

188. Nada, pues, se ha perdido del trabajo secular del derecho romano, y aun su cesarismo ha servido para ahorrarnos el pasar por etapas metafísicas ya recorridas. El reconocimiento de un poder público facultado para legislar y reprimir los delitos ha conducido al estudio de una legislación uniforme sobre derecho penal; este estudio, envuelto durante mucho tiempo en nociones metafísicas, ha sido arrastrado por la lógica de los fenómenos intelectuales y sociales á la observación científica de las causas generadoras de los delitos; el estudio de esas causas ha producido una revolución en los sistemas penales, revolución imposible sin la unidad de un sistema penal, ni la síntesis de un derecho penal dictado por un Soberano, sin las experiencias que sólo puede sugerir la adopción de una teoría, porque los códigos dictados por un legislador equivalen, en el orden de los fenómenos sociales, á las teorías de los físicos y de los químicos, que á fuerza de sus errores é imperfecciones sirven precisamente para confrontar los hechos con esas teorías y descubrir las verdaderas leyes de los fenómenos. Las teorías de los códigos, la unidad de las legislaciones, las sistematizaciones del derecho bajo la dirección de un poder público reconocido y aceptado y obrando con unidad de acción, han puesto en actividad el espíritu de investigación, de observación, de experiencia y han convertido al derecho en ciencia positiva. Positivos son hoy los estudios que se hacen sobre los efectos económicos de la propiedad privada, prescripción, sistemas hereditarios, sistemas hipotecarios, agrupación de capitales en sociedades anónimas, etc.; positivos los estudios sobre los efectos que en el desenvolvimiento de la vida intelectual y moral producen las formas de Gobierno representativo, los sistemas electorales, la división de poderes; y positivos son los estudios sobre los efectos de la

clasificación de los delitos y la penalidad en la *eliminación* de los individuos inadaptables á la vida social.

#### RESUMEN.

189. Hemos trazado á grandes rasgos la evolución del derecho romano, como tipo de evolución general del derecho, porque el romano es el derecho más progresivo que se ha conocido en el seno de la especie humana; y porque sus orígenes, su desenvolvimiento, su continuidad y lógica históricas han sido permanentes y nos son conocidas. A la luz de ese estudio podemos comprobar la verdad de las leyes sociológicas que nos presentaron al Estado, y al derecho que es su expresión, como «*el regulador coercitivo de coordinación de las diversas actividades ú órganos sociales para equilibrar sus funciones y hacer posible la vida social.*»

190. Así como el Estado, centro regular de coordinación, ha ido adaptándose por la ley biológica de la división del trabajo á la extensión y progreso siempre creciente de su función coordinadora, á medida que las sociedades crecen y multiplican sus actividades, así también el derecho, expresión de las funciones del Estado, ha ido adaptándose bajo el imperio de la misma ley biológica y por medio del desenvolvimiento intelectual del *sensorium social* á las diversas funciones del Estado. Cuando las funciones de éste estaban confundidas con las funciones patriarcales, el derecho era consuetudinario y religioso; cuando las familias se agruparon en tribus, las tribus en gentes para formar una sociedad política, surgió al lado del derecho tradicional de las familias una especie de derecho internacional de las agrupaciones unidas, que acabó por englobar al derecho patriarcal,

surgiendo juntamente con la idea política la idea de un derecho común á toda la sociedad, quedando así especializadas las funciones del Estado y las funciones del derecho. Pero así como el Estado se formaba de agrupaciones de familias, tribus y *gentes* y no de agrupaciones de individuos, así la noción del derecho se refería á esas agrupaciones como unidades y no á los individuos; y fué preciso que el disolvente social de la ley de la división del trabajo multiplicara las actividades y funciones sociales, para que se especializara la función social del individuo, para que desapareciera la arcaica personalidad de los grupos consanguíneos y para que surgiera la personalidad del *hombre*. Pero este factor biológico tenía que traducirse en la esfera especulativa del derecho por un cambio en el estado mental, en las concepciones jurídicas, y ese cambio, según las leyes constitutivas del espíritu humano, no podía verificarse sino gradualmente, y por eso y con profunda filosofía el pensador inglés nos dice: que el primitivo derecho sagrado, de origen divino, las *themistes* de los griegos, los oráculos de Jehová, los mandatos del patriarca difunto, no pudieron ser reformados directamente, no podía concebirse que los hombres tuviesen facultad para derogar ese derecho, y fué preciso á efecto de adaptarse á la ley de la división del trabajo, fué preciso recorrer un largo período de ficciones, es decir, de interpretaciones de aquella luz divina, inviolable, que dejándola al parecer intacta la modificaba lentamente, pues no era posible que el espíritu humano se atreviese á romper con la tradición y á inventar una causa científica ó positivista para crear de una pieza un código obligatorio. Este trabajo de adaptación de las concepciones del espíritu jurídico á las exigencias de la realidad, hizo surgir la noción de equidad para los casos en que ni las ficciones jurídicas alcanzaban á

salvar las dificultades; y esa equidad aliada á la idea de un derecho de gentes (*jus gentium*) de un derecho común á todos los pueblos que el contacto del comercio internacional hacía necesario admitir, esa equidad y ese derecho de gentes aliándose hicieron brotar la idea de un *derecho natural* superior al derecho positivo, y que debía servir de tipo á las legislaciones. Así quedó abierta la senda para las especulaciones científicas y para preparar los diversos sistemas que nos han traído en nuestra época el concepto de la ciencia sociológica.

191. El hecho dominante en esa evolución social, en esa evolución del Estado como severo coordinador de la vida social, en esa evolución de las ideas jurídicas pasando por etapas sucesivas de derecho divino patriarcal, ficciones, equidad, derecho natural, legislación positiva, concepción sociológica; el hecho dominante ha sido la individualización del hombre, esto es, el reconocimiento de la personalidad humana, lo cual no es efecto sino de la gran ley de la división del trabajo á la que han tenido que adaptarse los diversos sistemas y concepciones jurídicas. Así como en los organismos animales, en el proceso biológico en general, á medida que es más perfecto un organismo, las funciones se dividen en aparatos cada vez más numerosos, teniendo cada aparato ú órgano (1) vida propia; así también en el organismo social la intensidad de la vida ha llegado en el orden jurídico ó tiene que llegar al mayor grado de subdivisión de órganos y funciones, á la mayor expansión libre de la molécula social, que es el individuo. Y cuando en el orden religioso, en el orden económico, en el orden in-

(1) Cada celdilla de nuestro cuerpo (dice Novicow) posee un cierto grado de conciencia; desde luego sabe absorber la nutrición que le es necesaria; además, combate las celdillas vecinas; y en fin, cumple la serie de funciones que le son encomendadas en la economía general del organismo.

telectual, en el orden moral, esa celdilla de la organización social, el individuo ó la persona del hombre, bajo la acción del Estado distribuyendo equitativamente la vida (justicia), reciba toda la nutrición que pueda darles el grupo social henchido de vida y energías, entonces el derecho continuará adaptándose á esa subdivisión del trabajo y aparecerá en toda su plenitud la personalidad humana. ¡Pero por cuántas fases, por cuántos conceptos groseros, por cuántas sutilezas, ficciones y artificios, por cuántos verdaderos tropos ó metáforas jurídicas ha tenido que pasar la inteligencia del hombre para conquistar las nociones de *derecho, de justicia, de ley*, tal como hoy existen en la conciencia humana! ¿Y quién sabe si las fórmulas y sentimientos en que hoy se encarnan nuestro sistema de justicia y derecho no cambiarán en el curso de los siglos con la evolución de los hechos y del espíritu humano? *La razón* de las primeras instituciones las consideramos hoy como *instinto*; y quizá lo que hoy llamamos *razón científica* será considerada como *instinto* por las generaciones venideras! El instinto de hoy es la ciencia del mañana, como la ciencia de ayer nos parece hoy instinto de nuestros antepasados. El ideal de hoy será el *truismo* del porvenir; lo que hoy es una evolución, será mañana una vulgaridad. El instinto de los primeros pueblos que para ellos era ciencia, los condujo á través de vacilaciones y expedientes que nos parecen groseros, á consolidar la disciplina social bajo fórmulas que reputamos ridículas; pero el resultado ha sido que por esos medios ridículos y groseros aquellos prepararon en el orden de los hechos la organización de las sociedades modernas que aún conservan huellas del molde primitivo; y en el orden especulativo prepararon el desenvolvimiento de ideas morales y jurídicas que hoy reputamos científicas y que no hubieran podido construirse

sin aquella labor previa de nuestros antepasados. A nuestro turno, cuando las generaciones venideras hayan sacudido la mortaja de nuestras actuales ideas y adoptado nuevos dogmas y doctrinas, *ellas* no habrán podido existir sin el contingente de nuestra labor, científica para nosotros é instintiva para el concepto de los siglos futuros; y nosotros seremos para ellos lo que nuestros antepasados han sido para nosotros, instrumento indispensable de evolución, etapa forzosa por la que tiene que pasar todo progreso, estación intelectual en la que debió hacer alto la humanidad para seguir su camino. *Natura non facit saltum.*

192. ¿Cuál es hoy la concepción científica del Derecho en armonía con la concepción científica de la sociología? ¿Cuáles son los problemas capitales resueltos y los que tiene que resolver esa ciencia?

193. El derecho, según hemos venido siguiendo el desenvolvimiento histórico de su realización práctica en el seno de las sociedades y el desenvolvimiento histórico de las ideas de los hombres consignadas en los libros de los pensadores y en los códigos de los legisladores, el derecho es la *expresión, la manifestación, el ejercicio* de las *funciones* del poder público; y como este Poder Público es el *órgano natural que desempeña en el organismo social el oficio de regulador de coordinación de las funciones de los diversos aparatos de ese organismo, en tanto que esa coordinación es necesaria para la vida del ser colectivo social*, resulta que el Derecho en el estado actual del desenvolvimiento de los organismos sociales, ó Estados ó Naciones, es: el *conjunto de aquellas reglas coercitivas de coordinación de las funciones sociales esenciales para la coexistencia y convivencia de los individuos y de la vida de la colectividad que depende de esa convivencia.*

194. En toda sociedad, en tanto que es organismo vive, aparece forzosamente el aparato ú órgano de coordinación y ese aparato en las sociedades humanas es el Poder Público, y ese Poder Público siguiendo en su evolución la evolución natural de las sociedades se ha encarnado en una estructura bien definida, cuyas funciones se ejercen por la acción de mayor ó menor número de individuos, distribuyéndose las tres funciones capitales necesarias para coordinar las funciones sociales, á saber: *legislar* ó dar las *reglas* de coordinación, *ejecutarlas* en la esfera administrativa y *aplicarlas* en la esfera judicial.

195. El primer problema del derecho: la existencia y organización de los Poderes Públicos está, pues, reducido al problema científico de funciones de un órgano de coordinación. La ciencia política deberá estudiar á este propósito las *leyes naturales* de que depende en el organismo social el perfeccionamiento y adaptación de las funciones del órgano Poder Público á las funciones de los demás órganos (libertades sociales) de la sociedad. Estudiando la estructura y funciones de todo el organismo social, sabrá: que la ley del equilibrio é igual distribución de vida en todos los órganos exige para la mayor vitalidad del organismo que el aparato de coordinación distribuya igual y proporcionadamente su acción á todos los órganos (equidad y justicia); que no absorba el mismo aparato funciones correspondientes á otros aparatos, atrofiando las funciones de otros órganos (despotismo y exceso de funciones políticas); que responda por su acción coercitiva ó coordinadora á las necesidades ó al estado de evolución de los órganos cuya coordinación le está encomendada (formas de gobierno adecuadas al estado social y acción más ó menos intensa y extensa según ese estado); que se fraccione y divida para respon-

der al fraccionamiento y división de todos los aparatos ú órganos sociales cuya coordinación le está encomendada (división del Poder Público y subdivisión de cada ramo, de modo que su acción de justicia domine todas las esferas de actividad social); que ese órgano de coordinación obre de una manera proporcionada á la rapidez de las funciones del organismo social para impedir desequilibrios ó perturbaciones, llegando por esa rapidez á hacerse sus funciones automáticas ó reflejas (conocimiento claro y universal de las leyes, hábito de aplicarlas rectamente en los funcionarios, prontitud de procedimientos administrativos y judiciales); y por último, que á medida que todos los órganos y aun las celdillas del cuerpo social se desarrollen y cooperen ó puedan cooperar más directamente á la vida común, á la vida superior de los centros pensantes, se favorezca esa espontaneidad de funciones, que es lo mismo que ampliar ó extender la vitalidad del organismo (libertad política, intervención de los ciudadanos en la constitución y ejercicio de los poderes públicos, formas de Gobierno, etc.)

196. He aquí reducidas á términos científicos de sociología los problemas sobre origen del poder público, límites de sus funciones, separación de poderes, libertades económica y de prensa, organización administrativa, leyes de enjuiciamiento, formas de gobierno, etc. Estos problemas son de orden secundario, esto es, no pertenecen á la sociología, sino á las ciencias secundarias políticas, aunque teniendo por base las leyes sociológicas apuntadas. Estos problemas deben tener en cuenta el momento histórico, las condiciones particulares de cada pueblo, sus hábitos, carácter, estado individual, intelectual y moral; pero al estudiar estas condiciones no es posible desconocer las leyes de la división del trabajo, de la evolución,

las funciones sociales del órgano *derecho*, leyes que son universales para todo organismo social.

197. El problema del derecho penal estudiado ante el criterio sociológico se reduce al estudio del fenómeno ó de ley natural en cuya virtud todo organismo vivo al sentir un dolor, una perturbación, un elemento inadaptable á la vida de ese organismo, tiende forzosamente á curarlo, á eliminarlo ó á destruirlo; y en una sociedad los delitos y los delincuentes son agentes de enfermedad ó muerte más ó menos graves, cuya acción provoca espontáneamente la reacción del centro de coordinación social para repeler esas perturbaciones y eliminar los elementos mórbidos. Bajo el criterio de esta ley biológica, ineludible en todo organismo social, la ciencia del derecho penal estudiando los fenómenos secundarios de esa reacción de la colectividad contra los agentes destructores ó perturbadores de la vida orgánica podrá analizar respecto de cada sociedad, teniendo en cuenta su estado económico, intelectual y moral, las formas en que esa reacción es más eficaz y más adaptable á su objeto; ella será inconsciente y violenta en las sociedades embrionarias; ella será enérgica y cruel en las sociedades en que domina aún la anarquía política, moral ó social; ella será reflexiva, científica y humanitaria en las sociedades en que no solamente la disciplina social haya convertido en actos reflejos (hábitos) las primeras condiciones de sumisión y orden, sino además hayan adquirido aquellas un desenvolvimiento intelectual capaz de generalizaciones científicas respecto de las causas de los delitos y los medios de reprimirlos, y hayan adquirido también un desarrollo moral ó de sentimientos altruistas ó humanitarios que conduzcan á buscar una conciliación entre las funciones de defensa social y el respeto á la personalidad humana.

198. La evolución del derecho penal seguirá, pues, la misma ruta que toda la evolución jurídica; represión instintiva, especialación de las leyes penales, formación empírica de códigos de lo criminal, protesta de los sentimientos humanitarios contra ese empirismo en el momento en que su práctica tradicional entra en conflicto con la evolución de los sentimientos altruistas, tendencia sentimental á corregir los códigos, especulaciones científicas sobre el origen de la criminalidad, la eficacia de las penas y los procedimientos judiciales de represión. Becaria y Rousseau, más sentimentales que científicos, serán el verbo de la protesta contra la tradición empírica de los códigos penales, y por una reacción contra ese empirismo, la escuela sentimental influirá en los principios del derecho penal; vendrá luego la escuela científica desdeñando los sentimientos altruistas para que luego aparezcan los Benthan, los Lombroso, los Ferry y la escuela italiana antropológica, cuyas observaciones y estudios científicos, pero dominados por un exclusivismo *psicológico*, preparan el terreno á una concepción más científica de las causas *sociales* de los delitos, conciliando los datos de la evolución moral en las revelaciones de la antropología, de Proal, Tarde, Garofalo. Naturalmente, para llegar á este horizonte científico se han agotado los temas más nebulosos y metafísicos, mezclando criterios científicos imperfectos ó truncos con tradiciones escolásticas y buscando un principio absoluto metafísico para el derecho penal, como Kant buscaba un principio absoluto para la moral; ignorando ó no pudiendo comprender que en la evolución de los sentimientos humanitarios y no en otra parte radica ese ideal de *absolutismo* moral que se quiere encontrar fuera del hombre. El estado actual de la escuela científica es: considerar el delito como un *fenómeno social*, no solo antropológico,