

3. *El delito*

Se ha definido el delito (por el cual aquí deben entenderse también las faltas y contravenciones a las le-

yes) (*) como una acción contraria a la ley penal y prevista con una pena pública. La definición es justa, contiene el criterio exterior en que debe reconocerse, pero es simplemente de naturaleza formal, nos pone en situación de clasificar las acciones humanas según la guía del derecho positivo, sean delitos o no, sin darnos información sobre el problema importante: qué es el delito y por qué la ley lo castiga — en una palabra nos da la característica externa, pero no la esencia íntima del delito.

Otras definiciones han tratado de llenar esa laguna, pero en mi opinión con poca suerte. Unas ponen la esencia del delito en la lesión del derecho subjetivo (del individuo o del Estado). Pero los delitos contra la moral, el perjurio, la blasfemia y otros no lesionan ningún derecho positivo. O en la lesión de la libertad garantizada por el Estado. Pero por los llamados delitos no es lesionada la libertad. O en la lesión del orden jurídico. Pero el orden jurídico abarca también el derecho privado, y el derecho privado no es protegido por la pena, no toda acción contra el derecho es un delito. Lo mismo se puede observar en la definición del delito como rebelión del individuo contra la *voluntad general*. Pues en tanto que esa voluntad general ha adquirido forma jurídica — y más allá no puede hablarse de una fuerza jurídicamente obligatoria — coincide con el orden del derecho. La definición expresa enteramente lo mismo que la precedente, sólo que en una forma peor porque es más indeterminada. Si se aplica, según expresa, contiene también un delito la desviación de la moda imperante o del modo de vida doméstico, y si se suple el elemento ausente “legalmente”, todas las faltas jurídicas de derecho privado se pueden caracterizar también como una rebelión contra la voluntad general; la última ordena al deudor

(*) Etimológicamente se caracteriza el delito como el quebrantamiento del orden (en alemán **Verbrechen**, romper, **Vergehen** como salir fuera, **Übertretung** como el pisar fuera de la senda del derecho); en el derecho romano, **delictum** viene de **de-linquerre**, **linquere**, el abandono del camino prescrito por la ley.

que pague su deuda — si no lo hace, se rebela contra ella.

El fin de la ley penal no es otro que el de toda ley: seguridad de las condiciones de vida de la sociedad, sólo el modo como persigue ese fin es característico, se vale para ello de la pena. ¿Por qué?

¿Será porque la inobservancia de una ley contiene una rebelión contra la autoridad del poder público y por eso merece el castigo? Entonces tendría que ser penada toda falta, la negativa del vendedor a cumplir el contrato, del deudor a pagar el préstamo, e incontables más, y por consiguiente entonces sólo podría haber una pena única: la relativa a la inobservancia de la ley, y un solo delito: el de la resistencia del súbdito contra los mandatos o prohibiciones del poder público.

¿Cuál es el motivo por el que la ley, mientras por una parte deja impunes ciertas acciones que la contradicen, pena otras? En este caso, como en aquél, se trata de una inobservancia del derecho, es decir cuando este último es la encarnación de las condiciones de vida de la sociedad, de una lesión del mismo. Si los contratos no son cumplidos, si los préstamos no son reembolsados, la sociedad es amenazada como lo está cuando los unos matan y saquean a los otros. ¿Por qué aquí la pena y no allí?

También la autoconservación, la reproducción y el trabajo son condiciones de vida de la sociedad: ¿por qué no son aseguradas por ley? La respuesta es: porque no es necesario. La misma consideración que mueve a buscar el refugio en la ley: el conocimiento de que la necesita guía también en lo concerniente a la ley penal. Donde los otros medios bastan para la realización del derecho, la aplicación de la pena sería irresponsable, porque la sociedad misma tendría que sufrir por ello; el problema de saber en qué casos debe la legislación establecer una pena, es un problema puro de política social; no me refiero con ello a la que dirige la vista sólo a los bienes externos, sino a la política en el pleno alcance de la palabra, que es equivalente a la apreciación práctica

y la seguridad de todas las condiciones, también las morales, de la prosperidad de la sociedad. El derecho romano ha tenido con buenas razones por conveniente poner obstáculos a la liberalidad de los esposos entre sí en su propio interés y en el de sus hijos, y prohíbe por ese motivo los obsequios entre esposos. Pero no impone ninguna pena a la contravención de esta disposición. ¿Por qué no? La nulidad del obsequio basta completamente para el fin, una pena no tendría objeto. Lo mismo se aplica al caso en que el vendedor se niega a cumplir el contrato de compra, o el deudor a reembolsar el préstamo; la coacción para el cumplimiento basta plenamente, no hace falta una pena. Allí como aquí termina la inobservancia de la ley, la rebelión anterior de la voluntad individual contra la general, con la impotencia de la voluntad individual; se contenta con el mero ensayo. La previsión de este resultado basta en la vida por lo general para sofocar en germen, por sí mismo, este ensayo; contra un caso de resistencia intentada se tienen millones de los que se someten sin resistencia a la ley; la resistencia sólo aparece generalmente en estados jurídicos ordenados, donde puede ser objeto de disputa el hecho o la apreciación jurídica del mismo.

Pero suponiendo que esta situación se alterase, y que el derecho civil asumiese en ciertas direcciones, por ejemplo en lo concerniente a la exactitud del peso o a la calidad de las mercancías, dimensiones que llevasen al descrédito el honor nacional y la solidez en el extranjero y por consiguiente restringieran la colocación de los productos en el exterior, ¿qué tendría que hacer aquí el legislador? ¿Quizás cruzarse de brazos por motivos doctrinarios, porque aquí no se trata de una injusticia criminal, sino simplemente de una injusticia civil? El contraste de ambas y los límites entre ellas las determina él mismo, no tiene que tomarlos de la teoría, sino que es la teoría la que los toma de él — la injusticia criminal comienza allí donde la pena es impuesta por los intereses de la sociedad, y si la honestidad y la fidelidad en el trato no se pueden mantener de otro modo, tiene que recurrirse a la pena.

En tal situación nos encontramos actualmente en Alemania. Durante mucho tiempo nuestra legislación ha contemplado pasivamente cómo levantaron la cabeza cada vez más insolentemente la falta de formalidad, la deshonestidad, el fraude en las relaciones y han producido una condición que un hombre honesto no puede ver sin disgusto. El concepto "legítimo" se ha perdido en Alemania casi en la mayor parte de los artículos — no sólo en los artículos alimenticios — casi todo lo que tomamos es ilegítimo, imitado, falsificado. Alemania tuvo un tiempo un gran comercio de tejidos de lino en el extranjero — ahora la industria textil alemana ha sido desplazada casi en todos los mercados extranjeros, y con toda razón. Los tejedores o fabricantes deshonestos han ganado mediante la mezcla de algodón, han costado millones a la nación alemana, sin contar absolutamente el daño que causaron a nuestro buen nombre en el extranjero. Si se hubiese amenazado oportunamente con penas de prisión a esos falsificadores, nos hallaríamos en mejor situación. Nuestros antepasados en las ciudades libres del Reich, simples artesanos y comerciantes, sin conocimiento de la diferencia entre la injusticia civil y la penal, mantuvieron en este aspecto una noción infinitamente más exacta que nosotros de lo que hacía falta, con toda nuestra instrucción teórica; no vacilaban en aplicar castigos a la ruptura de los contratos y, en ciertas circunstancias, penas muy severas, por ejemplo la expulsión del país y la exposición en la picota (*), y en procurar por instituciones de toda clase el trabajo sólido, los buenos alimentos y la honestidad en el trato. Tendremos que hacer probablemente todavía muchas amargas experiencias hasta volver a ser tan razonables como ellos y hasta que nos hayamos liberado del prejuicio doctrinario de que la esfera de los tratados es una plaza de juego privilegiada para la injusticia civil, cerrada en principio a la pena.

(*) Un abundante material al respecto en Wilhelm Sickel, *Die Bestrafung des Vertragsbruchs und analoger Rechtsverletzungen in Deutschland*. Halle 1876.

Así, pues, nuevamente: el problema de la aplicación legislativa de la pena es una pura cuestión de política social en el sentido expuesto más arriba; se resume en la máxima: ¡la pena es legítima allí donde la sociedad no puede pasar sin ella! Como esta es una cuestión de la experiencia histórica, de las condiciones de vida y de la moral de los diversos pueblos y épocas, en consecuencia es históricamente variable la esfera de validez de la pena con respeto a la del derecho civil o, lo que es lo mismo, del delito en sentido amplio, lo mismo que la del derecho en relación con la moral. Hubo un tiempo en Roma en que ciertas relaciones contractuales, como por ejemplo la *fiducia*, el mandato, carecían plenamente de protección legal y dependían simplemente de la protección de la costumbre (*infamia*); luego vino la protección por el derecho civil (las *actio fiduciae, mandati*) y finalmente la protección del derecho penal (*crimen stellionatus*).

Pero por variable que sea también la esfera de extensión del delito, el concepto del mismo es en todas partes idéntico. En todas partes nos presenta un ataque por parte del delincuente contra las condiciones de vida de la sociedad, una convicción expresada en forma de derecho por parte de la sociedad de que sólo puede defenderse contra él por la pena — *delito* es la puesta en peligro de las condiciones de vida de la sociedad comprobada por la legislación y que sólo puede ser alejado por la pena.

La medida que aplica el legislador a ese carácter del delito no es la peligrosidad concreta de la acción aislada, sino la peligrosidad abstracta de toda la categoría de acciones. El castigo de la acción aislada es sólo la consecuencia necesaria de la amenaza de pena, sin la cual la amenaza sería vana; si la acción aislada amenaza o no a la sociedad, es completamente indiferente, no hay error más funesto en el derecho penal que el de sustituir el punto de vista de la amenaza de pena por la ejecución de la misma.

También la injusticia civil se pone en contradicción con las condiciones de vida de la sociedad, pero es la tentativa de un impotente contra el poderoso que lo abate

sin consecuencias; los medios del derecho civil (acción en justicia y nulidad) bastan plenamente a la sociedad para defenderse contra aquel ataque; la insignificancia completa del mismo hace superflua la pena.

El derecho penal nos muestra en todas partes una graduación de la pena según la diversidad de los delitos. Se me concederá que una definición del delito, que ofrece la clave de la explicación de ese hecho y al mismo tiempo la medida de la gravedad de la pena, merece la preferencia ante cualquier otra que no sea capaz de realizar esto. Creo poder vanagloriarme por esto de la mía. El punto de vista de la puesta en peligro de las condiciones de vida de la sociedad entraña dos elementos capaces en sí de graduación y que por eso hay que tener presentes en la medición legislativa de la pena: las condiciones de vida — no todas están con respecto a su imperiosidad en una línea, las unas son más esenciales que las otras y la puesta en peligro — no toda lesión de las mismas pone de igual manera en peligro a la sociedad.

Cuanto más altamente esté situado un bien para nosotros, tanto más tomamos en cuenta su seguridad. Lo mismo hace la sociedad con sus condiciones de vida — las llamaría bienes sociales — con respecto a la protección legal ofrecida a su seguridad. Cuanto más precioso el bien, más elevada la pena. La escala de la pena es la pauta de los bienes sociales. Lo que significa el precio para el trato comercial, es la pena para el derecho penal. El que pone a un lado los bienes sociales y al otro lado las penas, tiene la escala de valores de la sociedad, y el que hace esto para los diversos pueblos y épocas, encontrará que las mismas oscilaciones de valor que muestra el tráfico comercial en relación con los bienes *económicos* calculados por los precios, se repite en el derecho penal en los bienes *sociales* catalogados por las penas — la vida, el honor, la religión, la moral, la disciplina militar, etc. no han tenido en todas partes el mismo curso (*), en nosotros está bajo lo que antes estaba alto, y, al con-

(*) Ejemplificado en mi *La lucha por el derecho*; transcribo aquí el pasaje: "La teocracia hace de la blasfemia y de la idola-

trario, el juicio de la sociedad sobre la imperiosidad mayor o menor de ciertas condiciones de vida es variable. Con toda ingenuidad se nos presenta este punto de vista de la valuación penal de los bienes lesionados en las disposiciones del derecho germánico antiguo sobre lesión corporal y homicidio. Todas las partes del cuerpo son estimadas exactamente. Nariz, orejas, dientes, ojos, pies, manos, dedos, todo tenía su precio determinado — una lista de precios de derecho penal, como se le ha llamado (*). Lo mismo la vida del noble, del hombre libre, del esclavo. Era el arancel de los hombres desde el punto de vista del derecho penal. La sociedad, tarifada de igual manera, es el derecho penal. ¿Cuánto valen la vida humana, el honor, la libertad, la propiedad, el matrimonio, la moral, la seguridad del Estado, la disciplina militar, etc.? Abre el código penal, y lo encontrarás.

En el tráfico comercial, el sistema del dinero, es decir la diversidad del oro, la plata, el cobre, el níquel y la divisibilidad de los metales, hace posible la fijación de las mínimas diferencias de valor. El derecho penal cumple esa función igualmente en parte por la diversidad de las penas (penas de la vida, del honor, de la libertad, penas pecuniarias), en parte por su divisibilidad (penas de libertad y pecuniarias, privación temporal o permanente de los derechos civiles — el honor no puede ser

tría un delito castigable con la muerte, mientras que en el traslado de límites no verá más que una simple contravención (derecho mosaico). El Estado que practica la agricultura, en cambio, castigará lo último con todo el furor, mientras que el blasfemo tendrá el castigo más benigno (derecho de la antigua Roma). El Estado comercial pondrá en primer lugar la falsificación de moneda y en general la falsificación. El Estado militar la insubordinación, la desertión, etc., el Estado absoluto el crimen de lesa majestad, la república la aspiración al restablecimiento de la realeza, y todos emplearán en ese lugar una severidad que constituye una cruda oposición con el modo como persiguen otros delitos. En una palabra, la reacción del sentimiento del derecho de los Estados y de los individuos es más violenta allí donde se sienten directamente amenazados en sus condiciones características de vida" (pág. 76 de la edición castellana Cajica).

(*) Wilda, *Strafrecht der Germanen*. Halle 1842, pág. 729.

desconocido transitoriamente). Entre las penas más bajas pecuniarias o de prisión y la pena de muerte, hay un amplio espacio, bastante amplio, para hacer posible la matización e individuación más sutiles en materia penal.

Al elemento *objetivo* del bien amenazado por parte de la sociedad se reúne por parte del individuo el elemento *subjetivo* de la peligrosidad del mismo para la sociedad, resultante de su voluntad y de la manera de la ejecución del delito. No todo delincuente que comete un mismo delito compromete a la sociedad de igual modo. Del delincuente reincidente o del delincuente consuetudinario tiene más que temer la sociedad que del novicio en el delito, del complot; de la banda, más que del individuo aislado; de la astucia, la amenaza mayor peligro que del arrebatado; de la premeditación más que de la negligencia.

Vuelvo a la clasificación de los delitos según la diversidad del sujeto contra el cual se dirigen (*). No se es-

(*) A una triple división del delito, que coincide por su contenido con la mía, llega también Hugo Meyer, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 2a. ed., 1877 § 84, sobre la que se me ha llamado la atención después de la aparición de la primera edición de mi obra. Las dos primeras clases dicen lo mismo que yo, los delitos contra el individuo y contra el Estado, la tercera la caracteriza como delitos contra bienes jurídicos generales, por los cuales entiende aquellos que yo denomino delitos contra la sociedad. El autor abandona así el motivo de división del que ha tomado los dos primeros miembros: la persona contra la cual se dirige el delito, y lo sustituye por otro: el del bien jurídico; falta pues a su clasificación la unidad del **fundamentum divi-dendi**, aparte enteramente del hecho que no se puede cometer ningún delito contra un bien, el mismo se dirige contra su detentador; sólo en su interés, no en el del bien mismo es prohibida su lesión o puesta en peligro. Si tuviese presente el punto de vista objetivo del bien, también las dos primeras categorías habrían de ser determinadas, según ello, como lesión de los bienes jurídicos del individuo y del Estado. El elemento decisivo de la clasificación por mí expuesta: la reducción de la misma al punto de vista del sujeto del fin no es afectado, pues, por Meyer, a pesar de la igualdad de contenido de las tres categorías, y yo atribuyo a la exposición del mismo por mi parte un valor tanto mayor cuanto que el empleo del sujeto del fin para la clasificación de los delitos sólo contiene un caso de aplicación del punto de vista realizado y expuesto en la más amplia

tará expuesto a ninguna mala interpretación cuando hablo por razones de brevedad también en el delito de un sujeto del fin, mientras que habría debido decir más exactamente: el sujeto del fin en lo que concierne a la prohibición del delito.

El sujeto del fin en el delito puede ser:

a) *El individuo*. Los delitos dirigidos contra el individuo los ha reunido para la unidad del concepto la teoría penal bajo el nombre de delitos privados hace mucho tiempo. Yo distingo tres clases de los mismos, según amenacen las condiciones de vida *físicas* o las *económicas* o las *ideales* del sujeto.

Las condiciones *físicas* de la vida son amenazadas, y eso en su totalidad (la vida), por el asesinato y el homicidio, la exposición de personas indefensas (sobre aborto y duelo, ver más adelante), parcialmente por lesión corporal (mutilación del cuerpo, daño de la salud, de las fuerzas espirituales).

Las *económicas*, es decir las del patrimonio, por robo, bandolerismo, estafa, destrucción de las cosas, traslado de mojones linderos, extorsión, egoísmo punible, engaño, infidelidad.

Por condiciones *ideales* de vida comprendo todos aquellos bienes que no son visibles exteriormente, sino que sólo existen en la representación, y sin cuya seguridad no es posible una existencia moral satisfactoria según los conceptos de sociedad. Son la libertad (delitos contra la misma, rapto humano, violación, privación del uso de la libertad personal, prisión ilegal, coacción, allanamiento de morada), el honor (injuria, falsa acusación, violación de secretos ajenos, seducción y comercio carnal), la fami-

extensión, no sólo para el mundo del derecho, sino para todo el orden moral universal (II, pág. 133 hasta 154); mi clasificación no tiene para mí como tal un valor, sino sólo porque confirma la exactitud y realizabilidad del pensamiento absolutamente general hallado por mí por otros caminos. El que lo adopte para el derecho penal, verá cómo puede apartarse de él en otras aplicaciones.

lia (adulterio, bigamia, delito contra las personas, en especial la suplantación de niños);

b) *el Estado*. Los delitos contra él, no se limitan de ninguna manera a los delitos contra el Estado de la teoría penal, sino que se extienden hasta allí donde alcanzan las condiciones de vida del Estado, que pueden ser amenazadas por ellos. La expresión: delitos públicos, en mi opinión, no es apropiada, pues lo mismo que la expresión latina *publicus* (*publica utilitas, publice interest*), se puede emplear también con referencia a la sociedad (delitos contra la seguridad pública, ver más adelante). Para distinguir estos delitos de los sociales me sirvo del adjetivo *político*.

Los delitos políticos se caracterizan como un ataque a las condiciones de vida del Estado. ¿Se pueden clasificar éstos? Si fuese posible, obtendríamos con ello simultáneamente una clasificación de los delitos dirigidos contra él.

Lo más accesible es la traslación de la división expuesta antes con relación al individuo que, como veremos más adelante, también mantiene su utilidad referida a la sociedad. Lo que hace vacilar es sólo que el Estado no tiene una existencia física en el verdadero sentido de la palabra. Físicamente considerado no es más que la suma de todos los que pertenecen al Estado. Pero también el Estado *existe*, y las condiciones ineludibles de esa su existencia podemos equipararlas a las del individuo, sólo que también en él como en el último separamos las condiciones de vida económicas de las físicas, aunque la vida física sin los medios económicos para su mantenimiento es tan poco posible en el Estado como en el individuo.

Ineludible en este sentido de lo establecido con necesidad absoluta por el concepto del Estado, es decir hablando metafóricamente, una condición física de vida del Estado, un elemento constitutivo de su esencia, es la posesión propia de un territorio. Junto con la posesión el poder supremo, es decir la organización del poder público (la constitución), la burocracia, incluido el soberano

como el funcionario de más categoría, determinado por el nacimiento, el ejército. Todas las acciones que tienen por fin la privación o amenaza contra la posición de poder establecida con la existencia del Estado, las situaría bajo el punto de vista de la puesta en peligro de las condiciones de vida del Estado: traición al país, alta traición, rebelión, motín, hostilidades contra Estados amigos. Luego los delitos propios de los funcionarios; en cuyo comportamiento como tales descansa todo el sistema de poder del Estado, y de los soldados, de cuyo deber de servicio (deserción, no presentación al deber militar) y obediencia (insubordinación, amotinamiento) se puede decir lo mismo.

Las condiciones *económicas* de vida del Estado son amenazadas por la negativa al pago de los impuestos, defraudaciones, distracción de los dineros públicos.

Como condiciones *ideales* de vida del individuo he nombrado la libertad, el honor, la familia. Se puede hablar también de un delito contra el honor en el Estado (injurias al soberano, al honor de los funcionarios). Por delitos contra la *libertad* del Estado comprendo aquellos que impiden la *acción de su voluntad*, es decir la de las funciones necesarias para el fin de sus órganos o de los ciudadanos, también la resistencia a la autoridad, la negativa de servicio de los jurados y testigos, delitos en relación con el ejercicio de derecho cívico y otros.

No puedo silenciar que en este ensayo de traspasar también al Estado el contraste de las condiciones de vida físicas, económicas e ideales que corresponden al individuo y a la sociedad, he tenido la sensación de que esto sólo es punible de manera forzada; yo mismo me alegraré si esta división fuese suplantada por otra que correspondiese mejor a la característica del Estado.

El sujeto del fin en el delito puede finalmente ser

c) *la sociedad*. Califico este delito como *social*. Delitos sociales son aquellos por los cuales no es amenazado el individuo, ni el Estado, sino la masa, la sociedad (actos antisociales).

Las condiciones *físicas* de vida de la sociedad, es decir la seguridad externa de su existencia, son amenazadas por incendios, provocación de una inundación, destrucción de represas, muros, ferrocarriles y también por violación de la paz interna — no es a éste o a aquél a quien tiene en vista el autor, o, si lo tiene, el que sufre con ello, sino una indeterminada multitud de personas, la masa.

Las condiciones *económicas* de vida de la sociedad, es decir la seguridad de las relaciones, es amenazada por falsificación de moneda y falsificación de documentos. En mi opinión es completamente erróneo catalogar el primer delito como contra el Estado, pues el Estado no es dañado por él en modo alguno, ni siquiera como propietario de los cuños de las monedas, pues ¿qué daño le causan a él las monedas falsas? El derecho a acuñar moneda no tiene nada que ver con la esencia del Estado, es decir con su posición de poder; en su lugar podrían acuñar monedas los Bancos, como emiten ya letras de cambio, cuya falsificación debe ser y es castigada en interés del público como la falsificación del papel moneda emitida por el Estado o las monedas por él acuñadas. Perjudicada por las monedas falsas o el dinero falso es solamente la sociedad. No el individuo que las ha recibido, pues el dinero falso pasa de unas manos a otras. La relación en general es la que sufre, el sentimiento de seguridad cesa. Lo mismo se puede decir de los documentos falsos. La relación no puede existir si toda moneda y todo documento tienen que ser examinados primeramente en cuanto a su legitimidad.

Las condiciones *ideales* de vida de la sociedad son amenazadas en sus fundamentos morales y religiosos, por ejemplo por el perjurio, por los ataques contra la moral y la religión. ¿Se puede cometer delitos contra la religión y la moral? Sólo en el mismo sentido que contra la propiedad o el honor, es decir el delito no es perpetrado contra esos conceptos, lo que sería un absurdo semejante a un delito contra la atmósfera, que se apeseta, o el agua, que se envenena, sino siempre sólo contra la persona. En los delitos contra el honor y la propiedad

es el individuo, en los antes nombrados es la sociedad la persona lesionada por ellos. No es Dios, como se admitía antes con respecto a los delitos religiosos y al perjurio — a Dios no se le puede perjudicar —, y la circunstancia que el delito contiene un alejamiento de Dios, es decir un pecado, no se aplica sólo a ciertos delitos, sino a todos. Igual se puede decir del Estado, pues su posición de poder no es amenazado por ellos.

A la categoría de los delitos sociales en el sentido amplio pertenecen también la mayor parte de las contravenciones policiales; la policía es propiamente la representante de los intereses de la sociedad en el sentido estricto de la palabra aquí expuesto.

He pasado en lo dicho hasta aquí por alto los delitos de naturaleza dudosa; diremos unas palabras sobre ellos.

Primeramente el *duelo*. Se puede ver en él una ofensa a la soberanía de la justicia del Estado, ya que los participantes ventilan por sí mismos su disputa, que habrían debido dejar a la decisión de los tribunales. Si hicieran eso en lugar de armas mortales con bastones o jeringas de agua o por medio de una competencia en la carrera, nadie vería en ello algo punible. Lo decisivo son las armas mortíferas y el peligro para la vida mutua resultante de ello. Por eso el duelo no pertenece a los delitos políticos, sino a los privados (amenaza recíproca contra la vida).

Luego el *aborto*. ¿Quién es el sujeto del fin en el mismo? ¿El hijo futuro? No existe todavía como persona, es, como dice justamente el derecho romano, todavía una parte de la madre. Sujeto del fin en el aborto no es pues el niño, sino la sociedad; lo punible en él, consiste en el hecho que contiene un peligro para el retoño, que pertenece a las condiciones de vida de la sociedad.

Que alguno de los delitos clasificados por mí más arriba se pueden situar también en otra categoría, no puedo ponerlo en duda; los he ordenado según el punto de vista decisivo en mi manera de ver.

La clasificación intentada hasta aquí de los delitos según la medida del sujeto del fin, no pretende ejercer una influencia determinante en la sistemática del derecho penal, sino que responde simplemente al propósito de exponer la aplicabilidad de mi punto de vista del sujeto del fin también al delito, y eso, espero, me parece haberlo logrado. El criminalista puede rechazar esa división como inaplicable para sus fines, lo mismo que hará y debe hacer el civilista con mi interpretación de las fundaciones — existen diversos puntos de vista de la consideración, y cada cual tiene derecho al que contiene algún progreso de su asunto, y de esto creo poder jactarme con respecto a los míos.

Termino aquí mis exposiciones sobre el sujeto del fin en el derecho. Si han de hallar aprobación en todos los detalles, no me interesa mucho, pero en cambio atribuyo tanta mayor importancia a la idea fundamental que el sujeto del fin en el aspecto filosófico jurídico contiene el principio más elevado de la clasificación del derecho, y que junto al individuo y al Estado, (iglesia, asociaciones) también hay que reconocer a la sociedad en sentido estricto como sujeto del fin del derecho. Cuanto menos quiera el jurista admitir este tercer sujeto del fin, que no se puede subordinar a su categoría del sujeto del derecho, mayor empeño tengo en fortalecer el peso de la demostración, más arriba expuesta, de su justificación por el hecho de darle un salvo conducto histórico, ofrecido nada menos que por el pueblo modelo del derecho, el romano. Este último ha concebido el concepto de la sociedad en el sentido anterior con una gran claridad, agudez y consecuencia, y la acuñó en su estructura estatal como si se tratase de un problema teórico, de formulación abstracta del concepto, sistemáticamente correcto, no restringido por ninguna clase de consideraciones prácticas. Esto ocurrió en la censura y el edilato.

La sociedad en el sentido que hemos expuesto más arriba era el sujeto al que tenían que dirigir su vigilancia y su preocupación los censores y ediles. Incumbía a los censores comprobar cuál era el estado de la sociedad romana en su tiempo, y qué medios estaba en situa-

ción de poner a disposición del poder público. Tenían que poner al corriente al poder público sobre la cifra y el aumento de la población, las fuerzas armadas y equipo, la posesión de capital, etc., en una palabra su misión era la estadística de la fuerza nacional en interés de la administración del Estado. De esa función estadística se desarrolló en sucesión natural la función del juicio de las costumbres. Cuando alguien había retrocedido en el bienestar desde la realización del último censo, ¿qué había para el censor más próximo que informarse de los motivos y, si el hombre no podía justificarse, advertirle, recordarle sus deberes para con la sociedad? En caso de reincidencia se transformaba la advertencia en una reprehensión y una censura pública (*nota censoria*). La mala administración, el cultivo descuidado de la tierra eran objeto de la acción del censor; el bienestar de la sociedad sólo podía prosperar cuando cada cual como propietario cumplía con su deber y obligación. Lo mismo ocurría con los matrimonios sin hijos y con el celibato — la sociedad necesitaba la descendencia. Por esta razón, el que no había tenido hijos con su mujer, consideraba obligado, a consecuencia de la amonestación del censor, separarse de ella y tomar otra esposa. Ahí tenemos dos de las condiciones de vida jurídicas mixtas de la sociedad en el sentido antes expuesto: el trabajo y la reproducción como objeto de la preocupación del censor. Pero no estaban protegidas en forma jurídica. Las exigencias del censor no eran de naturaleza *jurídica*, no podía aplicar contra la desobediencia los medios penales del derecho (el dinero, la libertad, el cuerpo y la vida) (*), sino que el único medio de presión de que podía servirse frente a ello era la desaprobación moral, por la cual la sociedad procuraba fuerza a sus exigencias morales (cap. IX) y que él, como representante de la opinión pública, llevaba a la aplicación. El censor era la personificación jurídica de la opinión pública, del juicio moral del pue-

(*) Ver mi *Geist des römischen Rechtes*, II, 1, pág. 54 y sigts. (3a. ed.). Cic. pro Cluentio, c. 42. *Majores nostri (animadversionen et auctoritatem censoriam) nunquam neque iudicium nominaverunt neque perinde ut rem iudicatam observaverunt.*

blo. Sólo allí se extendía su poder más allá que la opinión pública, pues podía aplicar el pensamiento de la exclusión de la comunidad de los compañeros, que aquello sólo podía realizar en la relación social, una consecuencia de derecho público, al negar al indigno la posición política honorífica (exclusión del Senado, del estamento de los caballeros, de la tribu), condicionada por la estimación de los compañeros. El punto de vista que guiaba al censor en su régimen de las costumbres no era la consideración del individuo, como por ejemplo el de un confesor, pastor de almas, sino la de la sociedad; la moral le interesaba sólo por su valor social práctico, es decir como condición ineludible de la prosperidad de la sociedad, para el mantenimiento y el aumento de la fuerza nacional, en una palabra era el pensamiento que la moral nacional es fuerza nacional.

También el cargo de los ediles giraba exclusivamente en torno a la sociedad. No tenían nada que ver con el Estado como tal, los intereses que tenían que vigilar eran simplemente los del pueblo, de la masa.

Eran los siguientes: 1. Preocupación por las condiciones físicas de vida del mismo: alimentación, régimen de granos, agua, baños, cocinas públicas — seguridad de los pasos públicos, reparación de los edificios y de los caminos públicos, etc.

2. Condiciones *económicas*: comercio, policía de los mercados, verificación de las monedas, de las medidas, del peso, usura pecuniaria y acaparamiento de granos, contravención de las disposiciones político-sociales de la *lex Licinia* sobre la utilización del *ager publicus* y otras.

3. Condiciones *ideales*: moralidad (persecución de los delitos contra las costumbres — antigua policía de prensa, es decir destrucción de los libros inmorales y peligrosos), decoro público (conducta pública escandalosa, desprecio del pueblo soberano —) (*), economía y frugali-

(*) El conocido caso de Claudia (Gellius 10,6); el mismo no carece de importancia teórica porque una autoridad como Th.

dad (restricción del lujo, también de los funerales, observación de las leyes suntuarias, confiscación de manjares expuestos públicamente), diversiones del pueblo (fiestas populares, juegos).

La competencia de los ediles (*) ofrecida por este resumen de ningún modo completo, los distingue como protectores de la sociedad romana en sentido estricto, como administradores de la policía de seguridad y de la beneficencia. La disposición del necesario poder de coacción externa era la consecuencia necesaria de la misión que se les había señalado. Sin entrar en mayores detalles del asunto, lo que no estaría aquí en su puesto, puede bastarnos con advertir que las tres formas básicas de la existencia de la sociedad demostradas más arriba en ocasión de los tres conceptos fundamentales del derecho: la propiedad social — los compromisos sociales — la protección frente a los delitos contra la comunidad — en Roma estaban sometidos en lo esencial a la vigilancia de los ediles. En ciertos casos intervenían realmente, por ejemplo en alteraciones del paso público, alejando el obstáculo (**), en otros hacían llegar a la persona privada una disposición para que tomase las medidas necesarias, por ejemplo reparación del camino, de la casa, a lo que seguía en caso de desobediencia la pena de una multa

Mommsen, *Röm Staatsrecht*, II, pág. 461, lo ha querido clasificar desde el punto de vista de "un delito directamente dirigido contra el Estado", lo que alteraría por completo la interpretación expuesta de la competencia de los ediles. Pero Claudia no obró contra el Estado romano, sino contra el pueblo de Roma (*istam multitudinem perditam eat*), se podría calificar su contravención según la naturaleza de la blasfemia como una "blasfemia contra el pueblo".

(*) La exposición completa en Th. Mommsen, obra citada, pág. 461-491.

(**) 1, 2-24. *Ne quid in l. p.* (43.8), 1.2 de *via pública* (43.10). El conocido caso del l. 12 y 13 de *peric.* (18.6): *Lector emptos, cum in via publica positi essent, aedilis concidit.*

(*), en otros se constituían en jueces (**), en todas las contravenciones más graves finalmente se presentaban ellos mismos a los comicios de la tribu con una propuesta de pena pecuniaria — una propuesta que no tenía, como en los comicios de centuria, la significación de una acusación criminal, sino la de una *compositio*, es decir una redención del culpable por medio del dinero.

Los dineros de la penalidad que se obtenían por este medio, correspondiendo al carácter social de su cargo, no eran entregados a la caja del Estado (*aerarium*), no eran percibidos por los funcionarios del fisco del Estado, los cuestores, como ocurría con el patrimonio de aquellos que habían delinquido contra el Estado, sino que los percibían los ediles mismos y los empleaban en interés de la sociedad, atendiendo con ellos los gastos de los juegos públicos, caminos, construcciones, monumentos, etc.; lo que se había dañado a la sociedad, debía ser reparado.

Así nos acompaña el punto de vista de la sociedad a través de toda la administración de los ediles; no encontré un solo punto en el que se niegue (***). Los demás magistrados, con excepción de la censura, no tienen nada que ver con la sociedad. El que quiera caracterizar brevemente la función de derecho público de todos los magistrados romanos según nuestro punto de vista del

(*) 1. 1 § 1 de *via pública* (43.10) ...*multent eos, quousque firmos fecerint (parietes)*, § 3 *ibid.* *construat vias publicas unusquisque secundum propriam domum.*

(**) *Actiones aedilitiae*, a las que también pertenece la acusación penal en 1.40-42 de *aed. ed.* (21.1).

(***) Mommsen en otro lugar de la obra citada, pág. 463, no advierte en la función penal de los ediles la conexión con su competencia en lo demás, al menos en "la gran mayoría de los delitos", y opina que se debe interpretar eso como "una competencia absolutamente excepcional de su actividad oficial". Por mi parte no conozco ningún caso que no mantenga el punto de vista por mí establecido de la contravención social (antisocial).

sujeto del fin, puede decir: el sujeto del fin del cónsul es el Estado y eso desde el aspecto militar y político, el de los cuestores igualmente el Estado, pero desde su aspecto económico; el de los tribunales la plebe, el de los pretores el individuo en tanto que se trata de la protección de los derechos privados (a los que pertenecen, según la interpretación romana, también las acciones por delitos y las *actiones populares*), el de los censores y ediles, la sociedad. Si los funcionarios no están a la altura de su tarea, sufre las consecuencias, en el caso de los cónsules, el Estado; en el de los cuestores, el erario; en el de los tribunos, la plebe; en el de los pretores, el individuo; en el de los censores y ediles, la sociedad.

Termino. No sólo llego al fin de mis exposiciones sobre el sujeto del fin en el derecho, sino de todo mi desarrollo del concepto del derecho. Al elemento formal del mismo, la forma externa del derecho, con que hemos comenzado, se agregó la exposición ulterior del contenido o, dado que todo el contenido del derecho es determinado por el fin, el elemento del fin, y nos ha llevado así a la definición exhaustiva del derecho, con la cual cerramos ahora toda nuestra consideración del mismo.

El derecho es el conjunto de las condiciones de vida de la sociedad en el sentido más amplio de la palabra, asegurado mediante la coacción externa por el poder público.

Desde el punto de vista de la sociedad que hemos seguido y teníamos que seguir en lo dicho hasta aquí, para exponer el elemento intrínseco o teleológico del derecho, vamos ahora a tomar en cuenta al individuo. La sociedad no es más que la suma de los individuos, y si para exponer la significación del derecho, como un fragmento de todo el orden humano en su conjunto, se puede hacer abstracción del individuo y sustituirlo por la generalidad, es sin embargo en el individuo finalmente en el que expresa el derecho su eficacia, a él le beneficia, a él le pone restricciones. ¿Se compensan las restricciones que hay que aplicar al individuo en interés de la sociedad por las ventajas que se le ofrecen en cambio? La siguiente exposición debe darnos la respuesta a ello,

persigue el arreglo de cuentas del individuo con la sociedad en lo que concierne a la organización del derecho, en el que se establece el debe frente al haber.

Comenzamos con el precio que debe pagar el individuo para participar en los beneficios del derecho; lo designo como presión del derecho sobre el individuo.