Por aquellas causales, aquel libro se hizo popular y simpático; en él se defendía al oprimido, se limitaba la facultad de castigar, separándose de una manera clara y precisa el poder judicial del legislativo; se proscribían las prisiones arbitrarias, pidiéndose una justa proporción en el castigo de los crímenes y de los delitos; oponíase también al tormento, al derecho de hacer prender á un deudor, y sentaba, al fin, las bases del establecimiento del jurado; pero todas esas doctrinas, eran bien conocidas entonces, y se fundaban en las ideas y en las teorías de los filósofos franceses del siglo XVIII, de quienes el mismo Beccaria se llamó ferviente discípulo, y con particular devoción de Montesquieu, el que, antes de Beccaria, y en 1721 en las "Cartas persas" estableció profundos axiomas sobre la naturaleza y la eficacia de las penas, y después, en los libros 6º y 12º del "Espíritu de las leyes" publicado en 1748, fundó los verdaderos principios del derecho penal, tal como ha llegado á nuestros días.

La Revolución francesa, generada por el movimiento filosófico del siglo XVIII, vino á consagrar la reforma iniciada en la penalidad, y la "declaración de derechos," que desde entonces fundamentó el Derecho público interno de Europa, llevó á la ciencia penal principios nuevos. Así nos lo demuestra su incipiente codificación, nacida con



la República, y sus códigos definitivos, expedidos bajo el primer Imperio, que aunque inspirados en las ideas utilitarias de Bentham, son notables monumentos del saber humano, sobre los cuales se ha levantado toda la legislación de la moderna edad.

## VI

La brevísima reseña histórica que antecede, no huelga en estos estudios, si sus enseñanzas han de servirnos de precedente en el desenvolvimiento de la teoría que nos lleva á conocer los fundamentos de la justicia penal.

El derecho de castigar, se deriva indudablemente del derecho que el poder público tiene para gobernar la sociedad; pero bajo este solo aspecto no hallaríamos los verdaderos fundamentos de la justicia penal, sino solamente la idea de defensa, de conservación ó de utilidad social; por lo tanto, necesario es elevarse á la idea de justicia, que debe presidir al derecho en todas sus manifestaciones.

Si volvemos nuestras miradas al fundamento de la sociedad, es decir, á la constitución de la familia, antes de haberse establecido el poder del Estado, la autoridad paterna, *pater familiae*, tenía un carácter absoluto, y en Grecia aquella frase era sinónima de rey; de esta idea, constituído ya el

poder social, nació el derecho de castigar, bien en la tribu que es el embrión de la unión social, ó en las demás agrupaciones que dieron vida á las sociedades, las cuales buscaron en el gobierno de un jefe prudente y poderoso, *protección* y *justicia*, que es la base racional de donde se deriva la noción del poder social. Cicerón decía, que sus antepasados no establecieron la monarquía, ni colocaron en el trono á hombres honrados, sino para disfrutar de los beneficios de la *justicia;* Confucio, concretando el pensamiento, expresaba que el gobierno es la expresión de lo *recto* y de lo *justo*. Sin embargo, el poder social, conforme he manifestado en el exordio de esta introducción, no puede subsistir sin la ley, que es la que rige las relaciones de los hombres entre sí, aunque para hacerla efectiva necesita una sanción, bien sea en el orden civil ó en el penal, pues el derecho de gobernar lleva consigo el derecho de obligar á la obediencia. *Qui universitas provincias regunt jus gladii habent.* Digesto LI, tít. XVII, párr. VI. En una época no lejana, los filósofos y los moralistas que más se distinguieron por sus profundas enseñanzas, como Grocio, Puffendorf, Hobbes, Rousseau, Bentham y Kant, están acordes en consagrar, que el derecho de gobernar, abraza también el derecho de castigar.

Volviendo á la sanción de la ley, determinada por la pena, es idispensable elevarse á la idea de



lo justo, porque dicha sanción debe existir solamente cuando la necesidad se impone; así, en los actos en que sólo interviene la buena fe, como en los contratos, la acción de nulidad ó la indemnización de perjuicios, será la sanción de la ley, puesto que dichos actos en nada perturban el orden social; pero en caso de ataque á la propiedad ó á la personalidad humana, entonces se genera y se hace indispensable la represión, porque la seguridad pública queda perturbada, y amenazados los intereses sociales; sin embargo, la aplicación de la pena, como consecuencia del delito, no puede dejarse á voluntad del legislador, quien no es absoluto, ni tampoco puede libremente crear delitos; por tal motivo, para que el precepto legal satisfaga, es necesario que se inspire en determinados principios, con el fin de que los actos que prohiba con sanción penal, correspondan al interés social. Las reglas indicadas, se refieren principalmente á estas tres condiciones: 1ª, la ley penal no puede reprimir sino *los actos* que perturben el orden social; 2ª, debe respetar los derechos de los ciudadanos y 3ª, no puede estar en oposición con la ley moral.

Desconocidas aquellas ideas fundamentales, se ha definido de un modo vario el delito; en el Código del 3 de brumario, año IV, se expresaba: "es delito hacer lo que prohiben, ó no hacer lo que or-

denan las leyes, que tienen por objeto mantener el orden social y la tranquilidad pública," precepto que trae su génesis de la escuela utilitaria de Bentham, quien antes enseñaba, que "es una acción á la cual el legislador impone una pena;" pero en ambos casos se observa que la ley moral no está relacionada con la ley positiva, y este es el gravísimo escollo en que inciden los sistemas utilitarios, porque entonces pudiera la misma ley llegar á herir con su incontrastable poder los derechos individuales, puesto que el legislador podría, á discreción, crear ó no delitos, si es que en el precepto legal no entra el elemento moral; por lo tanto, el poder público, en su función represiva, no estaría limitado por la justicia, que reclama siempre, en las prescripciones legales, la protección del derecho, que es un deber social; y ya que del deber se trata, no es posible eliminar de la ley penal, el elemento moral, porque él es la base de todos los deberes.

Sin embargo, preciso es no confundir los términos, porque si bien la moral constituye de una manera fundamental el deber, bien sea que obligue al legislador como representante del poder público, ó individualmente en las relaciones de los ciudadanos entre sí, es indudable que la pena sólo alcanza los *actos externos* que perturban el orden social; en efecto, el que concibe proyectos criminales, no será culpable ante la justicia social, sino cuando esos proyectos se manifiesten por un principio de ejecución; por esta razón se ha establecido, como una verdad incontrovertible, en materia penal, que el derecho de los poderes soberanos se refiere *sólo á los actos*, es decir, á aquellos que son perjudiciales á la sociedad, porque no es la misión de la justicia social establecer el reinado de la virtud, sino la protección de los derechos sociales; la libertad, la honra, la propiedad y la vida de los ciudadanos.



De la exposición que antecede, surge, y se presenta desde luego, la cuestión tan debatida sobre la distinción entre los dominios de la moral y del derecho, la cual por su importancia, ha sido indispensable estudiarla desde que comenzó á significarse en la ciencia.

En la antigüedad, es decir, en época muy remota, el poder único, indiviso é imperante, era necesario para contener en ciertos límites la actividad del hombre, estableciéndose así, la obediencia debida á una incipiente legalidad. En esta época, que algún filósofo ha llamado de los polifemos, no es posible hallar la distinción entre la pena moral y la pena jurídica, porque tampoco era conocida la distinción entre la moral y el derecho, confusión que observamos aun después, durante la éra clásica, en el Estado griego, en que la ley comprendía no

sólo la actividad externa del ciudadano, sino que al mismo tiempo dirigíase en busca de los móviles de la voluntad, sin prescindir de los motivos que determinaban el acto externo; y no debe olvidarse, en comprobación de estas verdades, que no existía en Grecia, en aquella época, un vocablo determinado para significar lo que era el derecho, porque la noción que lo explicaba se resolvía en el concepto universal de *lo justo.*

Cierto es que entonces los filósofos y los jurisconsultos romanos, llegaron á distinguir, aunque confusamente, la moral y el derecho; pero aquella distinción no pudo fundamentar un principio, ni siquiera de carácter especulativo, porque el *bonum* definido por Séneca: *quod ad se impetum animi secundum naturam movet*, se manifestó en dos formas: en el *bonum quod honestum est* y en el *bonum quod aequum est*, aspectos que se desarrollaron en la íntima conciencia y en la esfera de la acción; pero en realidad, los jurisconsultos fueron los que más tarde observaron y reconocieron mejor los hechos morales, y por lo tanto, supieron distinguirlos, al establecer los tres principios generales del derecho ó *præcepta juris*, como ellos les llamaron: el primero, el *honeste vivere*, representaba la base moral del derecho; el segundo, es decir, el *neminem laedere* era la fórmula de los deberes jurídicos negativos, y el tercero ó sea el *jus suum cuique*



*tribuere*, se refería á los deberes jurídicos positivos; finalmente los tres conceptos de la *sapientia*, *prudentia* y de la *jurisprudentia*, indican el nexo entre el *bonum aequum*, el *bonum* y el *honestuum;* pero á pesar de la conexión reconocida entre estos términos, no había podido establecerse en ellos identidad.

La confusión entre dichos términos, proviene de la antigüedad; la separación, procede del moderno análisis que es de suyo dispersivo; los dos extremos inciden en lamentable exageración, porque la confusión cohibe la moral; por el contrario, la separación rompe los vínculos naturales entre ambos términos; y es preciso no olvidar, que en la libertad interna y en la externa, se observa al hombre con su acto ético; por esta razón, en el *bonum quod honestum est* y en el *bonum aequum*, se encuentra el *bonum* como un principio común. En síntesis, moral y derecho, son dos ramificaciones de la ética, son dos modos de la actuación del fin humano. El paralelismo de ambas ideas, en el cual el concepto universal de lo *justo* encuentra su natural fundamento, se realiza en la ética; por lo tanto, así la confusión como la separación, están condenadas por la ciencia, que consagra aquel paralelismo, porque la moral y el derecho son términos que sólo deben distinguirse, reconociendo ante todo su común origen, la ética.