

fectible reprobación, sin necesidad de ninguna ley solemnemente promulgada por la sociedad y no pocas veces aun contradiciendo esa misma ley. El derecho de castigar tiene, en consecuencia, por base esa justicia absoluta y no se aplica sino sobre los actos que reprueba la conciencia moral.

Este sistema, verdaderamente fundador de todo el derecho moderno, se ha descompuesto en multitud de escuelas secundarias, representativas de otros tantos matices de la idea capital del filósofo Koenisberg. La principal de esas escuelas, llamada *doctrinaria ó ecléctica*, profesa, por el órgano autorizadísimo de Guizot y Cousin, el principio de "que el deber es la única base del derecho." "El deber de cada hombre, dice el primero de estos publicistas, aplicado á las relaciones con sus semejantes, es toda la justicia." (1) Lo absoluto de esta doctrina no es aceptado por Rossi, quien define el delito "la violación de un deber exigible y útil al mantenimiento del orden público." En otros términos, no todos los preceptos morales pueden ser erigidos en leyes obligatorias, sino solamente aquellos cuya violación hiere el orden social (2).

Encontramos en toda la teoría *kantriana* una evidente confusión entre la moral y el derecho, cuyo respectivo campo de aplicación es diverso, como diversas son también sus sanciones y muy más diverso el origen de la una y del otro. Ya Proudhon, doctrinario como Guizot y como Cousin, había sentido toda la inmensa distancia que separa nuestros actos íntimos, personales y privados, sin otra sanción que nuestra propia conciencia, de los

(1) Guizot, *Méditations*.—Cousin, *Du vrai*, etc., 15 lec.

(2) Rossi, *Traité du Droit pén.*, lib. 2, ch. 1, t. 1, págs. 243 y siguientes.

actos externos, comunicativos y trascendentes á las relaciones con nuestros semejantes. "Un tiempo vendrá, dice, en que, por el desenvolvimiento de la ciencia social, siendo cada vez mejor determinadas las relaciones de la justicia, las cosas de mero consejo pasarán á los preceptos, como se ve en el contrato de seguros, que tiene precisamente por objeto reemplazar por un derecho positivo el beneficio precario de la caridad." La esperanza nos parece ilusoria, pudiéndose notar que los progresos de la ley penal positiva se manifiestan en sentido contrario á esa absorción que se sueña de la moral por el derecho. ¡Cuántos actos, hoy, á no dudarlos, reprobados por la conciencia y en un tiempo penados por la ley positiva, se han abstraído á ésta, por la tristísima experiencia de que es más eficaz, aún para impedir su repetición y menos escandaloso que su castigo material, abandonarlos al público desprecio, ó entregarlos al olvido de la sociedad á quien pretendieron impresionar sus autores! Allí están, como prueba de esto, el suicidio, y en comprobación de lo primero, la prostitución, el incesto y multitud de vicios. Es que habrá siempre radicalísimas diferencias entre el orden moral y el orden de la justicia. Desde la jurisprudencia romana habíase comprendido que *non omne quod licet honestum est*, debiendo existir siempre no pocos actos, á la moral contrarios, cuya impunidad externa es inevitable ó por lo menos preferible á su revelación y publicidad ante los tribunales. ¿Cómo sería calificada por su excesiva nimiedad la ley que castigase la mentira, el incumplimiento de los contratos, la ociosidad de ciertas clases sociales, los pensamientos innobles y tantas otras imperfecciones que la sana moral reprueba?

Fuera de la incompetencia de semejante ley para sondear los profundos abismos de la conciencia humana, las más veces una serie de sutilísimos pormenores, de concausas antecedentes, concomitantes y subsiguientes al acto en cuestión, haría imposible la penalidad ó por lo menos, colocarla sobre bases de muy dudosa y deleznable solidez. Considérese tan sólo á este respecto, para no detenernos en las hondas elucubraciones de los moralistas antiguos y modernos, que uno de los fundamentos, seguramente el principal, sobre que descansa la exigibilidad de toda ley positiva es el contenido en el viejo apogtema jurídico *nemo jus ignorare censetur*, se presume que nadie ignora la ley. Ahora bien, ¿podrá sostenerse que esta presunción expresa la verdad, siquiera se trate de la ley penal positiva, en orden á multitud de delitos por ella previstos? ¿Qué sabe el común de los hombres sobre el delito de inhumación clandestina, penado por el art. 882 de nuestro Código relativo? ¿Qué, acerca de la diferencia radicalísima entre el dolo civil y el criminal, constitutiva, sin embargo, de la reconocida por la legislación de todos los pueblos entre la estafa y el incumplimiento de los contratos ó los meros defectos de la voluntad de los contratantes? Con todo, esos delitos existen; el Código Penal fija castigos para ellos y á nadie se le ha ocurrido exculparlos por la invocación á la Moral, según la cual, á no dudarlo, ellos deberían ser materia de absolución en numerosísimos casos, en que es evidente la ignorancia de las leyes respectivas. He aquí, pues, cómo una razón moral cede al imperio de los intereses sociales, que abonan y justifican la presunción de que la ley, una vez promulgada, es conocida por todos los habitantes de una nación. Guizot mismo no ha

podido menos que reconocer esta capitalísima diferencia entre la moral y el derecho: "los hombres, dice, nacen bajo el imperio de leyes que no conocen, de obligaciones de que no tienen ninguna idea; bajo el imperio, no sólo de leyes y obligaciones actuales, sino de una multitud de otras eventuales, meramente posibles, á cuya formación no concurren y que no conocen sino hasta el momento de sufrirlas." (1)

Si de los actos que la conciencia moral condena, pasamos á los que por contrario extremo aprueba y hasta recomienda, la diferencia con el derecho positivo sube de punto y asume, en verdad, dominadora evidencia. Como acertadamente lo enseñaba Jourdan, "la ley humana puede muy bien decir: tú no matarás, tú no robarás, tú respetarás tus compromisos libremente consentidos; pero esa misma ley no puede decir: tú serás bueno, generoso, abnegado; tú no buscarás en todo sino el interés de tus semejantes; tú serás perfecto, en una palabra...." "Los preceptos de la moral, sancionados por la religión, la abnegación y la caridad, hacen santos, mártires y héroes; la sociedad por sus leyes no pretende hacer sino hombres justos, que en la persecución de sus intereses no reclamen sino su derecho y respeten el derecho de otros." (2) Así, pues, volvemos á proclamarlo, toda la materia del castigo por las leyes positivas humanas se encierra en los límites del interés social, trazados en vista de la mayor posible alianza entre los individuos y el Estado.

(1) Guizot, *Hist. de lo civil, en Francia*, tom. 7, pág. 71.

(2) Jourdan, *Le Droit franc.*, págs. 32 y 33.

## II

## FUNDAMENTO DE LA JUSTICIA REPRESIVA.

Establecido que el interés social es el inmediato objeto que debe proponerse la justicia penal positiva independientemente de la sanción moral ó religiosa, úrgenos ya formular un reparo que, á la vez que autorice y justifique aquella, fije algunas reglas indispensables para impedir su degeneración en la más arbitraria y funesta de las instituciones humanas. Un gran pensador y elocuentísimo orador sagrado de nuestros tiempos (Lacordaire) escribió la siguiente profunda y trascendental declaración: «La Religión es en el corazón del hombre la cima de los deberes, de los pensamientos y de los afectos; es la justicia en su más alto grado, la luz en todo su esplendor, el amor en su más puro y ardiente hogar.» Y cualquiera que se haya puesto á reflexionar un poco sobre la necesidad de remontar á algo sobrenatural si de nuestro origen se trata; sobre lo inexplicable de nuestras fundamentales nociones morales al pretender investigar la razón de su existencia en nuestro espíritu, aún velado por la ignorancia, no habrá podido menos que detenerse tranquilo y extasiado á la vez ante cierta idea superior, de una luz tan inmensa y viva que en ella se disipan todas las obscuridades de nuestras dudas, y de una bondad tan infinita que, al alcanzar á ella los quejidos de todos los humanos sufrimientos, conviértense al punto en hosanas de alegría, en perennes alabanzas de un poder supremo, dueño único y absoluto de todos los secretos de nuestra alma. Pensemos

un momento sobre esto. El delito, hemos dicho, es lo que amenaza y perturba el interés social. Luego hay en todo hombre *el deber* de no atentar á ese interés, el cual por consiguiente es *legítimo, justo y necesario* para la realización *de un fin*. No basta, pues, haber reconocido que el dominio del derecho penal humano debe limitarse á las acciones del hombre, trascendentes al orden social, sino que se necesita investigar la razón de incompatibilidad de esas acciones con ese orden y la causa de la existencia de éste, como arquetipo de una serie de deberes, cuya infracción amerita una pena.

La filosofía del siglo XVIII, iniciadora, en la historia, de una inmensa transformación social, bajo cuyas influencias viven todavía los pueblos, pretendió eludir este importante problema, invocando la hipótesis de un primitivo estado de naturaleza, al cual reemplazó el presente estado social, resultado del convenio de todos los hombres en sacrificar una parte de su nativa y originaria libertad en aras del bien común. ¿Por qué, según Rousseau, deben ser y son castigadas ciertas de mis acciones como contrarias al interés social? Porque ellas importan la infracción de un pacto libremente consentido, de lo cual tenemos á diario ejemplos, cada vez que se falta al cumplimiento de una obligación cualquiera y se hace necesaria la intervención de la autoridad para hacer entrar nuestra conducta irregular en la armonía general del orden social. No hay más diferencia entre uno y otro caso, que en el primero la infracción afecta á un pacto primitivo y fundamental, generador de la sociedad, mientras en el segundo, trátase de convenios secundarios y derivados, á los cuales no puede concederse sino una importancia considerablemente menor.

Sin detenernos á examinar bajo todos sus aspectos esta teoría, contra la cual protestan de consuno los datos históricos más antiguos y la simple consideración de que la idea de un contrato primitivo, anterior con mucho, como aquella lo pretende, á la formación de todas las sociedades, no explica de modo alguno la continuación ininterrumpida del estado social, aún entre tribus sustraídas á la civilización, pues éstas á su manera presentan, en lo esencial, la misma forma de vida regular y colectiva que hemos calificado, al principio de este estudio, como la sola posible para la humanidad, véase desde luego que dicha teoría deja en pie la dificultad que por su medio se quiere resolver, toda vez que no se nos dice si antes del contrato social conoció el hombre la ley moral, practicó la justicia, oyó la voz del deber, sintió, en una palabra, la necesidad de refrenar sus instintos, siquiera en su propio é individual beneficio, ya que no en aras del interés social todavía no existente. Rousseau mismo dice unas veces que «la moralidad había comenzado á introducirse en las acciones humanas durante el segundo período del estado de naturaleza» (1), que «toda justicia viene de Dios» (2), y otras, que «hasta entonces solamente, sucediendo la voz del deber á la impulsión física y el derecho al apetito, el hombre que jamás había atendido sino á sí mismo, se vió forzado á obrar según otros principios y á consultar su razón antes de escuchar sus inclinaciones» (3). Aun con este sistema, pues, la reflexión dirige nuestras investigaciones más allá del orden social, que de

(1) *Discours sur l'origine de légalité.*

(2) *Contrat social*, liv. II, chap. VI.

(3) *Ibid.* liv. I. chap. VIII.

todas suertes resulta siempre, y cuando menos la realización de aptitudes naturales y congénitas del hombre, realización tan admirablemente correspondiente á ellas, que una vez empezada, no se ha suspendido después un solo instante, en que la humanidad hubiera vuelto al primitivo estado de aislamiento que se supone, lo cual ya nos acredita, por sí solo y fuera de toda duda, como la función, la existencia del órgano, que el hombre nació sociable, que en la sociedad había de encontrar su destino y que sólo en su seno serían perfectibles y útiles su inteligencia y amor. Tan es así, que muchos pensadores, partidarios de la teoría del contrato social antes y después de Rousseau; pero no tan incondicionales como él de la soberanía originaria del pueblo, han sentido la necesidad de remontar á una primera causa como origen de la sociedad, para darse satisfactoria explicación de la justicia, que deja de ser, por lo mismo, mero efecto de un accidental y pasajero convencionalismo humano (1).

Menos aceptable que esta teoría es, sin duda, la nueva doctrina del *organismo social* que, en nuestros días y con grande aparato de una ciencia digna de mejor empleo, aspira á explicar el derecho por modo exclusivamente material, sin relación alguna, ni remotísima siquiera, con algo superior al

(1) Aristóteles, *Política*, lib. I., cap. I, § I, 9 y 10.—Platón, *República*, lib. 2, pág. 79.—Cicerón, *República*.—Polibio, lib. VI, caps. I, III, VIII y IX.—Sto. Thomas, *De regimine principum*.—Suárez, *De legibus*, lib. III, cap. III, § 4.—Mariana, *De rege*, lib. I, cap. I.—Bossuet, *Politique tirée de l'Écriture Sainte*, lib. I, art. II, § 2 á 6.—P. Janet, *Hist. de la Philos. mor. et pol.* liv. IV, sect. I, chap. I.—*Et passim.*

hombre (1). Spencer, pensador eminentísimo y verdadero vulgarizador de esa doctrina, es sin duda quien le ha dado la estructura con que se presenta hoy ante el mundo, como la última palabra de la ciencia en una materia sobre la cual se cuentan tantos sistemas como escritores. «Las sociedades, dice aquel sabio, como los otros cuerpos vivos, comienzan bajo la forma de gérmenes, y tienen por punto de partida masas extremadamente tenues en comparación con aquellas á que acaban por llegar.» «Todo animal superior comienza por *un volumen microscópico*; las sociedades mas vastas han comenzado por la *pequeña horda errante* (2). En cuanto al origen de esos gérmenes cuyo contacto forma el todo que se llama cuerpo social, Fouillée, desenvolviendo la idea spenceriana, da la siguiente explicación: «Los gérmenes de los *mysomycetas* viven, como se sabe, en el estado de nómadas erizados de puas, con forma amiboide, moviéndose, nutriéndose, creciendo y multiplicándose por segmentación. He aquí á los individuos al principio independientes. Se unen después y forman grupos que se unen ó aglomeran á su vez con otros, acabando por constituir un cuerpo de forma variable, que se mueve y arrastra lentamente. ¿No es éste ya el paso de la independencia á la dependencia mutua, de la vida aislada á la colectiva, y esto no se parece á la formación de las sociedades animales ó humanas?» (3) Tal es el sistema del organismo

(1) Se encuentran exposiciones de esta doctrina en: Augusto Comte, *Cours de philosophie positive*, tomo IV.—Quetelét, *Essai de physique sociale*—Bluntschili, *Theorie générale de l'Etat*.—Fouillée, *La science sociale contemporaine*.

(2) *Principios de sociología*, tomo 2, cap. 3, § 244 y 225.

(3) *La science sociale contemporaine*, lib. II, chap. VI y VII.

social, que presenta además con los organismos físicos inferiores las analogías del concurso armonioso de las partes para la conservación del todo, de la especialización más y más marcada de los órganos, de la espontaneidad ó tendencia á la acción, de la división del todo en partes vivas como él, del crecimiento, la juventud, la madurez, la vejez y la muerte (1). Fácilmente se logra evidenciar todo lo que tiene de imaginario la pretendida similitud entre la sociedad, conjunto ciertamente de fuerzas pero de carácter moral y libre, con los organismos cuya formación biológica está sometida á una fatal regularidad, lo mismo en cuanto al desarrollo de los compuestos que en cuanto al desprendimiento de las partes, destinadas á su vez, después de alcanzado su mayor crecimiento, á constituir nuevos organismos generadores.

Desde luego no encontramos en las sociedades esa especie de aglomeración, ó mejor dicho, aglutinación, que se advierte en los cuerpos físicos organizados, cuyas partes no se obtienen sino por ruptura ó división material. En aquellas, al contrario, observamos, aun después de la disgregación de sus miembros, los lazos morales, sin semejanza en los organismos físicos, del recuerdo, del afecto, de la gratitud, de la patria, etc., etc. En las mismas vemos, en verdad, el bien social presidiendo la finalidad de cada una de sus partes, ó sea de los individuos; pero no á manera de absorción, como en los cuerpos de los animales, sino conservando cada una su individualidad propia, su personalidad, sus derechos, cuya respetuosa reglamentación constituye precisamente el régimen gubernativo de los pueblos. Todos los seres vivos, por úl-

(1) *Sociologie*, tomo II, chap. 2.

timo, tienen la propiedad de no engendrar sino semejantes, siendo necesario, según la Biología, el transcurso de millares de años para las transformaciones en cada especie, las cuales todavía resultan casi imperceptibles. Pero los Estados no producen otros, al menos en la forma que el sistema spenceriano toma como término de comparación, ni se repiten en éstos las condiciones peculiares de aquellos. Mil circunstancias, la guerra con los odios que engendra, la inmigración con las nuevas razas que mezcla al Estado naciente, el cambio de leyes con las diversas instituciones que origina, y los inesperados hábitos y costumbres á que va dando lentamente lugar, son otros tantos obstáculos para que un Estado se parezca en todo á otro, de que aún durante siglos formó parte, para que repita la misma fisonomía moral social, política é industrial de aquel, con la exactitud invariable y fisiológica que nos demuestra la zoología. Así nos lo pone de manifiesto el espectáculo contemporáneo. Suiza no es poco diferente de Austria, los Estados Unidos, de Inglaterra, México, de España, por lo que respecta á sus instituciones, á sus ideales políticos y al desenvolvimiento entero de su civilización.

No nos extraña, pues, que el mismo Spencer haya notado todo lo artificial de su sistema, diciendo en un capítulo final cuyo título: *reservas y resumen*, expresa por sí solo el espontáneo reparo de la reflexión al meditarlo: "No existe analogía entre el cuerpo político y el cuerpo viviente, salvo aquellas que impone la dependencia mutua de las partes que esos dos cuerpos guardan. El organismo, discreto en vez de ser concreto; asimétrico en vez de ser simétrico; sensible en todas sus unidades en vez de tener un centro sensible único, no es

comparable á ningún tipo particular de organismo individual animal ó vegetal. — Me he servido de analogías penosamente obtenidas; pero sólo como de andamio útil para edificar un cuerpo coherente de inducciones sociológicas. Demolamos el andamio y las inducciones se mantendrán firmes á pesar de todo."

¿Qué se hace, en este sistema, con el origen del derecho, de la sociedad, y de nuestros deberes mutuos? La respuesta se viene por sí misma: todo ello es resultado del instinto, de cierta fuerza atractiva, de sugestión recíproca, ni más ni menos que en el reino sub-animal (1). La inflexible lógica arrastraba á esta humillante consecuencia, contra la cual nos consuela poder levantar nuestro espíritu á regiones más elevadas, que en las que se mueven los infusorios y crecen las plantas. Por más infelices que seamos sobre la tierra, nuestra conciencia en la que parecen hablarnos á cada instante muchos recuerdos y esperanzas del cielo, nos permite entrever que somos algo más que microorganismos despreciables, protoplasmas inertes, destinados, en su incesante germinación, á desaparecer en la fatal composición de organismos mayores, pues vemos que la libertad preside todos nuestros actos, que el pensamiento los ilumina, que nuestra conciencia los juzga y califica, y que por nuestras ideas, siempre fijadas en superiores lontananzas, sentimos ser verdaderos ángeles caídos.

Tenemos, en consecuencia, que volver nuestras investigaciones á lo que ha sido el instinto de la humanidad en todos los tiempos, la primera palabra de nuestra naturaleza, el espontáneo movimiento de todos los hombres, al querer justificar

(1) *Revue philosophique*, 1894, tomo XVIII.