, pues, los sentimientos que ofende el crimen son, en el seno de una misma sociedad, los más universalmente colectivos que puede haber; si, pues, son incluso estados particularmente fuertes de la conciencia común, es imposible que toleren la contradicción. Sobre todo si esta contradicción no es puramente teórica, si se afirma, no sólo con palabras, sino con actos, como entonces llega a su *maximum*, no podemos dejar de resistirnos contra ella con pasión. Un simple poner las cosas en la situación de orden perturbada no nos basta: necesitamos una satisfacción más violenta. La fuerza contra la cual el crimen viene a chocar es demasiado intensa

(1) Ver Espinas, *Sociétés animales, passim*, París, Alcan.

para reaccionar con tanta moderación. No lo podría hacer, además, sin debilitarse, ya que, gracias a la intensidad de la reacción, se rehace y se mantiene en el mismo grado de energía.

Puede así explicarse una característica de esta reacción, que con frecuencia se ha señalado como irracional. Es indudable que en el fondo de la noción de expiación existe la idea de una satisfacción concedida a algún poder, real o ideal, superior a nosotros. Cuando reclamamos la represión del crimen no somos nosotros los que nos queremos personalmente vengar, sino algo ya consagrado que más o menos confusamente sentimos fuera y por encima de nosotros. Esta cosa la concebimos de diferentes maneras, según los tiempos y medios; a veces es una simple idea, como la moral, el deber; con frecuencia nos la representamos bajo la forma de uno o de varios seres concretos: los antepasados, la divinidad. He aquí por qué el derecho penal, no sólo es esencialmente religioso en su origen, sino que siempre guarda una cierta señal todavía de religiosidad: es que los actos que castiga parece como si fueran atentados contra alguna cosa transcendental, ser o concepto. Por esta misma razón nos explicamos a nosotros mismos cómo nos parecen reclamar una sanción superior a la simple reparación con que nos contentamos en el orden de los intereses puramente humanos.

Seguramente esta representación es ilusoria; somos nosotros los que nos vengamos en cierto sentido, nosotros los que nos satisfacemos, puesto que es en nosotros, y sólo en nosotros, donde los sentimientos ofendidos se encuentran. Pero esta ilusión es necesaria. Como, a consecuencia de su origen colectivo, de su universalidad, de su permanencia en la duración, de su intensidad intrínseca, esos sentimientos tienen una fuerza excepcional, se separan radicalmente del resto de nuestra conciencia, en la que los estados son mucho más débiles. Nos dominan, tienen, por así decirlo, algo de sobrehumano y, al mismo tiempo, nos ligan a objetos que se encuentran fuera de nuestra vida temporal. Nos parecen, pues, como el eco en nosotros de una fuerza que nos es extraña y que, además, nos es superior. Así, hallámonos necesitados de proyectarlos fuera de nosotros, de referir a cualquier objeto exterior cuanto les concierne; sabemos hoy

día cómo se hacen esas alienaciones parciales de la personalidad. Ese milagro es hasta tal punto inevitable que, bajo una forma u otra, se producirá mientras exista un sistema represivo. Pues, para que otra cosa ocurriera, sería preciso que no hubiera en nosotros más que sentimientos colectivos de una intensidad mediocre, y en ese caso no existiría más la pena. ¿Se dirá que el error disiparía por sí mismo en cuanto los hombres hubieran adquirido conciencia de él? Pero, por más que sepamos que el sol es un globo inmenso, siempre lo veremos bajo el aspecto de un disco de algunas pulgadas. El entendimiento puede, sin duda, enseñarnos a interpretar nuestras sensaciones; no puede cambiarlas. Por lo demás, el error sólo es parcial. Puesto que esos sentimientos son colectivos, no es a nosotros lo que en nosotros representan, sino a la sociedad. Al vengarlos, pues, es ella y no nosotros quienes nos vengamos, y, por otra parte, es algo superior al individuo. No hay, pues, razón para aferrarse a ese carácter casi religioso de la expiación, para hacer de ella una especie de superfecundación parásita. Es, por el contrario, un elemento integrante de la pena. Sin duda que no expresa su naturaleza más que de una manera metafórica, pero la metáfora no deja de ser verdad.

Por otra parte, se comprende que la reacción penal no sea uniforme en todos los casos, puesto que las emociones que la determinan no son siempre las mismas. En efecto, son más o menos vivas según la vivacidad del sentimiento herido y también según la gravedad de la ofensa sufrida. Un estado fuerte reacciona más que un estado débil, y dos estados de la misma intensidad reaccionan desigualmente, según que han sido o no más o menos violentamente contradichos. Esas variaciones se producen necesariamente, y además son útiles, pues es bueno que el llamamiento de fuerzas se halle en relación con la importancia del peligro. Demasiado débil, sería insuficiente; demasiado violento, sería una pérdida inútil. Puesto que la gravedad del acto criminal varía en función a los mismos factores, la proporcionalidad que por todas partes se observa entre el crimen y el castigo se establece, pues, con una espontaneidad mecánica, sin que sea necesario hacer cálculos complicados para calcularla. Lo que hace la graduación de los crímenes es también lo que hace la de las

penas; las dos escalas no pueden, por consiguiente, dejar de corresponderse, y esta correspondencia, para ser necesaria, no deja al mismo tiempo de ser útil.

En cuanto al carácter social de esta reacción, deriva de la naturaleza social de los sentimientos ofendidos. Por el hecho de encontrarse éstos en todas las conciencias, la infracción cometida suscita en todos los que son testigos o que conocen la existencia una misma indignación. Alcanza a todo el mundo, por consiguiente, todo el mundo se resiste contra el ataque. No sólo la reacción es general sino que es colectiva, lo que no es la misma cosa; no se produce aisladamente en cada uno, sino con un conjunto y una unidad que varían, por lo demás, según los casos. En efecto, de igual manera que los sentimientos contrarios se repelen, los sentimientos semejantes se atraen, y esto con tanta mayor fuerza cuanto más intensos son. Como la contradicción es un peligro que los exaspera, amplifica su fuerza de atracción. Jamás se experimenta tanta necesidad de volver a ver a sus compatriotas como cuando se está en país extranjero; jamás el creyente se siente tan fuertemente llevado hacia sus correligionarios como en las épocas de persecución. Sin duda que en cualquier momento nos agrada la compañía de los que piensan y sienten como nosotros; pero no sólo con placer sino con pasión los buscamos al salir de discusiones en las que nuestras creencias comunes han sido vivamente combatidas. El crimen, pues, aproxima a las conciencias honradas y las concentra. No hay más que ver lo que se produce, sobre todo en una pequeña ciudad, cuando se comete algún escándalo moral. Las gentes se detienen en las calles, se visitan, se encuentran en lugares convenidos para hablar del acontecimiento, y se indignan en común. De todas esas impresiones similares que se cambian, de todas las cóleras que se manifiestan, se desprende una cólera única, más o menos determinada según los casos, que es la de todo el mundo sin ser la de una persona en particular. Es la cólera pública.

Sólo ella, por lo demás, puede servir para algo. En efecto, los sentimientos que están en juego sacan toda su fuerza del hecho de ser comunes a todo el mundo; son enérgicos porque son indiscutidos. El respeto particular de que son

objeto se debe al hecho de ser universalmente respetados. Ahora bien, el crimen no es posible como ese respeto no sea verdaderamente universal; por consecuencia, supone que no son absolutamente colectivos y corta esa unanimidad origen de su autoridad. Si, pues, cuando se produce, las conciencias que hiere no se unieran para testimoniarse las unas a las otras que permanecen en comunidad, que ese caso particular es una anomalía, a la larga podrían sufrir un quebranto. Es preciso que se reconforten, asegurándose mutuamente que están siempre unidas; el único medio para esto es que reaccionen en común. En una palabra, puesto que es la conciencia común la que ha sufrido el atentado, es preciso que sea ella la que resista, y, por consiguiente, que la resistencia sea colectiva.

Sólo nos resta que decir por qué se organiza.

Esta última característica se explica observando que la represión organizada no se opone a la represión difusa, sino que sólo las distinguen diferencias de detalle: la reacción tiene en aquélla más unidad. Ahora bien, la mayor intensidad y la naturaleza más definida de los sentimientos que venga la pena propiamente dicha, hacen que pueda uno darse cuenta con más facilidad de esta unificación perfeccionada. En efecto, si la situación negada es débil, o si se la niega débilmente, no puede determinar más que una débil concentración de las conciencias ultrajadas; por el contrario, si es fuerte, si la ofensa es grave, todo el grupo afectado se contrae ante el peligro y se repliega, por así decirlo, en sí mismo. No se contenta ya con cambiar impresiones cuando la ocasión se presenta, de acercarse a este lado o al otro, según la casualidad lo impone o la mayor comodidad de los encuentros, sino que la emoción que sucesivamente ha ido ganando a las gentes empuja violentamente unos hacia otros a aquellos que se asemejan y los reúne en un mismo lugar. Esta concentración material del agregado, haciendo más íntima la penetración mutua de los espíritus, hace así más fáciles todos los movimientos de conjunto; las reacciones emocionales, de las que es teatro cada conciencia, hállanse, pues, en las más favorables condiciones para unificarse. Sin embargo, si fueran muy diversas, bien en cantidad, bien en

calidad, sería imposible una fusión completa entre esos elementos parcialmente heterogéneos e irreducibles. Mas sabemos que los sentimientos que los determinan están hoy definidos y son, por consiguiente, muy uniformes. Participan, pues, de la misma uniformidad y, por consiguiente, vienen con toda naturalidad a perderse unos en otros, a confundirse en una resultante única que les sirve de sustitutivo y que se ejerce, no por cada uno aisladamente, sino por el cuerpo social así constituido.

Hechos abundantes tienden a probar que tal fué, históricamente, la génesis de la pena. Sábese, en efecto, que en el origen era la asamblea del pueblo entera la que ejercía la función de tribunal. Si nos referimos inclusive a los ejemplos que hemos citado un poco más arriba del *Pentateuco* (1), puede verse que las cosas suceden tal y como acabamos de describirlas. Desde que se ha extendido la noticia del crimen, el pueblo se reúne, y, aunque la pena no se halle predeterminada, la reacción se efectúa con unidad. En ciertos casos era el pueblo mismo el que ejecutaba colectivamente la sentencia, tan pronto como había sido pronunciada (2). Más tarde, allí donde la asamblea encarna en la persona de un jefe, conviértese éste, total o parcialmente, en órgano de la reacción penal, y la organización se prosigue de acuerdo con las leyes generales de todo desenvolvimiento orgánico.

No cabe duda, pues, que la naturaleza de los sentimientos colectivos es la que da cuenta de la pena y, por consiguiente, del crimen. Además, de nuevo vemos que el poder de reacción de que disponen las funciones gubernamentales, una vez que han hecho su aparición, no es más que una emanación del que se halla difuso en la sociedad, puesto que nace de él. El uno no es sino reflejo del otro; varía la extensión del primero como la del segundo. Añadamos, por otra parte, que la institución de ese poder sirve para mantener la conciencia común misma, pues se debilitaría si el órgano que la representa no participare del respeto que inspira y de la autoridad particular que ejerce. Ahora bien, no puede par-

(1) Ver antes pág. 112, nota 2.

(2) Ver Thonissen, *Etudes*, etc., II, págs. 30 y 232.—Los testigos del crimen gozaban a veces un papel preponderante en la ejecución.

ticipar sin que todos los actos que le ofenden sean rechazados y combatidos como aquellos que ofenden a la conciencia colectiva, y esto aun cuando no sea ella directamente afectada.

IV

El análisis de la pena ha confirmado así nuestra definición del crimen. Hemos comenzado por establecer en forma inductiva cómo éste consistía esencialmente en un acto contrario a los estados fuertes y definidos de la conciencia común; acabamos de ver que todos los caracteres de la pena derivan, en efecto, de esa naturaleza del crimen. Y ello es así, porque las reglas que la pena sanciona dan expresión a las semejanzas sociales más esenciales.

De esta manera se ve la especie de solidaridad que el derecho penal simboliza. Todo el mundo sabe, en efecto, que hay una cohesión social cuya causa se encuentra en una cierta conformidad de todas las conciencias particulares hacia un tipo común, que no es otro que el tipo psíquico de la sociedad. En esas condiciones, en efecto, no sólo todos los miembros del grupo se encuentran individualmente atraídos los unos hacia los otros porque se parecen, sino que se hallan también ligados a lo que constituye la condición de existencia de ese tipo colectivo, es decir, a la sociedad que forman por su reunión. No sólo los ciudadanos se aman y se buscan entre sí con preferencia a los extranjeros, sino que aman a su patria. La quieren como se quieren ellos mismos, procuran que no se destruya y que prospere, porque sin ella toda una parte de su vida psíquica encontraría limitado su funcionamiento. A la inversa, la sociedad procura que sus individuos presenten todas sus semejanzas fundamentales, porque es una condición de su cohesión. Hay en nosotros dos conciencias: una sólo contiene estados personales a cada uno de nosotros y que nos caracterizan, mientras que los estados que comprende la otra son comunes a toda la sociedad (1). La primera no representa sino

(1) Para simplificar la exposición, suponemos que el individuo no pertenece más que a una sociedad. De hecho formamos parte de muchos gru-

nuestra personalidad individual y la constituye; la segunda representa el tipo colectivo y, por consiguiente, la sociedad, sin la cual no existiría. Cuando uno de los elementos de esta última es el que determina nuestra conducta, no actuamos en vista de nuestro interés personal, sino que perseguimos fines colectivos. Ahora bien, aunque distintas, esas dos conciencias están ligadas una a otra, puesto que, en realidad, no son más que una, ya que sólo existe para ambas un único substrato orgánico. Son, pues, solidarias. De ahí resulta una solidaridad *sui generis* que, nacida de semejanzas, liga directamente al individuo a la sociedad; en el próximo capítulo podremos mostrar mejor el por qué nos proponemos llamarla mecánica. Esta solidaridad no consiste sólo en una unión general e indeterminada del individuo al grupo, sino que hace también que sea armónico el detalle de los movimientos. En efecto, como esos móviles colectivos son en todas partes los mismos, producen en todas partes los mismos efectos. Por consiguiente, siempre que entran en juego, las voluntades se mueven espontáneamente y con unidad en el mismo sentido.

Esta solidaridad es la que da expresión al derecho repressivo, al menos en lo que tiene de vital. En efecto, los actos que prohíbe y califica de crímenes son de dos clases: o bien manifiestan directamente una diferencia muy violenta contra el agente que los consume y el tipo colectivo, o bien ofenden al órgano de la conciencia común. En un caso, como en el otro, la fuerza ofendida por el crimen que la rechaza es la misma; es un producto de las semejanzas sociales más esenciales, y tiene por efecto mantener la cohesión social que resulta de esas semejanzas. Es esta fuerza la que el derecho penal protege contra toda debilidad, exigiendo a la vez de cada uno de nosotros un *mínimum* de semejanzas sin las que el individuo sería una amenaza para la unidad del cuerpo social, e imponiéndonos el respeto hacia el símbolo que expresa y resume esas semejanzas al mismo tiempo que las garantiza.

Así se explica que existieran actos que hayan sido con frecuencia reputados de criminales y, como tales, castigados sin

pos y hay en nosotros varias conciencias colectivas; pero esta complicación no cambia en nada la relación que estamos en camino de establecer.

que, por sí mismos, fueran perjudiciales para la sociedad. En efecto, al igual que el tipo individual, el tipo colectivo se ha formado bajo el imperio de causas muy diversas e incluso de encuentros fortuitos. Producto del desenvolvimiento histórico, lleva la señal de las circunstancias de toda especie que la sociedad ha atravesado en su historia. Sería milagroso que todo lo que en ella se encuentra estuviere ajustado a algún fin útil; no cabe que hayan dejado de introducirse en la misma elementos más o menos numerosos que no tienen relación alguna con la utilidad social. Entre las inclinaciones, las tendencias que el individuo ha recibido de sus antepasados o que él se ha formado en el transcurso del tiempo, muchas, indudablemente, no sirven para nada, o cuestan más de lo que proporcionan. Sin duda que en su mayoría no son perjudiciales, puesto que el ser, en esas condiciones, no podría vivir; pero hay algunas que se mantienen sin ser útiles, e incluso aquellas cuyos servicios ofrecen menos duda tienen con frecuencia una intensidad que no se halla en relación con su utilidad, porque, en parte, les viene de otras causas. Lo mismo ocurre con las pasiones colectivas. Todos los actos que las hieren no son, pues, peligrosos en sí mismos o, cuando menos, no son tan peligrosos como son reprobados. Sin embargo, la reprobación de que son objeto no deja de tener una razón de ser, pues, sea cual fuere el origen de esos sentimientos, una vez que forman parte del tipo colectivo, y sobre todo si son elementos esenciales del mismo, todo lo que contribuye a quebrantarlos quebranta a la vez la cohesión social y compromete a la sociedad. Su nacimiento no reportaba ninguna utilidad; pero, una vez que ya se sostienen, se hace necesario que persistan a pesar de su irracionalidad. He aquí por qué es bueno, en general, que los actos que les ofenden no sean tolerados. No cabe duda que, razonando abstractamente, se puede muy bien demostrar que no hay razón para que una sociedad prohíba el comer determinada carne, en sí misma inofensiva. Pero, una vez que el horror por ese alimento se ha convertido en parte integrante de la conciencia común, no puede desaparecer sin que el lazo social se afloje, y eso es precisamente lo que las conciencias sanas sienten de una manera vaga (1).

(1) No quiere esto decir que sea preciso, a pesar de todo, conservar

Lo mismo ocurre con la pena. Aunque procede de una reacción absolutamente mecánica, de movimientos pasionales y en gran parte irreflexivos, no deja de desempeñar un papel útil. Sólo que ese papel no lo desempeña allí donde de ordinario se le ve. No sirve, o no sirve sino muy secundariamente, para corregir al culpable o para intimidar a sus posibles imitadores; desde este doble punto de vista su eficacia es justamente dudosa, y, en todo caso, mediocre. Su verdadera función es mantener intacta la cohesión social, conservando en toda su vitalidad la conciencia común. Si se la negara de una manera categórica, perdería aquélla necesariamente su energía, como no viniera a compensar esta pérdida una reacción emocional de la comunidad, y resultaría entonces un aflojamiento de la solidaridad social. Es preciso, pues, que se afirme con estruendo desde el momento que se la contradice, y el único medio de afirmarse es expresar la aversión unánime que el crimen continúa inspirando, por medio de un acto auténtico, que sólo puede consistir en un dolor que se inflige al agente. Por eso, aun siendo un producto necesario de las causas que lo engendran, este dolor no es una crueldad gratuita. Es el signo que testimonia que los sentimientos colectivos son siempre colectivos, que la comunión de espíritus en una misma fe permanece intacta y por esa razón repara el mal que el crimen ha ocasionado a la sociedad. He aquí por qué hay razón en decir que el criminal debe sufrir en proporción a su crimen, y por qué las teorías que rehusan a la pena todo carácter expiatorio parecen a tantos espíritus subversiones del orden social. Y es que, en efecto, esas doctrinas no podrían practicarse sino en una sociedad en la que toda conciencia común estuviera casi abolida. Sin esta satisfacción necesaria, lo que llaman conciencia moral no podría conservarse. Cabe decir, sin que sea paradoja, que

una regla penal porque, en un momento dado, haya correspondido a algún sentimiento colectivo. No tiene razón de ser, como este último no se encuentre vivo y enérgico todavía. Si ha desaparecido o se ha debilitado, nada más vano, e incluso nada más perjudicial, que intentar mantenerlo artificialmente y por fuerza. Puede incluso suceder que sea preciso combatir una práctica que haya sido común, pero que ya no lo es y se opone al establecimiento de prácticas nuevas y necesarias. Pero no tenemos para qué entrar en esta cuestión de casuística.

el castigo está, sobre todo, destinado a actuar sobre las gentes honradas, pues, como sirve para curar las heridas ocasionadas a los sentimientos colectivos, no puede llenar su papel sino allí donde esos sentimientos existen y en la medida en que están vivos. Sin duda que, previniendo en los espíritus ya quebrantados un nuevo debilitamiento del alma colectiva, puede muy bien impedir a los atentados multiplicarse; pero este resultado, muy útil, desde luego, no es más que un contragolpe particular. En una palabra, para formarse una idea exacta de la pena, es preciso reconciliar las dos teorías contrarias que se han producido: la que ve en ella una expiación y la que hace de ella un arma de defensa social. Es indudable, en efecto, que tiene por función proteger la sociedad, pero por ser expiatoria precisamente; de otro lado, si debe ser expiatoria, ello no es porque, a consecuencia de no sé qué virtud mística, el dolor redima la falta, sino porque no puede producir su efecto socialmente útil más que con esa sola condición (1).

De este capítulo resulta que existe una solidaridad social que procede de que un cierto número de estados de conciencia son comunes a todos los miembros de la misma sociedad. Es la que, de una manera material, representa el derecho represivo, al menos en lo que tiene de esencial. La parte que ocupa en la integración general de la sociedad depende, evidentemente, de la extensión mayor o menor de la vida social que abarque y reglamente la conciencia común. Cuanto más relaciones diversas haya en las que esta última haga sentir su acción, más lazos crea también que unan el individuo al grupo; y más, por consiguiente, deriva la cohesión social de esta causa y lleva su marca. Pero, de otra parte, el número de esas relaciones es proporcional al de las reglas represivas; determinando qué fracción del edificio jurídico representa al derecho penal, calcularemos, pues, al mismo tiem-

(1) Al decir que la pena, tal como ella es, tiene una razón de ser, no queremos decir que sea perfecta y que no se pueda mejorar. Por el contrario, es a todas luces evidente que, siendo producida por causas en gran parte completamente mecánicas, no se puede hallar sino muy imperfectamente ajustada al papel que desempeña. Sólo se trata de una justificación lobal.

po, la importancia relativa de esta solidaridad. Es verdad que, al proceder de tal manera, no tendremos en cuenta ciertos elementos de la conciencia colectiva, que, a causa de su menor energía o de su indeterminación, permanecen extraños al derecho represivo, aun cuando contribuyan a asegurar la armonía social; son aquellos que protegen penas simplemente difusas. Lo mismo sucede en las otras partes del derecho. No existe ninguna que no venga a ser completada por las costumbres, y, como no hay razón para suponer que la relación entre el derecho y las costumbres no sea la misma en sus diferentes esferas, esta eliminación no hace que corran peligro de alterarse los resultados de nuestra comparación.

CAPITULO III

SOLIDARIDAD DEBIDA A LA DIVISIÓN DEL TRABAJO U ORGÁNICA

I

La naturaleza misma de la sanción restitutiva basta para mostrar que la solidaridad social a que corresponde ese derecho es de especie muy diferente.

Distingue a esta sanción el no ser expiatoria, el reducirse a un simple *volver las cosas a su estado*. No se impone, a quien ha violado el derecho o a quien lo ha desconocido, un sufrimiento proporcionado al perjuicio; se le condena, simplemente, a someterse. Si ha habido hechos consumados, el juez los restablece al estado en que debieran haberse encontrado. Dicta el derecho, no pronuncia penas. Los daños y perjuicios a que se condena un litigante no tienen carácter penal; es tan sólo un medio de volver sobre el pasado para restablecerlo en su forma normal, hasta donde sea posible. Es verdad que Tarde ha creído encontrar una especie de penalidad civil en la condena en costas, que siempre se impone a la parte que sucumbe (1). Pero, tomada en este sentido, la palabra no tiene más que un valor metafórico. Para que hubiere habido pena, sería preciso, cuando menos, que hubiere habido alguna proporción entre el castigo y la falta, y para eso sería necesario que el grado de gravedad de esta última fuera seriamente establecido. Ahora bien, de hecho, el que pierde el proceso paga los gastos, aun cuando sus intenciones hubieren sido puras, aun cuando no fuere culpable más que de ignorancia. Las razones de esta regla parecen ser, pues, otras muy diferentes:

(1) Tarde, *Criminalité comparée*, pág. 113, Paris, Alcan.

dado que la justicia no es gratuita, estimase equitativo que los gastos sean soportados por aquel que ha dado la ocasión. Es posible, además, que la perspectiva de estos gastos contenga al litigante temerario, pero esto no basta para crear una pena. El temor a la ruina, que de ordinario sigue a la pereza o a la negligencia, puede hacer al negociante activo y aplicado, y, sin embargo, la ruina no es, en el propio sentido de la palabra, la sanción penal de esas faltas.

El faltar a esas reglas ni siquiera se castiga con una pena difusa. El litigante que ha perdido su proceso no está deshonrado, su honor no está manchado. Podemos incluso imaginar que esas reglas sean otras de las que son, sin que esto nos irrite. La idea de que el homicidio pueda ser tolerado nos subleva, pero aceptamos sin inconveniente alguno que se modifique el derecho sucesorio y muchos hasta conciben que pueda ser suprimido. Se trata de una cuestión que no rehuimos discutir. Admitimos incluso sin esfuerzo que el derecho de servidumbre o el de usufructo se organice de otra manera, que las obligaciones del vendedor y del comprador se determinen en otra forma, que las funciones administrativas se distribuyan con arreglo a otros principios. Como esas prescripciones no corresponden en nosotros a sentimiento alguno, y como, generalmente, no conocemos científicamente sus razones de ser, puesto que esta ciencia no está hecha todavía, carecen de raíces en la mayor parte de nosotros. Sin duda hay excepciones. No toleramos la idea de que una obligación contraria a las costumbres u obtenida, ya por la violencia, ya por el fraude, pueda ligar a los contratantes. Así, cuando la opinión pública se encuentra en presencia de casos de ese género, se muestra menos indiferente de lo que acabamos de decir y agrava con su censura la sanción penal. Y es que los diferentes dominios de la vida moral no se hallan radicalmente separados unos de otros; al contrario, son continuos, y, por consiguiente, hay entre ellos regiones limítrofes en las que se encuentran a la vez caracteres diferentes. Sin embargo, la proposición precedente sigue siendo cierta en relación con la generalidad de los casos. Es prueba de que las reglas de sanción reformativa, o bien no forman parte en absoluto de la conciencia colectiva, o sólo constituyen estados

débiles. El derecho represivo corresponde a lo que es el corazón, el centro de la conciencia común; las reglas puramente morales constituyen ya una parte menos central; en fin, el derecho reformativo nace en regiones muy excéntricas para extenderse mucho más allá todavía. Cuanto más suyo llega a ser, más se aleja.

Esa característica se ha puesto de manifiesto por la manera como funciona. Mientras el derecho represivo tiende a permanecer difuso en la sociedad, el derecho reformativo se crea órganos cada vez más especiales: tribunales especiales, consejos de hombres buenos, tribunales administrativos de toda especie. Incluso en su parte más general, a saber, en el derecho civil, no se pone en ejercicio sino gracias a funcionarios particulares: magistrados, abogados, etc., que se han hecho aptos para esa función gracias a una cultura especializada.

Pero, aun cuando esas reglas se hallen más o menos fuera de la conciencia colectiva, no interesan sólo a los particulares. Si fuera así, el derecho reformativo nada tendría de común con la solidaridad social, pues las relaciones que regula ligarían a los individuos unos con otros sin por eso unirlos a la sociedad. Serían simples acontecimientos de la vida privada, como pasa, por ejemplo, con las relaciones de amistad. Pero no está ausente, ni mucho menos, la sociedad de esta esfera de la vida jurídica. Es verdad que, generalmente, no interviene por sí misma y en su propio nombre; es preciso que sea solicitada por los interesados. Mas, por el hecho de ser provocada, su intervención no deja menos de ser un engranaje esencial del mecanismo, ya que sólo ella es la que le hace funcionar. Es ella la que dicta el derecho, por el órgano de sus representantes.

Se ha sostenido, sin embargo, que esa función no tenía nada de propiamente social sino que se reducía a ser conciliadora de los intereses privados; que, por consiguiente, cualquier particular podía llenarla, y que si la sociedad se encargaba era tan sólo por razones de comodidad. Pero nada más inexacto que contemplar en la sociedad una especie de árbitro entre las partes. Cuando se ve llevada a intervenir no es con el fin de poner de acuerdo los intereses individuales; no busca cuál podrá ser la solución más ventajosa para los adversarios

y no les propone transacciones, sino que aplica al caso particular que le ha sido sometido las reglas generales y tradicionales del derecho. Ahora bien, el derecho es cosa social en primer lugar, y persigue un objeto completamente distinto al interés de los litigantes. El juez que examina una demanda de divorcio no se preocupa de saber si esta separación es verdaderamente deseable para los esposos, sino si las causas que se invocan entran en alguna de las categorías previstas por la ley.

Pero, para apreciar bien la importancia de la acción social, es preciso observarla, no sólo en el momento en que la sanción se aplica o en el que la acción perturbada se restablece, sino también cuando se instituye.

En efecto, es necesaria tanto para fundar como para modificar multitud de relaciones jurídicas que rigen ese derecho y que el consentimiento de los interesados no basta para crear ni para cambiar. Tales son, especialmente, las que se refieren al estado de las personas. Aunque el matrimonio sea un contrato, los esposos no pueden ni formalizarlo ni rescindirlo a su antojo. Lo mismo sucede con todas las demás relaciones domésticas, y, con mayor motivo, con todas aquellas que reglamenta el derecho administrativo. Es verdad que las obligaciones propiamente contractuales pueden anudarse y deshacerse sólo con el acuerdo de las voluntades. Pero es preciso no olvidar que, si el contrato tiene el poder de ligar a las partes, es la sociedad quien le comunica ese poder. Supongamos que no sancione las obligaciones contratadas; se convierten éstas en simples promesas que no tienen ya más que una autoridad moral (1). Todo contrato supone, pues, que detrás de las partes que se comprometen está la sociedad dispuesta a intervenir para hacer respetar los compromisos que se han adquirido; por eso no presta la sociedad esa fuerza obligatoria sino a los contratos que tienen, por sí mismos, un valor social, es decir, son conformes a las reglas de derecho. Ya veremos cómo incluso a veces su intervención es todavía más positiva. Se halla presente, pues, en todas las relaciones que determina el derecho restitutivo, in-

(1) Y aun esta autoridad moral viene de las costumbres, es decir, de la sociedad.

cluso en aquellas que parecen más privadas, y en las cuales su presencia, aun cuando no se sienta, al menos en el estado normal, no deja de ser menos esencial (1).

Como las reglas de sanción restitutiva son extrañas a la conciencia común, las relaciones que determinan no son de las que alcanzan indistintamente a todo el mundo; es decir, que se establecen inmediatamente, no entre el individuo y la sociedad, sino entre partes limitadas y especiales de la sociedad, a las cuales relacionan entre sí. Mas, por otra parte, como ésta no se halla ausente, es indispensable, sin duda, que más o menos se encuentre directamente interesada, que sienta el contragolpe. Entonces, según la vivacidad con que lo sienta, interviene de más cerca o de más lejos y con mayor o menor actividad, mediante órganos especiales encargados de representarla. Son, pues, bien diferentes estas relaciones de las que reglamenta el derecho represivo, ya que éstas ligan directamente, y sin intermediario, la conciencia particular con la conciencia colectiva, es decir, al individuo con la sociedad.

Pero esas relaciones pueden tomar dos formas muy diferentes: o bien son negativas y se reducen a una pura abstención, o bien son positivas o de cooperación. A las dos clases de reglas que determinan unas y otras corresponden dos clases de solidaridad social que es necesario distinguir.

II

La relación negativa que puede servir de tipo a las otras es la que une la cosa a la persona.

Las cosas, en efecto, forman parte de la sociedad al igual que las personas, y desempeñan en ella un papel específico; es necesario, por consiguiente, que sus relaciones con el organismo social se encuentren determinadas. Se puede, pues, decir que hay una solidaridad de las cosas cuya naturaleza es

(1) Debemos atenernos aquí a estas indicaciones generales, comunes a todas las formas del derecho restitutivo. Más adelante se verán (mismo libro, cap. VII) las pruebas numerosas de esta verdad en la parte de ese derecho que corresponde a la solidaridad que produce la división del trabajo.

lo bastante especial como para traducirse al exterior en consecuencias jurídicas de un carácter muy particular.

Los juriconsultos, en efecto, distinguen dos clases de derechos: a unos dan el nombre de reales; a otros, el de personales. El derecho de propiedad, la hipoteca, pertenecen a la primera especie; el derecho de crédito a la segunda. Lo que caracteriza a los derechos reales es que, por sí solos, dan nacimiento a un derecho de preferencia y de persecución de la cosa. En ese caso, el derecho que tengo sobre la cosa es exclusivo frente a cualquier otro que viniere a establecerse después del mío. Si, por ejemplo, un determinado bien hubiere sido sucesivamente hipotecado a dos acreedores, la segunda hipoteca en nada puede restringir los derechos de la primera. Por otra parte, si mi deudor enajena la cosa sobre la cual tengo un derecho de hipoteca, en nada se perjudica este derecho, pero el tercer adquirente está obligado, o a pagarme, o a perder lo que ha adquirido. Ahora bien, para que así suceda, es preciso que el lazo jurídico una directamente, y sin mediación de otra persona, esta cosa determinada y mi personalidad jurídica. Tal situación privilegiada es, pues, consecuencia de la solidaridad propia de las cosas. Por el contrario, cuando el derecho es personal, la persona que está obligada puede, contratando nuevas obligaciones, procurarme coacreedores cuyo derecho sea igual al mío, y, aunque yo tenga como garantías todos los bienes de mi deudor, si los enajena se escapan a mi garantía al salir de su patrimonio. La razón de lo expuesto hallámosla en que no existe relación especial entre esos bienes y mi derecho, sino entre la persona de su propietario y mi propia persona (1).

Bien se ve en qué consiste esta solidaridad real: refiere directamente las cosas a las personas y no las personas a las cosas. En rigor, se puede ejercer un derecho real creyéndose solo en el mundo, haciendo abstracción de los demás hombres. Por consiguiente, como sólo por intermedio de las personas es por

(1) Se ha dicho a veces que la condición de padre, de hijo, etc., eran objeto de derechos reales (ver Ortolán, *Instituts*, I, 660). Pero estas condiciones no son más que símbolos abstractos de derechos diversos, unos reales (por ejemplo, el derecho del padre sobre la fortuna de sus hijos menores), los otros personales.

donde las cosas se integran en la sociedad, la solidaridad que resulta de esta integración es por completo negativa. No hace que las voluntades se muevan hacia fines comunes, sino tan sólo que las cosas graviten con orden en torno a las voluntades. Por hallarse así limitados los derechos reales no entran en conflictos; están prevenidas las hostilidades, pero no hay curso activo, no hay *consensus*. Suponed un acuerdo semejante y tan perfecto como sea posible; la sociedad en que reine, si reina solo, se parecerá a una inmensa constelación, en la que cada astro se mueve en su órbita sin turbar los movimientos de los astros vecinos. Una solidaridad tal no hace con los elementos que relaciona un todo capaz de obrar con unidad; no contribuye en nada a la unidad del cuerpo social.

De acuerdo con lo que precede, es fácil determinar cuál es la parte del derecho restitutivo a que corresponde esta solidaridad: el conjunto de los derechos reales. Ahora bien, de la definición misma que se ha dado resulta que el derecho de propiedad es el tipo más perfecto. En efecto, la relación más completa que existe entre una cosa y una persona es aquella que pone a la primera bajo la entera dependencia de la segunda. Sólo que esta relación es muy compleja y los diversos elementos de que está formada pueden llegar a ser el objeto de otros tantos derechos reales secundarios, como el usufructo, la servidumbre, el uso y la habitación. Cabe, en suma, decir que los derechos reales comprenden al derecho de propiedad bajo sus diversas formas (propiedad literaria, artística, industrial, mueble e inmueble) y sus diferentes modalidades, tales como las reglamenta el libro segundo de nuestro Código civil. Fuera de este libro, nuestro derecho reconoce, además, otros cuatro derechos reales, pero que solo son auxiliares y sustitutos eventuales de derechos personales: la prenda, la anticresis, el privilegio y la hipoteca (artículos 2.071-2.203). Conviene añadir todo lo que se refiere al derecho sucesorio, al derecho de testar y, por consiguiente, a la ausencia, puesto que crea, cuando se la declara, una especie de sucesión provisoria. En efecto, la herencia es una cosa o un conjunto de cosas sobre las cuales los herederos o los legatarios tienen un derecho real, bien se adquiera éste *ipso facto* por la muerte del propietario, o bien no se abra sino a consecuencia de un acto judicial, como su-

cede a los herederos indirectos y a los legatarios a título particular. En todos esos casos, la relación jurídica se establece directamente, no entre una cosa y una persona, sino entre una persona y una cosa. Lo mismo sucede con la donación testamentaria, que no es más que el ejercicio del derecho real que el propietario tiene sobre sus bienes, o al menos sobre la porción que es de libre disposición.

Pero existen relaciones de persona a persona que, por no ser reales en absoluto, son, sin embargo, tan negativas como las precedentes y expresan una solidaridad de la misma clase.

En primer lugar, son las que dan ocasión al ejercicio de los derechos reales propiamente dichos. Es inevitable, en efecto, que el funcionamiento de estos últimos ponga a veces en presencia a las personas mismas que los detentan. Por ejemplo, cuando una cosa viene a agregarse a otra, el propietario de aquella que se reputa como principal se convierte al mismo tiempo en propietario de la segunda; pero «debe pagar al otro el valor de la cosa que se ha unido» (art. 566). Esta obligación es, evidentemente, personal. Igualmente, todo propietario de un muro medianero que quiere elevarlo de altura está obligado a pagar al copropietario una indemnización por la carga (art. 658). Un legatario a título particular está obligado a dirigirse al legatario a título universal para obtener la separación de la cosa legada, aunque tenga un derecho sobre ésta desde la muerte del testador (art. 1.014). Pero la solidaridad que estas relaciones exteriorizan no difiere de la que acabamos de hablar; sólo se establecen, en efecto, para reparar o prevenir una lesión. Si el poseedor de cada derecho pudiera siempre ejercitarlo sin traspasar jamás los límites, permaneciendo cada uno en su sitio, no habría lugar a comercio jurídico alguno. Pero, de hecho, sucede continuamente que esos diferentes derechos están de tal modo empotrados unos en otros, que no es posible hacer que uno se valore sin cometer una usurpación sobre los que lo limitan. En este caso, la cosa sobre la que tengo un derecho se encuentra en manos de otro; tal sucede con los legados. Por otra parte, no puedo gozar de mi derecho sin perjudicar el de otro; tal sucede con ciertas servidumbres. Son, pues, ne-

cesarias relaciones para reparar el perjuicio, o para impedirlo; pero no tienen nada de positivo. No hacen concurrir a las personas que ponen en contacto; no implican cooperación alguna; simplemente restauran o mantienen, dentro de las nuevas condiciones producidas, esta solidaridad negativa cuyo funcionamiento han venido a perturbar las circunstancias. Lejos de unir, no han hecho más que separar bien lo que está unido por la fuerza de las cosas, para restablecer los límites violados y volver a colocar a cada uno en su esfera propia. Son tan idénticos a las relaciones de la cosa con la persona, que los redactores del Código no les han hecho un lugar aparte, sino que los han tratado a la vez que los derechos reales.

En fin, las obligaciones que nacen del delito y del casi delito tienen exactamente el mismo carácter (1). En efecto, obligan a cada uno a reparar el daño causado por su falta en los intereses legítimos de otro. Son, pues, personales; pero la solidaridad a que corresponden es, evidentemente, negativa, ya que consiste, no en servir, sino en no originar daño. El lazo cuya ruptura someten a sanción es externo por completo. Toda la diferencia que existe entre esas relaciones y las precedentes está en que, en un caso, la ruptura proviene de una falta, y, en el otro, de circunstancias determinadas y previstas por la ley. Pero el orden perturbado es el mismo; resulta, no de un concurso, sino de una pura abstención (2). Por lo demás, los derechos cuya lesión da origen a esas obligaciones son ellos mismos reales, pues yo soy propietario de mi cuerpo, de mi salud, de mi honor, de mi reputación, con el mismo título y de la misma manera que las cosas materiales que me están sometidas.

En resumen, las reglas relativas a los derechos reales y a las relaciones personales que con ocasión de los mismos se es-

(1) Artículos 1.382-1.386 del Código civil.—Pueden añadirse los artículos sobre pago de lo indebido.

(2) El contratante que falta a sus compromisos está también obligado a indemnizar a la otra parte. Pero, en ese caso, los perjuicios-intereses sirven de sanción a un lazo positivo. No es por haber causado un perjuicio por lo que paga el que ha violado un contrato, sino por no haber cumplido la prestación prometida.

tablecen, forman un sistema definido que tiene por función, no el ligar unas a otras las diferentes partes de la sociedad, sino por el contrario, diferenciarlas, señalar netamente las barreras que las separan. No corresponden, pues, a un lazo social positivo; la misma expresión de solidaridad negativa de que nos hemos servido no es perfectamente exacta. No es una verdadera solidaridad, con una existencia propia y una naturaleza especial, sino más bien el lado negativo de toda especie de solidaridad. La primera condición para que un todo sea coherente es que las partes que lo componen no se tropiecen con movimientos discordantes. Pero esa concordancia externa no forma la cohesión, por el contrario, la supone. La solidaridad negativa no es posible más que allí donde existe otra, de naturaleza positiva, de la cual es, a la vez, la resultante y la condición.

En efecto, los derechos de los individuos, tanto sobre ellos mismos como sobre las cosas, no pueden determinarse sino gracias a compromisos y a concesiones mutuas, pues todo lo que se concede a los unos necesariamente lo abandonan los otros. A veces se ha dicho que era posible deducir la extensión normal del desenvolvimiento del individuo, ya del concepto de la personalidad humana (Kant), ya de la noción del organismo individual (Spencer). Es posible, aun cuando el rigor de esos razonamientos sea muy discutible. En todo caso lo cierto es que, en la realidad histórica, el orden moral no está basado en esas consideraciones abstractas. De hecho, para que el hombre reconociera derechos a otro, no sólo en la lógica sino en la práctica de la vida, ha sido preciso que consintiera en limitar los suyos, y, por consiguiente, esta limitación mutua no ha podido hacerse sino dentro de un espíritu de conformidad y concordia. Ahora bien, suponiendo una multitud de individuos sin lazos previos entre sí, ¿qué razón habrá podido empujarlos a esos sacrificios recíprocos? ¿La necesidad de vivir en paz? Pero la paz por sí misma no es cosa más deseable que la guerra. Tiene sus cargas y sus ventajas. ¿Es que no ha habido pueblos y es que no ha habido en todos los tiempos individuos para los cuales la guerra ha constituido una pasión? Los instintos a que responde no son menos fuertes que aquellos a que la paz satisface. Sin duda que la fatiga puede muy bien,

por algún tiempo, poner fin a las hostilidades, pero esta simple tregua no puede ser más duradera que la laxitud temporal que la determina. A mayor abundamiento, ocurre lo mismo con los desenlaces debidos al solo triunfo de la fuerza; son tan provisorios y precarios como los tratados que ponen fin a las guerras internacionales. Los hombres no tienen necesidad de paz sino en la medida en que están ya unidos por algún lazo de sociabilidad. En ese caso, en efecto, los sentimientos que los inclinan unos contra otros moderan con toda naturalidad los transportes del egoísmo, y, por otra parte, la sociedad que los envuelve, no pudiendo vivir sino a condición de no verse a cada instante sacudida por conflictos, gravita sobre ellos con todo su peso para obligarlos a que se hagan las concesiones necesarias. Verdad es que, a veces, se ve a sociedades independientes entenderse para determinar la extensión de sus derechos respectivos sobre las cosas, es decir, sobre sus territorios. Pero justamente la extrema inestabilidad de esas relaciones es la prueba mejor de que la solidaridad negativa no puede bastarse a sí sola. Si actualmente, entre pueblos cultos, parece tener más fuerza, si esa parte del derecho internacional, que regula lo que podríamos llamar derechos reales de las sociedades europeas, tiene quizá más autoridad que antes, es que las diferentes naciones de Europa son también mucho menos independientes unas de otras; y sucede así porque, en ciertos aspectos, forman todas parte de una misma sociedad todavía incoherente, es verdad, pero que adquiere cada vez más conciencia de sí. Lo que llaman equilibrio europeo es un comienzo de organización de esta sociedad.

Es costumbre distinguir con cuidado la justicia de la caridad, es decir, el simple respeto de los derechos de otro, de todo acto que sobrepase esta virtud puramente negativa. En esas dos prácticas diferentes se suele ver como dos capas independientes de la moral: la justicia, por sí sola, formaría los cimientos fundamentales; la caridad sería el coronamiento. La distinción es tan radical que, según los partidarios de una cierta moral, bastaría la justicia para el buen funcionamiento de la vida social; el desinterés reduciríase a una virtud privada, que es, para el particular, bueno que continúe, pero de la cual la sociedad puede muy bien prescindir. Muchos, inclu-

sive, no ven sin inquietud que intervenga en la vida pública. Se advertirá por lo que precede hasta qué punto tal concepción se halla muy poco de acuerdo con los hechos. En realidad, para que los hombres se reconozcan y se garanticen mutuamente los derechos, es preciso que se quieran, que, por una razón cualquiera, se sientan atraídos unos a otros y a una misma sociedad de que formen parte. La justicia está llena de caridad, o, tomando nuestras expresiones, la solidaridad negativa no es más que una emanación de otra solidaridad de naturaleza positiva: es la repercusión en la esfera de los derechos reales de sentimientos sociales que proceden de otra fuente. No tiene, pues, nada de específica, pero es el acompañamiento necesario de toda especie de solidaridad. Forzosamente se encuentra donde quiera los hombres vivan una vida común, bien resulte ésta de la división del trabajo social o de la atracción del semejante por el semejante.

III

Si se apartan del derecho restitutivo las reglas de que acaba de hablarse, lo que queda constituye un sistema no menos definido, que comprende al derecho de familia, al derecho contractual, al derecho comercial, al derecho de procedimientos, al derecho administrativo y constitucional. Las relaciones que los mismos regulan son de naturaleza muy diferente a las precedentes; expresan un concurso positivo, una cooperación que deriva esencialmente de la división del trabajo.

Las cuestiones que resuelve el derecho familiar pueden reducirse a los dos tipos siguientes:

1.º ¿Quién está encargado de las diferentes funciones domésticas? ¿Quién es el esposo, quién el padre, quién el hijo legítimo, quién el tutor, etc.?

2.º ¿Cuál es el tipo normal de esas funciones y de sus relaciones?

A la primera de estas cuestiones responden las disposiciones que determinan las cualidades y condiciones requeridas para concertar el matrimonio, las formalidades necesas-

rias para que el matrimonio sea válido, las condiciones de filiación legítima, natural, adoptiva, la manera de escoger tutor, etc.

Por el contrario, la segunda cuestión es la que resuelve los capítulos sobre derechos y deberes respectivos de los esposos, sobre el estado de sus relaciones en caso de divorcio, de nulidad de matrimonio, de separación de cuerpos y de bienes, sobre el poder paterno, sobre los efectos de la adopción, sobre la administración del tutor y sus relaciones con el pupilo, sobre la función a desempeñar por el consejo de familia frente al primero y frente al segundo, sobre la función de los parientes en caso de interdicción y de consejo judicial.

Esta parte del derecho civil tiene, pues, por objeto determinar la manera como se distribuyen las diferentes funciones familiares y lo que deban ser ellas en sus mutuas relaciones, es decir, pone de relieve la solidaridad particular que une entre sí a los miembros de la familia como consecuencia de la división del trabajo doméstico. Verdad es que no se está en manera alguna habituado a considerar la familia bajo este aspecto; lo más frecuente es creer que lo que hace la cohesión es exclusivamente la comunidad de sentimientos y de creencias. Hay, en efecto, tantas cosas comunes entre los miembros del grupo familiar, que el carácter especial de las tareas que corresponden a cada uno fácilmente se nos escapa; esto hacía decir a Comte que la unión doméstica excluye «todo pensamiento de cooperación directa y continua hacia un fin cualquiera» (1). Pero la organización jurídica de la familia, cuyas líneas esenciales acabamos de recordar sumariamente, demuestra la realidad de sus diferencias funcionales y su importancia. La historia de la familia, a partir de los orígenes, no es más que un movimiento ininterrumpido de disociación, en el transcurso del cual esas diversas funciones, primeramente indivisas y confundidas las unas con las otras, se han separado poco a poco, constituido aparte, repartido entre los diferentes parientes según su sexo, su edad, sus relaciones de dependencia, en forma que hacen de cada uno un funcionario especial de la

(1) *Cours de Philosophie positive*, IV, pág. 419.

sociedad doméstica (1). Lejos de ser sólo un fenómeno accesorio y secundario, esta división del trabajo familiar domina, por el contrario, todo el desenvolvimiento de la familia.

La relación de la división del trabajo con el derecho contractual no está menos acusada.

En efecto, el contrato es, por excelencia, la expresión jurídica de la cooperación. Es verdad que hay contratos llamados de beneficencia en que sólo se liga una de las partes. Si doy a otro alguna cosa sin condiciones, si me encargo gratuitamente de un depósito o de un mandato, resultan para mí obligaciones precisas y determinadas. Por consiguiente, no hay concurso propiamente dicho entre los contratantes, puesto que sólo de una parte están las cargas. Sin embargo, la cooperación no se halla ausente del fenómeno; sólo que es gratuita o unilateral. ¿Qué es, por ejemplo, la donación, sino un cambio sin obligaciones recíprocas? Esas clases de contratos no son, pues, más que una variedad de los contratos verdaderamente cooperativos.

Por lo demás, son muy raros, pues sólo por excepción los actos de fin benéfico necesitan la reglamentación legal. En cuanto a los otros contratos, que constituyen la inmensa mayoría, las obligaciones a que dan origen son correlativas, bien de obligaciones recíprocas, bien de prestaciones ya efectuadas. El compromiso de una parte resulta, o del compromiso adquirido por la otra, o de un servicio que ya ha prestado esta última (2). Ahora bien, esta reciprocidad no es posible más que allí donde hay cooperación, y ésta, a su vez, no marcha sin la división del trabajo. Cooperar, en efecto, no es más que distribuirse una tarea común. Si esta última está dividida en tareas cualitativamente similares, aunque indispensables unas a otras, hay división del trabajo simple o de primer grado. Si son de naturaleza diferente, hay división del trabajo compuesto, especialización propiamente dicha.

Esta última forma de cooperación es, además, la que con más frecuencia manifiesta el contrato. El único que tiene

(1) Véanse algunas ampliaciones sobre este punto, en este mismo libro, cap. VII.

(2) Por ejemplo, en el caso del préstamo con interés.

otra significación es el contrato de sociedad, y quizá también el contrato de matrimonio, en tanto en cuanto determina la parte contributiva de los esposos a los gastos del hogar. Además, para que así sea, es preciso que el contrato de sociedad ponga a todos los asociados a un mismo nivel, que sus aportaciones sean idénticas, que sus funciones sean las mismas, y ese es un caso que jamás se presenta exactamente en las relaciones matrimoniales, a consecuencia de la división del trabajo conyugal. Frente a esas especies raras, póngase la variedad de contratos cuyo objeto es amoldar, unas con otras, funciones especiales y diferentes: contratos entre el comprador y el vendedor, contratos de permuta, contratos entre patronos y obreros, entre arrendatario de la cosa y arrendador, entre el prestamista y el que pide prestado, entre el depositario y el depositante, entre el hostelero y el viajero, entre el mandatario y el mandante, entre el acreedor y el fiador, etc. De una manera general, el contrato es el símbolo del cambio; también Spencer ha podido, no sin justicia, calificar de contrato fisiológico el cambio de materiales que a cada instante se hace entre los diferentes órganos del cuerpo vivo (1). Ahora bien, está claro que el cambio supone siempre alguna división del trabajo más o menos desenvuelta. Es verdad que los contratos que acabamos de citar todavía tienen un carácter un poco general. Pero es preciso no olvidar que el derecho no traza más que los contornos generales, las grandes líneas de las relaciones sociales, aquellas que se encuentran siempre las mismas en contornos diferentes de la vida colectiva. Así, cada uno de esos tipos de contratos supone una multitud de otros, más particulares, de los cuales es como el sello común y que reglamenta de un solo golpe, pero en los que las relaciones se establecen entre funciones más especiales. Así, pues, a pesar de la simplicidad relativa de este esquema, basta para manifestar la extremada complejidad de los hechos que resume.

Esta especialización de funciones, por otra parte, es más inmediatamente ostensible en el Código de Comercio, que reglamenta, sobre todo, los contratos mercantiles especiales:

(1) *Bases de la morale évolutionniste*, pág. 124, Paris, Alcan.

contratos entre el comisionista y el comitente, entre el cargador y el porteador, entre el portador de la letra de cambio y el librador, entre el propietario del buque y sus acreedores, entre el primero y el capitán y la dotación del barco, entre el fletador y el fletante, entre el prestamista y el prestatario a la gruesa, entre el asegurador y el asegurado. Existe aquí también, por consiguiente, una gran separación entre la generalidad relativa de las prescripciones jurídicas y la diversidad de las funciones particulares cuyas relaciones regulan, como lo prueba el importante lugar dejado a la costumbre en el derecho comercial.

Cuando el Código de Comercio no reglamenta los contratos propiamente dichos, determina cuáles deben ser ciertas funciones especiales, como las del agente de cambio, del corredor, del capitán, del juez en caso de quiebra, con el fin de asegurar la solidaridad de todas las partes del aparato comercial.

El derecho procesal —trátase de procedimiento criminal, civil o comercial— desempeña el mismo papel en el edificio judicial. Las sanciones de todas las reglas jurídicas no pueden aplicarse sino gracias al concurso de un cierto número de funciones, funciones de los magistrados, de los defensores, de los abogados, de los jurados, de los demandantes y de los demandados, etc.; el procedimiento fija la manera cómo deben éstos entrar en función y en relaciones. Dice lo que deben ser y cuál la parte de cada uno en la vida general del órgano.

Nos parece que, en una clasificación racional de las reglas jurídicas, el derecho procesal debería considerarse como una variedad del derecho administrativo: no vemos qué diferencia radical separa a la administración de justicia del resto de la administración. Mas, independientemente de esta apreciación, el derecho administrativo propiamente dicho reglamenta las funciones mal definidas que se llaman administrativas (1), de la misma manera que el otro hace para las

(1) Conservamos la expresión empleada corrientemente; pero sería necesario definirla y no nos encontramos en estado de hacerlo. Párecenos, tomado en conjunto, que esas funciones son las que se encuentran inme-

judiciales. Determina su tipo normal y sus relaciones, ya de unas con otras, ya con las funciones difusas de la sociedad; bastaría tan sólo con apartar un cierto número de las reglas generalmente incluidas bajo esta denominación, aunque tengan un carácter penal (1). En fin, el derecho constitucional hace lo mismo con las funciones gubernamentales.

Extrañará, tal vez, contemplar reunidos en un mismo grupo al derecho administrativo y político y al que de ordinario se llama derecho privado. Pero, en primer lugar, esa aproximación se impone si se toma como base de la clasificación la naturaleza de las sensaciones, y no nos parece que sea posible tomar otra si se quiere proceder científicamente. Además, para separar completamente esas dos especies de derecho sería necesario admitir que existe verdaderamente un derecho privado, y nosotros creemos que todo el derecho es público porque todo el derecho es social. Todas las funciones de la sociedad son sociales, como todas las funciones del organismo son orgánicas. Las funciones económicas tienen ese carácter como las otras. Además, incluso entre las más difusas, no existe ninguna que no se halle más o menos sometida a la acción del aparato de gobierno. No hay, pues, entre ellas, desde ese punto de vista, más que diferencias de graduación.

En resumen, las relaciones que regula el derecho cooperativo de sanciones restitutivas y la solidaridad que exteriorizan, resultan de la división del trabajo social. Se explica además que, en general, las relaciones cooperativas no supongan otras sanciones. En efecto, está en la naturaleza de las tareas especiales el escapar a la acción de la conciencia colectiva, pues para que una cosa sea objeto de sentimientos comunes, la primera condición es que sea común, es decir, que se halle presente en todas las conciencias y que todas se la puedan representar desde un solo e idéntico punto de vista. Sin duda, mientras las funciones poseen una cierta

diatamente colocadas bajo la acción de los centros de gobierno. Mas serían necesarias muchas disposiciones.

(1) Y también las que se refieren a los derechos reales de las personas morales del orden administrativo, pues las relaciones que determinan son negativas.

generalidad, todo el mundo puede tener algún sentimiento; pero cuanto más se especializan más se circunscribe el número de aquellos que tienen conciencia de cada una de ellas, y más, por consiguiente, desbordan la conciencia común. Las reglas que las determinan no pueden, pues, tener esa fuerza superior, esa autoridad transcendente que, cuando se la ofende, reclama una expiación. De la opinión también es de donde les viene su autoridad, al igual que la de las reglas penales, pero de una opinión localizada en las regiones restringidas de la sociedad.

Además, incluso en los círculos especiales en que se aplican y donde, por consiguiente, se presentan a los espíritus, no corresponden a sentimientos muy vivos ni, con frecuencia, a especie alguna de estado emocional. Pues al fijar las maneras como deben concurrir las diferentes funciones en las diversas combinaciones de circunstancias que pueden presentarse, los objetos a que se refieren no están siempre presentes en las conciencias. No siempre hay que administrar una tutela o una curatela (1), ni que ejercer sus derechos de acreedor o de comprador, etc., ni, sobre todo, que ejercerlos en tal o cual condición. Ahora bien, los estados de conciencia no son fuertes sino en la medida en que son permanentes. La violación de esas reglas no atenta, pues, en sus partes vivas, ni al alma común de la sociedad, ni, incluso, al menos en general, a la de sus grupos especiales, y, por consiguiente, no puede determinar más que una reacción muy moderada. Todo lo que necesitamos es que las funciones concurren de una manera regular; si esta regularidad se perturba, pues, nos basta con que sea restablecida. No quiere esto decir seguramente que el desenvolvimiento de la división del trabajo no pueda repercutir en el derecho penal. Ya sabemos que existen funciones administrativas y gubernamentales en las cuales ciertas relaciones hallan reguladas por el derecho represivo, a causa del carácter particular que distingue al órgano de la conciencia común y todo lo que a él se refiere. En otros casos todavía, los lazos de solidaridad que unen a ciertas

(1) He aquí por qué el derecho que regula las relaciones de las funciones domésticas no es penal, aunque sus funciones sean bastante generales.

funciones sociales pueden ser tales que de su ruptura resulten repercusiones bastante generales para suscitar una reacción penal. Pero, por la razón que hemos dicho, estos contragolpes son excepcionales.

En definitiva, ese derecho desempeña en la sociedad una función análoga a la del sistema nervioso en el organismo. Este, en efecto, tiene por misión regular las diferentes funciones del cuerpo en forma que puedan concurrir armónicamente: pone de manifiesto también con toda naturalidad el estado de concentración a que ha llegado el organismo, a consecuencia de la división del trabajo fisiológico. Así, en los diferentes escalones de la escala animal, se puede medir el grado de esta concentración por el desenvolvimiento del sistema nervioso. Esto quiere decir que se puede medir igualmente el grado de concentración a que ha llegado una sociedad a consecuencia de la división del trabajo social, por el desenvolvimiento del derecho cooperativo de sanciones retributivas. Fácil es calcular los servicios que semejante criterio nos va a proporcionar.

IV

Puesto que la solidaridad negativa no produce por sí misma ninguna integración, y, además, no tiene nada de específica, reconoceremos sólo dos clases de solidaridad positiva, que distinguen los caracteres siguientes:

1.º La primera liga directamente el individuo a la sociedad sin intermediario alguno. En la segunda depende de la sociedad, porque depende de las partes que la componen.

2.º No se ve a la sociedad bajo un mismo aspecto en los dos casos. En el primero, lo que se llama con ese nombre es un conjunto más o menos organizado de creencias y de sentimientos comunes a todos los miembros del grupo: éste es el tipo colectivo. Por el contrario, la sociedad de que somos solidarios en el segundo caso es un sistema de funciones diferentes y especiales que unen relaciones definidas. Esas dos sociedades, por lo demás, constituyen sólo una. Son dos aspectos de una sola y misma realidad, pero que no exigen menos que se las distinga.

3.º De esta segunda diferencia dedúcese otra, que va a servirnos para caracterizar y denominar a esas dos clases de solidaridades.

La primera no se puede fortalecer más que en la medida en que las ideas y las tendencias comunes a todos los miembros de la sociedad sobrepasan en número y en intensidad a las que pertenecen personalmente a cada uno de ellos. Es tanto más enérgica cuanto más considerable es este excedente. Ahora bien, lo que constituye nuestra personalidad es aquello que cada uno de nosotros tiene de propio y de característico, lo que le distingue de los demás. Esta solidaridad no puede, pues, aumentarse sino en razón inversa a la personalidad. Hay en cada una de nuestras conciencias, según hemos dicho, dos conciencias: una que es común en nosotros a la de todo el grupo a que pertenecemos, que, por consiguiente, no es nosotros mismos, sino la sociedad viviendo y actuando en nosotros; otra que, por el contrario, sólo nos representa a nosotros en lo que tenemos de personal y de distinto, en lo que hace de nosotros un individuo (1). La solidaridad que deriva de las semejanzas alcanza su *maximum* cuando la conciencia colectiva recubre exactamente nuestra conciencia total y coincide en todos sus puntos con ella; pero, en ese momento, nuestra individualidad es nula. No puede nacer como la comunidad no ocupe menos lugar en nosotros. Hay allí dos fuerzas contrarias, una centrípeta, otra centrífuga, que no pueden crecer al mismo tiempo. No podemos desenvolvernos a la vez en dos sentidos tan opuestos. Si tenemos una viva inclinación a pensar y a obrar por nosotros mismos, no podemos encontrarnos fuertemente inclinados a pensar y a obrar como los otros. Si el ideal es crearse una fisonomía propia y personal, no podrá consistir en asemejarnos a todo el mundo. Además, desde el momento en que esta solidaridad ejerce su acción, nuestra personalidad se desvanece, podría decirse, por definición, pues ya no somos nosotros mismos, sino el ser colectivo.

Las moléculas sociales, que no serían coherentes más que

(1) Sin embargo, esas dos conciencias no constituyen regiones geográficamente distintas de nosotros mismos, sino que se penetran por todas partes

de esta única manera, no podrían, pues, moverse con unidad sino en la medida en que carecen de movimientos propios, como hacen las moléculas de los cuerpos inorgánicos. Por eso proponemos llamar mecánica a esa especie de solidaridad. Esta palabra no significa que sea producida por medios mecánicos y artificiales. No la nombramos así sino por analogía con la cohesión que une entre sí a los elementos de los cuerpos brutos, por oposición a la que constituye la unidad de los cuerpos vivos. Acaba de justificar esta denominación el hecho de que el lazo que así une al individuo a la sociedad es completamente análogo al que liga la cosa a la persona. La conciencia individual, considerada bajo este aspecto, es una simple dependencia del tipo colectivo y sigue todos los movimientos, como el objeto poseído sigue aquellos que le imprime su propietario. En las sociedades donde esta solidaridad está más desenvuelta, el individuo no se pertenece, como más adelante veremos; es literalmente una cosa de que dispone la sociedad. Así, en esos mismos tipos sociales, los derechos personales no se han distinguido todavía de los derechos reales.

Otra cosa muy diferente ocurre con la solidaridad que produce la división del trabajo. Mientras la anterior implica la semejanza de los individuos, ésta supone que difieren unos de otros. La primera no es posible sino en la medida en que la personalidad individual se observa en la personalidad colectiva; la segunda no es posible como cada uno no tenga una esfera de acción que le sea propia, por consiguiente, una personalidad. Es preciso, pues, que la conciencia colectiva deje descubierta una parte de la conciencia individual para que en ella se establezcan esas funciones especiales que no puede reglamentar; y cuanto más extensa es esta región, más fuerte es la cohesión que resulta de esta solidaridad. En efecto, de una parte, depende cada uno tanto más estrechamente de la sociedad cuanto más dividido está el trabajo, y, por otra parte, la actividad de cada uno es tanto más personal cuanto está más especializada. Sin duda, por circunscrita que sea, jamás es completamente original; incluso en el ejercicio de nuestra profesión nos conformamos con usos y prácticas que nos son comunes con toda nuestra corporación. Pero, inclusive en ese caso, el yugo que

sufrimos es menos pesado que cuando la sociedad entera pesa sobre nosotros, y deja bastante más lugar al libre juego de nuestra iniciativa. Aquí, pues, la individualidad del todo aumenta al mismo tiempo que la de las partes; la sociedad hácese más capaz para moverse con unidad, a la vez que cada uno de sus elementos tiene más movimientos propios. Esta solidaridad se parece a la que se observa en los animales superiores. Cada órgano, en efecto, tiene en ellos su fisonomía especial, su autonomía, y, sin embargo, la unidad del organismo es tanto mayor cuanto que esta individuación de las partes es más señalada. En razón a esa analogía, proponemos llamar orgánica la solidaridad debida a la división del trabajo.

Al mismo tiempo, este capítulo y el precedente nos proporcionan los medios de calcular la parte que corresponde a cada uno de esos dos lazos sociales en el resultado total y común que concurren a producir por caminos diferentes. Sabemos, en efecto, bajo qué formas exteriores se simbolizan esas dos especies de solidaridades, es decir, cuál es el cuerpo de reglas jurídicas que corresponde a cada una de ellas. Por consiguiente, para conocer su importancia respectiva en un tipo social dado, basta comparar la extensión respectiva de las dos especies de derechos que las expresan, puesto que el derecho varía siempre como las relaciones sociales que regula (1).

(1) Para precisar las ideas, desenvolvemos en el cuadro siguiente la clasificación de las reglas jurídicas que implícitamente se comprende en este capítulo y en el anterior:

I.—Reglas de sanción represiva organizada,

(Se encontrará una clasificación en el capítulo siguiente.)

II. Reglas de sanción restitutiva determinante de las:

RELACIONES <i>negativas</i> o de <i>abstención.</i>	De la cosa con la persona.	Derecho de propiedad bajo sus formas diversas (mueble, inmueble, etc.).
		Modalidades diversas del derecho de pro- piedad (servidumbres, usufructo, etc.)
RELACIONES <i>positivas</i> o de <i>cooperación.</i>	De las personas entre sí.	Determinadas por el ejercicio normal de los derechos reales.
		Determinadas por la violación culposa de los derechos reales.
	Entre las funciones domésticas.	
RELACIONES <i>positivas</i> o de <i>cooperación.</i>	Entre las funcio- nes económicas difusas.	Relaciones contractuales en general. Contratos especiales.
	De las funciones administrativas.	Entre sí, Con las funciones gubernamentales. Con las funciones difusas de la sociedad
	De las funciones gubernamen- tales.	Entre sí Con las funciones administrativas. Con las funciones políticas difusas.