

en leyes escritas (ó en cosa equivalente, como los mandatos de las autoridades), y por estas guardadas, se lleven á la práctica. No es que al Estado y á su derecho no les interese el que se cumplan con

y el orden puramente materiales, á lo menos la mayoría de las veces), que no son—dicen—verdaderos delitos, como lo son los comunes, sino delitos transitorios y artificiales (véase, sin embargo, lo que decimos sobre esto en las pp. 871 y sigs.), sólo ligados con una situación social dada, los hacen, no obstante, las leyes y los poderes públicos objeto de persecución y represión bastante más severas que las de los delitos comunes. Sólo en un año, en el 1907, hubo en un país europeo, Rusia, los siguientes condenados por delitos políticos, según la estadística publicada por varios periódicos rusos, al decir de la *Revue pénitentiaire*, t. XXXII, 1908, página 890:

	Deportados á Siberia ó condenados á prisión.	Condenados á muerte.	Ejecutados (ahorcados ó fusilados).
Enero-Febrero.....	1.850	271	198
Marzo-Abril.....	1.774	182	21
Mayo-Junio-Julio.....	1.408	261	138
Agosto-Setiembre-Octubre.....	2.290	249	114
Noviembre-Diciembre.....	2.651	423	167
<b>TOTALES.....</b>	<b>9.498</b>	<b>1.341</b>	<b>638</b>

He aquí también un despacho publicado el 4 de Marzo del presente año (1908) por un periódico español, *La Correspondencia de España*, de significación bien templada:

### «LA RUSIA TRÁGICA

#### EL PATÍBULO FUNCIONA.—MILLARES DE PRISIONES

SAN PETERSBURGO.—Sigue reinando el terror en todas las provincias rusas.

La policía, cumpliendo las órdenes del gobierno, continúa deteniendo á cuantos son sospechosos de liberalismo.

En los últimos quince días han sido presas 2.653 personas.

Á todas ellas se las acusa de delitos políticos.

Basta que cualquier miserable, con objeto de vengarse, diga á un policía que Fulano de Tal profesa ideas liberales, para que éste sea preso y enviado á Siberia.

Todas las cárceles de Rusia están llenas de presos políticos, en su mayoría inocentes.

Los Consejos de guerra siguen condenando á muerte.

Y sus condenas comprenden lo mismo á mujeres que á hombres.

En Kief, Riga, San Petersburgo, Odessa, Ekaterinoslaw y otras capitales, son diarias las ejecuciones.

Nadie se atreve á protestar, porque la compasión es reputada crimen.

Calculase que, si dura hasta fin de año este régimen espantoso, perecerán cuantos hombres valen en Rusia.

La mayoría de los ejecutados y desterrados á Siberia son gente de la clase media, abogados, médicos, ingenieros, maestros y estudiantes.

El gobierno persigue especialmente á cuantos por su inteligencia y cultura pueden ser temibles, llegada una época de agitación popular.

Mientras funcionan los patíbulos y trabajan los verdugos, y las cárceles se

voluntad de los individuos, ó sin ella, con intención ó sin intención; le interesa ¿cómo no?, aun por razón de economía de fuerzas, que se cumplan, si posible es, con buena voluntad, con buenos propósitos, por buenos motivos. Al Estado no le es indiferente tener ciudadanos interiormente buenos, ó interiormente malos.

Pero cuando no obtiene otra cosa, se contenta con poseer ciudadanos que respeten y no infrinjan sus leyes. Sería lo más conveniente, para el Estado mismo, que sus componentes vivieran ordenados dentro del orden, y sobre todo, que lo hicieran así por motivos nobles, generosos. Ninguna manera más segura de tener comprada la paz social y de cumplir el Estado sus propios fines. Mas, si no logra esto, que es su aspiración, se contenta con que, aun cuando sea por motivos de índole inferior—codicia, vanidad, deseo de engañar á los demás pasando por hourado, aun sin serlo, temor á las penas, á la desestima pública, etc.—, se atengan voluntariamente á las leyes promulgadas; y si ni aun aquí puede llegar, le basta con que la relación de que se trate quede cumplida, á pesar de tener que forzar la voluntad de los respectivos sujetos, mediante la coacción (1). Exce-

llenan y vacían todos los días, continúa el hambre devastando las provincias de este inmenso Imperio.

El invierno aniquila á los campesinos, que mueren de hambre en sus chozas miserables, lejos de todo humano auxilio.

La nieve intercepta los caminos, interrumpiendo las comunicaciones entre los pueblos pequeños, las aldeas perdidas en las estepas y las ciudades grandes.

Los comisarios de socorros han fracasado ruidosamente.

Se acusa á muchos de ellos de haber malversado los fondos que les confiaran para socorrer á los hambrientos.

La corrupción, el terror, el hambre y la muerte imperan en Rusia, que contará el actual invierno entre los más trágicos de su historia.

Tal fenómeno no es propio de Rusia tan sólo; es de todas partes, siempre que se considera amenazado el orden actual: por ejemplo, la existencia del Estado, la dinastía imperante, la forma de gobierno, etc.: pues sin el respeto y el mantenimiento previo de estas condiciones, llamadas políticas, todos los bienes de que los respectivos asociados gozan dentro de ellas quedan en el aire, sin protección legal, á merced del primero que llega, ó del más fuerte. He aquí por qué tengo yo por muy dudosa la antes mentada separación, que á menudo se establece, entre delitos comunes (que serían los delitos por su misma naturaleza y siempre, con independencia de toda situación histórica ó política) y delitos políticos, los cuales no serían punibles en sí, sino en determinadas circunstancias y por imposición transitoria de las fuerzas imperantes en cierta agrupación social, llamada Estado A ó Estado B.

Pero este problema es para tratado más despacio; dejémosle solamente indicado ahora.

(1) Esto es lo que, relativamente al fin correccional de las penas—las cuales implican un modo de coacción por parte del Estado, y por cierto, un modo de coacción de los más importantes—, llaman algunos «corrección meramente juri-

lente cosa fuera—no sólo desde el punto de vista moral y del derecho natural, sino aun desde el punto de vista del derecho legislado—que los deudores pagaran voluntariamente sus deudas por sentimiento del deber, por contribuir al bienestar y al orden social, con los más levantados propósitos; pero si no lo hacen así, al Estado y á su derecho le es suficiente con que los deudores no se nieguen á pagar, cualesquiera que sean las razones internas que á ello les muevan; y en último caso, cuando se nieguen, hay que forzarles al cumplimiento de sus obligaciones legales, mediante el estreñimiento físico inclusive (embargos, ejecuciones y demás) (1).

Sólo que, como fácilmente se comprende, lo único que aquí que la cumplido es, cuando más, el derecho legislado, no el derecho todo: pues, ó no se da tal nombre al llamado derecho natural, consuetudinario, etc., ó el Estado oficial no puede ser tenido por órgano del derecho total, sino únicamente por órgano de una ínfima parte de él, y por cierto la menos espiritual, la menos depurada, la menos moralizada (esto es, la menos influida por la moral), la más tosca y grosera. El deudor que, al cabo, por miedo al procedimiento ejecutivo, ó á perder crédito y por lo tanto intereses, paga su deuda, ó el que

dica, la única que, según ellos, toca al Estado, á diferencia de la corrección moral, que consistiría en abstenerse del delito, no ya por móviles de orden inferior, sino por móviles verdaderamente morales, elevados, sociales, como el horror al mal sólo por serlo, el amor á la virtud y al orden, el sentimiento del deber, los impulsos caritativos, la benevolencia, etc. Tal fué la teoría penal que defendió en su tiempo Grelman, y que hoy, con mayor ó menor pureza y conciencia, profesan muchos, sobre todo de los llamados «espíritus prácticos». Entre los penitenciaristas norteamericanos domina bastante. También la mantienen algunos penalistas europeos contemporáneos, entre los cuales figura D. Luis Silveira (ob. cit.).

Análogamente, el profesor Kohler sostenía hace poco (en una nota bibliográfica publicada en su citado *Archiv*, año I, núm. 2.º, Enero de 1903, pp. 332-334, y relativa al libro del Dr. Lorenzo Brütt, *Die Kunst der Rechtsanwendung*) que el derecho no debe investigar los impulsos morales de las acciones de cada uno, aunque sí cuidar de que los preceptos jurídicos fundamentales estén concebidos de tal modo que modoren, eviten y protejan contra los ataques á dichos impulsos.

(1) Para quienes se detienen aquí y, teniendo al Estado como una institución necesaria en la vida social, limitan su razón de ser á la necesidad de la coacción impositiva, freno á las propensiones y opresiones mutuas entre los hombres (el Estado, «mal necesario», que dicen), parece que el pecado y la injusticia son elementos indispensables de la existencia humana, y que, por lo tanto, hay que entonar himnos en su honor. Pues, no hablando delitos ó infracciones del orden externo, es decir, con hombres enteramente buenos por de fuera (hombres legalmente correctos, *homines juridici*), ni habría administración de justicia, ni organismo alguno (tribunales y demás) encargado de desempeñar esta inútil función, ni autoridades de ninguna especie, ni policía consagrada á evitar y perseguir los posibles ó efectivos ataques de unos hombres contra otros, ya que, por hipótesis, estos ataques no existirían. Recuérdese lo dicho sobre la concepción negativa del derecho.

la paga á regañadientes y mediante embargo y subasta pública de sus bienes, serán *homines juridici* á los ojos del derecho legislado; pero ¿lo serán á los ojos del derecho? (1)

La intención, por consiguiente, de los sujetos de las acciones no puede servir de característica, para la distinción que se busca, ni aun siquiera siempre con relación al derecho del Estado: porque, si éste se contenta á veces con que se realice el hecho material que protegen las leyes y con que el orden exterior marche, sin penetrar en la índole de los motivos por que se obra, ni le son indiferentes éstos, ni deja de intentar en mil ocasiones poner al descubierto la intención de los agentes, con el fin de que ella le sirva de base para su propia conducta. Vamos á verlo.

67. *El derecho legislado y las intenciones.*—Si fuese cierto que el derecho y el Estado deben prescindir de las intenciones, terreno vedado para ellos, y fijarse únicamente en los actos materiales mismos (2), en sus efectos y resultados, no se comprende por qué damos tan

(1) Consideraciones de esta índole han de ser las que obligan á Kant (y con él á otros muchos) á hablar de una especie particular de derecho, ó sea de un derecho intermedio (parecido, según él, á los *intermedia* de Epicuro), el cual, «sin entrar en los dominios de la moral», no pertenece tampoco claramente á los del derecho que llama *estricto* ó puro, es decir, al verdadero derecho, al derecho «que no tiene absolutamente por objeto más que lo que concierne á los actos exteriores», á «aquel en que no se mezcla nada propio de la moral», en el que no hay «mezcla de precepto alguno moral», el que «no puede ni debe referirse á la conciencia de la obligación como móvil» del obrar, aquel en donde «el derecho y la facultad de obligar al que se opone á su libre ejercicio son una misma cosa». Este otro derecho «en sentido lato (*ius latius*)» — que ni es derecho, ni moral, representando como el puente entre las dos esferas moral y jurídica, un *ius equivocum*, al revés de lo que sucede en el derecho estricto; en donde habrá alguna mezcla de preceptos morales, y la conciencia de la obligación podrá ser el móvil del acto, ocupando el puesto de la imposición legal coactivamente obligatoria — tiene, al decir de Kant, estas dos manifestaciones: la *equidad* y el *derecho de necesidad* (V. los *Principios metafísicos* etc., trad. esp., introducción, pp. 44 y sigs.).

(2) Aun algunos de los escritores de filosofía jurídica que se inclinan, al parecer, á considerar el derecho como una relación social, según sucede con Del Vecchio, v. g., insisten en afirmar que éste no puede contentarse con considerar tan sólo los actos externos, ó el aspecto externo (según el autor) de las acciones humanas, sino que tiene que ocuparse también, necesariamente, del aspecto interno de las mismas (V. su libro *El concepto del derecho*, pp. 25 y sigs.). Bonucci dice también: «En el hecho jurídico tenemos, ante todo, de un lado, un estado de conciencia, que se manifiesta exteriormente con señales reconocibles en el mundo físico... El legislador, por otra parte, ha sabido en todos los tiempos que los actos por él mandados realizar, y que constituyen su propio fin, tienen una naturaleza psíquica que es voluntaria, pues de otra manera sería irracional exigirlos. El hecho á que el legislador tiende es, pues, un hecho exterior, á comenzar desde las primeras etapas de la vida jurídica, pero cuya naturaleza espiritual sabe él necesariamente» (*L'orientazione*, etc., p. 358).

poco valor, ó no le damos ninguno, si es que no las estimamos hasta perjudiciales é injustas, á las acciones y prestaciones exteriormente correctas y muy bien concluidas, pero en cuyos autores conocemos ó sospechamos una voluntad censurable (malos móviles, egoísmo, envidia, ambición, etc.): tal sucede con los servicios y actos de los aduladores, de los burlones, de los farsantes, de ciertos estafadores y «caballeros de industria», de los desconfiados, de los malvados, de los holgazanes, de los prepotentes y demás. De todas estas gentes huimos y procuramos librarnos: cuando, si fuera exacto que el derecho únicamente se atiende á lo exterior, aceptaríamos dichos servicios como los de otra cualquiera persona, ya que exteriormente son todos iguales, y nos limitaríamos, á lo sumo, á censurar como inmorales á quienes nos los prestan. No sucede así, sin embargo; los actos de que se trata tienen un valor inferior en el mercado social, ó sea ante lo que los defensores de la separación entre la moral y el derecho denominan orden jurídico. Por donde se ve que el mundo interior de los individuos, su conciencia, sus intenciones, son «una condición de existencia y progreso para la vida humana» y, por lo tanto, entran en la esfera jurídica: pues, como hemos visto, pertenecen á esta esfera, según Ahrens, «todas las acciones, en cuanto son una condición de existencia y progreso para la vida humana».

De fundarse dicha separación en las intenciones, tampoco se explica la causa por la cual el Estado y todos cuantos del mismo formamos parte en concepto de ciudadanos, de participantes en la comunión jurídica, exigimos como condiciones preferibles ó indispensables para ser funcionarios públicos de cualquiera categoría, aparte de las de capacidad ó idoneidad, otras de moralidad, de virtud, de honrra de bien, como presintiendo que no puede haber justicia, ni siquiera para el derecho legislado, si no se comienza por establecer las bases incommovibles de la misma en suelo firme, que es cabalmente el suelo de la conciencia, el mundo interior. ¿Qué necesidad hay de esto, si el derecho se contenta con la materialidad del acto y tiene que prescindir de las intenciones? Con un buen sistema de honrras—que diría Schopenhauer—, es decir, con un sistema adecuado de leyes que restrinjan el obrar de dichos funcionarios, impidiéndoles todo movimiento discrecional, habrá bastante. El carnívoro atado vale lo mismo que el herbívoro; cuanto más, que, para el caso de que el tal carnívoro haga alguna de las suyas, ó lo que es igual, para el caso de que el funcionario se desmande, cometiendo abuso, podemos aplicarle también á él la coacción y la punición, que es lo mismo que

decir, exigirle responsabilidad. De este modo, las leyes, y las autoridades ó funcionarios encargados de aplicarlas, constituirán una especie de maquinaria dispuesta para hacer justicia automática y mecánicamente, para mantener entre los hombres, convertidos en polichinelas, «el reinado del derecho».

Así se comprende por qué las personas amantes de libertad, de libertad interna y externa, aquéllas que quieren encontrar en sí mismas, en su interior, en su voluntad, la norma de su obrar, su ley, su derecho, protesten indignadas contra el Estado y el derecho exteriores; contra esa máquina de hacer justicia; contra la organización coercitiva que les ahoga y que intenta imponer desde fuera lo que no puede venir sino de adentro; contra una organización coercitiva, cuyo ideal viene consistiendo en negar al hombre: porque negarlo es desconocer su personalidad libre, encerrándolo en una jaula de acero, de donde no pueda, aunque quiera, escaparse. Y se comprende del mismo modo que, al contrario, los fautores de la justicia á martillazos hayan venido y vengán esforzándose en perfeccionar más cada vez la dicha jaula, estrechando y afianzando de día en día sus barrotes (leyes, reglamentos, etc.), con el objeto de que la justicia se haga siempre sin salir del recinto delimitado por el referido artefacto (1).

---

(1) Quizá tengan razón todos ellos, tanto los de una como los de la otra parte. Pues, con relación á los últimos, conviene advertir que sus esfuerzos por aproximar la vida del Estado á aquel ideal de mecanismo impersonal, á aquella acción objetiva y soberana de la ley, por su propia virtud, á aquella eliminación de las coacciones arbitrarias, que Schelling reputaba como la mas alta potencia del régimen constitucional y el punto culminante en que la obra del espíritu, por su necesidad interna, por su ritmo, por su independencia de las voluntades individuales, rivaliza con la de la naturaleza. (Giner, *Persona social*, p. 402), representan probablemente un factor de imprescindible importancia para la obra, necesaria y progresiva, que supone la socialización del derecho, antes aludida (§§ 8, 87 y sigs.)

La vida social se alimenta de productos sociales; y no han conseguido tal condición, sino aquellos que se han socializado y objetivado, por decirlo así, desprendiéndose del espíritu individual de sus autores y marchoando ya solos, como por impulso ingénito y no prestado. Las cosas de creación humana, lo mismo las que constituyen la civilización denominada material que las integrantes de la civilización espiritual, lo mismo la maquinaria, el instrumental, los inventos de todas clases, las industrias, el género de cultivo, que la religión, el arte, el derecho, la moral, las instituciones, si por un lado sólo tienen valor interno para sus autores y fundadores, para aquellos tan encariñados y tan unidos con ellas, que si los primeros desaparecen, también desaparecen éstas, llevándose los mismos al sepulcro el secreto de su invención y no dejando rastro alguno de su personalísima obra, que sus sucesores puedan utilizar, por otro lado, únicamente revisten importancia social, externa, histórica, que diríamos, cuando están ya despersonalizadas y convertidas en cosa objetiva y sustantiva, que no es de nadie en particular y es de todos, pudiendo todos indistintamente aprovecharlas. Al suceder esto, ya la obra

Pero, dígalo quien lo diga y preténdalo quien lo pretenda, la verdad es que el Estado y su derecho, si en cierto sentido se van maquinando progresivamente, conforme queda más atrás indicado (§§ 38 y sigs., pp. 207 y sigs. y otras), en otro sentido se van espiritualizando y van persiguiendo que las ligaduras jurídicas que tengan unidos socialmente unos hombres á otros sean internas, más bien que externas (1).

no se halla acompañada del calor paternal con que la cuidaran sus autores y primeros tutores, quienes se hallaban dispuestos á dar por ella su salud, su caudal, todas sus fuerzas, y aun su vida (como ha ocurrido con frecuencia); ahora ya, se trata de una cosa que se utiliza en frío, como producto obtenido en la tienda, sin preguntarle siquiera por sus progenitores, con quienes puede decirse que ha perdido ya todo vínculo (es lo que pasa, v. g., con los ritos y ceremonias, con las supersticiones y liturgias, con los sistemas, ideas, doctrinas, invenciones, etc., extraídos en el acervo común); pero ahora es cuando la adquisición, que primero sólo tenía valor para una persona, lo tiene ya para todo el mundo y se ha incorporado al patrimonio social.

Al derecho legislado é impuesto, enfrente del natural y libre, no se aplica lo que acabo de decir en modo distinto que á otras mil análogas relaciones.

(1) La espiritualización continua del Estado y del derecho (de todo el derecho, pero singularmente del legislado) me parece una cosa innegable. En el texto (así en el presente párrafo como en los sucesivos) se aducen diferentes ejemplos de ella. El predominio, cada vez mayor, en todas, absolutamente, las manifestaciones de la vida social, ó digamos, si se quiere, jurídicas; el predominio, en esta vida, de la suavidad y los resortes intelectuales y morales, sobre la violencia, la rudeza y el elemento exclusivamente corporal ó físico, lo puede observar cualquiera. La educación, v. g., es una esfera que puede servir de modelo: y en ella, sin la menor duda, se ha ido pasando desde los antiguos procedimientos de compresión brutal (mediante los castigos corporales, la colocación del rebelde ó torpe en cruz, la copia mecánica de las lecciones, la privación del alimento, y otras cosas tales); á los de imposición suave, merced al juego y al aprovechamiento inteligente de las aptitudes y gustos que cada educando manifiesta, aun sin saberlo él, y que el educador sorprenderá. De aquí la importancia que á tal efecto tiene el estudio individual de cada sujeto, de su psicología, de su alma, base ineludible de una acertada educación. Esta no deja de ser una obra social, y, como tal, impuesta, aun por el Estado (educación obligatoria), y para bien común; en servicio, diríamos, del derecho y del interés colectivo, que vienen á ser la misma cosa. La educación puede ser una de las funciones benéficas que dejamos dicho (§ 85 y otros) se socializan y arraigan por la intervención constreñidora del derecho legislado y de los poderes públicos. Mas la manera del constreñimiento cambia. El Estado exige, á veces, por la fuerza material (como antes ocurría y ocurre aun hoy en grandísima parte) que sus ciudadanos se conduzcan bien y con orden, como personas educadas y buenas; pero sin cuidarse de poner á disposición de ellos los medios á propósito para adquirir educación (y bondad, uno de los fines de la educación) cuando no la tengan. Poco á poco se va abandonando tal sistema; y el Estado mismo, que quiere tener buenos ciudadanos, se impone á sí propio la obligación de formarlos antes, y de formarlos mediante la obra educativa, que es obra principalmente psicológica, aun cuando utilice también auxiliares corporales (v. g., para engendrar hábitos, por la creación de vías musculares y nerviosas sistematizadas).

En lo penal, que es otra de las principales funciones del Estado, análoga ex-

Sabido es cuánto se alaba al derecho moderno—al legislado, aunque éste tenga sus raíces en el otro, en el que crea, protege y cumple la conciencia social ó nacional (para emplear los términos gratos á la escuela histórica)—, y cuánto se le preconiza por haber prescindido de las materiales solemnidades externas que en el derecho antiguo era necesario observar para que los actos jurídicos tuviesen validez, y por haber puesto todas sus miras en la situación ó condiciones internas de quienes estos actos realizan ó quieren realizar. Lo que principalmente se requiere para que los actos de que se trata tengan fuerza y establezcan vínculos eficaces entre los hombres, es que respondan á un cierto estado espiritual, á una cierta intencionalidad de los sujetos que los ponen; intencionalidad que adquiere valor, de *cualquier modo* que le conste al Estado que ha de garantizárselo coactivamente, y para el cual el hecho externo, la acción en sí, lo propio que las formalidades que la hayan acompañado, quedan relegados á segundo término y son cosa verdaderamente accidental. La ley famosa de nuestro Ordenamiento de Alcalá, tan ensalzada por todo el mundo de los juristas, como profundamente modificadora del derecho legislado español, principal-

---

teramente, por cierto, á la educativa, se advierte la dicha espiritualización no menos claramente que en ésta, como después se indica. De las durezas penales (á menudo feroces), casi el único modo que antiguamente se conocía (siguen todavía, en muchas partes, en gran predicamento) para conservar el orden social y mantener respetuosos con él á los delinquentes posibles, se ha pasado gradualmente á considerar á éstos como individuos necesitados, igual que tantos otros, de educación protectora y correccional, benéficas para ellos y para todos. Abolidas en gran parte, y de vez en vez más, las torturas y aun las severidades penales, el Estado ha abandonado poco á poco su anterior papel de simple carcelero, verdugo y guardia civil, según los casos, y se ha convertido en ocasiones (como sucede con respecto á los delinquentes menores de edad), y se convierte más y más diariamente, en el gran tutor ó educador de todos, trocando las cárceles y los calaberos en escuelas y en maestros, que procuran, por cuantos medios la pedagogía ofrezca, transformar y regenerar mentalmente, ó mejor, espiritualmente, al hombre que lo necesite, para adaptarlo á la vida social, en la que ve halla tal vez sólo corporalmente, sin estar compenetrado con ella, y para hacer que sus concepciones, sus ideales, sus deseos y sentimientos, su moral, su conducta, se aproximen á los del medio social que predomina sobre él, hasta consonar completamente con ellos. Entonces habrá una verdadera identificación entre el derecho natural de cada sujeto y el derecho objetivo cuya observancia obligatoria se le impone coactivamente, y el Estado tendrá atados y á disposición suya á los ciudadanos, del modo más seguro y duradero que puede aplotecer: el de la adhesión voluntaria.

De la espiritualización progresiva de la vida y el derecho, de manera que cada vez van predominando más en ellos la intención y los demás factores psicológicos de la conducta, trata bastante el citado libro de Bonucci, *L'orientazione* etc., passim, y sobre todo, pp. 155 y sigs. 323 y sigs. V. también Del Vecchio, *ob. cit.*, pp. 85-86.

mente del privado ó civil, y según la cuál *de cualquier manera que aparezca que el hombre ha querido obligarse, queda obligado*, ¿qué otra cosa demuestra, sino que el elemento intencional, no el hecho bruto, es lo predominante, para los mismos poderes públicos, en la materia entera, tan vasta, de la contratación? ¿Qué otra significación tiene tampoco la llamada «mercantilización» (es decir, espiritualización, ausencia de requisitos externos para la eficacia de los actos) del derecho privado; mercantilización impuesta por las condiciones de la vida moderna, y que avanza de un modo incesante?

Hay que advertir igualmente, acerca de este particular, que lo indispensable en los contratos, aun para el Estado, es el consentimiento de los contratantes, sin el cual no se concibe como posible ninguna convención, á pesar de que exteriormente pueda revestir la forma de tal. Por eso, el derecho legislado se cuida mucho de poner de su parte cuanto le es posible para que los actos jurídicos contractuales se realicen con intervención del consentimiento libre, determinando las condiciones en que—mediante inferencias y generalizaciones sacadas de anteriores casos y observaciones experimentales—se presume que dicho consentimiento interviene para dar vida al acto. El cual resulta nulo, por declaración del mismo Estado oficial, cuando haya motivos para creer que, ó no ha mediado consentimiento, ó el prestado no es valedero por estar afecto de algún vicio que lo invalide, tales como el dolo, la violencia, el miedo, el error, la ignorancia, etc., de los cuales hablan expresamente, según es sabido (como causas que convierten en nula ó ineficaz la convención) los códigos y leyes civiles de los distintos Estados y los juristas que los explican ó comentan.

Este consentimiento—al que nadie negará, creo yo, su índole esencialmente interna, espiritual, intencional—se da por supuesto que existe siempre que se celebra algún contrato en que se cumplen las demás condiciones ó requisitos exigidos por el derecho legislado: porque se presume que el hombre normalmente desarrollado obra normalmente, y que la conducta normal humana es una conducta finalista, intencional, animada por el elemento interno, consciente, voluntario. Pero, tan luego como tal presunción queda desmentida por los hechos, las consecuencias en ella fundadas no pueden llevarse adelante, y el Estado, por lo mismo, no reconoce la validez de los actos correspondientes, por más que en su realización se hayan observado todas las formalidades externas, y aunque esos actos, en sí mismos considerados, se ofrezcan á los ojos de los poderes públicos

como exteriormente correctos. Así sucede con los contratos concluidos por un menor de edad, un pródigo, un loco, un incapacitado por cualquiera otra causa. Y lo propio es preciso decir de aquellos otros en que se ve que no ha existido consentimiento, por no referirse la intención de alguno de los contratantes á aquello que formal y aparentemente resulta convenido: como cuando, en materia de matrimonio, se casa uno con otra persona distinta de aquella con quien deseaba casarse, ó con persona de diferente condición de la que había creído, y la cual condición era precisamente lo que le inducía al matrimonio, hasta el punto de que este no se hubiera celebrado habiendo sabido que no mediaba dicha circunstancia (1); ó cuando, en materia de otros contratos, interviniese alguna equivocación parecida.

Las leyes del Estado conceden aquí bastante libertad á los contratantes para concretar las relaciones jurídicas como mejor les parezca; y en caso de duda, sobre la extensión, materia y demás del contrato, mandan sea interpretado éste de manera que prevalezca siempre la intención de los contratantes (2).

Excusado parece decir que en lo concerniente á testamentos y sucesiones testamentarias acontece lo mismo: la voluntad del testador, es decir, la intención con que ha hecho sus declaraciones es lo que prevalece. Por eso, lo primero que corresponde es averiguarla, y por eso, aquí, lo propio que en punto á contratos, tiene tanta importancia la interpretación. El Estado quiere dar validez, ante todo, á la voluntad del testador y á la voluntad de los contratantes, para lo cual, inexcusablemente, tiene que inquirir lo que ellas sean, lo que uno y otros perseguían al manifestarlas. El contrato y el testamento son modos de derecho impuesto; y así como para cumplir el derecho legislado, derecho impuesto también, conforme se ha dicho (§§ 32 y otros), no se puede pasar por otro punto sino interpretarlo, averiguando la voluntad ó intención del legislador (3), así también el Estado mismo, si ha de atenerse á la voluntad de contra-

(1) Por eso, entre los impedimentos dirimientes del matrimonio, figura, no sólo el error, sino también la «condición» de la persona.

(2) V., por ejemplo, los arts. 1.281 y sigs. del Código civil español

(3) Con lo que el derecho legislado viene á convertirse totalmente en derecho dependiente de la intención, del mundo interno del que lo promulga, quien no se conformará con que los asociados lo observen de cualquier modo, sino que busará que éstos pongan en él, al darle cumplimiento, el mismo espíritu que él puso al dictarlo (predominio, que se dice, del espíritu de las leyes sobre su texto literal).

tantes y testadores, ley para él y para todo el mundo que debe cumplirla, necesariamente tendrá que penetrarse de lo que aquéllos quisieron al redactar ó convenir sus testamentos ó sus contratos. No tienen, quizá, otro fin, sino el de facilitar esta tarea, las solemnidades de que han de ser rodeados los actos jurídicos para que adquieran valor; pues, mediante ellas, tiene el Estado otros tantos síntomas ó medios de prueba, con cuyo auxilio penetrar en el mundo interior de los que hayan celebrado el acto.

El Estado regula con la mayor escrupulosidad todo cuanto se refiere á la capacidad para realizar actos jurídicos: capacidad civil, mercantil, política, administrativa, penal, procesal, para ser testigo, para desempeñar cargos públicos, etc., etc. Sin que esta capacidad exista, nadie puede gozar de los correspondientes derechos consignados en las leyes, y los actos practicados por personas á quienes esa capacidad no se les reconozca oficialmente no tienen validez jurídica. Ahora, esta capacidad se enlaza estrechamente con la intención. Son capaces para la ejecución de actos jurídicos los que lo son para practicarlos intencionalmente, con intención normal. Un cierto desarrollo y un cierto equilibrio psíquico se requieren á este propósito. Los hombres tenidos por normales y por normalmente desarrollados gozan de esta capacidad que el Estado les reconoce; los no normales no pueden tenerla, y no se les reconoce: lo que hagan, aunque en la apariencia exterior sea igual á lo practicado por los individuos capaces, no adquiere fuerza legal. El menor de cierta edad es, por lo tanto, incapaz, y la presunción de su incapacidad vale indefectiblemente ante el poder del Estado; en cambio, al adulto se le considera legalmente capaz, y sólo cuando medien circunstancias que destruyan esta presunción, es cuando la capacidad le es negada (como al loco, etc.). Por eso, en caso de duda, el Estado no puede desempeñar su misión hasta que la duda se desvanezca, ya afirmando, ya negando la capacidad en cuestión: por ejemplo, para prestar testimonio, para contratar, para delinquir... A menudo necesita recurrir al auxilio de peritos, por no considerarse él con medios suficientes para esclarecer el punto oscuro. Pero la aspiración se ve bien cual sea: penetrar en el interior de los sujetos, en sus intenciones, por no ser bastante, para realizar el derecho legislado y para administrar justicia oficial, con examinar la acción en sí misma, exteriormente considerada.

Pocas relaciones de derecho legislado habrá en que no pueda observarse claramente el fenómeno que venimos notando. Pero hay

algunas en que parece evidéntísimo, y con respecto á las cuales difícilmente podrá sostenerse el criterio corriente, que las citadas palabras de Ahrens traducen. Así ocurre, por ejemplo, con los efectos de la buena y de la mala fe, que en materia de posesión, en la de prescripción, en la de accesión, en la de contratos, en la de matrimonios (ilícitos ó ilegales, v. g.), en la de comisión de delitos, en otras varias, son diferentes, y lo han sido en épocas y pueblos diversos, según intervenga ó no intervenga la buena fe. Y la buena ó la mala fe—excusado parece decirlo—es cosa enteramente espiritual é interna, y para tenerla en cuenta el Estado y atribuirle su correspondiente eficacia, no le basta con mirar al hecho exterior en sí, sino que tiene que penetrar en el alma de los individuos.

Nótese también que la ingratitud, fenómeno de conciencia y de sentimiento, fenómeno de intención propio del orden moral exclusivamente—si es cierto lo que se dice acerca de la diferencia entre moral y derecho—, es causa de revocación de las donaciones, efecto éste bien jurídico, consignado en el derecho legislado, y de todas maneras de orden social, condición de vida y de coexistencia de los hombres asociados. La indignidad es asimismo motivo bastante para invalidar ciertas relaciones legales; á los indignos se les puede, por ejemplo, privar de la patria potestad sobre sus hijos, desheredarles, etc. Lo propio sucede con los que hayan cometido delitos, aun después de que hayan extinguido su correspondiente pena y de que con ello hayan pagado la deuda contraída, quedando, según suele decirse, en paz con la sociedad á quien ofendieron: es que, á pesar de todo, se les tiene por internamente depreciados (gentes de índole carnívora, podría decirse, como lo han mostrado ya con algunos actos); y los que viven á su lado desconfían de ellos. Las leyes y los encargados de aplicarlas declaran asimismo nulas las ventas simuladas y las hechas en fraude de los acreedores, sin embargo de que exteriormente no tengan punto alguno vulnerable, por haber sido cumplidos todos los requisitos exigidos para la validez de una compraventa y á pesar de que el fraude, que supone dolo, sea cosa de pura intención. Cuando los tribunales condenan por temerario á un litigante, ¿qué hacen, sino consignar y dar por probada una cierta situación de espíritu en el condenado? Ni ¿qué otra más que esto indican un gran número de presunciones, las cuales, ya se sabe, surten efectos jurídicos: como cuando se presume que todo el mundo conoce las leyes, ó cuando se presume, para dar fundamento á la prescripción de la propiedad, que el anterior dueño de ella tuvo in-

tención de abandonarla y hacerla entrar en el horizonte de las cosas *nullius*?

Por este orden, se podrían ir enumerando otra multitud de relaciones, en las cuales se muestra una ingerencia efectiva, y hasta verdaderamente necesaria, del derecho legislado en la conciencia, la intención y los propósitos de los individuos. Quien rebuscarse con un poco de detenimiento en las leyes vigentes en un país y en el modo con que aplican éstas los llamados órganos de la administración de justicia, quizás llegara á persuadirse de que la generalidad de los casos eran de esta índole, y los menos, en cambio, de aquellos en que el Estado, para cumplir sus fines, se contenta con las apariencias externas de las acciones, desinteresándose de la sustancia interior que les da vida. El Estado ha de habérselas con hombres en todos los momentos, y los hombres se conducen, obrando como tales, inteligentemente, intencionalmente, teleológicamente, voluntariamente. No puede mirar á la materialidad de sus acciones tan sólo, sin pasar de aquí, dejando el resto de ellas, su espíritu, á la moral; bien por el contrario, es este espíritu lo que ante todo y verdaderamente le importa, como lo que da el ser á la acción y la constituye en realidad, de tal suerte, que la acción sin el espíritu, ni existe, ni para el Estado mismo tiene valor propio. Lo que hay es que, algunas veces, el Estado necesita resolverse sin pérdida de tiempo, por requerirlo así el apremio de las circunstancias, las condiciones del orden social, las necesidades de la convivencia (1); y entonces ha de contentarse con el *minimum* de la acción, es á saber, con lo meramente externo de ésta, que es su conformidad, si quiera aparente, con dicho orden. Mas ello no quiere decir que renuncie á penetrar en las interioridades, por estimar que no es esta misión suya; muy al revés, se reserva hacerlo siempre que le es posible, y cada vez va marchando más por esta vía, pues el Estado, como las demás cosas ó instituciones de la vida humana, se civiliza ó espiritualiza incesantemente, según hemos ya advertido.

No hay precisión de decir que lo que al Estado oficial le sucede

---

(1) A todas las personas, sean individuales ó sociales, les pasa igual, cuando tienen que dar alguna decisión valedera con respecto á otras. Se ven constreñidas á tomar un partido en plazo perentorio (v. g., los jueces, los gobernadores, todo el que juzgue y falle, aun sin efectos oficiales), y para ello se sirven de los datos que pueden y tienen más á mano; cuando carecen de los más internos y espirituales, y no se les deja tiempo ó holgura para allegarlos, por propia observación ó de otra manera, se limitan á apoyar la providencia ó fallo en los más materiales y burdos.

nos sucede á todos, en cuanto todos somos, lo mismo que él, organos del derecho. En nuestras relaciones mutuas, tenemos que estar á cada momento averiguando—ó bien, presumiendo ó infruyendo—la intención de los individuos con quienes tratamos. Más que en las leyes y en los tribunales de justicia, confiamos en la buena voluntad de las gentes; y más que á la policía, las cárceles y la fuerza pública, tememos á la mala voluntad ó inclinación de aquéllas. Por eso no nos conformamos con la mera corrección externa de sus acciones. Hemos menester cerciorarnos del valor social que ofrecen las personas con quienes estamos ó hemos de ponernos en relación, de la confianza que convenga otorgarles por su compatibilidad ó incompatibilidad con lo que es para nosotros el orden y la prosperidad sociales. Este valor, que se cotiza como cualquier otro—y á buen precio, frecuentemente—en el mercado social (hombria de bien, hidalguía, honradez, capacidad mental, codicia, perversidad, etc.), es un valor, no solamente moral, sino también jurídico. El conocimiento de lo que nuestros conciudadanos son interiormente y la representación de lo que, por ser como son, han de hacer en lo porvenir, son datos en que apoyamos nuestros cálculos, para conducirnos con ellos y para apreciar sus acciones (1).

---

(1) Una advertencia sobre esto, advertencia que, por ser incidental, no puede tener aquí el debido desarrollo.

Ya queda dicho (§§ 32 y 33, sobre todo en las pp 140-161 y 163, con sus correspondientes notas) que el concepto de honradez de los hombres, concepto que implica esencialmente un juicio de valoración social, es enteramente relativo. Se es honrado ó no honrado, con relación á uno ó varios círculos sociales concretos, no en absoluto. Del propio modo, los actos, las tendencias, propensiones, aptitudes, sentimientos y demás de los hombres, ó sea todo lo que constituye su mundo interno, no son en sí y siempre buenos ni malos, sociales ó antisociales; sino lo uno ó lo otro, según quien los utilice y aprecie, ó á quien molesten y dañen. Los individuos vanidosos, arrogantes, astutos, vengativos, codiciosos, envidiosos, etc., tienen á veces un gran aprecio social, y son, consiguientemente, admirados, enaltecidos, recompensados, tanto ó más que los dulces, los humildes, los desprendidos, los francos y los leales. En el comercio social, que supone un complicadísimo entrecruzamiento de fuerzas, todo es susceptible de utilización. Todo depende del modo de disponer y dirigir las dichas fuerzas, en lo cual se distinguen los hombres inteligentes y previsores, los de larga vista social. La brutalidad, la arrogancia, la crueldad, la indiferencia ante el derramamiento de sangre, ó el gusto por ésta, pueden ser valentía, serenidad, impassibilidad, ardimiento y resolución en la guerra, ó en empresas semejantes; de la manera de los astutos, los santos, los reservados, los de mucha dobles mental, salen los mejores estrategas, los mejores diplomáticos, los mejores abogados, los mejores directores de mil y mil empresas de distinta índole. Y así sucesivamente. Nadie ni nada en el mundo es completamente inútil ó nocivo; todo ser, lo mismo humano que no humano, puede prestar á otros servicios y convertirse, por lo tanto, á lo menos por aquel aspecto, en cosa ó persona buena, ordenada, justa, honrada.

68. *El derecho penal.*—Si en todo el derecho legislado, conforme acabamos de indicar, es, á lo que parece, errónea la separación entre la moral y el derecho por parte de las intenciones, hay un entero círculo del mismo donde ese error se ve acaso con entera evidencia. Refiérome al derecho penal. Y el derecho penal es precisamente—tégase en cuenta—el que suministra al Estado oficial los medios que éste considera más eficaces para el desempeño de su misión de conservar el orden y la paz exteriores entre los asociados.

En el derecho penal no se da un paso, ni se ha dado quizás nunca, ó á lo menos no se ha dado ni se da desde que los pueblos comienzan á vivir vida un tanto civilizada, sin tomar precisamente por base la intención de los sujetos. Hoy por hoy, sin intención no se afirma existir delito. No conciben nuestros penalistas, ni en general nuestros jurisconsultos, ni nadie, que en los hechos no intencionales exista materia punible (1). Para que haya delito—dicen—es necesaria la concurrencia de dos elementos: uno externo: el acto material, llamado daño, evento, resultado, efecto...; otro interno, llamado dolo, intención. El delito comienza en este elemento interno; de aquí que la llamada vida ó génesis del delito, *iter criminis*, etc., se descomponga en dos mitades, la mitad de dentro y la mitad de fuera, las mismas dos mitades que en toda acción humana hemos visto supone la distinción entre la moral y el derecho por parte de la intención (§§ 63 y sigs., con sus notas respectivas). Pero aquí, en el orden penal, las dos mitades se unen para componer una sola acción, que es toda ella, tanto en su parte interna como en la externa, acción jurídica, ó mejor dicho, antijurídica; es decir, acción que cae enteramente, desde el principio hasta el fin, desde sus primeras raíces en el pensamiento (2) hasta los últimos actos llamados

(1) Salvo en algunos casos, donde, sin embargo, no se resuelven los autores á considerar que falte del todo el elemento interno del delito: así acontece con los hechos dañosos cometidos por descuido, imprevisión, negligencia, imprudencia, impericia, etc. Un tratado de derecho penal sería lugar propio para desarrollar estas indicaciones y dar razón de esta anomalía, aparente ó real; por el momento, y en este sitio, tengo que prescindir de hacerlo, contentándome con hacer referencia al citado estudio *La psicología criminal en nuestro derecho legislado*.

(2) Y aun quizá antes; quizá desde aquella «disposición ó inclinación secreta del alma hacia el crimen», de que habla D. Luis Silvea (en su *Derecho penal*, tomo I Madrid, 1874, pp. 150 y sigs.; 128 de la 2.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1903), al tratar precisamente de la generación del delito. Es sumamente instructivo é interesante, por lo que se refiere al problema que ahora nos ocupa lo que el Sr. Silvea dice acerca de la índole del derecho en diversos lugares de su obra, y sobre todo en el § XXXIV de la misma, donde trata de la materia del delito. El pensamiento del autor es muy diverso aquí del de Ahrens (al cual sigue indudable-

«de ejecución», bajo el imperio del derecho. Todavía más: no solamente admiten todos los penalistas, cualquiera que sea su filiación filosófica (y consiguientemente, tras de ellos, los códigos), la idea de que sin intención no hay delito, aun cuando haya evento exterior, es decir, lo que llaman acto en sí por ejemplo Ahrens y Schopenhauer, sino que, al revés, reconocen que hay materia punible allí donde no hay daño, acción en sí, pero existe un dolo, intención ó elemento interno innegables (1). Este es el caso del delito frustrado

mente otras muchas veces, según queda advertido en una nota anterior, p. 840, nota 2) y de los que con el mismo comulgan, y muy afín al punto de vista que yo sostengo. En el citado párrafo, hay afirmaciones claras y terminantes, tan significativas como éstas: «El derecho no puede ser mirado sino como un orden espiritual y ético, destinado á ser realizado y mantenido por la voluntad humana. El hecho exterior y sensible no tiene valor en sí, propio y sustantivo; tiéndolo tan sólo como signo, como expresión y manifestación de la voluntad antijurídica. Y esta manera de considerar los hechos externos, sólo como expresión de la interior voluntad del hombre, no es ciertamente exclusiva del penal, sino, por el contrario, común al derecho todo, cualquiera que sea la esfera en que se la mire; ante él, sólo lo interno, sólo lo que consiente la voluntad libre del hombre, sólo lo inmaterial tiene verdadera importancia. Los hechos son, pues, jurídicos en cuanto son la expresión de esa voluntad, que unas veces revelan expresamente, que otras veces las leyes la suponen, salvo prueba en contrario, pero que siempre tienen en cuenta. La posesión, en efecto, no consiste en la simple tenencia del objeto, que es lo material, sino en el *animus domini*, que es lo inmaterial; la prescripción no se causa por la posesión continuada, si no hay inteligencia en el que intenta prescribir; el contrato no es válido, aunque exteriormente sea inatacable, sin causa justa y sin fin lícito; para ser comerciante se necesita la intención de obtener lucro, y no hay, finalmente, hecho alguno que sea apreciado como jurídico, en el que no se vaya al interior de la voluntad.» Pero conviene advertir que ésta es una de las muchas cosas que Silvela tomó de Roeder, en cuya construcción mental ocupaban ellas un lugar congruentemente orgánico, mientras que en Silvela tenían un carácter, por decirlo así, esporádico y accidental, en cuanto las concepciones jurídicas de este autor eran más bien, fundamentalmente, afines á las tradicionales, es decir, objetivas y retributivas, por más que él — con no pocas timideces, sin embargo — se pronuncia á veces, en apariencia y en asuntos concretos, contra ellas y se declara correccionalista. El párrafo de la obra de Silvela que acabo de transcribir (y de cuya acertada doctrina, por cierto, no vuelve el autor á hacer caso en lo restante del libro, para resolver las cuestiones que va tratando) tiene su correspondencia en varios pasajes de Roeder (por ejemplo, en *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, pp. 69, 209 y siguientes y otras de la traducción española, Madrid, 1877).

Algo análogo á lo del correccionalismo espiritualista de Silvela, puede decirse de el del Sr. Aramburu (secuas y, en buena parte, repetidor de Silvela), tal y como lo expone sobre todo en sus notas á la traducción española del tomo primero de los *Elementos de derecho penal*, de Pession, Madrid, 1909. En cambio, el señor Giner tiene un sentido totalmente análogo al de Roeder, y lo ha expuesto en diferentes ocasiones y obras suyas. V. sobre todo su citado *Tratado de filosofía del derecho*, §§ 168 y sigs., pp. 361 y sigs. Acerca de estos particulares, véase mi artículo *Los correccionalistas españoles á la escuela positiva*, publicado en la *Revista romana La escuela positiva*, tomo IV, 1904, pp. 180 y sigs.

(1) En este punto, se ha verificado en el derecho penal, á través de la historia,

y de la tentativa de delito (aun de la llamada «inidónea» ó imposible objetivamente), punibles según todos los autores; este es igualmente el caso de la resolución criminal no puesta por obra, pero ya conocida, resolución que es también punible, según los correccionalistas, según los partidarios de lo que se llama dirección ó escuela subjetiva (de von Buri y de sus muchos secuaces), y según buen número de positivistas de las modernas escuelas antropológicas y sociológicas. Conviene tener muy en cuenta asimismo que en el día de hoy existe una poderosa corriente entre los autores (y, consiguientemente, en las legislaciones), cuya tendencia es sustituir á la idea del delito en sí, hecho externo, como materia de punibilidad (de reparación y responsabilidad), la idea del sujeto delincuente y del grado de su posible y probable delincuencia futura, ó, lo que es lo mismo, la idea del peligro que para la tranquila vida social se calcule ó presuma que ofrecen determinados individuos, á causa precisamente de su mundo interno, no muy de fiar.

un proceso de espiritualización que no ha terminado todavía. Los que hoy llamamos delitos, que requieren reacción penal pública, fueron en un principio considerados casi todos como actos dañosos, causantes de obligaciones privadas y merecedores, por consiguiente, del correlativo pago ó compensación (retribución, reparación, etc.) Eran delitos privados, que pertenecían á la esfera de lo que hoy llamamos nosotros derecho civil (ó privado). La pena ( $\pi\omicron\sigma\eta$ ) representaba meramente la compensación del daño producido, la restauración ó reposición del orden quebrantado con el acto ilícito. Y eso es ahora en multitud de casos la responsabilidad por causa de acciones delictuosas, en forma de restitución, indemnización de daños y perjuicios, etc. Se comprende por eso que la responsabilidad civil proveniente de delito, y la llamada responsabilidad penal, hayan venido confundidas, y que lo estén aún en gran parte: considerando que ambas necesitan, para nacer, que se haya cometido un hecho, y que el objeto de una y otra es, por igual, remediar las consecuencias que la acción ha traído, haciéndolas recaer, en forma de pago, sobre el autor de la misma. Se trata de una equivalencia material, más bien que otra cosa (*restitutio in integrum*, siendo posible; y de no serlo, el pago supletorio)

Pero en el curso del tiempo se ha ido produciendo y acentuando cada vez más un apartamiento entre reparación (ó restauración del derecho, es decir, del daño producido por el delito) y pena; y no está, al parecer, muy lejano el día en que el derecho penal se desinterese por completo de la primera, dejándosela entregada al derecho civil, al administrativo, etc., para cuidarse él exclusivamente del mundo interno de los posibles delinquentes (ó dañadores) futuros, aunque para llegarlo á conocer atienda, al par que á otras señales, al delito ó delitos ya cometidos. Cuando ese momento venga, el derecho penal estará completamente espiritualizado y desmaterializado; no tendrá nada que ver con el delito (hecho externo), como tal, fuente de responsabilidad, compensación ó pago; la pena — si aun conserva ésta su equívoca y trastornadora denominación — no tendrá más objeto que cambiar el estado de alma, estimado peligroso, de ciertos individuos, cuyas intenciones, cuya voluntad, cuyos gustos, inclinaciones ó hábitos no son socialmente admisibles, y por eso requieren mejora.

á causa de su maldad potencial, de su voluntad mal dispuesta para el consorcio pacífico tal y como lo entienden y lo quieren sus conciudadanos, á causa de su coeficiente de perversidad, coeficiente que no se halla en otra parte sino en su alma, aunque se exteriorice por medio del cuerpo y el cuerpo lo condicione y acaso concurra á producirlo, ó lo produzca exclusivamente (1).

Por otra parte, es á mi modo de ver indiscutible que si, el derecho todo se va espiritualizando ó intencionalizando más cada día, no hay esfera alguna donde este fenómeno se manifieste tan intensa y tan multilateralmente como en la penal. El derecho penal se espiritualiza rápidamente, á ojos vistos. Es, desde luego, un hecho comprobado por la observación directa y confirmado por las estadísticas de las diferentes naciones el de que la criminalidad tosca y violenta de otros tiempos y de países atrasados va dejando el puesto libre á la criminalidad ingeniosa y astuta, propia de hombres cultos y civilizados, en quienes predomina más el refinamiento psíquico que la brutalidad material, es decir, la fuerza física. Al compás que aumentan los delitos debidos al fraude y á la astucia, disminuyen los crímenes de sangre, los salteamientos, etc. (2).

(1) Este elemento del peligro, como criterio de punibilidad, se ha tenido siempre en cuenta. No hay más que fijarse en los códigos penales, para convencerse de ello. Los hechos que en los mismos se castigan solamente por la peligrosidad que revelan sus autores son acaso tantos (á veces, más, como en los códigos militares y en la materia de contravenciones ó faltas) como los propios y verdaderamente dañosos, los cuales son los únicos que implican una violación real y efectiva del orden exterior, ó sea del derecho (que es en lo que se dice que consiste el delito, cuya reparación ó restauración—añaden—es una exigencia ineludible de la justicia). Pero nunca acaso se ha hecho tan visible y marcada la tendencia como en los días que corren, en los que, de un modo reflexivo, se quiere que sólo se atienda al peligro interno (estado de alma; de determinados sujetos, para hacer funcionar á la justicia penal.

En otra parte se tratará más al pormenor del asunto.

(2) Véase á este propósito, principalmente, la obra de Niceforo, *La transformación del delito en la sociedad moderna*, trad. esp., con prólogo de R. Salillas; Madrid, 1902. Véanse también los siguientes escritos, algunos muy interesantes desde el punto de vista á que ahora nos referimos: Basco, *La delinquenza in vari Stati di Europa*, Roma, 1906, *passim*; Mansini, *Trattato del furto*, parte 2.<sup>a</sup>, vol. I, Turin, 1906, *passim* y pp. 608-78; Sighele, *La delinquenza settaria*, Milán, 1907, introducción; Ferriani, *Delinquenti scultri e fortunati*, Como, 1907, *passim*; el mismo, *Delinquenza precoce e senile*, Como, 1901, p. 52 y sigs.; Ferri, *Sociologia criminal*, trad. esp., Madrid, sin año (1908), p. 90 y sigs., y en otros escritos; Laschi, *La delinquenza bancaria*, Turin, 1900, *passim*, y en *La Scuola positiva*, VIII, 1908, p. 641 y sigs. (*I delitti di frode ed i fattori della delinquenza bancaria*); Lombroso, *El delito, sus causas y remedios*, trad. esp., Madrid, 1902, *passim* y sobre todo los caps. IV, VIII y otros de la primera parte; Angioletta, *Manuale di antropologia criminale*, 2.<sup>a</sup> ed., Milán, sin fecha (1908), pp. 144 y sigs.; *Revue pénitentiaire*, XXVII, 1906, p. 177; *Scuola positi*

De la misma manera, se espiritualiza el concepto del delito y el de los modos y procedimientos para luchar contra él. De lo externo se pasa á lo interno; la consideración del hecho en sí, objetivamente mirado, como entidad sustantiva ó realidad ontológica, según muchos han venido estimándolo y todavía lo estiman algunos, se va dejando á un lado, para refugiarse en la intención ó motivación, ó más bien, en el estado psicológico permanente que revelan los respectivos sujetos. Si no ha habido jamás épocas—como sostienen bastantes escritores, cada vez más, y como parece probable—en que los hechos estimados ilícitos fuesen todos castigados de igual modo, ya se hubiesen cometido voluntariamente, ya involuntariamente, ya con intención de dañar, ya sin ella, ya por móviles levantados, ya por móviles merecedores de censura, es lo cierto que á los delinquentes se les ha distinguido, antes que por razón de su mundo subjetivo, por razón del diferente hecho externo realizado por unos y por otros. Lo que se ha tenido en cuenta para calificar y clasificar á los reos ha sido generalmente el simple resultado material de sus acciones: se era autor de un hurto, de un robo, de una estafa, de una falsificación, de un fraude, de un cohecho, de una extorsión ó exacción ilegal, de un homicidio, un parricidio, un disparo de arma de fuego unas lesiones graves, menos graves ó leves, según los caracteres externos que el efecto producido ofreciera, no según los propósitos del agente, que no se cuidaba nadie de averiguar. Y por eso, los reos de acciones cuyas apariencias exteriores fuesen iguales eran considerados y tratados todos de la misma manera. Aun hoy sucede en bastante proporción esto mismo, cuando y donde se administra la justicia con el sentido tradicional, en que la pena representa la compensación vindicativa del mal efectivo, exterior, originado por el delito (1).

---

va, XVI, 1906, p. 287 y sigs. (artículo de Lombardi sobre *La bancarrota dal punto di vista sociologico*); *Report of the Howard Association*, 1906, pp. 1-2, 96; Gil Maestro, *Los malhechores de Madrid*, Gerona, 1899, *passim* y pp. 175-76, 262, etc., etc. No hay más que consultar las estadísticas de la criminalidad en los distintos países, para advertir la transformación de referencia, la cual se traduce bien, entre otras cosas, en el fenómeno del aumento extraordinario de las faltas á expensas del número de los crímenes, algunas formas de los cuales, antes frecuentes, han desaparecido del todo, ó están á punto de desaparecer en nuestros días.

(1) Y por eso, entre otras cosas, al autor, supongamos, de varios hechos materiales diversos (v. g., de varios homicidios ó estafas), hayan sido resultado de un solo acto ó de actos diferentes, se le imponen otras tantas penas, proporcionadas, por su número y su gravedad, al número y gravedad de aquéllos. Y de esto viene que, en ocasiones, un mismo sujeto es condenado á múltiples penas de muerte, ó á cientos de años de prisión.

Pero este punto de vista está perdiendo muchísimo terreno. A ello contribuyen corrientes derivadas de distintos orígenes y mantenidas por pensadores de muy varias procedencias, pero todas las cuales vienen á morir al mismo sitio. En el día de hoy, es mayor la importancia que para la determinación del delito y la del tratamiento correspondiente se da al elemento llamado interno que al externo. Se quiere que los «factores psíquicos», pues así los denominan, sean los que sirvan de criterio para averiguar, no ya qué figura de delito reviste el hecho ejecutado y en qué categoría ó especie criminosa (hurtos, robos, estafas...), esto es, en qué sección, título, capítulo ó artículo del Código penal, ha de estimársele comprendido, sino cuál sea el estado interno del agente: si este estado es grave ó liviano, permanente ó transitorio, peligroso ó no, y por consecuencia qué sea lo que más convenga hacer con tal individuo, á distinción de otros que hayan cometido actos ilícitos de igual ó desigual apariencia externa. El hecho en sí no tiene ahora sino una importancia meramente secundaria; no es más que lo que dijo Roeder (1), y después han repetido otros (2): una señal del estado interior del hombre, estado que podrá inferirse también por otros medios, procedimientos ó indicios.

Notemos, antes de pasar adelante, y aun cuando á modo de paréntesis, una particularidad que de lo dicho resulta: y es que, si lo moral se distingue de lo jurídico por las intenciones, terreno acotado por la primera y ajeno al derecho, y si, por otra parte, el derecho penal (ya se ha dicho que también el derecho todo, si bien en lo penal el cambio es más poderoso y visible) se va espiritualizando é intencionalizando, pues no otra cosa significa el predominio en él de los factores psíquicos, el movimiento que en este orden se ha puesto de relieve es un movimiento denunciador de que el derecho, no ya sólo el natural, sino el legislado, se convierte en moral, se identifica incesantemente con ésta, y el Estado invade con ello la esfera reservada al orden moral. Había venido considerándose como un gran progreso la distinción entre moral y derecho—distinción con

(1) Véase su citado libro, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena*, trad. esp. por F. Giner, Madrid, 1877, loc. cit.

(2) D. Luis Silvela, v. g., en España, según puede verse en palabras suyas citadas hace poco (nota 3 de la p. 365). Igualmente, Aramburu asegura que, para él, «la manifestación externa del delito no constituye valor sustantivo, y si únicamente de medio de inducción para estimar la causa eficiente de aquél» (*Notas al libro de Pesina*, ya citadas, p. 264): con lo que concuerda lo sostenido por el propio autor en otros pasajes.

La cual nos han atronado á menudo los oídos, ofreciéndonosla como una conquista civilizadora innegable—; ahora se disputa también como un adelanto lo contrario precisamente. ¿A qué, pues, hemos de atenernos? Dando á las voces «moral» y «derecho» las significaciones que quiere dárseles, equivalentes á lo «interno» y lo «externo», ¿no estamos en el caso de decir que los penalistas á quienes nos hemos referido, que son jurisconsultos y pasan por hombres progresivos y cultos, desconocen su propia misión, metiendo la hoz en mies ajena y pisando un campo en el que nunca debieron entrar?

69. *Los móviles del delito y su eficacia.*—Cerrado el paréntesis, conviene continuar en el orden de consideraciones que nos venía ocupando.

Es un hecho tan innegable, creo yo, como los aducidos, el de que el derecho penal de nuestros días, no sólo exige, como uno de los supuestos en que apoya el ejercicio de la justicia criminal por parte del Estado, el de la intención ó mundo moral de los individuos con quienes tiene que habérselas éste para calificarlos y tratarlos de delincuentes, sino que va más allá todavía. Analiza y descompone cuanto puede ese mundo interno ó intencional, para que dicho análisis y la clasificación correspondiente de las intenciones sea luego el punto de partida de una clasificación y diversa aplicación de los medios penales adecuados.

Por de pronto, los poderes públicos, guardianes del orden, según suele apellidárseles, se contentan, al imponer penas, con estar seguros de que la voluntad, mundo interno, intención, propósito, dolo, malicia, conciencia, ó lo que sea, de los penados ha sido el elemento animador de las operaciones ilícitas de éstos. Se da la voluntariedad, y esto les basta. El hecho es, según dicen, imputable, y la imputabilidad trae consigo, para ellos, indefectiblemente, la responsabilidad, la punibilidad, la pena. Todo el que voluntariamente haya realizado acciones prohibidas por el derecho (que es ahora el legislado) incurrirá en pena, por estar ligadas tales acciones con su interior, por tener en su alma las raíces, por ser suyas. No se atiende á la índole de los motivos que hayan determinado al sujeto á ejecutar un acto; sean estos motivos los que quieran, con tal de que en la ejecución haya mediado la voluntad, ó, dicho de otro modo, con tal de que el agente tuviera conciencia de lo que hacía, y el hecho fuera, en lo tanto, intencional, se juzga haber elementos suficientes para tenerle por culpable y responsable. Se impone pena á quien se apodera de las cosas; de otro, aun cuando lo haga con fines

de beneficencia; al homicida, deseoso de librar á sus conciudadanos de un elemento social nocivo (v. g., de un camorrista habitual ó de un vago incorregible); al tiranida, cuyo móvil sea favorecer á su país, suprimiendo al tirano; á la madre que da muerte á sus hijos para acelerar el ingreso de éstos en la bienaventuranza, ó para ahorrarles los sufrimientos del hambre ó de la miseria, ó el baldón de ser ilegítimos; al anarquista dinamitero que, por medio de las bombas, pretende acabar con los presentes males sociales y poner las cosas de modo que, al reorganizarse, no puedan menos de traer beneficio á la humanidad; al que falsifica, prevarica, destruye bienes ajenos, ó hace cualquier otra cosa análoga, con nobles, legítimos y aun salvadores propósitos; al desertor que huye por no verse en el trance de tener que matar en frío á semejantes suyos que ningún mal le han hecho...

Poco á poco, sin embargo, se ha ido entrando en la apreciación de la naturaleza de estos móviles y haciéndoles servir, unas veces, de motivo para la culpabilidad, pero otras también de causa para la exculpación. Según sea el móvil que arrastra al agente á la acción, así se considera á éste peligroso ó inocente, compatible ó incompatible con la existencia social, ora presente, ora futura, y por lo tanto, condenable ó absolvable. Sabido es cómo no hay apenas nadie que, desde hace tiempo, no distinga entre delinquentes comunes y delinquentes políticos, considerando que si los primeros son en todo caso verdaderos delinquentes, los segundos, en cambio, por razón precisamente de los móviles que les guían, no son delinquentes sino en la apariencia y de un modo transitorio. Son de esos delinquentes que se llaman «honrados» y que, aun cuando parezca paradoja, abundan bastante. Si la ley y los funcionarios que en nombre de ella obran los condenan, la llamada opinión pública los absuelve, y ningún ciudadano les retira su confianza. Hasta ocurre á menudo que por sus hechos, calificados legalmente de criminales, la inspiran mayor, y que las condenas que por haber delinquido se hacen recaer sobre ellos acrecientan su popularidad y su simpatía. Es más: casos llegan en que á estos individuos, condenados, no sólo á proscripción ó á cárcel, sino hasta á la muerte, y condenados como reos de los más nefandos y «bominables» delitos legales, les llega la hora de las alabanzas populares, de las estatuas, y hasta de la apoteosis, como ha acontecido, v. g., hace poco con el Dr. Rizal (1). Lo que no debe

(1) Fusilado, en los últimos días de 1896, por los españoles en Filipinas, y hoy elevado á los altares, como santo, por la Iglesia nacional de aquel país. La lista

estar desprovisto de fundamento: y el único que puede invocarse al efecto, me parece á mí, es el de los móviles del acto exteriormente delictuoso, ya que estos móviles, por ser buenos y eminentemente sociales (1), demuestran que el sujeto por ellos guiado no es peligroso

de los que se hallan en situación parecida sería interminable. La historia humana se compone en grandísima parte de hechos de esta misma naturaleza. Todo orden social, cualquiera que sea su índole, trátese de órdenes políticos (Estados), de órdenes religiosos (Iglesias ó confesiones), de órdenes científicos, etc., tiene su martirologio, constituido por los precursores, los infelices, los trabajadores, que sacrificaron su vida en aras del ideal hoy ya implantado, pero que en su día hubo de ser perseguido como criminal. Mas, por su parte, todo orden, una vez lograda la victoria y el predominio, se convierte de perseguido en perseguidor, y hace víctimas y mártires en nombre de la justicia y de la ley, en el campo de sus enemigos, que lo combaten con las más sanas intenciones, es á saber, con propósitos de mejoramiento social. De este modo, la vida colectiva de los hombres, á través del tiempo, se halla constituida por una serie de sucesivas etapas inquisitoriales (todo orden vigente y dominante es una Inquisición), cada una de las cuales va rehabilitando, levantando sobre el pavés, y aun glorificando, á gran número, cuando menos, á los más salientes (pues los anónimos que lo merecerían son muchísimos), de los individuos que en las etapas anteriores murieron en concepto de criminales y enemigos públicos (del orden). La conducta de tales personas, abominable en su día, viene después á entrar en el reino de las alabanzas, precisamente porque se llega á considerar que las intenciones y móviles de las mismas, en lugar de ser antisociales (antijurídicas, antimorales), eran justamente todo lo contrario, y que quien de tal manera obra no es enemigo de un orden permanente, sino cuando más de un orden transitorio y caduco, que es el actual y predominante á la sazón.

(1) Desde cierto punto de vista, conviene añadir, pues desde otro no lo son, y precisamente por no serlo se persigue y pena á los correspondientes individuos. Aquí aparece bien la relatividad de los puntos de vista, de la cual se trató en el anterior capítulo y á la cual se vuelve á hacer referencia en el siguiente. Sólo de tal manera puede uno explicarse la aparente singularidad de que, justamente los autores de hechos que se dicen *son* en sí delictuosos, sino que son delitos transitorios, de creación artificial y arbitraria, sean los más fieros y más implacablemente perseguidos, por ser considerados como los sujetos socialmente más peligrosos de todos, como aquellos cuyo mundo subjetivo menos confianza ofrece á los que mandan y funcionan de órganos jurídicos, y como los individuos de intenciones actualmente menos santas y soportables. Los primeros delitos que han existido en las agrupaciones humanas, mejor dicho, los únicos conocidos en ellas durante su primitiva vida, antes de que fuera un delito público el mismo homicidio, han sido la traición á la patria, la rebelión, la cobardía, la deserción, etc., á cuyos autores no se les juzgaría movidos por muy laudables ni aun respetables móviles. Y hoy mismo, en todos los pueblos que se dicen civilizados (á comensar por España), con ninguna clase de delincuentes se despliega tanto rigor como con los autores de hechos equivalentes á los mencionados, es decir, con los autores de los delitos políticos. Para ellos — por causa de la gran peligrosidad interna que en los mismos se reconoce, no equiparable con la de otros delincuentes — se reserva la penalidad más dura y los procedimientos más rápidos; con respecto á ellos tan sólo se tienen por punibles ciertos actos que en general no constituyen materia de delito, tales como la conspiración y la proposición para delinquir. Sobre todo esto pueden verse las diferentes leyes penales y procesales españolas. V. también *La psicología criminal en nuestro derecho legislado*.

ni temible, sino antes bien todo lo contrario, á pesar de que sus acciones exteriormente ilícitas hayan sido realizadas con voluntad. Al que se determina á obrar por móviles sociales, se le puede equiparar con el Estado, el cual comete también actos que revisten las apariencias exteriores de delictuosos (priva de la vida, de la libertad, del honor, del patrimonio económico, á los individuos), y sin embargo se le absuelve, estimando legítimo su proceder, por suponerlo inspirado en propósitos justificados. Es como cuando se absuelve al particular que da muerte á otro en situación de la llamada defensa legítima, ó al que, hallándose en estado de necesidad angustiosa, se apodera de algo perteneciente á un prójimo suyo. En todas estas hipótesis, muy parecidas, si bien no del todo idénticas, concurre lo que los tratadistas denominan «causas de justificación» de una conducta aparentemente reprehensible: las acciones practicadas son de las que las leyes prohíben bajo la amenaza de una pena; la ejecución de las mismas ha tenido lugar voluntaria é intencionalmente; y sin embargo, hay circunstancias, de orden principalmente interno, psíquico—«moral», se dice muchas veces—, que imposibilitan estimarlas como punibles.

La índole de los móviles del acto voluntario prohibido por la ley es lo que ha traído la división de la delincuencia en atávica y evolutiva, división á la cual se refieren hoy en día frecuentemente los penalistas (1). Esta división no parte de los hechos mismos, considerados en sí, objetivamente, pues por este lado son iguales todos. Atentar contra la propiedad individual con el fin egoísta de adueñarse uno de ella en perjuicio del que actualmente la disfruta, y atentar contra esa misma propiedad al intento de darle una distinta organización ó de suprimirla radicalmente, porque de este modo el interés social, no el propio, ganaría y todo el mundo obtendría beneficios, son hechos en sí iguales exteriormente, pero que desde el punto de vista de la finalidad que el agente persigue están en los antípodas: el uno pertenece á la delincuencia atávica, inferior, antisocial, propia de los hombres fronterizos con los animales, mientras el otro pertenece á la delincuencia evolutiva, generosa, altruista, propia de los hombres deseosos de acabar con lo presente, por juzgarlo malo y poco apropiado para la felicidad humana, y de reemplazarlo con otra cosa mejor. Infinidad de actos legalmente prohibidos pueden realizarse del primero ó del segundo modo.

(1) V. algunos de los libros y escritos citados en la nota 2 de la p. 368, y Forri, *anormali*, artículo publicado en *La scuola positiva*, X, 1900, p. 321 y siga.

Hay que advertir también que la naturaleza de los móviles de la conducta se va infiltrando por otras vías en el terreno de la justicia penal. Así sucede con relación á los delincuentes llamados «pasionales», á los que obran impulsados por un «justo dolor» y á los calificadas de «desgraciados» é «interesantes». Es sabido que los delitos hoy denominados pasionales se cometen con harta frecuencia, y que los tribunales, tanto togados como jurados, pero sobre todo estos últimos, representantes, más todavía que los otros, del pensar y sentir común, ó sea de las convicciones y aspiraciones populares, se compadecen fácilmente de ellos, ó por cualquier otra razón encuentran disculpable su proceder, y los absuelven. ¿Por qué ocurre esto? No por nada, sino porque los juzgadores se fijan en la motivación que ha determinado el acto, y viendo que no es denunciadora de un individuo antisocial, no se sienten alarmados por la continuación de éste en la misma agrupación en que viene haciendo su vida. Reconstruyen imaginativamente el mundo interior del sujeto de quien se trate, lo que se llama sus intenciones (1), y no encontrándolas malas, que es decir incompatibles con el orden y la paz sociales, resuelven que se le puede dejar impune. Mientras que ven un peligro intolerable, causa de zozobra y alarma constantes, en el que hiere ó mata por ruin venganza, como á menudo se dice, ó por cruel-

(1) A esta reconstrucción, más ó menos imperfecta, y realizada por procedimientos puramente intuitivos, como inconsciente y automáticamente, ó bien por efecto de observación y reflexión delicadas, es á lo que se deben muchas de las absoluciones que los jurados otorgan á menudo á los reos de quienes se habla ahora: no los creen malos, dañinos, peligrosos; encuentran la motivación de su obrar muy á tono con la suya propia y con la de los restantes individuos tenidos por honrados y normales, y no tienen inconveniente, por eso, en absolverles y dejarles en libertad, seguros de que, vueltos á la vida social corriente, no hay que temer de ellos más que de la generalidad de los que en medio de esa vida se hallan entregados á su discrecional albedrío.

En esto se diferencia bastante el proceder juzgador de los jurados y el de los denominados tribunales de derecho. Estos últimos, sea por influjo de la tradición, sea por deformación profesional, sea por lo que quiera, se suelen atener, para sus juicios, preferentemente, á la materialidad de los hechos ejecutados, descuidando no poco el elemento interno. Sin embargo, no pueden prescindir de él, y, quieran ó no, se ven obligados á rehacer el proceso psíquico de los reos al cometer sus delitos, pues sólo así les es dado asentar (ó rechazar) la imputabilidad de los mismos, base (según ellos) de la responsabilidad y, por lo tanto, de la pena. Esta reconstrucción, nótese bien, es jurídica, no moral; la hacen los órganos del Estado y del derecho legislado, en nombre de éstos, y para fines verdaderamente jurídicos, de convivencia social, y no de perfeccionamiento moral individual. Añádase todavía que la reconstrucción de referencia no se funda por lo regular en pruebas claras é indisontibles, de valor objetivo, sino casi siempre, si no siempre, en indicios y presunciones, las cuales tienen mucho de subjetivo y tocan á su vez principalmente al mundo interno é intencional.

dad, perversidad ó brutalidad innata, ó por ansia de dominación, ó por envidia, ó por codicia, excusan fácilmente y no les importa seguir conviviendo con el marido engañado que hiere ó mata á los adúlteros ó á alguno de ellos, ni con el padre ó el hermano que, viendo deshonrada á la hija ó la hermana, arremeten contra el seductor que se niega á reparar el daño hecho; é igual conducta observan con la seducida misma que, al verse abandonada y quizá escarnecida, reacciona con el puñal ó el vitriolo contra el causante de su deshonra (1). Y en el caso de que á estos delincuentes no se les quiera dejar sin pena, se pide que por lo menos no se les confunda con los otros delincuentes de distinto temple moral, y que la que se les imponga sea una penalidad diferente de la que corresponda á estos últimos. Y he aquí por qué hay dentro del derecho penal contemporáneo un movimiento, en virtud del cual se requiere que, tomando por base los móviles que llevan al delincuente á la realización de sus delitos, se haga una doble categoría de delincuentes, separando los que lo sean por móviles deshonorosos de los que lo sean por móviles no deshonorosos, para hacer que, enfrente de esa doble categoría de delitos, se ponga una doble categoría de penas. Es lo que se denomina el sistema de las penas paralelas, infamantes (ó cosa parecida) las unas, y no infamantes y hasta, si puede ser, no atormentadoras, las otras.

Lo mismo que de los delincuentes pasionales (2) y por justo dolor, puede decirse, en virtud de razones análogas, de otra clase de delincuentes, á los que algunos han llamado «interesantes». Hay individuos, autores de delitos, que más que malos, son desgraciados; que teniendo un fondo moral bueno (una intención buena), ó á lo sumo débil y falta de resistencia é inhibición contra las sollicitaciones del mal, deben ser amorosamente cuidados, tonificados, fortalecidos, en vez de ser castigados con las penas corrientes. Así ocurre con la generalidad de los delincuentes jóvenes, con muchos reos primarios, con otros habituales, cuyo hábito se corrige fácilmente, haciéndoles, v. g., cambiar de género de vida y de medio social, ú

(1) Nuestro mismo Código penal (art. 494) excusa parcialmente de su delito á la madre y á los abuelos maternos que cometieren un infanticidio con el objeto de ocultar la deshonra de la madre; por eso los pena más débilmente que lo hace cuando no interviene tal circunstancia.

(2) Sobre las distintas clases de éstos, su enlace con la mentada doble delincuencia atávica y evolutiva, su diferente significación y el diferente tratamiento que les corresponde, discurre bastante bien Ferri, en *La escuela positiva*, XIX, 1906, pp. 66 y sigs., 129 y sigs.

ofreciéndoles facilidades (pecuniarias ó de otra índole) de que al presente carecen. La reacción penal depende de lo que ellos sean, de su situación espiritual é interna, á la que la mentada reacción (perteneciente al orden *jurídico*) tiene que acomodarse.

70. *Espiritualización de la penalidad.*—Toda la corriente á que me vengo refiriendo—demostrativa de que el derecho penal, no sólo no puede pasarse sin penetrar en las intenciones, sino que cuantos pasos da tienen por guía un análisis laboriosamente discriminativo de éstas, ó sea del mundo moral de los delincuentes (1)—conduce á una gradual y progresiva espiritualización ó *moralización*, si es permitido decirlo así, de las penas. Las penas van siendo cada vez más psicológicas, se van encaminando más á obrar sobre el mundo moral, sobre la conciencia, sobre la voluntad de los sujetos á ellas.

Ya en la misma dulcificación de la penalidad, que viene produciéndose con tendencia constante desde hace algunos siglos, puede advertirse esto. Suavizar las penas es hacerlas más humanas, más espirituales. Aun las más duras de ellas, fueron penas con las que se perseguía la obtención de resultados psíquicos: la intimidación, la llamada coacción psíquica, etc. Pero las ferocidades y las durezas, al mismo tiempo que intimidar, y más quizá todavía que intimidar, producían otros efectos que no se buscaban: exasperaban á las gentes, haciéndolas rebeldes, violentas ó simuladoras, y las familiarizaban con la crueldad. Por esto, y por otras causas concurrentes con ellas, la penalidad ha decrecido poco á poco en dureza, y al compás que esto ha ocurrido, se ha hecho más psicológica y más eficaz. La psicología es de día en día más la base de la penología. A la vez que se ha espiritualizado el delito, retirándose del hecho exterior para refugiarse en el interior de quien lo realiza, en la conciencia, la intención, la voluntad de éste, se ha espiritualizado también su antídoto, la pena, dejando de ser corporal y tornándose psíquica. Las penas corporales están ya proscritas en su mayor parte, y llegarán á proscribirse del todo. Es este un fenómeno, que tiene su correspondiente paralelismo en otras mil manifestaciones de la vida humana, tanto individual como social, vida que se civiliza incesantemente, que se aparta sin descanso de la tosquedad animal

(1) Puede decirse que incluso la Ética debe al derecho penal y á la labor de los penalistas no pocos de sus progresos. ¿Cuánto no han influido en las teorías de moral las doctrinas penales, cada vez mejor elaboradas, sobre la intención, el dolo, las circunstancias que lo modifican, sobre el alma criminal y sus orígenes, sobre la culpabilidad, la imputabilidad, la responsabilidad, el delito y sus clases, etc., etc.?

primitiva, de la tosquedad salvaje, de la materialización de todas las relaciones, y se hace más refinada, más delicada, más sensible, más exigente, dominando en ella muchísimo más las propiedades, impulsos y resortes psíquicos que los corporales.

La psicología de los reos, distinta de unos á otros y base de la clasificación de los delinquentes, es también base de la clasificación de las adecuadas penas. Admiten por eso, en general, los escritores y los códigos distintas clases de éstas, según el supuesto estado anímico de los delinquentes sobre quienes las mismas han de obrar; y hablan, aparte de otras, de las siguientes: a) penas *educadoras*, para los delinquentes jóvenes; b) penas de *intimidación pura ó de advertencia*, para los reos de infracciones ligeras y para los delinquentes de ocasión, cuya caída se juzga pasajera y de quienes hay fundadas esperanzas de que no volverán á repetirla; c) penas *reformatoras*, para los delinquentes pervertidos, pero corregibles, penas que «deben ser variadas, según la naturaleza y las causas de la criminalidad»; d) penas de *eliminación*, para los delinquentes incorregibles; e) penas puramente *preventivas ó de seguridad*, aplicables, no ya á criminales, sino á los «candidatos» al crimen.

Hay que agregar también que la función judicial penal necesita constantemente, y más cada día, para poder ser ejercida con algún acierto, estar apoyándose sobre datos psicológicos. De aquí la difusión y la importancia que están adquiriendo los informes periciales médicos ante los tribunales de justicia, y principalmente los informes psiquiátricos. De aquí también que el Estado vaya exigiendo á sus órganos encargados de tal función, ó sea á los jueces de lo criminal, una competencia doctrinal *ad hoc* en cuestiones de psicología y psicopatología, para cuya adquisición facilita medios, fundando centros, instituciones y cátedras especiales (1). De aquí finalmente que el Estado mismo promueva, ayude ó tome enteramente á su cargo la creación de establecimientos destinados al estudio de la psicología de los individuos confiados á su dirección, y sobre todo al estudio de la psicología de los delinquentes, acaso los que de entre todos necesitan un cuidado más intenso (2).

(1) V. acerca del particular mi libro *Los peritos médicos y la justicia criminal*, Madrid, 1906, *passim* y sobre todo el cap. XII, §§ 52 y sigs., pp. 283 y sigs. V. también el estudio complementario del anterior, titulado *Más sobre los peritos médicos* y publicado en la *Revista general de Legislación*, t. CX, 1907, pp. 513 y sigs., y t. CXI, 1907, pp. 24 y sigs.

(2) A tal propósito obedecen los Laboratorios de psicología, los de psiquiatría y medicina legal, ya oficiales, ya semioficiales, difundidos por todo el mundo ci-

La doctrina penitenciaria moderna, igual que la doctrina penal, se hace gradual é incesantemente psicológica. La pena antigua, pena retributiva, cuya proporcionalidad con la cuantía objetiva del delito ejecutado era la suprema aspiración, cede el sitio al tratamiento penal acomodado á la índole y situación interna de los delinquentes. La cárcel se convierte más cada día en un hospital moral, en el que se ponen los medios para transformar ó curar el espíritu de quienes se juzga que lo necesitan. Por eso se dice que hay reos que no deben entrar en ella (los que no lo hayan menester, ó que puedan tonificar su organismo psíquico por vías exclusivamente higiénicas), y otros, en cambio, que no deben salir de ella jamás (los incorregibles, ó tenidos por tales). Aquella razón, tan repetida, de la penalidad, según la que ésta tenía por objeto restaurar el derecho perturbado por el delito, y nada más, entendiendo por delito principalmente el daño externo y material, y por restauración del orden la inflicción á sus perturbadores de un mal ó castigo proporcionado á la infracción, cede cada vez más el puesto á la idea de que la penalidad es un medio de rescatar almas socialmente dañosas ó inútiles, haciéndolas socialmente buenas ó aprovechables. He aquí explicado todo el desenvolvimiento del penitenciarismo moderno, con sus resortes variadísimos, muchos de los cuales, por su índole bien diferente y aun opuesta á las acostumbradas durezas penales, han sido y son objeto de la protesta de algunos, aunque inútilmente. En la misma razón psicológica se funda la aparición reciente de ciertas instituciones que, aun cuando enlazadas con las penas tradicionales, sobre todo con las de privación de la libertad, van sustituyéndolas en aquellos casos en que el estado espiritual de los individuos lo consiente ó lo exige: tales como el perdón, cuando se trate de delinquentes «honrados», de delinquentes «de confianza», no peligrosos; la condena condicional, para los mismos y para aquellos con respecto á los cuales haya esperanza de autorehabilitación y autoreforma (1); la liberación condicional, para los que durante la extinción de una parte de su condena carcelaria hayan dado pruebas de haber cambiado la voluntad delincuente por la de personas interior-

---

vilizado, igualmente que los Institutos médico-pedagógicos, como el fundado hace poco tiempo en Milan, y los Institutos de criminología y las Oficinas médico-legales, como los establecidos últimamente por el gobierno de la República Argentina en la Penitenciaría Nacional y en la Prisión Nacional (antigua Cárcel de Encadenados), respectivamente, de Buenos Aires.

(1) V. mi artículo sobre esta institución, su significación y trascendencia, en la *Revista de Legislación*, t. CXII, 1908, pp. 206 y sigs., 265 y sigs.

mente honradas, y con respecto á los cuales, por presumirseles enmendados (cambiados interiormente), ha desaparecido el temor de nuevas recaídas; la pena indeterminada, que si permite desentenderse pronto y dejar libres á los que, habiendo delinuido alguna vez, puede esperarse, dada su conducta, que no volverán á hacerlo, permite también no conceder libertad, para que puedan de nuevo cometer delitos, á aquellos otros, cuyas malas propensiones, cuyas malas intenciones, cuya mala voluntad, no hayan desaparecido.

Todo esto, sin contar con que las penas se van espiritualizando desde otro punto de vista, á saber: en cuanto, á la penalidad concreta, de naturaleza siempre más ó menor corporal, que el Estado oficial impone, sustituye más y más cada día una penalidad difusa, inconcreta, que obra sobre el espíritu, podemos decir que exclusivamente, sin obrar nada sobre el cuerpo. Esta penalidad consiste en una mera *reprobación moral* ejercida por la opinión pública; es decir, que consiste en una sanción de las costumbres (*mores*) (1).

71. *La esfera de lo civil y la de lo penal. Los hechos culposos. Delitos y faltas.*—Tan indispensable le es al derecho penal penetrar en el llamado «sagrado» de las intenciones y de la conciencia, reservado, según se dice, á la moral, que, sin tal penetración, ni siquiera sabe existir. Aquí tiene su punto de partida, incluso para determinar el horizonte propio de su competencia.

¿En qué se diferencian las relaciones y las infracciones meramente civiles, por ejemplo, de las relaciones é infracciones criminales? Sabido es que los Estados contemporáneos conocen dos clases (principales cuando menos, y que tienden á quedar como únicas) de justicia, y dos clases de tribunales encargados de administrarla, á saber: los tribunales civiles ó de la jurisdicción civil, y los tribunales de la jurisdicción criminal. Sabido es igualmente que la separación de ambas esferas se estima como un verdadero progreso, el

(1) Véase el libro del autor, *Valor social de leyes y autoridades*, cap. IX, p. 168, con la nota.

Sobre la espiritualización de la penalidad, fenómeno de observación fácil para cualquiera que se fije un poco en lo que en torno suyo pasa, puede verse gran parte de la literatura penológica y penitenciaria contemporánea. Indicaciones útiles y sugestivas, en el libro de Pola, *Comento alla legge sulla condanna condizionale*, Turin, 1903, pp. 1-34; algunas también en el de Manuel Carnevale, *Il principio morale nel diritto criminale*, Palermo, 1895, *passim*, igualmente que en otros trabajos del mismo autor, y en mi artículo, ya citado, sobre *La nueva ley de condena condicional*, en *Rev. de leg.*, t. OXII, 1908, pp. 209 y sigs., 235 y sigs. Recuérdese también lo dicho poco antes, nota de la p. 367, *in fine*, y el libro allí citado de Bonucci, sobre todo las páginas 338 y sigs.

cual pide que las cuestiones de naturaleza civil no se traten por el personal y los procedimientos de lo criminal, y al contrario. La materia criminal se considera como más grave que la otra; y por eso, siempre que las violaciones legales puedan remediarse por la vía civil (ó por su equivalente, la administrativa), sin llegar á la criminal, que ha de quedar como último recurso, se debe echar mano de la primera y economizar la segunda. Así, cuando por medio de simples declaraciones ó mandatos (sentencias, autos, providencias ú otras resoluciones), por medio de embargos, indemnizaciones, multas ú otras sanciones que los tribunales del orden civil impongan, pueda lograrse lo que se llama la observancia del derecho, ó la restauración de éste en el caso de haber sido infringido, no se debe acudir á las penas propiamente tales, remedio extremo al servicio de la jurisdicción criminal (1).

Ahora, para saber qué perturbaciones jurídicas hayan de ser consideradas de una clase y cuáles de otra, recurren los escritores, cabalmente, á la psicología del agente, á su intención ó mundo interno: y dicen que, si aquéllas han sido causadas por mero error intelectual, son sencillamente civiles, poco graves, y su conocimiento y reparación corresponde á la jurisdicción civil; pero que si, en cambio, hubiese intervenido voluntad consciente y deliberada de causar daño y de romper el vigente orden de las pacíficas relaciones humanas, la perturbación pasaría á ser criminal (2). Por eso hay quien juzga que todo litigante de mala fe es un verdadero delincuente, y que como delincuente debe ser tratado por los tribunales del orden penal (3). No le es suficiente al derecho con atenerse á la materialidad del hecho externo, de la acción en sí, que dice Ahrens, sino que ha menester internarse en la intención que le da vida. Pudiendo perfectísimamente suceder que perturbaciones del orden social que exteriormente presenten caracteres de mucha gravedad, no

(1) V. antes la p. 278, nota.

(2) Hay más puntos de vista que éste, relativos á la distinción (bien vaga y oscura) entre el orden civil y el criminal y entre las correspondientes acciones, para hacer efectivos uno y otro sin recíprocos entrometimientos ó invasiones. Pero yo, que no pretendo tratar ahora directamente la cuestión, sino sólo en cuanto me interesa para la doctrina que estoy desarrollando, prescindo de los mismos, reservando su estudio para otro lugar.

(3) Recuérdese, v. g., una proposición en este sentido presentada al Congreso de los diputados, hace pocos años, por el Sr. Azcárate, proposición que respondía al concepto discriminativo entre la esfera civil y la criminal, aludido en el texto, y que el dicho Sr. Azcárate sostiene también, como otros muchos escritores, en el terreno doctrinal.

pasen de la categoría civil (litigios en que se ventilen millones, daños en la persona ó en los bienes, por medio de animales, sin propósito, etc.), y, al revés, que perturbaciones de insignificante apariencia externa correspondan á la categoría de las criminales. Todo, por causa del factor interno, que, si acusa peligro permanente de posible daño y trastorno futuro cuando el individuo se constituye en enemigo del orden con conciencia y voluntad de lo que hace, no es, por el contrario, de temer, ó no lo es tanto, como en el caso anterior, cuando dicho sujeto obra mal tan sólo por ignorancia, error ó apreciación equivocada.

En la materia de los hechos denominados culposos, se advierte bien el mismo fenómeno que venimos notando. Estos hechos ocupan un lugar intermedio y sirven como de lazo de unión entre las perturbaciones civiles y las claramente criminales. No se puede decir que en ellos exista una voluntad delictuosa bien determinada, pero tampoco se puede decir que esté ausente del todo. De aquí las dudas para calificarlos. Algunos, para salir del paso, los han llamado «cuasi delitos», y otros (nuestro Pacheco, v. g.) los consideran como «algo intermedio» entre el dolo y la inocencia. Hay quien quisiera excluirlos del número de los delitos, por falta precisamente del elemento interno ó intencional de éstos; y hay quien, no atreviéndose á dar este paso, y no pudiendo, por otra parte, decir que se trataba de hechos intencionales, resuelve el problema diciendo que, para que el delito exista, no es precisa la intención en el que lo comete, bastando la simple voluntariedad incolora del acto: el que, por ejemplo, hiere ó mata á un hombre, creyendo haber disparado su escopeta contra una alimaña, ejecuta una acción voluntaria, y por lo mismo delictuosa, aun cuando no intencional (1).

Sin embargo, aun los que tienen por punibles las acciones ejecutadas con culpa, no las equiparan á las realizadas con dolo; y la

---

(1) Esta es la «salida», llamémosla así, que, para huir del aludido aprieto, han encontrado algunos escritores y comentaristas de nuestro vigente Código penal: tales como los Sres. Groizard, Viada, González del Alba, Villarraso y algún otro. Ya antes, Ortolán había adoptado la misma posición. En cambio, D. Luis Silvela, presuponiendo que lo característico del delito es la voluntariedad clara y directa, equivalente, para él, á intención dolosa ó maliciosa, sostiene que en nuestro Código penal se comprenden dos distintas clases de delitos, por parte del elemento interno, con dos correspondientes definiciones: los delitos dolosos, maliciosos, intencionales ó voluntarios, definidos en el art. 1.º, y los delitos que no son directos ni proplamente voluntarios, los no intencionales, los cometidos por imprudencia, definidos en el art. 581. Sobre todo esto, véase *La psicología criminal en nuestro derecho legislado*.

diferencia de unas á otras depende, claro está, precisamente del espíritu que las anima, no de la acción en sí, que, objetivamente mirada, puede ser del todo igual en ambos casos, y hasta más grave cuando se trate de acción culposa, que cuando se trate de acción dolosa. El cirujano que, por impericia, imprevisión ó falta de las debidas precauciones, mas sin propósito doloso, causa la muerte ó la mutilación ó la inutilidad para el trabajo de una persona, no es igualmente criminal que quien, buscándolo de una manera deliberada, ha producido una muerte, una mutilación ó una inutilidad exactamente iguales, por el aspecto objetivo, á las del caso anterior. Lo propio debe decirse de todos los delitos denominados culposos, ya el origen de ellos esté en el descuido, ya en la imprudencia, la inadvertencia, la imprevisión, la ligereza, el abandono, la impericia, la inhabilidad, etc. Pero hay que añadir una cosa. La imprevisión de lo considerado como previsible (que es en lo que consiste la culpa) (1), y el consiguiente descuido, atolondramiento, ignorancia, carencia de preparación, de atención, de prudencia, de aptitud para realizar lo que se realiza, pueden ser tan graves y salientes, que sólo en casos extraordinarios tienen lugar. Las personas regularmente diligentes y cuidadosas (los «buenos padres de familia», tipo que sirve, como es sabido, de metro en estas relaciones) no incurrir jamás en tales faltas. Únicamente incurrir las demasiado indolentes é imprudentes, las cuales, aun no procediendo en sus actos con intención maliciosa, se portan casi como si obraran con malicia y ofrecen un peligro social de gravedad muy próxima al derivado de aquellas otras personas que hacen el mal con intención marcada y deliberada. Por eso se dice que la culpa en cuestión, que es la denominada *lata* ó *gravísima*, *dolo æquiparatur*.

No dejaré de notar que este elemento de la culpa, elemento interno si los hay, produce sus resultados también, y con muchísima frecuencia, en el orden del derecho civil, el cual, por lo tanto, lo mismo que el penal, del que no se divide radicalmente, sino por simples matices, viene á fundar las relaciones de que se trata y sus consecuencias exteriores en datos psicológicos. Lo que, traducido á otro lenguaje, querría decir que, en esto también, ambos derechos perderían su índole jurídica, la que se dice que les corresponde pro-

---

(1) Así definida por muchos: «Voluntaria omisión de diligencia para calcular las consecuencias posibles y previsible del propio hecho» (Carrara, *Programma* citado, parte general; I, § 80, p. 123), con estas mismas ó con parecidas palabras.

piamente, y se desnaturalizarían, penetrando abusivamente, uno y otro, en el terreno, para ellos vedado, de la moral.

Un poco más adelante nos referimos al mentado *iter criminis*, de los penalistas, y en él, como elemento esencial del mismo, á los actos que se llaman internos. ¿Se dan estos actos internos en los delitos culposos? Y si se dan, ¿son de la misma índole que los que intervienen en la generación de los delitos dolosos? Los delitos culposos ¿son, ó no, pues, verdaderamente delitos? La duda—que no es moral, ó moral tan sólo, sino también jurídica—proviene, como se ve, en absoluto, de un dato que nada tiene que ver con la acción material<sup>1</sup> ó objetiva, y sí con la sustancia interna de ella.

Hay todavía en el derecho penal más cuestiones fundamentales que dependen totalmente del tan repetido elemento intencional. Así, en el empeño, tan común entre los autores, por encontrar un criterio que distinga por su propia naturaleza los delitos de las faltas, se han propuesto varios, ninguno de los cuales parece resueltamente satisfactorio; y entre ellos está precisamente éste á que nos acabamos de referir. Se sostiene por algunos que la intención es lo que cualifica al delito, por contraposición á la falta, cuya esencia consiste en ser un hecho ejecutado, no dolosamente, como el verdadero delito, sino culposamente, esto es, por negligencia, inadvertencia, etc. El resultado exterior, la llamada acción en sí misma, no se tiene aquí en cuenta para nada; por eso, mientras un homicidio, por ejemplo, cometido por imprudencia será siempre una mera falta, cualquier otro hecho objetivamente insignificante (un daño de importancia mínima, supongamos) entrará forzosamente en la categoría de los delitos propiamente tales, con tal de haber sido practicado con intención dolosa.

En una posición de espíritu análoga se colocan otros escritores, y tras de ellos algunas legislaciones. En Francia, por ejemplo, domina mucho. Según este punto de vista, son delitos los actos socialmente dañosos ejecutados con intención, sin determinar la cual previamente no pueden ser reprimidos; mientras que son meras faltas aquellos otros actos que por dañosos ó peligrosos prohíben las leyes bajo amenaza penal, y para perseguir y castigar los cuales basta con que el agente los haya realizado, sin averiguar si ha habido ó no intención de cometerlos, ni si esta intención (los móviles) ha sido buena ó mala. La justicia penal, conforme á esto, necesita poner en claro la intención del sujeto de una acción para calificarla de delito y perseguir criminalmente á su autor; viceversa, se desinteresará

completamente del elemento intencional, contentándose con que el acto haya sido realmente ejecutado (ya con intención maliciosa, ya sin ella, ya inadvertidamente), para calificarlo de falta y tenerlo, en cuanto tal, como materia punible.

Algo parecido sucede también cuando se pretende separar las faltas ó contravenciones propiamente penales, de las faltas puramente administrativas y de policía. Las primeras, de igual índole ahora que los delitos, serían aquéllas, cuya represión, como la de éstos, no podría tener lugar sino asegurándose previamente el juez de que el elemento intencional ó interno había intervenido en su comisión; en tanto que, para la corrección de las segundas (respecto de las cuales no cabría un verdadero castigo), sería suficiente con que el hecho material respectivo (la respectiva infracción legal objetiva) se hubiese realizado. La distinción de que se trata no la ha logrado establecer seguramente nadie, y menos en el terreno de la aplicación práctica (1); pero la exigencia, que es lo que nos interesa ahora, es la que se acaba de indicar.

De ser aceptable la separación referida entre la esfera moral y la jurídica, vendría á resultarnos que el Estado, al castigar los delitos y las faltas propiamente penales ó judiciales, se entrometía abusivamente en terreno que no es el suyo, sino del dominio de la moral; y que sólo obraría dentro de sus atribuciones cuando se limitase á hacerse cargo, mediante sus tribunales, de las faltas administrativas, ó hechos en sí, exteriormente considerados.

72. *El pecado y el delito.*—De modo, pues, que, para las materias penales, cuando menos, que constituyen parte principalísima del derecho, no vale el criterio de distinción entre éste y la moral, fundado en las intenciones. Por eso, aquí, se prescinde de él y se vuelve á echar mano del criterio objetivo, esto es, bien de los círculos concéntricos, bien de los exocéntricos, de la caridad y la justicia, etc. Así se dice, v. g., que todo delito es un pecado, pero no todo pecado un delito (círculos concéntricos); ó bien, que no toda inmoralidad toca

(1) Sobre esta imposibilidad y las tentativas para salvarla legalmente entre nosotros, pueden verse mis artículos, *Algunas indicaciones sobre el concepto de las faltas y sobre el tratamiento penal de quienes las ejecutan* (en el libro *Estudios de derecho penal preventivo*, Madrid, 1901, p. 227 y sigs.), y *Las faltas en el derecho legislado español* (en el libro *De criminología y penología*, Madrid, 1908, pp. 185 y sigs.). Véase también la Memoria de apertura de tribunales, del Sr. Viada, en 1909, pp. 80 y siguientes, y la circular dirigida por el mismo á sus subordinados, los fiscales de Audiencia, con fecha 21 de Noviembre de 1909.

apreciarla y sancionarla al derecho, ni toda injusticia (v. g., la de mera creación de la ley) á la moral, los cuales miran con indiferencia, respectivamente, una multitud, ya de inmoralidades, ya de injusticias, como cosas que no les atañen (círculos excéntricos).

Ahora, este razonamiento es aplicable, sin duda, aunque no por completo, á las relaciones de la moral con el derecho penal legislado (1); pues hay multitud de relaciones que implican inmoralidad, pecado, y que no pueden ser objeto de persecución por parte de los poderes públicos, por no estar incluidas en las leyes (*nullum crimen sine lege penali*). Pero ¿es asimismo aplicable al derecho penal natural? Entre lo penado y lo no penado legalmente, se puede establecer, sin grandes dificultades, una diferencia; ¿podemos establecerla, del propio modo, entre lo punible y la inmoralidad, ó sea entre el delito de derecho natural y el pecado? Recuérdese los esfuerzos que inútilmente vienen haciendo desde el siglo XVIII, y aun desde antes, los jurisconsultos, en especial los penalistas, y entre éstos sobre todo los más liberales, para llegar á dar un concepto del delito por su propia naturaleza, es decir, un concepto del delito *juris naturalis*, el cual, por una parte, se distinguiera del pecado, y sirviera, en lo tanto, para impedir la intromisión abusiva de unas autoridades en la esfera de acción de otras (por ejemplo, de la autoridad espiritual en el campo del derecho, y viceversa), y por otra parte, sirviera para poner coto á las arbitrariedades del legislador, ya que éste no habría de incluir en los códigos, con el carácter de hechos punibles, más que aquéllos que de antemano se le señalasen serlo por su propia naturaleza.

No insisto más en este punto, porque he de hablar de él en otro sitio (2), y además, porque implícitamente lo dejo tratado en párrafos anteriores (§§ 24 y sigs.). Lo dicho entonces puede repetirse ahora, *mutatis mutandis*.

Notemos también lo que significa la llamada vida ó generación del delito, de la cual hablan los técnicos del derecho penal. Los cuales suponen que, en el desarrollo de la actividad criminal, hay una buena porción, invisible para los extraños y sólo visible para el delincuente mismo, por hallarse encerrada dentro de su conciencia.

(1) Por ejemplo, se suele también afirmar, y acaso con razón, que no todas las prohibiciones contenidas en las leyes y códigos penales suponen la existencia de inmoralidades. En el capítulo siguiente se verá esto claro.

(2) En un *Tratado de psicología criminal*, de próxima publicación.

Los penalistas se figuran que el proceso generador del delito, con relación al autor de éste, se compone de momentos ó etapas distintas, cuyo conjunto constituye lo que llaman *iter criminis*. Este *iter criminis* lo dividen en dos mitades, la primera de las cuales, justamente, es toda ella interna, se compone de una serie de actos ó grados enteramente íntimos, que suelen ser éstos: disposición á delinquir, concepción del delito, deliberación y resolución. El derecho que el Estado hace valer no podrá perseguir todos estos actos internos, mientras no le sean conocidos; pero no por eso podrá decirse que sean simplemente pecados, y de ninguna manera momentos delictuosos. El que los conozca ó no el Estado, no cambia la índole de los mismos; lo único que hace es imposibilitar, por falta de un requisito indispensable (*ignoti nulla cupido*), el ejercicio de los órganos oficiales encargados de la función penal. Pero, tan luego como, por cualquier medio (ya sea un hecho de los considerados como delitos por la ley, ya otros del mismo individuo—su conducta anterior, sus antecedentes, v. g., informes de quienes conozcan al sujeto—) llegue el Estado á sorprender la situación peligrosa de aquel espíritu, inmediatamente puede encontrar en ella materia delictuosa y fundamento consiguiente para poner por obra sus energías protectoras del bienestar social, que son energías de las llamadas jurídicas. Y en último caso, aun dando por supuesto que el Estado y su derecho debieran desentenderse (lo que no ocurre) de los actos internos que intervienen en la generación del delito, estimándolos como simples pecados, que caen fuera del horizonte de su competencia, ¿podría observar igual conducta todo el derecho, el no legislado inclusive? Los actos internos de que se trata, conocidos por la conciencia, órgano y juez que se dice del derecho natural, ¿serán indiferentes á los ojos de éste? Y si no lo son, ¿habrá de considerarlos de otro modo que como violaciones de sus preceptos, ó sea como verdaderos delitos?

Yo me encuentro, en este punto, con una particularidad que no debe pasar inadvertida. Cuando los tratadistas de moral teológica (principalmente de la cristiana) explican y comentan los preceptos (1) del Decálogo hebreo, á fin de trazar la tabla de las acciones pecaminosas, ó digamos, si se quiere, inmorales, no incluyen en ella tan sólo acciones propiamente dichas, sino que dicen se peca también con el pensamiento, aun no traducido en acto material (2). Los

(1) Ó consejos. Recuérdese lo dicho más atrás (§§ 56 y sigs.).

(2) Recuérdese que, según Santo Tomás, como queda dicho (p. 341, nota) de

«malos pensamientos» son tan pecados, á los ojos de los dichos moralistas, como las «malas acciones». Pero si estas últimas son efectivamente pecados, en cuanto producen un daño objetivo, ó sea un trastorno social, una inmoralidad real y objetiva, una violación del orden, en suma, no se comprende por qué hayan de considerarse tales también las ideas, los propósitos, los deseos de hacer mal, cuando no han tenido proyección exterior, y hasta han sido tal vez recibidos por el sujeto con repugnancia, á su pesar, como una obsesión de que no ha sabido fácilmente librarse. El que hurta, v. g., efectúa un daño, un trastorno innegable del orden, una inmoralidad, un pecado. Pero ¿y el que sólo ha tenido la tentación de hurtar? En éste, más que pecado efectivo, consumado, ha habido un simple conato, una inclinación al hurto, no hurto verdadero. Por eso, si lleva penitencia, no se le obliga á restituir, como cuando el hurto ha tenido lugar (1). Mas la penitencia es simplemente una medida, un medio de curación, cuyo objeto es borrar la mala huella que en el alma ha dejado la tentación pasada, ó combatir las malas propensiones, de cuya existencia es esta última no más que un indicio. Y de este modo, la penitencia, que ataca los malos pensamientos, más que contra ellos, en realidad, como verdaderos pecados, se dirige contra el peligro que existe de que el hombre mal pensado ó mal inclinado de hoy pueda llegar á ser mañana realmente malhechor y pecador; y lo que persigue es fortalecer al débil de espíritu, para que el simple hurtador posible, propenso á caer, no caiga en realidad y cometa pecado.

Pero ¿no es esto mismo, enteramente, lo que tiene lugar en el orden de la llamada delincuencia? ¿Por qué, sino por el peligro que

quien en esto no suelen discrepar los demás teólogos, la *lex divina iudicant non tantum facta et dicta, sed etiam cogitata*, pasc *apud Deum voluntas pro facto reputatur*.

(1) Donde se ve bien la separación entre penitencia satisfactoria (verdadero pago, reparación y reintegración, en lo posible, del desorden exterior causado y penitencia medicinal (curación de los estragos causados en el alma, no por el hacer que no ha existido, sino por el pensar y querer; reparación del desorden meramente interno); separación equivalente, en el orden del derecho penal, á la que yo he sostenido diferentes veces entre reparación del daño causado por el delito, y pena propiamente tal, ó sea medida de protección, preservación y profilaxia de los necesitados de ella, y á la vez, á indivisamentos (como en toda otra forma de tutela), protección de la sociedad (V., entre otros escritos míos, los titulados: *La responsabilidad por causa de delito y su difusión*—incluido en el libro *Problemas jurídicos contemporáneos*, Madrid, sin año [1906])—; *El caso del loco delincuente en el derecho penal moderno*, etc.; *Del derecho penal represivo al preventivo*; *Misión de la justicia criminal en el porvenir*—incluidos, todos, en el libro *Estudios de derecho penal preventivo*, ya citado; y asimismo, *Acerca de la base de la función penal*—incluido en el libro, también citado, *De criminología y penología*).

su conducta denuncia para mañana frente al orden y la tranquilidad sociales, se hace objeto de tratamiento penal, no ya á quien ha cometido verdaderos delitos, delitos consumados, atentados contra el derecho vigente, sino á quien sólo ha dado algunas pruebas de que es capaz de cometerlos, según pasa con los autores de delitos frustrados y de tentativas de delito? Estos sujetos han pensado, resuelto y querido delinquir, pero no más; no han delinquido de hecho (1). La pena del delito frustrado y de la tentativa de delito no puede ser un pago, retribución ó reparación por el daño originado, por el resultado exterior ó material, que no ha existido; tiene que ser un medio de contener en su peligrosa marcha á quien ha mostrado malas inclinaciones, malos pensamientos, malos deseos, mala intención. Es pena medicinal, no satisfactoria, igual que la penitencia de la misma índole. ¿Será que pena y penitencia son, pues, algo más que nombres diferentes dados á una idéntica función, denominada del primer modo cuando se ejerce según los mandatos del derecho legislado y por los poderes del Estado oficial, y del segundo modo cuando se ejerce en nombre de la moral ó del derecho natural y por los órganos de uno y otro, bien se trate de órganos concretos y puestos *ad hoc* (como los de una determinada confesión religiosa, la católica, supongamos), bien de órganos accidentales ó difusos (v. g., los de la opinión pública, la prensa, etc.)?

Por no encontrar diferencia sustancial entre el pecado (inmoralidad) y el delito (injusticia), y por creer que los dos viven de intenciones y en las intenciones se fundan, en vez de relegar éstas al «sagrado fuero de la conciencia», campo exclusivo de la moral, dejando que el derecho se fije tan sólo en la materialidad de las acciones y en sus efectos exteriores, es por lo que bastantes penalistas —que funcionan como jurisconsultos, no como moralistas ni como teólogos— sostienen que el delito frustrado y aun la tentativa de delito son igualmente punibles que el delito consumado, por revelar todos ellos una identidad en el estado interior del sujeto; y por lo que, dentro del mentado *iter criminis*, encuentran ya fundamento suficiente de punibilidad tan luego como la resolución de delinquir es conocida, y sin necesidad de que se haya llegado á practicar ninguna acción externa, ni siquiera de las llamadas preparatorias. Es, por

---

(1) No han hurtado, no han matado, no han llegado á violar la ley; por eso, si se quiere incluir sus actos en el número de los delitos hay que llamarlos—como en efecto lo suelen hacer los escritores—delitos «imperfectos».



es decir, á los tribunales de las inmoralidades ó pecados. El llamado tribunal de la penitencia, en aquellas confesiones ó asociaciones religiosas que lo tienen, no es más capaz de sondear el alma de los pecadores y de sorprender los malos pensamientos, propósitos y resoluciones de los mismos, que lo pueden ser los tribunales del Estado oficial (las Audiencias de lo criminal, por ejemplo). Unos y otros se hallan también aquí bajo un pie de igualdad, alcanzándoles las mismas limitaciones. Como los mismos reos no confiesen cuál sea su estado de espíritu y lo muestren ingenua y sinceramente, el tribunal se queda poco menos que á oscuras, es víctima de ilusiones y engaños, ó tiene que recoger el mayor número posible de pruebas é indicios objetivos y externos, para, mediante ellos, inferir, con mayores ó menores probabilidades, los procesos psicológicos que en el sujeto en cuestión se desenvuelven.

73. *Cómo se conoce la intención.* — Abandonemos el campo especial del derecho penal, en el que nos hemos detenido un tanto, por ser muy característica la situación en que se le coloca cuando se trata de las relaciones entre la moral y el derecho por el aspecto de las intenciones, y tornemos al examen de este problema en general.

Hemos reconocido anteriormente (§§ 66 y 72) que existe cierta imposibilidad para penetrar directamente en el interior de los individuos y escudriñar sus intenciones, esto es, los móviles y propósitos de su obrar, sus buenas ó malas propensiones, su buena ó mala voluntad, su mayor ó menor capacidad é inclinación á ejecutar actos justos ó injustos, útiles socialmente ó socialmente nocivos; pero añadíamos entonces, y repetimos ahora, que semejante imposibilidad sólo es relativa, pues, aunque existe, existe no más hasta cierto punto.

Difícil es, en efecto, saber cuál sea el estado de ánimo de una persona, tanto el habitual como el actual. Pero hemos de advertir, en primer término, que, por este lado, tampoco se distinguen la moral y el derecho: pues si la dificultad se da para éste último, se da de igual modo—ya se ha indicado—para la primera.

No creo que nadie pueda jactarse de conocerse, de conocer verdaderamente su capacidad para el bien y para el mal, sus aptitudes para seguir una determinada conducta, lo que se llama su fuerza de voluntad, el poder de regirse y gobernarse como quiera y en la forma que mejor le plazca. Muy al contrario: á menudo se desconoce uno totalmente, ó poco menos, siendo para sí tan extraño como otro

hombre cualquiera, porque no ha tratado de observarse ó no ha sabido observarse; á menudo, v. g., hace hoy tales propósitos, se traza tal norma de conducta para lo sucesivo con ánimo resuelto de perseverar en ella, y no ha pasado un día, á veces ni horas, y ya la ha quebrantado. A menudo también, al inquirir los motivos de su obrar, no los encuentra uno, ó se engaña á sí propio, poniendo como motivos reales los que sólo son aparentes, ó dando importancia primordial á los que no la tienen sino muy subordinada: como cuando ha cometido un acto que tiene por malo, y sin embargo, anda en busca de razones (que sabe ó presiente no son verdaderas) que le justifiquen á los ojos de los demás ó aun á sus propios ojos. Muchas veces nos equivocamos en lo relativo á nuestras potencias orgánicas y físicas, como cuando medimos con la vista el alimento que nos parece requiere nuestro cuerpo y reclama nuestro apetito, y luego resulta que no necesitábamos tanto, ni podíamos con tanto (1); ó cuando, por «engañarnos el corazón», nos creíamos capaces de seguir haciendo lo mismo que antes hacíamos (v. g., cuando éramos más jóvenes), y sin embargo, al poner manos á la obra, nos sentimos incapaces para llevarla á cabo. En el orden de las fuerzas psíquicas y morales nos estamos á cada paso llevando igualmente desengaños y chascos de éstos. Cualquiera de nosotros es para sí mismo tan exterior, extraño y desconocido, como puedan serlo los otros. Mire algo para dentro, y lo notará. A nadie que piense un poco le costará gran trabajo, creo yo, confesar que le es sumamente difícil hacer el análisis de su estado de ánimo, de su conciencia, de su voluntad, de sus intenciones (2). Ahora bien: esta dificultad de que hasta el presente hemos hablado se refiere no más que á los estados de conciencia actuales, á las representaciones de mí mismo que yo puede ir haciendo pasar *hic et nunc* ante mi conciencia actual. Pero yo soy muchísimo más que conciencia actual. Esta constituye una porción mínima é insignificante (en cantidad) de todo lo que yo soy, de mi vida. Mi vida y yo estamos constituidos por un número ilimitado de fenómenos, de hechos, de los cuales sólo llegan á mi conciencia en este momento muy pocos, y muy pocos llegan á ella aun

(1) Es lo que se dice de ciertos hambrientos, sobre todo de cabeza, aparentes, «ansiosos», más bien, «cuyo estómago se ve lleno mucho antes que el ojo».

(2) Lo cual es de suma importancia para la discusión del problema del libre albedrío humano. Véase lo que he dicho en mi artículo *Acercá de la base de la función penal*, publicado en el libro *De criminología y penología*, Madrid, 1906.

considerándola sucesivamente, en el curso del tiempo. Muchos, muchísimos de los fenómenos que integran mi ser y mi vida no han llegado ni llegarán jamás á mi conciencia; se producen fuera de la misma; pero no por eso dejan de ser fenómenos míos, que pertenecen á mi ser y á mi vida. Suponiendo, por lo tanto, que conociéramos cada uno de nosotros lo que somos, en aquella parte que pasa por nuestra conciencia (lo que no es exacto, según queda dicho), no por eso podríamos decir que nos conocíamos enteramente; y mientras no nos conociéramos enteramente, no podríamos afirmar que nos conocíamos por dentro, que conocíamos nuestra índole, nuestra capacidad para obrar, para obrar el bien ó el mal, nuestras intenciones, nuestro estado de ánimo, etc.

Demos por supuesto, no obstante, este conocimiento de nosotros mismos, inaccesible á todo el mundo, menos á nosotros. Tendremos que decir entonces, con respecto al problema que nos ocupa, que sólo conocemos nuestras propias intenciones, nuestro propio mundo interior, no el de los demás, quienes, á su vez, se hallan en el mismo caso que nosotros; y que, por consiguiente, para cada uno no hay más mundo moral que el suyo, el que á él se refiere, estándole vedado penetrar en las intenciones de los otros. Para cada uno, se partirá el orden de la conducta en estas dos esferas: primera: mi mundo interior, mis intenciones; segunda: todo lo demás; ó sea: mis propios actos, desde el instante en que se traducen al exterior, y los actos ajenos. No podremos formular juicios acerca de la moralidad de los actos de nadie, porque no conocemos sus intenciones; sólo podremos formular juicios jurídicos; si formulamos juicios morales, estos juicios no pueden menos de ser puramente hipotéticos, sin base alguna real, y por lo tanto, aventurados y sin ningún valor. Por donde viene á resultarnos que el círculo en que domina la moral es muchísimo más reducido que aquel donde domina el derecho, al revés de lo que los autores todos dicen al ocuparse de este problema.

Pero las cosas no suceden de este modo, amoldándose á las exigencias abstractas de las doctrinas; son ellas las que deben servir de base á éstas últimas. Es un hecho indiscutible que nuestros juicios morales se aplican á los actos de los demás hombres, y que los actos de los demás hombres tienen, por eso, á nuestros ojos, un valor moral, lo mismo que nuestros propios actos. Y les atribuímos valor moral, no tan sólo atendiendo á sus resultados (cosa propia del derecho, según la concepción que nos ocupa), sino por razón de

la intención que va dentro de ellos, y que nosotros nos arrogamos el derecho de conocer. Igualmente, á esos actos atribuimos también valor jurídico atendiendo á los mismos elementos, acto externo é intención; y á quienes los ejecutan los llamamos, indistintamente, hombres morales, virtuosos y justos, ó inmorales, viciosos é injustos. La moral y el derecho abarcan, por igual, ambos, toda la acción, tanto su parte interna (hasta las raíces últimas de la misma en las profundidades del ser que la ejecuta) como la externa; ó, mejor dicho, se trata de una misma cosa con denominaciones diversas.

74. *Procedimiento que se sigue al efecto.* — A mi parecer, no es en verdad cosa fácil averiguar las intenciones, sobre todo, cuando se entienda por tales lo que pudiera llamarse índole del agente, en el sentido explicado antes (§ 73); pero tampoco es absolutamente imposible. Hay, tocante al asunto, un doble límite: el de la ignorancia total y el del conocimiento completo; y entre ambos, una multitud interminable de matices y términos medios. Como en tantísimas otras cosas. Pues bien; de esos términos medios nos servimos en la vida social, y el uso de los mismos es lo que hace ésta posible. Lo que quiere decir que para el cumplimiento del derecho y de la justicia en la vida social, utilizamos nuestro conocimiento de las intenciones con que se realizan los actos, y no nos contentamos con los actos mismos. Veámoslo.

Prescindamos del derecho penal, donde la afirmación es evidente, como hemos dicho. Aquí, el acto no vale nada por sí solo; vale exclusivamente por la intención que lo anima. Por la intención castigan los tribunales; en la intención (mundo moral) del agente es en lo que, sobre todo, se fijan los jurados para condenar ó absolver: absuelven, de ordinario, á los individuos de quienes presumen que no ofrecen peligro para el porvenir (capacidad delictuosa: § 72), aun cuando esté bien comprobado que han cometido el delito que actualmente se les imputa; condenan en el caso contrario, cuando el peligro es evidente, y á pesar de que la intervención del reo en el delito actual esté dudosa. La intención, no solamente es un elemento indispensable para la punibilidad, sino uno que sirve para medir la pena (1). Es más: por la intención con que se suponen eje-

---

(1) Véase, por ejemplo, el art. 9º, circunstancia 3ª, del Código penal español vigente, el art. 2º, el 561 y otros que toman en cuenta la malicia. De este asunto y otros parecidos trato detenidamente en mi estudio sobre *La psicología criminal en nuestro derecho legislado*, publicado en la *Revista de Legislación*, tomos OXIII y siguientes, y en libro aparte.

cutados los actos, se hace á veces la calificación jurídica de éstos, y hasta se determina el tribunal que ha de conocer de ellos (1).

Pero fuera del derecho penal sucede lo mismo. No hay apenas relación jurídica alguna, civil, mercantil, política, donde no contemos, mucho más que con el acto en sí, con la intención de quienes lo ejecutan. La vida social toda es un tejido de relaciones dependientes de la confianza y el crédito mutuos, y no hay confianza ni crédito posibles sino allí donde media el reconocimiento de una buena intención. No prestamos nuestro dinero, ni encomendamos la educación y dirección de nuestros hijos, ni contraemos matrimonio, ni consentimos que éstos lo contraigan, ni damos nuestros votos en las elecciones, á cualquiera persona que reúna los correspondientes requisitos externos ó legales: v. g., á una á quien no conocemos, de la que no tenemos noticia, cuyos antecedentes ignoramos. Antes de dar un paso semejante, antes de realizar una acción que ha de ser origen de derechos y obligaciones (contratos, testamentos, tutelas, elección para cargos públicos), necesitamos informes de aquellos con quienes vamos á trabar relación. ¿Cómo he de nombrar heredero fiduciario, por ejemplo, á un derrochador, ó á un individuo que suele faltar á sus compromisos, ó á persona que no sé si merece que en ella se deposite la confianza? Las relaciones de mandato, de gestión, de representación de unas personas por otras (como la tutela, los cargos

(1) Así, v. g., cuando, por consecuencia de la bomba arrojada el 31 de Mayo de 1906 al paso de la comitiva nupcial del rey Alfonso XIII, desde un balcón de la calle Mayor, de Madrid, se entabló competencia, para conocer del hecho, entre la jurisdicción ordinaria y la militar, alegando ésta su derecho por haber resultado muertos ó heridos varios individuos de la fuerza pública que custodiaban la carrera, el Tribunal Supremo resolvió la competencia á favor de la jurisdicción ordinaria, fundándose en que el autor del atentado, Morral, se propuso cometer un regicidio, delito cuyo conocimiento compete á la jurisdicción ordinaria, y este delito es el que había de tomarse como tipo y criterio para determinar el tribunal competente, pues «aun cuando en la economía del Código penal—decía un considerando de la resolución—tenga especial importancia el resultado de los actos delictivos para la determinación de las respectivas penas, lo que fundamentalmente caracteriza cada delito es el fin que el criminal se propone al realizar aquéllos; y la competencia del tribunal tiene que ser determinada por la verdadera índole del acto punible realizado, en su fundamental relación con el propósito del agente». Los representantes de los procesados como cómplices y encausados en el mismo hecho promovieron después, ante la Audiencia, un incidente de competencia, sosteniendo la opinión de que correspondía conocer de aquél al jurado y no al tribunal de derecho; pero la Audiencia denegó su pretensión y falló en favor de este último, porque la intención es la que califica los hechos delictivos, y la de Morral fué cometer regicidio, hecho excluido de la competencia del jurado. V. mi artículo, *A propósito de la causa de Nakens*, publicado en *La España Moderna*, núm. 226, Setiembre de 1907, pp. 125 y sigs. y otras.

públicos en general, la prestación de servicios personales, el contrato de trabajo, etc.), son todas ellas relaciones que tienen por base la confianza; y bien podemos decir que la vida social entera es una trama urdida por esas relaciones de mandato, de gestión y representación: como que, en último resultado, cada uno de nosotros no es otra cosa sino un gestor y un representante de los intereses de todos (§ 45). Presto á aquel de quien confío que ha de devolver; compro en las tiendas donde confío que no han de procurar engañarme en calidad ni en cantidad; busco á los maestros de mi mayor confianza, á los abogados de mi mayor confianza, á los artistas que me inspiran más confianza; trato de entroncar con las familias en cuyas condiciones (de bondad, de riqueza, etc.) confío; elijo para tutor de mis hijos, y para heredero fiduciario, y para criado ó trabajador de mi casa, á personas de confianza.

Podría continuar, porque el asunto es inagotable; pero no lo creo necesario. Hágalo el lector, si gusta.

En todo lo que acabo de decir, se trata de relaciones manifiesta y declaradamente jurídicas, de las que constituyen «condiciones de existencia y progreso para la vida humana» (Ahrens). Me parece, pues, imposible seguir sosteniendo la afirmación de que el derecho no se fija sino en la materialidad de los actos y prescinde de las intenciones; al revés, tengo por muchísimo más exacta la afirmación contraria, á saber: el derecho solamente vive de intenciones. Por lo que, frente á la tesis schopenhaueriana—que supongo yo harán suya todos los que adopten el criterio intencionalista para distinguir la moral del derecho—: «el acto, el hecho es lo real á sus ojos [á los del derecho], y [éste] no investiga la intención más que en cuanto puede dar á conocer la significación del acto», es preciso colocar esta otra, que Ahrens aplica á la moral, pero que, en virtud de lo dicho, debe hacerse extensiva igualmente al derecho: «los efectos exteriores no son sino unos *signos*, cuya clave debe buscarse en la intimidad de la conciencia». La intimidad de la conciencia, ó, mejor diríamos acaso, la indole, la manera de ser, el carácter de las personas, que se refleja en la intimidad de su conciencia, es, efectivamente, la clave, así de la moralidad, como de su equivalente la justicia. Y hasta esa intimidad procuramos introducirnos siempre, para apreciar y juzgar la conducta ajena, no quedando satisfechos mientras no lo logramos.

Ahora, la indole, carácter, temple moral, interior, intenciones, como quiera llamarse, de los individuos, se conocen de la misma manera que se conoce todo: por la observación. La observación directa

no es factible, pero si lo es la indirecta. Pues si es verdad que «por los frutos se conoce el árbol», según dijo el evangelista (Mateo, XII, 33; Lucas, VI, 44), al hombre se le conocerá también por sus frutos, que son sus actos. Y sus actos no son uno ni dos; sus actos es toda su conducta, es decir, toda su vida, toda su historia. Juzgará mejor á un hombre, aquel que conozca mejor su vida, toda su vida, sin ocultársele nada de ella, si es posible; aquel que tenga presentes todos los antecedentes y elementos, lo mismo los hereditarios (innatos) que los adquiridos, del sujeto de que se trate. Juzgará menos bien, el que tenga conocimiento más incompleto de dicha vida; y juzgará mal seguramente (de ligero), quien la ignore por completo. Así, observando y estudiando los actos, lo exterior, una vez y otra vez, y comparándolos entre sí y con otros análogos, nos remontamos á la raíz de los mismos, penetramos en el interior del agente, en las intenciones. Se trata, al fin y al cabo, de la interpretación de hechos, de fenómenos, parecida á otras muchas que estamos realizando á diario; se trata de interpretar la naturaleza de un sér por sus manifestaciones, de reconstruir la unidad del mismo, enlazando, en unión orgánica, los hechos de él provinientes. De aquí, el grandísimo valor que, para calcular la probable conducta futura de los hombres (base de la confianza ó desconfianza que nos inspiran, esto es, del crédito, á que antes hemos aludido, y de nuestro consiguiente comportamiento para con ellos), tiene el conocimiento de sus antecedentes (que á unos «abonan» y á otros perjudican), pues el árbol no cambia de naturaleza de la noche á la mañana; y á no ser por el influjo de una constante acción modificadora, el que hasta aquí ha obrado de tal determinada manera seguirá en lo sucesivo obrando de la misma, probablemente con mayor intensidad que antes (por efecto del hábito y de otras fuerzas análogas, y aun por razón de leyes de mecánica).

La trascendencia que tiene todo lo dicho para la resolución de una multitud de problemas de carácter social y jurídico, por ejemplo, para el ejercicio inteligente y acertado de las llamadas funciones penal, de gobierno y dirección, educadora, etc., es incalculable. Pero no voy á tratar ahora de ella (1).

75. *El derecho natural y las intenciones.*—Las consideraciones anteriormente expuestas acerca de la intención habrán hecho quizás

---

(1) V. el citado libro *Bases para un nuevo derecho penal*, §§ 50 y sigs. Desarrollaré ampliamente todos los puntos ahora tocados, en otra obra sobre *Psicología criminal*, á la que se aludió pocas páginas antes.

alguna mella en el ánimo de los lectores cultos, obligándoles, cuando menos, á poner en duda que la intención pueda servir, como suele pensarse, de criterio distintivo entre la moral y el derecho positivo.

Ahora, si este último se ocupa ante todo de intenciones, y no ya de meros actos externos, como me parece haberlo evidenciado, ¿qué diremos del derecho natural, que es con relación al que únicamente debiera ponerse el problema? ¿Habrán pensado bien en esto los filósofos y jurisconsultos fautores y partidarios de la separación? ¿Cabe ni concebir siquiera un derecho natural, anterior y superior al Estado y á sus leyes, que no se preocupe con las intenciones, y sí tan sólo con los actos y sus consecuencias materiales? De mí sé decir que no lo concibo, entre otras razones, porque no puedo imaginarme cuáles hayan de ser los actos con cuya ejecución material, aparte de las intenciones, haya de darse por satisfecho el derecho natural. Y por otra parte, ¿puede alguien considerar como hombre justo, desde el punto de vista del derecho natural, al egoísta, al malvado, al socarrón, al ambicioso, al mal intencionado, que cuida de sortear bien las dificultades, de guardar las formas y las apariencias, de no suscitar sospechas (donde ya entra el dominio de lo interior), de no provocar odios ni reacciones violentas, para hacer á mansalva lo que mejor quiera? ¿Es siquiera posible denominar á este tal, como algunos lo hacen, hombre justo «á medias»? Podiera pasar acaso la denominación, aunque no sin reparos, cuando sólo se pensase en el derecho legislado que el Estado procura hacer que se cumpla; mas no, á mi juicio, si nos referimos al natural, cuya fuente, dicen sus más entusiastas defensores, está en la conciencia y la razón humanas. ¿No estamos viendo cómo á todas horas se califica de hombre injusto al que suponemos malo *por dentro*, malicioso, malvado, perverso, de malas intenciones, al de conciencia no moral, no limpia? «¡Qué conciencia tiene Fulano!», decimos, ese «hombre sin conciencia» que no da á cada cual lo suyo—acto de pura justicia, según repiten los juristas y los autores de ética á cada paso—, aun cuando no haya modo hábil de llevarle ante los tribunales, porque ya sabe él «nadar y guardar la ropa», es decir, parapetarse detrás de las reglas del derecho legislado, ante cuyo cuerpo muerto (no ante su alma) observa una conducta impecable el sujeto en cuestión. Y en último término, ¿no es afirmación resobada y trilladísima, que nos estamos tropezando continuamente en libros, artículos, lecciones, discursos, la de que la fuente y raíz del derecho natural, de donde todo el derecho, legislado y no legislado, ha de provenir, se halla

dentro del hombre, dentro de cada uno de nosotros, en nuestra propia conciencia, en nuestra razón, en nuestro espíritu?

Tratándose del derecho natural, no tenemos una autoridad que nos lo defina, como la tenemos (Estado oficial, legislador) cuando se trata del derecho legislado; en esos casos, no disponemos de otro criterio definidor que nuestra razón y nuestra conciencia. ¿Cómo, entonces, decir que el derecho natural no se cuida del mundo interno, reservado á la moral, si precisamente de ese mundo interno tiene por fuerza que salir el acto jurídico? Para mí, por lo menos, mi derecho natural es, ante todo, intención, ó sea razón, conciencia; la materialidad del acto, como tal, no significa nada ante éstas. Y lo propio que yo digo, dirán todos los demás hombres, quienes llamarán justo ó injusto lo que su razón y su conciencia les presenten como tales, no lo que les diga yo, por ejemplo, ú otra persona que, como yo, no logre imponer por la fuerza su criterio (en cuyo caso entraríamos en el terreno del derecho legislado, coactivo). Pero yo, que juzgo, desde dentro, subjetivamente (1), de la justicia de mis propios actos, no puedo juzgar de la justicia de los actos de los demás sino desde fuera, objetivamente. Como no me es posible averiguar de un modo directo la intención de quien los realiza, su justicia subjetiva, esta justicia la infiero indirectamente, remontándome al conocimiento de la naturaleza del árbol (razón y conciencia de los demás, valor interno de sus actos) mediante la observación de sus frutos: penetrando en el fuero interno de mis prójimos, gracias al estudio que hago de los actos exteriores que realizan y de los efectos y consecuencias de ellos. Pero esto es exactamente lo mismo que me sucede con el conocimiento y el juicio de la moralidad de mis propios actos, y con el conocimiento y el juicio de la moralidad de los actos ajenos, según antes se ha visto (§§ 73 y 74, pp. 391 y siguientes y 396.)

Miradas desde mi interior, y juzgadas con arreglo á mis criterios, no hay distinción en las relaciones: todas ellas son (ó me parecen á mí) morales y jurídicas al mismo tiempo, ó por el contrario inmorales é injustas: todo mi hacer participa á la vez é indistintamente de ambos caracteres, que se refunden en uno solo. De nuestros actos, cuando y en cuanto los mismos sean conscientes, no se nos escapa nada; nuestra conciencia acompaña al proceso entero de

---

(1) Con las limitaciones que, sin embargo, hay que poner á esto. V. el artículo Yo, antes citado.

los mismos, desde la primera aparición de su idea en la mente hasta la ejecución exterior de sus últimos detalles. Y así, para nosotros, siéndonos igualmente conocida la parte interna y la externa de nuestras acciones, no hay diferencia entre ambas, por lo que á la intención toca: ambos aspectos quedan equiparados. Solamente á los ojos de los demás, es á los que pueden parecer diversas dichas dos mitades, porque sólo les es factible conocer bien la segunda; como nosotros, por nuestra parte, tampoco conocemos bien y directamente más que la materialidad de los actos que las demás gentes ejecutan, desde cuyo conocimiento nos remontamos al de la intención con que han sido practicados; intención que sólo inferimos, reconstruyéndola á nuestro modo, pero que no percibimos de una manera inmediata, como con la nuestra nos sucede (dentro de ciertos límites, ya se sabe, § 73, pp. 391 y sigs.) Consecuencia de ello es que, si para las personas que miran y juzgan desde fuera los actos ajenos, como al Estado oficial le pasa, la acción en sí misma puede ser divorciada de la intención que la informa, y consiguientemente pueden separarse el propósito y el resultado exterior, en cambio, para el sujeto agente, tal separación es imposible. O dicho de otra manera: si el derecho legislado, cuyos órganos son los poderes públicos, apreciando las acciones con arreglo á una medida externa y fija, puede encontrar en éstas dos esferas distintas: una, moral ó intencional, y otra, material y sensible, jurídica, el derecho natural, por el contrario, cuyo órgano se dice ser la razón y la conciencia del individuo, no puede encontrar, mirando á las acciones de éste, semejante dualismo. Para él todo es, al mismo tiempo, moral y jurídico, interno y externo, intención y acto. Aunque mi obrar, por hallarse conforme con las exigencias legales, sea estimado jurídico por los demás individuos con quienes yo conviva, no por eso ha de ser también necesariamente justo, juzgándolo yo con arreglo á mi conciencia. Bien por el contrario, puede ocurrir y á menudo ocurre que los dos juicios no coincidan: mientras el Estado y mis conciudadanos tienen en ocasiones por ajustado á derecho lo que yo hago, yo sé bien que es injusto, y viceversa.

## NUEVOS PUNTOS DE VISTA

76. *Otros criterios de distinción.*—El problema éste de las relaciones y diferencias entre el orden moral y el orden jurídico es, sin duda, uno de los que más han preocupado á los pensadores y á los filósofos, sobre todo á los filósofos juristas. Apenas se encontrará uno de éstos que no lo haya tratado con predilección. Y no sólo sucede así con los escritores de primera fila, sino también con los de segunda, tercera y ulteriores. De manera que la abundancia de opiniones y puntos de vista que reina sobre el particular es grande.

Por otro lado, acontece aquí lo mismo que en multitud de ocasiones análogas, á saber: que las gentes se empeñan en ver cuestiones de importancia donde en realidad no hay ninguna, ó que ponen mal y, por lo tanto, acometen mal también las que efectivamente existen. Y entonces no se hace otra cosa sino dar vueltas al asunto, sin lograr dilucidarlo, antes bien, embrollándolo más y más; se amontonan unos sobre otros los libros, los artículos, los folletos, los discursos, y este amontonamiento sirve para cubrir y oscurecer, más que para aclarar.

Tal es nuestro caso. Si se hubiera comenzado por fijar bien los términos de la discusión, me parece á mí que ésta se habría evitado totalmente, ó cuando menos, se hubiera simplificado mucho y reducido á pocas palabras. Comprométanse los autores á prescindir, cuando ventilen el problema á que nos referimos, de toda idea de derecho legislado, y á no pensar sino en el que se llama natural, y creo que concluirán por entenderse, reconociendo que este último y lo que se denomina moral son exactamente una misma cosa, cualquiera que sea el aspecto por donde se la considere. O, al contrario, reduzcan sus investigaciones, á saber qué relación existe entre la moral y el derecho legislado, y entonces verán cómo el problema se presenta á sus ojos exento de las grandes dificultades que hoy lo rodean.

Pero como no lo hacen así; como, al revés, los términos de la comparación varían, pues ahora se piensa en el derecho legislado, pro-

visto de una *actio* y por lo mismo coercible (1), y después se piensa en el derecho natural, anterior y superior al legislado (§§ 17 y 18), resulta lo que inevitablemente tiene que resultar: un complicadísimo laberinto, lleno de encrucijadas de donde no se sabe salir. Ello es la causa de un fenómeno que habrá observado seguramente quien quiera que haya dirigido sus esfuerzos al estudio de esta materia, y consiste en la facilidad con que el problema cambia de aspecto. Como Proteo, va revistiendo á su placer formas varias; y cuando se le persigue y se juzga haberlo alcanzado bajo una de ellas, desaparece y se presenta de nuevo bajo otra. Así, por ejemplo, se ataca, con éxito, cualquiera de las razones en que apoyan la distinción entre moral y derecho los mantenedores de ella, é inmediatamente el enemigo se parapeta tras el reducto de otra; se repite la operación, y se repite también el cambio; y así sucesivamente, en serie interminable. El atacado se defiende, pasándose del campo del derecho legislado al del natural, de este último al primero, del primero otra vez al último, etc.

Por lo dicho se explica también el contraste que á menudo se advierte entre la parte negativa y crítica de la doctrina ajena, y la parte constructiva y afirmativa de la propia doctrina. Léase despacio cualquiera de los escritores que tratan con bastante detenimiento de las relaciones entre la moral y el derecho (2), y se verá bien claro

(1) Las relaciones de derecho legislado pueden no estar provistas de *actio*, ni ser coercibles; y, en efecto, en todo derecho legislado hay multitud de disposiciones no acompañadas de acción ni sanción, sino que son, v. g., meramente indicadoras, doctrinales, explicativas, demostrativas, etc. En todas nuestras leyes, pero principalmente acaso en el Código civil, puede encontrar, quien quiera, buen número de las mismas.

(2) Por ejemplo, Prisco, que le dedica un largo capítulo de su libro *Filosofía del derecho fundada en la ética*, bien conocido entre nosotros por la traducción española publicada por D. J. B. de Hinojosa; Madrid, 1879. Voy á hacer un resumen de este capítulo para que sirva como *specimen* de la afirmación hecha en el texto.

El hombre, el género humano, debe tender al bien, que es su fin racional. La actividad del hombre es no sólo querer [orden interior], sino también obrar [orden exterior], á nos regulados por la ley moral, la cual en cuanto regula las relaciones esenciales á la vida social del hombre, se llama ley jurídica racional. [por donde parece que el derecho es, para Prisco, igual que para Kant y para la generalidad de los autores, relación exterior social, de cuya concepción se derivan las consecuencias que más adelante exponremos].

La ley que regula el derecho—sigue diciendo el autor—no puede ser otra que la ley moral [identidad entre moral y derecho] Para la sola moralidad no puede constituir un derecho riguroso [distinción entre ellos] De aquí vienen las dificultades para resolver el problema.

La ética y la filosofía del derecho no pueden separarse [ni, por tanto, el contenido de una del de la otra, ó sea el orden de las relaciones morales del de las

que, mientras argumentan de modo al parecer irrefutable contra los puntos de vista que adoptan otros publicistas al establecer la distinción consabida, en cambio, el que luego toman ellos no satisface; antes bien, se presenta á los ojos del estudioso tan débil, tan oscuro, tan vulnerable como los demás. Prueba terminante de que la

jurídicas), por no poderse separar sus objetos, que son, el de la una, la ley moral y la libertad humana, y el de la otra, la ley jurídica racional [que, como se ha visto, es la misma ley moral] y la libertad humana. La ley jurídica racional [el derecho] está contenida en la ley moral [identidad en el contenido de las relaciones de uno y otro orden, identidad sustancial, por tanto], porque las relaciones esenciales á la sociedad humana son relaciones morales [ luego se ocuparán de ellas, tanto la ética, como la filosofía del derecho]. Tan absurdo es separarlas, como separar la consecuencia del principio, el efecto de la causa.

La acción humana es una, comprendiendo dos partes, la intención y la ejecución, ambas las cuales se rigen por una misma ley, que es la ley moral y jurídica. Ni la ley moral puede limitarse á sólo el querer interno, ni la ley jurídica al sólo obrar externo. Lo contrario sería tanto como decir que el hombre, en su obrar externo, no necesita ajustarse al dictamen de la razón y á los deseos de la voluntad; sería dividir al hombre en dos hombres distintos.

De donde resulta que todo derecho comienza con la moralidad y acaba donde la moralidad acaba [identidad objetiva absoluta].

Crítica á los autores que, desde Grocio, han separado la moral y el derecho, diciendo que no basta la intención para la práctica del bien; que el derecho no puede conformarse con sólo los actos externos; que el derecho positivo necesita tomar en cuenta las intenciones: pues, de otro modo, para el legislador, no sería lo externo expresión de lo interno.

Tocante al principio de la coacción, que es otro de los que sirven para distinguir la moral del derecho, debemos decir—añade Prisco—que una virtud á la fuerza es una verdadera contradicción, porque la virtud consiste en una inclinación de la voluntad al bien, inclinación que debe tenerse por convencimiento y por amor. La fuerza física no ejerce influencia más que sobre el cuerpo. No es bastante el criterio de la coacción para distinguir la moral del derecho: 1.º, porque, si así fuese, no habría deberes jurídicos cuyo cumplimiento pudiera exigirse sin coacción, y hay deberes de esta clase que, aun cuando no se cumplen voluntariamente, no pueden ser objeto de coacción (como sucede con el respeto á la patria potestad); 2.º, porque si la característica de los deberes jurídicos es la coacción, habrá contradicción entre la ley moral y la jurídica, por cuanto existen deberes impuestos á la vez por ambas leyes, y los de la una llevan anejas la coacción y los de la otra no, sino que antes bien la excluyen; 3.º, porque la coacción moral (ó psíquica, v. g., el remordimiento) y la coacción física son dos manifestaciones de la misma ley moral. La coacción es la misma fuerza intrínseca de la ley, que exige su cumplimiento cuando no se cumple voluntariamente, y lo exige, ora por medio del remordimiento (coacción moral), ora por medio de la fuerza material (coacción física).

Hasta aquí, pues, parece que, en sentir de Prisco, la moral y el derecho, la ley moral y la ley jurídica, son una sola y misma cosa. Las observaciones que hago para demostrar esta identidad son, por punto general, aceptables. Pero necesitando pagar tributo á las ideas corrientes, que admiten diferencias entre ambos términos, ha venido luego á caer en las concepciones más usuales, que son principalmente las kantianas, y á considerar, por lo tanto, que las relaciones jurídicas, á distinción de las morales, son relaciones sociales exteriores, susceptibles de

dicha distinción no existe, en el momento en que se la refiere á otro derecho que el legislado, y de que, por lo mismo, cuando se la niega, se ocupa un terreno mucho más firme que cuando se la afirma y defiende.

Para que los lectores puedan contemplar la mencionada multipli-

coacción, etc., cayendo de este modo en la contradicción, en las ocurrencias y vacilaciones, tan frecuentes entre los que del problema se ocupan y á las cuales hemos aludido más arriba.

Veamos Dice el autor: El punto de partida del derecho, lo mismo que el de la ética, es el fin del hombre. Este fin es uno. Pero puede el hombre perseguirlo como ser inteligente y moral, ó como ser social; si lo hace del primer modo, surge la moral, y si del segundo, el derecho.—Ahora bien—observo yo—: el hombre, como ser social, ¿no es inteligente y moral? ¿Qué significa esa distinción, sino repetir el argumento, antes rechazado por Prisco, de que la moral se ocupa de lo interno, de las intenciones, y el derecho de lo externo? Si no significa esto, no alcanzo qué ha querido decir. ¿No se reproduce aquí la separación entre la moral como esfera exclusivamente individual (esto es, interna), sin otro juez que la conciencia y el derecho como esfera social (externa), sometida á la acción de los poderes del Estado oficial?

La ley moral y la jurídica—añade Prisco—son objetivamente idénticas; pero la inteligencia humana las distingue por sus efectos, refiriendo la una al querer interno y la otra al obrar externo [aquí ya aparece bien manifiesta la concepción kantiana, antes aludida]. De donde se sigue que la distinción no es lógica ni real, sino virtual, por fundarse en los distintos efectos de la libertad y de la ley. [No comprendo en qué consiste esa distinción no real ni lógica (?), sino virtual. Querrá quizá decir que es una distinción meramente intelectual, á la cual no corresponde objeto alguno real. En ese caso, es una distinción lógica, y además errónea, engendradora de un concepto falso, que debe ser rectificado].

Los principios para distinguir virtualmente la ley moral de la jurídica, la acción honesta de la justa—prosigue el autor—son estos: 1.º, la ley moral ordena los actos al último fin del hombre, y la jurídica á la conservación del orden social [esta conservación ¿no es también un medio ordenado á dicho fin último?]; y la moral ¿no se encamina á conservar el orden social? ¿á qué tiende, si no?]; 2.º, el objeto inmediato de la ley moral es el bien absoluto, y su único instrumento el amor; el objeto inmediato de la ley jurídica es el orden social, un bien relativo, y para observarle puede hacer uso de la fuerza física [lo que, traducido á otro lenguaje, quiere decir que las relaciones ó deberes morales son internos, de cumplimiento espontáneo, exentos de coacción, y los jurídicos son externos y coactivos]; 3.º, el fundamento de la ley moral es la dependencia de la criatura racional con respecto á su Creador, y el de la ley jurídica, presupuesto este fundamento, nace de las relaciones esenciales á la sociedad humana [lo que de la ley moral se dice puede decirse de la jurídica, y viceversa].

En el acto moral el hombre es pasivo, mientras que en el del derecho es activo. Para apreciar la moralidad de un acto, tendrá en cuenta la intención; para juzgar una acción justa, hasta suponer recta la intención, mientras no aparezca lo contrario (es decir: es justo el hombre que conforme su conducta exterior á las leyes del Estado, sea cual fuese su voluntad, en tanto no produzca efectos exteriores: una mala inclinación de ésta). La medida de la acción justa es la que se debe á otro, [¿conforme á las leyes del Estado, ó á la moral y al derecho natural?]; la de la acción moral, la conformidad de la intención con el fin del Creador [esta conformidad ¿no se exige para que el acto sea justo?]. La acción moral

cidad de criterios tocantes al asunto, voy á reproducir aquí un cuadro de muchos de ellos (no de todos), tomado de un libro consagrado exclusivamente al estudio de la cuestión que nos ocupa (1). Es el siguiente:

«1.º Los preceptos del derecho son negativos, en tanto que los

no exige un orden de relaciones sociales; la acción justa lo presupone [el derecho es lo exterior], porque para que esta última exista es preciso una relación entre dos agentes morales, uno que da y otro que recibe [alteridad], lo cual no sucede con las acciones morales, donde no es necesaria tal dualidad. Por eso se habla impropriadamente (?) cuando se llama justo, con relación á sí mismo, á aquel hombre que subordina los apetitos de sus facultades inferiores al fin racional de la voluntad, pues faltan los dos seres indispensables para que la relación jurídica exista [advertimos de pasada que esto lo dice el autor en un libro titulado *Derecho individual*].

Tal es, en resumen fiel y bastante extenso, la doctrina de Prisco acerca del problema que nos ocupa. Presumo que no habrá lector alguno que, al conocerla, quede perfectamente convencido de que hay verdaderos aspectos de distinción entre moral y derecho; ni de cuáles sean éstos, caso de haberlos; ni siquiera de que el autor tenga ideas suficientemente claras en torno á la materia.

Pues bien y con esto doy por terminada la presente nota, que ha resultado bien larga, pero que no creo ha de ser inútil en vista del objeto á que va encomendada—; lo mismo que á Prisco le sucede, exactamente lo mismo, les sucede á la generalidad de los escritores que se han ocupado de la cuestión. Pocos serán los que tengan conceptos más claros y definidos.

(1) Alejandro Groppali, *I caratteri differenziali della moralità e del diritto secondo la scuola positivista inglese*; Padua y Verona, 1901. Esta obra, á pesar de su título, no sólo se ocupa de autores ingleses (aunque la doctrina de éstos es la que expone con mayor extensión: Bacon, Hobbes, Locke, Hume, Smith, Bentham, Mill, Bain y Spencer), sino también de alemanes, italianos y franceses; además, tiene una larga parte crítica, donde el autor, á la vez que juzga uno por uno los criterios de diferencia entre la moral y el derecho, aducidos por los autores cuyas doctrinas examina y contenidos en el cuadro que se reproduce en el texto, expone—siempre de pasada y muy ligeramente—sus opiniones respecto del particular. Son estas opiniones—como se ha visto lo son también las de Prisco, y como lo son las de la generalidad de los autores—muy poco claras y precisas en su parte afirmativa, y á menudo contradictorias, efecto precisamente de la falta de firmeza en el concepto del derecho (de la cual hemos hablado antes); pues si Groppali tiene de ordinario ante la mente la idea del derecho legislado, algunas veces la abandona y se apega á otra idea del derecho, parecida á la de un derecho natural, legislable. Eso es lo que significa, v. g., su noción de un derecho que se va elaborando en el curso del tiempo y pasando á ser derecho *posso*, antes de ser legislado (pp. 218 y sig.); eso es lo que le hace vacilar acerca de la cuestión relativa á si existe ó no un verdadero derecho internacional, cuestión que resuelve diciendo que es un derecho *en sui generis* (salida cómoda, pero no científica), «un *quid mediū* entre la moralidad y el derecho propiamente dicho (a), *quid mediū* que participa un poco de la naturaleza del uno y un poco de la naturaleza de la otra» (p. 223); eso es lo que le obliga á rechazar, en principio, el elemento de la intención como característico de la moral, y aceptarlo después, aunque con restricciones, pues dice que «constituye también un factor de derecho, si bien me-

(a) ¿No quiere significarse aquí, con el primer término, «derecho natural ó legislable», y con el segundo, «derecho legislado»?

de la moral son positivos (Tomasio, Smith, Genovesi, Kant, Spencer, y en parte Ardigò).

»2.º El derecho y la moral se distinguen en que las normas del primero son más determinadas que las de la segunda (Smith, Bentham, Bain). ;

»3.º Mientras que las leyes del derecho son escritas y se hallan consignadas en los códigos, las de la moralidad están impresas únicamente en el corazón de los hombres (Rousseau, Diderot).

»4.º El derecho es bilateral y presupone un derecho correlativo en otro individuo, en tanto que la moral es simplemente unilateral (Rosmini, Mill, Bain).

»5.º El sentimiento que sigue á la violación de las normas del derecho es mucho más intenso que el que acompaña á la infracción de las leyes morales (Mill).

»6.º La moral se extiende á todas las acciones interiores, mientras que, al revés, el derecho sólo se refiere á actos externos, sin preocuparse con las intenciones (Santo Tomás, Hobbes, Montesquieu, Hume, Smith, Kant, Rosmini)

»7.º La obligación que corresponde al derecho es siempre coactiva y sancionada por el poder, al paso que el deber que nace de la moral no admite coacción alguna y reviste un carácter meritorio (Tomasio, Hume, Smith, Rousseau, Genovesi, Kant, Fichte, Rosmini, Mamiani, Mill, Bain, Spencer, Ardigò).

»8.º El derecho cae bajo la sanción exterior del poder civil, y la moralidad bajo la de la opinión pública (Locke, Bentham, Bain).

Esto, por lo que respecta al elemento de la forma, pues «por parte del contenido, la moral y el derecho se diferencian, según los autores citados, principalmente por estos caracteres:

«1.º La moral se despliega en una esfera de acción más amplia que el derecho (Kant, Romagnosi, Bentham).

»2.º Mientras que el derecho ejerce una función protectora, que

*dicto é indirecto* (p. 263), siendo así que, con el derecho, se tiene en cuenta el elemento intencional en cuanto se incorpora á la acción, pero á lo que especialmente se mira es á los resultados que ésta produce al ejecutarse (p. 197). (Exactamente la misma doctrina sostiene y desarrolla Groppali en otra obra posterior, *Filosofía del derecho*, Milán, 1906, sobre todo en la parte tercera, capítulo primero, pp. 192 y sigs.)

El libro de Groppali no resuelve (ni con mucho, á mi juicio) la cuestión de que trata; pero es muy útil, porque nos da un resumen bastante completo de lo que han opinado acerca de ella (desde los filósofos griegos hasta nuestro tiempo) una serie de pensadores de fama universal.

se extiende á las condiciones esenciales de la sociedad, la moral ejerce una función meramente perfeccionadora, que sólo tiende á hacer más afectuosas las relaciones entre los hombres (Hume, Smith, Diderot, Romagnosi, Mill, Bain, Ardigò) (1).

No se hallan comprendidos en el anterior cuadro todos los fundamentos que se alegan para establecer la distinción de referencia (2), pero sí los principales y más corrientes. El lector notará que en casi todos ellos, si no absolutamente en todos, la palabra derecho se refiere al derecho legislado, y que, por lo mismo, de ser admisibles los dichos criterios, no valen para distinguir la moral y el derecho natural, sino para distinguir, de un lado, la moral ó el derecho natural, y de otro, el derecho legislado, lo que nos deja la cuestión intacta, pues precisamente lo que necesitamos es apartar la moral, no legislable, del derecho natural, legislable. Ya lo hemos dicho (Preliminar y capítulo primero).

Todos los anteriores criterios pueden referirse con suma facilidad á los que hemos analizado en los párrafos precedentes; de modo que nos remitimos á lo manifestado entonces y hacemos aquí punto.

77. *Opinión de Giner y Calderón. Observaciones.*—Merece que la exponamos y nos hagamos cargo de ella, no sólo por la grande autoridad de que gozan en el terreno científico estos autores, sino también porque su doctrina acerca de las relaciones entre la moral y el derecho, sobre ser muy precisa, representa el punto máximo de aproximación á la que yo tengo por verdadera, esto es, á la de la perfecta identidad entre aquellos dos órdenes. Para Giner y Calderón, las relaciones y las acciones morales y las jurídicas son exactamente las mismas, distinguiéndose unas de otras no más que formalmente, por el modo como el agente las realiza, ó lo que es igual, por la posición en que se coloca internamente con respecto á ellas.

He aquí lo que, tocante al particular, escriben (3).

(1) A. Groppali, obra citada, pp. 154-55.

(2) Hay, por el contrario, no pocos más. «En concepto de algunos, la moral regula las relaciones propias del individuo, y el derecho las sociales. Otros han pretendido que la distinción entre ambos órdenes corresponde á las del espíritu y el cuerpo. Hay quien ve, ya en la moral el fin y en el derecho el medio; ya en aquélla la abnegación y en éste el egoísmo. Muchos juzgan que moral y derecho se hallan separados por un límite móvil, que cambia á medida de los progresos de la cultura» (Giner y Calderón, *Resumen de filosofía del derecho*, tomo I, Madrid, 1898, p. 63).

(3) *Resumen de filosofía del derecho*, por D. Francisco Giner y D. Alfredo Calderón, tomo I, Madrid, 1898, pp. 63 y siguientes.; *Principios elementales del derecho*, por D. Francisco Giner, entrega 1.ª, Madrid, 1874, pp. 60-64.

No hay actos exclusivamente morales ni exclusivamente jurídicos, sino que tanto la moralidad como el derecho son aspectos que acompañan á todo acto humano: formas, y formas totales, de la conducta humana, no consistiendo el derecho y la moralidad en tales ó cuales actos concretos y determinados, sino en la manera de realizarlos todos. «Toda la conducta humana, sin excepción de un solo acto, debe ser juntamente moral y justa.» De aquí el error de representar las dos esferas por dos círculos concéntricos de radio desigual.

Consiste la moralidad, no en practicar tales ó cuales actos buenos, sino en practicarlos todos con intención recta, por el único motivo de ser buenos, por amor al bien mismo, sin mezcla de otro estímulo, con desinterés. Entre la bondad del acto (1) y su moralidad (2) puede haber armonía, pero también oposición, como, por ejemplo, cuando se acorre á un necesitado por ostentación, por temor, por esperanza de ulterior recompensa.

El derecho es también, al igual de la moralidad, una relación formal de toda la conducta humana, consistente en ejecutar todos los actos de que depende el cumplimiento de los fines racionales de la vida universal (3), no porque ellos sean en sí buenos, que deben serlo, sino tan sólo porque sirven de medios para la obtención de aquellos fines, sin atender á más. Tan pronto como en un acto se advierte este carácter de medio, el derecho nos manda efectuarlo, para ser justos; y la moral, atender únicamente en él al bien que se cumple.

La moralidad, pues, busca el bien, como fin absoluto de la voluntad; el derecho busca el bien, como medio para otro bien; la una, la sustantividad, la causalidad (la ley moral nos dice: «sé causa—causa racional, libre en la razón, no subjetiva, abstracta y voluntariosa—del bien y de todo bien en la vida»); el otro, la utilidad, la

(1) Lo que suele llamarse bondad objetiva, objeto ó materia del acto, y también fin de la obra (*finis operac.*, conformidad del acto con el orden natural ó divino de las cosas, con la ley eterna). Para los moralistas escolásticos, esta es la fuente primera de la moralidad, la cual proviene, á la vez, del objeto, el fin (del agente, *finis operantis*) y las circunstancias.

(2) El autor no pone la moralidad en los actos mismos, es decir, no piensa en la moralidad objetiva de que se habla en la nota anterior; para él, la moralidad (como, por lo demás, también la justicia) está toda ella en el agente, en la manera con que este contempla y ejecuta los actos, por lo que la voz moralidad significa en su pensamiento lo mismo que llaman otros moralidad subjetiva.

(3) Al conjunto de estos fines racionales es á lo que suele darse el nombre de moralidad objetiva, derecho natural objetivo, justicia intrínseca y absoluta, etc.

condicionalidad (la ley jurídica dice: «sé libre condición—pon de tu parte lo que de tí depende—para el cumplimiento de este fin, en tí como en todo ser, en el orden universal de los fines dichos»).

De donde resulta: 1.º Que tanto la moral como el derecho exigen la bondad intrínseca de la acción, no pudiendo nunca el mal (el mal en sí) ser moral ni jurídico. 2.º Que no cabe colisión entre moralidad y derecho, pues si hay casos en que la exigencia ó prestación de un medio exterior de vida pueden parecer inmorales, entonces la inmoralidad comienza precisamente allí donde el derecho acaba (entendiendo por derecho el derecho total, y no meramente el derecho sujeto á la sanción oficial y externa del Estado). Por eso no queda cumplido el derecho todo, cuando se hace una prestación por malos (impuros) motivos, sino sólo parte, el derecho exterior, faltando entonces al acto la justicia interior y primera: la de la voluntad. 3.º Que la distinción entre los dos conceptos de moral y derecho no está en los actos mismos, en el contenido—que es idéntico para ambos—, sino en el modo como uno y otro se refieren al cumplimiento del bien: «la moralidad del acto consiste en que el sujeto lo realice en atención á la intrínseca bondad del acto mismo; su justicia, en que sea útil para el cumplimiento de un fin. En la moral, la intención versa sobre el acto y su propio valor absoluto, por lo que su precepto se formula así: *haz el bien por el bien*. En el derecho, la intención trasciende del acto mismo, al cual sólo estima en su cualidad de medio, en su utilidad, en su eficacia para realizar algo, pudiendo formularse así su precepto: *haz el bien para que el fin se cumpla*. 4.º Que, como toda la conducta humana es á la vez moral y jurídica (porque en todo acto humano se dan los dos aspectos en que moralidad y justicia consisten), resulta que las esferas de las relaciones de una y otra clase tienen la misma extensión y se penetran recíprocamente, formando cada una de ellas parte sustancial de la otra (1). La buena intención es condición esencial para la vida justa; de consiguiente, toda relación moral es á la vez justa, y al contrario. El sistema de los deberes (moral) coincide en absoluto con el de los derechos (jurídico), aun cuando no todo lo que manda ó prohíbe la moral pueden mandarlo ó prohibirlo los poderes públicos, mas sí puede mandarlo ó prohibirlo el derecho, que es muy otra cosa. Si el poder público se detiene ante ciertos actos, no es porque estos no sean jurídicos, sino porque corresponden á la esfera de la autarquía de los individuos,

---

(1) Mejor quizá sería decir que no hay dos esferas, sino una sola.

esfera que sólo ellos pueden regir, y dentro de la cual, es posible, pero no lícito, cometer injusticia.

El lector habrá advertido que entre la doctrina del Sr. Giner y la que he expuesto yo en las páginas anteriores, no hay sino una tenue diferencia, consistente en que, para mí, la identidad entre la moral y el derecho natural (único con respecto al cual pone él la cuestión, y hace muy bien) es absoluta, mientras que el Sr. Giner encuentra entre ellos una mera diferencia formal, subjetiva, intencional en el agente, podríamos decir. Igual que yo lo he hecho, rechaza él también todas las demás razones de la distinción, alegadas por los autores (la de la desigual extensión de ambas esferas, la de lo interno y lo externo, etc.), aun cuando no las discute (probablemente á causa del carácter de los libros en que se ocupa del problema) con el detenimiento con que yo las he discutido. Habrá, acaso, quien, por virtud de lo dicho, se sienta inclinado á dejar á un lado la sutil y delicada diferencia que entre la moralidad y el derecho pone el Sr. Giner, y á contar á este escritor en el número de los que radicalmente destruyen la valla divisoria entre los dos consabidos campos, dando de mano, con ello, de una vez para siempre, á la inextricable, engorrosa y eterna cuestión de las relaciones y diferencias entre el orden moral y el jurídico, y entre sus ciencias respectivas.

Es, en efecto, lo que, á mi juicio, se impone. Pues la aludida diferencia formal ó intencional me parece que no puede sostenerse, siendo ella un producto de concepciones, si tradicionales, erróneas (dicho sea con toda suerte de recelo de equivocarme yo), y de las que otras veces se desestime el Sr. Giner. Lo fundamental de ellas estriba en querer establecer una distinción entre la bondad absoluta ó intrínseca de los actos (moralidad objetiva, que dicen otros; véase el § 49 y la nota I de la p. 408), y la utilidad de los mismos; cosa que yo creo inadmisibile. A reserva de ampliar y demostrar más adelante mis asertos (1), adelantaré desde ahora lo siguiente:

1.º Si existe la bondad absoluta ó intrínseca de las acciones, que implicará la subordinación de las mismas á las exigencias del orden objetivo absoluto, base de la moralidad y fuente, como se dice millares de veces, de la justicia eterna, del orden jurídico natural (ley

---

(1) Véase también lo que he escrito respecto del particular en mis libros *Esos para un nuevo derecho penal*, §§ 12 y sigs.; *Valor social de leyes y autoridades*, §§ 26 y otros; *Problemas de derecho penal*, tomo I, *passim* y especialmente § 112, y *Nuevos derroteros penales*, Barcelona, 1906, §§ III y IV.

natural, derivada de la eterna), nosotros no lo sabemos; por consiguiente, no podemos querer un acto en razón de su conformidad con aquel orden, en razón únicamente á ser bueno, y sin mirar para nada á su eficacia como medio para un fin, en razón á su utilidad, á su cualidad de condición. Lo único que sabemos es cómo concebimos cada uno de nosotros el orden, y por lo tanto qué actos son los que se conforman con el orden según esa nuestra concepción, ó sea, qué actos son buenos para nosotros (1).

2.º Pero nosotros no concebimos jamás ningún acto como bueno, sino en tanto que sirve de medio para un fin que estimamos lícito. El acto que no sirve para algún fin no lo consideramos bueno (2). La bondad la trae precisamente de esta su cualidad de medio, y sólo de aquí. Tendrán ó no tendrán los actos un fin en sí mismos (moralidad objetiva, bien absoluto, justicia intrínseca, etc.), que esto lo ignoramos; lo que sí sabemos es que el hombre pone siempre un fin en su obrar, y que la conducta inteligente, racional, consiste cabalmente en obrar para un fin, que el agente mira como un bien, y en atención á este fin. Fin y bien pueden tomarse como términos equivalentes; el fin es el término justo de toda tendencia ó apetencia, y toda apetencia que consigue el fin á que aspira descansa, porque está en posesión del bien que buscaba. Obrar el bien por ser tal bien (raíz y contenido de la moralidad, según el Sr. Giner), y obrarlo para que el fin se cumpla (raíz y contenido de la justicia, del derecho, según el mismo autor), son, pues, á mi juicio, la misma cosa. La finalidad inteligente y racional, la condicionalidad, la moralidad, la utilidad (racional también, no la egoísta al uso, que es la que suelen medir las gentes, al revés de lo que hacía Bentham y con él lo han hecho otros filósofos utilitarios, como Stuart Mill, por ejem-

(1) Nuestro Luis Vives parece que era de este mismo sentir. «Cuando decimos que una cosa es ó no es, que es de ésta ó de la otra manera, que tiene tales ó cuales propiedades, juzgamos según la sentencia de nuestro ánimo, no según las cosas mismas, porque no es para nosotros la realidad la medida de sí misma, sino nuestro entendimiento. Cuando decimos que son buenas ó malas, útiles ó inútiles las cosas, no las juzgamos según son en sí, sino según son para nosotros...» (Citado por Bonilla San Martín, en su libro *El mito de peyruic*, Barcelona, 1908, p. 191).

(2) Aun en el orden del puro conocer entra la aprobación y la valoración utilitaria y finalista; aun aquí se trata de juicios acompañados de satisfacción ó de disgusto interno (aprobación ó desaprobación). Cuando yo, v. g., encuentro un buen ejemplar de perro ó caballo (cazador, de carrera, etc.), que representa bien los caracteres de su especie, es porque veo con complacencia íntima que mi idea ó noción típica de tales seres (mi concepto esencial é ideal—finalista, por lo tanto, al menos en alguna proporción—de los mismos) está concretada ó traducida en el ejemplar de que se trata.

plo), la justicia, son nombres distintos de un mismo objeto sustancial (1). De modo que, si esto que digo es verdad, no habrá más remedio que reconocer como inadmisibles la distinción formal que entre la moral y el derecho establece el Sr. Giner, y confundir definitivamente las dos esferas en una sola. Fijense los lectores, y digan si lo que los señores Giner y Calderón afirman de la moralidad no puede aplicarse enteramente á la justicia, á la justicia total, de derecho natural, tal y como ellos la entienden (muy bien, por cierto, á mi juicio); y al contrario.

(1) Ya se sabe que de los «utilitaristas» y de su sistema filosófico moral y jurídico, se ha hablado á menudo con desdén y menosprecio. Se les ha motejado de egoistas (cuando no de «brutales» é irracionales), y por eso mismo de inmorales, considerando la moralidad y la utilidad, y á sus respectivas doctrinas, como perfectamente antitéticas. El mismo origen ha tenido la calificación de «inmoral», de amoral ó de antimoral, dada á la economía política, por ser la ciencia que cultiva y satisface el interés personal y utilitario («filosofía del interés personal» la han definido algunos defensores suyos), interés que se toma frecuentemente como idéntico á egoista ó antisocial. Pero ya son muchas las gentes que van rectificando este criterio. No todos los actos ejecutados por móviles interesados caen fuera de la moral—quizá, en último término, ninguno (el P. Montes, un agustino, llega á decir lo siguiente, con lo cual estarán conformes bastantes otras personas: «En las mismas obras de piedad y de misericordia, en los sacrificios y en las penitencias, en la santidad y en el martirio, en los actos más heroicos, aun en aquellos que parecen más desinteresados y más alejados de toda idea egoista, si rompemos la capa exterior que los cubre, dentro encontraremos siempre un fondo de egoismo; egoismo santo, egoismo rectamente entendido, pero egoismo al fin; y si éste desapareciera en absoluto, faltaría el móvil principal de todas nuestras acciones, buenas y malas». — *Estudios de antiguos escritores españoles sobre los agentes del delito*, Madrid, 1907, pp. 217-18; y el P. Ruiz Amadeo, por su parte, escribe también este otro, no menos expresivo: «Todos los humanos amores del hombre son una extensión del que á él mismo se profesa. El altruismo que prescinde de toda consideración á sí propio es una utopía totalmente irreal». — *La Universidad de Oxford*, artículo publicado en el número de Noviembre de 1906 de la Revista *Kaion y Fe*, y extractado en *La Lectura*, núm. 96, Diciembre de 1906, p. 450); ni el tejido de las relaciones de utilidad é interés egoista puede en realidad tramarse, como no lo sostenga una urdimbre fundamental de altruismo, sacrificio, honrades, piedad, etc. Las consabidas «armonías económicas» no se limitan á una ó pocas esferas de la vida social, sino que la abarcan y penetran totalmente. El principio del interés personal puede, por lo tanto, subsistir por sí mismo, con independencia de todo otro, especialmente del de la moralidad, al que algunos (los socialistas de cátedra, sobre todo, y varios economistas de la segunda mitad del siglo XIX) han querido subordinarlo, en contra de Bastiat y su escuela; y puede también servir de móvil fundamental á toda la conducta humana (Cf. Giner, *Ética social*, pp. 291 y sigs.). «La separación entre moralidad y utilidad puede existir y de hecho existe en la conciencia; pero realmente las normas morales de una sociedad coinciden con la que es útil á la sociedad misma» (Bonucci, *Orientations*, etc., p. 149). «En lo útil hay que comprender todo lo que satisfaga una necesidad humana, de cualquier género que sea esta necesidad; y en el hombre no hay tan sólo necesidades de naturaleza egoista, sino también altruista» (idem, *ib. cit.*, p. 148, nota).

78. *Lo moral, lo jurídico y el interés social.*—En este mismo orden de ideas conviene hacer aún otras observaciones, las cuales vendrán á servir de complemento y á la vez de resumen á lo ya dicho.

Ante todo, hay que deshacer un equívoco. Frecuentemente, se llama moral, no sólo á lo bueno y útil, sino á lo malo y dañoso. El orden moral comprende en muchas ocasiones, además de las relaciones propiamente morales, las inmorales. Lo inmoral, ó sea lo negativo, queda dentro de la esfera moral, al lado de lo moral positivo. Y así, por ejemplo, de la misma manera que cuando se contraponen el orden físico y el orden moral, se incluyen en este último todos los actos humanos, todas las acciones dependientes de la voluntad del hombre, sean buenas, sean malas, ya morales, ya lo contrario, de igual manera, cuando se contraponen los órdenes moral y jurídico (v. g., por ser el uno facultativo y el otro obligatorio, el uno coactivo y el otro no), se hace entrar, en el uno, con las acciones justas, también las injustas, y en el otro, con las acciones morales, también las inmorales. El pecado, por ejemplo, acción inmoral, forma parte integrante del orden moral, del que es, sin embargo, una negación, como el delito, acto injusto, forma parte integrante del orden del derecho, del cual es negación asimismo.

Pero por moral se entiende también lo opuesto precisamente á lo inmoral—su término contrario—, lo mismo que por lo justo lo opuesto á lo injusto. Y, en este caso, me parece á mí que se piensa, en el fondo, como moral, exactamente lo mismo que como justo y exactamente lo mismo que como útil (1). Hay acciones, relaciones, reglas y elementos socialmente útiles, que cooperan al bienestar y al perfeccionamiento colectivos, y estos elementos, reglas y acciones son los que se denominan morales y jurídicos. Lo que no preste ó pueda prestar beneficio ninguno al interés social, no es bueno, ni moral, ni justo (2); lo que no solamente no preste beneficio, sino que cause

(1) V. lo dicho en la nota anterior.

(2) No debe olvidarse, sin embargo, que el interés social no tiene finalidad propia, sino que su objetivo último es el provecho individual, ó sea, que el altruismo y la abnegación están y tienen que estar subordinados al egoísmo. Las colectividades humanas (personas sociales, de cualquier clase que sean), no existen jamás para sí mismas; existen siempre para el bienestar de los individuos que forman, para acrecentar la personalidad de éstos y ofrecerles el mayor número de medios con que desarrollar sus energías y facultades. Ni el Estado ni ninguna otra asociación ó agrupación de hombres, como tampoco ninguna otra institución creada por ellos (histórica) tiene más función ni misión que ésta. Las agrupaciones en que vivimos forman el medio social, especie de arsenal ó patrimonio común.

positivos daños, eso es injusto é inmoral. ¿Qué otra cosa más que esto son los llamados actos esencial ó intrínsecamente buenos, y esencial ó intrínsecamente malos, tales como el socorro y alivio del prójimo, ó los atentados contra cualquiera de los bienes del mismo (homicidio, robo, violación...)? ¿Qué es tampoco lo que exigen las «buenas» costumbres (lo que vale tanto como decir la moral), sino el ejercicio de una conducta que, lejos de ser enemiga del interés social, lo secunde y favorezca? A mí me parece que, si bien se mira, sólo este interés constituye el núcleo, el criterio y la clave del orden moral, que es, también por este lado, totalmente idéntico con el orden jurídico. Y ello es aplicable, tanto á la sociedad general, como á las colectividades ó personas sociales particulares, cada una de las cuales tiene su moral privativa, como ya se ha dicho (§ 28, pp. 129-130, y § 50, pp. 275 y sigs.), y su privativo interés común; tanto á la materia de relaciones y preceptos, como á la de intenciones, según vamos á ver.

La esencia de la moral, en cuanto guía objetiva de la conducta humana, parece que está constituida por un conjunto de preceptos que buscan la perfección entre los hombres en sus relaciones mutuas, perfección que sólo puede ser conseguida por medio de la cordialidad, el amor, la abnegación, el sacrificio. No se podría vivir socialmente, si cada miembro de la agrupación se guiara únicamente por su interés individual inmediato (1), no pensando en el interés

de donde cada uno tomamos lo que nos hace falta (con tal de que otros asociados nos consientan tomarlo). El respeto de este patrimonio común y el esfuerzo cooperador para conservarlo y acrecerlo, se llaman derecho y moralidad. Y atentados al derecho y á la moralidad (delitos y pecados) son por eso, no tan sólo los que atacan á alguna de las condiciones de la personalidad individual (delitos privados, que podría decirse), sino también los que ofenden alguna condición constitutiva del ambiente social en que viven—como el pez en el agua—las personas individuales (delitos públicos).

(1) Del inmediato, digo, porque en realidad, á la corta ó á la larga, lo que el hombre busca siempre es su bienestar individual. Ni el comerciante, ni nadie, persigue directamente el beneficio ajeno (el del público, se suele decir), sino el propio, aunque sabe (mejor, cuanto más inteligente comerciante sea) que sólo prestando beneficios al público (al prójimo) y logrando atraérselo puede él conseguir buenos rendimientos.

Sabido es que la tendencia á la felicidad—que no es sino la tendencia al placer, al bienestar—ha sido considerada siempre como la más fundamental y natural del hombre (aun viene á ser eso también la afirmación de la propia realidad contra los estorbos de fuera, el llamado instinto de conservación, la defensa de todo lo vivo y la consiguiente reacción, denominada, según los casos, actividad, deseo, apetito, instinto, tendencia, voluntad...?); no ha habido ni hay religión ni filosofía, ciencia ni industria, que no reconozca esta tendencia como su objeto pri-

social, ó posponiendo este último á aquél. A quien obra de este modo, que es un obrar llamado egoísta, donde no se sacrifica nada del interés propio (por lo menos del inmediato) en aras del interés común, se le llama inmoral; á quien se conduce de manera contraria, renunciando, v. g., beneficios, placeres ó comedidades personales, por cooperar al bien y al perfeccionamiento colectivos, se le denomina, al revés, moral, y como á hombre moral se le alaba, tanto como al inmoral se le censura. Sin una cierta dosis de sacrificio, de renunciamiento, de amor, por parte de los componentes de un grupo social cualquiera, éste no puede subsistir; el amor es, por lo tanto, un indispensable vínculo social, y este vínculo, al servicio del interés común, es lo que denominamos moral. El amor entre los hombres desempeña, para la conservación y desarrollo del ser social, un papel análogo al que desempeña el amor entre los sexos para la conservación de la especie. La unión sexual, con su correspondiente instinto, tan poderoso é irresistible, no es sino una función, más ó menos consciente, de esta conservación, como, por su parte, la unión social de los seres humanos, con su correspondiente instinto de sociabilidad, que á menudo decimos ser tan natural y tan fuerte como el de la reproducción (1), tampoco es más que una función más ó menos consciente de la necesidad que los hombres experimentan de conservar y hacer lo mejor posible la vida en común, con sus respectivas ventajas.

Tanto más moral—como también tanto más justa—será la vida de los hombres en sociedad—único modo posible de hacer esta vida—, cuanto más amor, más desinterés y más sacrificio domine en ella. El ideal sería (con las restricciones, sin embargo, que después se verá) que este dominio fuese absoluto (2). La vida social perfecta sería aquélla en que, callando todos los egoísmos, fuente de inmoralidades ó injusticias, es decir, de acciones antisociales, únicamente tuvieran juego los actos de generosidad, cordialidad y abnegación. Una agrupación así, parece que no habría de contar con ningún elemento in-

marlo y que no se esfuerce por satisfacerla; en lo que han estado y están las discrepancias es en apreciar el contenido de esa felicidad, la materia en que puede consistir y los medios mejores de conquistarla.

(1) Recuérdese lo del *animal social*, *κοινωνικὸν ζῷον*, de Aristóteles, repetido después por tantos otros.

(2) El grado supremo de la moralidad, según Schwarz, es la muerte del yo y el florecimiento máximo de las comunidades humanas. (Citado por Bonucci, *L'orientazione*, etc., p. 140.)

moral: es la sociedad que nos imaginamos á veces, sólo compuesta de hombres guiados por la razón (1), jamás por las pasiones.

Ahora, sin abandonar este ideal, antes bien con la vista constantemente puesta en él y tomándole por punto de llegada, preciso se hace que, con el objeto de hacer viable de algún modo la convivencia, expuesta si no á parecer, se imponga forzosamente un mínimo de tolerancia y respeto mutuo, de amor, cordialidad y sacrificio. Este mínimo es lo que representa el derecho legislado, que el Estado oficial exige, hasta por la coacción violenta si menester fuere. Y pensando en este límite entre el sacrificio legal y el extralegal; llamando derecho á la moralidad encerrada en el círculo menor, y moralidad propiamente dicha á la que queda fuera de él, comprenderemos por qué se habla de las circunferencias concéntricas de radio desigual, de lo forzoso y lo facultativo ó voluntario, del egoísmo disciplinado y el altruismo, etc. El que contribuya al bienestar y al progreso sociales con los sacrificios que el Estado oficial impone (2) será un hombre justo, legalmente justo; pero el que, además de esto, contribuya con otros sacrificios que no se le piden legalmente será un hombre moral, altruista, filántropo, caritativo, que hace más de lo que debe de justicia (legal). El que se cifra á cumplir las leyes—mínimo de la moralidad necesaria para ir viviendo—, sin llegar á más, es, al presente cuando menos, un elemento compatible con la colectividad á que pertenece; puede sin mayor daño seguir viviendo en ella; es, dentro de la misma, un hombre honrado (3). Sólo cuando no se porte correctamente dentro

(1) Que es, no obstante, según Kidd (*Evolución social*), un elemento de las manifestaciones egoístas. Por eso cree que la religión, encargada de sobreponerse á éstas, es el gran aglutinante social, generadora de moralidad, por lo tanto.

(2) Bajo la forma de *deberes legales* de los ciudadanos, en sus varios respectos (v. g., en cuanto padres de familia, en cuanto contratantes, vecinos, funcionarios, deudores, electores...); deberes, de los cuales tenemos otras tantas representaciones en las contribuciones, el voto obligatorio, las obligaciones civiles y políticas, las servidumbres públicas y privadas, los servicios personales (como el militar, los cargos obligatorios y gratuitos), las penas, etc.

(3) Es, así, el de la honradez, un concepto sumamente relativo y variable. (§§ 32 y 33, sobre todo las pp. 160-161 y 164, con las notas. V. también la nota de la p. 364). Para calificar de honrados á un hombre ó una conducta, hay que referirlos á un orden social concreto. Nadie es honrado en absoluto (como no es tampoco en absoluto alto, valiente, etc.) Se es honrado, cuando uno se mantiene respetuoso con un conjunto de exigencias de vida común, protegidas por el Código penal, por otros códigos ó leyes, ó aún, si se quiere ir más adelante, por las costumbres y las conveniencias existentes en un determinado grupo; de manera que no sólo no se sea delincuente legal, sino tampoco un canalla listo, de esos que algunos llaman delincuentes afortunados y astutos, no condenados judicialmente,

del más pequeño de los mencionados círculos, cuando deje de respetar alguna de las condiciones de la convivencia social estimadas indispensables por los poderes públicos, es cuando se le tachará de incompatible socialmente, de injusto, de delincuente, y cuando, por lo mismo, se le perseguirá, hasta destruirlo, expulsarlo ó amoldarlo

pero sí por la opinión pública, por la moral ó el derecho natural, que los incluyen en la esfera de la delincuencia oculta, apellidada también por otros pequeña delincuencia y delincuencia latente. Pero, por encima de todo esto, ¿quién sería el hombre honrado «á carta cabal» en toda clase de circunstancias, sea cual sea el orden de relaciones sociales en que pueda vivir? Yo creo que no es posible decirlo fundadamente.

La honradez, por otra parte, aun considerando que no está ligada á un género determinado de conducta, esto es, á la práctica de ciertos actos y á la omisión de otros (impuestos, todos ellos, por las leyes obligatorias y coactivas, ó por la presión de un ambiente social consuetudinario), sino más bien al estado interno del que los practica, en razón de lo cual hay sujetos, cuya conducta, en lo exterior punible é incorrecta (violadora de la ley, ya escrita ó ya consuetudinaria), resulta, por su aspecto interno, perfectamente lícita (es lo que da lugar á que existan esos que se llaman «delincuentes honrados», almas generosas que infringen las leyes, ciertos reos políticos, revolucionarios, etc.; aun haciendo, digo, de la honradez una propiedad, ó mejor una situación del espíritu, equivalente, v. g., á buenos propósitos, buenos fines, buenos móviles, buenas intenciones, no puede menos, creo yo, de ser relativa y variable, calificándose, ya de honrados ó ya de criminales, unos mismos estados internos, según se les ponga en relación con este ó el otro círculo social, con este ó el otro conjunto de exigencias jurídicas y morales exteriores. El guerrero que tiende celadas al enemigo, para herirle y arruinarle mejor á mansalva, se considera (por los suyos, por sus consocios) que obra lícitamente, honradamente, con intención buena, y aun meritoria y heroica, no obstante que se sirve de la alevosía, la sñagaza, el ensañamiento, la premeditación, la ignominia, el disfras, y de todas las tenidas por circunstancias agravantes y denunciadoras, otras veces, de maldad y perversidad punibles. Si el mismo sujeto que las ha utilizado contra el enemigo (que ni siquiera lo es personal suyo, como en la guerra acontece) las emplea contra uno de sus conciudadanos ó consocios (con el cual puede estar individualmente enemistado), pasará, de la categoría de héroes, á la de un delincuente de la peor y más despreciable y perseguible ralea; y las circunstancias que intensificaban antes (por ejemplo, como soldado en campaña) la bondad de su acción, aumentan ahora la maldad y la punibilidad de la nueva. Igualmente, el comerciante (advirtiendo que todos lo somos, profesionales ó no, pues nuestra vida es un incesante comercio), el cual se enriquece á costa del prójimo, obra lícita y honradamente, y todas las artes y estratagemas de que se vale, puestas al servicio de su particular interés, caen en el recinto de la buena fe, de lo permitido y de lo honrado, al revés de lo que sucede con el estafador, el ladrón, el falsificador, que se aprovecha precisamente de medios análogos, ó quizá aun mejores, que el otro. Y aquí ni siquiera cabe decir—como tal vez pudiera hacerse comparando el criminal con el guerrero—que el uno procede egoístamente, y el otro no; ya que, si el deseo de su particular provecho mueve al ladrón, este mismo deseo inspira también al comerciante: como que, para muchos, según es sabido, lo que á éste le caracteriza (y á su conducta mercantil) es cabalmente el obrar siempre guiado por la idea del propio lucro.

al medio (1). Así se comprende también porqué se dice que, mientras la moral impone sacrificios voluntarios, ayuda positiva, el derecho se contenta, fuera de lo legal, con la conducta negativa (con que no se hagan daño unos asociados á otros) (2); que en tanto que la moral vive de altruismo y generosidad, el derecho es la organización de los egoísmos; que todo lo no legalmente prohibido está jurídicamente, pero no moralmente, permitido... con todo lo demás que en páginas anteriores (292 y sigs.) queda manifestado.

Dos observaciones tenemos que hacer aún, tocante al particular que al presente nos ocupa. La primera es que, cambiando constantemente las concepciones, las ideas y los sentimientos sociales (las costumbres) acerca del grado de sacrificio que de los coasociados se exige para que el orden social pueda conservarse y el grupo progresa, el límite separatorio entre la moral (ó digamos, si requiere el derecho natural, legislable), por un lado, y el derecho legislado, por otro, es variable. A medida que la sensibilidad social más se afina, y que la vida humana se espiritualiza, más alta se va poniendo la talla de la moralidad mínima, cuyo cumplimiento requiere el Estado. De día en día somos los hombres más exigentes los unos con los otros (3), y el derecho legislado va imponiéndonos coactivamente la solidaridad, la cooperación, el mutuo auxilio, la cordialidad, el reinado de la moral, que es el derecho natural. Entre estos dos últimos no queda margen para una diferencia, y la que entre la moral ó derecho natural y derecho legislado existe no es tampoco sustancial y definitiva, sino accidental, temporal y continuamente modificable. Las circunstancias marcan aquí, como siempre, su poderosa huella.

La segunda observación aludida tiene por objeto notar que si bien el Estado oficial y su derecho (el derecho coactivo) son realmente una máquina de hacer justicia y moralidad, una máquina que

(1) La defensa social—la defensa de cada sociedad concreta—contra los violadores de alguna de las condiciones estimadas indispensables para su vida, esto es, contra los enemigos de su moralidad estricta (legislada y coactiva), vendría á ser, como de ordinario se dice, el fundamento de las penas, y éstas serían de eliminación, de readaptación, etc.

(2) Por eso, en la actualidad, apenas se conocen otros delitos que los delitos por comisión, no habiendo sino muy pocos delitos por omisión. Hoy, donde quiera, se delinque generalmente causando daños positivos (en la vida, el cuerpo, la propiedad, etc.); poquísimas veces se juzga delictuoso el dejar de prestar al prójimo, aun al más necesitado de ella, una ayuda positiva (prestación de medios, no exigida legalmente, pero sí racionalmente)

(3) Se habla en general, pues este progreso no es siempre constante. Esferas hay en que la moralidad, en lugar de volverse más exigente en todo caso, se hace de vez en cuando más laxa.

obliga á los hombres á ser, dentro de ciertos límites, «justos y benéficos», como mandaban serlo á los españoles los factores de nuestra primera Constitución, sin embargo, aun obrando así, desempeñan una función útil. Cierta es que una virtud á la fuerza, como la que el Estado impone, no parece ser verdaderamente tal virtud, por cuanto ésta, según nos hallamos acostumbrados á mirarla, sólo se compagina con la ausencia de coacción (1). Mas debe saberse que esa mecanización de la vida—de que hemos tratado ya más atrás (§§ 41 y sigs.)— es una fuente abundante de hábitos morales. Empezando los individuos á portarse bien unos con otros por la fuerza y el miedo á la coacción, acaban por hacer sin trabajo lo que en un principio tenían por violento, y hasta por hacerlo con gusto. La vida se hace más delicada; la abnegación y el amor dominan poco á poco en ella. El orden físico meramente, el de la opresión legal y política, se torna en psíquico y voluntario. La esfera de la moralidad consolidada, no ya puramente facultativa, sino obligatoria por sentimiento, se dilata incesantemente. Las relaciones que, viniendo de la moralidad de cumplimiento discrecional, penetraron un día en el campo del derecho legislado (mínimo de respeto á condiciones sociales), y en él permanecieron cierto tiempo, han podido volver á salir de él por la puerta contraria, porque, sentida ya vigorosamente su necesidad por la conciencia misma de los asociados, traducida en exigencia consuetudinaria, el derecho legislado se ha desentendido de ellas por haber llegado á comprender que su protección á las mismas se había ya hecho inútil. Es un fenómeno, digámoslo así, de endósmosis y exós-mosis social (2).

79. *La selección social. Valor de la intención por este aspecto.*—Si la moral representa el conjunto de elementos ó condiciones favorables al interés y al mejoramiento social, habremos de tener por más morales aquellos elementos que mejor sirvan á los indicados fines, del propio modo que nos veremos llevados á considerar como inmorales aquellos otros que estorben su consecución (3). No es otro, sino éste, me parece mí, el criterio de que hacemos uso para calificar á los hombres, por el respecto que ahora nos interesa. Decimos que son morales y que obran conforme con las exigencias de la moralidad los

(1) No siempre, sin embargo, pues ya se sabe que el mero y estricto cumplimiento de las obligaciones legales se suele constituir en fuente de merecimientos («méritos y servicios», que se dice, base de recompensas).

(2) Cf. *Valor social de leyes y autoridades*, principalmente el cap. VIII.

(3) Todo individualismo, por consiguiente, parece envolver inmoralidad é injusticia, tanto más acentuadas cuanto más intensamente se manifieste aquél.

que favorecen y ayudan al prójimo y contribuyen al bienestar colectivo, hasta posponiendo el suyo propio. Cuanto más encaminen su conducta por esta vía, tanto más creemos que se acercan á las cumbres de la moral, cuyo ápice entendemos que tocan precisamente los que en todos sus actos son movidos por el bien ajeno, los grandes filántropos, que nunca piensan en sí mismos ni en su comodidad é interés (concreto é inmediato, por lo menos), sino en el de sus hermanos, los demás hombres, por cuya prosperidad están dispuestos á sacrificar todos sus bienes propios, sean éstos cuales sean; los que no viven sino por el amor y para amar y favorecer á sus semejantes. Son éstos los hombres que llamamos ordinariamente «de buena voluntad», cuya condición constituye, como es sabido, el indispensable elemento de toda moralidad subjetiva ó interna, base de la moralidad social ó colectiva y de la consiguiente tranquilidad y justicia exteriores. Todo lo que sea desinterés, renunciamiento y sacrificio es moralidad; lo que represente egoísmo, por el contrario, es inmoralidad. La conducta de la primera clase es, por eso, la que alabamos, en tanto que censuramos la de la segunda. Una agrupación de hombres eminentemente desinteresados y eminentemente caritativos representaría el sumo de la vida moral, sin rastro siquiera, acaso, de inmoralidad. Y ello es la causa de que cuando nos tropezamos con alguien que se produzca de tal manera (que, por no ser entre nosotros la común, resalta mucho más), no nos cansamos de echarle incienso y de proponerlo como modelo á nuestros consocios; hablamos entonces de los héroes morales, de los hombres de heroica virtud (muchos santos, ó Guzmán el Bueno posponiendo su amor de padre al de la patria, las gentes que exponen su vida, ya de una vez, ya en muchas veces, por salvar la de otros...); como, al contrario, calificamos de inmorales, ó de carecer de un sentimiento moral bien fundado, á aquellos otros que, bien en los casos ordinarios, bien en los extraordinarios (como el del incendio del Bazar de la Caridad, en París, ó el de un teatro lleno de gente, ú otro análogo), sólo se cuidan de salir adelante ellos, aun cuando sea á costa de los demás y pasando sobre estos últimos.

A la sociedad le interesa muy directa y primordialmente contar con elementos morales, con hombres morales, lo mismo que á la especie le interesa contar con elementos sanos, bellos y robustos, que sirvan para perpetuarla y perfeccionarla. Son dos relaciones, éstas, muy parecidas. Y así como la especie emplea al efecto los medios que puede utilizar para producir una selección en los individuos que

la componen, puesta siempre la mirada en el porvenir (figuradamente habiando, á lo menos en el caso de que todo el correspondiente trabajo se realice de un modo inconsciente y no teleológico), así también la sociedad propende por su parte á la selección moral de sus componentes, buscando los individuos más aptos para la conservación y el perfeccionamiento sociales.

He aquí, á mi juicio, el valor que puede tener el conocimiento de la intención con que los individuos ejecutan sus acciones, conocimiento del cual, según se ha visto, ni se pueden desentender la sociedad, su derecho (el consuetudinario) y sus órganos (la opinión pública, los individuos mismos, en cuanto tales), ni siquiera tampoco el Estado oficial y el derecho legislado.

La sociedad (toda sociedad, sea la que quiera, aun las llamadas ilícitas, y que no lo son, claro está, á los ojos de sus propios miembros) no puede consentir aquellos actos que ataquen ó minen su existencia ó su bienestar; tiene que hacer lo posible por evitarlos, so pena de suicidio. La defensa contra los mismos es lo que constituye la moralidad, y una parte de ésta, la más indispensable para la conservación y la vida del ser colectivo en sus condiciones actuales, es lo que forma el derecho legislado. Si los individuos que componen el grupo respetan al presente las reglas de cuya observancia depende la marcha del mismo, nada hay que reprocharles por el pronto; sus acciones serán perfectamente morales, compatibles con el interés social del momento. Pero la vida del grupo no se reduce al día de hoy, sino que se proyecta en el mañana, al que forzosamente se ha de mirar también. Porque si la entidad colectiva encierra dentro de su seno elementos dañinos, que hoy no obran como tales, pero pueden muy bien obrar en lo futuro, ¿ha de vivir tranquila? ¿No se halla en un verdadero peligro? En esta situación, no puede menos de sentirse alarmada ó inquieta. El temor á agitaciones ó ataques posibles y casi seguros la hará mantenerse en continua zozobra, en guardia constante, y así no se está bien. Tiene que prevenirse contra los aludidos elementos peligrosos y, si puede ser, sujetarlos ó desembarazarse de ellos. No basta con la corrección presente, con el cumplimiento frío y falto de entusiasmo de los deberes legales; como no haya seguridad de que este cumplimiento se halla garantido para el porvenir, tendremos moralidad para hoy, pero probable inmoralidad para mañana (1).

---

(1) Sobre esto conviene hacer aquí algunas indicaciones, que serán desenvuel-

Ahora, esta seguridad no puede dársela sino el interior del hombre. No hay trabas ni precauciones exteriores que valgan lo que la voluntad de éste. Cuando el hombre esté resuelto (por inclinación, ó por lo que quiera que sea) á conducirse bien, no sólo en el presente, sino en todo el tiempo que dure su vida, no hay que preocuparse de tenerlo atado, ni hay que temer por la suerte de la moral social. Colectividad humana cuyos componentes se propongan no atacar jamás las condiciones de la existencia de la misma, sino antes bien contribuir todo lo que les sea posible al mantenimiento y prosperidad de tales condiciones, es una colectividad en donde la

tas en día y lugar oportunos. Hay buenas intenciones que hacen mal, y malas intenciones que hacen bien, individual ó socialmente hablando. Y á ambas cosas tienen que atender la moralidad y el derecho, ó sea el sujeto social de uno y otro. Al morir determinados individuos, suele decirse de ellos que «no hicieron mal á sabiendas». Fudieren, por lo tanto, hacerlo y cometer injusticias é immoralidades, daños, actos egoístas, reprensibles y punibles, sin saberlo ó sin quererlo sin propósito de dañar (aquí, el obrar á sabiendas significaría obrar de intento ó intencionadamente, cosa que no se equivale en todos los casos) Existen, efectivamente, hombres á los que podríamos llamar naturalmente buenos (bondadosos, con bondad subjetiva, desesos del bien ajeno) que son á la vez naturalmente malos, ó sea dañosos al bienestar social, verdaderas «calamidades», malos con maldad objetiva, digámolo así; como ocurre con aquéllos, igualmente, atolondrados, ligeros, que dan todo lo suyo locamente, sin saber á quién, fomentando vicios, formando gentes caprichosas ó mal educadas (*enfant terrible*), echando á perder á aquellas mismas personas á quienes quieren y creen favorecer. Son gentes, á las cuales hay que perdonar, se dice, porque «no saben lo que hacen». Pero ello no evita el que la sociedad haya de tenerlos por inmorales é injustos objetivamente, y el que se considere obligada á tomar respecto de ellos medidas análogas (de análogo sentido, quiero decir) á las que con otros inmorales toma.

También los hay, al contrario, que, persiguiendo hacer un mal (con mala intención); producen, á pesar suyo, un verdadero y objetivo bien: como cuando, por enlazar mentalmente la pobreza con el mal y la desgracia, y convertir lo que en muchos casos sucede en regla general absoluta, se priva á uno de su propiedad, robándole, oyendo causarle un daño, y lo que le ha venido es un bienestar mayor (por haberle librado, v. g., del juego, de la embriaguez, de otros vicios, y convirtiéndole en trabajador útil); por haber tropezado con quien, por compasión, le ha proporcionado un bienestar mayor del que antes tenía, etc.). «Cre-yendo perjudicarme, me ha favorecido», es frase que se oye con frecuencia. El mismo acto es malo ó bueno, útil ó dañoso, justo ó injusto, moral ó inmoral, según el orden de representaciones é ideales en que lo hagamos encajar. La pobreza, de que se hablaba antes, se toma generalmente como cosa mala, y por eso se censura y persigue al que, para perjudicar á otro, le hace ó se propone hacerlo pobre (por el hurto, la estafa, etc.) Pero la misma pobreza puede, en sí (como todas las demás cosas, aun las tenidas por peores), ser un bien; en sentido de bien la buscan los cenobitas, los que hacen voto de ella y los que buyen de la riqueza, por creerla, por ejemplo, un estorbo para el logro de bienes superiores (la bienaventuranza, supongamos).

Todo esto, y algo más, hay que tener presente al tratar de los problemas que nos ocupan, tan complicados y difíciles. La trascendencia que ello tiene para la resolución de las cuestiones penales no será nunca encarecida suficientemente.

moralidad reina por completo. Miradas de esta suerte las cosas, se explica uno que el conocimiento de la intención, no sólo no le sea indiferente al Estado y su derecho, sino que, al revés, tenga para ellos un interés de primer orden. Es el sondeo del interior de cada individuo, el modo de calcular qué grado de confianza puede tenerse en su moralidad, en su compatibilidad con el interés y el perfeccionamiento sociales. Hombre de buena intención, de intención pura, que suele decirse, de móviles generosos, de propósitos levantados, puede ser un elemento perfectamente sociable, perfectamente moral, aun cuando por equivocaciones ó errores haya quizá causado con sus actos presentes algún daño al prójimo: tal, v. g., aquél que, inmejorablemente inspirado y habitualmente caritativo, favorece con su limosna un vicio, por darla sin enterarse cuanto fuera menester de las verdaderas y verdaderamente atendibles necesidades, ó es causa de algún otro mal, por atolondrado ó precipitado. Hombre, por el contrario, que aun realizando acciones socialmente útiles, las ejecuta por malos móviles, y de cuya futura conducta no se puede, por consiguiente, fiar, es un elemento de cuidado, pues su compatibilidad social es muy hipotética. No por otra cosa sino por esto, me parece á mí, se absuelve á los autores de hechos objetivamente perjudiciales (delictuosos), pero que han procedido por error, ó se les considera sólo comprometidos civilmente (el delito, fuente de obligaciones civiles; las llamadas perturbaciones jurídicas civiles); mientras que, al contrario, se condena á los que ejecutan aquellos mismos hechos con voluntad directa y deliberada. Es que el peligro que en los primeros se ve es transitorio, en tanto que el de los otros se juzga permanente ó más arraigado. Ni creo que haya tampoco otra razón para dejar impunes, ó para reprimir con menos severidad que las acciones dolosas, aquellas otras acciones que, envolviendo un daño social, han sido sin embargo cometidas por simple culpa, imprudencia, descuido, inadvertencia, etc. A los agentes de estas acciones, ó se les toma por elementos socialmente inocuos, sin cuyo castigo puede marchar muy bien adelante la sociedad, ó, de estimarles nocivos, su nocividad se considera de menor importancia que la de los que delinquen con dolo (1).

---

(1) En todo esto, no hay más remedio que atender á varias cosas, para no dar soluciones rectilíneas y precipitadas. Aun cuando el que obra con buena intención es, en general, menos inmoral que el que obra con mala, menos peligroso socialmente, menos temible y menos incompatible con la existencia social, sin embargo, la regla no es absoluta. Si el atolondrado, el descuidado, el ignorante,

De esta suerte podemos explicarnos el valor supremo que indispensablemente tiene, como se ha visto, el dato de la intención en el derecho penal, hasta el punto de que, sin ella, no puede ser éste comprendido. Es que al derecho penal le está confiada la misión de custodiar la moralidad pública, ó sea aqual tanto de moralidad pública ó de respeto á las condiciones de la existencia social que se reputa como condición *sine qua non* para esta existencia. Al derecho penal, le importan, para este efecto, más aun que los delitos ya realizados, pasados ó presentes, los que en lo sucesivo se puedan cometer; le importa atajar esa comisión; le importan los delincuentes posibles futuros, con preferencia á los actuales; le importa, en suma, antes que la criminalidad efectiva, la oculta y latente, esto es, la capacidad delictuosa, el «potencial» de delincuencia que exista en los reos. Y para apreciar y calcular la capacidad delictuosa de los individuos, nada más apropiado que el estudio y conocimiento de su intención, de su voluntad, de su carácter, de su mundo interno, raíz de todos sus actos. Estos, en sí, desprendidos de aquel mundo, poco significan, rama cortada del árbol; como tienen significación verdadera, es entroncándolos con el fondo psíquico (estado permanente) en que hunden sus filamentos radicales más delicados.

La intención nos sirve á maravilla para distinguir—siguiendo el símil de Schopenhauer—los herbívoros de los carnívoros, los hombres buenos (por dentro) de los malos, los que tienen voluntad de vivir pacíficamente, prestando servicios á sus prójimos y recibiendo de ellos, en cambio, otros servicios, de aquellos otros que son mal inclinados, y los cuales morderán, sin la menor duda, á no ponerles bozal, ó atarles con una cadena, ó encerrarles en sitio seguro. Es la intención el indicio más útil, por donde podemos venir en conocimiento del mayor ó menor grado de peligro que para la tranquilidad y la prosperidad sociales ofrecen los individuos que componen una colectividad humana. Por la intención es por lo que inferimos la con-

---

pero bien intencionado, arrojando hacer un beneficio, causa un daño real, y esto ocurre accidentalmente, sin temor probable de que el caso se repita, entonces se puede prescindir de temer por immoral (ó injusto) á quien de tal manera se ha portado una vez, y de reaccionar contra el mismo. Pero no sucede así en el supuesto contrario. Pues si los efectos del atolondramiento, de la ignorancia, etc., se repiten, denunciando una incapacidad permanente y habitual para hacer el bien, aun deseándolo, y para coexistir ordenadamente con los demás elementos sociales, habrá entonces que declarar, á quien de tal suerte se conduzca, como un sujeto socialmente nocivo, frente al cual hay que adoptar las correspondientes medidas, análogas á las que se toman con otros (v. g., con los que se apellidan «malvados») en casos parecidos.

fianza que cabe poner en nuestros coasociados, es decir, el valor que puede atribuírseles como fuerzas cooperadoras al bienestar colectivo, como contribuyentes á la justicia social, y, por consiguiente, como fuerzas, no ya morales, sino jurídicas.

Según sea la intención buena ó mala, ó lo que es lo mismo, según sea bueno ó malo por dentro el hombre, justo ó injusto, así podrán fiar más ó menos en él, para lo futuro, sus conciudadanos, el derecho y el Estado. El que sea internamente justo no será de temer; por el contrario, con el internamente injusto habrá que estar de continuo en guardia, aunque sus hechos exteriores no hayan producido hasta ahora injusticia. Este tal no habrá infringido quizás el derecho legislado, pero está muy dispuesto á infringirlo; no será un delincuente actual, pero sí un delincuente en potencia, ó acaso un delincuente efectivo, aunque sólo ante el derecho natural, no ante el legislado: pertenecerá al número de los «canallas», de los que forman la numerosa clase de «delinquentes astutos y afortunados», de que he hablado en otro sitio (1).

Terminaré este párrafo diciendo que la gratitud, el amor, la amistad, que ciertos autores (como Ahrens, según el lector ha visto) consideran como relaciones de índole moral, no jurídicas, son, antes que otra cosa, manifestaciones externas de sentimientos perfectamente sociales, signos claramente denunciadores de que las personas con esos sentimientos dotadas son gentes con quienes se puede muy bien contar para la vida ordenada del grupo, y en las cuales no se revela capacidad delictuosa, sino, por el contrario, fuerzas y energías que al bienestar colectivo pueden contribuir. El que se muestra agradecido ó obra con amor da pruebas de tener buenos instintos, buenas propensiones, buenas entrañas, buena intención, buen modo interno, que es precisamente lo que se busca para poder vivir moral y jurídicamente, en paz y armonía, respetándose y ayudándose unos á otros. Al revés, el desagradecido, el avaro, el cobarde, son gente de sentimientos (estados psíquicos) socialmente inconvenientes, de capacidad social inferior, gente que no inspira confianza; y por eso, en realidad, individuos tan injustos como inmorales, á pesar de lo que se suele decir en contrario, por la consideración (apo-

(1) V. mi libro *Bases para un nuevo Derecho penal*, núm. XXIII de los *Manuales-Soler*, Barcelona, 1909. Conviene leer lo que en este manual digo, cap. II, para comprender bien la doctrina que ahora expongo; y al revés, los lectores de aquel manual encontrarán aquí ampliamente desarrolladas indicaciones sucintas que allí se hacen. Se trata de dos libros que se completan recíprocamente.

yada en la idea, según la cual el derecho es esencialmente coactivo) de que es imposible forzarles a tener gratitud, valentía, generosidad, etc.

80. *Dudas y observaciones críticas.*—Es moral (y jurídico al mismo tiempo), según se ha mostrado, aquello que no desdice del orden y el progreso sociales, sino que, al revés, contribuye á ellos; y son morales (y justos á la vez) aquellos individuos cuya conducta, no sólo se armoniza al presente con la paz y la prosperidad colectivas, sino que hace sospechar que en lo sucesivo seguirá de igual modo armonizándose. Los orígenes ó causas de donde esta susceptibilidad de armonía provenga le son, en cuanto tales, indiferentes al grupo, quien lo que apetece es que tales elementos existan, esto es, que existan hombres perfectamente sociales, traigan luego esta su sociabilidad de donde quiera que sea. Para el grupo es de gran interés el contar con hombres buenos, de buen fondo, desprovistos de mala voluntad, de mala intención, de capacidad delictuosa (inmoral); no lo es el que semejantes propiedades sean debidas á condiciones innatas en los individuos, á formaciones lentas ó involuntarias en éstos (por presión constante, supongamos, de un favorable ambiente social y educativo, no buscado por ellos), ó al esfuerzo libérrimo de los mismos. El grupo tendrá por morales y virtuosos á los que obren bien, sin meterse á averiguar cuáles sean las raíces de tal conducta (1); á los ojos de él, lo mismo vale la moral instintiva, de impulsos, que la reflexiva y de cálculo; si por alguna de ellas puede mostrar preferencias, parece que ha de ser por la primera, como más segura que la otra.

Aun con relación á los mismos agentes de una determinada conducta, es difícil decir cuál sea el valor moral de ésta. Hay quien obra bien y es virtuoso sin esfuerzo, por natural inclinación, como para dar desahogo á propensiones que en nada dependen de su vo-

(1) Ya hemos visto que, según Stuart Mill, es preciso distinguir entre la moralidad de la acción y el valor moral del agente. «El motivo, dice, nada tiene que ver con la moralidad de la acción, aunque sí mucho con el valor del agente... La moralidad de una acción, añade, depende enteramente de la intención, es decir, de lo que quiere hacer el agente. Para el motivo, es decir, el sentimiento que hace querer obrar de tal manera, cuando en nada cambia el acto, en nada cambia tampoco la moralidad. (*El utilitarismo*, trad. esp. citada, pp. 40 y 41, con la nota del autor) Sin embargo, es muy corriente considerar—ya se ha visto (pp. 872-88 con la nota)—que la moral, á diferencia precisamente del derecho, no se contenta con la corrección exterior de los actos, sino que necesita penetrar, para valorarlos, en la índole de los motivos que determinan al agente á practicarlos.

luntad espontánea, algo así como para librarse de una carga que le molesta; hay también, acaso, quien, por el contrario, sólo consigue acercarse á la virtud, gracias á un trabajoso dominio de sus inclinaciones nativas, de sus gustos y sus deseos. ¿Cuál de estas dos clases de personas será la verdaderamente moral, tanto ante su propia conciencia como ante la ajena? Si la moral, como Kant y tantos otros pretenden, requiere mérito, y el mérito esfuerzo, la segunda, indudablemente; tanto, que á la primera habría que negarle toda moralidad; porque en ella el esfuerzo es desconocido. Pero ni el mismo virtuoso por temperamento ó por hábito dejará de considerarse á sí propio como un hombre moral, ni nadie tampoco tendrá reparo en mirarlo de esta manera. Más aún: el natural ó instintivamente virtuoso y justo será mejor apreciado todavía que el virtuoso y justo á la fuerza, por elaboración mental reflexiva, toda vez que aquél presenta una compatibilidad social mucho más fundada, permanente y fiable que la de éste, la cual puede desaparecer á cualquier hora.

Mientras se juzgue ser el mérito la base ó una de las bases indispensables del orden moral, éste se halla muy en el aire. Aquilatan-do las cosas, quizás no se encuentre acto alguno verdaderamente meritorio. El que, con la mayor abnegación, sacrifica sus fuerzas y sus bienes para beneficio del prójimo, llegando, si es preciso, hasta entregar la vida propia por salvar las de otros (v. g., en un naufragio ó en un incendio), pero encontrando la cosa muy natural, sin costarle trabajo, hasta con gusto, por inclinación irresistible de su alma, no parece que contraiga mérito alguno; sin embargo, su proceder se califica de admirable y heroico, lo que indica que el mérito y el heroísmo no van unidos, á lo menos necesaria ó indisolublemente. De las demás acciones análogas, aun cuando no toquen, como la del ejemplo anterior, los límites extremos del sacrificio, habrá que decir otro tanto. Por su parte, el que realiza el bien por mero cálculo, friamente, á fin de hurtar las sanciones legales, ó á fin de alcanzar las recompensas (cualquiera que sea su índole) prometidas á los que se conduzcan de cierto modo, tampoco parece que contrae merecimientos morales; más bien que por generosidad, por caridad, por espíritu de abnegación, parecen empujados estos tales por móviles egoístas (1). Yo no sé si hay algo que, á la postre, traduzca un

(1) El que hace bien, hasta mucho bien, á la colectividad en cuyo seno vive, pero lo hace únicamente por conquistar, supongamos, fama, renombre, esplendor, por legar á sus descendientes un apellido aclamado por las generaciones sucesivas, ¿es un individuo moral, ó un gran egoísta? La experiencia de los siglos nos

egoísmo tan refinado y tan hondo como la máxima: *perre unus est necessarium* (Lucas, X, 42) (1). La vida social, no obstante, sigue marchando y produciéndose moralmente, sin hacer gran caso del mérito. Como éste hubiera de ser criterio de moral, no sé yo si habría alguna relación que pudiera ser calificada de este modo (2).

Alguna cosa más conviene añadir á este propósito. Si la convivencia, absolutamente indispensable, entre los hombres (y que, por indispensable, no hay más remedio sino respetar) no se logra sin el sacrificio total ó parcial de cada uno de ellos en provecho de los restantes, en lo cual consiste, según queda indicado (§ 78), la conducta moral (y justa), que por eso se caracteriza como conducta abnegada y de prestaciones en beneficio del prójimo, preciso es saber que este sacrificio no es siempre coactivo ó inmediatamente impuesto (v. g., por los poderes públicos del Estado oficial, por los de una confesión ó iglesia, por la religión etc.); no siempre obedeces al temor que infunden, para el caso de no realizarlo, la pena de muerte, la de cárcel, los tribunales de justicia, las excomuniones, el infierno ó cualquiera otra forma de coacción posible; sino que á menudo es espontáneo y como exigido por necesidad y presión interna del que lo realiza. Cuando una madre se sacrifica por su hijo, ó un alma filantrópica por la humanidad, pero lo hacen en virtud de natural impulso, encontrando en ello un verdadero placer propio, estamos en este caso. Y entonces el sacrificio es un sacrificio hedonista, y como tal egoísta; sacrificio que, si por un lado merece ser calificado de moral, por otro parece perfectamente inmoral ó antimoral. Hasta puede tratarse de una forma de conducta, por completo natural, instintiva, forzada, semejante á la de aquellos insectos ó aquellas plantas (por ejemplo, la *vallisneria*) que, para dar vida á su prole y perpetuar la especie, tienen que sacrificar su vida propia, desapareciendo del mundo, sin quererlo reflexivamente, no bien han engendrado ó puesto sus huevos, como si su misión en él

enseña que los hombres ricos se resuelven á hacer fundaciones, á por su provecho espiritual, ó para perpetuar la memoria de su renombre, y que, en todo caso, requieren que se eternice el recuerdo de sus beneficios (P. Bais Amado, *loc. cit.*) ¡Ben por ello dignos de alabanza, ó de vituperio, desde el punto de vista moral!

(1) V. la nota de la p. 412.

(2) La belleza, la fuerza, la robustez, todas las (desde nuestro punto de vista) buenas condiciones y cualidades de un paisaje, un animal, se admiten, pero no se consideran como fundamento de méritos ni homenajes. (No habrá de suceder lo mismo con las condiciones (*inclinaciones y hábitos*) de los hombres, y con los actos de los mismos, derivados de aquéllas? V. mi artículo *Contra el mérito*, publicado en *La España Moderna*, núm. 218, Diciembre de 1908.

estuviera con esto cumplida, y su muerte abnegada no fuese más que la realización de un ajeno designio (1). El altruismo (natural, no meritorio) se daría la mano con el hedonismo. Y quién sabe si la naturaleza, que así conserva la especie, no se sirve también de este medio para mantener el necesario espíritu de abnegación y renunciamiento, sin el cual la coexistencia humana resultaría imposible (2).

Y nótese también que cuando alguno da ó hace alguna cosa en beneficio ajeno, pero sin sacrificio alguno por su parte, no será posible calificar su conducta de meritoria, ni aun siquiera de moral. En su limosna, si tal nombre puede darse á la entrega, v. g., de lo que le sobra, no habrá sombra de sacrificio, ni por lo tanto de caridad, si es que ésta requiere sacrificarse. Quien hace llegar á manos de un necesitado lo que éste ha menester, y que en cambio no necesita el donante, no realiza, á decir verdad, acto de desprendimiento liberal, obra de misericordia, obra moral, de privación propia en beneficio ajeno. Este tal ejecuta entonces un acto de estricta y rigurosa justicia, si justicia es dar á cada uno lo suyo, pues no es de uno lo que él no puede utilizar, lo que para él es inútil ó su-

(1) «Las efímeras nacen por la tarde; se acoplan; pone la hembra por la noche, y muere y hembra muere de madrugada, sin llegar á ver el sol. De tal modo están destinadas al amor exclusiva y parenteramente las efímeras, que ni siquiera tienen boca. No se alimentan... El bompó del reblo tampoco se alimenta, y le vemos hacer leguas de camino en busca de la hembra. Sólo tiene una trompa rudimentaria y un esbozo de aparato digestivo. Así transcurre una existencia de dos ó tres días, *ojno del todo al menor impulso que resiste egoísmo...* Entre las abejas solitarias de todas clases, *colias, sphecs, bombes, antophoras*, los machos recién nacidos randan los alveolos, aguardando á que nascan las hembras. En cuanto aman, son poseídas y fecundadas, conociendo así, en un mismo estremecimiento, la luz y el amor. . El *siteris* es un coleóptero, parásito de los nidos de las *antophoras*. La cópula se verifica en cuanto el huevecillo se abre. Se ha visto á un macho arrancar apresuradamente la envoltura de la hembra que nace, separando con ansia que apareciera la extremidad inferior, para cubrirla inmediatamente. Dura un minuto el amor de los *siteris*; buena temperada, para una vida tan corta; el macho languidece dos días antes de morir; la hembra, que pone sus huevecillos en cuanto ha sido fecundada, muere, *sin haber conocido la vida más que por su función maternal*, en el mismo lugar donde nació. *Para muchos animales maravillosamente complicados, la función sexual constituye la vida entera.* (E. de Gourmont, *Floría del amor*, trad. esp., Madrid, 1904, cap. IV).

(2) Lo cual quiere decir que, aun sin religión, sin leyes, sin autoridades, sin penas, sin todos los demás medios considerados como aglutinante social, tal vez los hombres no se entregarán, como muchos temen, á sus más egoístas y antisociales impulsos. ¿No están ahí los brutos mostrándonos tal posibilidad? Y si es la razón, según algunos creen, la causa de la diferencia, por constituir un principio disolvente, enemigo de la cohesión humana, ¿valiente privilegio, éste, de los hombres, signo de su superioridad!

jándoles de ellas. Hay que ser, sin remedio, D. Juan de Robres. El que ni tiene ni puede nada no puede dar mucho, ni hacer grandes beneficios, por altruistas y nobles que sean sus deseos. Carnegie, Rockefeller, Morgan, todos esos archimillonarios norteamericanos que tan pródigos de dinero se muestran con las instituciones de enseñanza y similares de su país ó de otros, y cuya generosidad se alaba acertadamente como acto moral, han tenido que absorber antes, á manera de esponjas, todo ese jugo que derraman, sacándolo de sus mismos conciudadanos y explotando las condiciones contemporáneas, por ellos no creadas, de la industria y el comercio mundiales. Verdaderas bombas de función doble, todo el líquido fecundador que lanzan en derredor suyo lo han extraído antes del propio terreno donde lo hacen caer después bajo la forma de generoso rocío.

Por otro aspecto podemos también considerar el egoísmo como perfectamente compatible con la moral (y consiguientemente con el derecho, idéntico con ella). Si es moral y justo, á la postre, conforme ya sabemos, todo lo que, ejecutado por nosotros, contribuye al bienestar y al progreso sociales, cuando un individuo muy inteligente y previsor se sacrifique en aras del interés colectivo por saber que, obrando de este modo, persigue y encuentra, de rechazo ó indirectamente, su personal provecho (derivado del bien general), ¿podrá motejarse de egoísta puro? Su sacrificio, que no es desinteresado, y por consecuencia no se puede decir que en realidad sea tal sacrificio, ¿entrará dentro de la moral, ó quedará fuera de ella? ¿Obrará moral, ó inmoralmemente, justa ó injustamente, el que haga el bien, incluso con gran esfuerzo, no ya pensando en los otros, sino pensando en sí, ora de un modo exclusivo, ora principal; como el que, por ejemplo, realiza las llamadas obras de misericordia, persiguiendo con ello la salvación de su alma ó la satisfacción y la paz de su conciencia (1)?

(1) Toda esta materia está llena de antinomias y paradojas extrañas. La moral exige, me parece á mí, según regularmente se la concibe, sacrificio y renunciamiento, como condición para la existencia social. Pero, por otra parte, el hombre obra, y creemos que debe obrar, y estimamos «muy humano», ó sea lícito, justificando, moral, que obre impulsado por su egoísmo: v. g., por el ansia de riqueza, el deseo de venganza (como pasa con la llamada defensa «legítima», á lo menos muchas veces), el hambre de fama, honores y recompensas, la vanidad... Precisamente de la transformación y desarrollo del egoísmo individual en egoísmo social viene lo que se denomina justicia y moralidad sociales. Como la irritabilidad individual, por ejemplo, y la consiguiente reacción, dan origen á la venganza (vindicación de ofensas), forma, diríamos, de justicia individual (como en todas

pérfuo, y que le hace falta á otro, quien, por lo mismo, será su verdadero dueño (1).

Por otra parte, aunque la moral rechaza, al parecer, y según suele decirse, toda manifestación egoísta, creo yo que, fijándose en el asunto, no se puede por menos de poner algunas restricciones á dicha afirmación. Si la moral consiste en el sacrificio propio en aras del interés social, la moral completa no puede realizarse, sino á lo más en algunos casos individuales aislados. El renunciamiento á las ventajas y satisfacciones personales no puede ir más allá de ciertos límites. Salvo pocas ocasiones en que uno hace donación repentina de su vida (todos no pueden ni *deben* conducirse de este modo, que acabaría con la sociedad misma) para beneficio de los demás, en todas las restantes no hay otro remedio que pensar ante todo en la propia conservación, aun con ánimo de consumirla principalmente en obsequio ajeno. Quizás de esta suerte sea verdad que la caridad bien ordenada empieza por uno mismo (2). Mal ha de poder ser caritativo quien no dispone de medio alguno que entregar al prójimo. Cualquiera que haya de desplegar energías en provecho colectivo, necesita antes que nada disponer de ellas. Para hacer el bien social (con fundaciones, v. g., de beneficencia, ó de enseñanza, ó educando á ignorantes, curando enfermos, patronando débiles...), hay que tener almacenados los medios á propósito, ó facilidades para buscarlos. Ahora, esta busca y este almacenamiento se realizan en buena parte, por fuerza, de modo egoísta, en detrimento de los demás asociados, luchando con ellos, disputándoles sus posiciones y arro-

(1) No en otra razón, sino en esto, pueden fundarse aquellos filósofos, aquellos juristas, aquellos moralistas, aquellos políticos, que niegan, por ejemplo, al propietario el derecho de hacer lo que quiera de sus cosas; ó que dicen que el mismo no es dueño de las mismas, sino cuando y en tanto que las utiliza, que es el natural destino de ellas; por lo que ni el propietario del suelo lo es del subsuelo, que no labra ni explota, ni á los grandes terratenientes, señores de amplios latifundios incultos, ó de saltes de agua ó otras riquezas naturales ociosas, cuando podrían rendir grande utilidad social, se les puede consentir que sigan de tal modo obrando, sin ser tenidos por injustos; ó que hablan de los "deberes sociales", más ó menos coactivos, de la riqueza, etc., etc. En esto se fundaba también San Bernardino para combatir la usura, diciendo que el que entrega á otro lo que á él le sobra no tiene derecho á hacerse pagar el uso de lo que en realidad no es suyo (V. Benedicci, *La derogabilidad*, etc., p. 175, nota).

(2) Santo Tomás y los dominicos sostuvieron (en contra de los franciscanos, los cuales exigían un renunciamiento completo y estimaban la posesión de espíritu contraria como una transacción inadmisibile, por incompatible con la perfección) que al hombre no debe despojarse de todas sus riquezas (que, por consiguiente, no deba dejar de ser algo egoísta), pues, en otro caso, no podría conseguir su fin (V. Benedicci, *La derogabilidad*, etc., p. 183).

Añadamos otra consideración. Consistiendo la sustancia de la moral en la abnegación, opuesta al egoísmo, antimoral, y siendo la conducta abnegada un requisito absolutamente necesario para la coexistencia y el florecimiento sociales, cuando los débiles orgánica ó fisiológicamente, los degenerados, los inútiles, los pobres de espíritu ó de cuerpo, ó de ambas cosas, sean abnegados, generosos, bien intencionados, de sentimientos y deseos nobles, su conservación es una cosa que se impone, por interés moral y social. En cambio, como el robusto, el bello físicamente, el inteligente, el discreto, astuto y avysado, el emprendedor, etc., pueden ejercitar estas sus cualidades en un sentido egoísta, preciso se hará exterminarlos, adaptarlos ó precaverse contra ellos, en nombre de la *salus populi*, sobre todo si el obrar exclusivista y antisocial de los mismos fuere habitual y respondiese á una permanente disposición de espíritu. De esta suerte, el llamado darwinismo social y la «moral de señores», que muchos preconizan y defienden, precisamente invocando para ello la utilidad y el mejoramiento sociales, resultaría un procedimiento contrario al más profundo interés social, un procedimiento inmoral por lo tanto. Pero advirtiendo, de otro lado, que si para hacer alguna prestación ó dar algún servicio, necesariamente hay que disponer de medios apropiados, conforme se decía pocas líneas antes, y si al bienestar colectivo conviene que los ciudadanos tengan y puedan dar fuerza, salud, belleza, etc., claro está que la selección artificial, que sacrifica á los canijos, enclenques y torpes, matándoles ó no dejándoles reproducirse, aun teniendo un mundo interno mejor y más moral que el de los fuertes y bellos, parece una obra licita, moral, y aun tal vez obligada. Pero, con ello, el principio de la abnegación, como supremo y seguro criterio moral, cae por tierra.

Y todavía diramos otra cosa. La noción de daño social, como la de otro cualquiera daño, es muy relativa: un mismo acto y un mismo sujeto pueden ser ó no dañosos, según quien y según el punto de vista por el que se los aprecie y el orden de representaciones mentales en que se los haga encajar. Por tal razón he dicho antes (pp. 416-417, nota 3) que el concepto de la honradez no es absoluto, sino que

---

las instituciones sociales primitivas y en las equivalentes á ellas), así la irritabilidad social y la reacción de esta misma índole (incluso, y hasta principalmente, contra los particulares que se toman la justicia por su mano, vangándose) da también origen á la *vindicta pública*, que por otro nombre se dice función penal pública, es decir, manifestación de la justicia y la moralidad sociales.

En último término, pues, no sabemos bien cuál queremos que sea el motor psicológico y social licito de la vida humana.

se halla necesariamente ligado con un orden ó círculo social concreto. Y así, un mismo individuo y un mismo género de conducta son calificados con igual verdad, ya de criminales ó ya de heroicos, á tenor del distinto criterio con que se los aprecia. «Con razón ha afirmado Nietzsche que los criminales terribles que Dostoyew-ky nos pinta con su trágica maestría son de la madera de donde pueda nacer en el porvenir el *superhombre* (1)». No en el porvenir; aun ahora mismo nace, como ha nacido siempre. ¿Qué, si no esto, significa la moderna doctrina llamada «simbiosis del delito», cuyo objeto es aprovechar, sistematizándola, para fines tenidos por buenos y morales, aquella misma energía que emplean los delincuentes para realizar sus delitos, acciones tenidas por malas, antisociales, dañosas? «Es la misma dinamita, para explicarnos mediante un simil, la que se echa en la bomba y en el barrenos».

81. *Origen del problema.*—Dudo yo muchísimo que en un estado social donde no hubiera leyes ni autoridades, ni regla alguna obligatoria; donde cada cual pudiera regir su vida sin tener que someterse á imposiciones ajenas; donde él y sólo él fuese quien se diera su propia ley, pudiera surgir la cuestión de las relaciones y diferencias entre la esfera de acción de la moral y la del derecho (§ 36 y otros). Han pasado los pueblos por una situación antepolítica y *es lege*; todavía los hay que viven en ese estado. Pues bien, suponiendo que en el seno de esos pueblos hubiesen nacido y existido filósofos de gran poder intelectual, ¿habría podido ni siquiera ocurrírseles el problema de referencia, que tanto viene preocupando á los pensadores y publicistas de algunos siglos á esta parte? A mí me parece que no.

Otra cosa sucede en el instante que las reglas obligatorias, las costumbres, las leyes y las autoridades aparecen en el seno de una agrupación de hombres, es decir, en el instante que se desdobra la colectividad social, dándose en ella unos individuos que tienen ó se arrojan facultades para mandar á imponer su voluntad, y otros que se ven constreñidos á obedecer y cumplir los mandatos de los primeros. Desde este momento, la personalidad de los sometidos aparece mutilada; hay algo que se les fuerza á hacer, y algo que se les permite hacer á discreción suya, algo que de ninguna manera puede

(1) Martín Navarro, en un artículo, *Movimiento psico-filosófico*, publicado en la Revista *Nuestro Tiempo*, núm. 104, Agosto de 1907, p. 182 V. también mi artículo *La obra de Lombroso*, publicado en *La Lectura*, núm. 107, Noviembre de 1908.

obligárseles á hacer por la fuerza y que debe quedar encomendado á su sola voluntad. Dibújanse de esta suerte dos diversas esferas: la de los deberes coercibles, perfectos, y la de los incoercibles ó imperfectos: esferas que más tarde se llaman jurídica y moral, ó sea de derecho legislado y de derecho natural, ya legislable, ya ilegislable. Y como la primera de ellas, la del derecho, está variando de continuo, según varían las leyes, y esta variación está estrechísimamente ligada con la esfera de la moralidad, en relación inversa (de suerte que cuanto más se extienda ó avance la una, tanto más tiene que reducirse ó retroceder, forzosamente, la otra, y al contrario), resulta que los componentes del grupo social de que se trate no podrán por menos de preocuparse con el problema de estas relaciones, que vale lo mismo que decir, con el problema tocante á saber hasta qué punto el Estado oficial, las leyes y las autoridades, otros y no yo, en suma, han de dirigir mi conducta, aun con medios violentos, y hasta qué punto, por el contrario, he de ser yo mismo el dueño de mi personalidad, el que pueda ordenar y conducir mi vida según mi propia razón.

La cuestión de las relaciones entre moralidad y derecho es, pues, una mera cuestión de competencia, que diría un legista; y por eso, cuando no hay verdadero conflicto de atribuciones, cuando no hay lucha entre poderes y jurisdicciones distintos, no se da, en realidad, problema, ni puede darse, como pasa cuando se comparan la moral y el derecho no legislado, racional ó natural, según suele llamarse. En cambio, el conflicto no puede ser más evidente cuando se ponen frente á frente el individuo y el Estado, el fuero interno ó de la conciencia y el externo ó de los poderes públicos: pues entonces se impone un modo abrumador la necesidad de trazar bien rigurosa y determinadamente el horizonte de las facultades de uno y otro fuero, para que ninguno invada terreno que no le pertenezca.

82. *Citas que lo confirman.*—Que esto es así, lo reconocen con bastante unanimidad los autores. Para no alargar mucho la exposición, reproduciré solamente lo que dicen algunos de los antes citados.

«La cuestión de la distinción entre la moral y el derecho—escribe Ahrens (1)—no sólo tiene un interés teórico, sino que es también de gran importancia práctica para determinar, en el derecho público, los límites de intervención del Estado en las demás esferas de la

(1) *Curso completo de derecho natural*, p. 149 de la traducción citada, nota.

vida y la actividad humanas. Si al Estado, que es la institución social para la aplicación del derecho, hasta por medio de la coacción, pudiera abrazar también en este fin la moralidad interior de los hombres, desmayaría toda libertad de conciencia. Nada se opondría entonces á que el Estado impusiese á los miembros de la sociedad una moralidad como él la entendiese, que prescribiera la religión que juzgase conveniente y empleara al efecto las fuerzas de que dispone. Por esta razón, los filósofos y jurisconsultos más eminentes de Alemania han procurado fijar bien, así la distinción como las relaciones entre el derecho y la moral.»

Por su parte, los señores Giner y Calderón (1) dicen: «Tan luego como se vino á pensar que toda relación jurídica era de por sí coercible, comenzó á sentirse la necesidad de poner algún límite á esta acción coactiva, emancipando de ella y de la intervención de los poderes públicos á muchas delicadas relaciones, que, sin embargo, tienen carácter ético y constituyen otros tantos deberes para la conciencia. Con estos deberes se vino entonces á construir la esfera que se decía de la moral, la cual, hallándose sustraída á la acción de la autoridad política, y á la coacción, por tanto, no podía menos de reputarse extraña al orden del derecho, dada la teoría á la sazón reinante». Y en otro lugar de la misma obra (2) aseguran que «precisamente esta doctrina (3) se formó en tiempos donde la experiencia apremiaba para consagrar de algún modo la inviolabilidad de la conciencia contra las guerras religiosas, los supuestos delitos de herejía y hechicería y otras aberraciones análogas».

Per donde parece resultar que, sin la preocupación de poner límites á la acción de los poderes públicos del Estado oficial, la cuestión de que nos venimos ocupando ni siquiera hubiera surgido. Y sin embargo, aun fuera del derecho que los poderes públicos hacen valer, y sobre él, se dice que hay otro derecho, el derecho natural, en cuyo nombre precisamente se pretende trazar los límites de la acción de su órgano, el Estado. ¿Cómo se entiende esto? ¿No es un verdadero logogrifo?

Bien sabido es, además, que Tomasio ha sido, en cierto modo,

(1) Obra citada, I, p. 62

(2) Pág. 55.

(3) La de la constitución de una esfera immanente del derecho, encerrada en la conciencia del individuo, su único rector; esfera que es precisamente la que se llama de la moral ó del derecho natural, entregada á la discreción del sujeto y en la que el derecho legislado y los poderes públicos no pueden penetrar, sin cometer extralimitación.

el primer fundador, en el terreno doctrinal, de la distinción neta entre moralidad y derecho. Pues bien, Tomasio hubo de establecerla, á lo que parece, como un medio de defensa personal, como un medio de reivindicación de la independencia de su razón y de su conciencia «Expuesto Tomasio á persecuciones á causa de sus opiniones teológicas relativas á los matrimonios entre personas pertenecientes á distintos cultos, hizo de esta teoría su principal arma de defensa, sosteniendo la libertad y la incoercibilidad del pensamiento y de todo cuanto se realiza en el interior del alma humana» (1).

Tomasio pertenece ya á la Edad Moderna, y estaba influido por las doctrinas del Renacimiento y la Reforma protestante. Pero estas doctrinas no aparecieron de improviso, sino que habian venido siendo preparadas, inmediatamente, por los escritores de la Edad Media, por los mismos escolásticos, y mediatemente por toda la historia de la filosofía jurídica y política, por los filósofos y pensadores de todos los tiempos, los cuales habian tenido siempre ante sí el inevitable problema de la libertad del hombre, miembro de una agrupación política ó religiosa (Estado, Iglesia), en sus relaciones con las autoridades (príncipe, papa) encargadas de regir á éstas. Siempre fué una cuestión para los espíritus cultos, ya se movieran en el campo de la filosofía, ya en el de la teología ó en el del derecho y la ciencia política, el determinar las facultades que, frente al pueblo ó el individuo—según las épocas—, correspondían á los gobernantes, y las limitaciones que forzosamente tenían que experimentar los poderes de éstos. Lo que, más tarde, en la época moderna, se conoce con el nombre de problema de las relaciones entre la moral y el derecho, y como tal se estudia y se discute, es lo que, en los siglos medios, verbigracia, se trata muy insistentemente y con el mayor interés (como que en ello iban envueltas las luchas políticas del día, por ejemplo, las del sacerdocio y el imperio) como cuestión de la derogabilidad del derecho natural, del valor propio é intrínseco de éste, en cuanto regla inalterable del obrar humano, y de los cambios que las autoridades de todo género (la civil, la eclesiástica, incluso la divina) pueden, por su omnimoda y absoluta voluntad, con mayor

---

(1) Groppelli, *I caratteri differenziali*, etc., p. 26. A esto mismo ha de referirse Del Vecchio, cuando dice (*Il concetto del diritto*, pp. 87 y siga.) que el origen de la separación entre la parte interna y la externa de la acción humana, correspondientes á las distintas esferas de la moral y del derecho, fué político, teniendo el significado de limitación de las facultades del Estado, frente á la libertad de conciencia y de pensamiento en los individuos.

ó menor extensión, introducir en sus proscipciones, ó alterándolas, ó sustituyéndolas, ó suspendiendo sus efectos, ó dispensando de ellas á ciertas personas, etc., etc. Es cosa, ésta, que resulta sumamente clara, para mí cuando menos, del libro, tantas veces citado, de Bonucci, cuyas palabras de resumen me parece oportuno reproducir, por lo expresivas y exactas.

«Mientras los poderes supremos, esto es, el Imperio y la Iglesia, dice (1), fueron los elementos absorbentes, preponderantes en la vida de los tiempos; mientras ellos fueron las únicas fuerzas que movieron la historia, se comprende bien que no hubiera otra preocupación sino la de procurar que las normas depositadas en la tradición del pensamiento ético no constituyeran un obstáculo insuperable al desarrollo de la vida que se renovaba. Tenía necesidad de semejante adaptación el Imperio, pero todavía más la necesitaba la Iglesia, que, aproximándose al mundo para dominarlo, se veía constreñida, ante las exigencias terrenales, á hacer perder á sus normas la primitiva rigidez evangélica. Y en el cuidado que los gobernantes comenzaban ahora á tomarse para promover el bienestar de los propios súbditos, quienes no afirmaban todavía, en concepto de pueblo, sus derechos, pero ya estaban colocados en el camino que á tal fin conducía, se dejaba sentir también *la necesidad de evitar todo estreñimiento excesivo que leyes demasiado rígidas pudiesen imponer al movimiento de la vida.*

»Pero cuando, ya en la época de Marsilio de Padua, aparece una nueva entidad, el pueblo, que no quiere dejarse dominar por la omnipotencia de los gobernantes, y que, como todos los débiles, no tiene otros tribunales ante quien apelar sino los de la *conciencia moral humana* y de la *justicia divina*, entonces, las normas por las cuales se deja guiar, en sus apreciaciones éticas, la conciencia común, y que la misma pone bajo la tutela inmediata de Dios, son impuestas por el convencimiento de los tiempos á los juristas y á los filósofos, como un *baluarte inalcanzable de la libertad humana ante todo atrevisamiento de la prepotencia ajena.* Son estos los tiempos en que el *sentimiento de la libertad*, después de un largo sopor, vuelve á desper-

(1) *La derogabilidad*, etc., pp. 287 y sigs. Conviene también consultar las páginas anteriores (280 y sigs. 281 y sigs.), en las que se ven los esfuerzos intelectuales de aquellos escritores (siglos XIV y XV) por exaltar el poder de la muchedumbre, del pueblo—y del concilio—, y el valor personal de los miembros que lo componían, frente al poder del príncipe y de el del papa.

tarse; pocos años más, y la Reforma levantará la bandera de los derechos de la conciencia individual.

«El problema de dos ideales éticos, más perfecto el uno, menos perfecto (si no imperfecto) el otro y, sin embargo, el único posible de alcanzar, dadas las condiciones de aquel momento en la vida de la humanidad; problema sentido por la filosofía estóica, y que quizá estaba también latente en la contraposición romana del *ius naturale* con el *ius gentium* (1), se presenta por primera vez con contornos definidos en el pensamiento cristiano, en un pensamiento que contraponía un mundo de perfección á uno imperfecto, al cual, no obstante, convenía dar una norma, buscando lo mejor de lo posible. Y este pensamiento que, en la escolástica especialmente, no reniega del mundo, porque quiere dominarlo, experimenta la necesidad de contentarse con un grado de justicia inferior, posible. Había que elegir uno de los dos caminos: ó renunciar completamente á dar norma, ó darla así. Escoger el mal menor: tal es el principio que sigue aquí la escolástica y que hace extensivo á la resolución de toda especie de conflicto de normas, ya que las reglas éticas, aun reducidas á la forma humanamente posible, siempre podían dar lugar á desacuerdos. De aquella fórmula hemos visto surgir la distinción entre la justicia que es función de las leyes humanas hacer valer, y la justicia más alta, que escapa á la coacción humana, ó sea la distinción entre la moral y el derecho.»

113. *El individuo contra el Estado.*—La necesidad de constituir la personalidad independiente del individuo humano y de ponerla á cubierto de los abusos posibles y de las ingerencias injustificadas por parte del Estado y sus órganos, los poderes públicos; ó sea, la necesidad de reivindicar lo que se llama autarquía del individuo, y también esfera inmanente del derecho individual, ha tenido que sentirse siempre y donde quiera que dichos individuos estuvieran amenazados de sufrir violencias y opresiones. Y en efecto, se ha sentido. La historia no ha venido siendo nada más que un drama inmenso, cuyas culminantes escenas significan otras tantas manifestaciones de lo que, con Ihering y desde Ihering, llamamos *lucha por el derecho*. Lucha que, á su vez, se reduce á una lucha por la emancipación de la personalidad humana contra los poderes que la han desconocido, negado ó mutilado: lucha de los débiles contra los po-

(1) V., por ejemplo, lo que sobre la institución de la esclavitud hemos hecho notar anteriormente (p. 126, con la nota 2).

derosos, de los esclavos contra los señores, de los siervos y los oprimidos contra los opresores; lucha de clases, que suelen decir los marxistas; lucha, en suma, por la libertad y la independencia, por el reconocimiento y el respeto de la inviolable personalidad.

Pero la necesidad mencionada se ha sentido y se siente con intensidad varia en los distintos pueblos, épocas é individuos, según el grado de su adelantamiento, de su cultura, de su delicadeza é integridad moral, de su sentimiento de justicia. En los antiguos tiempos, donde, como se sabe, el individuo, en cuanto tal, tenía poco valor, teniéndolo únicamente en cuanto miembro de una agrupación social (tribu, curia, familia, ciudad), no concibiéndose ninguno que no formara parte de alguna de éstas, y que la formara perpetuamente (1), la cuestión del respeto de la personalidad individual, que es la del respeto por parte del poder público á la esfera moral ó interna del obrar humano, revistió bien poca importancia. Por eso apenas se hicieron eco de ella sus grandes pensadores (Platon, Aristóteles, Cicerón y los demás jurisconsultos romanos), y por eso los investigadores modernos con dificultad pueden hacer indicación de tal ó cual inciso ó aserto fugaz contenido en las obras de aquéllos y referente al asunto (2).

Por el contrario, tan pronto como aparece en primer término, en la conciencia social y en la de los doctos—espejo de aquélla y, al

(1) Primitivamente, la conciencia social domina en absoluto á la conciencia individual; toda originalidad individual está aniquilada; las sanciones más graves bastan apenas para calmar la emoción colectiva que provoca toda innovación. Como decía muy bien M. Maillier: «No se el individuo el que quiere ó no quiere; los demás son los que quieren por él, y los que han querido desde antes que él naciera. » (R. Macnair, *loc. cit.*, p. 106).

(2) Si no en la forma de reconocimiento á la personalidad individual, como en la Edad moderna y sobre todo en la novísima (siglos XVIII y XIX), la cuestión del valor del derecho legislado y de los límites en que su órgano, el Estado, ha de desenvolver su actividad, es, sin embargo, antigua. Es el problema que se ponen los griegos, acerca de la naturaleza de lo justo, preguntándose si éste es tal *vélut* ó *quasi* (véase antes, § 85, p. 191-92, con la correspondiente nota), con el fin de poner algún orden en su anarquía legislativa y tener alguna regla segura á qué atenderse. Ni en Roma no interesa dicho problema sino secundariamente, es, como advierte con acierto Bonnocci (*ob. cit.*, p. 288-89), porque «dentro del pensamiento romano, el derecho tenía una fisonomía bien clara, las normas eran precisas y el orden jurídico tenía firmes bases; en este pueblo no podía tener lugar, sino sólo á veces en la forma del *fas praevium*, que era derecho positivo, una contraposición eficaz en la práctica, á lo menos para el derecho romano clásico, entre las normas del derecho natural y las del derecho civil». En cuanto á la Edad Media, «donde tan varias eran las fuentes del derecho positivo y tan poco fijada estaba la respectiva eficacia de las mismas», ya se ha indicado lo mucho que la cuestión hubo de preocupar á aquellos escritores. (V. la nota de las pp. 85 y sig.)

propio tiempo, su guía—, la idea de constituir y afirmar la persona del individuo, con propio valor en sí, frente á la del Estado, anterior y superior á la de éste, desde ese momento, se impone con fuerza avasalladora la necesidad de poner coto á las demasías del Estado, y para ello, la necesidad de distinguir con líneas bien precisas sus respectivas esferas de acción, que reciben justamente los nombres de moralidad y derecho, de fuero interno y externo, de paz interna y externa, etc., etc. Desde ahora, los filósofos, los jurisconsultos, los moralistas, casi no piensan en otra cosa sino en deslindar uno y otro círculo. Precisamente esto es lo que acontece en Europa á partir del siglo XVI, ó quizá antes, y precisamente esta fué la labor á que se dedicó con tanto ahinco la poderosa corriente del derecho natural (enteramente individualista), que arrancando de Grocio y otros contemporáneos y precursores suyos (1), culmina teóricamente en Kant, á cuya concepción del derecho y de sus relaciones con la moralidad casi todo el mundo paga tributo, según hemos visto; corriente que da origen á la famosa teoría del pacto social—fundamento del individualismo, donde el Estado no tiene existencia por sí, sino que se la dan voluntariamente los individuos que lo forman—y cuya manifestación práctica más ruidosa ha sido la revolución francesa (de la cual han tomado modelo para constituirse los Estados modernos), en la que se afirman los derechos de la personalidad humana, esos derechos absolutos, ilegislables, innatos, que corresponden al individuo por el mero hecho de serlo, que éste no recibe del Estado, que son anteriores y superiores al Estado y que el Estado no pueda desconocer, restringir, ni siquiera tocar en modo alguno (libertad de pensamiento y de conciencia, de cultos, etc.) (2).

84. *El Estado, frente á la Iglesia.*—Ha contribuido á poner el problema de las relaciones y diferencias entre el derecho y la moral, además de la que acabamos de someter á análisis, otra razón histó-

(1) Entre ellos, los españoles Suárez, Vitoria, etc.. Cerdán de Tallada, anterior á Grocio, era ya un partidario de la concepción, después llamada del pacto social *Verdadero gobierno desta monarquía, tomado por su propio subiecto la convocación de la paz* Compuesto por el doctor Tomás Cerdán de Tallada. Valencia, 1581, cap. VI, folio 78 vuelto y sigs.

(2) Sobre el origen y valor de las declaraciones constitucionales de los derechos individuales, véase, sin embargo, lo que dicen Jellinek, *Las declaraciones de derechos del hombre y del ciudadano*, trad. esp., Madrid, 1908, y el estudio preliminar del traductor, Sr. Posada, *Las declaraciones de derechos y el derecho constitucional*, también publicado en el *Boletín de la Institución libre de enseñanza*, t. XXXII, 1908, páginas 97 y sigs., 86 y sigs., 123 y sigs.

rica, consistente en la necesidad de sustraerse á la tiranía de la Iglesia católica.

El individuo, para reivindicar su personalidad frente al Estado, órgano del derecho legislado y coactivo, se asió á la doctrina del pacto, que es en buena parte la de la escuela denominada del derecho natural, afirmando la prioridad del individuo respecto del Estado y exigiendo de éste el reconocimiento de toda una esfera de deberes incoercibles (esfera individual, propia de la moral, á distinción de la social y exterior, de alteridad, propia del derecho). Pero notando, por otra parte, que había una autoridad exterior—la Iglesia—que se arrogaba atribuciones para mandar en la conciencia individual, tuvo también que lanzar su protesta contra esta nueva intromisión abusiva. En efecto, había el individuo luchado por el respeto de su autarquía frente á los poderes públicos, y cuando creía haberlo logrado, estimándolo como una gran conquista (pues como tal se ha mirado el reconocimiento de los derechos llamados «individuales», ó de la personalidad humana), vino á encontrarse con que todavía no podía mandar en sí mismo, que no se daba él—su propia razón—la ley, sino que había un poder exterior que se la imponía, que mandaba en su conciencia, en aquella conciencia antes declarada inviolable é intangible. De aquí, la afirmación de la libertad del espíritu y al principio del libre examen; y de aquí que los primeros que hicieron esta afirmación y los más celosos en conservarla y defenderla (los protestantes) hayan sido también los primeros y más acérrimos partidarios de la separación entre la moral y el derecho (1). Los demás, incluso sus propios adversarios, no han hecho después sino seguir la ruta por ellos trazada.

Dueña la Iglesia de la conciencia de los individuos, fuente de las acciones externas de éstos, fácilmente se pudo ir apoderando de toda la vida social y exterior, de aquella que se decía ser la propia del derecho y en donde el Estado pretendía dominar de un modo absoluto é incontestable. Y por lo mismo que el derecho no puede prescindir de las intenciones, del mundo interior, y contentarse solamente con la acción externa, por eso mismo, la Iglesia no tuvo dificultades graves para irse entrometiendo en todas las instituciones y para señorearse de todo el campo jurídico. El razonamien-

---

(1) Por eso se frecuente que los escritores de la escuela teológica católica achaquen al protestantismo el origen de esta separación. V., por ejemplo, Fricco, obra citada, nota de las páginas 116-17.

to en que se apoyaba para obrar así era, en el fondo, el siguiente: «Los actos humanos son ante todo espirituales, aunque son también, pero en segundo término, corporales; lo espiritual pertenece á la Iglesia, lo corporal al Estado; éste ha de subordinarse á aquélla, lo mismo que el cuerpo al alma; por consiguiente, el Estado, como inferior y súbdito, entenderá y resolverá exclusivamente aquellos asuntos que la Iglesia le deje, aquéllos que ella misma no se haya reservado por estimarlos asuntos de conciencia, asuntos espirituales, ó por tener participación en ellos personas eclesiásticas ó ligadas de cualquier modo á la Iglesia y á las cosas eclesiásticas».

¿Se comprende ahora el origen de la inmensa extensión de la competencia judicial (jurídica, por lo tanto) de la Iglesia católica, la gran amplitud adquirida por el fuero eclesiástico (el fuero interno), frente al secular (externo, del Estado oficial), fuero que arranca de los emperadores romanos (cuando la Iglesia cristiana adquiere reconocimiento oficial y logra sobreponerse á los soberanos temporales y convertirlos en otros tantos súbditos suyos) que adquiere su mayor desarrollo durante la Edad Media (cuando dominaba la doctrina de las dos espadas, espiritual y temporal, del sol y la luna, etc.) y que ha continuado existiendo durante la moderna, hasta nuestros mismos días, en que todavía se conservan no pocos vestigios de él (1)?

Téngase en cuenta esto para comprender el siguiente fenómeno, que parece implica una contradicción: el individuo, en la lucha emancipadora de su conciencia contra el autoritarismo eclesiástico, ha tenido unas veces al Estado oficial por enemigo, y otras por auxiliar. Cuando el Estado se ha sometido á la Iglesia y convirtiéndose en instrumento suyo; cuando ésta ha tenido á su servicio el «brazo secular», la Iglesia ha trocado en coercibles los deberes morales, que se dice son incoercibles por su naturaleza, y confundiendo el fuero interno con el externo, la moral con el derecho legislado y coactivo, el pa-

(1) «Indudablemente, las ideas modernas sobre crímenes se fundan en dos proposiciones que sostuvo la Iglesia en la Edad Media: 1.ª, que todo jefe feudal [todo soberano], en la medida de su poder, podía asimilarse á los magistrados romanos, de que habla San Pablo; 2.ª, que las ofensas castigables por él eran las contra los mandamientos de la ley de Dios, ó, más bien, las que la Iglesia no se reservaba castigar. La heregía, condenada en el primero y segundo mandamiento, y el adulterio y el perjurio, se reservaban á los tribunales eclesiásticos, y la Iglesia sólo admitía la cooperación del brazo secular, para imponer penas crueles, en casos de gravedad extraordinaria (Sumner Matin, *El Derecho antiguo*, ed. esp. citada, II, p. 118).

cado con el delito, ha castigado en el fuero externo (jurídica y coactivamente) delitos puramente internos, «delitos de opinión» (herejía, magia, doctrinas p ligrosas ó subversivas, pecados de toda clase contra la religión; inquisición, autos de fe, intolerancia religiosa, previa censura eclesiástica para publicar escritos, etc., etc.). Por eso los juristas modernos, los de la escuela del derecho natural y del pacto principalmente, han reaccionado vigorosamente contra esta concepción y contra esta práctica; y ese movimiento de reacción es lo que ha traído la proscripción de los delitos religiosos del número de los hechos punibles por el Estado, y la distinción, á que los dichos juristas siempre están refiriéndose, entre el pecado y el delito; distinción que estiman como capital para la buena administración de justicia penal, y que á menudo creen haber logrado establecer, engañándose por cierto, pues no es posible establecerla, por lo mismo que la moral y el derecho son exactamente una sola cosa (§ 72 y otros) (1).

Mas el Estado, ó mejor dicho, los gobernantes, se han percatado también, sobre todo en los pueblos modernos, de lo muy cercenadas que quedaban sus atribuciones por efecto de la indicada conducta invasora de la Iglesia; y entonces han procurado librarse de la tutela de ésta, que estiman indebida, y recobrar todas las facultades

(1) «Los políticos del derecho penal (los califico así en contraposición á los que denominaré moralistas) razonan poco más ó menos del siguiente modo: Hay dos órdenes; uno interno ó de conciencia, y otro externo ó civil. La tutela del primero corresponde á Dios, y los hombres no se la pueden arrogar ni siquiera en parte, debiendo limitar su acción al segundo. Sólo Dios puede conocer los pensamientos, los deseos, los propósitos, pedir cuenta de los malos y premiar los buenos, para que el ideal de la perfección quede conseguido. La autoridad social no tiene vista para descender al fondo de los corazones, y si tratase de recurrir á suposiciones, á sospechas, á cálculos aproximados, se colocaría en el error y en la tiranía. Y admitiendo por un momento que estuviese en disposición de conocer los más recónditos pensamientos y apetitos, no por eso tendría derecho para someterlos á sus propias leyes. Pues, haciéndolo así, se saldría del campo que tiene asignado; mientras aquéllos permanescan tales, no producen perjuicio á la sociedad, la cual sólo en presencia de ese perjuicio puede obrar; por malos que ellos sean, no producen daño alguno, y únicamente están en oposición con la moral divina, y á Dios le toca juzgar acerca de ellos» (Carnevali, *Il principio morale nel diritto criminale*, Palermo, 1895, pp. 15-16). «Sabido es que siempre que se ha pedido para el principio moral una influencia mayor de la admitida por la escuela política, ésta ha lanzado voces de alarma se ha dicho que teorías de tal modo inspiradas son instrumento de gravosas operaciones de tiranía; se evocó el espectro de los tiempos pasados, cuando la confusión entre la moral y el derecho fué á la vez causa y escusa del despotismo. No castigáis el pensamiento, no hagáis el proceso de las intenciones, han dicho los criminalistas liberales á los defensores del principio moral» (Idem *ib. cit.*, pp. 49-50).

tades que creen corresponderles como órganos del derecho coactivo. Lo cual se ha traducido, unas veces, en las luchas entre el sacerdocio y el Imperio (1); otras, en el movimiento denominado «secularización del Estado», «separación entre la Iglesia y el Estado»; otras, en agitaciones revolucionarias, hasta violentas; otras, en pactos y convenios entre ambas potestades (concordatos), en defensa de las regalías, etc., etc. Y en estos casos el Estado ha venido á ser, á menudo hasta sin proponérselo, un aliado del individuo en la lucha de éste por conquistar su independencia personal. Al hacer su propia causa, ha hecho también, indirectamente, la causa del individuo.

Pues bien; en todo esto no hay, en el fondo, más cuestión que la de las relaciones entre moral y derecho, cuestión que tiene toda esa trascendencia. Y mientras ella no se resuelva, y se resuelva en el sentido indicado más atrás, todas las otras, de ella derivadas, quedarán en pie, y andaremos de continuo dándoles vueltas y cambiando simplemente de postura á sus términos, ó con componendas y transacciones, sin salir jamás del pantano.

85. *Perspectiva ideal de otra vida.*—La generalidad de los escritores de nuestros días—igual que les ha ocurrido á los de tiempos inmediatamente anteriores á los presentes—juzgan eterna ó ineludible la cuestión que nos ocupa. Aquí, lo mismo que en otra multitud de asuntos, preseinden de todo sentido de perspectiva histórica, y convierten en permanente lo que muy bien pudiera no ser sino transitorio. Viviendo ellos en un mundo social donde existen efectivamente dos esferas de deberes, unos perfectos ó acompañados de coacción externa, otros imperfectos ó exentos de la misma, se figuran que tal estado de cosas es absolutamente natural, que la vida humana no es posible sino dentro del mismo, y por eso se esfuerzan por buscar las causas fundamentalmente perdurables de él. La situación de espíritu de los aludidos autores es la siguiente: se encuentran con el hecho de la separación, y al propio tiempo con el de la relación íntima é incesante que, en los pueblos que ellos conocen, sobre todo en el suyo propio, existe entre moral y derecho legislado; y tratan de hallar una naturaleza inmutable á cada uno de estos órdenes, con el fin de po-

(1) Los príncipes de la Edad Media, al defender sus prerrogativas enfrente de las pretensiones é invasiones eclesiásticas, se apoyaban en las doctrinas de los juristas ó salvadores del derecho (sobre todo del romano, entonces refulgente), como los pontífices se apoyaban, por su parte, en las enseñanzas de los teólogos y moralistas.

der así establecer de una manera completamente fija y valedera para siempre la situación en que han de hallarse entre sí, en todo caso, los términos que se comparan, y determinar las atribuciones respectivas de las autoridades ó órganos encargados de dar cumplimiento á los deberes de la primera y á los de la segunda clase.

Sin embargo, el problema puede y, á mi juicio, debe ser mirado de otro modo: históricamente. Hemos dicho que no ha existido siempre; hemos indicado cuándo hubo de surgir y los motivos á que ha obedecido tal aparición; por lo tanto, podemos concluir asegurando que, si se suprimen algun día las causas que le han dado origen, el problema quedará *ipso facto* suprimido. Y no por ello sufrirá quebranto alguno la vida humana, sino que, al revés, entonces ésta se desplegará mucho más vigorosa y perfectamente que hoy le es dado hacerlo. Una vez que no hubiera leyes ni autoridades (1) ó que éstas no impusieran coactivamente la práctica de determinados actos cuyo cumplimiento es un deber, según el punto de vista (concepción, interés, etc.) de quien lo manda, aunque puede muy bien no serlo según la razón de la persona constreñida á la obediencia, se quitaría del medio un obstáculo insuperable que hoy existe para que cada uno dirija su conducta de la manera que tenga por más racional. Ese día se reintegraría á la personalidad humana en la plenitud de su propio dominio, merzado, actualmente por otras personalidades que se arrojan las atribuciones que á ella sola le pertenecen, cual sucede con las autoridades de toda clase, religiosas, políticas y demás. Ese día, sin derecho coactivo, y sin que los hombres tuvieran otra norma de obrar que su propia conciencia, su razón, su mundo interior, formado en la observación, el estudio y la reflexión constantes, no habría lugar á preguntarse por las relaciones que entre la moral y el derecho pudieran existir, al intento de que cada cual de ellos se mantuviese dentro de su exclusivo campo y no penetrara en el ajeno, invadiendo, v. g., los poderes públicos el sagrado de las intenciones, vedado para ellos, pues tal peligro sería imposible; ese día, suprimido uno de los términos de la lucha, esto es, el derecho legislativo, todo el campo quedaría para el otro término, para el de la moral ó derecho natural, dos nombres de una misma cosa, y entraríamos á velas desplegadas en el reinado, único y santo, de las intenciones. Se buscaría en éstas la garantía del orden social, que no pueden

---

(1) Si esto es factible, V. lo expuesto antes (§ 46 y otros inmediatamente anteriores).

proporcionar todos los resortes de la maquinaria exterior y legal, por complicados y perfectos que se los suponga. Se esperaría de la hombría de bien, de la voluntad recta, lo que necesariamente hay que esperar hoy del empleo de la policía, la guardia civil, el ejército, los tribunales, las cárceles. Se tratarían los hombres unos á otros como tales hombres, como seres racionales, fraternalmente, en vez de ocurrir lo que hoy ocurre, que los unos (los de arriba) consideran á los otros (los de abajo) como inclinados forzosamente al mal, como elementos de quienes no puede esperarse nada bueno, ni siquiera que permanezcan tranquilos é inocuos, sino á fuerza de látigo, de fusil, de jaula, de horca; y en vez de suceder como ahora, que todos andamos ansiosos de prepotencia, de mando, de autoridad, oprimiéndonos y engañándonos siempre que podemos los unos á los otros, y prefiriendo ser brutales á ser buenos, á ser prudentes, serenos, de carácter dulce, aunque firme y entero: pues decimos con mucha complacencia que «á quien se hace de miel, las moscas se le comen», que «el que da primero da dos veces» y que «más vale estar en la cárcel—que herido en el hospital». Para lueha darwiniana, despiadada, bestial. Esto es lo que á menudo significan las leyes, el derecho coactivo.

Al ideal de vida humana que acabamos de bosquejar en rasgos generales, es al que han reudido culto desde muy antiguo los espíritus «rebeldes» á toda suerte de imposiciones ajenas, los que no han podido sufrir que nadie, sino su propia conciencia, les trace la pauta á que forzosamente han de someter su conducta. En otra parte (1) he citado no pocos de ellos. Ese mismo ideal es el que bulle dentro de la corriente libertaria ó ácrata contemporánea, singularmente en sus principales representantes y apóstoles, tales como el suavísimo rebelde Tolstoy.

Lo que es menester es que cada uno se dé cuenta de su situación en el mundo, que él mismo reconozca sus deberes y los sienta, incorporándoseles, haciéndolos parte de todo su ser, y no meramente de su patrimonio mental; pues una vez colocado en semejante disposición interna, no necesita que nadie le diga lo que tiene que hacer, ni menos resistirá que se le constriña por fuerza á hacerlo (2).

(1) *Valor social de leyes y autoridades*, ya citado, cap. X, sobre todo al § 61; véase también la introducción de la misma obra.

(2) De aquí la cuestión de la obediencia ó desobediencia á las leyes que uno crea injustas, cuestión absolutamente insoluble para cuantos admitan el derecho coactivo del Estado y la consiguiente imprescindible facultad de éste para hacer

Posible es, sin embargo, que no se trate aquí más que de una aspiración irrealizable, de una de las llamadas utopías, provenientes de una visión meramente parcial ó incompleta del asunto. Pues, conforme hemos expuesto más atrás (§§ 41 y sigs., pp. 223 y sigs.), la existencia del Estado oficial parece imprescindible, á lo menos ya hoy, del propio modo que su función. Aun suponiendo que el derecho legislado, en la forma que al presente tiene, desapareciera, quedaría siempre el derecho consuetudinario, el cual, para quien tuviera que cumplirlo, sería siempre tan impuesto y coactivo, aun cuando de otro modo, como el formulado legalmente. A lo que parece, la vida en sociedad no es posible sin derecho (*sibi societas, ibi jus*), y, si no es posible, no sería bueno hacerla de esta manera, y será constante é inevitable la dualidad, la contraposición y la unión entre derecho natural ó moral, propio de cada uno de nosotros, fuera, por lo tanto, centrífuga y disolvente, y el derecho positivo, impositivo, común á todos, fuera centrífuga y aglutinante, tan beneficiosa, por lo menos, como la otra, su contraria.

---

y promulgar leyes obligatorias. He hecho referencia á esta cuestión en mis *Problemas de derecho penal*, tomo I, Madrid, 1896, *passim*, sobre todo en notas, v. g., en las de las páginas 184 y sigs., y en el libro antes citado, *Valor social de leyes y autoridades*, *passim*, § 40 y otros. Más adelante volveré de nuevo á ella.