

12 m 5

Biblioteca Universitaria
GRANADA

a

nte

la

1870 850

Numero:

Estante:

Sala:

BIBLIOTECA HOSPITAL

BIBLIOTECA HOSPITAL
GRANADA

Sala: A 7

Estante: 1

Numero: 171



TRATADO
DE
DERECHO PENAL.

ESCRITO EN FRANCÉS
POR Mr. P. ROSSI,

PROFESOR DE DERECHO POLÍTICO Y CONSTITUCIONAL EN LA
UNIVERSIDAD DE PARÍS, Y DE ECONOMÍA POLÍTICA EN EL
COLEGIO DE FRANCIA.

Traducido al idioma español

POR
DON CAYETANO CORTES.

TOMO I.

MADRID.

IMPRESA DE DON JOSÉ MARÍA REPULLÉS.
1839.



TRATADO
DE
DERECHO PENAL.

ESCRITO EN FRANCÉS

POR Mr. P. ROSSI,

PROFESOR DE DERECHO POLÍTICO Y CONSTITUCIONAL EN LA
UNIVERSIDAD DE PARÍS, Y DE ECONOMÍA POLÍTICA EN EL
COLEGIO DE FRANCIA.

Traducido al idioma español.

POR

DON CAYETANO CORTES.

TOMO I.

MADRID.

IMPRESA DE DON JOSÉ MARÍA REPULLÉS.

1839.



PRÓLOGO DEL AUTOR.

La obra que ahora publicamos no comprende, por decirlo así, mas que los prolegómenos de otra que abrazará todas las partes de la legislación penal. En ella probamos á establecer los principios de que deben derivarse á nuestro ver las leyes criminales y las formas que afiancen su ejecucion: mas tarde, si tenemos algun motivo para creer que este primer ensayo encierra algunas consideraciones útiles, veremos de hacer la aplicacion de estos principios á cada delito en particular, á la organizacion judicial y á los procedimientos.

Las teorías causan de suyo mucha desconfianza; pero, por mas que se haga, en todas partes se van infiltrando: mas ó menos

perfectas, siempre dominan las acciones de los hombres con su conocimiento ó sin él. Nadie está libre del yugo de los principios generales; suyo es el imperio del mundo, y obedecer á ellos es una de las glorias del hombre. Como dijo un publicista de profundo talento, que ha defendido la libertad con la rigorosa lógica de que se valió anteriormente para derrocar en Francia á la filosofía sensualista: *Despreciar la teoría es tener la pretension, orgullosa sobremanera, de obrar sin saber lo que se hace, y de hablar sin saber lo que se dice.*

Como quiera que solo queríamos establecer principios generales, hemos entrado en pormenores que parecerán inútiles á algunos lectores. Pero la filosofía del derecho no está tan generalizada en Europa que nos haya parecido ocioso desenvolver, algunas veces con estension y bajo diversas formas, cosas que parecen estar ya bastante demostradas para los hombres instruidos de nuestra época. La civilización no anda tan de prisa su camino. A algunas jornadas de nosotros existen gobiernos que conservan el tormento, y otros

que defienden los procedimientos secretos con un respeto casi religioso. Así que quisieramos escribir, no para infundir á estos gobiernos el deseo de reformar sus hábitos, sino para hacer entrar á sus gobernados en ganas de inducirlos á ello. Siempre nos olvidamos de que estamos viviendo en medio de los Estados mas civilizados de Europa. También es menester trabajar algo en estender por el mundo el imperio de esta civilización, aun imperfecta seguramente, pero de que tenemos algunos derechos para envanecernos.

AL DUQUE DE BROGLIE,

PAR DE FRANCIA,

QUIEN POR LA ESTENSION Y SAGACIDAD DE SU TALENTO

HA ESPARCIDO UNA NUEVA LUZ

SOBRE LAS MAS IMPORTANTES CUESTIONES DE DERECHO

PÚBLICO,

Y DE LEGISLACION.

SUS ESTÍMULOS Y SUS CONSEJOS

NOS HAN ABIERTO

EL CAMINO QUE HEMOS CORRIDO.

LE OFRECEMOS EL RESULTADO DE NUESTROS TRABAJOS

COMO UNA MUESTRA DE AMISTAD.

Y DE RECONOCIMIENTO.

*Será perseguida ante la ley cualquiera persona que
reimprima esta obra.*



TRATADO

DE

DERECHO PENAL.

INTRODUCCION.

CAPÍTULO PRIMERO.

Del sistema penal y de su influjo sobre la sociedad.

La importancia y dificultad del asunto escogido parecen ser el tema necesario de toda introduccion: todos se complacen en ponderarlas y exagerarlas. Muchas veces, mientras mas trivial es el asunto, mas pomposo es el modo de anunciarle. El autor teme, mas que nada, que le acusen de haber perdido el tiempo y consumido su talento en cosas ociosas y vulgares. Témesese menos la reconvencion de no haber sabido alcanzar un término elevado, que la de haber descendido á cosas bajas voluntariamente y con conocimiento de causa.

Probablemente voy á incurrir á mi vez en la nota de exagerado, al tratar de demostrar que el derecho penal es el ramo mas importante quizás, ora bajo el punto de vista moral, ora bajo el punto de vista político, de la ciencia de las leyes. ¿Será esto una ilusion? ¿Es posible exagerar sobre este punto?

Antes de pronunciar un fallo éntrese en la sala de un tribunal, asistase á un juicio, á la vista de alguna

causa; y empiécese á reflexionar sin dejarse subyugar por el hábito.

¿Qué se ve en el banco en medio de tan gran solemnidad? Un hombre cuyas fuerzas estan encadenadas, que está á merced de los demas hombres, perseguido en nombre y por interes de todos, que, solo en su lucha contra un poder grandísimo, se ve únicamente protegido por las fórmulas de justicia. Nuestro primer movimiento es acudir en auxilio de aquel infeliz.

Pero un magistrado acaba de hablar. ¿Cómo cambia todo de aspecto! ¿Cuánto mal ha hecho aquel hombre! ¿Cuántos recelos, cuánto horror inspira! Nos parece tardío el momento en que hemos de ver caer su cabeza bajo la cuchilla de la ley.

La piedad y la indignacion pueden ser á la par inoportunas, pero en los diferentes casos son en igual grado naturales. Allí está el peligro de todos tiempos y lugares, porque en todas partes se encuentra el hombre perpetuamente. El hombre es quien establece la ley penal, el hombre es quien acusa, quien juzga, quien concurre al juicio. El hombre se extravía muchas veces, aun arrastrado por el influjo de las pasiones nobles y generosas. ¿Cuántos motivos de temor debe haber, pues, cuando acuden á conspirar con ellas las pasiones bajas y ruines, como la cólera de oficio, la venganza, la pusilanimidad, la ambicion y el fanatismo? Menester sería que los legisladores y los jueces no fuesen hombres; menester sería que pudiesen penetrar todas las imperfecciones de nuestra condicion, sin que ellos viviesen sometidos á ellas.

El problema de la administracion de la justicia humana parece, pues, imposible de resolver á primera vista; empero no puede dilatarse su solucion, y al cabo de todo es indispensable que sea el hombre quien, á pesar de todas sus imperfecciones, trabaje por conciliar el sosiego de la sociedad, la seguridad del acusado inocente y el castigo del acusado culpable.

El ciudadano debe tener garantías contra los yerros que en perjuicio de él pudieran cometer los jueces, y los atentados de que sería víctima, si la impunidad de

los malhechores aumentase su número y audacia. Pero, socolor de asegurarle y custodiarle mas, ¿será menester por eso que las leyes le encadenen, le quiten el ejercicio de sus facultades á fuerza de prohibiciones, y le priven de caminar hácia su perfeccion, que es en lo que se funda la mas noble parte de su destino? ¿será menester que compre la existencia material con el suicidio moral?

El delincuente mismo, á pesar del horror que puede inspirar su crimen, debe encontrar á su vez justicia: esta debe protegerle con sus inalterables reglas y su fria imparcialidad. Porque tiene una deuda que satisfacer, ¿habrá de entregar toda su hacienda al capricho del mas fuerte? Porque se ha humillado hasta el crimen, ¿debe ser convertido en una especie de instrumento de terror, debe ser considerado como un medio de infundirle en las manos del poder? El delito no despoja al hombre de su condicion, y este sigue siempre siendo un ser sensible, dotado de inteligencia, de libertad y de moralidad. Aun le quedan deberes que cumplir, y derechos que es necesario respetar.

Pero un hombre que padece, aunque sea injustamente, vale siempre muy poco á los ojos del humano orgullo. "Es una teja que cae, un mal irremediable; sucede raras veces, y antes que nada conviene hacer un ejemplar." ¿Qué sé yo las cosas que se dicen? Úsase una fraseologia de convenio, un lenguaje desdenoso, que no es mas que la expresion de nuestra liviandad ó de un egoismo ciego.

Pero dejemos un instante estas flaquezas de la condicion nuestra: olvidemos al hombre poseido de su error ó arrastrado por una violencia de la justicia humana, y miremos el problema bajo un punto de vista mas general. Su importancia parecerá aun mucho mayor, porque de su solucion depende en gran parte el orden político de las sociedades civiles y la manifestacion del orden moral en este mundo.

Influencia política.

Quando decía Platon (1) que un Estado dejaria de serlo, si no estuviere en él con regularidad establecido el poder judicial, manifestaba un sentimiento universal, una creencia de todos los hombres. La necesidad de una justicia social está tan generalmente reconocida, que solo se hace sentir la necesidad de pedirle sus títulos de legitimidad entre aquellos que se hallan acostumbrados á penetrar en las entrañas de las cosas lo mas profundamente que pueden. El juez que decide sobre una cuestion de propiedad comete un acto cuya conveniencia ni al hombre mas tosco se esconde. Pero el tribunal criminal, castigando al asesino y reprimiendo al falsario, es quien obra completamente acorde con los sentimientos de todos; no hay nadie que no le mire como un protector. Es cierto que no basta la utilidad material de la justicia penal para justificar su existencia: para ello es menester que esta utilidad sea tambien legitima. Pero adoptándola como un hecho, es irrecusable: nadie niega que sin justicia penal no podrian subsistir las asociaciones humanas. ¿Qué mas podria decirse para realizar la importancia de la ciencia que enseña á organizarla y comunicarle la energía de que es capaz?

Pero esta energía debe estar encerrada igualmente en sus justos límites; porque, por puro y razonable que sea el origen de la justicia social, por sagrados que sean los títulos que la justifican, en la práctica es obra del hombre, y se convierte en instrumento del bien y del mal en las manos de un ser fragil y lleno de pasiones. Colocada en medio de la sociedad en el concepto de poder legal, complemento necesario de todos los demas poderes, y á la que no hay cosa que no deba ó pueda ve-

nir á parar, no solo pudiera de vez en cuando inmolar víctimas al interés y al capricho, sino posesionarse de la sociedad toda, trastornar con sus violencias el orden político, y reducir á pueblo de esclavos á una nacion libre.

Tales son los efectos que en España y Portugal produjo el tribunal de la inquisicion: tales habrian sido los que la cámara estrellada habria causado en el pueblo inglés, si no hubiese, cuando aun era tiempo, conocido sus fuerzas y reconocido su derecho.

La libertad política tiene particular necesidad de la justicia; ambas son dos condiciones sociales inseparables entre sí. Cuando una de ellas ha existido durante un trancurso de tiempo, la otra nace necesariamente; y si alguna llega á faltar, la otra tarda poco en desaparecer ó en ser desnaturalizada. El jurado y el parlamento de Inglaterra son dos puntales igualmente necesarios del propio edificio.

II.

Influencia moral.

¿Pero no estan enlazados entre sí el orden moral y político por las mas íntimas y estrechas relaciones? Estas son las que el fin tiene con el medio. El orden social solo es un medio de desarrollar y mantener en el mundo el orden moral. Entre uno y otro hay accion y reaccion recíprocas; porque á medida que el orden social se perfecciona, crece y se propaga el conocimiento del orden moral; y del sentimiento profundo, claro y universal de este último resulta necesariamente la perfeccion del orden político en las sociedades civiles.

Ahora bien, la penal es de todas las partes de la legislacion aquella que mas directamente puede influir sobre las ideas universales del orden moral. La ley penal es aquella en cuya virtud el poder ejerce mas particularmente el cargo de declarar de un modo imperativo los principios de lo justo y de lo injusto, del bien y del mal en la esfera del orden público. ¿No es este el deber y el derecho del legislador?

(4) De Leg. Dial. 6.

Sin duda que no es la ley positiva la que crea el derecho, ni lo que llamamos derecho penal, ni lo que llamamos derecho civil, ni otro derecho cualquiera. El derecho es preexistente á todas las cosas, y los pueblos manifiestan nociones de él, antes que el legislador calque sobre su modelo las leyes escritas. La ciencia misma, que no es mas que la reflexion aplicada á las ideas elementales y ordinarias, puede formarse y estenderse con independencia de toda intervencion legislativa. Asi es como los jurisconsultos y magistrados, posesionándose de los elementos que les ofrecia el desarrollo moral de la sociedad, creaban en Roma un derecho positivo, fuera de cuyo alcance se encontraba el legislador propiamente dicho. La historia del derecho nos enseña tambien que con harta frecuencia ha desviado á la ciencia el legislador con sus arbitrarias decisiones de su rumbo directo y espontáneo, en vez de aprovechar los auxilios que estaba dispuesta á ofrecerle. Mas de una vez se ha llegado á dudar, al leer ciertas disposiciones legislativas, si de los modos que hay de confirmar el derecho, sería preferible aquella que se limita á hacerlo fundándose en las costumbres y en la jurisprudencia.

Sin embargo, piénsese sobre esto lo que se quiera, es facil comprender que el derecho penal no admite alternativa en todo estado bien ordenado: la ley positiva escrita debe confirmarle, pues solo bajo esta condicion puede adquirir la fuerza necesaria.

Empero de esto mismo resulta la influencia poderosa y directa que puede el legislador ofrecer sobre las opiniones y las costumbres en una materia que deja menos campo á la accion individual, particularmente en los paises donde no hay jurados. La costumbre de tener siempre fija la atencion sobre el poder legislativo atrasa ó paraliza el desarrollo espontáneo y general de las nociones del derecho penal; el legislador hace al propio tiempo el papel de preceptor, é influye asi poderosamente sobre las opiniones y costumbres de las masas.

Si el legislador se atreve á hacer gala de que no reconoce mas guia que los intereses materiales y pasajeros,

aun cuando prácticamente no fueran sus leyes inicuas, los principios del orden moral se amortiguan en el ánimo de las naciones.

Pero si, ademas, el hombre justo é injusto se encuentran colocados de hecho en la misma línea, si se ven en igual seguridad ó espuestos á los propios peligros, el bien y el mal, la justicia y la injusticia producen iguales consecuencias y se altera el orden moral.

Por último, este queda destruido, hasta el punto que esto se halla al alcance del hombre, cuando en las leyes sociales usurpa abiertamente la fuerza el lugar de la justicia, y los tribunales criminales no son mas, casi me atrevo á decirlo, que tenebrosas cavernas adonde los inocentes van á espiar la culpa de tener de parte suya la razon y la justicia.

La opresion material produce á la larga la degradacion moral del hombre. La antorcha de la razon llega á apagarse cuando se la envuelve en una atmósfera reducida que se emponzoña en vez de cuidar de renovarla.

El error y la injusticia ejercen particularmente un pernicioso influjo sobre la moralidad de los pueblos, cuando proceden de arriba. Lo que al principio provocaba, y con razon, la censura y el desprecio, puede al cabo llegar á ser una creencia y merecer la aprobacion general.

El pueblo español que forma hoy votos por el tribunal de la inquisicion ¿daba las mismas voces en el siglo XVI? Las repúblicas de la América española que se decretan constituciones y asambleas legislativas ¿han conocido la necesidad, se han consagrado primero á establecer una nueva organizacion de la justicia social? Poco mas ó menos, esta sigue siendo española todavía; idénticos son sus principios, idénticas sus fórmulas (1). Las creencias, las opiniones que un poder despótico habia conseguido inspirar á sus súbditos, gobiernan todavía á los republicanos del sur de América.

(1) Ward's Mexico in 1827, tomo I, pág. 305.

Cuando Napoleon osó publicar su famoso decreto sobre las cárceles de estado, destinadas, según decía, á los perpetradores de hechos que no podían dejarse impunes, pero que no era prudente someter á la deliberación de los tribunales; este abuso monstruoso de la justicia social, ó por mejor decir, esta destrucción de toda justicia, ¿ fue acaso un motivo de horror y de indignación para toda la Francia? Puede ponerse en duda: la fé en la infalibilidad imperial era muy viva ya, y estaba muy esparcida.

¿ Qué influjo no ha ejercido en la moralidad del pueblo inglés esa masa de leyes tiránicas, parte de las cuales estan pesando todavía sobre la población católica, y en particular sobre la Irlanda? Las preocupaciones y antipatías de sectas se encuentran arraigadas en la nación; y hombres honrados, entendidos y justos en otras ocasiones, rehusan hacer justicia á seis millones de hombres, sus iguales en derecho; no hablan de ellos mas que con desden; desprecian en el Irlandés la obra de sus propias leyes, y oprimen á todo un pueblo sin escrúpulo, ni remordimiento, ni vergüenza, porque desde niños han aprendido el anatema legislativo que contra la Irlanda encierran estas palabras sacramentales: "la Iglesia y el Estado." (1)

Por igual razon sería conocer muy poco el curso de las cosas humanas no echar de ver el lazo histórico, el hilo tradicional que existe entre la revocación del edicto de Nantes y las dragonadas, y las últimas mortandades de Nimes.

Así es como la justicia social puede llegar á combatir en escuela de error y en instrumento de servidumbre, en vez de ser un medio para mantener el orden y propagar á la par la instrucción.

En una palabra, no hay civilización verdaderamente progresiva sin libertad: de esto solo resulta, en toda

su evidencia, la íntima conexión que el orden moral tiene con el político en las sociedades civiles. La civilización, entendida de la manera mas lata, solo es la manifestación y el desarrollo del imperio del bien y del mal; así es el inmediato término de la humanidad. La civilización material no es mas que un medio, pero un medio tan legítimo como cualquiera otro útil y agradable de suyo, propio para llevar á cabo un deber.

Pero la libertad política, esta condición indispensable de la civilización, no puede existir sin justicia inmediata, y particularmente sin justicia penal: de aquí la evidencia de la íntima conexión que enlaza al derecho penal con el orden moral en las sociedades civiles.

De aquí resulta también el crimen de los que han convertido al derecho penal en obstáculo contra la civilización, ora privando á los individuos de la necesaria libertad, ora desnaturalizando en la ley las nociones de justicia y de verdad.

Por lo demás, sería injusto creer que las falsas doctrinas y las malas leyes de que aun está atestada la Europa en punto á derecho penal, sean todas atentados premeditados contra la especie humana. La negligencia, el descuido y la ligereza han tenido en ellas tanta parte como la ignorancia. La mejora de las leyes penales supone conocimientos y estudios, poco comunes por desgracia, y poco adelantados ademas.

Es incontestable que las ciencias naturales han dejado atrás en su marcha á las ciencias morales y políticas, y que los conocimientos que han vulgarizado no han dejado de tener influjo en la mejoría de las leyes. Seguramente que es sensible pensar que haya existido un tiempo en que el legislador castigaba con severísimas penas actos cuya supuesta maleficencia la contradecían las leyes de la naturaleza. Empero no se miraría bajo un punto de vista muy elevado el derecho penal, si se creyese que era esto lo que tenia de malo el antiguo derecho criminal. Cuando al juzgar el legislador la eficacia nociva de ciertos hechos materiales se engañaba con todo el país, cuando no se ade-

(1) Aun no estaba presentado el bill de emancipación cuando se imprimieron estas páginas. (Nota del Autor.)

lantaba á su siglo en el conocimiento de la naturaleza física, hacia un mal, porque castigaba sin causa; pero este era á lo menos puramente material, y podía sujetarse á medida. Sensible sería que se creyese que el alumbrado de gas envenena á los transeúntes; pero suponiendo que reinase esta opinión, y que el legislador estableciese una ley contra los que quemasen hidrógeno, ¿qué resultaría de esto? El retraso de los progresos de la química aplicada á las artes, y algunas comodidades menos para los hombres. El legislador no rectificaria la opinión pública, pero no serían violados los principios del orden moral; la ley no sería un elemento de corrupción arrojado en la sociedad, porque el envenenamiento es un verdadero delito, y de una maldad tal que la justicia humana debe reprimirle. El error versaría sobre el carácter material del hecho, no sobre la naturaleza moral del acto.

Pero engáñese el legislador sobre las relaciones morales de las cosas, altérelas ó desnaturalícelas de intento, ya no debe ser acusado de un simple mal material y determinable: entonces pervierte á los ciudadanos, confunde las ideas de justo é injusto, y no protege, sino que trabaja por destruir el orden social. Durante una larga serie de años se ha estado ejerciendo toda la severidad del derecho penal contra los disidentes en materia de opiniones religiosas; la humanidad se ha horrorizado á la vista de tantos suplicios, y su grito de indignación es el primero que ha contenido la rabia de los verdugos. Pero ¿quiere esto decir que si las penas hubieran sido leves y suaves, no habrían sido estas leyes penales también subversivas del orden social y en igual grado corruptoras? El vicio estaba más bien en el principio que en la atrocidad de las penas. ¡Cómo! los hombres que solo deben hacer temblando aplicación del derecho penal, y nada más que para proteger el orden social, ¡se proclaman á sí mismos vengadores de la divinidad! ¡Hacer descender la religión hasta la arena de las pasiones humanas! ¡Colocarse con la cuchilla en la mano, entre la conciencia y su Dios, cual si se interpusiesen entre un asesino y su víctima! ¡Y

no es más que material el mal ocasionado por semejantes leyes? ¿Pueden calcularse las funestas consecuencias de estos principios, que, con toda la autoridad de la ley, desnaturalizan las nociones de Dios y de la justicia, y transforman una religión de paz en un culto de odio y de venganza? ¿A cuántos escesos no puede arrastrar este truncamiento del sentido moral, cuando se quiere inculcar á un pueblo que para hacerse benemérito con Dios es menester sondear como enemigo la conciencia del prójimo, espiar sus más ocultas acciones y escondidos pensamientos, vender al amigo, denunciar al pariente, é ir por último, como los salvajes, á regocijarse en derredor de la hoguera que los devora?

Hemos tomado por ejemplo un error, harto manifiesto y desacreditado hoy para temer que pueda subyugar otra vez á los legisladores. Le hemos elegido como uno de los más funestos y de mayor bulto. Pero demasiado fácil sería encontrar otros muchos por su estilo en las legislaciones existentes. Los crímenes imaginarios, por lo menos en las relaciones del orden social, las falsas conexiones morales establecidas arbitrariamente por el poder, no han desaparecido todavía de todos los códigos, y los efectos de estos errores siguen siendo siempre lastimosos.

• Por una parte, es menester guardarse de confundir los preceptos de la moral con las reglas del derecho penal. Efectivamente, la justicia de Dios y de los hombres nunca pueden ser las mismas, ni por la latitud del derecho, ni por la perfección de los medios.

Pero al mismo tiempo, porque el legislador no pueda ni deba aplicar coactivamente en toda su extensión los principios del orden moral, ¿habrá de conducirse como si nada tuviese que ver con ellos y el poder suyo trajera otro origen?

Esto es empero lo que enseñan aquellos que, sin presentar en toda su desnudez el principio de la fuerza como origen de la justicia social, le han disfrazado ingeniosamente bajo la capa de otras teorías más ó menos especiosas, y aquellos que admitiendo al parecer un principio moral, no ven sin embargo más que la

accion material é inmediata de la justicia humana: asi que su sistema encierra en el fondo el pensamiento de aquel hombre que consideraba al cadalso como el eje de la sociedad.

No puede ser esta la doctrina de cuantos reconocan que la ley penal, limitando siempre su accion á la conservacion de la sociedad, debe buscar su punto de partida en los principios de la justicia absoluta, y no permitir nada que sea contrario á los deberes de la humanidad y á la dignidad del hombre.

Para aquellos por lo menos que profesan tales principios, es evidente que el sistema penal está estrechamente ligado, no solo con la conservacion material del orden político, sino tambien con el desarrollo de los principios morales en las sociedades civiles.

Todo progreso de la ciencia penal es pues un beneficio para la sociedad, porque disminuye los padecimientos, y particularmente porque favorece la marcha del hombre hácia su desarrollo moral.

Desgraciadamente la ciencia del derecho penal es una de las mas dificiles de perfeccionar entre todas las ciencias políticas. La multitud de los obstáculos ha infundido temor desde el principio, pero quizás su enumeracion sea un medio preparatorio para vencerlos.

CAPÍTULO II.

Obstáculos á la perfeccion del sistema penal.

Los obstáculos á la perfeccion del derecho penal traen su origen de tres cosas principales: de la propia naturaleza del asunto; del rumbo necesario de las sociedades civiles; y en fin, de la forma del gobierno.

Hacer la ley y juzgar son dos actos esenciales de la justicia social.

Pero hacer la ley es reconocer cuáles son las acciones injustas del hombre, y entre estas cuáles son bastante perjudiciales para que la sociedad deba castigarlas; por último, cuál debe ser el castigo, para evitar igualmente que se pase ó frustre el término de la

humana justicia. Menester es pues resolver á la par problemas de moral y problemas de política, á fin de comprender todos los elementos del derecho penal positivo. Compónese efectivamente este derecho de principios eternos é inmutables de lo justo y de lo injusto, y de aplicaciones acomodadas á la sensibilidad moral del hombre, y al estado particular de cada cuerpo político, á saber: de verdades de todos tiempos, de todos lugares, que existen independientemente de los hechos exteriores, y que no pueden menos de existir; de verdades locales y temporales que existen con los hechos á que se refieren, que cambian, se modifican y desaparecen con ellos; y de verdades generales y locales á la vez, que dependen de la condicion del hombre, pero que modifican las circunstancias en que se encuentra colocado. El hombre es sensible al dolor, y abre su pecho á la compasion: este es un hecho general. No obstante, ¡cuántos hombres han sabido arrostrar los mas atroces dolores! ¡Cuántos hombres hay despiadados! ¡Qué diferencia entre una jóven europea y una salvaje irritada!

Esto es decir, en otros términos, que el derecho penal se compone de una parte absoluta y de otra relativa, de una parte variable y de otra invariable, de una parte en que el hombre no puede influir nada, y de otra que puede modificar, modificando su propio modo de existir; en una palabra, de preceptos de justicia y de reglas de utilidad.

Asi pues, para formar un derecho positivo racional, es menester acudir simultáneamente á las verdades de la filosofia y de la psicologia y á los orígenes de la historia. Pero la dificultad consiste principalmente en combinar en justas proporciones estos diversos elementos.

Primeramente hay que recoger las decisiones de la razon universal y de la conciencia humana, pero cuidando de no tomar como tales las sujestiones del egoismo y las exigencias de las pasiones. Hay que determinar las acciones de un ser cuyos pensamientos nos son muchas veces desconocidos, y cuyos sentimientos solo han sido observados y analizados hasta ahora de un modo

incompleto. Es necesario calcular el influjo de sus acciones sobre los demas y sobre todo el cuerpo social; es decir, sobre un cuerpo compuesto de diferentes partes, heterogéneas muchas veces, y mal ligadas entre sí, de elementos que pueden variar, modificarse y desaparecer de un dia para otro. Es necesario considerar al hombre como es en sí, y como pueden haberle hecho las instituciones sociales. No basta conocer la fuerza de sus sentimientos, si no que es menester preveer los resultados de una lucha entre sentimientos opuestos.

Al estudiar al hombre y á las sociedades se encuentra una mezcla, una amalgama, una continua sucesion de causas y de efectos, tan escondidos unas veces, tan rápidos otras, que predecir un resultado moral parece casi siempre una prueba de ligereza é imprevision. No obstante, en preveer y calcular con antelacion y por un transcurso de tiempo mas ó menos largo resultados morales trabaja el legislador; apoyado en semejantes datos es como se atreve á amenazar á los hombres con penas inmediatas muy graves y sobremanera irreparables, y sobradas veces con la muerte. Cultiva una ciencia en parte conjetural, pero lo que decide es de lo mas positivo: es probable que tal acto, si fuese cometido impunemente, produjese tales efectos en el orden social; si le cometes, perecerás.

He dicho que una ciencia conjetural; es menester añadir, una ciencia que está todavía muy imperfecta.

No paremos primero la atencion mas que en la parte mas facil, al menos en la apariencia, aquella que consiste en conocer los hechos sociales y las necesidades políticas de cada pais. Los legisladores de nuestros dias no han trabajado en adquirir este conocimiento. En vez de dejarse conducir por un sentimiento confuso y general del estado de las cosas, ¿han procedido de un modo racional? ¿han tomado posesion de todos los elementos de su trabajo? Las obras históricas, las investigaciones de estadística judicial eran lo que debia haberles servido de ayuda. En todas partes trabajan en leyes penales; el lujo de la *codificacion* nos tiene invadidos. Mas ¿cuál es la nacion que posee una historia exacta

y completa de su derecho criminal? La misma Alemania, la estudiosa é infatigable Alemania la desea, pero no la posee todavía. Digamos mas; ¿cuáles son entre los numerosos *codificadores* de nuestros dias los que han considerado á la historia como el verdadero punto de partida? ¿Cuáles son los que han pensado en pedirle todos los datos que debia suministrarles? No basta conocer la fecha, el motivo, los autores y el contenido de las leyes anteriores, ni haber advertido su oscuridad, su insuficiencia y sus mas palpables defectos. Esto será, si se quiere, la historia de la ley; pero ¿dónde está la verdadera historia del derecho penal y de su desarrollo espontáneo? ¿Dónde está la historia de la ciencia que, si ha existido, ha debido apoderarse del producto de las fuerzas nacionales y someterle á sus métodos y procedimientos?

Lo que importa antes de todo es saber, en cada especie de delito y en cada especie de pena, cuáles han sido las opiniones del pais, las creencias del pueblo, la época de su nacimiento, su desarrollo, su declinacion, y su conexion con otras opiniones, otras creencias religiosas, políticas, ó de cualquiera otra especie. Si el hombre, cuyo dictámen ha contribuido quizás á que se resolviesen un gran número de cuestiones legislativas, se propusiese á sí mismo de buena fé uno solo de estos problemas históricos, ¿no quedaria sorprendido de su ignorancia y de las dificultades que esperimentaria para instruirse, especialmente en los paises privados de asambleas deliberantes, de libertad de imprenta, y en particular de jurados? No se ha parado bastante la atencion en que el jurado tiene entre otras ventajas la de ser, hasta cierto punto, la historia viviente del derecho penal. Los pocos buenos ensayos que se han hecho de estadística judicial tienen la fecha de ayer, y nada hay que esperar sobre esto en las naciones que no tienen libertad política. Los trabajos de esta clase que en ella se publicasen no merecerian ninguna confianza, pues les faltaria la censura de la libre discusion ejercida por la imprenta.

Por otra parte, estos trabajos históricos son de di-

ficil ejecución. El historiador de una institución material no necesita mas que atención y buena fé para ser verídico. No sucede lo mismo cuando son hechos morales los que se describen. ¿Bastan la atención y la buena fé para observar bien y describir en su origen, en sus progresos y en sus variaciones, las inclinaciones, las creencias y las opiniones de una nación, determinar los efectos producidos por tal ó tal uso, y seguir la acción recíproca de las leyes y de las costumbres al través de las circunstancias y de los tiempos? Las investigaciones de estadística judicial tienen mucho valor; pero no son mas que un elemento del trabajo histórico, ni dan otros resultados que los que pueden ser efecto de diversas y multiplicadas circunstancias. Solo haciendo un trabajo completo pueden referirse estos resultados á sus verdaderas causas, y este trabajo es largo y dificultoso.

Y no obstante, aun no hemos salido del estrecho círculo de los hechos nacionales. Es menester ademas conocer hechos mas generales, los de la naturaleza humana. La historia del hombre, el conocimiento de su sensibilidad física y moral es lo que nos ayuda á comprender la historia de una reunion de hombres, de este ó aquel pueblo en particular, lo que nos explica la naturaleza de sus sentimientos en circunstancias dadas, lo que nos permite adivinar lo que los hechos materiales tienen escondido al vulgo bajo su grosera cubierta. La historia natural del hombre debe ser un resultado de la exacta observacion de todos los hechos esternos é internos de la naturaleza humana. Pero ¿dónde se halla el completo registro de estas observaciones? El materialista desprecia los hechos internos; otros creen que es mas sencillo evitar en todas las cosas el procedimiento lento y penoso de la observacion: los legisladores y jurisconsultos empiezan apenas á comprender la obligacion que tienen de conocer al hombre antes de darle leyes y erigirse en jueces de sus acciones.

Aun se ofrece otra tercera dificultad. Conociendo al hombre y al estado, el legislador puede fundar un sistema penal conforme con el fin particular que se

proponga, un sistema eficaz, y de cierta conveniencia, si se quiere. Pero, para que al mismo tiempo sea justo, conforme al fin supremo de las sociedades civiles y en armonía con la dignidad del hombre, es menester remontar á los principios fundamentales del bien y de la certidumbre. Pero ¿no son todavía estos principios motivo de contestacion y de disputa? ¿Estamos en vísperas de ver acabar esta desavenencia? Preguntadles primeramente á los filósofos, á la escuela de Condillac y á la de Kant, á los jurisconsultos teóricos de Alemania y á los discípulos de Bentham, y luego á los prosélitos de Maistre y de Lamennais; preguntadles qué cosa es lo justo, y en qué y cómo es dado al hombre reconocerlo. Los unos interrogan á la razon y á la conciencia; los otros niegan la conciencia y mutilan la razon; los últimos solo confiesan la conciencia y reconocen la razon para tener el gusto de envilecerlas y destronarlas. La diversidad de principios se hace sentir en todas las cuestiones de práctica y aplicacion. Tres códigos criminales, uno de los cuales fuera obra de un Kantista, otro de un discípulo de Bentham, y otro de un admirador de las *Veladas de San Petersburgo*, no tendrían mas semejanza que identidad guardan entre sí el principio del deber, el principio del interés y el principio teocrático. ¿Y si uno de estos tres sistemas de leyes, uno á lo menos estuviése siquiera en entera armonía con los principios de justicia y las exigencias del orden social! Pero, en el primero muy probablemente no se habria atendido lo bastante al verdadero estado de las cosas humanas; el segundo solo habria cuidado de los intereses materiales y pasajeros; y el tercero no sería mas que la expresion de una tiranía humillante que se creeria hasta con derecho para castigar el examen y la queja.

Empero la verdad existe á despecho de todos los sistemas exclusivos. Si el filósofo, demasiado envanecido con poseer un fragmento de ella, y consagrado á explotar las riquezas de su conquista parcial, pierde de vista la totalidad de aquella, no por eso deja de existir esta amplia y fecunda unidad; el sentido comun la entrevee,

y aunque no saca sabiamente todas las consecuencias que encierra, háce de ella en cada caso particular una aplicación que, aunque instintiva, no deja de ser menos justa. Si yerra, no es sobre el derecho; las mas veces se engaña ó la engañan acerca de los hechos.

El legislador debería ser pueblo y filósofo á la par; mantenerse á un tiempo prevenido contra el espíritu de sistema, porque ha menester toda la verdad; y contra toda opinion irreflexivo, porque necesita consecuencias racionalmente deducidas, y que solo una inteligencia ilustrada puede esterbar que ciegas pasiones alteren el sentimiento natural de lo justo y de lo bueno.

Pero colocados así entre el pueblo y los filósofos, necesitando á la par las luces instintivas del uno y los sabios métodos de los otros, ¿les es facil á los juriscónsultos y legisladores no ser empiristas como el primero, ni parciales é incompletos como los segundos? Exáminese y júzguese. Por lo demas preciso es convenir en que las mas veces no nos hemos dejado inclinar hácia la parte de los filósofos. ¿Es tan cómodo ser pueblo! Hasta ahora las dificultades dimanan de la naturaleza de los conocimientos que supone el establecimiento de una buena justicia penal. Hay mas, si es difícil adquirir estos conocimientos, tal vez lo es mas todavía hacer buen uso de ellos, pasando de la doctrina á la legislación, de la ciencia al arte.

¿Qué es una ley positiva y escrita? Una fórmula, una especie de espresion algebraica, una medida sacada del tamaño medio de cierto número de hechos particulares; en una palabra, un verdadero lecho de Procasto. No es ni puede ser otra cosa, á menos de que se renuncie á las leyes y se esponga uno á todos los caprichos de un poder arbitrario. Cuando se quiere establecer una regla de derecho, es necesario salir por via de generalizacion del caos de los hechos individuales, y dar en las leyes al espíritu humano el mismo auxilio que se le da en las ciencias.

Pero el ingeniero, el artillero que aplicase, sin tener en cuenta las circunstancias del hecho particular, una fórmula general de mecánica y de balística, se pondria

en ridículo ó incurria en una culpa. ¿No sucederia lo propio á los ministros de la justicia social?

¿Qué es pues esa ley escrita, que mas bien es un método que una verdad? ¿esa orden que no puede cumplirse al pie de la letra sin injusticia? ¿esa regla que necesita ser rectificada por otras reglas? Cuestiones graves, así como la de saber si esta rectificacion es posible, de qué modo y hasta qué punto.

No es esta la ocasion de pensar en estas cuestiones; no hacemos mas que apuntar las dificultades.

Y cuando se esté en posesion de la regla que se quiere establecer, aun todavía no se ha hecho todo. Es menester buscar una espresion clara, sencilla y terminante. Esto lo saben y lo dicen todos, aun aquellos que nunca han echado de ver las dificultades que presenta la aplicación del instrumento del lenguaje á las materias de legislación.

Los preceptos abundan, pero es muy escaso el número de leyes bien redactadas. Probablemente no es cómoda la aplicación de todas estas reglas de retórica legislativa.

Sería un trabajo tan curioso como instructivo comparar, bajo el punto de vista de la redaccion, las leyes de los diversos pueblos, y examinar el influjo del carácter propio de cada lengua, de las opiniones literarias y de los métodos científicos dominantes en las diferentes naciones.

La redaccion de la ley penal presenta muchas dificultades, las cuales, á nuestro parecer, son particulares á ella. Aqui no haremos mencion mas que de una sola. La ley penal obliga á todos los ciudadanos; pero, como enseñanza, se dirige mas principalmente á las clases mas numerosas y menos ilustradas, y, como sancion penal, tambien son estas las que sienten las mas veces sus golpes. Distinguese en esto de las leyes políticas y civiles. Los principios y el espíritu de las primeras interesan á toda la nacion; su aplicación solo comprende á un pequeño número de personas. La de las leyes civiles se estiende, ora directa, ora indirectamente, á un gran número de ciudadanos; pero siempre es cierto que la

redaccion de estas leyes importa poco á los que nó tienen nada.

Pero con nuestras lenguas gazmoñas, desdeñosas y atadas con la hojarasca de su etiqueta, ¿es facil hacerse entender de aquellos que no han oido nunca mas que el dialecto áspero, pobre é irregular, pero vivo, cordial y pintoresco del mercado, de la taberna y de la feria?

Sin embargo, y particularmente segun ciertas teorías penales, es indispensable hacer comprender la ley á aquellos que estan mas espuestos á incurrir en el crimen. ¿Cómo contener sin esto por el temor los impulsos del apetito? ¿Qué sería de este artificio mecánico, de este balancin penal tan ponderado, por cuyo medio se espera poder oponer en todas las cosas una fuerza preponderante á la accion de cada pasion nociva?

¿Qué lengua, qué método deberán emplearse en la redaccion de las leyes para ejercer una eficaz influencia sobre el ánimo inculto de aquellos que pueden resistir menos á las tentaciones del crimen? ¿Se usará el estilo cortesano ó el estilo académico? ¿Se habrán de escribir las leyes en el lenguaje de la buena sociedad, ó en ese dialecto popular que no sabe atravesar un rio ni volver un collado sin dejar de ser el mismo, en ese dialecto caprichoso y multiforme, que no quiere ni borrar las huellas de sus antiguos orígenes, ni desechar ninguna forma nueva por poco que sirva á sus verdaderas necesidades? ¿Deberá procederse por latas generalidades, ó entrar en los pormenores? ¿Habrá que fiarse del sentido comun, ó será preciso dar definiciones y hacer brillar en los códigos todo el lustre científico de la sintesis?

Cuestiones graves, espinosas, que estan lejos de haber tenido una solucion satisfactoria, y que, á nuestro parecer, bastarian por sí para hacer ver las dificultades que ofrece la legislacion penal en sus relaciones con las ciencias morales y políticas, asi como con los estudios literarios.

Pero los que mantuviesen algunas dudas acerca de este punto, no tienen mas que fijar su atencion en la segunda parte del sistema penal, los juicios.

La justicia del juicio se funda, antes de todo, sobre la certidumbre del hecho acumulado. Para conocer los hechos exteriores, el hombre no tiene medio mas seguro que el inmediato testimonio de sus sentidos, suponiendo que haya aprendido á servirse de ellos convenientemente. Empero el juez no ha sido testigo del hecho; por los ojos de otro ve, y por los oidos de otro escucha. Necesita formar un sumario; y al través de una cortina, estendida muchas veces por las pasiones y los intereses mas bajos, es como los hombres deben ver lo que ha sucedido, y que con frecuencia solo ha dejado huellas en la memoria de otros hombres, los cuales pueden desear por mil razones engañar á la justicia.

¡Triste y peligrosa necesidad! Así no se puede menos, al pensar en esto, de experimentar un sentimiento de terror, cuando se ve que la ligereza ó la pasion presiden á los juicios criminales; y se siente una impaciencia harto legítima al ver la especie de indiferencia con que los legisladores, esclavos de una ciega rutina, tratan las formas de la justicia penal, y dilatan friamente las mas indispensables modificaciones.

Olvidan pues estos amigos de la rutina que estan pendientes de esto las cuestiones mas espinosas, relativas á la credibilidad humana; que se trata de encontrar garantías contra los peligros originados de pruebas producidas por hombres, y estimadas por otros hombres; que se trata de estatuir con antelacion sobre lo que de suyo se acomoda tan poco á reglas generales é inflexibles, sobre la admisibilidad de las pruebas y el mejor modo de exhibirlas; que es menester conciliar la libertad de la acusacion y de la defensa con estas garantías y estas formas, sin las que no habria justicia ni seguridad. "Porque la justicia estriba en las formas, sin lo cual es fuerza, es violencia, es tiranía."

Sin duda que es ventajoso el pronto y activo castigo de los criminales; pero no se debe dar al primero que llegue la facultad de turbar impunemente el sosiego de una familia, ni el derecho de hacer correr á cualquiera hombre la suerte de una accion penal, y esto sin freno, sin precauciones y sin garantías.

Tambien es conveniente, y eminentemente justo, que la defensa sea libre, plena, y tenga todos los medios á su disposicion. Pero no es posible sin embargo dar oídos á aquel que, socolor de recoger medios de defensa, quisiera paralizar el curso de la justicia; á aquel que abusando de la libertad y aun de la audacia legítimas en la defensa, las convirtiese en instrumento de calumnia y de ultrage.

Para nosotros es evidente que el juez del hecho debe buscar el convencimiento en su conciencia, y que nadie tiene el derecho de pedirle cuenta de ello. Mas esto no quiere decir que se le deje en absoluta libertad tocante al modo de adquirir los medios de convencerse, que toda prueba sea admisible y pueda ser producida de una manera cualquiera. ¿Podrá un jurado no asistir á una parte de los debates porque esté ya formada su opinion y la crea fundada é invariable?

Jueces, acusadores, partes, todos tienen derecho á la libertad; todos tienen el deber de encerrarla en ciertos límites y someterla á ciertas reglas. Pero no es facil fijar estos límites, ni lo es señalar estas reglas. ¿Qué medio se seguirá para contener la libertad sin imponerle el yugo de la servidumbre, y sin que deje de serlo?

Hallar la justa medida de la libre accion de todos los que toman parte en una causa criminal, y descubrir los vínculos con que esta accion espontánea é independiente debe estar enlazada con las formas y garantías legales, es un problema que no ha recibido todavía una completa solucion, ni en práctica, ni aun en teoría. Este es uno de los problemas sociales, cuya solucion tardará mas en encontrarse, porque supone hechos grandes progresos científicos y políticos á la par. Un genio puramente especulativo no podría resolver en su gabinete tan complicado problema y en que tanta parte es menester dejar á la accion libre de los individuos. Es menester haber visto la conducta del hombre en circunstancias análogas; es menester comparar los resultados de diferentes métodos; es menester hacer observaciones y tener conocimientos que no pueden adquirirse sino donde la civilizacion está declaradamente en pro-

greso, y donde la libertad permite ver, oír y discutirlo todo sin restriccion ni temor. Así que en materia de procedimientos criminales las dificultades propias de la naturaleza del asunto crecen notablemente con los otros obstáculos que dilatan la perfeccion del sistema penal, el obstáculo de una civilizacion perfecta y el de un gobierno anti-nacional.

I.

De las relaciones del sistema penal con la civilizacion.

Sucédele al sistema penal lo que á cualquiera otro sistema de ideas. El hombre no podría concebirle en toda su latitud y pureza, antes de que el espíritu humano haya pasado por el crisol de la civilizacion.

En la infancia de los pueblos, cuando los individualismos estan todavía sobrado aislados y distantes entre sí, y que las ideas generales de orden son demasiado oscuras y endebles, la justicia social no podría ser comprendida, y no lo ha sido de hecho.

Los hombres no tienen en la cuna de la civilizacion mas que una especie de conocimiento instintivo de la justicia penal. Sienten confusamente que el mal merece el mal, y no se rebelan contra las aplicaciones groseras de este principio; pero subyugados por las necesidades inmediatas y la violencia de las pasiones, le reducen sobradamente al individualismo, y no ven mas que al ofensor y á la parte agraviada.

En la infancia de las sociedades es cuando el derecho de castigar se confunde casi con *el derecho de defensa* personal, que es esencialmente individual, transitorio y bestial en su accion.

La venganza se mezcla tambien con la penalidad en estas épocas de la sociedad, sin que el hombre, testigo de estos excesos, se ofenda ó escandalice.

Poco á poco van confundiendo los individualismos; la fusion social hace algunos progresos, y las ideas de orden público empiezan á apoderarse de los ánimos.

Aprovechase de esto la justicia penal, empezando á despojarse de la mezcla de sentimientos personales

violentos y vengativos que eran resultado de un individualismo excesivo. Este progreso se hace sensible por el hecho de que, en este segundo grado de civilizaci6n, la idea dominante en el ejercicio de la justicia social es la idea de una reparaci6n. Todavía no es la idea del castigo, de la penalidad propiamente dicha; todavía son los hombres demasiado materiales, pues la relaci6n que comprenden mejor es siempre la del mal ejecutado con el interés particular de las partes agraviadas. Todo lo que echan de ver sobre este punto en materia de principios de orden, se reduce á comprender que la acci6n individual no debe existir sin freno, y que debe ser moderada por interés del sosiego público. Establecen el arancel de las reparaciones, el tanto legal del rescate de la pena, de la composici6n entre el ofensor y el ofendido, tomando así lo accesorio por lo principal; pero ya sin embargo entienden mas la justicia penal, supuesto que han comprendido mejor que su ejercicio es una misi6n del poder social practicada con miras generales.

Estas ideas toman mas incremento, cuando una necesidad mayor de sosiego público hace reconocer al fin la insuficiencia de la razon individual para mantener el orden social. Entonces es cuando la penalidad propiamente dicha empieza á ser el principio regulador de la justicia criminal. A medida que el hombre se va acercando á sus semejantes siguiendo las leyes de la naturaleza, y entra con ellos en una comunicaci6n íntima de interés, acciones y sentimientos, sus ideas de orden y de derecho crecen, se estienden y purifican; entrevee el origen y objeto de la justicia social; entrevee el deber de apoyarla y de someterse á ella, y comprende en confuso que no debe gobernarse ni por interés, ni por el capricho de las individualidades. La justicia aparece por fin á sus ojos bajo la imagen de un sacerdocio, de una especie de ministerio sagrado, encargado de proteger el orden público y lo moral.

Entonces, y solo entonces, es cuando se desenvuelven la idea del delito público. Como ya se ha advertido, esta noci6n es una de las que se forman mas tar-

de entre los pueblos. Es menester que vaya precedida de la idea de la unidad moral, del cuerpo político que tenga derechos que proteger y deberes que cumplir. Así pues, cuando la historia nos presenta establecida en un pueblo la noci6n del derecho, se puede inferir sin temor que este pueblo ha llegado ya á aquel grado de civilizaci6n en que se borran hasta cierto punto las unidades individuales para hacer lugar á la unidad general, en que, por mejor decir, han sido atadas y coordinadas por los vínculos del orden público. Hay en él una regla establecida, formas positivas y verdadera corporaci6n.

Pero estas noci6nes son todavía muy imperfectas, confusas y no sin mezcla. El hombre no pasa de un estado á otro, de un orden de sentimientos y de ideas á otro orden mas elevado, sin llevar tras sí las reliquias del sistema de que ha llegado á emanciparse.

Así, en este período de civilizaci6n, la justicia penal ha adquirido su verdadero carácter, pero le es imposible desenvolverle. Todavía está atada, subyugada muchas veces por las circunstancias exteriores. Se ha colocado en el camino que le prescribe la razon, pero aun está lejos del término.

La historia nos la presenta en esta época cruel, antojadiza y particularmente caprichosa. Proclama leyes penales que no son mas que estravagancias á los ojos de la razon; confunde el delito con el pecado, aspira á una expiaci6n completa y hasta dramática, hablando por formas muchas veces mas ridículas que crueles; piensa que el suplicio del delincuente es un holocausto agradable á la Divinidad ofendida, y que la reconcilia con su pueblo; sobrecogida con la importancia de la conservaci6n del orden público, por la misma razon de que es un beneficio reciente y todavía no asegurado enteramente, se cree con derecho de hacerlo todo para prevenir sus violaciones; no sabe guardar proporci6n ni medida; produce crímenes imaginarios, y se complace con los suplicios (1).

(1) No hay que creer sin embargo que todas las sancio-

La necesidad de descubrir los culpables la inquieta y atormenta tanto mas cuanto que conoce confusamente la impotencia de sus incompletos y toscos medios. De aqui una multitud de procedimientos absurdos é irritantes para nosotros; los juicios de Dios, el combate judicial, *los conjuradores*, luego las penas extraordinarias en caso de pruebas insuficientes, y el tormento por fin. Porque tambien el tormento fue un progreso en su tiempo y en cierto sentido. Asi podria decirse rigurosamente á sus modernos defensores (con vergüenza de la humanidad y de la razon todavia los tiene), cuál es el siglo á que pertenecen, cuál la condicion social que representan.

A nosotros, que vivimos en el seno de una civilizaciön adelantada y profundamente progresiva, nos es facil condenar desdeñosamente estos actos de una justicia penal inculta y semi-bárbara todavía.

En vez de citar á nuestro tribunal á los pueblos antiguos, haríamos mejor en estudiar nuestras propias leyes y nuestras instituciones penales; hallariamos motivos para avergonzarnos de nuestros propios hechos y de nuestra negligencia. Los pueblos no han hecho en su infancia lo que no podian hacer ni comprender; nosotros hacemos por nuestra parte lo que el deber nos manda no hacer y abolir. Sin duda que no hay mas que una verdad y una justicia; y el hombre tiene el deber de propender constantemente hácia

nes penales que se encuentran en los estatutos y fueros de la edad media, y aun de una época posterior, hayan sido adoptadas con la intencion de hacerlas cumplir, cuando llegase el caso. Entre ellas habia muchas cuya aplicaciön habria sido no solo extravagante, sino imposible. Era una especie de satisfacciön mental que el legislador queria darse á sí propio y á la parte honrada del público. Con la eleccion de la pena se queria pintar la iniquidad del crimen y el horror que inspira. Era la poesía de Dante introducida en las leyes. Algunas veces se exageraba tambien la pena para inducir con mas facilidad al delincuente á someterse á un grueso rescate, y á su familia á prestarle los medios necesarios.

ellas con empeño. La transformaciön en delito legal de un acto inocente, una pena absolutamente desproporcionada, una sentencia arbitraria, son actos ilegítimos en sí mismos, en todos tiempos y lugares.

Pero estos actos, considerados con relacion á sus autores, son en cierto estado de civilizaciön faltas graves y aun crímenes imputables al poder; en otro estado menos adelantado pueden no ser mas que yerros dignos de excusa.

Hay ademäs en cierta latitud una legitimidad puramente relativa, la cual resulta de las diferentes partes de que se compone el derecho penal. Encuéntrase principalmente en la determinaciön de los límites del delito, no moral sino legal, y en la eleccion, no decimos en la medida, de las penas. La soluciön de estas cuestiones depende mas de los elementos relativos y variables, que de los elementos absolutos á invariables del derecho.

La justicia social tiene tambien su bello ideal, hácia el cual, individuos y sociedades, todos tenemos el deber de aproximarnos constantemente por todos nuestros medios. Pero ningun progreso es posible sin capacidad proporcionada. Esta capacidad es un resultado del desarrollo de nuestra inteligencia, y de circunstancias exteriores en armonía con los progresos de la ciencia.

Los principios primitivos de la justicia humana estan en la conciencia del género humano. Su olvido es inexcusable en todos estados de sociedad.

Pero respetadas una vez las bases esenciales, una vez dentro del círculo de las conveniencias políticas, empieza á desenvolverse el principio de la legitimidad relativa. Cada sociedad no es responsable mas que de un modo absoluto, y lo es siempre proporcionalmente á los medios de mejora que posee ó que hubiera debido poseer.

En el primer grado de civilizaciön es imposible que el principio de la penalidad deje de plegarse fuertemente á las exigentes pasiones del individualismo.

Mas tarde no puede hacerse aun lugar sino revis-

tiendo siempre las formas del individualismo, como principio de reparacion y resarcimiento.

A un grado nuevo de civilizacion ¿le es permitido manifestarse en su verdadera condicion como principio conservador y elemento esencial del orden social? Necesita exagerar su accion; necesita herir profundamente y á menudo; solo con esta condicion puede hacerse oír, respetar, y preparar así el camino de una accion mas rara, menos violenta, y sin embargo, suficiente para el objeto propuesto. En este estado de cosas, la penalidad aparece en su verdadero aspecto, pero bajo formas muy severas y casi bestiales.

Al referirnos la historia circunstanciadamente todos estos hechos, al descubrirnos esta marcha progresiva de la justicia humana, hace un servicio esencial á la ciencia. Enseñanos á conciliar la teoria con el estado de los hechos exteriores, á solo ensayar lo posible, y mas todavía, á ser tolerantes. La escuela histórica estaria á cubierto de toda tacha, si no dejase llevar con harta frecuencia de dos propensiones, bastante naturales por lo demas en los hombres consagrados principalmente á comprender y explicar lo pasado. La una es la propension á aprobar y justificarlo todo, como si nunca nuestros antepasados hubiesen cometido yerros, como si nunca hubiesen luchado contra su propia civilizacion; la otra es la propension á darnos el último estado histórico, no como un punto de partida, sino como el tipo de la perfeccion, como el bello ideal de lo mejor posible en este mundo. La escuela histórica no llenará cumplidamente su mision, sino persuadiéndose de que la historia es auxiliar esencial de la ciencia, pero que no es la ciencia misma.

Hasta ahora los obstáculos á la perfeccion del sistema penal proceden de causas generales, inherentes á la naturaleza del asunto y al rumbo de las sociedades humanas. Empero no tarda en llegar un tiempo en que, habiéndose desenvuelto ulteriormente el orden social, parece que el sistema penal debe seguir este progreso, purificar nuevamente sus principios, y tomar formas mas suaves y racionales.

Los hechos sin embargo no corresponden á estas esperanzas. Ahí está la historia del derecho penal para desmentir terminantemente esta deduccion teórica. En casi todos los pueblos civilizados existe una discrepancia notable entre su estado moral y su sistema penal.

Este hecho es grave. Pudiera ser puesto en duda por aquellos que saben el crecido número de leyes y proyectos de legislacion penal que han salido á luz de treinta ó cuarenta años á esta parte, y merece que demos de él algunas pruebas.

No iremos á revolver los archivos de los pueblos antiguos. No iremos tampoco á pedir cuenta de sus leyes á aquellos de los pueblos modernos que no han adquirido todavía, ó que han dejado marchitar nuestra civilizacion.

Interroguemos las leyes de Inglaterra y de Francia, y las de una gran parte de Italia, de Alemania y de Suiza. Ciertamente que estos diferentes paises no tienen el mismo grado de civilizacion. No obstante, todos estos pueblos tienen derecho á ser comprendidos en la esfera de los pueblos civilizados. El gobierno de Berlin lo mismo que el de Londres, el de Turin lo mismo que el de Friburgo en Suiza, experimentarían una gran indignacion si, para explicar la existencia de ciertas leyes penales en su pais, se atreviese alguien á afirmar que sus pueblos no han salido todavía del período semi-bárbaro en la carrera de la civilizacion.

Sería un trabajo impertinente y fuera de sazón dar aquí un analisis de las legislaciones penales vigentes en estas diversas naciones. Nos limitaremos á algunas observaciones principales, citaremos pocos hechos; pero este corto número de hechos deberá satisfacer á todo hombre que esté dotado de alguna libertad de pensamiento, y de una poca de humanidad.

Ojeada sobre el estado actual de la legislación penal.

Es una verdad admitida hoy generalmente que, sin el derecho de perdón y las piadosas mentiras del jurado, la administración de la justicia criminal no sería en Inglaterra mas que una horrible carnicería. En el espacio de siete años, desde 1820 hasta 1826 inclusive, los tribunales de la Inglaterra, propiamente dicha, comprendiendo el país de Gales, han sentenciado á muerte á 7656 personas. La sentencia se ha cumplido con 528. Son casi dos por cada 29 (1).

Las leyes inglesas estan aun atestadas de cláusulas penales, que no son mas que la espresion violenta, y absurda sobremanera hoy, de la intolerancia de la *iglesia establecida*. Los delitos de caza hacen un papel horroroso en los anales de la justicia criminal de los ingleses. Leyes odiosas, como lo son todas las que hay en favor de privilegios no justificados por nada; leyes que solo son consecuencias deducidas, con fun-

(1) Entre las sentencias de muerte, 2017 fueron impuestas por crimen de *burglary*. (Es entrar de noche, con el auxilio de fractura ú otro medio analogo, en una casa habitada, iglesia ó villa, para cometer robo ó cualquiera otra *felonia*, haya sido esta ó no consumada, siempre que la intención de cometerla aparezca comprobada por actos materiales.)

137 por robo ó maliciosa destruccion de ganado.
318 por crimen de falsificador o monedero falso.
865 por robo de caballos.
1171 por robo de valor de 40 chelines en casa habitada.
35 por crimen de sacrilegio (robo cometido en una iglesia ó capilla.)

711 por robo de carneros.

13 por sodomía.

De estas sentencias se llevaron á efecto 116 por *burglary*.

53 por falsificador y monedero falso.

50 por robo de caballos y carneros.

2 por sacrilegio.

25 por robo de 40 chelines en casa habitada.

15 por sodomía.

damento ó sin él, de los principios de la feudalidad, y que de todos modos hacen un contraste harto chocante con las ideas de los tiempos modernos; leyes que no respetan la libertad individual mas que el derecho de propiedad; penas bárbaras y desproporcionadas, la multa, la carcel, los azotes y la deportacion; los cazadores furtivos y los guarda-bosques infestando igualmente el país; las cárceles y los pontones llenos de infelices á quien malas leyes han hecho criminales (1): este es el sistema porque está regida todavia la Inglaterra, y el cual ha sido apuntalado con muchos estatutos sancionados en el reinado de Jorge III (2).

La pena de azotes está esparcida con profusion en las leyes penales de Inglaterra. Desde 1820 á 1826 han sido sentenciadas 42,491 personas á la pena de encarcelamiento, que muchas veces envuelve la pena accesoría de azotes; ademá de estos, 1832 personas fueron condenadas á azotes y multa.

La pena de azotes ha sido conservada religiosamente en los bills de consolidacion y de reforma, sancionados en el año de gracia de 1827. Esta frase: *And if a male, to be once, twice or thrice publicly or privately whipped*, es una de las cosas mas notables de las dos leyes del 21 de junio de 1827 (7 y 8, Jorge IV, cap. 29 y 30). Ecuéntrasela tantas veces repetida, que al leer

(1) Los periódicos ingleses nos han dicho que en una petición, presentada en el mes de marzo de 1827 á la cámara de los comunes, se alegaba entre otros hechos el siguiente. En una carcel que contenía 232 presos entre todos, habia 100 aprehendidos por infracciones contra las leyes sobre la caza.

(2) En virtud de una disposicion de estos estatutos, el que llegue á matar ó coger una perdiz de noche, puede ser condenado á una multa de 10, 20 ó 50 libras esterlinas; si no puede pagar las 50 libras, las satisface con seis meses de carcel, y es azotado encima públicamente, si es esta la voluntad del juez. Como desgraciadamente coja un conejo en vez de una perdiz, le espera la deportacion por siete años, á menos de que el caritativo juez no se contente con sentenciarle á multa, carcel ó azotes. Y luego sorprende que los cazadores furtivos vayan armados de pies á cabeza, y que, cuando llega el caso, no perdonen la vida de un guarda-bosque, es decir, de un denunciador.

estos estatutos casi cree uno acercarse á un ingenio de azúcar; se oyen basta los chasquidos del látigo (1).

La pena de confiscacion existe en las leyes inglesas bajo mas de una forma. En 1817 el parlamento desechó el bill propuesto por Samuel Romilly, á fin de abolir lo que se llama *corrupcion de la sangre*, es decir, la mas abominable de las confiscaciones.

¿Quién se atreveria á describir el suplicio destinado á los reos de alta traicion? Sin embargo, cuando Samuel Romilly propuso sustituir una forma de ejecucion capital menos atroz, fue desechada por setenta y tres votos de ciento trece. (Romilly Speeches.)

El pueblo inglés no es por eso menos del parecer de Romilly, y en 1820 lo probó cuando el suplicio de Thistlewood. Ahora todos saben que la ley no será cumplida, y que no podria serlo; pero los sabios del parlamento, esos hombres graves que creen formalmente haber dado una excelente razon cuando han dicho: "Nolumus leges Angliæ mutari," prefieren dejar al verdugo el cuidado de mirar en su pais por la humanidad.

La Francia tiene una legislacion penal que es sin duda alguna la mas humana y racional que la que existia antes de la revolucion. Empero un código, obra precipitada de un poder que restablecia la confiscacion y volvía á abrir bastillas, debía ser, como lo es en efecto, muy inferior á la civilizacion francesa.

La division de los actos punibles en crímenes, delitos y contravenciones, division derivada del hecho material y arbitrario de la pena, revela por sí sola, á nuestro parecer, el espíritu del código y del legislador. Esto es decir al público: "No te metas en examinar la naturaleza intrínseca de las acciones humanas, y pon los ojos en el poder; ¿es necesario cortar la cabeza á

(1) Los directores de una caja de asilo establecida en Londres (the refuge for the destitute) han observado que solo contraban individuos verdaderamente incorregibles entre aquellos que habian sufrido la pena de azotes antes de entrar en el establecimiento.

un hombre? pues de ahí infiere que ese hombre es un gran malvado." Se hace en él tal desprecio de la especie humana, propende tanto en todo al despotismo, aun en moral, que podria, sin aventurarse demasiado, juzgar del espíritu del código todo por la lectura del artículo primero.

Así que, se encuentra colocado en la clase de delitos y crímenes, unas veces un hecho lícito y ventajoso, como una reunion de veinte y una personas, por laudable que sea su objeto (Art. 291.); otras, la simple proposicion, casi el solo pensamiento de un delito. (Art. 90.)

La pena de muerte, aunque menos prodigada que en la antigua legislacion, se conserva sin embargo para un número de crímenes barto crecido. Pero aplicase-la particularmente sin discernimiento, sin hacer las distinciones que reclaman la justicia y la opinion pública. Cuando el legislador del código penal condena, lo hace á bulto con una especie de negligencia, y desdenándose de considerar el mayor ó menor desmerecimiento moral y político que puede ofrecer la accion punible.

Quando llega á tratar de la complicidad, establece una teoria de una sencillez draconiana.

¿Se ha destruido con la explosion de una mina una propiedad del estado? La muerte es la pena impuesta en todos los casos, ora sea lo destruido alguno de los arsenales de la Francia, ora un antiguo murallon, olvidada reliquia de una fortificacion de la edad media (1). (Art. 95.)

¿Se trata de un asesinato *calificado* por tal? el castigo es la muerte, aun por infanticidio (2).

Por último, al hablar de los monederos falsos, establece en todos los casos la pena de muerte; ora se ha-

(1) A la pena de muerte iba unida la de confiscacion. Pero esta ha sido abolida para siempre por la Carta.

(2) Esta disposicion ha sido modificada por la ley de 25 de junio de 1824.

yan contrahecho monedas francesas, ora no se haya hecho mas que alterar su ley; ya sea uno el autor de la falsificacion, ya se haya tenido solo parte en su emision; bien se hayan falsificado crecidas sumas, bien solo dos piezas de veinte sueldos, falsificádolas disminuyendo su valor, ó conservando la misma ley y el mismo peso. (Art. 132.)

Las penas de la marca y de la vergüenza, que en ciertos casos puede ser tambien aplicada, ora como pena principal, ora como pena accesoria de la de solos cinco años de reclusion, son tambien manchas que, no podemos dudarlo, tardarán poco en desaparecer de la legislacion penal de una nacion cuyas costumbres son tan benignas, y cuya civilization es tan profundamente progresiva. La Francia es la Toscana de la Europa.

Estamos convencidos de que se cuidará igualmente de revisar con presteza las leyes relativas á la muerte civil. No se querrá ser tan injusto como inhumano por respeto á la lógica de Treilhard; porque esta doctrina de la muerte civil con sus horribles pormenores, ¿es otra cosa que una verdadera aberracion de la lógica? Partíase de una ficcion de un principio tan razonable como puede serlo la idea de suponer que lo que existe no existe, que un vivo es un muerto, y de este modo se sancionaban por respeto al silogismo absurdas consecuencias. Se atacaban los vinculos y deberes mas sagrados; castigábase al inocente, y se encontraba un consuelo diciendo que hallaria una compensacion *en la consecuencia, en la religion y en la opinion misma*. ¡Leyes sancionadas con la esperanza de que la opinion pública corregiria sus malos efectos!

Y pues acabamos de mentar la opinion pública, ¿podemos pasar en silencio las disposiciones del código penal contra las loterías clandestinas? Castigando el gobierno sus propios actos en los particulares, ¿cómo podría el público encontrar moralidad en semejante ley penal? ¿Qué es lo que se quiere que piense? ¿Que los delitos son punibles segun la condicion de las personas? ¿Ó que la ley es solo un instrumento material de poder y de ganancia? No es menos rara la eleccion de la

sancion penal. El gobierno tiene sus loterías, y los particulares que le imitan podrán ser declarados indignos de votar, de ser electores, elegibles y jurados, de ejercer ningun oficio público, y de desempeñar empleos de la administracion. Dificil es llevar mas adelante la contradiccion.

Por último, no podemos menos de recordar que la Francia tiene presidios. ¿Y qué cosa es un presidio? Preguntémoslo á todos cuantos han visto esas guaridas de fieras con rostro humano: ¿es mas que un palenque en que la fuerza pública se presenta á desplegar una accion puramente bárbara y material?

En Suiza, exceptuando un corto número de cantones, y particularmente el de Ginebra, sería menester, no por el bien, sino por honor del país, correr un velo sobre la administracion de la justicia penal.

Los principios dominantes en un gran número de cantones, en materia de derecho penal, son siempre los de la Carolina. Digo los principios, porque las disposiciones de este reglamento ó instruccion criminal han sido introducidas allí por la costumbre, mas bien que adoptadas por una medida legislativa. Empero la Carolina, cualquiera que fuese el mérito que tuvo en su tiempo, no deja de ser por eso una legislacion medio bárbara en el siglo XIX (1).

(1) La Carolina puede ser considerada como un símbolo representativo del período social, inmediatamente anterior al período actual.

En su tiempo fue un progreso. Sacada de las prácticas y estatutos criminales que la precedieron algunos años, su objeto fue introducir mayor orden y regularidad en las causas y juicios criminales.

Si encontró obstáculos, fue cabalmente porque era un progreso, así como por los celos que causaba el poder imperial; primeramente fue suspendida, y á poco abandonada ó modificada.

Véase un progreso de que la Carolina era un progreso para ciertos países aun en 1767:

Dice el artículo 11 de este estatuto: «Nunca debe perderse de vista que las cárceles deben ser hechas y establecidas para la custodia de los presos, no para que les sirvan de peligroso castigo.»

En uno de los cantones mas ilustrados de Suiza, en el canton de Zurich, no existe ninguna ley penal, y sin embargo se castiga. Los hombres no reparan alli en ejercer la justicia moral, como si fueran dioses (1).

En algunos cantones la pena capital y otras penas corporales son tenidas todavía por excelentes castigos que reúnen la doble ventaja de la eficacia, y en particular de la economía (2).

Si la Francia, la Inglaterra y la Suiza estan aun tan distantes, aunque en muy diversos grados, de la perfeccion que la razon y la humanidad reclaman en las leyes penales, ¿qué habremos de esperar de los países en que la libertad política se halla todavía en la cuna? ¿Qué esperamos de aquellos en que no ha nacido to-

Véase ahora el ingénuo comentario que se halla en una traduccion francesa de la Carolina, para el uso de los consejos de guerra de las tropas suizas, impresa en Bienne en 1767: «Aunque la ley recomienda la humanidad tocante á las cárceles en general, puede decirse que cuando los crímenes son atroces y en ello está absolutamente interesada la venganza del público (Marh. Steph. l. 1.º de Custodreor.), puede hacerse uso de los mas duros y negros calabozos para encerrar á los criminales, de manera sin embargo que su vida no corra peligro.» Pag. 22.

(1) No hace mucho tiempo que un hombre culpable de muchos simples robos con reincidencia fue condenado á muerte y ajusticiado, no por la gravedad de sus delitos, sino porque se habia escapado mas de una vez de la carcel. En su último arresto dijo que no dejaria de evadirse otra vez. Así que jugaron con él á quién era mas fuerte; su cabeza pagó por el mal estado de los muros y cerradura de las cárceles, y en él se castigó la torpeza de los carceleros.

(2) Desgraciadamente, este lastimoso sistema tiene algo de verdadero, ó, por mejor decir, de necesario. Los pequeños cantones son pobres y no estan nada acostumbrados á contribuciones, aun á aquellas que pudieran pagar con rigor. ¿Y cómo establecer sin dinero un buen sistema de cárceles? Si Ginebra estuviese en el mismo caso ¿habria podido invertir once ó doce mil luises en establecer una casa penitenciaria? ¿Podria gastar cada año cerca de mil luises en la manutencion y custodia de cuarenta á cincuenta presos? Seria necesario que muchos cantones se reuniesen para establecer cárceles comunes.

avía, y donde el poder vela solo por ahogar la mas pequeña semilla?

Ábrase el código prusiano (1), y cuéntense primeramente 1577 artículos.

Asi es una mezcla, estravagante por lo menos, de preceptos morales, de reglamentos administrativos, de doctrinas jurídicas y de verdaderas leyes penales; una mezcla de principios demasiado generales y de pormenores harto minuciosos, de reglas sobrado positivas, y de disposiciones que dejan campo á una arbitrariedad desenfrenada; una mezcla de disposiciones sabias, humanas y muy ingeniosas, y de repugnantes atrocidades.

El suplicio de la rueda, con la horrorosa distincion de aquel que empieza á quebrar por arriba y del que empieza por las piernas, tiene aplicacion en diez ó doce artículos; no estoy seguro de haberlos contado todos. ¿Será necesario añadir que la comitiva de este suplicio la forman la rueda, la decapitacion por medio de la cuchilla, los palos y los azotes? En ciertos casos, el incendiario es quemado vivo.

¿Qué cosa es un crimen de estado? «El acto voluntario de un vasallo que ofenda de un modo inmediato al estado ó su gefe.» (Art. 91.)

Y luego siguen las distinciones de los delitos de alta traicion, de traicion simple, de los delitos contra la tranquilidad y seguridad interior del estado, y por último de los crímenes de lesa-magestad que no son ni de alta traicion, ni de traicion simple. ¿Qué son pues? «Atentados contra la dignidad del gefe del estado (Art. 196.), que traen consigo la pena de degollacion, aun aquellos que no han puesto en peligro la vida ó libertad del príncipe.»

Hay mas: los reos de alta traicion, ó de traicion simple, «no solo pierden todos sus bienes y su existencia civil, sino que son castigados en sus hijos, cuando el estado, para apartar peligros futuros, crea necesario

(1) Código general para los estados prusianos, parte 11.ª, tít. XX.

desterrar á estos ó tenerlos en reclusion perpetua. (Art. 95 y 103.) Aquí al menos no se ha embozado el principio de utilidad

Esto bastaría, pero merece ser citada la cláusula relativa á la muger que favorece la desercion de su marido. No solo sufre la pena de reclusion ó encarcelamiento, sino que incurre ademas en la confiscacion de sus bienes; aunque solo la haya favorecido desentendiéndose de oponerse á ella ó de denunciar á su marido, incurre siempre en la pena de la confiscacion de los bienes que posea al tiempo de la desercion. Por último, ¿qué se hace cuando la esposa es inocente? "Los bienes de la muger, aun inocente, deben ser administrados judicialmente mientras no haya prueba de la muerte del marido desertor, ó que la esposa, logrado que haya su divorcio, no contraiga otro matrimonio ó tome establecimiento en el reino."

De este modo se hace mofa de los mas sagrados vínculos y se incita á romperlos por temor de perder un soldado: la injusticia de la cláusula no es nada en comparacion con su efecto moral (1).

El código penal austriaco no ofrece cláusulas tan chocantes como las que acabamos de mencionar; en los países austriacos, los procedimientos, las comisiones especiales, y las leyes penales de circunstancias, son los medios por qué el poder puede ejercer sobre sus administrados una accion no contenida por ninguna garantía efectiva, y que no tiene coto en ninguna institucion fundamental.

No obstante, la pena de carcel *durisima* es de una excesiva severidad en este código. "Esta pena consiste en encerrar al reo en una carcel sin ninguna comunicacion, con tanta luz y espacio como sea menester para conservar la salud del preso, que debe tener continuamente cargados los pies y manos de pesados grillos, y un cir-

(1) Esperamos que no se hará esperar mucho tiempo una reforma del código penal prusiano. Parece que el gobierno trabaja en esto con empeño.

culo de hierro en derredor del cuerpo pegado á una cadena, excepto durante el trabajo; tendrá por único alimento pan y agua, y cada dos dias un plato caliente, el cual no podrá sin embargo ser nunca de carne; algunas tablas lisas enteramente le servirán de cama, y se le prohíbe toda conversacion. (Art. 14.)" Cumplida esta pena en todo su rigor, solo sería un suplicio lento y mas doloroso sustituido á la pena de muerte, y no se habria evitado mas que en la apariencia la pena capital.

La pena de los palos para los hombres y la de azotes para las mugeres y los jóvenes, figuran mucho en el código austriaco. En materia de contravenciones particularmente, es considerada, segun parece, como una especie de panacea universal.

El que no denuncia á un delincuente de alta traicion es tenido por cómplice, y castigado con la pena de *carcel dura* perpetuamente.

La falsificacion del papel moneda es castigada con la pena de muerte.

Y aquel que se hace reo de blasfemia, ó prueba á esparcir una *falsa doctrina*, contraria á la religion cristiana, ó á formar una secta, está sometido á una pena que puede alargarse, segun las circunstancias, desde seis meses hasta diez años de carcel.

El código de las contravenciones es muy curioso por las minuciosas cláusulas que encierra. Véase una de ellas que es sumamente característica. "El que intente persuadir á los súbditos del Austria que se establezcan en pais extranjero, sufrirá un arresto de uno á seis meses."

La parte de Alemania, que se rige todavia por lo que se llama derecho comun, no ofrece menos campo á la crítica. El fondo del derecho comun está sacado de la Carolina, modificada sin duda por los estatutos y costumbres de las localidades, y por la jurisprudencia. Es menester confesar ademas que la jurisprudencia manifiesta allí una tendencia general á la moderacion y á la benignidad; pero no resulta menos de toda esta amalgama una incertidumbre y una oscuridad muy vituperables, especialmente en derecho penal. Algunos escritores alemanes confiesan que en un país del derecho

comun, no podría decir con certidumbre un juriscónsul-
to si este ó aquel acto se considera allí ó no como
delito y sujeto á castigo. Verdaderamente esto es llevar
demasiado lejos el amor de las doctrinas y la aversión
á lo positivo, á la legislación propiamente dicha.

En las leyes y *constituciones* del Piamonte se en-
cuentra una cláusula penal contra los que dan á comer
carne durante la cuaresma, y se amenaza con la pena
de muerte á los judíos que se atreven á proferir una
maldición contra algun santo.

Un judío que se propasa á bailar ó tocar un ins-
trumento en su propia casa durante la semana san-
ta, es condenado á la pena de ser azotado pública-
mente.

Todos los que en un movimiento de cólera pro-
fieran alguna injuria contraria al respeto debido á Dios
y á los santos, serán castigados con un año de prision.

Si han proferido una *blasfemia atroz*, son con-
denados á galeras.

Si el crimen ha sido cometido de propio inten-
to, se le aplicará la pena de muerte.

Es reo de lesa-magestad contra el primer gefe aun
aquel que hubiese intentado agraviar el honor del rey
y de los príncipes sus hijos. La pena im-
puesta es la de muerte, acompañada siempre de otras penas acceso-
rias en extremo rigurosas y terribles, y de la confis-
cacion de bienes.

Las mismas *constituciones*, las cuales han sido res-
tablecidas nuevamente en 1814, imponen el suplicio
de la rueda y de la tenaza.

El código penal vigente hoy en el ducado de Mó-
dena castiga al blasfemo con multas, azotes y aun ga-
leras.

Es crimen de lesa-magestad, y castigado como tal
con la muerte y confiscacion de bienes, toda parti-
cipacion en actos ó tramas que propendan á escitar
una sedicion ó un tumulto, así como cualquier ofen-
sa ó tentativa de ofensa contra la persona ó el honor
del príncipe ó de un individuo de su familia.

Segun el mismo código, cualquiera persona cul-

pable de ofensa ó trama contra un ministro, por odio
y á causa de su destino, es castigada con la pena ca-
pital.

Si solo ha delinquido en amenazas ó injurias de
palabra, la pena es la de galeras, que pueden ser per-
petuas, según las circunstancias.

Todo el que se propase á subir ó bajar, sea de no-
che, sea de día, con la ayuda de una escala ó de otro
cuálquier modo, por el recinto de las murallas de una
ciudad con guarnicion ó de una fortaleza del estado,
es castigado con la muerte en tiempo de guerra, y
con galeras perpetuas en tiempo de paz.

El cadáver de un suicida es sentenciado en vir-
tud de un juicio formal á la pena de horca, y aun
en ciertos casos puede haber lugar á la confiscacion
de bienes.

El nuevo código penal para los Estados de Parma
y Plasencia parece haber sido calcado por el código
francés; contiene sin embargo un gran número de al-
teraciones y modificaciones dignas de elogio. Las pe-
nas de la marca, de la vergüenza y de la confiscacion
general no se conocen en él, y sobre el castigo de la
tentativa y de la complicidad del crimen se encuentran
hechas distinciones de que carece el código que ha ser-
vido de modelo. No son estas mejoras las únicas que nos
han llamado la atencion al leer rápidamente el código de
Parma, que nos vino á las manos en el momento de dar
estas líneas á la prensa.

Pero tambien hemos notado por otra parte la di-
vision fatal y arbitraria en *crímenes, delitos y con-
trarenciones*, derivada del hecho de la pena legal.

La pena de muerte y la de presidio perpetuo en-
vuelven en sí la muerte civil. Parece sin embargo que
sus efectos no se estienden al matrimonio, probable-
mente con el único objeto de evitar una contradiccion
entre las leyes del estado y los principios de la iglesia.

El primer título es una ley muy exagerada con-
tra el robo sacrilego, la cual impone tambien penas á
algunos otros delitos contrarios al respeto debido á la
religion del estado.

Tampoco hay concordancia entre las diferentes cláusulas de este título. El robo en una iglesia de algun objeto destinado al servicio del culto puede, sin otra circunstancia agravante, ser castigado con la reclusion y aun con presidio temporal. Sin embargo este delito puede ser cometido en silencio, sin escándalo, por codicia ó necesidad, y sin la menor intencion hostil hácia la religion.

Por otra parte, aquel que, con intencion y con el solo objeto de ultrajar á la religion, insulte á sus ministros en el ejercicio de sus funciones y perturbe las ceremonias con actos de violencia, y esto públicamente, con estrépito y escándalo, solo incurre en la pena de encarcelamiento, cuyo *máximum* es de tres años, y el *mínimum* de un mes.

Ó lo primero es mucho, ó lo segundo es poco.

Las cláusulas relativas á los atentados y tramas contra el príncipe y su familia son tan severas y elásticas como las del código francés.

Es inútil mencionar cuáles son las leyes relativas á las sociedades no autorizadas, á las sociedades secretas, cualquiera que sea su objeto, y á las publicaciones hechas por la via de la imprenta &c., en un código sancionado en Italia á fines del año de 1820.

Hay hasta una especie de moderacion *relativa*, menester es confesarlo, en las leyes de Parma sobre estas materias.

La ley penal ha servido pues sucesivamente á todos los sistemas y á todos los intereses. Unas veces se ha atrevido á usurpar las funciones de la justicia eterna; y otras, olvidando toda nocion moral, se ha consagrado bajamente al servicio de intereses puramente materiales, personales y transitorios.

¿Qué deben pensar de esto los hombres, testigos de estos excesos? ¿Qué deben pensar al ver que lo que en una parte es un crimen capital, solo se considera á pocas leguas de distancia como una culpa que queda suficientemente espiada con algunos dias de carcel, y aun como un hecho del todo inocente? ¿Qué á la misma pena, que en una nacion de Europa se aplica

con una serenidad imperturbable y siempre en nombre de la justicia y de la utilidad general, la consideran en la nacion vecina como una atrocidad que levanta en contra suya la voz de la humanidad y de la razon? ¿Basta alegar las diferencias de gobierno, costumbres y clima para justificar al otro lado de los Alpes sentencias capitales sobre hechos que del lado acá de estos montes han sido declarados impunibles por los mismos magistrados acusadores, para que el suplicio de la rueda, que causa horror en Francia, sea justo y necesario en Saboya?

Pero lo que mas contribuye todavía á confundir todas las nociones morales en el ánimo de los pueblos, son los diversos procedimientos criminales.

¿Para qué sirve todo procedimiento, sino para distinguir la verdad de la impostura y del error? Así que el procedimiento puede ser definido de un modo general: un método para descubrir las verdades judiciales. ¿Y en qué consiste que, bajo la misma latitud de civilizacion, lo que se considera como verdadero en un país, se tiene en el otro por sueño ó suposicion casi gratuita? ¿Qué el método que en unas partes se considera como el mas seguro, á pocas leguas de allí le miran como absurdo, como un juego de azar incompatible con toda idea de moral y de justicia?

En Inglaterra no hay facultad para interrogar en los debates al acusado. En Friburgo (Suiza) le sujetan al tormento físico; en otros cantones no le perdonan ni la *incomunicacion*, ni los palos, ni los malos alimentos: siempre con el laudable objeto de administrar rectamente justicia (1). Un juez inglés sen-

(1) En el código de enjuiciamiento criminal que la legislatura del canton del Tesino sancionó en 15 de julio de 1816, se encuentran las siguientes cláusulas:

Art. 143. Empero si el acusado se mantiene terco en sus negativas, contradicciones, ó en un malicioso silencio, el juez enjuiciador podrá mandar que sea encerrado en un calabozo mas estrecho, cargado de pesados grillos, y sustentado con pan y agua durante un mes, con tal que este régimen se interrumpa de manera que no dure mas de quin-

tencia á muerte á un hombre que no ha abierto la boca; el juez friburgués se admira de que se pueda mandar al suplicio á quien no ha confesado su delito, y hace quebrantar los músculos á los acusados para poner á recaudo la vida de los ciudadanos y aplacar la conciencia de los magistrados.

En unas partes domina el sistema de la íntima persuasion; en otras se hace burla de este sistema, y se le moteja de arbitrario y aun de antiliberal. ¿Buscar la prueba de la culpabilidad en la conciencia de los jueces! Esta debe existir fuera de él, debe encontrarse en el papel; así es como razonan las legislaciones alemanas, y los libros de sus defensores.

¿Tendrá que ser oral el procedimiento criminal? Sin él no hay justicia, responden con unanimidad Ingleses, Franceses, Holandeses y Belgas. Escúchese ahora á la mayor parte de los Alemanes y de los Suizos: el procedimiento oral es un juego de azar de inmoralidad grandísima; condenar á un hombre en virtud de sus útiles palabras! ¿Se tiene tiempo para combinarlas y pesárselas entre sí? Es necesario escribirlo todo, y para comprenderlo todo mejor, un juez hará los interrogatorios, otro servirá luego de relator, y el tribunal juzgará con arreglo á los papeles; y luego se mandarán estos mismos papeles á veinte ó treinta leguas de distancia á otro tribunal que juzgue por apelacion. Tal es la ley vigente.

¿Será menester dar un defensor, un abogado á los acusados? En Francia se creeria asesinar á un acu-

ce dias seguidos, y se evite que padezca gravemente la salud del preso.

Si esta prueba es inútil, el juez enjuiciador declarará al preso con permiso del tribunal que este ha mandado en castigo de su terquedad que se eche mano de otros medios mas severos, y entonces el escribano leará el artículo 144 del presente código.

Art. 144. Si despues de esta declaracion el acusado se empeña en su terquedad, recibirá por orden del juez enjuiciador venticinco vergajazos en las espaldas desnudas, y este número será doble, si persiste todavía, &c. &c.

sado si se le condenase á muerte sin que tuviera un defensor. En Austria no tiene defensor ni abogado. La misma persona, el mismo magistrado, el mismo hombre del poder que recopila secretamente todos los elementos de la acusacion, tiene á su cargo no omitir nada de lo que puede servir para justificar al acusado.

La idea de hacer comparecer ante una comision especial, nombrada por el poder ejecutivo, á los acusados de crimen de estado, le haria erizar los cabellos á un Inglés. Los Italianos y los Alemanes son arrastrados en los calabozos á los pies de comisarios elegidos, retribuidos y amovibles por el poder. El público se limita á saber por voces vagas la prision y el juicio de aquellos desgraciados. La misma Suiza no ha estado enteramente á cubierto de la plaga de las comisiones especiales y extraordinarias.

Tampoco en los países libres se han abolido de los procedimientos criminales todas las prácticas opresoras.

En Inglaterra, en ese país clásico de los buenos procedimientos penales, siguen con el empeño de no convocar el jurado de acusacion hasta el mismo dia en que se reúnen el tribunal criminal y el jurado de juicio. Los acusados pueden así verse obligados á guardar la carcel durante mucho tiempo, antes de que se resuelva si debe ó no formárseles acusacion.

El mal es todavía mayor en los condados en que la audiencia de *Assises* no tiene sesiones mas que dos veces al año (1).

Los jueces de paz ingleses, en sus funciones relativas á la justicia penal, no ofrecen suficientes prendas de imparcialidad, especialmente á las clases inferiores de la sociedad. No faltarian ejemplos que pro-

(1) Parece que de varios documentos presentados al parlamento resulta que en Inglaterra, exceptuando el condado de Middlesex, pero comprendiendo el país de Gales, una sesta parte de los presos padecen de seis á ocho meses de carcel, y casi la mitad de tres á seis meses antes de ser juzgados.

basen lo peligroso que es para un hombre del pueblo ser conducido como vago á la presencia de un juez de paz (1). Por otra parte ¿cómo esperar la enmienda de los yerros de una casta cuyos individuos son tan numerosos en el parlamento de Inglaterra?

La Francia tiene que hacer tambien importantes mejoras en su sistema criminal de procedimientos.

Los jueces de enjuiciamiento, si no abusan, pudieran

(1) No pudiendo referir estos hechos circunstanciadamente, nos contentaremos con citar un hecho que basta por sí solo, á nuestro parecer, para probar lo vehemente que es el espíritu de cuerpo de que está animada la casta (porque componen una) de los jueces de paz ingleses. Un oficial de lanceros viajaba en carruaje el 28 de julio de 1828, escoltado por algunos soldados. Al pasar un puente se encontró con un carro y trabó disputa con el carretero. Escitados los soldados por el oficial, maltrataron y llenaron de golpes al conductor del carro, hasta el punto de dejarle bañado en sangre. En la audiencia de las *Quarter Sessions de Exeter*, fueron probados los hechos de la acusacion, y el jurado respondió, *culpable*. El tribunal, compuesto de diez magistrados, pronunció su sentencia poco mas ó menos en estos términos: El tribunal obra siempre sin hacer escepcion de personas, cualesquiera que sean las clases del demandante y del acusado. En este caso particular habria visto con satisfaccion que las partes habian hecho entre sí una transaccion cualquiera, porque, cualquiera que sea la multa que imponga al demandado, no entrará un maravedí en el bolsillo del demandante: todo será para la corona. Siempre es sensible pronunciar una sentencia; pero cualquiera que sea la que va á dar en este caso, urge observar que en nada perjudicará á la posicion social del demandado, ni como *gentleman*, ni como uno de los oficiales mas distinguidos que se encuentran al servicio de S. M. Despues de tan peregrino exordio, concluye diciendo que la justicia quedará ámpliamente satisfecha con la multa de 20 libras que el tribunal impone al delincuente. (*The jurist n.º 1. march 1829, pag. 159, proceedings before magistrates.*) Un escándalo semejante no necesita comentario.

Pudiera ser que un noble encontrase en igual caso alguna indulgencia con un tribunal francés; pero ¿qué juez se atrevería á poner de este modo la justicia á los pies del delincuente para escusarse con él, y asegurarle á la faz del público que el leve golpe que se ve obligado á darle no dejará la menor mancha sobre su túnica social?

abusar del grandísimo poder de que estan revestidos.

El fiscal público, en lo concerniente á su calidad de demandante y acusador, se encuentra colocado por su clase, por su influjo, y especialmente por los poderes y privilegios de que está revestido, en una posicion harto superior á la del encausado y del acusado.

Los presidentes tienen á su cargo funciones que algunas veces los arrastran muy naturalmente á convertirse en auxiliares de la acusacion.

El jurado francés, nos apresuramos á confesarlo, ha recibido importantes mejoras en estos últimos tiempos. Todavía no es empero lo que debe ser. Su accion está limitada á un número sobrado reducido de negocios, no interviene en el juicio de todos los delitos públicos, ni aun en las causas relativas á los delitos de imprenta.

Las últimas leyes han hecho mas perfecta su organizacion, pero su sistema de accion es imperfecto siempre. Se ha desechado con razon el principio de la simple mayoría; pero se ha retrocedido á la vista del de la unanimidad, ya se hayan temido seriamente los inconvenientes que parece ofrecer este medio, ya tal vez por miedo á las burlas de algunos hombres superficiales. Se ha adoptado un término medio, del que todo lo mejor que puede decirse es que no es la simple mayoría, ni la unanimidad; en una palabra, es una transaccion.

Se ha hecho mas ó peor todavía. El jurado puede, siempre que lo tenga por conveniente, someter indirectamente á la deliberacion del tribunal la cuestion de culpabilidad.

Tocante á la *incomunicacion*, es mas facil desear que creer que no se llegue á abusar de ella. Si se tienen en París garantías eficaces, pero indirectas, contra el abuso de este sistema terrible, ¿hay igual seguridad de que estas garantías tengan la misma fuerza en lo interior de las provincias?

Creemos que los tribunales prebostales no vendrán ya á atemorizar á la Francia con sus terribles hechos.

Pero no obstante, ¿es menester que una cláusula constitucional permita su restablecimiento?

Para resumir, en mas de la mitad de Europa no existen, á la hora presente, ni procedimientos orales, ni procedimientos públicos, ni libertad de defensa (1). En cambio, los acusados se ven sujetos á una larga prision, á los horrores de la incomunicacion, á las comisiones especiales, y, en ciertos países, al tormento.

En vista de estos hechos, y harto facil sería citar un número mayor de ellos, ¿cuál será el hombre dotado de alguna humanidad; y que sea algo libre en su modo de pensar, que se niegue á convenir con nosotros que el derecho penal no está en armonía con el estado actual de la civilizacion?

Podrán citársenos los muchos ensayos de reforma que se han hecho en los últimos cuarenta años. El hecho es verdadero; pero ¿á qué se reducen estos ensayos? Á meros planes por la mayor parte. Unos olvidados ya, y otros luchando con trabajo y sin grande esperanza de triunfo contra crecidos obstáculos.

De los proyectos que han sido sancionados, algunos no merecen ser llamados reformas. Si han hecho desaparecer varios abusos sobrado patentes, han dado al mismo tiempo una nueva sancion á los errores antiguos, y así han llegado á ser un nuevo obstáculo á la reforma del sistema penal.

Se han hecho algunos ensayos con mayor éxito, pero en estados de importancia sobrado pequeña para que su ejemplo tenga grande influjo sobre la Europa.

Por último, es menester confesar tambien que algunos de los jurisconsultos filósofos que han puesto manos á la obra, no han llegado á resultados satisfactorios. Han creído hacer leyes, y no han hecho mas que dividir en artículos un tratado, un manual de derecho penal. El arte de pasar á la práctica de la teoría,

(1) Es evidente que no hay libre defensa donde los debates no son públicos ni existe libertad de imprenta.

de realizar sin trabajo la completa amalgama de los hechos con los principios fundamentales, este arte tan difícil y en que sobresalian los jurisconsultos de la antigua Roma, no ha servido de norma á los trabajos de los modernos. Sus leyes han sido consideradas como de una eficacia difícil, ya que no imposible. Los prácticos han triunfado y abrumado de desprecios estos desgraciados ensayos. Sus autores han hecho nacer de este modo un nuevo obstáculo á la causa de la reforma, porque todo paso en falso es otro motivo de dilacion.

El hecho notable, en medio de todas estas tentativas de reforma, no es la reforma misma, la cual todavía es un *desideratum*, sino la necesidad de la reforma, el sentimiento general de esta necesidad. En el derecho penal, lo mismo que en otras instituciones políticas, hay deseos por una parte y oposicion por otra; deseos razonables, y oposicion tan injusta como fuera de razon. De este hecho resulta cabalmente la discordancia que hemos notado entre la civilizacion y el sistema penal.

¿Y cuáles son las causas de esta discordancia, los motivos de esta resistencia?

Primeramente hay aqui, como en todas las cosas, pereza, costumbre, supersticion por lo que existe, vanidosa prevencion por cuanto se sabe, y ese santo horror á todo lo que debería aprenderse y estudiarse, de que estan penetrados tan gran número de prácticos.

Por otra parte, las clases superiores de la sociedad no ven en la justicia criminal mas que un medio empleado contra aquellos á quien dan gratuitamente el nombre de *canalla*. Como de cien acusados mas de noventa pertenecen efectivamente á las últimas clases de la sociedad, la flor del cuerpo social deduce de aqui tácitamente, sin confesarlo tal vez, que la justicia penal es una cosa indiferente para ella, cualesquiera que sean sus formas y sus principios. ¿Qué medio hay pues de corregir pronto los vicios de un sistema á cuyo examen solo se entregan con negligencia y desden los hombres que por sus luces y su influjo pudieran acelerar su reforma? Romilly, despues de haber hecho patente al

parlamento los abusos que se cometían con detrimento de la libertad individual en los tribunales eclesiásticos de la Inglaterra, se contentaba con pedir se hiciese una pesquisa sobre el particular. Pero las vejaciones de estos tribunales solo se estienden á infelices mugeres y gente baladí; y por lo tanto, los respetables miembros del parlamento no se dignaron parar mucho la atención en 1812 sobre abusos que habían sido ya denunciados con empeño á la cámara de los lores, por la corona misma, desde el año de 1606.

Menester es decirlo, las clases elevadas de la sociedad tienen además una secreta propensión á buscar ante todas cosas en la justicia penal la prontitud y el vigor. Oigase lo que cada uno dice cuando acaba de cometerse un crimen de gravedad, cuando por una causa cualquiera se ha dilatado algo la acción de los tribunales, cuando la pena impuesta no es la que aguardaba la aristocracia de la fortuna, especialmente de la fortuna mobiliaria y mercantil; y se verá que los ladrones, los falsificadores, los rateros y otros delincuentes de esta clase son particularmente los que más despiertan su cólera, y contra quienes manifiesta más aspereza é impaciencia (1).

La esplicacion de este hecho se encuentra casi enteramente en el sentimiento del miedo y del interés

(1) Yo he conocido á un magistrado, hombre por lo demás honrado y no escaso de luces, que no iba á la audiencia con toda la imparcialidad conveniente mas que cuando no se trataba de una acusacion de robo. En tratándose de robo, aparecía el hombre rico, avaro y medroso á la vez bajo la toga del juez, y habríase dicho que esperaba que el acusado le iria á forzar el arca del dinero á la noche siguiente si quedaba absuelto.

Aun no hace mucho que he oido hacer un paralelo á hombres instruidos entre el asesino y el falsificador, el cual era enteramente favorable al primero. Este habia muerto á un hombre con casi todas las circunstancias que constituyen el asesinato; pero el otro habia falsificado una letra de cambio de algunos centenares de francos, de la cual, para decirlo de una vez, no habia cobrado un maravedí.

personal. El miedo es en esto, como en todas las cosas, un mal consejero. Los unos temen directamente por lo suyo, y los otros por la propiedad pública.

Este último temor, saludable muchas veces, no arrastra á grandes y duraderos excesos. El hombre no tarda en ver claramente sobre las materias que no le interesan de muy cerca; los objetos se encuentran á una distancia proporcionada de su vista; puede contemplarlos distintamente, y lo hace con detenimiento.

Pero apenas entra en juego el temor personal, apenas cree el hombre, con razon ó sin ella, que está empeñada directamente la seguridad de sus bienes y de su persona, no ve ya los límites en que necesita encerrarse la severidad; la injusticia y la violencia pierden para él sus odiosos colores, y no contento con tener una egida en la ley penal, quiere hacerse de ella una arma ofensiva. Que un hombre haga uso en Francia é Inglaterra de un billete de banco falso; no se escapa, si le descubren, de la pena de muerte: en Inglaterra particularmente, no hay perdón. Verdaderamente se puede poner en duda la eficacia de una pena que, aunque impuesta con profusion, no hace menos frecuentes estos delitos. Hay motivos para creer que estos delitos se multiplican, ó por efecto de una miseria irresistible, ó por la esperanza del secreto. El remedio no está pues en la cuchilla, sino en las precauciones que previenen este delito, y en una policía que quite toda fundada esperanza de impunidad. Empero son tan estrechas las relaciones del banco con la fortuna de cada ciudadano, que todos estan subyugados por el temor. Nadie se contenta con medios lentos, y por decirlo así, insensibles; se quiere herir profundamente, y cada cual se complace en contar con los efectos del terror. Este no remedia nada, pero es indiferente: el niño queda satisfecho cuando hacen pedazos el mueble en que ha tropezado.

La legislacion de los crímenes políticos debería á lo menos, á nuestro parecer, llamar la atención de las clases elevadas de la sociedad. Estos crímenes no dejan de estenderse á ellas; y por otra parte, cuando el poder busca una víctima para inspirar terror, gusta de

descargar sus golpes hácia arriba. Mientras mas alto es el árbol, mas espantosa es su caída.

Pero los ánimos no se conmueven con los peligros remotos ó poco frecuentes. Y si llega un momento en que el poder hace uso de las armas de que ha tenido la maña de apoderarse, es inútil entonces esperar una reforma. Los partidos estan unos á la vista de otros, y aun allí mismo donde la lucha solo se empeña con ventaja del despotismo, en los gobiernos absolutos, un gran número de notabilidades sociales no se avergüenzan, en medio de su ceguera, de seguir los pasos del poder, apropiarse sus pasiones y regocijarse con sus rigores. La clase elevada se encuentra así dividida en sacrificadores y sacrificados. ¿Quién podría entonces reclamar la reforma de las leyes penales? Unos, en medio de su rabia, no las encuentran sino justas, y aun acaso impotentes; á los otros nadie se cuida de escucharlos, sino de encarcelarlos, desterrarlos y acabar con ellos.

Esto se roza directamente con las relaciones que entre sí guardan el sistema penal y el sistema político de la sociedad, con la tercera de las causas principales del atraso que se echa de ver en la perfeccion de las leyes criminales.

III.

De los obstáculos que á la perfeccion del sistema penal oponen ciertas formas del poder político.

No son los temores personales de los administrados los que mas contribuyen á retrasar el mejoramiento de la justicia penal: es el temor de los hombres del poder, que gusta de engalanarse con los colores del interés general, y ocultar así á los ojos del público todo el egoísmo y bajeza de que adolece. Entonces se encuentra la legislación criminal en la mas triste posicion social.

Que los intereses de gobernantes y gobernados no sean idénticos, es cosa que sucede con frecuencia, es cosa que nunca dejará de suceder sino cuando haya un perfecto sistema de gobierno, es decir, nunca. La di-

ferencia que hay entre los que llamamos gobiernos buenos y malos, es que en los primeros el contraste es accidental y no gira sobre hechos de primer orden; al paso que en los segundos es permanente, y no puede cesar sino por medio de un cambio de sistema político.

Un poder, que se encuentra en estado de hostilidad con la nacion, se ve impelido bastante naturalmente á mirar como un arma la justicia penal. Empieza por servir de ella con ciertas contemplaciones y cierto convencimiento de su propia sinrazon; pero poco á poco le aguijonea la necesidad, cobra aliento con la victoria, y se aventura á todo.

Cuando el poder ha podido entrar en este camino, hay que temérselo todo. Si se han traspasado los límites del derecho, ¿cuál será el punto de parada? Teóricamente, en ninguna parte, porque no existe. Prácticamente, podrá encontrarse uno en la resistencia exterior que el poder alguna que otra vez encuentra. La justicia de Gessler le encontró entre los Suizos, la de Felipe II en los Países Bajos. Pruébese ahora á penetrar la íntima condicion del estado social que acabamos de describir; ¿qué es lo que se descubre?

El individualismo, ese mismo obstáculo que hemos encontrado contra la perfeccion del sistema penal en las primeras edades de la civilizacion. El individualismo, pero bajo otras formas, con miras é intereses diversos.

El individualismo se encuentra en todas partes, con sus consecuencias egoistas y violentas, en la infancia de los pueblos; es el estado general de la sociedad.

Luego deja ya de manifestarse entre las masas el individualismo sin freno y desordenado: el vínculo social se ha estrechado. Pero si los hombres no han sabido fundar ó conservar un poder verdaderamente nacional, el individualismo renace todavía bajo otras formas, con pretensiones todavía mas egoistas, bajo los nombres de teocracia, de monarquía absoluta, de carta y de privilegio; en una palabra, bajo las formas de la dominacion, de la posesion esclusiva y patrimonial de la sociedad civil.

El carácter de las sociedades progresivas es la uni-

dad coexistente con la variedad; la unidad, que es el orden, coexistente con la variedad, que es el resultado de la libre actividad del individuo. La unidad produce solo un estado social endeble y estacionario: la variedad sola es el desorden. De la concordancia de ambos elementos resulta una sociedad regular y progresiva á la vez. La accion personal está en ella llena de vida, de destreza y de vigor; pero contenida en los límites del orden público, acarrea mas ventajas á los que la ejercen, al paso que es útil á la sociedad entera. Tiene el individualismo en las sociedades nacientes menos orden y mayor independencia; mas vigor y menos destreza; es egoista, y sin embargo menos ventajoso al propio individuo. Es el contraste que la actividad turbulenta, irascible y sin resultado del niño forma con la actividad perseverante y reflexiva del hombre.

El curso natural de las cosas debería ser el tránsito de las sociedades de un estado á otro, de la libertad desordenada á la libertad regular; del mismo modo que el individuo pasa de la infancia á la edad viril, del estado de inesperienza al de hombre hábil y entendido.

Hay empero otro tercer estado social que carece á la par de libertad y de licencia, y es cuando se encuentra encadenada la actividad individual, y es imposible todo desarrollo espontáneo de la personalidad. Hay entonces mas falta de movimiento que movimiento regular; un sosiego que se asemeja á la muerte: es la unidad sin variedad. La sociedad está estacionaria; hay un tiempo de parada, se hace un alto mas ó menos largo, mas ó menos absoluto en su marcha. Sin que por eso pretendamos aqui examinar todas las causas, ya físicas, ya morales, que pueden hacer estacionaria una sociedad, es cierto que un gobierno de privilegio es casi siempre uno de los efectos, una causa principal muchas veces tambien de esta falta de movimiento y de vida en el cuerpo social. Toda sociedad no progresiva da origen á un gobierno de privilegio; porque efectivamente la capacidad, la habilidad, y en su consecuencia el poder, son alli el privilegio de un pequeño número de hombres que se han salvado, á lo menos en parte, de la inca-

pacidad general. La aristocracia y el sacerdocio gobiernan al principio con títulos legítimos; la falta de garantías es causa de que no tarden en gobernar por su propia autoridad.

Pero tambien puede establecerse un sistema de privilegio en el seno de una sociedad progresiva, y producir en ella el estado estacionario en vez de ser un resultado de este. Una sociedad progresiva puede caer en las garras de un poder egoista, ora sucumbiendo en la lucha del derecho contra la fuerza, como en el caso de invasion ó de conquista, ora que distraida por las necesidades de la civilizacion material cambie paulatinamente, sin echarlo de ver, la libertad por los gozes físicos, y el poder por el sosiego y la molicie.

En todos los casos, cuando una fraccion del cuerpo social se ha posicionado con provecho propio de la cosa pública, no hay mas accion que la impuesta en beneficio de la familia ó de la casta que saca el fruto de la sociedad.

Ahora bien, donde quiera que reine un principio egoista, no puede mejorarse el sistema penal, ¡qué digo mejorarse! En ciertos puntos, en todo lo que se roza mas ó menos directamente con los individualismos dominantes, debe, por la naturaleza de las cosas, apartarse cada vez mas de sus verdaderos principios.

Sorda ó manifiesta, la guerra trabaja al cuerpo social; porque hay señores por una parte, hay esclavos por otra, y estos, hágase lo que quiera, son sin embargo hombres.

La penalidad no es mas que un expediente al servicio del interés; el principio de la justicia ha desaparecido, y no queda mas que el medio.

En la infancia de las sociedades, el individualismo natural contiene, en virtud de la propia naturaleza del hombre, un principio correctivo que de continuo propende á regularizar la accion de la personalidad, y preparar para el porvenir el desarrollo razonable del sistema penal.

El individualismo egoista del poder es incorregible de suyo; si consiente en algun movimiento, no puede

ser mas que un movimiento retrógrado, un deterioro mayor del estado social.

Así que, este obstáculo á la perfeccion del sistema penal tiene la fatal particularidad de que llega á ser en cierto modo permanente.

Un poder que no piensa mas que en sí propio, y que ha vivido mucho tiempo en un cierto sistema penal, debe tener gran repugnancia á variarle; se trata nada menos que de que abandone un medio de defensa ó de ataque probado ya y de que tome otro nuevo, y el triunfo es mas ó menos problemático: ¿por qué aventurar pues una variacion, á no ser que sea para aumentar la fuerza del sistema existente en el mismo interés del poder?

No es pues de admirar que á medida que los gobiernos han envejecido, el sistema penal quede deteriorado, generalmente hablando por lo menos, especialmente en lo relativo á los delitos políticos y á las formas del enjuiciamiento.

Esta permanente propension que tienen los hombres del poder á aumentar la fuerza del sistema penal y á desnaturalizar sus principios, se desarrolla de vez en cuando por causas accidentales con espantosa celeridad. Un crimen atroz, un delito con mucha frecuencia repetido, y particularmente una conspiracion, una sublevacion; y ciertos disturbios civiles, son los pretextos que se toman para no guardar ninguna circunspeccion, y despojar con insolencia á la justicia de todo sello de moralidad. Al logro de estas buenas fortunas, aprovechadas con ansia, se deben en gran parte estas instituciones que no han cesado todavía de deshorrar á la humanidad y á la legislacion. Entonces es cuando tiene aplicacion el dicho de aquel antiguo: "No hay bestia mas feroz que el hombre, cuando en él estan reunidas las pasiones al poder."

Ya una vez en la carrera de la injusticia y del terror, ¿cuál será el punto de parada? ¿de qué modo se saldrá de ella? El terror requiere el terror; toda vuelta á ideas de moderacion y de justicia toma las formas del miedo ó de la debilidad: acabase por poner en estado de

tormento á toda la sociedad, y si no se consigue consumir todas sus fuerzas, es porque ella rompe todos los lazos con sus movimientos convulsivos, y se entrega á todos los horrores de la venganza.

Así es como se encuentran detenidas las sociedades civiles por los intereses individuales en su marcha progresiva hácia el desarrollo moral del hombre, la mejora del orden político y la perfeccion de la justicia social. Háblennos luego de la legitimidad de los gobiernos privilegiados, cualquiera que sea el nombre con que se engalanan.

En resolucion, los mas esenciales obstáculos que hay para la perfeccion del sistema penal y la conquista de ese ideal de la justicia humana hácia el que todos tenemos, poderes é individuos, el deber de aspirar constantemente por todos nuestros medios, se encuentran en la naturaleza de los gobiernos de monopolio, en una civilizacion imperfecta; y por último, en las dificultades propias de la ciencia.

CAPÍTULO III.

De los medios de apartar los obstáculos que se oponen á la perfeccion del sistema penal.

Tocante á los medios de apartar estos obstáculos, apenas es necesario indicarlos, porque se vienen á la vista.

Hacer que los gobiernos pasen del principio de privilegio al de nacionalidad debe ser el voto, y, en el círculo de los medios legítimos, el objeto de los esfuerzos de todo hombre que sienta el deber de favorecer los progresos de la especie humana y de la justicia social.

Ya lo hemos visto, los hechos, aun recientes, de los códigos actuales, prueban demasiado que en los países sin libertad política es imposible mejorar esencialmente el sistema penal. En vano se pondrán las esperanzas en la opinion pública y en los progresos de las luces y de la civilizacion, en esa opinion y en esos progresos que el mismo poder absoluto, dirá alguien, no puede ya sofocar ni contener en Europa. No obstante, ¿qué puede

alcanzarse por estos medios en los países en que este poder domina? Algunas mejoras en la demarcacion de los delitos legales cometidos contra los particulares, alguna templanza en las penas; pero todo el conjunto del sistema, y particularmente la legislacion de los delitos públicos, la organizacion judicial y los procedimientos se resentirán siempre del principio de individualismo dominante en el poder político. Donde quiera que el gobierno, templado si se quiere por las costumbres, no está contenido por instituciones fundamentales, una buena justicia criminal es posible, pero no segura. No se debe mas, como ya se ha dicho, que á una coincidencia feliz.

La justicia humana, que es el mas importante atributo del poder social, no debe consistir mas que en la razon, aplicada con la mayor pureza posible, á los hechos ilegítimos contrarios al orden social. La justicia humana es pues de suyo progresiva como aquella.

Al contrario, el poder absoluto, que se transforma casi siempre y harto aprisa en gobierno de monopolio, es un interés solamente, y por su naturaleza se mantiene estacionario. La incompatibilidad de este poder con la justicia depende pues de la propia esencia de las cosas. Si la razon se conciliase con él, se pondria en guerra consigo misma y abdicaria su autoridad.

Así que, la justicia es lo primero que se tiene presente cuando se preparan los ánimos á encerrar al poder absoluto en los límites de la razon. Considerados bajo este punto de vista, todos los trabajos dirigidos á ensanchar la civilizacion de un pueblo adquieren un grado mucho mayor de importancia y moralidad, que cuando se les mira bajo el punto de vista de la prosperidad material. Sin embargo, como todo progreso acelera el momento en que debe establecerse por último el reinado de la razon, es menester tambien alentar y dar gracias en nombre de la justicia á todos cuantos favorecen el movimiento social de un pueblo, aunque no sea mas que abriendo un canal ó inventando una máquina.

Si la civilizacion mina con sus progresos la base de

los gobiernos de privilegio y propende constantemente á sustituirles un gobierno nacional, este favorece y acelera á su vez los progresos de la civilizacion. La razon nos lo dice, y los hechos lo confirman; en el uno y en la otra hay una accion y reaccion continuas é inevitables. Un gobierno nacional contribuye así á la perfeccion de la justicia criminal, como un obstáculo menos, y como medio de civilizacion.

Una vez apartados los obstáculos de un gobierno de privilegio y de una civilizacion sobrado imperfecta, no quedan mas que las dificultades intrínsecas de la ciencia del derecho penal; pero ¿no van haciéndose menores estas todos los dias, cuando el progreso de la civilizacion ha producido un gobierno nacional, y el establecimiento de este gobierno favorece á su vez los progresos de la civilizacion? ¿Cuando la inteligencia humana puede desenvolverse á su salvo, cuando la discusion es libre, cuando abundan los hechos y las observaciones, cuando la justicia es mejor comprendida y se hace sentir mas su necesidad? Así todo se liga, todo se encadena en el mundo intelectual y moral, del mismo modo que en el mundo físico.

Nosotros que tenemos la dicha de vivir bajo un gobierno nacional, estemos prevenidos sin embargo contra una ciega confianza en la fuerza de las cosas; no vayamos á creer que porque está alcanzado el punto mas esencial, todo lo demas vendrá naturalmente. No tomemos á la fuerza de las cosas por una especie de fatalismo nacional. No hay duda de que llegará á realizarse el bien que no existe todavía, y cuya realizacion es posible; pero se realizará, porque los hombres contribuirán á realizarle. Su realizacion es segura; ¿pero cuándo llegará á verificarse? Si lo uno es cierto, lo otro es incierto; quizá sea dentro de diez, quizá sea dentro de cincuenta años, segun que nosotros cumplamos ó no con nuestro deber. Entre tanto, si este plazo se prolonga por nuestra negligencia, ¿estamos inocentes (para no hablar aquí mas que del sistema penal) de los errores y excesos de una justicia criminal que hubieramos podido contener en sus legítimos límites?

El deber manda á los hombres de todos los países, que por sus trabajos ó influjo puedan contribuir en algo á la reforma del derecho penal, que no escuchen los p[er]fidos consejos de la negligencia, del desaliento ó de una confianza vaga en el porvenir. ¿Quién no se tendría por dichoso de poder salvar la vida de un hombre próximo á ahogarse, y enjugar los lloros de una familia? Pero la vida de un infeliz que va á morir víctima de la injusticia tiene algo de mucho más sagrado que la de un hombre que perece por un accidente. Este causa lástima; pero no hay quien se estremezca al repasar la historia, aunque tan controvertida, de los Calás.

Sin duda que sería una locura esperar ejercer por los libros, hoy particularmente, un influjo inmediato y poderoso sobre los gobiernos. Un libro no tiene ya hoy el poder de crear acontecimientos. Los gobiernos, hablo principalmente de los gobiernos absolutos, se han vuelto mas celosos que nunca, y se mantienen tanto mas apugados al despotismo que les queda, cuanto que le ven cada vez mas minado por los progresos de la razon pública. Son el viejo avato que, viendo desfallecidas sus fuerzas, estrecha con abrazos mas apretados contra su pecho el fruto de sus rapiñas; ¿pero qué importa? “Suceda lo que quiera, haz lo que debas.” Los sordos son particularmente aquellos de quienes hay mas necesidad de hacerles oír.

Por otra parte, aunque toda reforma decisiva sea incompatible con su existencia, estos mismos gobiernos absolutos tienen sin embargo en torno de ellos un público que, haciéndose diariamente mas numeroso, los observa, los amenaza, y está cada vez menos dispuesto á contentarse con palabras envejecidas, cuando son garantías lo que reclama. La educacion de este público es la que importa estender y rematar. Encuétrase sediento de luces, de instruccion y de los medios que favorezcan la propágacion de los gérmenes que sienten fermentar y crecer en su seno. Por mucho que le vigilen, le opriman y le aten las manos, la luz penetra al través de los antiguos muros del despotismo. Donde no puede entrar en gran cantidad, se introduce paulatinamente;

no deslumbra, pero ilumina. Transcurrió ya el tiempo en que la fuerza material podia sofocar la vida moral de una nacion: hoy no se esterminan ya Albigenses, y pasó el reinado de los Torquemadas. La fuerza puede todavía ensayar sus antiguas saturnales, pero si sus deseos son los mismos, no se encuentra ya con el mismo aliento, ni con el mismo poder, ni con aquella cara que no se altera nunca; no es mas que la sombra de sí misma, y ha perdido en fuerzas todo lo que el derecho irrevocablemente ha ganado.

Considerando el actual estado de la Europa, no es posible adivinar la marcha que en ella seguirá la reforma de las leyes penales. En cada pais se puede determinar la fuerza de los obstáculos que á ella se oponen, y de las dificultades que habrá que superar para vencerlos.

Estamos persuadidos de que la Francia será la primera que reforme su legislacion criminal. El código penal (otra cosa sucede con el código civil), no es el código de la Francia; era el código de Napoleon. Como el imperio ha sido un rodeo, necesario quizás, que ha hecho el pueblo francés en su marcha hácia la libertad, el código penal es igualmente el efecto de un estado transitorio y que ya no existe.

Es la expresion del individualismo imperial. Emancipada la Francia del imperio, no podia evitar el influjo de todos los intereses egoistas é ilegítimos. Asi ha tenido, por citar un ejemplo, una ley del sacrilegio, que es el resumen de un episodio teocrático en la historia moderna de la nacion francesa. Pero la Francia marcha ya con firmes pasos por la carrera de la libertad, y la mejor prueba es que los ánimos estan en ella sumamente entretenidos con las cosas serias. A la hora presente, se sabe el valor que tiene una nueva prenda en favor de la libertad y de la seguridad individual. Los Franceses han asegurado su destino político, cuando dejando de pensar en diversos fines, se han reunido bajo el principio de la monarquía constitucional. Una nacion, lo mismo que un individuo, se prepara una brillante fortuna desde el día en

que concentra todas sus fuerzas sobre un solo punto.

Las malas leyes penales que quedan en Francia, no tienen en favor suyo ni el prestigio de la antigüedad, ni el del verdadero nacionalismo. Exceptuando acaso cierto número de prácticos, á quienes les parece cómodo conservar lo que saben, nadie está apegado á ellas. Los escritores denuncian el mal, los legisladores no le defienden, y los jurados desechan su aplicacion.

Hay mas: la ciencia no es en Francia una cosa puramente de lujo; es un poder moral que se entremete con ventaja en los asuntos públicos. Si no llega á conseguir que se admitan á la vez todos sus corolarios, alcanza por lo menos que parte de ellos pasen á la práctica. Esto es todo lo que se debe esperar y puede desearse, siempre que nos guardemos de creer que porque se ha alcanzado algo, se tiene ya alcanzado todo.

La ciencia del derecho, es menester decirlo, habia abandonado casi enteramente la patria de Cujas y de Montesquieu. Habiendo cobrado los hechos demasiada importancia en Francia, pasó al otro lado del Rin. La revolucion y el imperio no le eran favorables. La revolucion no tenia tiempo para escucharla, y el imperio no la queria. Este ahorrecia, y con razon, todas las ciencias morales. En el código civil habia dado el resúmen legislativo de lo que sabia la Francia; estaba envanecido de su trabajo, y, bajo muchos conceptos y considerando aquel como una obra de legislacion positiva, tenia motivos para estarlo; pero tambien queria mantenerse en este grande hecho y hacer que los Franceses le admitieran como un hecho primitivo, como un punto de partida, fuera del cual nada habia que saber ni investigar. Debía partirse del código civil, y luego de cada uno de los cuatro códigos en las materias á ellos relativas, para formar el derecho práctico y deducir la justicia de aplicacion; este era el círculo trazado por el poder, á quien apoyaban las circunstancias políticas y morales en que la nacion se encontraba entonces. Este poder ha caido, las circunstancias han variado, y todo indica que la ciencia del derecho va á recobrar en Francia todo su imperio. Creemos que será

establecida sobre latas y sólidas bases; porque por una parte, el estudio de las ciencias morales se propaga con rapidez y espontaneidad bajo muy variadas formas, y el mundo de convencion se ve combatido por todos lados: por la otra, el espíritu científico encontrará auxilios en los precedentes de una nacion que se habia colocado enteramente en la esfera de lo positivo, y un freno tambien que impedirá que se estravie en vanos desvarios. Este estado de cosas justifica todas las esperanzas, y los amigos de la ciencia esperan impacientes verlas realizadas.

La legislacion penal de los Ingleses es un conjunto de resultados derivados de diversas causas. El principio de nacionalismo y de libertad ha producido alli casi todos los procedimientos criminales, la doctrina del *Over-Act* en materia de traicion &c., pero el individualismo monárquico, ó por mejor decir despótico, ha modificado de tal modo los estatutos relativos á la traicion, que todos los hechos de esta clase, aun los intentados propiamente contra el estado, son referidos por singulares rodeos á la persona del rey. El individualismo teocrático ha establecido las leyes penales en favor de la iglesia; el individualismo feudal, las leyes relativas á la caza, &c. &c.

El estado actual de la civilizacion de Inglaterra está pues representado por una parte sola del sistema penal de los Ingleses: ¿podemos esperar ver desaparecer en breve esta discordancia? Nuestras esperanzas no estan al nivel de nuestros deseos. Seguramente, acaban de hacerse útiles mejoras, y estamos muy distante de echar en cara á los autores de las nuevas leyes que no hayan hecho mas todavía. Se ve claramente que se ha propuesto todo cuanto se lisonjaban de alcanzar. Esta es una de las razones que nos asisten para no creer en una pronta y verdadera reforma de las leyes penales.

Nos apartaríamos demasiado de nuestro asunto, si manifestásemos los obstáculos que á esta reforma oponen las anomalías que hay en la organizacion política de la Inglaterra, y particularmente en la composicion casi invariable del parlamento, cuyos individuos homo-

géneos y compactos no se dejan llevar de una idea nueva sino al cabo de muchos años.

Pero, además de esta consideracion, tienen á su favor los principios de la ley inglesa el prestigio de la antigüedad, de una larga práctica, y de una numerosa serie de precedentes. Cuesta mucho aprender bien la ley inglesa; pero tambien el apego que á ella se tiene está en proporcion con el trabajo necesario para comprenderla. Saberla es un privilegio, y los que no la saben se refieren con tanta mas confianza y respeto al dicho de los iniciados.

Es menester considerar igualmente el estado intelectual de la nacion. Hay mucha instruccion y saber en Inglaterra, y un gran número de hombres de rara capacidad. ¿Pero es allí el pensamiento tan activo, tan emprendedor, tan bullicioso como en Alemania, y como empieza á serlo en Francia? ¿No tienen los Ingleses sobrados negocios entre manos para tener tiempo de meditar sobre los principios? ¿No está consagrada toda su existencia á gobernar y componer las cosas del mejor modo posible tales como existen? ¿Tienen el espacio de examinar si no sería preferible que parte de lo que existiera de diverso modo?

Así que se nota, á nuestro parecer, en las obras de derecho inglés la falta de doctrinas generales y de principios elevados y fecundos. La teoría no puede tener entrada en ellas, porque la práctica las sofoca con su peso y su estension. Ciertamente que hay algunos teóricos en Inglaterra, porque ¿cuál es el hecho general que no tiene sus escepciones? ¿Mas son escuchados y leídos estos teóricos, cualesquiera que sean sus doctrinas? ¿Tienen algun influjo sobre el hombre de estado y sobre los negocios públicos? Lo dudamos. La Inglaterra es por escelencia el país de los negocios y de la práctica, y en esto es admirable; pero tememos que durante mucho tiempo no haga aun sino tanteos que no produzcan una reforma verdadera de sus leyes penales.

Acaso pudieramos demostrar que este estado de los ánimos en Inglaterra es un efecto de la forma que ha tomado el desarrollo natural de su derecho. El derecho

inglés se ha formado de un modo bastante análogo al derecho romano. Hablamos de la forma, no de los principios. Acaso pudieramos demostrar que por la naturaleza misma y un efecto necesario de este trabajo, los juriscónsultos ingleses tienen, como los de la antigua Roma, mas habilidad para manejar los principios de aplicacion que los principios creadores, mas aptitud para desenvolver los principios que dirigen el derecho existente que para remontarse á la generalidad de las teorías.

Su método es excelente para desarrollar completamente todo el sistema establecido y sacar de él todo lo que es capaz de arrojar; pero si el estado de la nacion hubiese tenido variaciones esenciales y profundas modificaciones; si fuese menester cambiar el sistema y empezar una nueva creacion, los que hubiesen trabajado en el desarrollo de la creacion primera se verian condenados á la incapacidad.

Acaso es verdad que las naciones en quienes se ha desarrollado paulatinamente el derecho, como una creacion nacional, como un elemento de la vida social, mas todavía por la costumbre que por las leyes, estan sentenciadas, una vez agotada esta creacion, á arrastrarse por el carril de las compilaciones, antes de volver á empezar una vida nueva. Y aunque esta observacion se aplique mas particularmente al derecho civil, no es menos cierto que la especie de incapacidad temporal que de ello resulta debe manifestarse igualmente en el derecho penal.

Ensayo honroso fue para el gobierno prusiano el de una legislación mas en armonía con una civilizacion nueva. El código general, por lo menos su parte penal, fue un progreso en su tiempo. Pero los gobiernos absolutos no pueden traspasar las barreras de su capacidad con las mejores intenciones. El mas ilustrado de estos gobiernos no ve nunca las cosas mas que á medias: ver, oír y estimarlo todo, no es compatible con su naturaleza. Aun cuando hagan todo el bien de que sean capaces, todavía estan á una distancia grandísima del término á que debe llegar un gobierno nacional. En materia de leyes penales nunca resistirá un poder abso-

Juto á la tentacion de tener en ellas una parte muy lata y muy ámplia, y colocarse en la posicion mas desembarazada, hasta quedar convencido de que nada absolutamente tiene que temer. Esto es natural, pues el mismo poder es el único que distribuye los lotes de la penalidad, haciendo de juez y parte en todo lo á él concerniente. ¿Qué serían las leyes contra los cazadores furtivos, si los propietarios de los territorios de caza fuesen los únicos encargados de establecerlas? La justicia penal en un gobierno absoluto, cuando es tan buena como puede ser, tiene siempre dos colores: equitativa con los delitos privados, exagerada con los delitos públicos, y siempre se hace aplicacion de ella por medio de procedimientos sin ninguna garantía. Desafio á cualquiera á que me cite un ejemplo en contra, porque tal es la fuerza de las cosas, y esto no tiene nada de sorprendente (1).

Estas observaciones son igualmente aplicables al sistema penal de todos los países en que reina un gobierno absoluto.

Preguntar cuál será la época de la verdadera reforma del sistema penal en estos países, es preguntar el día en que la libertad lucirá sobre ellos. Estas predicciones no nos toca hacerlas.

Solo tenemos que en Alemania encuentre esta reforma, durante mucho tiempo todavía, un obstáculo de una especie particular. Ciertamente que no faltan doctrinas generales al otro lado del Rin; el pensamiento no está allí ocioso, y la especulacion se desarrolla con toda su osadía, por lo menos en una gran parte de aquel país.

La ciencia del derecho ha sido retocada allí bajo todas las formas; filosofía, historia, dogma, práctica, to-

(1) Deseamos con ansia ser refutado por la promulgacion del nuevo código penal en que parece se está trabajando. Por lo demas, el gobierno prusiano ha dado el primer paso por la carrera constitucional. Esperemos que no aguarde mas que el momento favorable para otorgar algo mas á la nacion.

do ha tenido su vez, sus escritores, su polémica, sus periódicos, y un triunfo mas ó menos duradero.

El derecho penal en particular ha sido objeto de muchos trabajos; las teorías de la penalidad á que han dado origen, son tan diversas como numerosas; y este movimiento filosófico se ha extendido á una porcion de cuestiones especiales de derecho criminal, cuya discusion, mas ó menos importante para la práctica y la legislación, es siempre curiosa y útil á la ciencia. Si hemos de juzgar por lo que ha llegado hasta nosotros, nada hay mas facil que producir cosas nuevas en Alemania, y eso que no conocemos mas que la vigésima parte de sus trabajos. Sin embargo no parece que reine entre los Alemanes ninguna doctrina dominante. El sistema, ingeniosísimo en verdad, de Mr. de Feuerbach es acaso el que ha tenido mas influjo en Alemania: empero parece que sucumbe en este momento al impulso de los reiterados ataques de que ha sido objeto. El mayor mérito de una teoría del lado de allá del Rin consiste en dar origen á otra nueva. No hay cosa que allí no se diga, pero nada se reconoce definitivamente,

¿Es esto una causa ó una consecuencia del hecho, universalmente reconocido, de que los pensadores y sabios de Alemania no estan en relacion con los hombres de negocios? ¿No hay una especie de cisma entre la nacion activa y la nacion pensadora? ¿No estan aglomeradas mas bien que confundidas y amalgamadas en una sola y misma nacion? ¿No resulta de aqui una especie de recíproco desden de la una por la otra? Si el hecho es cierto, los prácticos serán todavía, durante mucho tiempo, los esclavos de la rutina, y los teóricos, hombres poco á propósito para servir ventajosamente á su patria como hombres públicos. Costará algun trabajo encontrar en Alemania el justo punto de contacto que une á la práctica con la teoría en todos los ramos de las ciencias políticas, y en la del derecho penal en particular.

Un hecho merece citarse á nuestro parecer. La mayor parte de los criminalistas alemanes desechan el jurado. Esta aversion es natural en los prácticos, por-

que, fuera del círculo de la teoría, no pueden ver faltándoles la luz. Pero ¿y los teóricos? hay en ellos falta de conocimiento práctico de los gobiernos, de los hombres y de las cosas tales como son. El jurado es esencialmente una garantía, y sería difícil descubrir *a priori* la necesidad de esta ó aquella garantía. "Para juzgar bien, es menester saber. Para saber se necesitan conocimientos, talento, experiencia, y estudios. El jurado es pues una institucion mala." Añadiendo á este razonamiento algunos hechos aislados contra el jurado (nadie sostiene que los jurados sean infalibles), y haciéndole en un pais en que la justicia práctica, que es mejor que las leyes, no escita muchas quejas, fácil es de concebir el error de los hombres de gabinete. Solo cuando la libertad ha despertado la recelosa susceptibilidad de los hombres libres en todo lo concerniente á la justicia penal; solo cuando transportándose al círculo activo de los hechos, se los considera en su conjunto y en sus relaciones; solo cuando la posesion y el uso de cierto número de derechos y garantías hacen conocer lo débiles y vulnerables que son, faltando otros derechos; solo entonces se ve la necesidad de remontarse hasta el jurado. Entonces, apoyándose la teoría en las observaciones y en los hechos, en los hechos patentes, irrecusables y perentorios de su propio pais, toma un nuevo vuelo, se eleva sin estraviarse, y llega á comprender un principio, que hace volver siempre, y como para confirmarla, á los hechos de que habia partido. Estos hechos son á la vez causa y confirmacion de sus descubrimientos. El jurado viene pues á ser la consecuencia de la vida práctica de los estados libres y de teorías muy elevadas; los criminalistas alemanes conocerán la necesidad de esta institucion cuando los hechos les den la primer base de la teoría, luego que sean ciudadanos activos de una nacion libre.

CAPÍTULO IV.

Conclusion.

Ora se considere el estado de la ciencia, ora se ponga la atencion en las diversas legislaciones penales y en la condicion política y moral de los pueblos, siempre queda abierto un vasto campo á los trabajos de los publicistas y de los juriconsultos. Los libros abundan ciertamente, y no hay casi ningun ramo del derecho penal que no haya sido cultivado con mas ó menos éxito. Es el espíritu de la época, es la necesidad generalmente reconocida de una reforma que se revela, no solo en los ensayos de legislacion hechos, sino particularmente en las muchas producciones de los escritores.

Estamos en una época de transicion. Las ciencias políticas y morales estan profundamente arraigadas en el espíritu humano; la discusion está abierta; la razon se reconoce libre, puede ejercer sus derechos, é importa á la seguridad individual que la ciencia no tarde en dirigir sus esfuerzos hácia la perfeccion del sistema penal. Todos los pueblos de Europa no gozarán al mismo tiempo de estos progresos, pero todós se aprovecharán de ellos tarde ó temprano. Sucederá lo mismo que con la reforma calvinista, la cual ha purificado el catolicismo, templado el despotismo de la corte de Roma, é introducido nuevamente en el clero católico la pureza de las costumbres y el respeto de su carácter. Entre las naciones no puede haber ya diferencias muy palpables durante mucho tiempo, cuando las comunicaciones han adquirido tanta facilidad y rapidez.

Pero, antes de poner manos á la obra, es esencial reconocer cuál debe ser el punto de partida, y cuáles son los principios que parecen dominar en este momento á la ciencia del derecho criminal.

El espiritualismo y el sensualismo se han dividido el mundo intelectual; pero como rivales, como enemigos, y teniendo cada cual la pretension de estar en exclusiva posesion de él. Esta guerra ha pasado del terre-

no de la especulación á la vida social, al del derecho positivo, y particularmente del derecho penal.

Si las dos escuelas se encuentran con mas frecuencia que la que habia motivos para esperar en los resultados de aplicacion, es porque una deduccion rigurosa y llevada hasta sus últimos límites es superior á las fuerzas y al valor de muchos hombres. Establecen una teoría y se complacen en este trabajo; pero cuando ha llegado el momento de desenvolver sus consecuencias prácticas, la teoría duerme y el sentido comun recobra su imperio.

Es una feliz necesidad esta impotencia del hombre para llevar siempre sus principios á sus últimas consecuencias prácticas; sin ella el espíritu de sistema, parcial y limitado de suyo, incapaz de comprender la universalidad de las cosas sin dejar de ser el mismo, hubiera trastornado el mundo.

Pero aunque el principio espiritualista y el principio sensualista hayan probado cada uno por su parte á establecerse esclusivamente en el terreno del derecho penal, es menester confesar sin embargo que el principio del sensualismo es quien ha pretendido particularmente fundar su imperio de un modo esclusivo. Tambien es cierto que, representante de una escuela filosófica tan influyente como lo fue la francesa del siglo XVIII, y ofreciendo ademas una gran claridad de formas en sus aplicaciones al derecho penal, ha alcanzado un triunfo que parecia seguro. Unos le han introducido en la legislación penal, tomándole atrevidamente como principio absoluto de moral y de justicia; otros, mas tímidos y menos consecuentes en sus doctrinas, se han imaginado que habia una separacion completa, todo un abismo entre la moral y el derecho positivo. Han adoptado el principio de utilidad como un instrumento político, como una regla esclusiva, pero particular al derecho penal y á otras materias análogas, sin que esto en su ánimo influyese nada sobre todo lo concerniente á la moral y al derecho en general.

Este principio predomina esclusivamente en Inglaterra en los escritos de todos los que prueban á encum-

brarse á la teoría de la penalidad. Y cuando se leen las discusiones parlamentarias de los ingleses, no se puede menos de reconocer su influjo, aun en los discursos de un gran número de prácticos. Solo que no le manifiestan en toda su pureza, ni con todo el rigor lógico de un sistema. Ademas, este principio influye necesariamente sobre el ánimo de todos cuantos procuran defender por razonamientos la excesiva severidad de las penas.

En Francia, el principio sensualista no reina ya sin obstáculo, ni en las ciencias morales, ni en las ciencias políticas. Varios adversarios temibles se han atrevido á mirarle de frente y atacarle á las claras. Sin embargo la contienda está lejos de haber sido terminada, y la victoria se mantiene todavía incierta. Pudieran citarse obras recientes de derecho penal en que este principio se halla aplicado sin restriccion alguna.

Por último, si los defensores de esta doctrina no se desdeñaran de enterarse de los trabajos hechos en Alemania sobre el derecho penal, sabrian que su principio ha pasado tambien al otro lado del Rin; solo que ha temido que cambiar de nombre, tomar formas menos materiales, y hablar un lenguaje mas abstracto.

El punto de partida, segun está indicado por el actual estado de la ciencia, debe ser por consiguiente el examen de los dos principios en sus relaciones con el derecho penal.

Acaso pudiera creerse que los ensayos de reforma de los últimos cuarenta años han sido inatentados bajo el influjo del principio sensualista, supuesto que este era el principio dominante, la doctrina adoptada implícitamente, en política á lo menos, aun por aquellos que se mostraban por otra parte hostiles al movimiento general de la sociedad. Esto seguramente no era un título de gloria; cualquiera que sea el bien que estos ensayos han producido, no estan sin embargo, lo hemos visto, al nivel de la civilizacion, ni satisfacen á las necesidades de la época.

Empero habria una especie de injusticia en juzgar de este modo; porque otros obstáculos, independientes de

la doctrina dominante, han estorbado que se hiciesen mas mejoras en las leyes penales.

Es menester pues encumbrarse á las teorías mismas; es menester reconocer los principios en sí mismos.

En primer lugar, importa ver si uno ó el otro de los dos principios rivales debe efectivamente predominar de un modo absoluto en el derecho penal. Importa saber si no tienen cada uno una acción y una influencia legítima, en diversos grados. Una conciliación de ambos sistemas, una conciliación en que se asentasen los límites particulares de uno y otro, no parece imposible: sería mejor que uno de esos expedientes cómodos á que se recurre con el solo fin de restablecer de un modo cualquiera la paz entre las partes. Sería menester dar á cada uno de los dos principios la parte á que tiene derecho en las cosas humanas; considerar, en una palabra, al hombre y la sociedad bajo todos sus puntos de vista.

Afirmada una vez la teoría de la penalidad sobre sus verdaderas bases, falta que hacer dos trabajos. El primero es la aplicación de los principios generales á las diversas partes del sistema penal; el segundo consiste en los medios de introducir los resultados de la teoría, ora en las leyes, ora en la administración de justicia, sin atropellar las necesidades de la práctica, y sin que la teoría quede manca ó desnaturalizada.

Los principios generales del derecho penal, cuando son una expresión sincera de la razón aplicada á este ramo del derecho, deben dominar todo el asunto, resolver todas las dificultades, reducir á regla todo lo que á primera vista parece apartarse de ella y formar una excepción. ¿Cuál es el verdadero delito, cuál la pena racional que no se puede comprender en una fórmula que sea la expresión simultánea de la justicia y de la autoridad pública? Todo lo que no pudiese ser sometido á esta regla sería ilegítimo, y ningún poder ni razonamiento sería capaz de justificarlo.

Sin duda que es difícil espresar en las leyes de un modo completo y terminante los corolarios de la teoría penal; todavía es mas difícil acaso señalar exactamente el punto en que debe pararse el legislador,

y em-pezar el papel del jurado y de los jueces.

Muchas injusticias se han cometido solo porque la ley espresaba muy poco ó demasiado, porque el legislador ha avasallado á los tribunales, ó dejándolos sin freno ni guía.

Asi tambien, deslindado con mas exactitud el campo de la legislación, la expresión de la ley mejorará en corrección y rigor, y poco á poco el lenguaje jurídico y legislativo recobrará la sencillez y vigor que le distinguen, siempre que se sabe claramente lo que se dice y lo que quiere decir.

He creído que era un deber para todos preparar según sus fuerzas la solución de estos problemas. He sometido á un nuevo examen las ideas que me habia formado; acaso aquellos que han echado la vista en otro tiempo sobre los escritos que he publicado, encontrarán que he renunciado á algunas opiniones que entonces sostenia: ¿qué importa? he comprendido que estas opiniones eran erróneas. Partiendo de principios que creo á la vez conformes con las nociones absolutas de justicia y susceptibles de ser aplicadas á los hechos reales en su infinita variedad, he seguido estrictamente sus consecuencias. No he tenido escrúpulo en aprovecharme de los trabajos de aquéllos que me han precedido, y mis razonamientos han adquirido para mí mayor fuerza, todas las veces que mis predecesores habian llegado por otros caminos á iguales resultados que yo: esta es una especie de confirmación que afianza el rigor de las deducciones.

No he escrito para los teóricos visionarios, ni para los prácticos empeñados en el camino de la rutina: espero que los primeros me criticarán la circunspección que la experiencia impone sin embargo á todo el que haya tenido parte en los negocios; los segundos buscarán inútilmente en esta obra el examen minucioso de algunas cuestiones de derecho que puede ofrecer cada una de las legislaciones vigentes. Si comparo alguna vez entre sí las disposiciones del derecho positivo, no entra en el plan de esta obra ceñirme á su marcha: mas bien trato de juzgarla que de seguirla.

En el estado actual de la ciencia, creo en la utilidad de semejante trabajo, aunque sin esconderme sus dificultades. Mucho habré conseguido ya, si estos ensayos sugieren á otros ideas mas fecundas y un sistema mas completo: en esta materia, como en casi todas las demás, cada esfuerzo acarrea un progreso.

no se trata de
constituir el

FIN DE LA INTRODUCCION.



LIBRO PRIMERO.

BASES DEL SISTEMA PENAL.

CAPÍTULO PRIMERO.

Del derecho de castigar. — Planteo de la cuestion.

Un hombre se ve atacado y se defiende; al defenderse impone al agresor cierto grado de pena.

Un hombre acaba de ser atacado: ha recibido un daño positivo, pero volviéndose contra su ofensor, le ha causado un mal, le ha herido.

Un hombre ha sido atacado: el acto intentado contra él está ya consumado; sin embargo persigue al agresor con la idea de obtener una reparacion, un resarcimiento.

Por último, un hombre, sin haber sido atacado ni recibido daño, se encuentra amenazado de un ataque inminente; con el fin de apartar de si este hecho injusto, se adelanta á su enemigo, pero le hiera al privarle de la facultad de dañar.

Estas son las cuatro situaciones diversas, pero bastante análogas, en que un hombre es inducido á causar cierto grado de mal á uno de sus semejantes. ¿Es esto ejercer el derecho de castigar?

Nada hay mas facil que promover aqui una disputa de palabras.

Porque se debe responder afirmativamente, si se entiende por derecho de castigar el de repeler ó reparar el mal por el mal.

Debe responderse negativamente, si se entiende por derecho de castigar el de causar un mal proporcionado al autor de un mal injusto, aun cuando este se halle consumado hace mucho tiempo y sea absolutamente irreparable: aun cuando no haya ya nada que temer de parte del malhechor.

El lenguaje comun puede inducir á error, porque se presta á ambas significaciones. Si un viajero mata al ladrón que le ataca, dirán de este que ha recibido el castigo debido á su crimen, y que ha obtenido lo que merecia.

Sin embargo, penetrando mas profundamente en el sentido de estas expresiones, se echa de ver que solo se habla de este modo por pura analogia. Lo que quiere decirse, la idea dominante en la frase es que el agresor merecia un castigo, que la justicia debia imponérsele. Si casualmente la reaccion defensiva no ha dejado nada que hacer á la justicia humana, el agresor ha tenido lo que merecia, es decir, ha sido tratado como hubiera debido serlo, como lo hubiera sido por la cuchilla de la ley.

Es esto tan cierto que en los casos comunes, y cuando la justicia ejerce legalmente sus atribuciones, la expresion de tomarse la justicia por su mano es una expresion de censura.

Nosotros debemos tratar del derecho de castigar en el sentido estricto y técnico de la palabra; porque tal es el poder que ejerce la sociedad. Un calígrafo abusa de su talento para falsificar un documento; un accidente le priva para siempre del uso de

sus manos; en este estado comparece ante la justicia y sufre la pena de los falsificadores, ademas de la reparacion civil que debe á la parte agraviada.

Tal es el hecho, é importa no echarlo en olvido. ¿Es este un derecho? Esto es preguntar si este hecho es moral y razonablemente legitimo. Y si es un derecho, ¿de dónde procede?

Al estudiar esta cuestion se encuentran los nombres de filósofos y publicistas mas eminentes. Se encuentran sistemas opuestos, y se presencian combates cuyo éxito no se prevee. Esta es una de las profundas cuestiones del derecho filosófico que estan lejos de haber tenido hasta ahora una solucion no contestada.

Entre los jurisconsultos que han escrito sobre el derecho penal hay sin embargo un gran número de ellos que no se han ocupado de esta cuestion, suponiendo la legitimidad de la justicia humana. Si los imitásemos ¿trataríamos la ciencia del derecho penal? Seria reducirnos á hablar del arte, casi iba á decir del oficio de jurisconsulto.

Los justos límites del derecho de castigar se determinan conociendo su origen moral. Conociendo estos límites es como puede juzgarse de la justicia de su aplicacion en las leyes positivas, y, en muchos casos, tener una guía segura para la interpretacion de estas leyes.

CAPÍTULO II.

Nociones fundamentales.

Privar á un hombre del ejercicio de una facultad, de un derecho, para siempre ó durante un determinado tiempo; ó bien imponerle ademas cierto grado de pena, y esto á causa de un acto consuma-

do y aun irreparable; tal es, en resolucion, el hecho del castigo social.

Para que este hecho sea legítimo, es menester que lo declare la justicia (1).

¿Hay justicia en volver mal por bien? Nadie lo dirá. ¿Hay justicia en imponer un mal en pago de un acto indiferente ó de ninguna importancia? Tampoco.

Queda el caso del mal remunerado por el mal.

Ciertamente, si es remunerado con conocimiento de causa, con medida y una intencion moral, hay justicia absoluta en este caso. La conciencia y la razon nos lo afirman de un modo invencible.

Pregúntese al inocente, apélese al delincuente mismo en aquellos momentos en que no puede encubrir el testimonio de su conciencia; sus respuestas serán unánimes. Ha hecho el mal, lo está sufriendo y paga la *pena*; es justo.

Sentemos pues un primer principio que no es mas que la expresion de una ley de la conciencia humana: el castigo que consiste en causar un mal, con intencion, motivado por un hecho anterior, aunque sea irreparable, sin que se tenga en cuenta la voluntad del paciente, ni se haga con la idea de que redunde en lo futuro en provecho suyo, no puede ser un derecho sino en tanto que recae sobre el autor de un mal injusto; esta es su esencia. Si se prescinde un solo momento de la conexi6n moral que debe existir entre el hecho punible y el hecho de la pena, el derecho de castigar desaparece. En su lugar se tendrá

(1) No nos dirigimos en este momento á los que no admiten la idea de lo justo y de lo injusto. Aqui no apelamos á los sistemas, sino al sentido comun. Luego examinaremos la doctrina de la utilidad, considerada como principio esclusivo de la legislacion penal.

una violencia, un accidente, un acto para la conservacion de sí mismo, acaso un favor prestado; pero no habrá ya penalidad: la razon no reconoce ese carácter sino en el hecho que acabamos de describir.

¿Pero cuál es, cuál debe ser la posicion moral, la posicion de derecho del que ha llegado á ser objeto legítimo de un castigo, tocante á aquel que se le impone?

Interroguemos de nuevo el sentido comun: "Le ha castigado." ¿qué quiere decir esto? "Ha tomado conocimiento de su accion, le ha juzgado, y habiéndole encontrado delincuente, le ha impuesto una pena." ¿Qué espresa este lenguaje en el ánimo de todos los que de él hacen uso? que el que ha castigado se encontraba respecto del otro en una posicion de superioridad moral: que el hombre castigado no ha podido con razon decir á su juez: ¿qué se os da á vos? Dicese de un padre que castiga á su hijo; la proposicion inversa sería monstruosa, aun cuando el padre fuera delincuente.

El castigo priva á un hombre del ejercicio de una facultad, del goce ó posesion de un derecho; obliga, si es necesario, á un ser moral y libre á que ejecute cierto orden de acciones; su justicia no es concebible si trata al reo de inferior á superior, y aun de igual á igual. Necesariamente supone un poder legítimo que la razon reconoce, y que deriva de la razon su autoridad y su vigor moral.

El castigo supone un juez de la accion injusta; en otro caso sería una fuerza ciega. La condicion de juez supone el derecho de que otro le dé á uno cuenta de sus acciones. Tambien es esta una relacion de superior á inferior.

¿A quién pertenece este poder en el mundo?
¿Cuáles son los signos en que puede ser reconocido?

¿Hay en realidad alguno que esté legítimamente revestido de esta potestad? Y si le hay, ¿quién es? ¿Es la parte agraviada? ¿Es un individuo cualquiera? ¿Ó hay un poder especial encargado de ejercer la justicia humana? Ya nos ocuparemos de estas cuestiones.

Es menester tambien considerar cuál es el fin, cuáles son las condiciones y límites de la justicia social.

Por último, falta examinar si el hecho del castigo legal, considerado en sí mismo, puramente como hecho material, de tal ó tal naturaleza, susceptible de producir diferentes efectos, puede tener un fin propio, legítimo, y que no sea la realización de la justicia. En este caso ¿cuál es este fin? ¿Es un fin único é invariable? ¿Ó un fin variable, múltiplo, determinado por las circunstancias, un fin á que se puede probar á llegar modificando, á medida de las necesidades, la naturaleza y calidad de las penas?

Entre tanto contentémonos con estas conclusiones: 1.º no existe posibilidad moral ni derecho de causar un mal, con motivo de un hecho consumado, si este derecho no dimana ante todo de este principio absoluto de justicia: el mal merece mal; el hombre injusto debe reparacion á la justicia: 2.º toda accion penal que no dimana de una superioridad moral, de un juez con el derecho de serlo, no sería mas que un hecho sin justicia y sin moralidad. Desmerecimiento en el objeto del castigo; superioridad en el que le impone.

Conviene insistir sobre estos dos principios, porque, aunque no sean mas que dos fórmulas incontables dadas por el sentido comun, han sido sobradamente olvidadas en un gran número de teorías penales.

De estos principios que acabamos de establecer,

no resultá sin duda todavía el derecho de que el hombre y la sociedad tengan el derecho de castigar; pero se infiere que si tal derecho les corresponde, le tienen solo definitivamente bajo estas condiciones. La justicia es una como la verdad; si puede ofrecer variedades en sus ramificaciones, no puede ofrecerlas en su origen.

CAPÍTULO III.

Sistemas varios.

Todas las teorías del derecho de castigar, segun está ejercido por la sociedad, pueden dividirse en dos clases: las que van á buscar un principio moral por fundamento, y las que tienen por única base un hecho, un interés material. En otros términos, las unas son hijas del espiritualismo, y las otras del materialismo.

Entre las primeras se distingue aquella que atribuye á cada individuo en el estado natural el derecho de castigar á los que quebrantan la ley de naturaleza. El poder social no hace sido ejercer este mismo derecho que le han cedido los individuos al reunirse en cuerpo político.

Un gran número de teorías estan fundadas, de un modo mas ó menos directo, sobre el principio de derecho de defensa. Si el individuo tiene el derecho de defenderse contra el agresor injusto, si tiene tambien el de prevenir los ataques inminentes que le amenazan, ¿por qué la sociedad, compuesta de individuos, no le tendria? Sentado una vez este principio, se siguen diversos rumbos.

Segun unos, la sociedad no ejerce mas que el derecho de defensa individual que se le ha cedido; pero para ejercerle con ventaja, debe ejercerlo con

mas latitud que la que habria podido desplegar el individuo mismo.

Para otros la sociedad tiene un derecho propio de defensa, que le pertenece como cuerpo social. Este derecho no puede pues medirse por la regla del individualismo: la sociedad tiene derecho á algo mas.

Por último, tambien se ha tratado de resolver el problema de un modo mas sencillo. El hombre, ser libre y moral, ha podido hacer un convenio; espreso ó tácito, no es menos válido y obligatorio, cuando es la espresion de su libre consentimiento, y origen para él de grandísimas ventajas. La sociedad no ejerce pues los derechos de un individuo sobre otro, sino el derecho que cada cual le ha cedido sobre su persona, en caso de infraccion cometida por él de la ley penal.

El principio de utilidad es en el fondo lo que domina en todos los sistemas en que no se ha tratado de remontar á un principio moral. Empléese una ú otra circunlocucion, aléguese el interés individual, recúrrase al principio de la utilidad general, del mayor bien del mayor número, ó invóquese como principio primitivo la necesidad de prevenir por el castigo de un acto la reiteracion de otros actos semejantes, de intimidar los ánimos, y de contener á las voluntades peligrosas; siempre es cierto que, sino se penetra mas adentro, la doctrina de estas escuelas está toda definitivamente contenida en estas palabras: los castigos son justos, porque son útiles y aun necesarios á aquellos que los ordenan.

En el fondo hay mas analogía que la que aparece á primera vista entre las doctrinas fundadas sobre el derecho de defensa, y las fundadas sobre el principio del interés.

Por lo demas no queremos molestar á nuestros

lectores con la enumeracion, y mucho menos todavía con la discusion circunstanciada de todas las teorías conocidas.

Un gran número de estas teorías son idénticas en la esencia, y no se diferencian entre sí sino en algunas variaciones de formas. Debemos pues reducirnos al examen de los principios generales en sus relaciones con el derecho de castigar. Si en esta investigacion podemos reconocer cuáles son los principios que se han de eliminar ó deben modificarse, podremos comprender el verdadero fundamento del derecho de castigar. Las teorías que se alejen de él, en todo ó en parte, quedarán por este hecho implícitamente juzgadas.

CAPÍTULO IV.

De la doctrina del interés considerado como origen del derecho de castigar.

Si la doctrina del interés es legítima en el sentido de que el interés, bien entendido si se quiere, sea el solo y único principio porque el hombre debe gobernarse en todas las cosas, un famoso publicista ha tenido razon de escribir estas palabras: "Tocante al origen del derecho de castigar, nada hay que decir de particular; es el mismo que el de todos los demas derechos del gobierno... Lo que justifica la pena es su utilidad mayor, ó por mejor decir, su necesidad."

Importa cludir toda cuestion de palabras. La idea de utilidad es seguramente uno de los elementos del espíritu humano. El hombre concibe lo útil; es mas, desea con ansia alcanzarlo. Tambien es cierto que la dicha, ó por mejor decir, el bienestar, no ha sido

presentado al hombre en este mundo para que pase su vida en rechazarle y padecer. En una palabra, lo útil tiene también su legitimidad; pero entonces la idea del interés personal no se presenta ya sola. Con la ayuda de otra idea, de la idea del derecho y del deber, es como el sentido común separa los intereses legítimos de los que no lo son, aun cuando no lo eche de ver. Reconoce los intereses que el derecho apoya, y que el deber no reprueba; repele todos los demás, por caros que nos sean.

No es este el lenguaje y la doctrina de la escuela del interés. En su sistema, lo útil se basta á sí propio, y encierra en él su justificación. Es un principio primitivo, único y esclusivo; su sinónimo, no hay que engañarse, es el goce, es el placer. Entender la doctrina del interés en un sentido, casi diré, mas modesto, es caer en una cuestión de terminología, es acusar á los defensores de esta doctrina de una oscuridad de lenguaje que nadie tiene derecho de echarles en cara.

No nos dicen que lo justo es siempre útil, lo cual es cierto en el sentido de que el bien moral no puede ser un mal, y de que el orden no es el desorden. Sostienen por el contrario que lo útil es siempre justo, es decir, que no se debe culpar al hombre que mide el mérito de sus acciones solo por el influjo que pueden ejercer en su bienestar.

En una palabra, niegan la distinción del interés y del deber, borrando el segundo término y desechando la idea de lo justo y de su autoridad, independientemente de toda consideración de utilidad.

Su doctrina es tan clara y positiva como universal. Todo lo abraza, vida privada, vida pública, relaciones individuales, relaciones sociales, justicia civil y justicia penal.

Así, al ver un partidario del principio del interés caminar al cadalso á uno de sus semejantes, su idea dominante es la necesidad del suplicio de aquel infeliz, para que los que se le imponen puedan trabajar, dormir, andar, en una palabra, gozar sosegadamente y sin temor alguno.

El objeto material de la pena es á su parecer la idea madre, el principio creador del derecho. ¿De dónde deriva la misión de aquel que castiga? De la necesidad de alcanzar este fin: ¿sobre quién debe ejercer su derecho? Si no abjura la lógica, sobre todos cuantos le sirven de obstáculo para alcanzarle. Todo lo que se considera en este sistema es el efecto material inmediato del castigo sobre la muchedumbre. Así que, la justicia aparente equivale casi para él á la justicia verdadera.

Supongamos que un inocente sea condenado: si se ha podido convencer al público de la culpabilidad de la víctima, el mal no es cosa mayor; acaso sea mayor el bien alcanzado, supuesto que se ha producido un efecto saludable, el terror de todos los hombres de intenciones dañosas, contra la probabilidad de una pena impuesta á algun otro inocente.

Si la mayoría llegá á convencerse de que conviene sacrificar cada año cierto número de individuos para su felicidad y sosiego, el sacrificio está fundado en razon, porque ¿con qué derecho la condenarian á vivir desasosegada y á no buscar todas las prendas de seguridad? ¿Quién me tachará de que mate á uno de mis perros sin asegurarme antes de su hidrofobia, si su sola muerte ha llegado á aplacar los recelos de mi familia? ¿Es otra cosa el hombre para el hombre que un medio ó un obstáculo, en el sistema del interés?

El examen del principio del interés en toda su

estension, como principio esclusivo de legislacion y de moral, es una cuestion de alta filosofia que abraza el orden moral y el orden politico, el hombre y la sociedad, lo presente y el porvenir todo. Ya ha sido objeto de los trabajos de filósofos y publicistas entendidos, y ademas traspasa los límites de nuestro libro.

Debemos pues limitarnos á algunas observaciones propias, á nuestro entender, para difundir alguna luz sobre el asunto especial de que tratamos.

El sistema de la utilidad no puede fundarse mas que sobre el interés individual, ó sobre la utilidad general.

Examinémosle bajo ambos puntos de vista, especialmente en sus relaciones con la justicia criminal.

CAPÍTULO V.

Del interés individual.

Traducida al lenguaje comun la doctrina del interés, es esta: "¿Tengo *razon* en este asunto? Sin duda, pues yo solo quiero lo que me es útil. ¿Tengo *derecho*? Para saberlo, es menester ver si al legislador y á sus satélites les parece mal lo que quiero hacer. Pero tengo un deber tambien, y este *deber* es cabalmente examinar si infrinjo una ley, es decir, si juego con desventaja, si me espongo á ser encarcelado y aun ahorcado por otro mas fuerte que yo. De *crimen* no se trata verdaderamente; yo puedo muy bien engañarme sobre mi interés, pero, haga lo que quiera, á mal andar solo será un cálculo falso. Los otros llaman *crimen* lo que les causa miedo de un mal para sí mismos, del mismo modo que otros apellidan virtud lo que les promete algun provecho. Pero

al cabo todo es puro cálculo; no hay otra diferencia sino en que esté bien ó mal hecho."

¿Y es este el lenguaje de la humanidad? Debe serlo si es conforme á la verdad, si es expresion de un elemento, ó por mejor decir, del solo y único elemento moral de la naturaleza humana. Examinémoslo: dicen que sobre los hechos está fundada la doctrina del interés.

¿Expresa verdaderamente este lenguaje lo que pensamos? Llámese para que respondan al rico y al pobre, al débil y al poderoso, al justo y al malo, al hombre instruido y al ignorante: la respuesta será negativa y unánime. El poderoso afirma que piensa solo en el bien público; el malo habla de la justicia mas que todos los demas; el ignorante no comprende siquiera la pregunta, y si se logra hacérsela comprender, se encoge de hombros. Háblenle de justicia, no puede comprenderla claramente, pero no la niega: nada encuentra en sí que repugne á nuestro lenguaje.

El malo, dirán, engaña; habla de una manera y obra de otra; pero esto mismo es un hecho digno de observacion. Menester es pues hablar de virtud y tributar respeto á la justicia para engañar. Los oyentes asi no son de la escuela de Helvecio: sienten y creen otra cosa, todos indistintamente, aun aquellos que en la práctica solo obedecen al interés. No hay mas que un puñado de hombres sistemáticos que no participan al parecer de la creencia general. Y aun si se les examinase de cerca cuando deponen el mando filosófico, se veria que hablan y obran como hombres. Es menester decirlo en honor suyo, no son lo que se esfuerzan aparentar.

En una palabra, la humanidad entera reconoce otra verdad, un principio mas elevado. Reconoce una

justicia absoluta cuyos fallos son independentes del provecho natural de nuestras acciones; proclama un deber invariable, cualesquiera que sean los acontecimientos y las circunstancias, los tiempos y lugares, las ganancias y las pérdidas; y tiene horror al crimen aun cuando sea poco temible para ella. Hace mas honra al desprendimiento, y admira el sacrificio del interés personal.

Esto lo confiesa el mismo hipócrita en su lenguaje; esto lo confirman mil hechos ostensibles.

El celibulario viejo que se estremece al oír la relación de un parricidio ¿temerá el brazo de un hijo que no tiene? Y el oscuro ciudadano que, al ver á un niño luchar con las olas próximas á engullirle, arriesga su vida y la pierde por tratar de salvarle, ¿ha calculado antes en la orilla lo que podrá ganar, si escapa del peligro, en gracias, medallas y elogios de gacetas?

¡Contradiccion notable! ¡el principio del interés habia de ser el único principio moral de la especie humana; sería su sola guía, y casi nadie se atreveria á confesarle! Está en los libros, se encuentra elevado á teoría; pero en la práctica, nadie le reconoce, nadie piensa en justificarse alegándole en su favor, nadie quiere conceder su estimacion al pequeño número de hombres que se atreven á hacer escepcion á esta regla general. ¿Quién podría explicar este fenómeno, si el principio del interés fuese la verdadera ley moral de nuestra naturaleza y el principio único de la legitimidad de nuestras acciones? ¿Habría de desconocerse hasta tal punto el hombre, el ser razonable? Para que se ponga así por su lenguaje en contradiccion manifiesta y constante con las leyes de su ser, con su derecho, es menester enseñarnos otra ley que explique tan singular fenómeno. No es así como el

hombre se conduce respecto de las demas leyes de su naturaleza; si las conoce, las confiesa. Conoce que tiene libertad, y confiesa que es libre; conoce que tiene inteligencia, y no la reniega. Su lenguaje no es una mentira obstinada.

Si la humanidad no se miente á sí misma, es un hecho pues que siente otra cosa, que tiene otro principio, que reconoce otra ley; por lo menos es cierto que cree reconocerla. Esta creencia es un elemento de su naturaleza. Y siendo así, ¿cómo se la arrancarán? ¿Cómo desechar esta creencia? Porque aqui no se habla de un juicio del espíritu sobre un hecho exterior á él. Se habla de un hecho interno, de un hecho de conciencia, de la mirada de la humanidad dirigida sobre sí misma. Para rehusar este testimonio, no queda mas que un medio, negar el hecho interno, ó sustentar que es otro.

Así la cuestion no es en la esencia mas que una cuestion de hecho. Si en este mundo no hubiese mas que dos individuos, Reid y Helvecio, la verdad no dejaria por eso de ser lo que es; pero toda discusion sería difícil, acaso imposible.

En el mundo, tal como es, se encuentran por una parte la especie humana, su lenguaje, sus hechos, sus creencias, sus religiones y muchas escuelas filosóficas; por la otra hay algunos filósofos, pero en menor número.

Hay mas; los filósofos son mas bien hábiles peritos que testigos dignos de fé; excelentes jueces sobre los asuntos particulares de que tratan, pero hombres especiales sobre la materia, no merecen por esta misma razon una confianza completa, cuando es menester invocar su testimonio sobre una coleccion de hechos. Puede comparárseles con los jurisconsultos, de los cuales hay necesidad para la

administracion de justicia, y que son los jueces por escelerencia, con tal sin embargo de que los jurados les den la materia del juicio, los hechos judiciales. Los filósofos son unos jurisconsultos en la determinacion de los hechos morales, y el jurado es la especie humana. Esta dice todo lo que piensa y se descubre enteramente. Los filósofos, cuando quieren apelar á su propio testimonio para confirmar los hechos, acostumbrados á concentrar sus miradas sobre un objeto particular, pierden de vista todos los objetos laterales y coexistentes.

Como se ha observado ya, los materialistas no han observado mal, pero mutilaron en cierta manera al hombre el dia en que dijeron: Lo que no hemos mirado no existe. Cegados con el resplandor que arrojaban los hechos materiales y ostensibles de la humanidad, desdennaron los hechos internos y dificiles de ser sometidos á una buena observacion. Aseméjansen en esto á un hombre que, no habiendo pesado nunca mas que objetos de bulto y ordinarios, despreciase al químico que tratara de pesar gases; esta es la sola causa de la disputa.

En efecto, la mayor parte de los hombres tienen por móvil al interés en el mayor número de sus acciones. El hecho es cierto; los moralistas le describen y se lamentan; los predicadores se indignan y se desatan en declamaciones; los legisladores le suponen en sus leyes. Nos contentaremos con reconocerlo por nuestra parte; el interés es de hecho un móvil poderoso, general é inmediato.

Unos, mal aconsejados, ceden á un interés cualquiera; otros han aprendido á distinguir el interés aparente del interés bien entendido, y son hombres prudentes; otros, por último, no resisten á la voz del interés sino cuando se manifiesta en oposicion con el

dictámen de su conciencia. Solo un pequeño número de ascéticos y anacoretas han tomado la resolución de hacer una guerra ostinada é incausable al placer.

Sí, lo repetimos otra vez: el hecho es constante, y la observacion exacta. Pero de este hecho procede principalmente el error de la escuela del interés: porque primeramente induce el hecho moral del hecho material, y luego el derecho de la fuerza del móvil.

Un gran número de hombres no siguen mas que los consejos del interés; pero ¿quiere esto decir que los mismos hombres no reconozcan al propio tiempo la realidad de la ley moral, el principio del deber? Porque ceden á la violencia de las pasiones, á los consejos de la codicia y á los halagos del placer, ¿quiere esto decir que su razon apruebe sus hechos, y que la idea de lo útil no esté dominada aun en ellos por la idea de lo justo? Mejor conocia el poeta la naturaleza humana: *Vide meliora proboque; deteriora sequor.*

Nunca se repetirá esto demasiado; de que el interés sea un móvil poderoso, activo y general, ¿debe inferirse que sea la última razon de las cosas, que sea el derecho? Esto es inferir de la fuerza de la pólvora la justicia del cañonazo; esto es suponer lo mismo que se discute, esto es suponer que la idea de lo justo es una quimera, que el deber es una precipitacion. Una causa no es mas que una fuerza impulsiva, y la fuerza puede producir indiferentemente el mal y el bien.

Los *utilitarios* distinguen el interés bien entendido del interés mal entendido, el interés transitorio del interés duradero; la distincion es justa. Pero los intereses transitorios tienen tambien un móvil real, general, muchas veces muy poderoso, muchísimas veces mas eficaz que el móvil de los intereses dura-

deros. ¿Qué podría responderse á quien infriese de esto que el principio regulador de nuestras acciones debe ser el interés del momento? ¿No tendria los hechos en favor suyo, los hechos mas constantes y mas numerosos? Le responderian que hay sin embargo otros hechos que examinar, le dirian que lo que se hace no es lo que se debe hacer, que la razon y la libertad han sido dadas al hombre para algo, que debe examinar y escoger entre el bien y el mal, y que á sí mismo debe echarse la culpa, si en su eleccion yerra.

En rigor podria ponerse en duda la legitimidad de esta respuesta. La doctrina del interés en moral es una consecuencia de la doctrina de la sensacion en filosofia; pero la doctrina de la sensacion no es de ningun modo compatible con el principio de la libertad humana. Es bastante difícil probar que cuando se pisa la cuarta tecla de un piano, se pueda levantar otro martillo, pueda vibrar otra cuerda, y deba oirse otro sonido que los que corresponden á la tecla pisada.

Pero los partidarios del interés reconocen la libertad humana, aunque eludiendo las consecuencias rigurosas de su principio. Tengan empero cuidado: si dan esa respuesta, si suponen una eleccion obligatoria entre el bien y el mal, se salen fuera de su círculo. ¿No es el interés, segun ellos, la ley absoluta? ¿Qué son pues esas palabras *de bien y de mal* que invocan al ver su causa perdida? ¿No las han borrado de su diccionario? El interés no se deja gobernar así, cuando reina exclusivamente; muy necio sería en obrar de este modo, y por esto va á buscar el placer donde le encuentra. ¡El interés bien entendido! tanto valdria decir el apetito bien entendido.

Este lenguaje, que quisiera hacerse comprender al interés, solo puede dirigirse al hombre colocado entre este y el deber, cuando escucha al primero con detrimento del segundo; porque el interés y el deber se hallan lejos de estar en constante oposicion. No se niegan los hechos invocados por los utilitarios, pero solo se sacan de ellos las consecuencias que son capaces de arrojar; ó por mejor decir, se reconocen al mismo tiempo los demas hechos de la naturaleza humana, la razon, la conciencia, la libertad y la responsabilidad, que es una consecuencia de ella.

Todo hombre racional siente y confiesa sin escrupulo el poder del móvil del interés personal. ¿Pero siente y confiesa del mismo modo que el interés basta solo para justificar nuestras acciones, y que no hay nada fuera del alcance del cálculo.

Consultemos otra vez los hechos.

¿De dónde procede la general admiracion que causan las acciones heroicas? Los tontos no son empero objeto de admiracion; pueden causar lástima, pero á nadie se le ha ocurrido nunca elevarlos á la inmortalidad. ¿Y es acaso mas que un tonto el caballero de Assas, segun el sistema del interés? Hubiera podido no gritar *¡Avergne, á mí!* y quedaba libre de las bayonetas enemigas.—Pero dirán, ¿y la gloria? ¿y la gloria de que cubria su nombre? ¡La gloria! Díganos de paso un utilitario lo que entiende por este sentimiento que todo lo sacrifica, inclusa la vida, para alcanzar la estimacion de los hombres. No hay sofista tan sutil que pueda descubrir en él ese interés material que la escuela de la utilidad está reducida á sostener si no quiere ser inconsecuente:

Udam

Spernit humum fugiente penná.

La pública estimacion, la admiracion que las acciones del hombre pueden escitar, estan siempre en razon inversa de la personalidad de sus motivos: esta es una regla positiva, un hecho general y constante. Un jóven recibe una educacion muy esmerada, pero costosa; ¿y á espensas de quién? de su padre, hombre riquísimo y muy adelantado en la carrera de los honores: esto no llama la atencion de nadie, porque es muy natural. Es á espensas de un hombre rico, que todos los años destina una mágaja de sus inmensas rentas á la educacion de algunos jóvenes cuyos nombres publican los periódicos, juntamente con el del bienhechor: aun es una fortuna que este Creso no consuma todo su dinero en banquetes y caballos. Pero no, es á espensas de un hombre acomodado que se ha dado prisa á acudir en auxilio de una familia victima de la desgracia, y no ha querido que la educacion de este jóven quedase interrumpida: está muy bien. Mas si le dicen á uno que es á espensas de un anciano que se priva de lo necesario por atender á la educacion del jóven; si añaden que este es hijo del enemigo encarnizado de su bienhechor, y que el bienhechor nada tenia que temer de un hombre que la muerte ha arrebatado ya, dejando á su familia en la desolacion y en la miseria, esto es otra cosa. Entonces preguntamos: ¿cuál es el nombre de ese hombre generoso? no podemos decirle; el mismo jóven lo ignora: ¿esto es sublime!

Es un ejemplo entre mil de lo que pasa en semejantes casos; son las respuestas del género humano. El desconocido anciano se capta la admiracion, el enternecimiento y el respeto profundo de todos, y sin embargo este anciano no es mas que un sandio, segun el sistema del interés.

Porque no nos dirán que el anciano ha especulado sobre la otra vida. Sería una inconsecuencia, una contradiccion de que no puede acusarse á la escuela del interés. Sabe que la creencia en una vida futura de penas y recompensas destruye por la base su sistema, porque supone un orden moral, deberes que cumplir, merecimiento en los que los cumplen, desmerecimiento en los que los infringen. Así que no es un elemento de sus cálculos.

Sin embargo, de aqui mismo resulta para ella una grave dificultad. Si los cálculos del interés individual no deben abrazar mas que la corta escala de la vida material, el hombre que está á dos pasos del sepulcro, el anciano es quien debe guardar menos circunspeccion, entregarse á rienda suelta á todos los excesos, y no privarse de ningun goce, aunque sea á costa de los otros, y aun de los suyos. Porque, ¿qué es lo que arriesga? ¿La vida futura? no existe. ¿La fama? es una quimera para el hombre sepultado en la nada. ¿La amistad de sus semejantes? solo le queda que vivir pocos dias. ¿El nombre que dejará á sus hijos? ¿qué es el amor paterno? una costumbre, una preocupacion. Ugolino, encerrado en la fatal torre, oía á sus hijos decirle:

Tu ne vestisti

Queste misere carni é tu le spoglia.

Nosotros los que lloramos al leer estas palabras, somos unos locos; pero Ugolino, próximo á ser victima del hambre, ¿por qué rehusaba devorar á sus hijos, prolongar su vida algunos dias, y adquirir la probabilidad de que la muerte repentina de su enemigo ó alguna revolucion politica llegase á derribar las puertas de su prision? No tenia que temer nada por que el estado en que se hallaba; asi pues desconoció su interés, y por consiguiente su derecho.

Estas no son inverosimilitudes reunidas á arbitrio con la idea de desacreditar un sistema; son consecuencias directas é inmediatas del principio. Mientras mas reducido es el campo del porvenir, es decir, el campo de los temores y de las esperanzas, mas poderoso es el interés del momento, mas fuerza y actividad adquiere el derecho de hacerlo todo; lo cual, traducido á términos vulgares, quiere decir, mientras mas viejo es el hombre, mas interés tiene y por consiguiente mas derecho de ser malo. Ó el sistema es falso, ó esta es una consecuencia suya rigurosamente verdadera.

No acabariamos si quisieramos desarrollar todas las consecuencias á que se puede llegar tomando una causa, y particularmente una causa de un orden material y variable, tal como el interés, por único origen del derecho, haciendo entera abstraccion de la naturaleza moral de la accion considerada en sí misma.

¿Cuánto se aparta de esta doctrina el lenguaje de todos los pueblos! Todos hablan de deber: ¿y qué deber se deriva de la moral del interés, sino el deber de no engañarse en los cálculos que cada uno hace para su provecho, lo cual no es mas que un abuso del lenguaje? Todos hablan de remordimiento: seguramente será porque este ha sido conocido, sentido y causado temor en todos tiempos y lugares; sin embargo, ¿qué es el remordimiento, donde no puede haber mas que un poco de ignorancia de la aritmética del placer?

Todos hablan de merecimiento y desmerecimiento, de gratitud y de ingratitud: palabras vacías de sentido, si cada cual no hace mas que lo que le conviene, ó si yerra en conducirse de otra manera. Por último, todos condenan el egoismo y la personalidad llevada al extremo: en verdad que sería singular,

esta conformidad de la especie humana en querer asi condenar, en su lenguaje, su propia naturaleza, convertir en delito lo que es una necesidad, y culpase de lo que no le es dado ni puede desprenderse.

Detengámonos; porque ya lo hemos dicho, el asunto es inagotable. Creemos haber dicho lo bastante para que los que no han reflexionado nunca sobre estas materias puedan convencerse facilmente de que la doctrina del interés es solo un elemento parcial y muy limitado de la naturaleza humana y la arbitraria transformacion de un hecho material, de un móvil indiferente de suyo, en un principio absoluto de derecho y de justicia.

Si esto es cierto, el derecho de castigar no puede fundarse sobre el principio del interés personal.

La expresion misma, *derecho de castigar*, es incompatible con esta doctrina. Es menester decir, *potestad de hacer mal*. No puede tratarse sino de una fuerza con mas ó menos prudencia aplicada. La idea de pena, de un mal merecido por una accion injusta, es inconciliable con un sistema en cuya virtud el hombre no puede cometer mas que errores todo lo mas.

Por otra parte, ¿hácia dónde mira el interés? ¿Sobre quién, sobre qué fija su atencion? Sobre sí mismo. Esto está en su naturaleza, pues de otro modo no tendria existencia alguna.

La cuestion no es á sus ojos saber si el objeto del castigo ha merecido el mal, sino si le conviene á el imponérsele. Asi pues desecha por su naturaleza el primer principio fundamental de la penalidad.

Se dirá que de hecho no le desecha, pues no se castigan mas que culpables. Podiéramos negar el

hecho invocando la historia de la práctica de estas doctrinas; pudiéramos tambien preguntar ¿ante qué obstáculo se ha detenido mas de una vez el interés encubierto bajo el nombre de salud pública, en sus ciegas y sangrientas resoluciones? Ante la opinion, ante el sentimiento de reprobacion que le manifestaba ese público á quien pretendia servir. Menester sería desmentir la historia para negar que ese sentimiento no era el de la justicia moral que agitaba todas las conciencias y revelaba contra el poder á la opinion pública. Pero ¿á qué conduce el examinar si de hecho han llegado ó no á morir un gran número de inocentes? Lo que importa es juzgar al principio en sí mismo.

¿Respetas mas acaso la segunda condicion del derecho de castigar? No fijemos nuestra atencion sobre un hombre atacado, ó inminentemente amenazado; entonces se trata del derecho de defensa. Es menester figurarse una persona estraña al hecho que ya ha sido cometido, que está ya consumado. Para reconocerle el derecho de castigar al autor de un hecho perjudicial, es necesario reconocerle sobre este una superioridad moral. Pero esto no es ni puede ser así en el sistema del interés, y suponerlo sería hasta contradictorio. Porque si el interés personal es á la par origen y medida del derecho, ¿dónde está el derecho mas robusto, el derecho mejor? Ó no existe en ninguna parte, ó existe en aquel á quien se quiere castigar.

Sin embargo, no es concebible que haya igualdad de derecho de una parte y otra. No son mas que dos hechos, porque aquel á quien se quiere castigar tiene mayor interés en evitar el castigo, que cualquier otro individuo puede tener en castigarle. Mientras mas grave es el castigo, mientras mas próximo

está el momento de sufrirle, mayor es la intensidad que adquiere el derecho del hombre que ha sido condenado. El derecho del hombre arrastrado al cadalso, y sobre cuya cabeza está ya suspendida la cuchilla de la ley, ha llegado á su *máximum*.

Supongamos que este hombre por un acontecimiento cualquiera rompa sus grillos y asesine por escapar al verdugo, á los que le custodian y á los asistentes. Tal es su derecho: ha obedecido á la ley, á la única ley de su naturaleza. ¿Qué pueden echarle en cara? Préndanle y matenle; este es un hecho: pero no podria culparle nadie de su accion, sin ponerse en ridículo ó incurrir en una contradiccion manifiesta.

El primer acto que cometió fue un robo, por ejemplo. Quizás se engañó en sus cálculos; pero no obstante, en el momento de robar, acosado de privaciones, aguijonado por el deseo de poseer una cosa ajena y alentado por las circunstancias que le hacian esperar no ser nunca descubierto, pudo creer que el robo estaba en su interés bien entendido, y tuvo razon de robar. Le descubrieron; luego se engañó. Esta es una especulacion razonable en sí misma, que quedó frustrada sin embargo por un accidente imprevisto, como algunas veces sucede.

Aquellos que le han descubierto quieren castigarle; este es el segundo acto. Tal vez tienen estos razon á su vez. Si son ricos, si no necesitan robar, si estan convencidos de que no es posible que se encuentren en el mismo caso, y de consiguiente que el efecto del castigo redundará enteramente en provecho suyo, tienen interés en castigarle; hacen bien. Para hacerlo mejor, le mandan al cadalso; los muertos no resucitan, y el terror es mas crecido.

Al llegar al cadalso, se le presentan medios de

evitar la muerte dándola indistintamente á los que le rodean: ya lo hemos dicho, entonces tiene mas razon que nunca en conducirse de este modo. Sería una locura, y una locura inconcebible, que se dejase matar por los que tienen algun interés en su muerte, al paso que él tiene uno grandísimo en conservar su vida. Hé aqui el tercer acto.

Por último, sus adversarios le vuelven á coger; todavia tienen mas interés que antes en quitarle la vida, y se la quitan. Este es el acto postrero.

¿Cuál es de estos cuatro actos el verdaderamente ilegítimo? Creo que ninguno, segun el sistema del interés. Y es que, como ya hemos demostrado poco antes, en el sistema del interés no hay verdaderamente lugar para el deber ni para el derecho; son hechos los que solamente comprende. Es una lucha de la astucia y de la fuerza: ¡infeliz de aquel que sea mas endeble ó tenga menos destreza! ¿Y cómo podía suceder otra cosa? ¿No ha dotado la naturaleza á todos los hombres de la misma constitucion fisica y de la propia sensibilidad? El grado de su actividad puede variar; el principio sensitivo es el mismo; todos estan pues sometidos igualmente á los impulsos que de él se derivan. Y si no existe ningun principio superior á la sensacion, fuera de la parte material de la naturaleza humana, ningun principio moral que obligue á resistir á ciertos impulsos, cualquiera que sea el placer que de ellos se espere, ¿con qué derecho motejarian los unos como un crimen en los otros el haber cedido á ellos? Cualesquiera que sean los hechos del ser sensitivo, obedece á su naturaleza y sigue su destino: puede engañarse con detrimento propio, pero ¿quién tendría derecho para pedirle cuenta de sus errores? Sobre esto puede haber lucha; nunca puede haber justicia, porque no hay

derecho ni deber. Por lo demas, los defensores del sistema del interés son consecuentes sobremanera. En efecto, para ellos no hay mas derechos ni deberes que los que concede ó prescribe la ley positiva. ¿Y qué es la ley en su sistema sino la manifestacion de la voluntad del mas fuerte? Confesemos sin embargo que los que sostienen esplicitamente el sistema de la fuerza, son mas francos y consecuentes todavia.

En vano se recurriria al contrato social, al derecho derivado del convenio primitivo ó á la ley positiva que, segun este sistema, no es mas que una convencion. ¿Se evitan asi las consecuencias del principio establecido? ¿Resulta de esto para el condenado el deber de sujetarse á la pena? Un convenio no es obligatorio en este sistema sino cuando y mientras es útil. Si obligase cuando ya no hay ningun interés en observarle, obligaria por otro principio, y sería otro el origen del derecho. ¿Pero cómo puede decirse que obligue? Esta expresion solo es un juego de palabras, segun el sistema del interés personal. ¿Se ha dicho alguna vez: "Estás obligado á hacer esto, porque te causa mucho placer?"

Concluamos: la doctrina del interés personal está desmentida por la observacion de los hechos de la conciencia; repugna á las creencias del género humano y establece un principio de que necesariamente se derivan las mas monstruosas consecuencias.

CAPÍTULO VI.

De la utilidad general.

El sistema del interés es demasiado abiertamente una sinonimia del derecho del mas fuerte para que los partidarios del principio de la utilidad hayan po-

dido sostenerle en toda su latitud. Muchos de ellos han desechado estas atroces y brutales consecuencias, y tratado de elevarse á una especie de principio abstracto que han llamado *utilidad general*, el mayor bien *del mayor número*.

Este sistema, cuando se limita á considerar su acción en el estrecho círculo de la ley positiva, tiene algo de seductor. Como es verdad que el poder social no debe ejercer el derecho que le pertenece de un modo abstracto, sino en tanto que la utilidad general lo requiera, fácilmente se ha podido inferir de esto que la utilidad general es un principio primitivo y generador del derecho.

También es cierto que se puede caer fácilmente sobre este punto en una disputa de palabras, y de una cuestión de terminología hacer una cuestión de principios. Probemos á evitar este escollo.

En la fórmula de la utilidad general, del mayor bien para el mayor número, dada como regla absoluta de moral y de legislación, hay dos términos que importa explicar.

¿De qué bien se habla? ¿A quién, á qué totalidad de número se refiere la expresión que aquí es puramente relativa, del mayor número?

¿Se habla acaso del bien moral? Luego esto es elevarse á la idea de lo justo, al principio del deber; es llegar al mismo término por un rumbo extraviado. Pero ¿qué significa entonces el mayor bien *del mayor número*? La justicia es el bien en sí, el bien necesario y absoluto. Sea amada ó aborrecida, buscada ó evitada con cuidado, cause placer ó sentimiento, no puede cambiar de naturaleza y convertirse en un mal, cualquiera que sea el número de aquellos para quienes es una fuente de goces ó padecimientos. Aun cuando diez millones de colonos

juzgasen que la abolición del comercio de negros era una medida abominable, aun cuando toda la nación estuviese compuesta de colonos, aun cuando la abolición de dicho tráfico envolviese la ruina de su agricultura, la ley no sería menos justa en sí misma, ni dejaría de ser la expresión del bien.

El legislador pudiera encontrarse colocado entre muchos deberes, y hacer de consiguiente concesiones acerca de la manera, del tiempo y de la forma de la abolición; acaso obraría en esto muy cuerdate: pero estas concesiones no alteran nada el principio; el tráfico no es menos por eso una iniquidad, una forma del mal moral.

Así pues, el bien físico, el bienestar es aquello de que se habla en la doctrina de la utilidad general, como en la del interés individual. No se piensa más que en el placer. Ora le estendán á los goces del espíritu, ora le limiten á los placeres sensuales, el placer es el principio dominante, y la mayor suma de placeres posible la que da la expresión de lo útil y de lo bueno.

Los dos sistemas parten pues de la misma base. El placer, bajo una forma ó bajo otra, es el principio único que dirige y justifica las acciones humanas. Sobre él no hay nada, nada que pueda exigir el sacrificio del placer mismo.

El placer *del mayor número*. ¿Y cuál es la medida para juzgar de este número?

Una casta, una pandilla, una provincia ¿obrarán con derecho si aseguran el mayor bien del mayor número de aquellos que la componen, por perjudicial que esto sea á las demás partes de la ciudad, del estado y de la nación?

Dirán que esto no es posible; porque se engañaría conduciéndose de este modo y separando su inte-

rés del interés general. Según los partidarios del sistema que impugnamos, el interés general satisface á todos los intereses individuales. Facil sería hacer ver lo falso de este último aserto, pero no tenemos que ocuparnos en refutarle en este lugar. Supongamos que este interés general sea el escudo del interés individual; lo que hemos dicho del uno tiene aplicacion al otro. Si el género humano entero adoptase una costumbre persuadido de que está conforme con su interés, no habria ninguna reconvencion que hacerle, padeciese ó no engaño.

¿Qué pudiera decirsele? ¿Que no goza? Responderia por el sentimiento de un goce presente. ¿Que podria gozar mas? Pero ¿cual sería el fundamento de la obligacion de gozar mas de lo que se goza? ¿cual el de la obligacion de renunciar á un goce inmediato por evitar un dolor verdadero? Si no hay nada fuera del círculo de la sensacion, se podrá muy bien aprender á gozar mejor: y aun suponiendo que, siendo todo sensacion, hubiese no obstante libertad, se podrá elegir efectivamente entre uno y otro placer. Pero no es concebible la obligacion de hacer una buena eleccion. ¿En nombre de quien, en virtud de qué se impondria al género humano semejante deber? En nombre de su propio interés, de su interés bien entendido. Esto es un consejo, un consejo útil, si se quiere; pero ¿sobre qué se funda el deber de seguir el interés bien entendido? ¿De preferir los placeres duraderos á los placeres transitorios? ¿los goces de una especie á los de otra? Si el género humano todo respondiera que prefiere ciertos placeres á los que le aconsejan, ¿qué podria replicar un *utilitario* para probar que el género humano todo tiene el deber de gobernarse de otro modo?

Lo ignoramos, y ni aun podemos sospecharlo;

así que aquellos que, sin remontarse tampoco al principio del bien moral, han tachado á la escuela de la utilidad general de haber hablado de derecho y de deber, y de aspirar á imponer á los hombres su principio como suprema regla de moral y de legislacion, en vez de contentarse de darles consejos sacados de la observacion y de la esperiencia sobre el modo mejor de alcanzar la dicha, han comprendido mas claramente á nuestro parecer el sentido del principio. Que un hombre me hable, al enseñarme dos paseos, sobre los placeres que puede ofrecerme el uno y los inconvenientes que encontraria en el otro, nada tiene de particular; pero si, confesándome que no puede hablarme mas que de mis placeres y padecimientos, se empeña en imponerme la obligacion de seguir el primero, no le comprendo.

Y si ahora, en vez de hablar con todo el género humano, el filósofo no tuviese en su auditorio sino la mitad, ¿tendria algo mas que decir? ¿En qué variaria la cuestion este nuevo hecho? En esto unicamente: en que, entre los peligros de ciertos placeres, habria el de escitar la cólera de la otra mitad de la especie humana. El temor de la guerra entraria como elemento del cálculo. Seria prudente examinar el estado de las propias fuerzas antes de tomar ninguna resolucion; pero nada mas.

El deber de no perjudicar á la otra mitad de la especie humana, cualquiera que fuese su fuerza ó debilidad, no dejaria menos de ser por eso un principio heterogéneo para el sistema de la utilidad.

¿Y sucederia otra cosa si, en vez de hablar con la mitad del género humano, se hablase solo con la cuarta, con la sexta, con la centésima parte? No, seguramente. Los intereses se complicarian, los consejos serian mas dificiles de dar, la prudencia se ha-

ria mas necesaria; pero el principio de la obligacion no saldria tampoco de este nuevo orden de cosas.

• Lo que todo el género humano responderia al filósofo que quisiera imponerle la obligacion del mayor bien, una nacion, una provincia, un distrito, una pandilla pueden decirselo igualmente, sin apartarse un ápice de la sana lógica.

Si no hay mas que sensaciones, goces y padecimientos, ¿por qué no habia de seguir yo mi gusto? Si me gaño, mía es la culpa; si me espongo á peligros, á pérdidas y á venganzas, mía es la culpa tambien. Yo hubiera cuidado mejor mis intereses conduciéndome de otra manera, pero no tenia el deber de hacerlo.

Si este lenguaje es racional en boca de una nacion, de una provincia, de un distrito, ¿por qué no lo sería en la de un hombre solo? Un hombre solo es á un distrito lo que una nacion es á la especie humana.

Queda asi descompuesta la utilidad general en un número mas ó menos crecido de utilidades individuales. Tambien es menester convenir en que este es el modo mas natural de considerar la utilidad general, cuando se quiere hacer una esposicion clara de las ideas contenidas en esta palabra. Pero entonces se vuelve al sistema del interés individual: el lenguaje puede parecer mas honroso; el sistema es igual en la esencia.

Toda la diferencia consiste en que fija su atencion sobre los intereses de una masa mas ó menos grande de individuos en vez de considerar los de uno solo. Fúndase asi sobre una abstraccion, una generalizacion arbitraria; porque los intereses de muchos individuos son tan idénticos entre sí como todas las hojas de un arbol son enteramente iguales una á

otra. En esto se aparta de la verdad mas todavía que el sistema del interés individual. El uno es completamente verdadero en su esfera; considera cada individualidad separadamente y toma los hechos tales como son. El otro no abraza mas que las cualidades salientes y comunes, y asi se eleva á una idea general que no es mas que un método.

El uno dice con la mayor franqueza: Si fuera útil á un individuo matar á otro, ¿por qué le habia de respetar? Y dice verdad, una vez admitido el principio, una vez echada á un lado la idea de justicia. El otro se avergüenza de este lenguaje; rehusa parar la atencion en un individuo, y una coleccion de individuos es lo que ha menester. El derecho de dar muerte existe; pero á este derecho le llama buenamente derecho de castigar, un privilegio, un derecho de la sociedad; porque la sociedad es útil á todos, ó por lo menos al mayor número, y no podria existir sin leyes penales. Mirad á aquel hombre conducido al cadalso; ¿trae su muerte tanta utilidad á tan gran número de hombres!

La fuerza del principio está pues en el número; de este deriva el derecho su origen.

¿Pero qué importa el número para la cuestion? ¿Qué magia tiene ese poder del número que invoca para justificar un derecho? ¿Cómo puede el número dar á los que castigan esa superioridad no material, no de fuerza, sino moral y de derecho que hemos establecido como uno de los principios fundamentales de la penalidad? ¿Producirá una capacidad moral la reunion de diez mil incapacidades? Castigase á un individuo en beneficio de un millon de hombres. ¿Se le castigaria por mil, por ciento, por diez, por uno? Y si no se le castigaria por uno, ¿cómo se tendria derecho de hacerlo por un

millon? Los números no son mas que fórmulas, un medio abreviado de repetir diez, ciento, mil veces el número uno. Lo que un hombre no puede hacer, ¿por qué lo podrian cien mil hombres, tambien por interés particular de cada uno de ellos? No es el número lo que constituye la importancia moral del hombre. Ciertamente que es singular el principio que declararia justísimo un castigo en la China, medianamente justo en Inglaterra, y casi injusto en la república de San Marino.

Si estuviera probado que diez y seis millones de franceses que se acomodaban muy bien á un estado social dado, no podian conservarle sino degollando á los otros catorce millones, ¿tendrian el derecho de degollarlos? Si se desecha esta consecuencia, todo el edificio viene á tierra. ¿Porque se tendria derecho para inmolar en beneficio del mayor número á mil individuos por año, y no á catorce millones de una vez? Pero tambien es menester conceder que de los diez y seis millones restantes, los nueve podrian degollar á los siete; cuatro tendrian luego el derecho de dar muerte á tres, y asi sucesivamente hasta que quedando solo dos individuos, uno de ellos asesinas al otro con todo derecho, si el mas fuerte de los dos era aficionado casualmente á la soledad.

En vano se protestará contra estas consecuencias extremas y forzadas. Muchas veces no se habla verdad sino cuando se dice todo lo que es posible decir. Un principio no es solido mientras no pueda soportar todas sus consecuencias; porque es menester no confundir un límite, una escepcion con una consecuencia, extrema si se quiere; pero sin embargo directa, necesaria, y tal que desechándola se desecha el principio. Este puede tener límites, pero no repugna las consecuencias directas y necesarias.

Segun el sistema de la utilidad general, no hay que considerar al hombre desde el cielo, como sucedia tambien con el del interés individual. Es necesario creer que no está en este mundo para otra cosa que para servir á los fines materiales de otros hombres, y ser empleado como un simple medio contra su voluntad. Porque cuando se castiga á un hombre solo por el placer de los demas hombres é inspirar temor en provecho suyo, el delincuente no es mas que un medio material de que se echa mano para causar miedo. Su cabeza, que cae sobre el cadalso, está destinada á producir el mismo efecto que el periódico que cuenta su suplicio.

Si solo debe tenerse en cuenta la utilidad, ¿qué diferencia hay entre el malhechor á quien se ahorca, y el soldado que sucumbe en el campo del honor? Ambos perecen enteramente por el mismo principio: ambos son dos árboles que solo se arrancan para fortificar el recinto de la fortaleza social.

Asi pues, tanto en este sistema como en el del interés personal, la naturaleza de la accion punible no entra como esencial elemento en el derecho que se ejerce imponiendo un mal; no es el objeto del castigo lo que llama particularmente la atencion. El mal se impone, porque conviene imponerle; todo carácter de justicia desaparece. Puede á la verdad parecer conveniente castigar solo á aquellos que han cometido uno de esos actos que llamamos inmorales; pero la conveniencia es cosa variable, y depende enteramente de las circunstancias. Si hoy se cree conveniente castigar á los que, segun nuestro modo de hablar, han merecido un castigo, mañana puede parecerlo castigar á los que hubiesen merecido una recompensa. Si tal sucede, acaso podrá haberse cometido un yerro, pero no se habrá hecho una injusti-

cia. Cuando solo se tiene presente la propia utilidad, cuando no hay mas cuidados que el de hacer lo que convenga, el cuerpo social, lo mismo que el individuo, puede equivocarse, pero no podria ser delincuente.

En el sistema del interés individual, todos los individuos estan colocados en la misma línea; es una guerra de igual á igual, y el mas endeble sucumbe en ella. En el sistema de la utilidad general, el individuo no es nada. Si el derecho de imponerle un mal es una propiedad del mayor número para su utilidad, placer y ventura, el individuo no es mas que un instrumento de que se echa mano, que se mutila, que se rompe á arbitrio, sin que por su parte tenga el derecho de hacer resistencia, ni el de quejarse siquiera. En efecto, ¿de qué se quejaria? ¿De ser castigado sin haber hecho mal? La cuestion no es esa; solo se trata de saber si su castigo conviene ó no al mayor número. ¿De que no hay interés en castigarle? ¿Tócale á él juzgar de esto? ¿Y á qué medida se arreglaría? ¿En virtud de qué regla?

Solo el sistema de la utilidad general puede justificar ciertas formas de gobierno, y, entre otras, ciertos modos de proceder en justicia que no han dejado todavía de deshonrar á la humanidad. El gobierno, como representante que es del mayor número, se apodera de un hombre y le sepulta en un calabozo. Pasan uno, dos, tres, cuatro, seis meses; ¿qué hace entre tanto el preso? Nadie lo sabe. Solicita hablar con un amigo; no puede: aconsejarse con un abogado; tampoco: tener un defensor; tampoco tambien. ¿Cierto que son singulares pretensiones estas! Porque ¿qué se trata de saber? Averiguar si conviene ó no ahorcarle, ó enviarle á morir á un presidio. Para esto le ponen en manos de comisarios,

que, á puerta cerrada, en el mas profundo secreto, segun la ley de su voluntad y á sus anchas, le vuelven, le revuelven, le analizan, hasta que el mejor dia sabe que está condenado ó puesto en libertad. ¡En libertad! Pero hay en este mundo hombres para quienes no todo está encerrado en la vida, y que viven apegados al honor. Asi, una vez en libertad el individuo, trata de indagar las causas del proceso; reclama un juicio que, impreso y publicado, pueda borrar la mancha que su prision puede haber dejado en su reputacion: por último, viéndose en el último extremo, va á publicar su defensa ante el público. ¡Estravagancias! No se publica, imprime, ni justifica nada. Ha salido sano y salvo de las garras del leon, y eso basta: alégrese enhorabuena, pero cállese. ¿Qué derecho le queda al individuo luego que ha sido soltado de las manos del mayor número, y reducido á su individualidad por la utilidad general? Ninguno, sino el de volver cuanto antes á confundirse con la multitud, y esperar á que otro individuo sea arrancado de ella para que represente el papel de víctima.

Tal es el sistema de la utilidad general, cuando se le pone de manifiesto y despoja de todos esos sonoros epitetos de bien público, de salud del estado, de seguridad del pueblo, que encubren todas las opresiones, y legitiman todas las tiranías.

¿Es esto justicia? No se lo preguntamos á las escuelas, ni á los libros, ni á los sistemas; sino á la conciencia del género humano, á esa conciencia cuya voz irresistible ha cubierto de oprobio las juntas de seguridad pública, juzgados escepcionales, comisiones extraordinarias, y tribunales revolucionarios. ¿Qué han hecho empero los autores de estas instituciones? Un cálculo erróneo, como el carnicero que

se arruinase por matar veinte reses mas de las necesarias para el consumo.

Estas observaciones arrojan, á nuestro parecer, el resultado siguiente: si por sentar el principio de la utilidad general, se entiende únicamente decir que los gobiernos no deben ejercer su poder en pro del interés esclusivo de los gobernantes, se establece una máxima incontestable y que solo puede ser negada por la escuela del interés individual.

Si se quiere decir que el poder social debe tomar por guía el general interés, tambien se dice una cosa cierta, siempre que por interés general se entienda primeramente el orden y la justicia, y luego el bienestar. Si se dice que el poder no debe dar fuerza al derecho y añadir la sancion legal á la sancion natural, sino cuando su intervencion redunde en provecho del orden social, y que en su consecuencia, antes de obrar, debe pesar las ventajas é inconvenientes de su accion, siéntase tambien una verdad que nadie piensa poner en duda, á escepcion tal vez de algun prosélito de la escuela teocrática.

Pero si por utilidad general se entiende la utilidad material, el cúmulo de los placeres;

Si se dice que una nacion, que la especie humana tiene el deber y el derecho de hacerlo todo por conseguir su bienestar;

Que puede sacrificar á este fin, no digo la minoría, no digo un individuo, sino el menor derecho de un individuo; si se añade que el poder social tiene la obligacion de asegurar en este sentido el mayor bien del mayor número; por último, si se aspira á imponer esta regla como imperativa, como obligatoria, ora á los gobiernos, ora á las naciones, se vuelve á caer evidentemente en el sistema del interés personal, en el sistema que reniega el deber y abjura

toda justicia: no hay mas diferencia que la de ser menos claro y consecuente; no se atacan solamente las conciencias, sino que se falta á la lógica.

CAPÍTULO VII.

Resúmen.

Lejos de nosotros la idea de que las consecuencias extremas del principio del interés esten en la intencion de todos sus defensores. Muchos de sus escritos sobresalen por resultados y aplicaciones prácticas que no desdeñaria ningun amigo de la libertad y de la justicia. Pero el talento muy raro de manejar con destreza una arma ilícita y peligrosa, no rebaja la injusticia y los peligros de estos ensayos.

Trátase aqui de remontar á un principio justificativo del mal que la sociedad hace padecer á seres libres, sensibles y morales. Pero la utilidad sola, aisladamente considerada, no justifica nada por su naturalidad; porque en circunstancias dadas pudiera legitimarlo todo: el mal causado al malo, como el mal causado al inocente; el mal hecho con circunspeccion, como el hecho con exceso de ligereza. En el sistema de la utilidad se hace abstraccion del ser que padece, siempre que alguna razon de utilidad no obliga á fijar sobre él la atencion.

La utilidad no es un principio supremo, generador y primitivo de nuestros derechos y de nuestros deberes, sino un motivo de nuestras acciones que puede y debe ser una medida para la sociedad, en el ejercicio de poderes derivados de mas elevado origen.

De la confusion de estas ideas nacen los errores, ya de los que la admiten como único principio justi-

ficativo de las acciones humanas, ya de los que la desechan del sistema legislativo, aun como motivo y como medida.

Los segundos andan errantes á la ventura por el inmenso imperio de la moral, sin saber dónde colocar exactamente los límites del campo circunscripto de la legislación, y pueden llegar sin inconsecuencia hasta la inquisición teocrática. No teniendo los primeros mas guía que un consejero tan engañoso é inconstante como el interés, estan siempre espuestos á saltar en sus actos todas las barreras de la moral, y pueden no parar hasta la *Cámara estrellada*.

Lord Strafford escribía al juez Hutton con motivo del *ship money*: "*Salus populi suprema lex esto*; y en caso de necesidad, aun á despecho de las actas del parlamento, &c."

La utilidad es una cosa de hecho, y no de derecho; es comun al hombre que tiene derechos y deberes, y á la fiera que no los tiene; al hombre justo que ha conservado sus derechos, y al malo que los ha alterado quebrantando sus deberes: es, repito, una cosa de hecho, y, como tal, variable con las circunstancias y segun los tiempos y lugares. ¿Es esto acaso un principio?

El bienestar, el placer estan prohibidos al hombre, y en los límites de la moral constituyen su derecho y aun su deber. Porque el bienestar es un medio indirecto de llegar al mas alto grado de desarrollo moral. Cuando se quiere alcanzar el bienestar por medios legítimos, los actos del que quiere privarnos de él son injustos y punibles en sí mismos. El castigo redundará probablemente en provecho, ora del ofendido, ora de los que, como él, pudieran temerse atacados en el legítimo ejercicio de sus facultades. Pero la pena no es mercedida porque les cause

placer, porque redunde en su provecho; sino principalmente porque el autor del hecho culpable la ha merecido hollando un deber. Aquellos que acaso hubieran sacado ventaja de los efectos del castigo, podrían, si tal poder tienen, redimir de la pena, teniendo solo su interés á la vista, á aquel que la ha merecido. ¿Quiere esto decir que sea cierta tambien la proposición contraria? ¿Que podrán, atendiendo únicamente á su interés, causar á otro un grado cualquiera de padecimiento, por la sola razon de que se le llamará pena y acto de la justicia social? Para juzgar de semejante sistema basta que, en circunstancias cualesquiera, en una hipótesis dada, pueda justificar el mal, sancionar la usurpacion del bien ajeno, y legitimar el asesinato encubierto con formas jurídicas. Es de suyo compatible con el mal: luego no es el principio moral y generador de la justicia humana. ¿Qué digo de compatible con el mal? ¿Cómo hablo de justicia? En este sistema no hay bien ni mal, y la justicia no es mas que un expediente.

Se dirá que ese expediente es necesario para la conservacion de la sociedad. Esta seguramente no puede estar sin penalidad; pero quien dice penalidad no dice que se haga un mal únicamente porque convenga hacerlo; supone una causa moral de este efecto material, del hecho de la pena.

Por otra parte, ¿por qué tiene la sociedad derecho á este medio de proteccion? ¿De dónde le viene la mision de hacer, con ciertos límites, una inmediata y sensible aplicacion de la justicia absoluta? Esta es la cuestion. ¿Es únicamente como asociacion mas ó menos numerosa? ¿Es porque los hombres han elegido el estado social como un medio mas cómodo y agradable de vivir?

Si todo se reduce á esto, y si á esto se reduce

todo en el sistema del interés, niego inmediatamente la legitimidad del derecho de castigar. Este sería tan legítimo como que unos mercaderes, reunidos para una empresa muy ventajosa, tuviesen la facultad de establecer entre ellos la pena de muerte. Tienen el derecho de defensa; pero el de castigar es otra cosa. Esto es lo que resulta del análisis que hemos hecho al principio del primer capítulo; esto será todavía mas patente con las observaciones que abraza el siguiente capítulo.

CAPÍTULO VIII.

Del derecho de defensa considerado como origen moral del derecho de castigar.

Los autores de la teoría que considera el derecho de defensa como origen del derecho de castigar se remontan á un principio moral, porque la defensa es un derecho natural; pero este derecho ¿es el mismo que el derecho de castigar? ¿Es otra cosa la penalidad en su origen moral que una defensa?

Aquí es tambien facil caer nuevamente en una disputa de palabras. Efectivamente la penalidad protege con sus resultados al cuerpo social y á los individuos que le componen, y previene los ataques de que serian víctimas, si ella no existiese. Puede llamarse á esto una defensa, y disputar mucho tiempo antes de entenderse.

Sin embargo, ya lo hemos dicho (Cap. 1.º), hablando de este modo no se habla una lengua exacta, ni se tiene la verdadera espresion del sentido comun. Defenderse y hacer justicia son para todo hombre dos actos muy distintos de suyo. En el primero entreeve mas necesidad, en el segundo mas moralidad.

El sentido comun no se ha equivocado. Efectivamente, defenderse y castigar son cosas esencialmente diversas; y ora se las considere en su principio, ora se las siga en la esfera de su accion, sería absurdo confundirlas.

El derecho natural de la defensa es el derecho de repeler la fuerza con la fuerza; es el derecho de repeler el ataque actual ó inminente. La imagen del derecho de defensa individual, aplicada al cuerpo social, no está reproducida por la justicia penal, sino por la guerra.

En el hombre, lo mismo que en el cuerpo político que se defiende, no hay respecto del agresor esa superioridad que se exige en el poder que castiga, una superioridad de juez. Aquel que se defiende es parte.

El derecho de defensa no es legítimo sino como reaccion inmediata é indispensable. El hombre está obligado á respetar la vida, la libertad y la propiedad de otro hombre. Mientras que un individuo se mantiene en la esfera de su derecho y de su actividad, tiene el derecho de desplegar en ella libremente su accion, y el deber de hacerlo moralmente. Este derecho y este deber no son de un individuo, sino de todos los hombres.

Si alguno de ellos se arroja fuera de su esfera para introducirse en la de otro, se encuentra con la resistencia del derecho y del deber, resistencia que empieza por el ataque y por el ataque acaba. El agresor no es castigado, sino que se ve repelido. ¿Tiene cualquiera el derecho de castigarle? Esta es otra cuestion; y si tal derecho existe, es otro que el derecho de defensa; es un derecho cuyo efecto será prevenir ataques parecidos, pero no rechazar los ataques presentes.

¿Qué sucede si, en vez de dar muerte al ladron

que quiere quitarme la vida, consigo desarmarle, aprehenderle ó hacerle tomar la huida? Siete, ocho años transcurren: véase ahora á aquel hombre que está sentado sobre los bancos de la justicia criminal; es el ladron contra quien yo me defendí; y si se puede probar el hecho de su ataque contra mi persona, será condenado.

Es el derecho de justicia que empieza, porque el de defensa terminó hace mucho tiempo. Acaso herí á aquel infeliz, acaso le hice mucho mal al defenderme; pero á nada de esto se atiende. Por vigorosa que sea la reaccion de la defensa, no destruye los derechos de la justicia.

Que el acusado esté arrepentido ú obstinado en su maldad, el estado de su alma y las deliberaciones de su voluntad no influyen nada sobre la accion de la justicia. Puede, si lo cree oportuno, manifestarse indulgente; pero no por eso deja de asistirle el derecho de ser severa. El ejercicio del derecho de defensa depende, por el contrario, esencialmente de la voluntad del agresor. Que suspenda su ataque, que se retire, y el derecho de defensa queda paralizado.

Si la justicia no fuese mas que el derecho de defensa, ¿contra quién iría esta dirigida?

¿Contra el mal consumado ya, el cual es efectivamente objeto esencial de ella? Pero entonces no hay defensa posible.

¿Contra el mal futuro? Esto implica contradiccion; la defensa supone la presencia, ó por lo menos la próxima amenaza del mal. Aquel que se defiende rechaza, y nadie rechaza lo que no existe.

¿Contra quién sería esta defensa? ¿Contra hombres perversos que no sean el delincente? Esos no han hecho nada; son desconocidos, y no hay seguridad de que existan, y ni aun de que lleguen á exis-

tir. Además que no son ellos aquellos contra quienes se actúa, no cae sobre ellos el mal de la defensa.

¿Contra el delincuente mismo? Este ya no ofende.

¿Contra el delincuente á causa de los actos futuros que pueda cometer, ora de la misma naturaleza que aquel que ya ha sido consumado, ora de naturaleza distinta? Pero puede suceder que el delincuente haya llegado á ser impotente para hacer el mal, y sin embargo le castigan. Por otra parte, ¿quién dice que sus actos futuros se han de temer? Un individuo, aun puesto en el estado extra-social, que despues de haber desarmado y aprehendido á un ladron le asesina bajo el pretexto de la defensa, ¿obraría moral y legitimamente? ¿Obra moralmente un pueblo vencedor que pasa á cuchillo á todos los prisioneros de guerra? Sin embargo, si la defensa puede extenderse á preveer los actos futuros y nada mas que posibles, habrá circunstancias en que será legitimo matar á los prisioneros, ó reducirlos por lo menos á la servidumbre. Acaso se llegará á ir mas lejos, y podrá volverse á poner en práctica el sistema de llevarse como esclavas á poblaciones enteras.

Si se considera en su accion el derecho de defensa y el de castigar, aparecerán mas patentes las diferencias que los separan. El derecho de defensa, por legitimo que sea su principio, tiene no obstante por su naturaleza algo de material, desenfrenado, casi diria de bestial en su accion.

Veamos primeramente contra quién se dirige el derecho de defensa. Atacado, amenazado de cerca, yo me defiendo y estoy en mi derecho; pero me defiendo como puedo, de cualquier manera, sin pa-

rarme á examinar el grado de culpabilidad del agresor, las circunstancias de la accion y la moralidad del agente. Este acaso no es mas que un loco; tanto peor: mi defensa es siempre legitima.

Lo propio sucede á la sociedad cuando está en el terreno de la defensa; su derecho es fundado, pero su accion brutal: véase la guerra.

Figurémonos una insurreccion: léase la ley marcial; anúnciesela dos, tres veces á la poblacion sublevada; está bien. Pero si la insurreccion es temible é inminente, se hace fuego á los sublevados, y se mata indistintamente, sin coto ni discernimiento. Acaso hay en la muchedumbre algunos sordos, niños ó personas violentadas, que han tenido que sucumbir á una fuerza mayor ó sido atraidas por una curiosidad imprudente; no por eso se deja de hacer fuego. La sociedad está en su derecho, si verdaderamente se halla en la necesidad de defenderse.

¿Pero es asi cómo procede, es asi cómo debe proceder el derecho de castigar? ¿Es este el carácter de la justicia propiamente dicha? ¿Puede admitirse que los dos derechos no son mas que uno solo y mismo derecho?

El derecho de defensa es una concesion hecha á la humanidad, ora al individuo, ora al cuerpo político. Es legitimo, pero no una imagen de la justicia eterna, que no conoce la defensa.

El derecho de defensa no es mas que la inmediata reaccion del derecho que tenemos á nuestra existencia y á nuestro bienestar. Es el derecho de conservacion practicado de cierta manera.

Y si se quiere dar el nombre de defensa á toda reaccion de este derecho, cualesquiera que sean su objeto, sus circunstancias y la forma en que se haga uso de él, se reconoce que va dirigida igualmente

contra los objetos animados é inanimados, contra los seres morales y los sin moralidad, contra los culpables, y, en cierto modo, aun contra los inocentes.

La reaccion de la defensa contra los inocentes y la reaccion de la misma contra los culpables se diferencian solo en esto; en el primer caso, aquel á quien se rechaza tiene á su vez derecho para resistir; el culpable no le tiene.

Pero en uno y otro caso la reaccion solo es legitima bajo tres condiciones: que haya inevitable necesidad de rechazar la accion, que la reaccion sea la menos posible, y que cese inmediatamente que la accion haya cesado.

Solo cuando la reaccion va dirigida contra seres distintos del hombre, puede este traspasar los límites de la necesidad. En este caso no encuentra el obstáculo del derecho, mientras que el del hombre agresor recobra toda su elasticidad luego que la defensa deja de ser necesaria. La defensa no es mas que un desarrollo práctico de la natural igualdad que entre los hombres existe. Por esto solo es evidente que las tres condiciones del derecho de defensa se derivan de la propia naturaleza de las cosas.

Pero la condicion de una inevitable necesidad debe concurrir en cada acto particular de la defensa. Aplíquese este principio al derecho de castigar, y será menester abrir las puertas de las cárceles á un gran número de delinquentes. No se podrán ya establecer reglas generales de penalidad: en cada caso particular deberá examinarse si hay indispensable necesidad de causar un mal, y probablemente mientras mas grave sea el crimen, menos necesario será reprimirle.

La reaccion defensiva debe ser la menos posible, y limitarse estrictamente á los peligros materiales del

acto que hay que reprimir. En su consecuencia sería menester renunciar á obrar mas severamente contra una tentativa de parricidio que contra una de asesinato.

¿Dirán que siendo la justicia humana necesariamente tosca, y ocupándose mas de las condiciones materiales del hecho que de las condiciones morales del agente, revela en esto la identidad de naturaleza que tiene con el derecho de defensa? La observacion es artificiosa, pero no resiste al analisis.

Ciertamente, la justicia humana nó puede juzgarlo todo con equidad perfecta. No obstante, ¿cuánta diferencia va de ella á la defensa propiamente dicha!

La justicia penal quiere y debe, antes de todo, procurar averiguar la verdad en todas sus partes. La defensa trata primeramente (tal es su derecho) de rechazar el mal presente y perentorio. La justicia tiene tiempo de hacer un buen examen; la defensa no le tiene las mas veces. La primera delibera antes de ejercer su accion; la segunda la ejerce sin detenerse.

Si la justicia penal se engaña torpemente, tambien levanta contra ella las conciencias; es acrimada á reconvenções, y aun puede causar horror; sus agentes se ven detestados y atormentados de remordimientos. Si la defensa traspasa su derecho, si exagera su reaccion, escita mas pesadumbre que indignacion, mas dolor que remordimientos; el público escusa mas bien que acusa al agente de la defensa.

Porque examinar, reflexionar y deliberar es esencial á la justicia humana, y no puede ser asi respecto á la defensa.

La distincion es capital.

Yo no sé qué ley previene que si un hombre se adelanta hácia otro con el puño levantado, este acto constituye un ataque, y el hombre que se ve atacado de esta manera tiene el derecho de rechazar esta agresion con la fuerza.

Esta es la verdadera imagen del derecho de defensa, legitimo en su principio, é inconsiderado de suyo en su accion. ¿Quién nos dice que el hombre que se adelanta hácia nosotros con el puño levantado tenga verdaderamente la intencion de atacarnos?

De aqui resulta una distincion esencial que importa hacer á todos patente.

En efecto, en el caso de defensa, si el principio de la accion está justificado por apariencias plausibles, ¿qué responde la conciencia pública, aun cuando quede en duda sobre la legitimidad intrínseca de la accion defensiva? Responde en favor de la accion de la defensa.

Pero cuando se trata de castigar, ¿qué responde esa misma conciencia, si hay acaso dudas? Absente.

Es decir que, cuando la justicia humana no puede ejercer su accion sino imitando la precipitacion de la defensa mas bien que la equidad de la justicia moral, su deber es mantenerse pasiva.

En vano alegaría el poder lo urgente, lo perentorio y lo necesario de ella, todo cuanto invoca la defensa; no tiene derecho de ejercer ninguna accion, cuando la ejerce en nombre de la justicia.

Los tribunales extraordinarios y escepcionales encubren su verdadero carácter socolor de la defensa, y no se atreverian á presentarse abiertamente como son; pero el público, cuyo sentido natural raras veces se engaña, se niega á honrarles con el título de justicia.

La defensa es una necesidad, un mal andar de la naturaleza humana. Su carácter mas notable es que su accion puede ser justificada por un hecho puramente material, y aun por meras congeturas.

En la esencia, se rechaza el ataque de un hombre del mismo modo que el de una fiera; como se rechazaría, si fuese posible, á un cuerpo inanimado. La distincion relativa al *objeto* no empieza hasta que ha cesado el peligro. Fenecido este, puedo entonces hacer pedazos al cuerpo inanimado y matar la fiera; pero debo detenerme respecto del ser moral.

El derecho de defensa es pues un derecho casi ciego en el momento de su accion. No tiene ojos mas que para el *sugeto*, y carece de ellos para el *objeto*.

Así el derecho de defensa y el derecho de castigar son, considerados en sí mismos, esencialmente distintos en el fondo y en la forma.

Ahora bien, ¿qué quieren decir los que hacen derivar los poderes de la justicia social del derecho de defensa? ¿que de hecho es este el derecho que piensa la sociedad que ejerce? En tal caso, ménester es convenir en que sabe bien poco lo que se hace, y que traspasa de un modo extraño los límites del derecho.

¿Que el derecho de defensa es el único de que tiene necesidad para proteger el orden social? Si tal es la verdad, es evidente que no le corresponde el derecho de castigar. Declárenle pues los que de este modo piensan que cierre los tribunales; pero no vengán á decirnos que por el intermedio de ellos ejerce el derecho de defensa. Hay contradiccion en las palabras.

Por último, ¿quiere decirse que cualesquiera que sean el hecho de la sociedad y las necesidades del orden social, no puede pertenecer ningun otro dere-

cho al cuerpo político, que el de la defensa? Esto es lo que sería menester probar; esto lo que no ha sido probado en ninguna parte; porque no es dar una demostracion aplicar arbitrariamente á la justicia el nombre y algunos de los caractéres del derecho de defensa.

La cuestion, tantas veces promovida, de la pena de muerte ha perjudicado mas de una vez á las sanas doctrinas relativas al derecho de castigar; los que niegan la legitimidad de la pena de muerte se han colocado en un punto de vista muy particular, y han subordinado, sin tal vez echarlo de ver, la cuestion principal á la cuestion secundaria. Sobre el derecho de castigar han sentado todos los principios de que veian podia sacarse un argumento contra el derecho de quitar la vida á un delincuente. La teoría de la defensa, menester es confesarlo, era sobremanera favorable á sus ideas; porque ciertamente no sería lícito matar á un agresor desarmado y cargado de grillos, especialmente cuando es el poder social el encargado de custodiarle con sus soldados, cárceles y carceleros.

CAPÍTULO IX.

De la defensa indirecta.

El derecho de castigar no es el de la defensa directa; así creemos haberlo demostrado. Si tal es el derecho que la sociedad piensa ejercer en virtud de la cesion que le han hecho los individuos, abusa de su poder.

Los escritores que han tratado de profundizar la teoría de la defensa, han tardado poco tiempo en reconocer esta verdad. A pesar de esto la doctrina del derecho de defensa, considerado como origen del de-

recho de castigar, no ha sido abandonada. Encuéntrase en todas las teorías penales en que se establece como principio que el derecho de castigar se ejerce únicamente por interés del porvenir, y que la pena no es mas que un instrumento político: La sociedad, dicen, tiene el derecho de oponer un dique á la accion del crimen, é impedir el desorden de que está siempre amenazada; es un derecho de defensa, pero es la defensa social, un derecho propio del cuerpo político, un derecho distinto de la defensa individual y directa. Nada tiene de comun con ella mas que el derecho de rechazar el mal. Ambas parten del mismo principio, pero se separan inmediatamente tocante á la rectitud de su accion y al modo legítimo de ejercerla.

Ahora bien, la ley penal es el medio con que la sociedad se defiende. Este es el principio y la justificación del derecho de castigar.

Tal es en la esencia el razonamiento sobre que estan fundadas estas teorías. En las unas está hecho explícita, é implícitamente en las otras. En las unas se habla de defensa indirecta, social, colectiva; en las otras de prevencion general del crimen, de amenaza, de intimidacion y de correccion moral. Pero si sus formas son diversas, su principio es idéntico: así que creemos poderlas reunir en una sola y misma clase.

Es verdad que en estas teorías se admite que el ejercicio legítimo de tal derecho de defensa supone la existencia de un delito moral. En esto se separan, hasta cierto punto, de la doctrina del interés. El principio del interés sanciona la arbitrariedad en todas las partes constitutivas de la justicia social. Las teorías de que hablamos la limitan á solo uno de los elementos de la justicia humana, la pena.

Solo que no exigen el hecho del delito moral mas que como ocasion de castigar, no como causa de motivo directo de la pena impuesta. Para ellas prevenir los delitos futuros, no solo es un efecto de la pena legal, sino que tambien es su término final, el principio único y exclusivo de su justificación.

Primeramente es menester dar las gracias á los autores de estas teorías, porque tienen á bien exigir la condicion de la culpabilidad moral del paciente. Esto es pura bondad de corazón, ó mas bien un consejo de política; porque tal condicion no resulta de las mismas teorías, y para establecerla hay que invocar otros principios. Si se trata solo de hacer ver al público lo que se es capaz de hacer; si se trata solo de defenderse contra los culpables futuros, haciéndoles ver que se podrá cortarles la cabeza, no es estrictamente necesario certificar bien la culpabilidad del acusado. Si los hombres de mala intencion se persuaden de que se podrá condenarlos á muerte, aun cuando sus crímenes no esten plenamente probados, se volverán probablemente mas cuerdos. La defensa indirecta será mas eficaz, y la intimidacion mas poderosa.

Ahora bien, ¿qué es una teoría en que, para establecer la condicion del delito moral, es menester acudir á principios diferentes de los suyos?

¿Se habla de justicia, cuando se dice que en el delincuente actual se castiga á los delincuentes futuros? Tal es empero el sistema de la defensa indirecta, supuesto que hay contradiccion en hablar de defensa tocante á un acto consumado, y á un hombre á quien se ha aprehendido y desarmado. Efectivamente, tal es la conclusion á que ha llegado explícitamente un escritor, notable por el vigor y exactitud de sus deducciones. Al adoptar el principio de la

defensa indirecta, ha visto todas sus consecuencias y no ha desechado ninguna. La defensa supone un ofensor, y el preso ya no ofende. ¿Dónde está pues el ofensor? El ofensor, dice, son todos los delinquentes futuros. La existencia de estos delinquentes es moralmente cierta, si se priva á la sociedad del derecho de castigar: luego hay un peligro cierto. Y un peligro cierto equivale á una tentativa presente en el sentido de que el uno y la otra sancionan la defensa.—La lógica está acaso satisfecha, pero ¿y la razon?

¿Consiente la razon en que se cause un mal presente y positivo, solo por evitar un peligro probable?

¿Consiente en que se cause un mal cierto, solo por tener un medio de seguridad futura y de un éxito incierto?

Un hombre es aquel á quien se causa este mal, y sin embargo no es el hecho que ha cometido lo que se quiere castigar; nadie se cuida de él, solo se piensa en el porvenir, solo se quiere poner la atencion sobre otros hombres ignorados, y que no puede decirse cuáles sean. ¿Qué es entonces de la moralidad de la pena? ¿Qué viene á ser el hombre á quien se castiga? Un instrumento.

El hambre asuela á una nacion, y el descontento es general: como la miseria es mala consejera, se teme que haya levantamientos, saqueos, y se cometen crímenes de gravedad. ¿Qué fortuna, si se tuviesen á mano en las cárceles cinco ó seis acusados á quien se pudiese juzgar, condenar y llevar al suplicio al momento! Estos ejemplos defenderian á la sociedad contra un gran número de ataques futuros.

Dirán que no es en el juicio ni en su ejecucion donde está fundado el principio de defensa y de la violencia moral; que está únicamente en la ley, en

la amenaza de la pena. Que por ella únicamente se trata de influir sobre el ánimo de los hombres, y causar en ellos una impresion *psicológica*. El hombre se resuelve siempre impelido de un motivo, el cual es el atractivo del placer. A este motivo se opone otro contrario y preponderante, el temor de la pena. Asi se encuentra colocado entre dos opuestos impulsos, y todo el juego de la justicia social se reduce á que el impulso mayor sea la amenaza de la pena. ¿Quién podria negarle el derecho de oponer un motivo á otro, á fin de mantener el orden publico? Verdad es que si el legislador se ha engañado, si el atractivo del placer no ha opuesto una amenaza harto severa y esto da origen á un delito, el perpetrador será juzgado y condenado. Pero el juicio y la ejecucion no son sino consecuencias legítimas de la amenaza, la cual se ha vuelto activa por el hecho del delito.—La distincion es artificiosa, pero no nos parece fundada.

Procurando separar hasta este punto la ley de los juicios, se introduce en la doctrina penal una abstraccion que desnaturaliza la verdad enteramente. La justicia penal se compone de la ley y del juicio: de la ley, que considera un hecho general y le aplica una sancion; del juicio, que certifica un hecho particular y le aplica la sancion legal. Verdad es que los juicios no son mas que una consecuencia de la ley; pero una consecuencia prevista y requerida, una consecuencia tan íntima y necesaria, que si, cuando llegase el caso, no tuviesen lugar las aplicaciones de la ley, esta perderia todo su vigor y la justicia penal no existiria. ¿Quiérese justificar la ley penal, el aviso y la amenaza? Renúnciese entonces á los juicios y á su ejecucion, y trátese de hacer justicia penal nada mas que con palabras.

* Y si esto es una pura quimera, resulta que es cierto que el principio justificativo de la justicia social debe comprender igualmente á la ley y á los juicios. Razonamiento singular es aquel que consiste en decir: Yo hago una amenaza y la hago lógicamente, porque es útil á la sociedad, y una amenaza no causa mal á nadie; luego impongo la pena: ¿por qué? Porque hice la amenaza y no han hecho caso de ella. — Pero ¿por qué haces esa amenaza? — Solo para en lo venidero. — ¿Y piensas conciliar con la justicia ese interés por el porvenir, ó piensas solo en ese porvenir conjetural? En el primer caso, no obras solo por interés del porvenir; en el segundo, obras perdiendo de vista la justicia, ó concentrando toda su atención sobre otra cosa que no es ella. ¿Y atrévete sin embargo á imponer, cuando llega el caso, un castigo!

Las objeciones contra el sistema de la defensa indirecta conservan pues toda su fuerza; el acusado no es mas que un espantajo en las manos del poder, de que se servirá segun el grado de temor que el porvenir le inspire.

Y si este principio domina la justicia social, ¿por qué no sería la guía, no solo del legislador, sino tambien del juez? No atendiendo el primero mas que á las urgencias políticas en la redaccion de las leyes, el segundo hará lo propio al pronunciar las sentencias en la aplicacion de la ley á los casos particulares. Veráse impelido muy naturalmente á probar todos los medios de robustecer por las aplicaciones la eficacia preventiva de las leyes.

La misma naturaleza del acto punible llamará solo secundariamente su atención; esta se dirigirá principalmente á las causas impulsivas que han inducido al agente, al estado de la sociedad; y si la

ley le deja alguna latitud en la aplicacion de la pena, siempre se inclinará á castigar con rigor para que el ruido de la sentencia resuene á lo lejos y dure mucho tiempo. Este abuso de la justicia ya es desgraciadamente harto frecuente, sin que se trate ademas de sancionarle con artificiosas teorías. Demasiadas son las veces que oye uno á los magistrados exaltar la imaginacion de los jueces y de los jurados con alarmantes descripciones del estado de la sociedad, y clamar que no hay para ella salud, si no se dan priesa á contener con terribles ejemplos la violencia de los malhechores; lenguaje que hace estremecer cuando se piensa que propende á quitar á la justicia humana el sosiego, la imparcialidad y la pureza, que únicamente la sancionan, y hacer mirar al hombre acusado como una víctima necesaria para el terror público. Es querer inducir al juez á sacrificar aventuradamente una víctima al porvenir; es transformar á la justicia penal en medida de administracion. El juez debe conocer sobre lo que ha sido; á lo que será no alcanza su jurisdiccion.

El legislador, si ha sido consecuente, habrá ya dado al juez el ejemplo de una severidad excesiva. Porque todas estas teorías conducen al exagerado incremento de las penas, como el sistema del interés. Óigase una confesion tan franca como lógica de un expositor de este sistema, aplicado á la legislacion penal: "Como verdaderamente no se puede señalar la exacta medida de la cantidad de pena que podrá sobrepasar á una cantidad supuesta de placer, algunas veces es necesario arriesgarse á ir algo mas allá del término propuesto, para tener seguridad de alcanzarle siempre. En los actos cuyo mal es muy grave, en los crímenes de mayor trascendencia, puede ser útil, en una palabra, arriesgar un grado consi-

derable de demasia, para estar seguro de tocar el verdadero punto de la eficacia de la pena.”

No son estas, lo confesamos, las consecuencias á que quieren llegar los partitarios del sistema de la defensa indirecta.

Rechazan la acusacion de que exageran las penas; pero para rebatir esta acusacion se ven obligados á acudir nuevamente á los principios fundamentales de la justicia moral, y á las lecciones de la política, que, alumbrada por la esperiencia, ha comprendido que las penas estremadas eran perjudiciales al estado. Esta necesidad de acudir á principios que les son heterogéneos, es lo que condena estas teorías. ¡Cierto que es singular un sistema que no puede bastarse á sí propio, y que se ve obligado á invocar otros principios para desechar sus propias consecuencias!

Generalmente hablando, todas las teorías, cualquiera que sea su nombre, que consideren la amenaza ó la aplicacion de la pena, aisladamente, en sí misma, y que le señalen un fin propio, especial y esclusivamente puesto en el porvenir, parten á nuestro entender de un principio tan falso como peligroso. Lo pasado no es mas que una ocasion, lo presente un medio de ejercer la acción penal, y si se la ejerce razonablemente, la energía de la acción y la fuerza del medio serán proporcionadas únicamente á la importancia del fin que se quiere alcanzar.

Lejos estamos de querer negar que uno de los efectos saludables de la pena sea prevenir actos semejantes á aquellos cuyos perpetradores castiga. Reconocemos al legislador el derecho de tener esto presente en los límites de la justicia; pero si este efecto natural del castigo se toma como *fin* directo y principal de la sancion penal, como solo principio cons-

titutivo y regulador del derecho de castigar, desaparece toda idea de justicia.

Ya se ha observado que semejante sistema atribuye á la justicia social un fin que no puede alcanzar; harto lo prueban la esperiencia y la frecuencia de los juicios criminales. ¿Dirán que existe la misma objecion contra cualquiera otro sistema? No lo creemos, porque estamos en que la justicia penal llena completamente su verdadero objeto. Esto es lo que trataremos de probar al tratar del fin de la justicia social.

Este sistema no solo propende á sancionar la estremidad de las penas, sino á quitar todos los medios de reconocerla; porque si no se cometen apenas otros actos semejantes, debe inferirse que la pena está bien apropiada: si todavia se siguen cometiendo, debe inferirse que es insuficiente, que la impresion causada es sobrado endeble.

El legislador es acusado de imprevision y de injusticia á cada juicio criminal. Si cree tener medios de conseguirlo, ¿por qué no ha impedido el crimen por una violencia moral proporcionada á la necesidad? Luego castiga en los demas su propia incapacidad. ¿Dirá que la amenaza de una pena no puede nunca, por grave que sea, prevenir todos los crímenes? En esto dirá la verdad; pero esta escusa será la condenacion de su propio sistema. ¿Dirá que el castigo del delito que no se ha prevenido es sin embargo justo, porque recae sobre el autor de un acto ilícito? Tambien dirá en esto la verdad, pero abandonando de nuevo su sistema para invocar el auxilio de principios diversos de los suyos.

No es efectivamente mas que un sueño ese pretendido juego *psicológico*, esa lucha á quién podrá mas, entre el atractivo del crimen y el terror de la

pena, entre el placer inmediato y el dolor sin esperanza.

Primeramente, esa teoría supone que todos los ciudadanos conocen circunstanciadamente cada uno de los artículos de la ley: hipótesis fundada sobre una presunción legal que está y estará siempre muy distante de la verdad. La promulgación de las leyes es necesaria; pero lo es particularmente como garantía.

En segundo lugar, supone que todos los crímenes son resultado de una madura deliberación, de un cálculo frío y detenido; otra hipótesis gratuita y desmentida por los hechos.

En tercer lugar, supone que los autores de un crimen obran siempre impelidos de la impresión del placer que de él esperan. Esto es verdad generalmente; empero sería difícil justificar en este sistema el castigo de los hechos cometidos por negligencia ó descuido.

Hay mas; si se quiere penetrar en el fondo de la teoría, se encontrará en ella la negación de un hecho de conciencia, del hecho de la libertad humana. Aquellos, en efecto, que han querido examinar rigurosamente sus ideas, no han titubeado en reconocer esta consecuencia de su sistema. Por lo menos sostienen que, aun cuando fuese cierto este hecho de conciencia, la ley penal no debe tomarle en consideración. La observación es exacta: admitida la libertad humana, el sistema quedaria dislocado; porque sería menester admitir que la máquina penal podía ser paralizada por una fuerza estraña, y no producir los efectos propuestos.

Mas cómodo y sencillo es considerar al hombre como un ser capaz de sensaciones y que se resuelve necesariamente por la fuerza relativa del placer ó del dolor. Es un animal colocado constantemen-

te entre el atractivo de un gusto y el miedo de un garrotazo.

La ley penal es legítima, porque, aprovechándose de la sensibilidad humana, no hace sino paralizar por el miedo del castigo los impulsos del placer que serian perjudiciales á la sociedad.

Asi se reproducen los errores del materialismo. Queda destruido el principio de la imputabilidad moral de las acciones humanas, y para justificar la ley se hace de cada juicio un acto puramente material sin sombra de moralidad alguna.

La ley no es mas que un peso arrojado en la balanza de la sensación. La voluntad del hombre se inclinará necesariamente hácia el lado en que sea mayor el peso.

Saltan á la vista las consecuencias de esta doctrina. Sorpresa causa que con tal sistema se hable á la par de la eficacia de la sanción penal y de la justicia de los castigos: porque es necesario el acto que se castiga.

Todos aquellos que han hecho una atenta observación de los hechos criminales no ignoran que cierto número de crímenes, especialmente los mas atroces y espantosos, son efecto de una verdadera monomanía en el momento de la ejecución. Son consecuencias de una de esas ideas funestas y estravagantes, que pueden atravesar de repente el ánimo de todas las personas. El hombre moral y de fortaleza la rechaza con horror; para él no es mas que un pensamiento momentáneo y fugitivo que no le deja otro rastro que la admiración de haberla visto pasar rápidamente por delante. El hombre débil ó inmoral no la desecha de sí sin haber antes echado sobre ella una mirada furtiva. Vuelve, y la mira de frente mucho mas tiempo; dentro de poco no la desecha

sino por temor; mas tarde la acaricia, y al cabo concluye ella por dominarle. Entonces es cuando empieza esa fiebre del crimen, esa solicitud ardiente, precipitada, irreflexiva, que sorprende, que asusta, y que confunde á la razon humana. El crimen se comete, y el delincuente es aprehendido. Su defensor dice que este desgraciado no es mas que un loco. Éralo en efecto; estaba sometido el crimen, como un esclavo encadenado á un animal feroz. Pero le es imputable aquella parcial sofocacion de la razon del hombre, porque es un resultado del curso entero de su vida, de toda una vida de libertad y de responsabilidad moral. No nos hemos pues escandalizado y sorprendido de ver á la justicia humana herir con su cuchilla á los parricidas y asesinos evidentemente maniáticos. Su castigo no nos ha parecido solo util, sino tambien justo en mayor grado. Considerado bajo el punto de vista politico, tiene por efecto dar mas bien una satisfaccion á la conciencia publica y prevenir el crimen en general, que prevenir los actos de la misma clase.

Pero los hechos de monomanía nos parecen todavía mas embarazosos para el sistema que acabamos de examinar. ¿Cómo castigar á un hombre que ha cedido á impulsos que la ley penal no tiene ningun medio de contrabalancear? ¿De qué quieren castigarle? ¿De que no ha resistido á las primeras apariciones halagüeñas del pensamiento criminal? Pero, si no hay en él libertad, y si la ley no ha opuesto nada á estas primeras impresiones, repito ¿por qué castigarle?

Antes de acabar con el sistema de la violencia moral, manifestemos algunas de las consecuencias que de él se derivan.

Si un delito, poco grave de suyo, es sin embargo

de una naturaleza tal que el placer que promete ofrece un atractivo seductor á un gran número de personas, la sancion penal será exorbitante y los juicios muy severos. En un pueblo vivo, agudo y un tanto maligno, las canciones injuriosas y los libelos serán castigados con rigurosas penas. Así que en virtud de esta teoría podrán justificarse las leyes que han aplicado á estos delitos la pena de galeras y hasta la de muerte.

La culpabilidad deberia medirse principalmente, segun este sistema, por la suma de placeres que el delincuente haya podido sacar de su crimen. Que un mendigo, por ejemplo, haya adquirido por medio de un robo diestro una gran fortuna y gozado muchos años de todos los placeres que pueden ofrecer las riquezas, menester será aplicarle por lo menos la pena de los parricidas. ¿Hay efectivamente ejemplo mas peligroso y seducción mayor para la clase tan numerosa de los hombres maltratados por la fortuna? Luego á la mayor de las seducciones será menester oponer la mas fuerte de las impresiones penales.

De donde resulta al mismo tiempo que no es por medio de las leyes, sino esencialmente por los juicios, como podrá alcanzarse el fin propuesto. Si un crimen, que acaba de ser cometido, es capaz por sus circunstancias de producir sobre el público una impresion peligrosa mas fuerte que la prevista por el legislador, menester es necesariamente aumentar la fortaleza de la impresion saludable, es decir, de la pena; en otro caso el castigo sería un mal inútil.

Así, por una parte, se sostiene que la promulgacion de las leyes penales es una de las bases esenciales del sistema; y por la otra parece manifesto que para que la aplicacion del principio fuese eficaz, se-

ría necesario determinar su accion segun la continencia de los casos particulares.

Sin embargo, uno de los titulos gloriosos de este sistema es desechar toda idea de espacion, toda semejanza de la justicia humana con la justicia moral, que cabalmente no sigue ni conoce mas que los hechos individuales.

Mucho tiempo hace que se ha lanzado el anatema filosófico, acompañado muchas veces de sarcasmos, contra aquellos que todavía se aventuraban á pronunciar la palabra *espacion*. ¿Eran empero tan culpables ó ridículos en esto?

Primeramente, los que desechan de un modo absoluto toda idea de espacion deberian, para ser consecuentes, desterrar de sus escritos la espresion de justicia, porque no hay ni puede haber mas que una justicia. Puede esta ser negada; pero no se podrian encontrar dos, una de las cuales fuese justa, y la otra injusta por necesidad. Sin embargo, la justicia no es mas en su parte penal que el mal remunerado por el mal con moralidad y medida; en una palabra, la espacion. Luego donde no entre para algo la idea de espacion, no puede existir justicia. El uso de esta palabra no está permitido sino á aquellos que consideran á la justicia social como una emanacion y una realizacion parcial, bajo ciertas condiciones, de la justicia moral. La verdad y el método exigen igualmente que se pongan las palabras de acuerdo con las ideas. En vez de hablarnos de justicia penal, deberia hablárenos de *psycologia politica*.

En segundo lugar, faltará explicar en qué consiste que, no siendo la espacion mas que la remuneracion del mal con mal, no entre esta idea en un sistema que, cualquiera que sea su nombre, remunera el uno con el otro. ¿Se habria descubierto cá-

sualmente el secreto de volver al criminal insensible y al público sensible á los padecimientos penales que la ley impone?

No entreveemos mas que una sola respuesta á esta dificultad; sustentar que se impone una pena, sin cuidarse de saber si el paciente merece verdaderamente sufrirla; que en todo caso, se la impone sin la menor intencion moral, y especialmente sin examinar si el mal causado traspasa ó no la medida del mal merecido. Asi es como no se llama justicia la accion de la venganza. En una palabra, puede decirse: entre nosotros no se habla de espacion, porque no se habla de justicia. Ninguno de los partidarios se atreveria á aplicar las consecuencias de tal principio.

Las doctrinas que desechan toda idea de espacion pecan en no reconocer al derecho de castigar, especialmente tocante á la cantidad de la pena, límites que no puedan traspasarse bajo ningun pretexto. Señálanle límites arbitrarios, determinados por el fin que se quiere alcanzar por medio de la amenaza de la ley, de la ejecucion de la sentencia, ó de ambas á la vez.

El vicio de estas teorías viene de una analisis imperfecta. La accion de la justicia social es compleja, y se compone de cuatro diversos hechos. El mandamiento (indicamos con esta palabra la parte preventiva de la ley, que mande ó prohíba) y la sancion penal, son la ley: el juicio y su ejecucion, son la aplicacion de ella. Estos cuatro hechos son los elementos integrantes y constitutivos de un solo y mismo acto, la justicia. La ejecucion es justa si el juicio es justo; el juicio no puede ser intrínsecamente justo, si no lo es la sancion penal; la sancion penal es una iniquidad, si el mandamiento no está conforme con la justicia. ~~Así se enseña en el sistema~~

Pero, supuesta la justicia del mandamiento, ¿es justa toda sancion penal? ¿No hay una medida fuera de la cual no existe ya justicia? Si la proporcion de la pena no está arreglada á la proporcion del delito, por exceso á lo menos, la pena es ilegítima.

El poder social tiene seguramente una latitud política en la aplicacion de la justicia á las urgencias del estado. Pero ¿en qué sentido? ¿Puede traspasar los límites de la justicia? Entonces causaria un mal ó cierta cantidad de mal sin causa moral. Luego no puede prohibir lo que la justicia no prohíbe, ni exagerar la sancion penal, ni declarar que los inocentes son culpables, ó que los culpables lo son en mayor grado que lo que lo son verdaderamente; ni imponerles una pena mayor que la que han merecido, y á la que han sido sentenciados.

No obstante, esto es lo que hace cuando, posesionándose de uno de las cuatro elementos de que se compone la justicia y separándole de los otros tres, le transforma en un medio encaminado á cierto particular fin. La justicia desaparece, cuando trunca uno de sus elementos.

Así, importa poco que no sea el juicio, ni la ejecución, ni la parte preventiva de la ley, sino la sancion penal, lo que el poder elija como medio.

¿Puede este medio empleado de esta manera traspasar, por la naturaleza misma del fin propuesto, los límites de la justicia? El uso es ilegítimo, el principio lo es, aun cuando de hecho no se abusase del medio.

¿Dirán que el uso de este medio no puede traspasar nunca, por la propia naturaleza de las cosas, los límites de la justicia? Para osar afirmarlo seria menester probar que el menor delito merece moralmente la mas severa de las leyes posibles, ó bien re-

conocer otro principio que contenga al poder, cuando el fin que se ha propuesto le llevase demasiado lejos: lo que sería reconocer que el fin no es á propósito para justificar por sí mismo el medio, y que es menester elevarse á un principio superior, admitir otra doctrina.

En una palabra, es necesario descomponer y recomponer. La analisis nos da los cuatro elementos de la justicia social; pero la sintesis debe restituirnos el todo bajo su condicion propia sin alteracion ni variacion de ninguna especie, y este todo es la justicia.

¿Cuál es pues el poder discrecional de la autoridad social? Es poder, no traspasar, sino no llegar á los últimos límites de la justicia moral; poder hacer menos, no ejercer mas que en parte la justicia. Esta facultad, como veremos mejor despues, puede ejercerse igualmente sobre cada uno de los cuatro elementos de que aquella se compone.

“¿No tendrá pues ningun fin la sancion penal?” Tomada aisladamente no tiene otro que el cumplimiento total ó parcial de la justicia. No podría tener ninguno particular, propio é independiente, lo mismo que el juicio ó cualquiera otro elemento de la justicia. La justicia misma, el acto complejo es quien tiene un objeto propio y especial. Desenvolveremos esta idea en el capítulo último del presente libro.

Así el sistema de la defensa indirecta, por no caer en las doctrinas prácticamente mas funestas todavía, convenimos en ello, que daban á la justicia humana toda la latitud de la justicia moral, ha retrocedido hasta el punto de no ver mas que el lado político de la primera.

En su consecuencia el pensamiento político ha

dominado exclusivamente las doctrinas penales. El delito, la pena, su naturaleza, su gravedad, su proporción, todo le ha sido sometido sin escepcion. Las escuelas han desarrollado estos preceptos, y los legisladores los han sancionado.

Esta propension á no ver mas que el lado político de la justicia y á sacrificarlo todo á esta sola consideracion, no es de ayer; tiene la fecha del primer ensayo de reforma en materia penal. Tal es en el fondo el sistema de Beccaria. Los escritores posteriores han desarrollado el pensamiento fundamental del escritor milanés; pero Beccaria, estableciendo un sistema harto estrecho y esclusivo, producía una reaccion contra la desmesurada latitud que había tomado la justicia social. Su libro, aunque revestido de formas generales, tenía el carácter y la oportunidad de una obra de circunstancias. Era menester considerarle como un ataque mas bien que como una doctrina; era menester servirse de él como de una arma para destruir, no como de una base para edificar. En esto ha estado el error de los escritores sucesivos.

CAPÍTULO X.

Si el derecho de castigar es un derecho natural que pertenece á todo hombre en el estado extra-social.

La doctrina que atribuye en el estado llamado de naturaleza el derecho de castigar, segun el sentido propio de esta palabra, á cualquiera individuo, ha sido sustentada por hombres muy eminentes.

Aquel, dicen, que ha cometido un crimen, ha violado la ley natural; es responsable de este hecho, y el derecho de hacer efectiva esta responsabilidad

en el mundo, el derecho de castigarle pertenece á todo hombre; porque todos deben obediencia á la ley natural; todos han sido constituidos custodios de esta ley; ¿habría recibido en otro caso de su autor la suficiente sancion? ¿No sería una ley caduca, imperfecta, una irrision?

¿Qué es el derecho de castigar ejercido por la sociedad civil? Evidentemente el mismo derecho individual de que los miembros del cuerpo político han hecho al poder social una cesion tácita ó espresa. La sociedad ejerce colectivamente la magistratura de que está cada individuo revestido en el estado extra-social.

Menester es confesar primeramente que los autores de esta teoría reconocen el primero de los principios fundamentales del derecho de castigar; la culpa del delincuente es á sus ojos la condicion primera de la penalidad. Por lo que hace al segundo principio, le desechan bajo una forma y le admiten bajo otra. No comprenden á los que exigen para la legitimidad del castigo una magistratura establecida propiamente dicha; y sin embargo una especie de magistratura es la que atribuyen á todo individuo en el estado de naturaleza.

En este sistema se reconocen las ideas de esa escuela tan esparcida, que se complacia en considerar el estado que llamaba natural como un hecho de la humanidad, general y aun fundado, ó por lo menos como un estado posible y conforme, hasta cierto punto, con la naturaleza del hombre.

Despues de haber revestido poco á poco al hombre aislado de todas las facultades y de todos los derechos imaginables, le hacian escoger el estado social como una especie de acomodamiento útil y conveniente, como un medio de hacer mas agradable la vida humana.

Felizmente el error de considerar al estado social nada mas que como una cosa de eleccion y preferencia se va diariamente desacreditando cada vez mas.

El estado social es una necesidad moral de la naturaleza humana. El hombre es sociable como es sensible, libre é inteligente. Considerarle haciendo abstraccion de su sociabilidad, no es considerar al hombre segun es, sino desnaturalizar completamente el objeto que se quiere examinar.

Las necesidades, las inclinaciones, las facultades físicas y morales del hombre, la necesidad que tiene del auxilio de otro para desarrollarlas, para salir de la vida animal, para alcanzar el fin á que está seguramente destinada la especie humana, supuesto que tiene el deseo y los medios de lograrlo, todo revela la natural sociabilidad del hombre, la cual resulta de sus cualidades no menos que de sus imperfecciones. Por lo demas, la sociabilidad y la sociedad son hechos tan constantes y universales, que es imposible explicarlos por medio de una determinacion espontánea, de una eleccion enteramente arbitraria.

La suposicion del estado de naturaleza, suposicion de que se partia para explicar luego la sociedad, su organizacion, sus deberes y sus derechos, no era mas que un método arbitrario, análogo al introducido por Condillac en la metafisica por medio de su estatua. El éxito no ha sido afortunado, ni para los metafisicos, ni para los publicistas. Los primeros, despues de haber despojado al hombre verdadero de la mas importante parte de su ser y no haberle dejado mas que la capacidad de sentir, llegaba necesariamente, con conocimiento ó sin él, al materialismo: con solo la ayuda de la sensacion no podia volver al hombre lo que arbitrariamente le habia qui-

tado. Fundaba el materialismo sobre una hipótesis; porque segun se ha echado de ver, no era proceder analiticamente y por la observacion empezar suponiendo que todo el hombre se explicaba por las sensaciones que recibia por medio de sus órganos y de la accion de los objetos exteriores (1).

Del mismo modo, los publicistas que nos han dado la doctrina del estado de naturaleza han fundado un sistema sobre una hipótesis. Han sentado arbitrariamente el principio de que toda la sociedad debia explicarse por la hipótesis del hombre aislado. Le han quitado á este su sociabilidad natural, como el materialista le quita los hechos de su conciencia, y por consiguiente la conciencia misma. Una vez privado el hombre de la sociabilidad natural y obligatoria, no habria ningun medio lógico de volvérsela. La sociedad no era necesariamente mas que resultado de un convenio, un asunto de pura eleccion, y todos sus poderes no podian pertenecerle sino por una cesion mas ó menos lata de los derechos individuales.

Lo mismo que los metafisicos, estos publicistas crearon en cierto modo un hombre hipotético, y elevaban una ciencia cuya aplicacion al hombre verda-

(1) El método habria sido racional, es decir, una verdadera descomposicion y recomposicion, si se hubiese comprobado primeramente, haciendo un analisis previo, que no habia nada en el hombre que directa ó indirectamente no fuese sensacion; pero como esta era cabalmente la cuestion de hecho que habia que examinar, el procedimiento de Condillac no merece el nombre de método, como no lo mereceria el de un hombre que, habiendo desmontado un reloj para examinarle y volverle á armar despues, empezase por creer que el resorte era una ilusion óptica de algunos observadores, y le tirase por la ventana. Pero dirán que el reloj no andaria sin el resorte, al paso que la estatua de Condillac, una vez reanimada por la sensacion, lo explicaba todo; tambien es esta una hipótesis, ó por lo menos un punto de hecho en que no todos convienen.

dero era enteramente imposible. Los elementos del ser moral se modifican de tal manera entre sí, que cuando se separa alguno de un modo absoluto, no queda ya nada conforme á la realidad. Se cree hablar todavía del mismo ser, y se está hablando de un ser enteramente diverso: todas las consecuencias se resienten del vicio del supuesto. Si tantas personas han llegado á disgustarse de las doctrinas del derecho natural hasta el punto de desechar hasta su lenguaje, es menester atribuirlo principalmente al extraordinario abuso que de él se habia hecho.

Entre los individuos morales hay relaciones necesarias como entre los seres materiales: estos estan sujetos á las leyes del orden físico, y los primeros á las del orden moral; pero para estudiar las relaciones morales del hombre no basta crear un hombre de invencion. En vez de examinar lo que existe, se supone entonces lo que no existe.

El químico descompone el agua; pero no se le ocurre dar la teoría de este fluido, de su volumen, peso, fuerza y resistencia, haciendo abstraccion de uno de los elementos que le componen; porque ya no hablaría entonces del agua.

Por igual razon, el hombre es un ser dotado de sensibilidad, de inteligencia, de libertad y de sociabilidad. Todas sus facultades, sus derechos y sus deberes estan mas ó menos modificados por esta última condicion. ¿Para qué pues hablarnos de las relaciones del hombre extra-social, si se cree hablar del hombre verdadero? Eso es hablarnos de la naturaleza de pescados que viviesen fuera de la mar. ¿No se ve que toda su organizacion está subordinada al fin de su existencia en el seno de las aguas? ¿Qué sería el hombre sino estuviese destinado á la sociedad? ¿Quién lo sabe!

Los sistemas demasiado sencillos no son mas que caprichos de la imaginacion, ó vanos esfuerzos de la lógica, cuando se truncan los hechos para alcanzar mas grados de sencillez.

Esto es lo que sucede á los autores del sistema que impugnamos, cuando han querido tratar del derecho de castigar.

Una vez admitido su primer supuesto de un estado que no es el de la sociedad, resultaba de esto un nuevo error, que consistía en sustentar que los derechos del cuerpo social no eran mas que la suma de parte de los derechos preexistentes en cada individuo. Luego, inferian de aqui, el derecho de castigar pertenece tambien á cada hombre.

Pero el derecho de castigar supone necesariamente superioridad moral, derecho de juzgar y autoridad por una parte; inferioridad de derecho, dependencia, deber de sumision por la otra: ¿existe esto en el estado extra-social?

Este argumento es tachado de pedantismo: dicen que no paramos la atencion en esta falta de autoridad judicial sino porque no sabemos elevar nuestras ideas sobre nuestros hábitos, y porque estamos acostumbrados á ver impuestas las penas por jueces *ad hoc*.

Se engañan: consentimos en no examinar la cuestion solo en sí misma, racionalmente; el error que combatimos se hará así mas manifiesto.

La justicia penal, considerada en sí, en su generalidad, no es mas que la estimacion del mal cometido por un hombre, ser libre y responsable, con otro semejante suyo, y la remuneracion de la cantidad de padecimiento merecida por el autor de este mal. Es pues un derecho *sui generis*, un poder que supone una autoridad; es una porcion de la justicia

universal, muy distinta como ya hemos demostrado, del derecho de defensa, así como lo es del deber de arrepentimiento, de enmienda y de reparación que la ley moral impone á todo el que ha faltado á ella.

Es pues derecho de un tercero, de un tercero que tenga autoridad de juez del hecho de otro para estimarle y castigar á su autor segun la proporcion del delito.

Implica contradiccion no reconocer en este tercero un superior, un poder colocado sobre aquel que debe ser juzgado.

Hasta aquí estamos de acuerdo con los autores del sistema que examinamos. Este poder, dicen, ha sido otorgado á todos los hombres; la superioridad consiste en que el culpable ha perdido, por el hecho de su delito, la igualdad de derechos con sus semejantes, y se ha colocado respecto de todos en un estado de inferioridad moral. Un hombre que ataca á otro puede ser muerto legitimamente por este; luego ha perdido su derecho á la existencia. ¿Quiere esto decir que si el agresor consigue degollar á su víctima, recobra su derecho? ¿Puede la consumacion del crimen reintegrarle en su condicion moral? Luego sigue sin derecho; y en su consecuencia cualquier hombre puede quitarle la vida y castigarle de su crimen.

Hay en esto muchas suposiciones gratuitas y una gran confusion de ideas. Un delincuente pierde sus derechos de hombre respecto de cada uno de sus semejantes; hipótesis gratuita. El agresor puede ser muerto legitimamente, convenido; pero solo por la persona atacada ó por aquellas que hayan acudido á su auxilio si la necesidad lo exige. Se confunde evidentemente el derecho de defensa con el derecho de castigar.

Podría darse todavía mas de una respuesta; contentémonos con una sola. Para que un poder sea legítimo, es menester que reuna las condiciones indispensables para el ejercicio racional de su mision.

¿Cuáles son las condiciones indispensables para el ejercicio de la justicia humana? La autoridad, los medios y la necesidad de ejercerla. Pero ninguna de estas condiciones se reune en el hombre extra-social. ¿De dónde viene su autoridad? ¿Cuáles son sus medios? Y sobre todo, ¿cuál es el limite que no pasará su justicia?

La justicia penal tiene sus límites: la conservacion del orden social, en él se encierran su latitud, su estension y todo su derecho. Pero esto supone la sociedad. ¿Pero cuál es el limite en el estado extra-social? ¿Quién le ha señalado, quién podría señalarle? La hipótesis establecida por aquellos á quien combatimos no tiene nada que responda á esta dificultad.

Tambien se ha olvidado decirnos qué se entiende por estado de naturaleza. ¿Es el estado de cierto número de hombres reunidos sin organizacion política? ¿Ó es un estado de aislamiento donde no hubiera mas que encuentros fortuitos de un hombre con otro?

La primera hipótesis sería sobremanera absurda, dándola como tipo de nuestro estado natural. Cuando estan reunidos diez hombres, hay un gefe, existe un gobierno: poco importa el poder y la forma en que esté organizado. El mas hábil manda y los demas obedecen. Este hecho es general, porque es conforme á la naturaleza del hombre. En el estado de aislamiento, no es necesaria ninguna justicia humana.

Por otra parte, toda pena propiamente dicha sería inútil, porque no tendria ninguno de los carac-

téres que la hacen eficaz, entre otros la de servir de *ejemplar*.

El ejercicio legítimo supone el conocimiento de la verdad, del hecho y del derecho. Para esto el hombre necesita reglas, indagaciones, garantías y circunspección; á pesar de estos medios, la justicia social es siempre muy imperfecta. ¿Qué sería pues ejercida por cualquier otro individuo? ¿Por individuos cuya razon hubiese sido ahogada en su germen, por falta de todo desarrollo social? ¿Qué serían todas esas justicias individuales, variables y opuestas, que se encontrarían unas con otras necesariamente? No sería mas que un estado inevitable de guerra, de desorden y de violencia, el cual se querría sancionar con el sagrado nombre de justicia.

La autoridad no es mas que la razon. ¿Dónde estaría pues la autoridad de seres cuya razon no puede manifestarse por su naturaleza mas que bajo el influjo benéfico de la sociedad? ¿Dónde está el aroma de la flor que todavía no ha sido calentada por los rayos del sol?

¿Reconoce la razon un poder legítimo donde no hay necesidad ni medios de ejercerle?

No se diga que al describir los desórdenes de la justicia extra-social hablamos del hecho, al paso que ellos hablan solo del derecho. Esta es efectivamente la sola respuesta posible, esta es la única que se ha dado. Pero falta el derecho cuando, aunque existiese, fuese capaz de producir un hecho escésivo y contrario al orden moral. Ahora bien, esa pretendida justicia, por la naturaleza del hombre y de las cosas, no sería necesariamente mas que desorden; luego no está autorizada por la razon ni por ley natural.

Facil es aumentar el catálogo de los derechos na-

turales, ora con creaciones de pura invencion, ora con inferencias lógicas. Pero para esto son necesarias, á los ojos de la razon, dos condiciones: la declaracion de la conciencia del género humano, y la racionalidad intrínseca del derecho.

Si la conciencia humana no lo confiesa; si lejos de confesarlo, la razon descubre en ello un contraste contradictorio con los principios fundamentales de la verdad y de la justicia, lo que se llama un derecho natural no es mas que un sueño; y la lógica, al tomar principios falsos é incompletos, solo ha producido errores.

Hay mas: si los individuos en el estado de naturaleza son los custodios de la ley natural, y se hallaban investidos en este concepto del derecho de castigar, resulta que era la justicia moral la que tenían encargo de administrar; porque la ley natural comprende toda la justicia. En su consecuencia, han debido ceder á la sociedad todo su derecho, ó conservar de él la parte no cedida; porque ¿podrían renunciar á un deber? Luego la sociedad tendría el derecho de estender su accion penal á todo el círculo de la justicia moral, ó lo que todavía es mayor absurdo, los individuos tendrían el derecho de completar la justicia de la sociedad con actos individuales, y los tribunales harían mal en castigar á los que causan un mal á otro, aun cuando probasen que se le han causado al autor de una accion inmoral que no ha sido comprendida en el catálogo de los delitos legales.

Ya es tiempo de resumir: como lo veremos mejor en adelante, la justicia humana, sin poder llegar nunca, ni aun de lejos, á la perfeccion de la justicia absoluta, debe sin embargo trabajar por acercarse á ella.

Esta es una condicion de su legitimidad. Sin ella, es un hecho, no un derecho. Pero esta aproximacion, esta imitacion, por tosca que sea, no puede alcanzarse sino en el seno mismo de la sociedad y por medio de la formacion de una inteligencia, de una voluntad y de una fuerza que llamaré artificiales, en el sentido de que, aunque compuestas de inteligencias, de voluntades y de fuerzas individuales, representan una inteligencia, una voluntad y una fuerza, generalmente hablando, mas rectas, mas ilustradas y mas temibles que las de cualquier individuo. La justicia es una cosa harto onerosa y delicada á la vez para las manos de un hombre. Como cualquiera otro poder, no puede ser derecho del primero que llegue, porque la autoridad de la razon es la única legitima, y solo á las inteligencias en que se halla esta desenvuelta corresponde el derecho de aplicarla. Si fuese permitido hablar de este modo, diria que la justicia no puede pertenecer mas que á un ser moral sacado de todo cuanto los hombres individuales encierran de mejor en ellos. En otra parte volveremos á ocuparnos de esta idea fundamental.

Dicen que la ley natural careceria en este caso de toda sancion inmediata en el estado extra-social; si se habla generalmente, respondo que lo ignoro, y que no me cuido de saberlo, del mismo modo que ignoro y no me cuido de saber lo que seria un mundo físico organizado sin fuerza de atraccion. Tocante al mundo físico que conozco, me figuro que sin esta fuerza no seria mas que un caos. Por igual razon, si se habla de los hombres tales como son, parece evidente que el orden moral no estaria protegido fuera del estado social. No solo le faltaria la sancion legal, sino que hasta la sancion moral seria en él endeble sobremanera. El hombre no conoce-

ria allí toda la verdad que le puede ser revelada en este mundo, y ni aun llegaria á sentir todos los motivos que deben inducirle á obrar bien. "Hay un grado de embrutecimiento que quita la vida al alma, y la voz interior es impotente para hacerse escuchar de aquel que solo piensa en alimentarse." (Rousseau.)

La cuestion está en saber si, por evitar teóricamente lo que puede parecer una imperfeccion, se deben atribuir al hombre individual derechos que esceden la medida de sus medios y facultades; ó si por el contrario, no debe uno limitarse á inferir de esto que el hombre está destinado por naturaleza al estado social, y que la sociedad no es resultado de un convenio arbitrario, sino una necesidad moral de la especie humana. En vez de aspirar con nuestras hipótesis á corregir en cierto modo la obra del Creador, contentémonos con admirar la economía de ella.

En último analisis, toda la cuestion se reduce pues á la cuestion de la sociedad. Si la sociedad es un deber para el hombre, el derecho de castigar existe; pero en virtud de esto mismo corresponde solo al poder conservador de la sociedad. El individuo no puede usurparle, ni en el estado de sociedad, porque no es él en quien reside la superioridad moral que debe ejercerle, ni en el estado hipotético extra-social, porque allí no existe un orden político para cuya conservacion sea un deber la justicia humana. Tocante á la moral absoluta, no es el individuo á quien Dios ha encomendado su custodia en este mundo.

CAPÍTULO XI.

Si el derecho social de castigar es resultado de un convenio.

Esta teoría que refutamos se ha presentado bajo muchas formas. Efectivamente, la idea de un convenio tácito ó espreso puede aplicarse á muchos sistemas de derecho social, y en lo concerniente al derecho de castigar, servirles de complemento.

En el sistema del interés, la penalidad puede derivarse del convenio, como en ciertas sociedades se establece una multa contra aquellos que no obran acordes con sus estatutos.

En el sistema de la defensa, el convenio consiste en la cesion hecha al cuerpo politico de parte del derecho individual, reservándose los individuos el ejercicio directo de él solo en el caso de que la sociedad no pueda defenderlos por sí misma.

En el sistema que acabamos de examinar, puede suponerse igualmente un convenio, un pacto social en la cesion del derecho individual de justicia.

Sería mas que superfluo volver al examen de estos diversos sistemas, considerados bajo este particular punto de vista.

Una observacion general se aplica á todas las teorías de la penalidad que tienen por principio ó por complemento la idea de un convenio, y es que todas suponen que la misma sociedad no es mas que el resultado de un pacto, de la eleccion del hombre.

Pero, si el contrato social, si el pacto general no son mas que un sueño (1), ¿qué es entonces de los

(1) Superfluo es advertir que no pensamos hablar en este

convenios especiales que deben referirse á aquel y formar una parte suya?

Esta simple observacion basta para derrocar todos los sistemas fundados sobre un pacto.

En vano un célebre escritor ha sustentado que no es el derecho de cada individuo sobre los demas, sino el derecho de cada individuo sobre sí mismo, el que la sociedad ejerce en virtud de una cesion tácita ó espresa. Olvidemos por un momento la objecion capital comun á todos los sistemas convencionales. No es menos evidente que el autor ha perdido de vista la cuestion, impelido del deseo de atacar de todos modos la pena de muerte. No solo no ha visto que, si un hombre no puede ceder el derecho de que le maten de un golpe, tampoco puede ceder el de que le maten con lentitud, ó de que le reduzcan á una especie de esclavitud por el encarcelamiento temporal, sino que ha olvidado la naturaleza del derecho de castigar. ¿Qué es el derecho de castigarse á sí mismo? Porque una vez que se quiere hablar de cesion, lo cedido no puede ser otra cosa que lo que posee el cesionario. Digase que el pecador tiene el deber de arrepentirse y enmendarse, y esto será hablar en lenguaje inteligible; pero decir que tiene el derecho de castigarse, es confundir el poder de hacerse mal con el derecho de castigar.

Por último, un gran genio solo ha visto en el derecho penal un convenio aleatorio, un juego de

lugar de los pactos ó declaraciones políticas. Que una nacion busque garantías, que un gobierno le dé una carta, por un juramento, por un tratado, ó por otro acto semejante, nada tiene esto que no sea verdadero y legítimo. En estas ocasiones, la estipulacion no es sobre la existencia de la sociedad, sino sobre las formas del gobierno, sobre la organizacion política del estado.

suerte. El peligro de sufrir un castigo es la puesta que hace cada individuo de la sociedad. Dice que es lícito este juego, del mismo modo que en caso de incendio es permitido saltar por la ventana.

El derecho de castigar queda así despojado nuevamente de toda especie de moralidad. El hombre sentenciado por la justicia no es mas que un jugador desgraciado, ó bien un infeliz que ha naufragado en la borrasca social. Así no puede hacerse mas que compadecerle; y si su naufragio no está consumado, se tiene el deber de hacer cualquier tentativa para salvarle. Este sistema no es mas que el sistema del interés presentado bajo otra forma. No obstante, ¿cosa singular! el autor no era de la escuela de Helvecio.

Por lo demás, sus ideas sobre el derecho de vida y muerte eran muy vagas y sobrado inferiores á su genio. En pocas líneas consideró este derecho, ya como un *alea*, ya como un derecho de guerra, ya como efecto de un convenio, en que ninguno de los contratantes ha pensado sin embargo en disponer de su vida, ni premeditado que le pudiesen ahorcar.

CAPÍTULO XII.

Derecho de castigar. — Su origen (1).

Un hombre es acusado de un crimen y condu-

(1) Por interés del lector, le aconsejamos lea el primer artículo del número 5.º (setiembre de 1828) de la *Revista francesa*. El señor Duque de Broglie ha tratado por último las cuestiones del derecho de castigar y de la pena de muerte bajo su verdadero punto de vista. En este escrito, como en todos los que ha publicado, se echa de ver un talento creador y profundamente filosófico, que él reúne fácilmente á la prudencia de un hombre de estado y al saber de un jurisconsulto.

cido ante la justicia. Producense franca y fielmente las pruebas de su culpabilidad, son patentes; el crimen queda probado, y su autor condenado á un castigo equitativo. Este fallo satisface á todas las conciencias y merece la aprobacion; la merece y la ha merecido en todos tiempos y países.

El fallo es legítimo y la sentencia justa. Véanse dos puntos sobre que está acorde el género humano. No le pide títulos al poder social que castiga; los reconoce implícitamente, siente lo reales y legítimos que son.

Analícese todavía este hecho mas profundamente. El delincuente no es un ladrón, un falsificador; es autor de un crimen raro, extraordinario, que nadie ó casi nadie teme; es un parricida. ¿Creemos que los padres, al saber su maldad, vuelven temblando á su casa, y que, con el temor y las sospechas en el alma, van á rechazar los abrazos de sus hijos? No; tienen otra proteccion, otra garantía muy distinta de la ley, los tribunales y la fuerza pública.

Sin embargo el delincuente es condenado al suplicio de los parricidas, á una pena mas grave que la del ladrón y la del falsificador. Y la conciencia humana, penetrada de un horror sagrado, da su aprobacion; la da y la ha dado en todos tiempos y en todos países.

Espliquen este hecho, si pueden, las escuelas que hacen derivar la justicia humana de un principio material.

Entre tanto, probemos á esplicarle por nuestra parte, subiendo al verdadero origen del derecho de castigar. En el punto á que hemos llegado de nuestra tarea, no tenemos ya, á nuestro parecer, mas que resumir y coordinar las verdades que hemos encontrado al paso, por decirlo así, examinando dis-

tintos sistemas. La demostracion de gran número de estas verdades nos parecè dada ya.

Hay un orden moral, eterno, inmutable, pre-existente á todas las cosas: esta suposicion es una verdad primitiva, escrita en la conciencia del género humano, y que se desarrolla por la reflexion.

El orden moral comprende todo lo que es bueno de suyo.

Aun cuando no existiese mas que solo Dios, todavía habria un orden moral: no sería menos cierto que el reconocimiento con el bienhechor es un deber, y no por eso la ingratitud dejaria de ser un vicio.

Pero existe una creacion. El mundo material tiene en ella sus leyes; la materia no está sometida al imperio de la casualidad, ni presenta el aspecto del caos. El conjunto de lo que llamamos leyes de la naturaleza constituye el orden físico.

¿Y sucederia otra cosa con el mundo moral? Tambien los seres morales tienen sus leyes: dotados de inteligencia, deben conocer la verdad; dotados de moralidad, deben acomodarse á lo bueno: es decir, que estan bajo el imperio de las leyes del orden moral, tanto por lo menos como lo permiten las leyes de su naturaleza. No cabe en la facultad de los seres materiales el violar sus naturales leyes; la necesidad reina entre ellos. Los seres morales por el contrario pueden infringir las leyes del orden, porque en ellos hay libertad.

Así no puede atribuirse merecimiento ó desmerecimiento, justicia ó injusticia al ser puramente físico; estas palabras, por el contrario, tienen natural aplicacion á los seres libres é inteligentes.

Son inocentes cuando observan las leyes del orden; culpables, si se apartan de ellas.

Inocentes, recogen los frutos de la justicia; cul-

pables, deben ser responsables de sus extravíos en la proporcion de su naturaleza.

Una vez admitidas las leyes del orden y la responsabilidad de los seres morales, no se puede menos de admitir una *justicia*.

Una justicia que aplique las leyes del orden moral á los actos é intenciones de los seres responsables, que distribuya la recompensa y el castigo en la exacta proporcion del bien y del mal hecho por estos seres: esta es la justicia moral, la justicia absoluta.

Así el hombre concibe la idea de justicia como concibe la idea de bien y de mal, la idea de deber y de derecho. Son ideas que se completan recíprocamente y se mantienen inseparables en su conciencia.

Desenvuélvense en ella, cuando la reflexion las abarca y son el asunto sobre que trabaja.

Pero la responsabilidad supone la posibilidad de conocer la ley. ¿Y cómo puede el hombre saber la ley moral?

El orden físico era susceptible de una revelacion material; ha sido desplegado á nuestra vista, y nos han dicho: mirad. Al mismo tiempo nos dieron los medios de mirar, los sentidos y la razon.

Los principios del orden moral nos son revelados por nuestra inteligencia, por la razon, cuando se aplica á las verdades del orden moral, y por nuestra sensibilidad cuando la ponen en movimiento los hechos morales. Nuestra razon tiene el deber de admitir estas primitivas y espontáneas indicaciones de nuestra sensibilidad moral, y el derecho de sujetarlas á su examen para purificarlas, coordinarlas y entenderlas. Del concurso de estas dos facultades nace la conciencia, encargada de avisarnos con sus voces, estimularnos con sus temores, recompensarnos

con su sosiego y castigarnos con sus angustias.

La verdad manifestada por los sentidos orgánicos no es lo que un hombre cualquiera ha creído ver ó tocar una vez, sino lo que cree ver, oír y tocar todo hombre que no esté enfermo, colocado en circunstancias análogas, y en el pleno ejercicio de su razon.

Lo mismo sucede con las verdades reveladas por la luz interior.

Los sentidos corporales cuentan, y la razon examina, rectifica, profundiza y desenvuelve. Lo mismo sucede tocante al sentido íntimo.

Hay materialistas que niegan la conciencia, como hay idealistas que miran como ilusion el testimonio de nuestros sentidos orgánicos.

Importa advertir sin embargo que los que nos niegan la legítima posesion de las verdades morales, tienen tambien necesidad de un sentimiento natural y comun que valúe la utilidad material. Únicamente limitan las aplicaciones del sentimiento de la evidencia al cálculo del placer y del dolor.

Y es que el fin del hombre no está principalmente para ellos en buscar la verdad y el bien, sino solo el bienestar. El hombre es libre, ó, para hablar con mas exactitud, tiene una voluntad en el sentido de que por medio de sus sensaciones y de su discernimiento puede evitar el dolor y elegir el placer.

En una palabra, no consideran, al examinar el hombre, mas que el ser sensitivo, la parte material y terrena, y hacen de él una especie de bruto, dotado de gran discernimiento.

Por el contrario, en el sistema moral se ve al hombre colocado en mas superior esfera. No se omite la parte del hombre sensitivo, pero se la subordina á la del ser moral; y es que se hace mérito á la

par de los hechos sensibles y de los hechos morales de la naturaleza humana.

Por lo demas, aqui no hacemos otra cosa que establecer indicaciones; de ninguna manera tenemos la pretension de convertir, con algunas lineas, á las ideas de deber y de justicia moral á aquellos que han hecho ya camino partiendo de principios diversos de los que acabamos de recordar. Ni podemos dar un tratado de metafísica y de moral como introduccion á un capítulo del derecho penal. Era menester únicamente fijar nuestro punto de partida, señalar la íntima relacion que existe entre las ciencias morales y las ciencias políticas, manifestar que son tres los caminos abiertos al publicista, y que si quiere proceder racionalmente y saber adónde va, debe hacer de antemano su eleccion, so pena de caer sin echarlo de ver en el círculo esclusivo del espiritualismo ó del materialismo.

Partamos pues del principio de que existe un orden moral, obligatorio para todos los seres libres é inteligentes que han podido adquirir su conocimiento.

Estos seres morales pudieran ser de tal naturaleza que cada uno de ellos tuviese individualmente todos los medios necesarios de conocer las leyes del orden, de acomodarse á ellas y de alcanzar su destino moral; pudieran ser de tal naturaleza que no debiesen tener ninguna relacion entre sí, ó bien que sus mútuas comunicaciones, aunque privadas del carácter de necesidad, no pudiesen contener nunca su marcha hácia el fin á que estan destinados. En tal caso, no habria orden intermedio entre el de la creacion individual y el orden moral.

Examinemos ahora de mas cerca los hechos de este mundo. En él existen efectivamente seres libres

é inteligentes. La ley moral y la justicia encuentran pues seres responsables: la primera puede encontrar infractores; la segunda, objetos de merecido castigo.

Empero ¿qué es el hombre? Un ser endeble, no escudado por la naturaleza, espuesto á mas peligros que el bruto, y que, abandonado á sus propias fuerzas individuales, sería inferior á este;

Un ser inteligente, pero que puede sin embargo vivir en un estado casi completo de animalidad, y en una ignorancia casi absoluta de la ley moral;

Un ser libre, pero que puede verse de tal modo subyugado por las necesidades físicas y los inmediatos menesteres de la vida animal, que su libertad permanezca sofocada, que su voluntad no tenga mas ejercicio que el de evitar los mas agudos dolores; un ser moral, pero cuya responsabilidad, por las causas mencionadas, puede ser leve sobremanera, y cuyos esfuerzos hácia la perfección sean enteramente nulos.

Sin embargo, este mismo ser puede llegar á la inteligencia y poder de un Franklin, á la sublimidad de un Newton y á la sabiduría de un Sócrates.

¿Por qué medio? Por el principio de la coexistencia pacífica, y el del recíproco socorro; por la sociedad.

Así, ¿es el hombre, en quinto lugar, un ser sociable por naturaleza? La respuesta debe ser afirmativa, á menos de que no se suponga que unos seres morales y capaces de perfección han sido entregados al desorden invenciblemente.

¿Será necesario todavía enumerar todos los hechos de la naturaleza humana que prueban la sociabilidad del hombre? ¿Será menester recordar que el hombre no busca solo á la muger por alcanzar una posesion transitoria y olvidadiza de ella? ¿Que la formacion de la familia, elemento primero de la so-

ciudad civil, es un hecho constante y universal? ¿Que la facultad, digamos mas bien, la necesidad del lenguaje es una tambien de las pruebas mas patentes de la natural fraternidad de la especie humana? ¿Recordaremos la necesidad de un trabajo comun para cubrir las necesidades mas perentorias de la vida, aunque no fuese mas que por medio de la pesca ó de la caza? ¿Hablabamos del sentimiento de evidencia manifestado por todos los hombres cabalmente sobre objetos de comun interés? ¿De ese sentimiento vivo, universal sobre una porcion de puntos, aun sobre aquellos que el razonamiento ha querido despues negar? Estas comunes creencias serán llamadas errores, pero no disputemos sobre palabras: las creencias existen; son universales, no han sido comunicadas ciertamente de un hombre á otro, y forman un vínculo visible de sociedad.

Poco importa para la cuestion que haya pueblos cuyo estado social es sobremanera imperfecto, que los haya que parecen resistirse á todo ensayo de civilizacion. ¿Cuántos hombres hay cuya inteligencia no está desarrollada, y cuya moralidad es mas que dudosa! ¿Quiere esto decir que el principio de la inteligencia y el de la moralidad no existen en el hombre, y que este no tiene obligacion de cultivarlas? ¿Prueban algo contra la disciplina y el valor de un ejército algunos centenares de rezagados?

No todos los individualismos siguen las mismas formas de desarrollo, que son muchas las diferencias que el teatro del mundo presenta. Estas nos llaman tanto mas la atencion cuanto que medimos el tiempo por nuestra personal escala. Pero se desecharia una regla solo por algunas escepciones, que tal vez no son mas que engañosas apariencias, si de estas variedades se infriese que la sociabilidad no es una ley de

la naturaleza humana, y que la vida social no es un deber para el hombre.

Tal es el hombre. El sentimiento íntimo le revela las principales voces del orden moral, y le induce á acomodarse á ellas. La razon le sirve de antorcha para descubrir las partes mas escondidas de la verdad y del bien, y los resultados de la justicia y de la injusticia. El libre albedrío le determina, y es el origen de su responsabilidad moral, del merecimiento y del desmerecimiento.

Pero estos resortes estarian casi inertes sin otro elemento de la naturaleza humana, la sociabilidad.

La sociedad ha sido dada al hombre como un medio para auxiliarse, como un medio para saber, como un medio para desenvolverse. El desarrollo social es la realizacion de su destino en este mundo, y un medio para llegar á su destino futuro.

Así la existencia social no es solo un derecho del hombre, sino que es un deber suyo.

Este punto nos parece esencial; es un principio fundamental de la doctrina que profesamos, y que la distingue de gran número de teorías.

No consolidar, no mejorar todo lo posible el sistema social, es faltar á una ley moral de la naturaleza humana.

Pero la sociedad debe ser, en virtud de esto mismo, un medio de que todos sepan y se desarrollen para que sea legítimo.

Para lograr este objeto, no basta empero una reunion cualquiera de hombres sin vínculos ni reglas de ninguna especie.

Así, la sociedad civil, el estado, no resulta del simple hecho de la aglomeracion de cierto número de hombres en un espacio dado. La sociedad es un hecho complejo, producto de tres elementos constitu-

tivos: de una reunión de hombres que forma su base, de un orden que fija sus leyes, y de un poder que la protege. Ya nos ocuparemos de este último elemento: veamos primeramente de desenvolver los dos primeros.

La aglomeracion de cierto número de familias, verificada de un modo permanente, es el hecho fundamental de la sociedad. También es el hecho primitivo. No le precede ningun convenio propiamente dicho; las circunstancias determinan sus formas, su latitud, y el lugar que le sirve de teatro. Desarrollanse las ideas de posesion esclusiva y de patria, y vienen á cimentar la union; poco á poco estas ideas toman un desarrollo sucesivo, y por último sale de ellas en toda su pureza la idea abstracta del ser moral, y la del derecho público.

Así es como se desenvuelve el segundo elemento de la sociedad. El principio moral, el orden, se posee poco á poco del hecho material de la asociacion, solamente porque en un espacio dado ha habido coexistencia de cierto número de seres inteligentes y sociales, porque hay relaciones entre ellos, y que ha habido concurso de gran número de fuerzas materiales y morales reunidas con un comun fin. La razon no podria mantenerse mucho tiempo á la vista del hecho de la agregacion sin descubrir sus leyes, revelarlas y prescribirlas; en una palabra, sin proclamar el orden social.

Pero ¿en qué consiste determinadamente el orden social? ¿Cuáles son las leyes generales que impone la asociacion?

Esto necesita esplicarse, porque la noción del orden social es una de esas ideas complejas de que se ha abusado con frecuencia, dejándola en la indeterminacion y dándole una latitud vaga que á todo se

presta y á todo sirve de justificacion. Mas de una vez ha reinado la tiranía, y todavía está reinando en nombre del orden social. Habiéndose posesionado la tiranía popular de las palabras *salud pública*, *bien del pueblo* &c., otras tiranías las han borrado de su protocolo, y la espresion *orden social* es la que ha tenido el honor de sustituirlas. El orden social, como en otro tiempo la salud pública, ha sido considerado como una cosa de existencia propia, como un ser aparte, enteramente independiente de los individuos de la sociedad á quienes se ha castigado, oprimido y atormentado para bien del orden social que debería protegerlos. El orden social ha llegado á ser un ídolo, y sabido es en provecho de quien redundan los sacrificios, muchas veces sangrientos, que los sacerdotes exigen.

El orden en todas las cosas no es mas que la razon. El orden social es la razon aplicada, coactivamente si es menester, á la coexistencia y al libre desarrollo de las *igualdades humanas*.

Puédese, ya lo hemos dicho, considerar á cada hombre como un centro de actividad física y moral, que tiene su esfera propia. Efectivamente, cada hombre está dotado de las mismas facultades; en sí tiene el principio de los mismos derechos y de los mismos deberes; tiene una carrera que andar, un fin que alcanzar, y su personal responsabilidad. Todo hombre tiene el deber de conducirse por esta regla, y el derecho, primeramente de no encontrar estorbos en su marcha, y luego de tener ayuda, si fuese posible.

No perjudicarse en el alcance de la verdad y del bien, ni en el de los gozes y del bienestar, es el primer deber de los hombres entre sí; ayudarse en uno y otro, es el segundo.

Bajo estas condiciones es posible el desarrollo de

la especie humana. Examinándolas de cerca se encuentra que son las condiciones de su existencia propia ó á lo menos de su actividad que revela la razon humana. Sin ellas, la inteligencia y la moralidad del hombre no serian mas que gérmenes sofocados bajo el peso de la vida animal, del hombre material. Así la razon no podria desenvolverse sin concebir al propio tiempo las condiciones de su propio desarrollo, la relacion de igualdad entre hombre y hombre, y la proteccion inmediata de esta relacion; en otros términos, el orden y la conservacion del orden, el derecho y la justicia que le sostiene, realizados en este mundo por el estado.

Estas tres ideas, derecho de igualdad ó de libertad (ambas palabras espresan la misma idea bien consideradas) entre hombre y hombre, justicia que le proteja, estado en que se realice, son tres ideas que en todos tiempos y en todos lugares se han desenvuelto con la razon, y han dominado la humanidad desde que ha podido conocerse. De aquí esa conformidad práctica y unánime de los hombres, seres inteligentes, pero libres, en las ideas fundamentales de sociedad, de gobierno y de justicia social é inmediata.

El estado, es decir, la asociacion humana y el orden, tiene á los ojos de la razon la misma legitimidad que la tutela de los menores. La tutela no confiere al menor ningun derecho particular, sino que le ayuda á mantener de hecho su igualdad de derecho respecto de los ciudadanos mas fuertes y advertidos que él. La sociedad es la tutela de los débiles contra la fuerza y la astucia, un medio de mantener el derecho á quien corresponde; pero medio necesario, legitimo, cuya nocion se desarrolla en el hombre con la idea misma de derecho, y es inseparable de ella.

¿Cuáles son ahora las leyes del orden social? Dada una vez la existencia de la asociación, resultan de este hecho tres clases de relaciones:

Las relaciones de la unión con los que no hacen parte de ella;

Las relaciones de la unión considerada en su totalidad, como cuerpo moral, con los individuos que la componen;

Las relaciones de estos individuos entre sí.

Por numerosas que parezcan á primera vista, se dividen sin embargo en tres clases, derivadas de tres modos de existir: socorro, hostilidad é indiferencia. No es concebible otro cuarto modo de existir. ¿Cuál es ahora el derecho que resulta de estas tres especies de relaciones?

Tocante á los extranjeros, tienen derecho al reconocimiento y á la reciprocidad si acuden al socorro de la unión.

Si desechan las peticiones de auxilio y las propuestas de amistad y de alianza, su indiferencia puede ser inmoral, pero no da derecho de desplegar contra ellos la fuerza.

Si amenazan á la unión, mas todavía, si la atacan ó le hacen daño, tiene entonces el derecho de volver mal por mal, encerrándose en los límites de la necesidad.

¿Y qué especie de mal? El mal que resulta para ellos de la defensa y de la reparación. Entonces no ha lugar al mal de la pena. La sociedad ofendida se halla bajo el pie de igualdad respecto del defensor; no tiene sobre él superioridad de juez, y está privada de los medios de juzgar con acierto; por último, la defensa le basta.

Por lo que hace á los individuos de la unión, la sociedad, mirada como cuerpo moral, solo vive de

los servicios que le hacen. Pero la sociedad es para ellos un deber; luego estos servicios son una deuda. La sociedad tiene derecho de exigirlos. Puede recompensar los servicios extraordinarios, y también tiene derecho, encerrada en los límites de la necesidad, de obligar á los ciudadanos por cualquier medio legítimo de suyo á hacerle los servicios necesarios. Quien los rehusa es delincuente.

Si atenta además á la existencia del cuerpo social, si quiere quitarle los medios de existir de un modo pacífico y regular, si despliega por último la fuerza contra el orden público, viola el mismo deber en mayor grado. El crimen es mas grave, y la sociedad, en los límites del deber que le manda conservarse, tiene el derecho de volver mal por mal.

¿Y qué especie de mal? Pronto trataremos de esta cuestión.

Tocante á los individuos de la asociación entre sí, como todos los asociados escuchasen la voz del deber, como ninguno de ellos se saliese fuera de su propia esfera de actividad para usurpar la de otro, ora para estorbar el desarrollo moral de sus semejantes, ora para atentar á su bienestar, todo iria perfectamente.

Pero si se verifica lo contrario, si las pasiones y la violencia trabajasen á los individuos, y la fuerza ocupase entre ellos el lugar del derecho, el interés, el del deber, reinaria el desorden en la sociedad, la asociación no produciria sus efectos, y, sin verse atacada directamente, tardaria poco en quedar disuelta. Otra ley del orden social es pues la garantía de la libre acción de cada individuo en la esfera de su acción, la protección de la igualdad.

Alcanzadas una vez estas garantías, el orden social existe, produce sus efectos, y en rigor no ne-

cesita mas el desarrollo moral de la humanidad.

Verdad es que este desarrollo puede acelerarse. Si no contentos los asociados con coexistir pacíficamente y aprovecharse de las ventajas que nacen del simple hecho de la pacifica aglomeracion de un gran número de seres inteligentes y activos, se ayudan mutuamente con todos sus medios, si los fuertes se apresuran á ser útiles á los débiles, si las inteligencias eminentes se complacen en esparcir la luz sobre los ánimos poco ilustrados; si se saca partido del tiempo, si el vigor aumenta, si el movimiento va sin cesar creciendo, no solo existe entonces el orden social, sino que cada día se perfecciona mas, y el desarrollo material y moral de la especie humana toma todo el vuelo que pueden darle las limitadas fuerzas de nuestra naturaleza.

Comparando el deber de no hacerse daño con el de ayudarse reciprocamente, échase de ver sin embargo que el primero es mas positivo é imperioso que el segundo; quien atenta á el entroniza la fuerza individual en lugar del derecho, y trata á sus semejantes como instrumentos de sus placeres: no cumplir con el segundo deber es solo una omision; no se ayuda, pero no se estorba; no se hace uso del propio poder para el bien de nuestros semejantes, pero no se abusa de la fuerza para hacerles daño: no se atenta á la igualdad y á la libertad de otro, y en lo único que se peca es en no hacer un uso racional y loable de la de uno propio.

El derecho de defensa es una medida de la importancia relativa de estos deberes. Que un hombre ataque á otro, que le prive de su libertad y trate de despojarle de su bien; ¿qué es lo que dice la razon? Reconoce en el hombre ofendido el derecho de defenderse, de echar mano de la fuerza contra la fuer-

za, de hacer daño al agresor si esto fuese menester; pero no reconoce á los individuos el derecho de exigir su asistencia violentamente; como no reconoce á una nacion el de obligar á otra á que le abra sus puertos, ó á contraer con ella alianza, por laudable en sí misma, por útil que pueda ser esta á ambos paises.

Asi la sociedad debe afianzar el cumplimiento del primer deber por el uso del mandamiento y aun de la fuerza, oponiendo mal á mal, si es menester; el cumplimiento del segundo deber queda á discrecion de la razon individual, y no está sometido mas que al imperio de la moral.

Tales son las leyes generales que el deber impone á la sociedad. El orden social pues, considerado en su material accion, consiste esencialmente en los medios de prestar fuerza al derecho;

1.º De la sociedad contra los estrangeros que la ataquen, amenacen, ó que derechamente la hagan daño;

2.º De la sociedad contra los individuos de la union que le nieguen una existencia legitima ó que la dañen directamente;

3.º Por último, de los individuos de la union contra los demas que usurpen sus derechos.

Detengámonos un momento. Existe una ley moral y una justicia moral; son unas, eternas é inmutables.

Donde quiera que se encuentren seres inteligentes y libres, deben tener aplicacion y realizarse prácticamente.

Hay en este mundo seres inteligentes, libres y responsables: hay el hombre.

Pero el hombre es un ser sociable, la sociabilidad es tambien una ley de su naturaleza; asi la so-

ciudad es para él un deber moral, y el orden es necesario al fin de la sociedad.

El hombre que trata de paralizar ó de alterar el orden social es pues esencialmente injusto con sus semejantes.

Existe pues para el hombre una categoría de deberes, un orden de responsabilidad, particulares á su naturaleza, en el sentido de que serian prácticamente heterogéneos al ser inteligente y libre que estuviese destinado á una existencia aislada.

Digo prácticamente, porque su principio se deriva de estos dos puntos eternos: no hacer daño á otro y hacer de los medios de la propia naturaleza un uso legítimo y conforme á su fin. Siendo ahora dados la ley, la justicia, el hombre y el orden social, segun los hemos descrito, ¿qué sucedería si la justicia absoluta desplegase completa é inmediatamente toda su accion, todos sus esfuerzos en este mundo?

Todo iria bien, en el sentido de que los hombres y la sociedad encontrarían en una justicia infalible é inmediata la proteccion que les es necesaria para existir y desarrollarse de conformidad con su naturaleza.

Siendo los hombres libres, el desorden podria siempre renacer; pero seria contenido en tiempo oportuno.

Esta intervencion produciria diversos efectos:

Realizaria la espacion;

Repararia completa é inmediatamente despues de la violacion de cada deber las ofensas hechas al orden moral;

Podria verificar la reconciliacion interna del delincuente consigo mismo y con la ley moral.

Ademas,

Contribuiria mucho á la enmienda del culpable;

Serviria de leccion á todos los demas;

Por último, prevendria en gran parte la **repeticion** de hechos semejantes.

Los primeros efectos pertenecen mas particularmente al orden moral, y los segundos al orden social.

No sería negada por nadie; porque el hombre culpable sería objeto de un justo castigo, y nadie podría poner en duda la superioridad del juez.

Empero aqui se presentan dos hechos irrecusables.

Primeramente, la justicia absoluta no desplega directamente toda su accion en este mundo. El remordimiento, la reaccion del ofendido, la aversion y censura de sus semejantes, son acá abajo para el hombre culpable (prescindiendo de la justicia social) las manifestaciones mas patentes de la justicia.

En segundo lugar, el orden social no existiria con la ayuda de estos solos medios de justicia inmediata. Esta es una verdad reconocida por todos los sistemas.

Pero, porque la justicia absoluta no se manifieste completamente en este mundo, y de un modo directo, ¿cambia la naturaleza moral de las cosas? ¿Dejan de ser deberes el desarrollo de la humanidad, la sociedad y el orden social que son sus medios? ¿No merece el mal ser siempre remunerado con mal?

Coloquémonos en el centro de la sociedad.

Hemos dicho que el hombre tiene el deber con sus semejantes de conservar el orden social y cooperar á su perfeccion.

Que un hombre ataque ó altere este orden, que viole esta categoría de deberes prácticos especiales á la humanidad: ha violado las leyes morales, ha o-

fendido á sus semejantes y mostrándose injusto con ellos.

Castíguesele: si verdaderamente ha delinquido, si ha sido castigado con medida, su castigo es intrínsecamente legítimo. Considerado abstractamente y en sí mismo, es justo, venga de donde viniere.

Escuchemos en efecto á ese hombre: ¿qué podrá decir? No le he merecido; no debo ser objeto de un castigo. Pero no, ha hecho un mal, y hay justicia absoluta en castigarle de ello.

Únicamente podrá decir: no es por tí, no es ahora, no es así como debe castigármeme. La justicia requiere un superior, un juez de mis acciones que se interponga con derecho entre tú y yo.

Si alega esta nulidad contra un individuo cualquiera, contra el primero que llegue, tendrá razon. No hay entonces superioridad: estos no pueden presentar sus títulos y justificar su cargo.

¿Sucede lo mismo con el poder social? Este poder es un hecho; y si este hecho es legítimo, aquel tiene sus deberes, sus derechos, su superioridad y su misión.

Si esta misión existe, ¿comprende el ejercicio de la justicia penal?

Si le comprende, ¿le abraza en toda la latitud de la justicia absoluta?

Examinémoslo.

La sociedad se deriva primeramente de la unión que la establece, y del orden social que la sustenta.

Pero ¿puede sustentarse por sí solo el orden social? El orden social tiene sus leyes que ya hemos indicado. Exige, entre otras cosas, que si la unión es atacada, sea defendida; que si llevados los individuos de las pasiones del egoísmo atacan el derecho de otro,

encuentren el obstáculo de una fuerza legítima acudida en auxilio de este derecho.

La razón nos revela estas leyes, y la conciencia las reconoce: son obligatorias.

Empero, si fuesen holladas por el malo ó desconocidas por el ignorante, cesaría la existencia material y práctica del orden social, acabaría la sociedad con él, y con la sociedad el desarrollo de la humanidad.

Se necesita pues una inteligencia que mande, y una fuerza que reprima; se necesita un poder conservador del orden: este es el poder social. Racional y legítimo como el orden social, como la misma asociación, forma el tercer elemento de la sociedad.

Su legitimidad y su sanción se derivan de la razón. Así que pierde la primera y queda reducido á un hecho material, cuando ya no es la expresión de la razón aplicada al orden social, el derecho procedente de las relaciones sociales y sostenido, si necesario fuese, por la fuerza.

Revelar el derecho, dictar sus reglas, y en una palabra mandar, supone conocimiento de este derecho.

Hacer uso de la fuerza é imponer un mal en los límites del derecho, supone moralidad y justicia.

Luego el poder pertenece á los hombres de inteligencia esclarecida, á los hombres de pura y recta voluntad.

Negar la legitimidad de este poder, disputarle sus derechos, insultar su autoridad, es renegar de la razón.

Así es un absurdo sostener lo contrario de las proposiciones que acabamos de sentar.

Es lo mismo que decir: el poder solo es la sinrazón, recibe sus títulos de la fuerza ó de la demen-

cia, pertenece á la ignorancia y al vicio.

Prosigamos: el poder social necesita medios para alcanzar su fin; y tiene derecho á ellos, porque es legítimo.

Pero estos medios deben tener tambien su legitimidad. Tienen que ser conformes á la ley moral y acomodados á la necesidad. Si traspasan el círculo de esta, se convierten entonces en abusos.

Trátase de mantener la existencia pacífica y ordenada de la sociedad para con todos y contra todos. Para esto es menester, primeramente, ponerla á cubierto de los ataques exteriores, dándole consistencia en lo interior, poniendo á su disposición una fuerza y los medios materiales de ejercer y desarrollar su acción. De aquí el derecho de paz y de guerra, el derecho de cobrar impuestos, hacer reclutamientos y otros. Estas cosas no son de nuestro asunto; pasemos adelante.

Quedan los ataques que puedan hacer al orden social los individuos, directa ó indirectamente.

¿Cuáles son los medios legítimos de protección?

Todo medio útil y necesario, con tal que esté al mismo tiempo reconocido por la justicia.

La instrucción es el primero que se ofrece.

No queremos afirmar que en todos tiempos, en todos países, cualesquiera que sean las circunstancias y la forma del gobierno, el poder social deba encargarse de la instrucción pública y de su dirección. Esta es una cuestión de derecho político, que, á nuestro parecer, no puede ser resuelta de un modo absoluto. Pero todo gobierno tiene un deber positivo de no contener, sino de favorecer, por cuantos medios estén á su disposición, la propagación de las luces.

Mas tócale la instrucción especial sobre la clase

y gravedad de los delitos especiales, el mandamiento, la expresión positiva de la ley. Esta expresión debe ser en ciertos casos mas clara y circunstanciada que en otros. El mal moral y particularmente el mal político de un hecho criminal están encubiertos muchas veces, á lo menos en parte, á los ojos del vulgo. Al legislador corresponde presentarlos bajo su verdadero aspecto primeramente por la ley, y luego por otros medios mas públicos todavía, cuando hay motivos para temer fechorías cuyo verdadero grado de inmoralidad y peligro no llegase á ser reconocido por la opinión pública.

¿Pero bastan la instrucción, el mandamiento para mantener el orden social? Nadie lo cree. El poder debe echar mano de los medios materiales.

Uno de ellos es la policía preventiva. Pero se supondría lo que todavía está en disputa, si se atribuyese á la policía preventiva, aisladamente considerada, la eficacia que puede tener cuando es seguida de la justicia penal. En el supuesto de que el descubrimiento de una tentativa criminal no acarree al culpable ninguna mala consecuencia mas que la interrupción del delito, la acción saludable de la policía quedaria reducida á poco. No podria impedir sino la consumación de algunos crímenes, interviniendo de un modo inmediato ó tomando la defensa propiamente dicha de un individuo atacado. En tal estado de cosas, sería menester darle una latitud extraordinaria para hacerla eficaz; sería menester una sociedad civil para que custodiase á otra sociedad. ¿Y quién vigilaria á los custodios?

La policía, por mas desacreditado que esté tal nombre, es legítima seguramente, cuando se halla destinada á prevenir las desgracias y los delitos. Gran reconocimiento merecerá aquel que descubra el secreto

de quitarle dos manchas que desgraciadamente parecen inherentes á su naturaleza, la inmoralidad de sus medios y su empeño de apoderarse de toda la sociedad. La policia, aun la mejor de todas, es cabalmente aquel de los poderes sociales que tiene mas propension á considerar el orden social como una cosa aislada, sin contar nunca con los hombres, excepto cuando se trata de ponerles trabas.

De todos modos, es evidente que la instruccion y la policia preventiva no bastan para la conservacion del orden social.

Ademas, ¿puede ocultarse que es imposible el uso de estos medios, á menos de que el orden no esté ya afianzado convenientemente? En una sociedad entregada libremente al desenfreno de las pasiones y á los excesos de la fuerza individual, la instruccion, la policia, toda institucion desarmada es imposible ó infructuosa. La historia lo prueba. Estos medios no son mas que secundarios, auxiliares. Con el tiempo, con los progresos de la sociedad, con la sucesiva perfeccion del orden público, pueden adquirir mucha eficacia y llegar acaso á ser medios principales: acaso tambien ¿quién se atreveria á poner limites al porvenir? los únicos necesarios.

Entre tanto, ¿cómo se mantendria el orden social?

¿Se recurrirá á las recompensas?

¿Pero de qué nos servirá detenernos á hablar de las recompensas? Mas de una vez se ha demostrado que la recompensa es un medio insuficiente para la conservacion del orden social. Quizá no se ha echado de ver bastante lo peligroso que sería la tendencia y lo perniciosos que serian en breve los efectos de un sistema de recompensas materiales é inmediatas concedidas por el cumplimiento de los mas es-

trictos y sagrados deberes, aun cuando fuese posible llevarlo á cabo.

Es menester pues abandonar las vias blandas y suaves. El poder social no prestaria bastante fuerza al derecho, y faltaria al deber que sobre sí tiene si no hiciese oír al crimen un lenguaje severo.

Le amenazará. ¿Y con qué? ¿Con los peligros de la *defensa* que puede hacer contra él? La amenaza será legítima, pero inútil. Ademas será insuficiente, si el poder no trata de ir mas allá del sentido de sus palabras y traspasar los limites del derecho de defensa. Lo hemos demostrado.

Necesita pues amenazar al crimen con otro mal que la simple reaccion defensiva, pero un mal legítimo tambien.

La *reparacion* es una segunda especie de amenaza. Efectivamente, el mal de la reparacion impuesta al delincuente basta á llenar en muchos casos el fin de la sociedad. Entonces la ley positiva no otorga mas que una accion civil á la parte agraviada. Todas las legislaciones presentan ejemplos de este medio que emplea el poder social para la proteccion de los derechos individuales. Puede citarse la lesion en el contrato de venta y otras especies de daños.

¿Pero es siempre posible la reparacion? ¿Basta esta para la conservacion del orden social? ¿Habrá llenado su mision el poder, si se contenta con estos medios de dar socorro y ayuda al derecho? Nadie se atreveria á afirmarlo.

Nesecita pues hacer mas.

Si los medios preventivos de instruccion y de policia,

Si los medios de recompensa,

Si el mal causado por la defensa,

Si el mal de la reparacion son inútiles é insu-

ficientes, ¿qué otro medio legítimo le queda al poder social?

Uno solo, el mal de la *pena*. Ó es menester renunciar á toda idea de derecho y de justicia, y poner abiertamente en lugar suyo al hecho y á la fuerza, ó es menester admitir esta conclusion;

Porque no hay mas que tres especies de mal, de padecimiento, que puedan imponerse con justicia á un hombre contra su consentimiento cuando se halla en estado de tener una voluntad: el mal de la defensa, el de la reparacion y el de la pena, propiamente dicha, del castigo.

Pero el castigo no es un mal impuesto por el gusto ó interés de un individuo ó de un número cualquiera de individuos; no es un mal impuesto únicamente con el fin de hacer un experimento ó causar cierta impresion en los espectadores; no es un mal impuesto únicamente con el fin de alcanzar por este medio mayor cantidad de bien.

Es posible que la pena produzca estos efectos, ó algunos de estos efectos, en todo ó en parte.

Es lícito preveer y sacar partido de los efectos que puede causar el hecho de la pena.

Es permitido, al hacer la amenaza de la pena ó imponerla, procurar estos efectos mientras no se desnaturalice á la pena misma, y se la prive de su carácter y legitimidad.

Por último, si no se tiene derecho de imponer la pena mas que mientras produzca algunos de estos efectos, no solo es permitido, sino justo, amenazar con ella y hacer su aplicacion solo en los casos en que estos efectos puedan verificarse.

Pero la pena, considerada en sí misma, no es mas que la remuneracion del mal, hecha con peso y medida por un juez legítimo.

Si el acto no presenta simultáneamente estos caracteres, habrá amenaza ó aplicacion de un mal; pero no intervendrá una pena.

Habrá amenaza ó aplicacion de un mal, pero nunca de un mal legítimo.

Si por el contrario los presenta, el acto es legítimo, aun cuando su resultado sea el padecimiento de un ser moral y libre.

La ley moral queda pues justificada;

Porque tenemos un poder legítimo, cual lo es el poder social,

Que hace uso con un fin legítimo, cual lo es la conservacion del orden social, de un medio legítimo, cual lo es la amenaza de retribuir proporcionalmente un mal con otro.

Pero el medio sería ilusorio, si no fuese puesto por obra en un caso dado. El derecho de hacer la amenaza comprende pues el de hacerla llevar á efecto. Ambos á dos son el mismo derecho bajo diversas formas.

Ahora, ¿quién es ese poder legítimo que amenaza con remunerar un mal con otro, y lo pone por obra?

Es el derecho de administrar justicia.

Pero ¿cuál justicia? Los desvarios de las escuelas y los falsos sistemas son los que nos obligan á proponernos esta singular cuestion.

La justicia es una. Poco importa que se le den diferentes nombres y diversos epítetos segun los varios casos á que se aplique, mientras estos nombres no sean mas que palabras. Pero si espresan variedades sustanciales, entonces representan errores fundamentales.

¿Es pues la justicia moral la que el poder social tiene derecho de ejercer en toda su latitud? La jus-

ticia moral es, pero ejercida con un fin reducido y determinado, la garantía de los elementos constitutivos del orden social; la justicia moral es, pero ejercida en union con los demas medios de garantía, y mientras que estos medios son insuficientes por sí; la justicia moral es, pero encomendada á seres imperfectos y falibles.

El placer y el dolor estan en ciertos limites á disposicion del poder social. Tiene el deber de hacer uso de ellos, pero conforme al principio fundamental de la justicia moral: el placer como remuneracion, el dolor como castigo.

Es pues legitimo el ejercicio de la justicia punitiva por el poder social, en los limites de su mision.

Volvamos ahora al hombre de que habiamos hablado. No podia hacer ninguna objecion contra la justicia intrinseca y abstracta del castigo, supuesto que era criminal en nuestra hipótesis, y que la pena era equitativa. Solo pedia un superior, un supremo juez.

¿Alegará todavía este recurso de nulidad contra el poder social? No podrá hacerlo sino negando de un modo absoluto la legitimidad de este poder; porque si es legitimo y razonable en sí, el ejercicio de la justicia penal recae en él de pleno derecho, no traspasando los limites que le estan prescritos. No puede negársele tal derecho, como no se le niega el de imponer una contribucion. El origen de los dos derechos es el mismo, la materia es diversa, el principio idéntico. Asi pues existe el superior; el juez está ya encontrado. Para recusarle, es menester negar el poder social, y de consiguiente el orden social, la sociedad misma; por último, será menester negar el orden moral y la naturaleza del hombre.

Ó la serie de estos razonamientos encierra un

vicio que no conocemos, ó podemos inferir que el derecho de castigar es absolutamente tan legitimo como el orden y el poder social.

Es como ellos una ley moral impuesta á la especie humana.

De este modo se explica todo por una cadena de deberes que se derivan naturalmente unos de otros: el deber del orden moral, del orden social, del poder social, y por último, de la justicia humana. El primero es el fin, los otros son los medios.

La justicia humana es pues una ley natural, un elemento del sistema moral en este mundo, como la gravitacion es una ley del sistema fisico destinada á mantener á los cuerpos en la órbita que les está trazada.

Instruccion y justicia, y en la justicia está comprendida una parte esencial de la instruccion: en ella estan encerrados todo el sistema social, todo el deber y todo el derecho de los deberes de la sociedad. Las demas partes del sistema social, por principales que parezcan, no son todas sino medios propios para alcanzar y conservar este resultado. Todo poder que cumple con estas condiciones es legitimo porque se conforma con la razon y el orden moral. Todo poder que hace profesion de no cumplir con ellas existe solo de hecho, cualquiera que sea su anti-güedad.

Razon tiene Hume de decir en este sentido: "Debemos mirar la vasta máquina de nuestro gobierno como si no tuviese definitivamente mas objeto ni mas fin que la distribucion de justicia, en otros términos, la *conservacion de los doce jueces*. Rey y parlamento, ejércitos y escuadras, oficiales públicos, embajadores, ministros, consejeros de la corona, todos estan bajo la dependencia de esta parte de la administracion." Es-

ta idea ha sido expresada también en pocas palabras por Massillon, cuando en el panegírico de San Luis llama al trono tribunal de justicia.

Bien claro es que la justicia social, cuyo ejercicio está encomendado al gobierno, se extiende á todas las diversas modificaciones del derecho; y si hemos insistido particularmente sobre la justicia penal, ha sido porque esta es ahora objeto particular de nuestras investigaciones.

La justicia repara y castiga. Repara por medio de las sentencias civiles; castiga por medio de las sentencias criminales.

Pero ora sea civil, ora criminal, administrativa ó mercantil, siempre deriva su legitimidad del mismo principio; todas estas formas de justicia se reúnen siempre en la obligación de prestar auxilio al derecho para la conservación del orden social.

Idéntico es el principio en cuya virtud la justicia legal, bajo una ú otra forma, nombra un tutor, señala las condiciones de un testamento, condena al poseedor injusto á la devolución de la propiedad y al pago de los daños é intereses, y al asesino á la pena de muerte.

Idéntico es el principio en cuya virtud le está igualmente prohibido hacer pagar un real á quien no le debe, y condenar un inocente á un día de cárcel, aunque estas penas debiesen causar las impresiones *psicológicas* mas saludables, ser útil á una nación y dar grandísimo gusto á todo el género humano.

El bienestar y la utilidad resultan de la justicia; no son su sancion ni su primera causa.

La justicia impuesta á las sociedades como un deber, como una ley moral, protege también los intereses materiales; protégelos, no como intereses, sino

como derechos; cuando solo los protege como lo primero, no titubea en echarlos por tierra, si se atreven á querer detenerla en su marcha. Emanacion del orden moral, hácia el orden moral propende, y por recordar á los hombres los principios del orden moral, por darles los medios de elevarse también á la region celeste de donde trae su origen, es por lo que se manifiesta á ellos.

Peró si tal es el origen de la justicia social, si debe considerársela, casi diré como una delegacion de la justicia eterna, ¿debe creerse que pueda ser ejercida por un poder humano sin reglas ni condiciones?

Acabamos de reconocer el origen de la justicia humana, y hemos podido así notar ya sus límites, su fin y sus condiciones. Meditemos sin embargo nuevamente sobre este asunto tan importante: aunque se nos tache de esponer bajo otras formas las mismas ideas, no puede detenernos el temor de esta inculpacion, tratándose de presentar bajo un punto de vista completo los verdaderos caracteres de la justicia penal.

Su naturaleza descifrará sus condiciones, y su fin determinará sus límites. Esta importante investigacion, que tanto nos acerca á entrar en la parte positiva de la justicia penal, formará el asunto del siguiente capítulo, y así acabaremos de establecer los principios del sistema y las bases de todo el edificio. Al buscar el origen del derecho de castigar, hemos tenido que hablar muchas veces de la justicia humana en general; ahora podemos encerrarnos mas rigurosamente en el campo de la justicia criminal.

CAPÍTULO XIII.

Justicia penal; su fin, sus límites y condiciones.

La justicia humana es un elemento del orden social, y la justicia absoluta un elemento del orden moral.

El fin de la justicia absoluta consiste en su propia realización; existe porque existe.

El fin de la justicia humana es exterior y limitado.

Es aun la justicia absoluta, pero aplicada solo á las violaciones de nuestros deberes con los terceros, mientras estas violaciones trastornen de un modo sensible el orden social. Al aplicarse á las leyes sociales, no debe proponerse un fin que pueda llevarla fuera de los límites de esa justicia absoluta de que dimana.

Prevenir los delitos es, dicen, un derecho del gobierno. Es mas que un derecho, es un deber.

Pero ¿será menester cumplir los deberes haciendo uso de cualquier medio, ó de un medio legitimo? Un padre tiene el deber de sustentar á sus hijos; ¿podrá sustentarlos por medio del robo, aun cuando pudiera hacerlo así mejor que con su trabajo?

El ciudadano tiene deber de obedecer á la ley; ¿debe obedecer una ley inicua, una ley que le mandase prostituir á su hija?

El gobierno tiene deber de prevenir los delitos; ¿tiene derecho por esto á echar mano de todas clases de medios? Podría pues, si tuviese bastantes grilletas y guardas, formar lista de sospechosos y mandarlos á trabajar en las obras públicas; podría detener en las galeras á todos los rematados que hubie-

sen cumplido su condena, y no ofreciesen completas prendas de su regeneracion; ¿qué cosa no podría hacer? Interréguense los fastos de la tiranía.

La represion de los delitos por las penas no es pues legitima, sino con la condicion de que estas se apliquen á los delincuentes, y á los delincuentes solo.

Pero ¿qué pena? En escediéndose un ápice del mal merecido, no hay ya justicia, se recae en el sistema del interés.

Es pues, todo lo mas, la pena merecida.

Mas ¿de dónde proviene directamente el derecho de imponer esta pena?

¿Procede del mal que se quiere prevenir, ó del mal cometido por el delincuente?

Si la causa primitiva y directa está en el mal que quiere prevenirse, menester es inferir de esto que la pena puede en rigor ser impuesta indiferentemente al inocente y al culpable.

Igualmente, ¿dónde se encontrará la proporcion de la pena merecida? ¿En el mal que hay que prevenir, ó en la naturaleza y gravedad del delito cometido? Si en el mal que hay que prevenir, ya no tiene lugar la justicia: esta no tiene mas medida que la naturaleza y gravedad del delito.

La gravedad del delito puede verdaderamente crecer á causa de la gravedad del mal político originado del mal ejemplo, del peligro social y de la alarma que causa; pero este gravámen, aunque originado del mal político, es un gravámen moral. Lo es á los ojos de la justicia absoluta como á los ojos de la justicia humana. El gravámen proviene de la violacion mas manifiesta de un deber con el deber social.

En resumen, la justicia, si merece verdaderamente este nombre, no debe castigar mas que cul-

pables, todo lo mas con proporcion á su delito, delito que es la causa primitiva y directa de la accion penal.

Pero la necesidad de prevenir los delitos, considerada en si misma, aisladamente, como fin directo y principal de la justicia social, conduce, ó puede conducir á resultados directamente opuestos; prevenir los delitos no es pues la expresion rigurosa del fin de la justicia penal.

Su *fin* directo y esencial es restablecer el orden social atacado ó alterado por un delito en alguno de sus elementos;

Y esto por medio de los *efectos* reparadores y preventivos que dimanen del inmediato cumplimiento de la ley moral.

¿Se comete un delito? Ha habido violacion de un deber, y el orden moral debe ser restablecido. Hay justicia absoluta en castigar.

¿Trastorna este mismo delito el orden social? Entonces hay delito moral y político á la par; hay violacion del orden moral y del orden social, el cual tambien tiene su legitimidad. El orden social *puede* restablecerse, ó por la reparacion, ó por la pena, ó por la una y la otra á la vez.

¿Es de tal naturaleza el ataque dado al orden social por este delito que, si quedase impune, se alteraria sensiblemente aquel? La justicia penal *debe* obrar, si tiene medios de hacerlo sin dejar de ser la misma, y si su accion puede ser útil efectivamente á la conservacion del orden social.

Todo acto produce diversos efectos, efectos eventuales, y efectos mas ó menos enlazados con la naturaleza misma de él.

Los efectos naturales de la justicia penal son la **instruccion, la intimidacion y la enmienda.**

La justicia penal debe ejercer su accion en **caso** de delito, cuando los efectos naturales de esta **justicia** pueden redundar en provecho del orden social.

No hiere con el objeto directo de producir á **toda** costa cualquiera de estos efectos.

Sino que hiere solo cuando y mientras que estos efectos, tales como y en la proporcion que los produce su accion legitima, pueden contribuir á la conservacion del orden social, injustamente alterado por el delito.

Asi la justicia penal no ejerce su accion sino cuando hay quebrantamiento de un deber;

No la ejerce sino en ventaja del orden social;

No la ejerce sino por sus naturales efectos y en la legitima proporcion de estos.

Quando la justicia penal se aplica bajo las condiciones que acabamos de indicar, se logra el fin que le hemos señalado. Porque el orden social se conserva; los crímenes le alteran parcial y momentáneamente, pero mantiénesse el mecanismo del sistema. En esto se diferencia la justicia social, tal como nosotros la pedimos, de esa justicia arbitraria á quien se señala un fin que no podria alcanzar nunca.

Hay mas: la justicia humana está encomendada á seres imperfectos; la justicia moral es un atributo del ser infinito.

De estas premisas se derivan los caracteres que distinguen la justicia penal que ejerce la sociedad, de la justicia moral.

De aqui los limites de la primera.

Estos limites los establece el fin reducido de la justicia social, y la imperfeccion de los medios que tiene para conocer y ejercer su accion.

Pero, lo repetimos, las diferencias que distin-

guen la justicia social de la justicia absoluta, no es-
torban que una y otra traigan el mismo origen, que
tengan un carácter esencial que les es comun.

Este carácter es la justa distribucion del bien y
del mal, una distribucion conforme á la ley moral,
una distribucion que en ningun caso remunerare bien
con mal, ni mal con bien.

En otros términos, este carácter consiste en la
verdad moral, ó intencional por lo menos de parte
de aquel que ejerce la justicia.

Verdad relativamente á la naturaleza del acto
que hay que castigar; verdad relativamente al autor
de él; verdad relativamente á la proporcion del cas-
tigo:

Lo que constituye tres esenciales condiciones de
la justicia penal, sea social, sea absoluta.

Omitase voluntariamente una de estas condicio-
nes, y no hay ya justicia, no hay ya derecho; solo
queda un hecho, un acto de violencia.

Pero, subsistiendo estas condiciones, la justicia
absoluta no tiene ya limites en todo el campo de la
moral. No sucede asi con la justicia penal, la cual
tiene los suyos aun en el orden moral. No solo no
puede traspasar el círculo de la justicia absoluta, si-
no que no tiene derecho de ejercer su accion en toda
la estension de él.

La justicia social se detiene en el punto que fal-
tan la necesidad y los medios.

Está pues encerrada, por decirlo asi, en tres
círculos concéntricos:

El de la justicia intrínseca del castigo: fórmanle
las tres condiciones, las tres verdades que hemos
enumerado;

El de la conservacion del orden social: este es el
fin esencial de la justicia humana;

El de los medios propios para alcanzar ventajo-
samente este fin por la accion penal.

Estos dos últimos círculos representan los lími-
tes particulares de la justicia social.

● Castigando el homicidio, ejerce su pleno de-
recho:

1.º Porque el homicidio es un delito moral;

2.º Porque la impunidad del homicidio renovaria
el imperio de la fuerza individual y trastornaria asi
el orden público;

3.º Porque siendo el homicidio un hecho ma-
terial y que deja huellas de su existencia, la socie-
dad tiene medios de reconocerle y de castigarle de
manera que satisfaga á la justicia y á la opinion pú-
blica.

Castigando la usura, traspasaria su derecho;

Porque no es verdad que lo que llamamos usura
sea un acto inmoral de suyo, aunque en ciertas cir-
cunstancias pueda el prestador cometer una injusti-
cia, como puede hacerlo el vendedor de cualquiera
otra mercadería que no sea el dinero.

Castigando el duelo, iria mas allá de su dere-
cho, por lo menos en ciertos países y en ciertas é-
pocas de civilizacion;

Porque estos castigos no son entonces útiles á la
conservacion del orden social.

Por último, queriendo castigar ciertas infraccio-
nes de las leyes de la castidad y del pudor, traspas-
saria su derecho;

Porque no tiene medios de justificar estos he-
chos, y causaria mas mal con el escándalo, al in-
dagar las pruebas, que ventajas tendria la amenaza
de la pena.

De aqui se deducen todas las reglas con que la
justicia penal está obligada á conformarse. El desar-

rollo de las consecuencias derivadas de estos principios constituye la ciencia del derecho penal.

Así pues, y es esencial esta observación, nada pueden tener de arbitrario la organización y el ejercicio de la justicia social.

El establecimiento, por la legislación, de sanas reglas relativas á la administración de justicia no es pues más que un acto de deber; el olvido de ellas es una falta, y aun un crimen.

Proceder en este momento á la exposición de estas reglas y á desenvolver todas las consecuencias de nuestros principios, sería querer encerrar en este capítulo todo nuestro trabajo.

Debemos reducirnos á manifestar las principales consecuencias de nuestras premisas, solo con el fin de dar con antelación una idea general de la latitud de estas consecuencias y de la generalidad de estos principios.

I. Condición de toda justicia, y por consiguiente de la justicia social: justicia intrínseca del castigo.

Resulta de tres datos: verdad relativa á la naturaleza del acto que hay que castigar; verdad relativa al autor de este acto; verdad relativa á la medida de la pena.

Las principales consecuencias de este principio, relativamente á cada uno de los cuatro elementos de la justicia, son: tocante al mandamiento,

1.^a Que la primera cuestión que hay que establecer es saber si es inmoral el acto que se ha de castigar.

2.^a Que el legislador no puede tener otro criterio que el moralista en este examen primero, en esta investigación elemental.

3.^a Que dado un acto inmoral en sí, el legislador no debe tratar de desnaturalizarlo, ora exa-

gerando, ora debilitando la idea de su moralidad. Solo es verdad que la inmoralidad del acto puede depender, en todo ó en parte, de sus relaciones con el orden social.

4.^a Que siendo distintas cosas la moralidad del acto y la del agente, hasta el punto que la una puede ser determinada por fórmulas generales al paso que la otra no puede serlo sino examinando cada hecho en particular, el legislador que aspira á decidir por reglas inflexibles los diversos casos de impunidad en la ley, falta á la ley moral.

5.^a Que cuando un hecho inmoral se revela por una manifestación exterior y sensible, siendo el resultado de muchos actos, el primero de los cuales es el pensamiento criminal y el último la realización del fin que se propone el delincuente; y no habiendo la misma inmoralidad en cada uno de los periodos del hecho principal, el legislador debe tratar de seguirle en todas sus fases, á fin de acomodar la acción penal á su importancia respectiva.

6.^a Que pudiendo concurrir muchos agentes al mismo acto sin que el hecho de cada cual sea en igual grado inmoral de suyo, el legislador debe procurar distinguir las diversas especies de participación del crimen.

Tocante á la sanción penal,

1.^a Que debiendo ser el castigo un hecho moral, un acto de justicia, la elección y particularmente la proporción de las penas no pueden ser una cosa caprichosa ni enteramente arbitraria.

2.^a Que debiendo la pena ser proporcionada á la moralidad del acto y á la del agente, y no pudiendo nadie más que el juez determinar la segunda, el legislador no debe fijar siempre una regla de castigo invariable.

Tocante al juicio,

1.^a Que no siendo siempre los hechos exteriores y materiales una evidente manifestacion de las intenciones criminales de su autor, no se puede siempre inducir de la categoría del hecho la inmoralidad del agente; que se deben por consiguiente tomar en consideracion todos los demas hechos personales que pueden disminuir ó hacer desaparecer la culpabilidad del autor del acto material.

2.^a Que no siendo el juicio mas que la aplicacion de la ley á un hecho particular, no puede tener otro fin que el complemento de ella, y que, considerado como hecho aislado é independiente, no tiene que ver nada ni aun con las consideraciones del orden publico. Nunca puede ser un medio.

Tocante á la ejecucion,

Que esta no puede traspasar por ningun pretexto la medida del mal señalada en el juicio.

II. La primer condicion que limita el ejercicio de la justicia humana, es la utilidad de su accion para la conservacion del orden social.

Las principales consecuencias de este segundo principio son:

Tocante al mandamiento,

1.^a Que el segundo punto que hay que examinar en el orden de la justicia social es saber si, reconocido un acto como inmoral, la sociedad necesita que sea motivo de un castigo humano é inmediato.

2.^a Que como para esto es menester estimar exactamente el mal político que el acto inmoral y su impunidad harian al orden social, el legislador debe investigar las causas productoras del desorden social y de su eficacia;

En una palabra, analizar el mal social y reconocer sus diversos elementos.

3.^a Que en esta esfera de ideas, en el orden de las ventajas y de los inconvenientes políticos, pudiendo tambien el hecho del castigo y los juicios humanos ser un mal y convertirse en foco de desorden, el legislador debe tener presente esta consideracion al estimar las ventajas de la accion penal.

4.^a Que siendo los resultados variables de suyo, segun los tiempos, los lugares y las circunstancias, en el orden de las utilidades y de los inconvenientes, el legislador tiene precision por esto solo de publicar sus intenciones acerca de la justicia social por medio de la promulgacion de la ley.

5.^a Que como cada una de las diversas especies de delitos no produce un mal de igual naturaleza é intensidad, el legislador no podrá proceder por generalidades que abracen todas las familias de delitos, sino que debe al contrario distinguirlos unos de otros segun sus cualidades intrínsecas y sus particulares efectos, evitando cuidadosamente comprender en una clase de delitos á aquellos que por su naturaleza pertenezcan á una clase distinta, y merezcan por consiguiente distinto castigo.

Tocante á la sancion penal,

1.^a Que componiéndose de tres efectos diversos el efecto complejo de la sancion penal, el legislador debe examinar su importancia relativa y dar el primer lugar, sin salirse de la latitud que á la política la ley moral deja, al efecto mas importante para el orden social; y eso por medio de la *eleccion* de las penas.

2.^a Que relativamente á la *proporcion* de la pena, despues de haber reconocido el legislador cuál es la pena merecida por el delito considerado en sí mismo, es libre de disminuirla á su arbitrio al estimarla políticamente.

Tocante al juicio,

Que pudiendo siempre esta estimacion, hecha de un modo general, ser reconocida como falsa en ciertos casos especiales en que la accion judicial seria por escepcion peligrosa ó perjudicial á la sociedad, el legislador debe dejar medios de rectificar en estos casos la decision general; en otros términos, dejar la facultad de no entablar dicha accion, para que la justicia, destinada á la conservacion del orden social, no llegue á ser por esto una causa de trastorno.

Tocante á la ejecucion,

En virtud del mismo principio, tiene el deber de reservarse el derecho de perdon.

III. Otro limite de la justicia humana en la imperfeccion de sus medios.

Es decir que, tanto en el orden moral como en el de las conveniencias, el legislador debe abstenerse de dar ningun fallo siempre que, por la débil y limitada naturaleza del hombre, no pueda tener la certidumbre moral de una estimacion convenientemente justa y conforme á los principios de justicia.

Es decir que tiene deber de dar á la justicia social todas las prendas convenientes, ora para prevenir los errores aun involuntarios, ora para reparar los errores ya cometidos.

De donde resulta:

Tocante al mandamiento,

Que, en la estimacion y eleccion de los delitos legales, no debe tampoco abrazar todo el campo de la utilidad social, abstractamente considerada; sino que debe considerarla en sus relaciones con la seguridad y la eficacia de los medios de saber otorgados al hombre.

Tocante á la sancion penal,

Que igual restriccion se aplique á las penas; porque las hay de tal naturaleza, que el hombre no podria estimarlas ni medirlas en su justo quilate.

Tocante al juicio,

1.º Que no estando todos los hombres dotados de igual grado de inteligencia, ni de iguales prendas morales; el legislador tiene precision de extraer, por decirlo así, del cuerpo social á cuantos en punto á inteligencia y á voluntad se encuentren mas á propósito para la recta administracion de justicia, á fin de tener en ellos de algun modo una inteligencia y una voluntad superiores á las del vulgo de los hombres.

2.º Que en esta eleccion debe guiarse por la consideracion de las prendas especiales requeridas para una sabia administracion de justicia.

3.º Que para ello debe examinar primeramente cuáles son en la administracion de justicia las especialidades á que deben aplicarse la inteligencia y voluntad de un hombre.

4.º Que siendo estas especialidades la justificacion de un hecho y la declaracion de un derecho, lo primero que hay que saber es si las inteligencias y voluntades propias para una de ellas lo son igualmente para otra.

5.º Que una vez encontradas estas capacidades morales é intelectuales, es tiempo de clasificarlas de modo que cada una pueda dar el resultado que está destinado á producir.

6.º Que siendo frecuentísimas veces los errores de la inteligencia humana efecto de un precipitado y superficial examen, la justicia tiene precision de no pronunciar sus fallos hasta despues de una plena, libre y completa discusion.

7.º Que estando sujeta á estraviarse la volun-

tad del hombre, siempre que no está rodeada de todas las fuerzas morales que la mantienen en el camino recto, el legislador tiene precision de darle el apoyo de todas sus fuerzas, entre las cuales la opinion pública, alumbrada por la publicidad, es seguramente una de las principales.

Tocante á la ejecucion,

1.º Que siendo siempre posible el error, ya voluntario, ya involuntario, á pesar de estas precauciones, el legislador tiene el deber de no desdeñar los medios de repararle.

2.º Que de aqui resulta nuevamente la obligacion de abrir vias de apelacion y de indulto, á causa de servir estos dos medios de complemento á la organizacion de la justicia humana.

Tales son las principales condiciones de la justicia penal. No son condiciones gratuitas, ni puntos de pura conveniencia, sino deberes. El legislador que se desdeña de observarlas es infiel á las condiciones de la justicia social.

FIN DEL LIBRO PRIMERO.

LIBRO SEGUNDO.

DEL DELITO.

CAPÍTULO PRIMERO.

Del delito en general.

La palabra *delito*, asi como otras muchisimas usadas en la ciencia del derecho, ha sido tomada en diversos sentidos.

En el lenguaje técnico mas generalmente recibido se entiende por delito todo acto señalado con una sancion penal.

El legislador francés sin embargo ha limitado su significacion á los actos criminales, cuya pena no traspasa cierta medida, reservando para los mas graves la palabra *crimen*.

La escuela de Bentham llama delito á todo acto prohibido por la ley; una muger que contrae un empeno sin autorizacion de su marido, comete un delito.

Otros que van aun mas lejos, pero sin hacer las necesarias distinciones, han tomado por base del sistema criminal una definicion que en la esencia no era otra que la del *pecado*.

Encuéntranse tambien definiciones cuyos carac-

téres distintivos estan solo deducidos de las formas del procedimiento.

Es cierto que, si quiere uno reducirse al sentido práctico, el delito no es mas que la infraccion de la ley penal. Esta definicion es clara, si se sabe lo que es una *ley* y una *pena* propiamente dichas; tambien es suficiente, como guia, para los jurisprudenciosos prácticos, y para todo hombre, como regla ordinaria de conducta legal, pero es insuficiente para la teoria.

La teoria exige una definicion derivada de la naturaleza de las cosas, una definicion verdadera en todos tiempos y lugares. Parécenos que se deduce naturalmente de los principios del derecho de castigar y del conjunto de doctrinas que hemos espuesto en el primer libro. Acaso será útil recordarlas en pocas palabras.

La primera condicion del derecho de castigar es la realidad moral del acto punible, del delito considerado en sí mismo.

Pero ¿cuáles son los caractéres en que puede reconocerse el delito?

Aquí se vuelve á presentar con nuevo empeño, y bajo un punto de vista todavia mas importante, la lucha de los intereses materiales y de los principios morales, de la utilidad y del deber, del materialismo y del espiritualismo.

¿Qué cosa es el delito? El campeon mas formidable, con mucho, del sistema del interés no ha vacilado en responder de este modo: "La virtud solo es un bien á causa de los placeres que de ella nacen; el vicio no es un mal sino á causa de las penas que son su consecuencia. El bien moral no es *bien* mas que por su propension á producir bienes físicos, el mal moral no es *mal* sino por su propension á pro-

ducir males físicos tambien; pero cuando digo físicos entiendo las penas y placeres del alma, lo mismo que los placeres y penas de los sentidos... hay pues que observar dos cosas: el mal del delito y el mal de la ley; porque toda ley es un mal... Supóngome extraño á todos nuestros nombres de vicio ó de virtud... Voy á abrir dos cuentas: refiero todos los placeres á las ganancias, y todas las penas á las pérdidas. Pensaré fielmente los intereses de todas las partidas... ¿Tengo que examinar un acto atentatorio á la seguridad de un individuo? Comparo todo el placer, ó en otros términos, todo el provecho que de él resulta á su autor, con todo el mal ó toda la pérdida que acarrea á la parte agraviada..." Así el delito no es para él mas que un acto vedado, por la sola razon de que causa mas pena al delincuente que placer á su autor. Afortunadamente el acto atentatorio á la seguridad de un individuo presenta estos caractéres, y figura como pasivo en el libro; en otro caso sería un acto indiferente, y aun virtuoso.

Por nuestra parte, establecemos las cuentas sobre otros principios.

Primeramente el placer del delincuente no entra mas que como medida de la tentacion al delito; en su consecuencia solo debe ser tomado en consideracion para determinar, en los límites de la justicia moral, el grado á que conviene elevar la sancion penal para reprimir esa tentacion y satisfacer así á las necesidades del orden social. Chistoso ó desvergonzado sobremanera sería aquel que, despues de haber atentado á la vida ó al honor de un individuo, quisiera probarnos que eso le habia hecho tanto bien y causándole tal placer, que no podia en verdad ser comparado con lo que otros habian sufrido, y que el hecho cometido por él no era de consiguiente criminal.

Verdad es que sería difícil probarlo ; pero basta, para juzgar el sistema en cuestion , que tenga el derecho de proponer tal prueba.

Tambien nosotros tenemos en cuenta las penas y la inquietud ocasionadas por el hecho imputado , ya á causa del influjo que pueden tener sobre la estimacion de la moralidad del acto , ya para medir la gravedad política del delito. El poder civil puede no imponer sancion penal á un acto inmoral , si está probado por otra parte que el orden publico está muy poco interesado en reprimirle por la ley positiva , si está probado que es un delito rarísimo y que no causa inquietud alguna.

Para nosotros el elemento esencial del delito es el quebrantamiento de un deber. Cualesquiera que sean las penas que origine, no hay delito cuando no se ha infringido ningun deber ; pero si ha habido tal infraccion , cualquiera que sea el placer que resulte , hay necesariamente delito , tomando aqui esta palabra en el sentido general de acto tachable , de delito moral. Este es el carácter fundamental, el *genus*, como dicen los lógicos , de la cosa que hay que definir ; falta que hallar la especie para completar de este modo la definicion del delito social.

El orden moral comprende la totalidad de nuestros deberes : nuestros deberes con Dios , con nosotros mismos y con nuestros semejantes.

¿Debe depender de la jurisdiccion de la justicia humana todo acto reprobable , toda infraccion de un deber ?

La justicia humana es legítima , mirada como un deber impuesto para la conservacion del orden social. Ahora bien , las infracciones de nuestros deberes con nuestros semejantes son las únicas que pueden atacar de un modo sensible el orden social en

alguno de sus elementos. Estos elementos son la proteccion de los derechos de la sociedad , que es un cuerpo moral , y de los derechos individuales. El delito es pues el quebrantamiento de un deber en daño de la sociedad y aun de los individuos.

Sin embargo , esta definicion es todavía demasiado lata. Protector del libre desarrollo de la humanidad , el orden social solo reclama positivamente el cumplimiento de deberes correlativos á derechos cuya proteccion justifique el uso de la violencia y de la fuerza , de los deberes requeribles.

El delito es pues la infraccion de un deber requerible en daño de la sociedad ó de los individuos.

Hay mas : no siendo siempre las mismas las necesidades del orden social , y no produciendo siempre iguales efectos la accion de la justicia humana , no tiene útil aplicacion , en todos tiempos y en todos lugares , á cualquiera violacion intencional de un deber exigible.

Tendría una aplicacion inútil , y de consiguiente injusta , á las infracciones de los deberes requeribles cuyo cumplimiento puede afianzarse convenientemente por otros medios que la sancion penal.

Por la misma razon , la utilidad abstracta del orden social no es el solo límite de la justicia humana. Tambien háy el que le imponen las imperfecciones de nuestra naturaleza , que en muchos casos envolverian á la justicia penal en peligros harto graves y en inconvenientes harto temibles.

El poder social no puede considerar pues como delito mas que el quebrantamiento de un deber con la sociedad ó los individuos , requerible de suyo y útil á la conservacion del orden político , de un deber cuyo cumplimiento no puede afianzarse sino

por la sancion penal, y cuya infraccion puede ser estimada por la justicia humana.

Tal es la definicion del delito legal, la cual resulta de la teoria del derecho de castigar, y es un resumen de ella.

Añadamos sin embargo algunas observaciones propias, á nuestro parecer, para explicar mas claramente todavia la naturaleza del delito legal, y servir de introduccion á dos importantes teorías, la teoria de la moralidad del acto y la de la moralidad del agente.

Hemos llamado delito á la *violacion de un deber requerible*.

Se ha discutido largamente sobre saber si el delito no debería ser definido *lesion de un derecho*. La cuestion, en la apariencia por lo menos, es una cuestion de palabras. Si hay un deber requerible en el ofensor, este deber debe corresponder á un derecho positivo que tenga su asiento en alguna parte acá abajo. Los deberes con Dios y con uno mismo no son de la jurisdiccion de la justicia humana. Ambas definiciones pueden pues tomarse una por otra.

Pero no es esta la idea de todos cuantos defienden la segunda definicion. Para ellos matar á un hombre con su consentimiento no es un homicidio, como no es robo tomar una cosa con permiso del propietario; ultrajar á un hombre sobre quien pesa una sentencia infamatoria no es un delito; un particular que mate á un hombre sentenciado á muerte puede ser refrenado por medida de policia, pero no comete un homicidio. ¿Y por qué? Porque quien consiente que le maten ha renunciado á su derecho de vivir; porque el hombre sentenciado á muerte no posee ya tal derecho; porque un infame no merece ser respetado.

Tal es su principio; tales son las consecuencias que de él deducen. Inútil es hacer resaltar su extravagancia; inútil notar hasta qué punto pudieramos estenderlas; por último, no concebimos con qué fundamento se puede, segun su sistema, castigar por medida de policia al hombre que por su particular autoridad mate á un reo de muerte.

Solo haremos notar que los autores de esta doctrina abusan evidentemente de la palabra derecho. El hombre sentenciado á muerte no le ha perdido todavia á la vida, de un modo absoluto, respecto de nadie; la justicia humana ha declarado solo que en castigo del crimen cometido por él el poder social puede quitarle la vida, si la necesidad lo exige, y segun la forma determinada por la ley.

Analizando la nocion compleja de orden social, es solo como puede desaparecer toda ambigüedad. Entonces se reconocen dos especies muy distintas de deberes requeribles y de derechos positivos: los derechos de los individuos y los de la sociedad considerada como ser moral, y cuyo poder político debe representar la razon, proteger los intereses y realizar los deberes.

Un hombre insulta públicamente de una manera grave á las leyes de la castidad y del pudor, sin ejercer empero violencia ni seducción con nadie. ¿Quiere esto decir que la ley no podrá mirar con justicia aquel acto como un delito? Llevemos mas lejos la hipótesis: no han quedado ofendidos los sentimientos morales de ninguno de los espectadores del hecho ilícito; una gran parte de la nacion aprueba estos excesos, y la otra permanece en absoluta indiferencia. ¿No tiene entonces absolutamente derecho la justicia social? El acto es inmoral de suyo; es de tal naturaleza, que la justicia humana puede pesarle y casti-

garle con equidad, y solo falta que llenar una condicion: ¿es útil la accion penal? Supongamos que lo sea. Una nacion sin costumbres publicas no tiene vida moral ni politica, y el orden se encuentra profundamente alterado en ella. Verdad es que la accion de la justicia no bastará para restablecer la moralidad pública; pero al menos hará respetar las leyes de la decencia, y probará que el poder social no es cómplice de la general depravacion.

Pero supongamos ademas que gobiernos y jueces estan tan depravados como el público, y que sin embargo, por politica y un resto de pudor nacional, los unos hacen la ley y los otros la aplican. ¿Qué puede alegarse en contra?

¿Que el delincuente no ha agraviado los derechos de nadie, ni los de un individuo determinado, ni los de otro individuo cualquiera?

Ha cometido un acto que propende á viciar mas profundamente el orden social que él tenia deber de respetar, y á quien el poder tiene derecho de proteger.

Si se buscá un derecho agraviado, encuéntrasele entre los del cuerpo político.

“Pero, en virtud del supuesto, ningun individuo de la sociedad da valor á este derecho, nadie considera obligatorio el deber de respetar la moral pública, y nosotros mismos hemos advertido que el orden social no es una cosa tan abstracta que se pueda ejercer accion en su nombre sin hacer mérito de las personas.”

Seguramente, molestar á los individuos de la sociedad, perseguirlos, abrumarlos á vejaciones, socolor de proteger el orden social, no es mas que tiranía.

Pero castigando al autor de un ultraje hecho pú-

blicamente al pudor, de un acto perjudicial al desarrollo social del hombre, ¿qué injusticia se comete? ¿qué mal resulta de ello? No se castiga por una abstraccion, ni por un vano pretexto, sino por utilidad verdadera de todos los individuos de la sociedad, conózcanlo ó no; y es un acto inmoral, un delito real lo que se castiga.

En la sociedad, en el cuerpo político existe el derecho de hacer respetar la moral pública, aun cuando cada individuo, aisladamente considerado, no penetre su importancia. Los niños mal criados, los dementes, los enfermos alentados, ¿han perdido todo derecho á ser respetados, porque le desconozcan, ó se alegren quizás de las injurias que reciban? ¿Cometen una injusticia sus custodios, tutores y representantes, si, sin su conocimiento y á pesar de ellos, ejercen el derecho que tienen de protegerlos? (1).

Encuéntrase pues lisiado el derecho por el delito mismo, admitiendo la mas estraña hipótesis que darse puede.

Empero la expresion de *violacion de un deber* es á nuestro entender mas rigurosamente verdadera, mas propia para dar una idea exacta del delito y prevenir los errores.

El resultado del delito, la accion *objectiva* es la lesion de un derecho; pero el acto considerado en sí

(1) ¿Será menester pues hacer leyes penales á que no presten ningun apoyo ni las costumbres ni la opinion pública? Esta es una cuestion distinta; ya no se trata entonces del derecho, sino de la conveniencia política. ¿Hasta qué punto debe ceder el legislador á las preocupaciones comunes, ó cerrar los ojos sobre los errores de la opinion? No es este el lugar de examinarlo.

mismo y en la persona del delincuente, el acto concebido en su origen, aun antes de que salga del pensamiento de su perpetrador, el elemento *subjectivo* del delito es la *violacion de un deber*. Esto es lo que constituye la moralidad del acto, que no debe ser confundida con la del agente.

La palabra *deber* tiene mas relacion con la primera; la de *violacion* con la segunda.

Con la sociedad ó los individuos.

La division de los delitos, en públicos y privados, se deriva de la misma naturaleza de las cosas, y no es mas que un simple método, como otras tantas divisiones. Puede dar lugar á consecuencias importantes acerca de la organizacion judicial y de las formas de los procedimientos. Ya hemos notado que la noción de delito público se desenvuelve espontáneamente en todos los pueblos con las de cuerpo social y de orden político.

Util á la conservacion del orden político.

Es decir que el legislador no debe calificar de delitos mas que los actos que ataquen igualmente el orden moral y el orden material; los actos que produzcan á la vez un mal absoluto y otro relativo.

Llamamos mal absoluto aquel que procede de toda infraccion de un deber, considerado en sí mismo y haciendo abstraccion de toda sociedad civil, particular, determinada; mal relativo á toda lesion de cierta gravedad hecha al orden material, no de una sociedad en general, sino de esta ó aquella sociedad civil. El mal absoluto es el originado por el acto donde quiera que se verifique; el mal relativo es el resultado de las relaciones del acto con las circunstancias de una sociedad dada. Si no hubiera mas que dos hombres en el mundo y no tuviesen mas relacion entre sí que el vínculo general de la humani-

dad, el homicidio no dejaria de ser por eso un mal absoluto. En el estado social, el crimen de homicidio puede producir ademas un mal relativo y variable segun las circunstancias.

Rigorosamente hablando, no hay mal absoluto que no sea perjudicial en cierto grado al orden político de toda sociedad civil. Por igual razon, hay tambien mal absoluto en todo ataque intencional contra el orden social de un estado: porque es un deber su conservacion.

Empero la distincion que acabamos de establecer es en nuestro sentir útil y fundada. Aunque todo acto ilícito de suyo, cuando es cometido en el seno de una sociedad civil, produzca á la par cierta cantidad de mal absoluto y de mal relativo, aunque todo acto nocivo al orden material de un estado sea un mal moral cuando está caracterizado por la intencion del agente, siempre es cierto que el poder no debe castigar el mal absoluto sino cuando es seguido de un mal relativo, sensible, y cuya represion sea ventajosa al fin de la sociedad.

Y examinar estas condiciones es determinar el mal relativo ocasionado independientemente del mal absoluto.

La distincion pone á la vista los dos esenciales elementos del delito legal.

El mal absoluto y el mal relativo pueden combinarse de diversos modos: el uno puede ser grave y el otro infimo. Entre estos dos términos hay un gran número de combinaciones distintas.

De estas diversas combinaciones nacen los problemas mas difíciles de resolver por la ley penal.

Decimos que *es un deber cuyo cumplimiento solo puede ser afianzado por la sancion penal*.

Esta restriccion coloca fuera del círculo de la ley

gislación penal á tres órdenes de hechos reñensibles:

Á aquellos que estan suficientemente prevenidos por la sancion natural y la sancion religiosa;

Á aquellos que el poder social puede prevenir por medio de medidas gubernativas menos severas y peligrosas que la sancion penal;

Á aquellos para quienes la justicia civil presenta una reparacion competente.

Decimos por último que es *un deber cuya infraccion puede ser estimada por la justicia humana.*

Nuestros medios de conocer son siempre imperfectos, y muchas veces engañosos.

Nuestros medios de accion, siempre limitados, producen muchas veces un efecto contrario al término propuesto.

Estas imperfecciones pueden influir sobre la ley y los juicios, y aun sobre la ejecucion de ellos. El poder social puede engañarse con detrimento de la justicia, puede engañarse acerca de los efectos políticos que espera de la sancion penal. Asi, cuando no puede hacerse cumplido cargo de la naturaleza moral de una accion humana y de sus efectos sobre el orden social, el deber le ordena que suspenda su parecer y multiplique sus pesquisas y observaciones antes de comprenderla en el catálogo de los delitos. El hombre no debe ser instrumento de esperiencia; ni es en punto á justicia penal donde puede procederse por tanteos. Si los legisladores hubiesen tenido siempre presente esta última condicion del delito social, buen número de leyes no existirian en los anales del derecho criminal; entre otras, no se encontrarian ciertas leyes relativas al desafío.

Distínguese pues el delito legal del delito moral, en que la cuestion de saber si un acto inmoral debe

ser ó no comprendido en el catálogo de los delitos previstos por la ley positiva, depende de las necesidades de la sociedad, de las ventajas que puede prometerse y de los inconvenientes que puede temer de la aplicacion de la justicia penal al acto de que se trata.

Tambien nosotros volvemos pues al sistema de la necesidad y de la conveniencia. Consideramos á la conveniencia como *motivo* y como *medida restrictiva*, y por ella entendemos los menesteres del orden social, considerado como un medio, primeramente de alcanzar el *bien*, y en segundo lugar, el bienestar.

Pero solo los talentos superficiales pudieran no encontrar, entre el sistema que desarrollamos y aquel que hemos refutado, mas diferencia que en los términos.

Nosotros no decimos: El derecho de castigar no es mas que el interés, y puede ir tan lejos como este lo exija; sino que decimos: El derecho de castigar nace del orden moral; no puede traspasar nunca la ley moral ni seguirla tampoco siempre en todo rigor; debe detenerse en el punto en que no reclame ya nada el interés general. Asi pues, la conveniencia no es para nosotros ni el origen del derecho, ni una medida absoluta, sino una medida restrictiva. Puede hacernos quedar atrás de la ley moral, nunca pasar de ella. Puede hacernos fijar reglas subsidiarias y mas reducidas que las de la ley moral, pero no puede jamas hacérselas establecer contrarias á la naturaleza de la justicia absoluta, de quien solo es una derivacion la justicia humana.

Si nos presentan un decreto estableciendo cárceles de Estado y fundado en motivos de interés general, nótese que ni nos tomamos el trabajo de examinar sus motivos; porque sabemos que es contra la esen-

cia de la justicia, que haya una pena donde no hay un crimen justificado. En vano tratarian de probarnos los magistrados de Zurich que sus castigos, impuestos sin leyes penales, son no obstante conformes al interés general; convencidos mas que nadie de la integridad y buena fé de estos magistrados, no podemos empero hacer mas que compadecernos, porque sabemos que obran sin derecho, contra la naturaleza de la justicia humana.

Por el principio de la conveniencia, se dirá, se alcanzan exactamente los mismos resultados; luego esa no es mas que una cuestion de palabras. Importa entrar en esplicaciones. Cuando le presentan á uno el decreto sobre las cárceles de Estado; se imagina que puedan darse motivos capaces de justificar una mérida en cuya virtud se imponen padecimientos á hombres cuya culpabilidad no ha sido reconocida segun las formas de la justicia, á hombres que, á los ojos de la ley por lo menos, son inocentes? ¿O se considerará tal vez el decreto como un acto inicuo de suyo, que ninguna cosa puede sancionar? En este caso es posible que la cuestion verse únicamente sobre palabras. Pero si se cree que el decreto puede encontrar justificacion en circunstancias extraordinarias, que puede ser digno de censura ó aprobacion, segun la fuerza de las circunstancias que han dado lugar á su promulgacion: si se pesan, si se examinan estas circunstancias, no es ya de palabras la cuestion entonces. Desde luego no se admite ya una justicia absoluta, un deber inmutable; poco importa que se admita de hecho la imposibilidad de justificar tal decreto con causas plausibles; no partimos menos por eso de principios opuestos é inconciliables.

La utilidad general, reducida al influjo que le

señalamos, guía al legislador en la aplicacion del derecho penal. Asi es como debe establecer la balanza de las ventajas y de los inconvenientes: no para decidir si un acto es inmoral, no para establecer si se tiene, *in abstracto*, el derecho de castigar; sino para reconocer si ejerciéndole se turbaria, en vez de mantener el orden social, si se haria mayor mal que bien.

El hombre está en la imposibilidad de alterar las leyes del orden moral. Puede disponer de los hechos materiales, no de la naturaleza de las cosas; puede decir: Si cometes tal acto, sufrirás tal pena; esta prohibicion, aun injusta, puede imponer en ciertos limites una obligacion especial de respeto y de sumision; pero lo que es inocente y moral no puede convertirse de repente en criminal por la magia de la palabra del hombre.

El sentimiento íntimo es aqui mas poderoso que todos los razonamientos. Prohiban las leyes españolas que los hombres adoren á su modo á Dios; castíguese al padre que no tiene valor para cerrar su puerta á su hijo, recluta prófugo, que pide pan é implora un asiento en el lugar doméstico; suban al cadalso el amigo, el pariente que no ha faltado á la confianza ni al honor haciendo mortíferas revelaciones; el sentimiento íntimo de los hombres honrados y ajenos de interés no se cuida de sutiles sofismas, y rechaza por igual las frases pomposas de los apóstoles del despotismo y los razonamientos ingeniosos de los defensores de los intereses materiales; se indigna y se indignará siempre, donde quiera que los hombres no vivan cegados por el fanatismo ó sea presa de la mas abyecta corrupcion.

Volviendo á la definicion del delito, se ve que se trata primeramente de un hecho criminal.

Bajo este nombre deben comprenderse tanto las omisiones como los hechos positivos. Aquel que en un momento dado hace otra cosa que la que el deber le ordena, se conduce contra tal deber.

Solo es punible el autor de un hecho mientras pueda *imputársele* con justicia. En esto consiste la moralidad del agente.

Un hecho puede ser *preparado*, estar mas ó menos adelantado en su *ejecucion*, y acabar por último de *consumarse*.

El mismo hecho, el mismo acto puede ser obra de un individuo *solo*, ó de *muchos*. Los unos pueden haber contribuido mas ó menos directamente, con mayor ó menor eficacia que los demas.

No puede conocerse á fondo la teoría del delito sino desenvolviendo estos diferentes puntos de doctrina. Debemos tratar circunstanciadamente:

Del delito,

De la imputabilidad,

De los actos preparatorios,

De los actos de ejecución,

• De la participacion de muchas personas en el delito.

CAPÍTULO II.

Del mal causado por el delito.

La palabra *mal*, tomada en su sentido mas general, significa perturbacion, una suspension ó paralización cualquiera del orden, ora moral, ora físico. El placer opuesto al deber es un mal; las heridas causadas por el homicida lo son tambien; pero la pérdida, aunque sea accidental, de la salud recibe tambien el nombre de mal, lo mismo que los

arrebatos de un maniático, los estragos de un *pedrisco* y la inundacion de un rio.

¿De dónde procede el mal? ¿Cuál es su origen? ¿Cuál su primera causa? Cuestion profunda y misteriosa en que podemos dejar de entrar.

La existencia del mal es un hecho. Este hecho, sus diversas condiciones y consecuencias relativas al derecho penal, es lo que debemos establecer y analizar ahora.

Asi como reconocemos un orden moral y un orden material, reconocemos tambien un mal moral y otro físico. El vicio y el hambre son ejemplos de ello.

El asesinato, la traicion y una guerra injusta son un mal moral y material á la par. Si fuera posible comparar exactamente lo que es material con lo que no lo es, pudiera casi afirmarse que el mal moral y el mal físico son de igual peso en los hechos precedentes.

La fiebre amarilla, que asuela á un reino porque el director de un lazareto ha dejado de tomar las precauciones propias de su destino por mera negligencia ó impericia, ocasiona un mal material grandísimo, al paso que no es grave la ofensa hecha al orden social.

Por el contrario, el hombre que rehusa hacer un leve servicio al bienhechor que con riesgo de su vida le ha salvado la suya ó el honor, el hijo que da un bofetón á su padre, ocasionan poco mal físico, pero no por eso dejarán de cometer una atrocidad moral.

Hay pues un mal moral, un mal físico y un mal misto, en que uno y otro entran en diversas proporciones. Debe hacer mérito de cada especie de mal el legislador llamado á señalar los caracteres del delito legal?

Resulta de las teorías que hemos espuesto que no debe atenerse al mal puramente físico; en otros términos, que no puede haber delito, por grande que sea por otra parte el mal físico, cuando este mal no es una infracción de la ley moral.

La muerte del gefe del estado puede tener seguramente desastrosas consecuencias. Empero, si el hecho es solo un efecto de pura casualidad, originado por una desgracia, aun cuando el autor de él sea un hombre, no puede haber entonces delito, porque no ha habido mal moral. *Walter-Tirrel* mató casualmente á *Guillermo el Rojo*, y no fue acusado de traicion.

Quedan el mal moral y el mal misto.

Cuando hay mal moral ó misto, hay delito.

Pero para que el castigo sea legitimo, como impuesto por la justicia humana, es necesario: 1.º que el poder social tenga efectivamente medios de aplicar justamente la pena: 2.º que pueda sacar de ella las ventajas que espera para la conservacion del orden público. Teniendo siempre presentes estas dos indispensables condiciones, examinemos la estimacion que el legislador tiene derecho á hacer, ora del mal moral, ora del mal físico, con la idea de la penalidad.

CAPÍTULO III.

Del mal puramente moral.

El mal puramente moral es el quebrantamiento de un deber, mientras no altera de un modo sensible el orden material, con detrimento, ora del mismo infractor de la ley moral, ora de otro individuo, ora de un cuerpo colectivo, como por ejemplo, la sociedad civil.

Regla general: la justicia humana no tiene derecho de castigar el mal puramente moral.

Primeramente no tiene mision para castigar en el hombre las infracciones de sus deberes *con Dios y consigo mismo*: la fuerza social no es legitima sino como protectora de la igualdad de derecho entre hombre y hombre, y como protectora del orden político en que se mueve y desenvuelve la humanidad. Hemos demostrado esta proposicion en el capítulo XII, libro 1.º

Tocante á los deberes *con otro* no debe, en virtud del mismo principio, exigir imperiosamente sino el cumplimiento de aquellos que son correlativos á derechos cuya proteccion pueda justificar el uso de la fuerza.

Falta pues que considerar si la violacion de un deber *requerible* está sometida al imperio de esta ley, cuando no traspasa los límites del mal puramente moral.

Esto es, en otros términos, preguntar si el pensamiento, si la resolucion criminal puede ser objeto de la justicia humana; porque la infraccion de un deber requerible no está encerrada en los límites del mal puramente moral, sino mientras no habiendo seguido al proyecto criminal ningun acto material, no ha causado todavia ni padecimiento directo, ni zozobra, ni peligro alguno.

Pero es evidente que en principio general no puede nada justificar todavia el uso de la fuerza contra un mal que no se ha manifestado por un ataque ó alteracion cualquiera del orden material. Los individuos y la sociedad no han sido embarazados aun en el ejercicio de sus derechos, en la libre manifestacion de su actividad legitima. La defensa no tendria fundamento para ejercer reaccion contra el mal

puramente moral: la justicia moral no puede tampoco imponerle un castigo.

La solucion de la cuestion de derecho no podria pues ser dudosa; pero confesamos que puede promoverse una cuestion de hecho.

Puede preguntarse si los actos, considerados generalmente como contaminados solo de mal moral no ocasionan un mal verdaderamente material al mismo tiempo. Puede hacerse la siguiente hipótesis: un soldado que está de centinela en una avanzada ha recibido de un oficial un castigo que le parece injusto, y hace resolucion de matarle cuando vaya á hacer la ronda por la noche. Su resolucion es firme é inalterable, y aguarda con impaciencia la llegada de su víctima. Todavía no se ha cometido ningun acto exterior con el fin de preparar ó consumir la ejecucion del proyecto criminal. Si el soldado se encuentra en su puesto, es porque le han colocado allí. Si tiene un arma, es porque tal es su deber. El oficial se dirige efectivamente hácia el soldado, de quien está á cien pasos de distancia. Segun el supuesto, á cada paso que anda se adelanta hácia la muerte. No hay peligro mas grave ni inminente: no está en mas peligro aquel á que ya le han presentado una bebida emponzoñada. Por último, el oficial llega á treinta pasos del soldado, y la resolucion de este no alloja nada absolutamente. Supongamos á la justicia humana interponiéndose repentinamente entre ambos, supongámosla plenamente enterada de la criminal resolucion del soldado; supongamos que tuviese medios de dar á conocer y graduar al público las pruebas de esta resolucion, de este acto interno; ¿diráse que no tiene derecho de castigar? En tal caso se dirá igualmente que no le tiene tampoco para castigar á aquel que ha presen-

tado ya la copa envenenada á su enemigo.

Es evidente que esta no es mas que una cuestion de hecho. Además del mal moral del pensamiento criminal hay en él tambien, en ciertos casos, un mal material sensible, un ataque positivo á la seguridad individual, un peligro bastante para justificar la accion de la justicia humana?

Examinaremos esta cuestion al tratar de los *actos internos*, y de los *actos preparatorios*.

Entre tanto, contentémonos con inferir que el mal puramente moral no entra en el círculo de la justicia humana.

CAPÍTULO IV.

Del mal misto.

Quando el mal se manifiesta con hechos *esteriores*, puede causar un daño material, ora á su propio autor, ora á otro individuo.

Redunda en daño de su propio autor por la disolucion, el suicidio, el mutilamiento &c.

¿Debe la justicia humana tratar de castigar tales desórdenes?

No lo pensamos.

No ha habido infraccion de un deber requerible. Solo puede señalarse una causa legitima para el castigo, la incapacidad voluntaria en que se pusiese el autor del hecho inmoral de hacer á la sociedad ó á los individuos los servicios á que tienen derecho.

Pero no podrá intentarse ninguna accion contra esta infraccion de deber como repulsa de un servicio debido á la sociedad, cuando no ha habido intencion directa de sustraerse de esta obligacion. En el caso contrario, cuando la mutilacion, por ejemplo, tiene

por objeto sustraerse del servicio público, se castiga directamente tal intencion. Al recluta que se corta los dedos se le castiga, no porque se los ha cortado, sino porque ha querido sustraerse maliciosamente del servicio militar.

El orden social tiene muy poco interés en reprimir desórdenes que estan ya poderosamente reprimidos por el interés personal. La pena no tendria efecto demasiadas veces, ya por la imposibilidad de castigar al culpable, ya por la facilidad de encubrir el delito.

La accion de la justicia sería por igual razon vejatoria; en breve se apropiaria el derecho de ejercerla contra actos que no tienen cómplices ni testigos.

Queda pues el mal misto hecho con detrimento de otro.

CAPÍTULO V.

Del mal misto hecho con detrimento de la sociedad ó de los individuos.

El mal misto, hecho con detrimento del cuerpo social ó de los individuos, es el verdadero objeto de la justicia humana.

Existe un hecho que ataca los derechos de otro, que atestigua un peligro, que promueve la alarma. ¿Será necesario probar que su impunidad alteraria profundamente el orden social que hay deber de conservar? Empero la conservacion de un deber requerible, hecha con perjuicio de otro, no produce en ciertos casos mas que un levisimo mal material. En otros casos el mal del delito, aunque bastante grave de suyo, no sobrepuja á los inconvenientes de la accion judicial. No basta pues, para ejercer legitimamente el derecho de castigar, reconocer de un modo

general la existencia del mal misto; no basta saber que el acto reprehensible produce un mal cualquiera, ora absoluto, ora relativo; es menester estimar el justo quilate del mal del delito. Debe hacerse esta estimacion para reconocer el último límite de la justicia moral, los límites que no puede traspasar nunca la justicia humana; debe hacerse para reconocer si el orden social exige efectivamente la aplicacion de la sancion penal, y hasta qué grado es necesario acrecentar la pena en los límites de la justicia.

CAPÍTULO VI.

De la valuacion legislativa del mal del delito.

Sometamos al analisis un hecho particular, el homicidio.

¿Hay mal moral en el homicidio? Solo la conciencia tiene derecho de responder á esta pregunta.

En caso de homicidio, la respuesta no es dudosa: el mal moral existe.

¿Hay en el mal sensible, material, hecho con daño de otro? La respuesta es igualmente afirmativa y cierta.

Hay pues mal absoluto en el homicidio: Donde quiera que suceda, en todos tiempos y lugares, hay en el mal moral y material. Si fuera posible señalar por números los quilates de los delitos, pudiera representarse al homicidio, abstractamente considerado, por una cantidad indeterminada.

Esta cantidad numérica puede ser modificada por un estado social dado. Figurémonos una sociedad en que apenas acaban de afianzarse el orden y la paz pública, y otra sociedad establecida desde mucho tiempo atrás sobre bases inmutables, un país civili-

zado en que reine el trabajo y sea general la instruccion: en el primer pais el homicidio es indudablemente un crimen menos grave que en el segundo.

Pongamos otro caso: un hombre se provee de un puñal; si este hecho no va acompañado de ninguna mala intencion, si no es un acto preparatorio de homicidio, no hay en él mal absoluto, ni moral ni material. Pero se van á dar festejos públicos y habrá mucha reunion de gente; la esperiencia ha probado que el tropel, la algazara, el baile y la embriaguez son en tal pueblo motivo de disputas, provocaciones y desórdenes que tomarian un carácter de gravedad si los individuos tuviesen armas mortíferas á mano. Está prohibido, legítimamente prohibido, que se lleven armas, como un acto que amenaza la pública seguridad. Hay pues mal moral en el acto del hombre que se ha armado con un puñal, porque el deber manda que no se comprometa el orden social. Hay mal material, porque efectivamente el porte del arma prohibida ha sido, en circunstancias dadas, un peligro mas ó menos inminente para el orden público, un ataque al derecho de seguridad. Pero si el homicidio es un acto criminal en todos tiempos y lugares, el porte del arma no reviste el carácter de criminalidad mas que en ciertas circunstancias particulares. Si el mal social del homicidio puede variar en ciertos límites, el mal social del porte de armas puede variar en límites mucho mas latos, y aun dejar enteramente de existir.

Mas difícil es encontrar ejemplo de un acto que ocasione un mal absoluto, moral y material á la vez, y que no sea al mismo tiempo causa de un mal relativo y determinable.

No obstante, figurémonos una nacion de costumbres arregladas en que los delitos procedentes del

ilícito comercio de ambos sexos sean muy raros y reprobados altamente por la opinion pública. Una muger comete sobre sí misma el acto de aborto ocasionado: hay en él mal absoluto, moral y material con detrimento del infante. El mal relativo y social es mínimo, insensible casi, tan mínimo que la prudencia política no vacilaria en cerrar los ojos acerca de ello.

Tales son los resultados de un primer analisis.

En todo acto que produzca un mal misto, hay que examinar tres elementos.

1.º El mal moral considerado en sí mismo, abstractamente: puede mirársele como constante, invariable, *objetivamente* por lo menos. Un homicidio no será nunca ni mas ni menos que la infraccion de la ley moral que nos ordena respetar la vida del prójimo.

2.º El mal material, considerado del mismo modo: bajo un punto de vista, puede considerársele tambien como invariable. El homicidio no será nunca en sí otra cosa que la destruccion del bien de la existencia. Este bien puede á la verdad ser estimado en diversos grados, pero no puede cambiar de naturaleza.

El mal social, abstractamente considerado, hace parte de los dos primeros elementos; porque el orden social es un deber y un bien determinable.

El mal social, considerado de hecho en sus aplicaciones á diversas sociedades civiles, ó á la misma sociedad civil y en diversas fases de civilizacion, es un mal variable; es el mal que hemos llamado relativo.

Probemos ahora á establecer algunas reglas de valuacion.

CAPÍTULO VII.

Valuacion del mal moral absoluto.

El grado del mal moral guarda proporcion con la naturaleza del deber violado.

¿Qué orden guardan entre sí cada uno de los deberes requeribles? ¿Qué lugar ocupa un plan premeditado de homicidio entre las diversas especies de resoluciones criminales de que puede hacerse delincuente el hombre? Solo se trata de una relacion. El proyecto de homicidio ocupa entre los pensamientos criminales el lugar que el deber que ataca ocupa entre los deberes morales.

¿Quién nos revela esta relacion? La conciencia, es decir, la sensibilidad moral y la razon.

¡Homicidio! La conciencia humana no vacila, y le señala el primer lugar entre los actos inmorales. Al comprender esta espontánea manifestacion de nuestra sensibilidad moral, la razon la aprueba y justifica. Ella nos enseña que la vida no es un bien adquirido y transmisible por el hombre; no es un derecho colocado al lado de una persona; es (para servirnos de la expresion de un alemán que ha protestado con energia contra el cisma absoluto que se ha querido establecer entre la moral y la política) el ser moral en su esencia propia. Otorgada al hombre para que realice un destino moral y se prepare á una vida futura en su carrera terrestre, quien se atreve á cortar el hilo de la vida humana, de la existencia material, trastorna, por decirlo así, la obra de la Providencia y le dice al hombre: En vano estaban contados tus dias; por satisfacer una pasión, te precipito en la eternidad antes del término señalado.

Igual es el motivo que tiene la conciencia para considerar al regicidio como el primero de los homicidios. El regicida infringe muchos deberes al mismo tiempo: es un homicidio complejo.

La moral es pues la que debe darnos el catálogo de nuestros deberes requeribles con nuestros semejantes, y señalar á cada uno el lugar que le corresponde; la moral, que no es otra cosa que la reflexion aplicada á las revelaciones de la conciencia humana.

“¿Estan tan poco acordes entre sí los moralistas!” ¿Lo estan mas los sensualistas en la graduacion del bien y del mal? ¿Se cree haber resuelto verdaderamente el problema con establecer algunos principios generales sobre la graduacion del mal inmediato, del peligro, de la alarma y otras circunstancias análogas? Eso sería pagarse de palabras.

Todos los adeptos de un sistema estan conformes entre sí, mientras se mantienen en el círculo de las generalidades; cuando se les hace pasar á las aplicaciones, deja de existir la armonía.

Leemos en un publicista contemporáneo: “Voy á recorrer los deseos mas poderosos, aquellos cuya satisfaccion va acompañada de mayor placer, y se verá que su logro es mucho mas fecundo en males que en bienes, cuando se alcanza á espensas de la seguridad.

» Consideremos primeramente la enemistad: esta es la causa mas fecunda de los atentados cometidos contra el honor y la persona. Yo he concebido, no importa el cómo, enemistad contigo. La pasión me estravía, te insulto, te humillo, te ofendo. La vista de tu dolor me hace experimentar, durante cierto tiempo á lo menos, un sentimiento de placer; pero ¿puede creerse que en este mismo tiempo el placer

que yo siento equivalga al dolor que tú sufres? Si hasta cada átomo de tu dolor pudiera retratarse en mi ánimo, ¿es probable que cada átomo del placer á el correspondiente tuviese á mis ojos la misma intensidad? y no obstante solo algunos átomos sueltos de tu dolor son los que se presentan á mi distraida y turbada imaginacion; la mayor parte de ellos son perdidos para mí. Pero este placer, tal como es, no tarda en mostrar su natural impureza. La humanidad, cuyo principio nada puede acaso sofocar en las almas mas atroces, despierta un secreto remordimiento en la mia. Los temores de toda especie, el temor de la venganza, ya de tí, ya de aquellos que estan contigo en relacion, el temor de la voz pública, los temores religiosos, si acaso conservo una chispa de religion, todos estos temores acuden á alterar mi tranquilidad y corrompen en breve mi triunfo. La pasion se marchita, el placer queda destruido, y el remordimiento interior le sucede. Pero por tu parte el dolor dura todavia y puede tener una larga duracion.”

No preguntaremos lo que significan en el concepto del autor estas tres expresiones, *natural impureza del placer*, *principio que nada puede sofocar* y *que despierta el remordimiento*, y por último, *temores religiosos*.

Pero ¿se cree de buena fé que su principio sea rigoroso admitiendo la base de su sistema? ¿Se imagina que el placer de la venganza no sobrepuja á los inconvenientes derivados de una herida susceptible de curacion? Debemos confesarlo, aunque sea á riesgo de no aparentar tan buenos sentimientos como el autor, dudamos de ello. Un hombre que prescindiere de la obligacion del deber moral, le diria al autor: “Tu cálculo no es exacto, pues has olvidado

do un elemento. Consideras la enemistad como origen del delito, pero no has estimado la fuerza de mi enemistad. ¿No sabes que la causa de ella es profunda y llena de fundamento? ¿Sabes la amargura que este sentimiento derrama sobre toda mi vida, las angustias que devoro, el tormento que sufro á la vista de mi enemigo contento, feliz, y que goza descansadamente de todos los placeres de la vida? ¿Pueden contener el torrente de placer que me prometo de la venganza ni los dolores de una herida capaz de curacion, ni la escasa inquietud que puede ocasionarme cuando es debido á una causa tan especial, ni el temor de la venganza y de la censura? Lo repito nuevamente, tu cálculo es falso; era menester no solo hacer mérito del placer positivo que alcanzo, sino de los agudos padecimientos que me alivio. — Rectifica tu cuenta, y no te atreverás á tachar de delito la herida que yo he causado.”

Seamos verídicos: la balanza del *utilitario* puede engañar; la conciencia humana puede tambien estraviarse; pero si pudieran servir de argumento los errores del hombre para atacar un principio, no quedaria en pie mas que un sistema racional, el escepticismo.

Seguramente, el mal moral no es siempre patente, ni hace nunca igual impresion sobre el ánimo del vulgo. Esto es particularmente cierto en los actos cuya inmoralidad nace de la infraccion de nuestros deberes con la sociedad. Las relaciones entre hombre y hombre son mejor comprendidas que las de los individuos con el cuerpo social.

La naturaleza y gravedad del mal moral no dejan de influir sobre el mal material que el mismo acto ocasiona á la sociedad. Una tentativa de traicion ha producido acaso un mal directo, material é inferior al

ocasionado por un robo ó una falsificacion, y merece sin embargo una pena mayor que la reservada á estos delitos. Diráse que el peligro y la alarma son las causas que inducen al legislador á amenazar con una pena grave las tentativas de traicion. Pero el peligro y la alarma crecen cabalmente con proporcion á la importancia del deber que se proponia violar el delincuente, y el derecho de castigarle con una pena grave no procede solo de la cantidad material de peligro, sino que se deriva del peligro combinado con la naturaleza del mal moral. Un acto de imprudencia puede causar mayor peligro material que una tentativa de traicion; pero no es tanto el peligro moral, si es permitido hablar en estos términos. El hecho no revela la existencia en la sociedad de hombres capaces de infringir los mas sagrados deberes, y por grandes que hayan sido el peligro y la alarma ocasionados por una imprudencia, habria injusticia en castigarla con una pena grave. El autor de una tentativa de traicion debe sufrirla porque la merece su crimen; y el poder social no traspasa los limites del derecho cuando afianza la seguridad pública sin traspasar los limites de la justicia moral.

El aumento del peligro propiamente dicho no es el único efecto politico que la gravedad moral del crimen tiene; sino que puede esta ejercer sobre la opinion pública un influjo independiente del sentimiento del peligro y de la alarma. Si un crimen profundamente moral de suyo queda impune ó solo atrae á su autor una pena proporcionada al mal material que ocasiona, puede llegar á ser una causa de corrupcion, promover el escándalo é inspirar desprecio y aversion á la ley. Aqui se presenta la cuestion del parricidio, crimen seguramente poco peli-

groso y alarmante. Concíbese una legislacion que no haga ninguna mencion de él; habria en esto una especie de pudor y respeto á la humanidad que podria satisfacer á la opinion pública de este ó aquel pueblo. Pero ¿qué sería una ley que solo castigase al parricida con una pena inferior á la impuesta al asesino? ¿Qué sucederia si mientras que este subia á espurgar su crimen sobre el cadalso, el reo de parricidio iba á pasar diez ó doce años en una carcel? La opinion pública estaria en abierta oposicion con la ley; y si llegase á reconciliarse con ella, el mal social sería todavia mayor. Estarian dislocadas las nociones comunes del orden moral, y el legislador habria contribuido á oscurecer el sentimiento del deber. La ley sería una mentira en el sentido de que no sería la verdadera expresion del estado de la sociedad.

Necesidades son estas difíciles y arriesgadas de determinar. En una nacion muy ilustrada, en un pueblo que haya comprendido bien el término directo de la justicia social; sería posible que el parricidio pudiese ser castigado sin ningun inconveniente con menos severidad que el asesinato. Ahora mismo existen algunas legislaciones que no señalan sancion penal para actos muy inmorales, ó los reprimen solo ligeramente, atendiendo al levisimo mal material que producen, sin que la indulgencia de la ley sea causa de corrupcion y de desorden; pero si tales efectos se verifican, el legislador tiene derecho de ser severo. Obedece en ello á una necesidad social tan legítima é imperiosa como la del peligro material é inmediato. Ejerce un poder útil y necesario al orden público, y le ejerce con derecho, con tal que no castigue sino la infraccion de un deber requerible, una infraccion graduable por los tribunales, y que en

la proporción de la pena se mantenga en los límites de la justicia moral. Si la pena de muerte es legítima para el homicidio, ¿con qué derecho el parricida apartará de su cabeza la cuchilla de la ley? La pena es merecida; la acción de la justicia social, conveniente al orden público; ¿qué importa que la conveniencia de que se habla sea mas bien moral que material?

La graduación del mal moral, del deber infringido es pues importante, no solo para reconocer si hay ó no verdadero delito, sino para estimar las diversas influencias que el mal moral ejerce en la sociedad, para determinar la acción del poder político y examinar si debe llamar, y en qué medida, á la justicia social en auxilio del derecho.

CAPÍTULO VIII.

• Graduación del mal material absoluto.

El mal material ú *objetivo* es proporcional al bien y al derecho, injustamente arrebatados ó comprometidos por el delito. Es el resultado sensible de este último para la persona perjudicada.

En este mundo hay personas y cosas.

Personas físicas y personas morales; en otros términos, individuos, ó asociaciones de individuos.

La persona moral, por excelencia, es la sociedad civil. Es inútil para nuestro propósito pararnos á considerar las demás personas morales, los cuerpos colectivos secundarios.

Hay cosas útiles para todos, pero indestructibles, inagotables, y que no son propiedad particular de nadie.

Hay cosas que han salido de la posesión general de la humanidad para entrar en la posesión particu-

lar de una persona, ora moral, ora física, y constituyen su propiedad.

El mal material recae siempre sobre las personas. Cuando se aplica á las cosas, solo es considerado como mal punible mientras que estas cosas son un bien graduable de alguno.

Toda persona tiene su existencia, su modo de existir y algunos objetos propios, aunque no sea mas que el pedazo de pan recogido de limosna.

La existencia es una: entre ser y no ser no hay medio.

El modo de existir varía; la condición de todos los hombres es diferente: uno es ciudadano, y otro simple habitante del país; uno está casado, y otro célibe; uno es hijo legítimo, y otro bastardo; y así sucesivamente.

El estado de propietario pudiera ser considerado tambien como un modo particular de existir. No obstante, entre las verdaderas modificaciones de la personalidad, aun civil, y el derecho de propiedad hay, á nuestro entender, diferencias esenciales.

La propiedad es transmisible. El hombre puede no solo perderla, abandonarla y destruirla, sino transmitirla tambien á otra persona.

No sucede lo propio con la condición personal. Puede perderse la calidad de ciudadano, pero no se puede al mismo tiempo hacer ciudadano á quien no lo es. Se puede renunciar á los derechos de hijo; pero no puede nadie desentenderse de sus deberes con sus padres. Puede perderse el honor; pero ¿se puede regalar á quien no le tiene? En una palabra, el modo de existir es estrictamente personal como la existencia. El modo de ser constituye con el ser la verdadera personalidad, al paso que un cambio, una mengua de la propiedad no puede menoscabar la exis-

tencia ni el modo de existir de una persona. Si un poseedor de dos millones llega á perder uno, estará menos rico, pero no dejará de ser el mismo. La propiedad es mas bien un apéndice que una parte integrante de la personalidad.

El valor de las propiedades sirve, á la verdad, en ciertos países para el goce de ciertos derechos políticos; pero la propiedad en estos países es mas bien declarativa que atributiva de las condiciones políticas requeridas para el ejercicio de tales derechos. Mas bien es una prueba congetural que el fundamento de la existencia de estas condiciones. No se es elegible porque se posea cierta fortuna, sino porque la posesion de ella hace *presumir* que se tienen las prendas apetecibles en un elegible. Si los hombres honrados, esclarecidos é independientes tuvieran un modo de andar ó de sentarse que los distinguiese claramente de aquellos que no lo son, los elegibles no serian en Francia los que pagan mil francos de contribucion, sino los que anduvieran ó se sentaran de tal modo.

El delincuente que ataca la existencia ó el modo de existir de un individuo, su personalidad, comunmente se dirige contra él en derechura: á él y no á otro es á quien quiere ofender. Aquel que ataca la propiedad, tiene generalmente mas fija la atencion sobre la cosa que sobre la persona del propietario. El ratero no quiere precisamente robar mi reloj, sino un reloj cualquiera: me birla el mio sin conocerme, y poco le importa saber quién soy. El monedero falso no se cuida mas que de hacer su ganancia, y fabrica su moneda falsa con la efigie del soberano sin la menor intencion de injuriar su persona.

Asi es conforme á la naturaleza de las cosas dis-

tinguir, primeramente, dos grandes clases de delitos: delitos contra las personas, y delitos contra las propiedades.

Pero los cuerpos colectivos tienen, como los individuos, su existencia y su modo de existir, su personalidad. Tienen tambien sus propiedades.

Hay pues cuatro clases de delitos:

Delitos contra la personalidad individual,

Delitos contra la personalidad moral,

Delitos contra las propiedades particulares,

Delitos contra las propiedades pertenecientes á los cuerpos morales.

Sentado ya esto, es necesario para graduar el mal reconocer la importancia relativa de estos bienes. Ahora bien, nadie negará: 1.º que, *por principio general*, los derechos relativos á la personalidad son mas importantes, mas preciosos que el derecho de propiedad. Por lo que hace á la existencia no es dudoso. Pero lo propio sucede tocante á los demas derechos de las personas. ¿Cuál es el hombre razonable y moral que no sacrificaría su fortuna por evitar la esclavitud, por no perder por medio de una falsificacion ó de otra manera su condicion de hijo legítimo, por salvar su propio honor?

Seguramente que son fáciles de concebir dos ataques, uno contra un derecho personal, y otro contra el derecho de propiedad; el uno tan leve y el otro tan grave, que fuera mejor sufrir el primero que el segundo. Pero entonces no se toma ya en consideracion la *naturaleza* del bien en sí, sino la *gravedad* del atentado; y la importancia del derecho y la gravedad de la infraccion hecha á él son dos distintas consideraciones.

2.º Por igual motivo nos parece evidente que la importancia de los derechos, ora personales, ora de

propiedad de los individuos, es mayor por principio general que la de los derechos de las personas morales.

Y en primer lugar, la muerte de las personas morales es un hecho casi imposible para unas, posible, pero reparable para otras. La total disolución de la sociedad civil por la anarquía es mas bien un modo figurado de hablar que la expresión de una realidad. Lo que se puede destruir ó variar es mas bien la existencia de la sociedad que el modo de ser de la misma. Aun la destrucción de su personalidad política, de resultas de la incorporación del país con otro Estado, es mas bien un cambio en su modo de existir que una verdadera pérdida de su existencia. La muerte de un Estado, si es permitido hablar de este modo, solo se intenta por aquel que conspira para subyugarle á otro Estado. Tocante á los demas cuerpos morales, si fuesen hoy disueltos injustamente, pudieran renacer mañana.

Por igual razon, el derecho de propiedad importa mas á los individuos que á los cuerpos colectivos, ora porque las pérdidas de estos se reparten entre un gran número de individuos y son menos sensibles para cada uno de ellos, ora porque los cuerpos morales tienen mas medios que un individuo de defender su haber y reponer su patrimonio.

Tocante al modo de existir, muchos de los derechos personales pertenecientes ó susceptibles de pertenecer á un individuo no pueden concebirse en un cuerpo moral. Otros, tales como la reputación, son de escasa importancia; porque el mal se distribuye como en los delitos contra las propiedades públicas, y las injurias y calumnias asestadas contra un cuerpo no alcanzan sino levemente á los individuos de que está compuesto.

De hecho, ciertos crímenes clasificados entre los delitos contra cuerpos colectivos solo tienen una verdadera gravedad cuando cada uno de ellos comprende, por decirlo así, tantos delitos contra particulares como individuos hay en el cuerpo moral, ó como hay individuos en dicho cuerpo á quienes alcanza el delito. Son delitos dirigidos contra los individuos, contra su modo de existir, considerados como individuos de un cuerpo moral. Así pues, cambian casi de naturaleza, segun que el cuerpo moral está compuesto de mayor ó menor número de individuos. Supongamos que un escritor sale diciendo que la nación francesa es un atajo de ladrones y bandoleros; esta es una injuria que hace á todos encogerse de hombros: ¿quién se dignaría reclamar contra el autor de ella? ¿qué francés, dotado de alguna sensatez, se sentiría ofendido de ella? Pero publiquense las mismas injurias contra los accionistas del banco de Francia, y ya el delito va cobrando importancia. Y si se hace el mismo agravio á una casa de comercio, á una compañía de tres personas, el delito llega á ser enteramente individual, equivale á decir: Pedro es un ladrón; Santiago es un ladrón; Antonio es un ladrón.

Démonos prisa, sin embargo, á reconocer que hay delitos contra el modo de existir de la sociedad civil, cuyo mal pudiera esceder al originado de un crimen cualquiera cometido contra un individuo.

El hombre que conspira por arrebatarse á un pueblo libre sus instituciones, sus garantías, su libertad, toda su vida moral; que quiere convertirle en una manada de esclavos y paralizar todos sus esfuerzos hácia la perfección y la prosperidad, comete seguramente un crimen que no tiene igual en la serie harto crecida de los crímenes posibles. Es per-

mitido admirar el valor con que Strafford supo arrostrar una muerte ignominiosa; es justo reprobar la infraccion cometida con él de todas las formas judiciales; pero es mas justo todavía reconocer que el soldado, cuyo plan era avasallar la Inglaterra en provecho de un déspota y con el auxilio de un ejército irlandés, era un gran delincuente. Si los violentos caprichos de los Estuardos hubiesen servido de leyes á los ingleses, si la *Cámara estrellada* hubiese sucedido en Inglaterra al parlamento y al jurado, si la libertad de conciencia hubiese sucumbido bajo el yugo de la inquisicion anglicana, ¿cuál habria sido la suerte de la Gran Bretaña, y la de la Europa acaso? El pensamiento se resiste á recorrer todas las consecuencias ulteriores de este atentado, á figurarse á la patria de los Fox y de los Chatam entregada á los sandios y tenebrosos amaños de una *camarilla*, á borrar de la historia esa página tan señalada de libertad y sensatez nacional, la gloriosa emancipacion de 1688.

Empero si el crimen es excesivo por su naturaleza y relativamente á su autor, es menester no olvidar por otra parte que el mal á que puede dar origen este atentado es afortunadamente muy difícil de realizarse, pues una nacion tiene siempre poderosos medios de defensa contra tales ataques. Por último, tambien es cierto que donde quiera que tienen buen éxito tales atentados, el mal material no es tan grande como puede creerlo un pecho generoso; porque una nacion que se deja despojar de sus derechos, no les da ninguna importancia; la libertad política solo es para ella una apariencia vana: si fuese una realidad, bien sabria defenderla.

De todas maneras, no nos parece que algunas excepciones destruyan el principio general de que los

delitos pueden dividirse en las cuatro clases que hemos enumerado, considerados bajo el punto de vista del mal material, ó en otros términos, bajo el punto de vista de la importancia del derecho que atacan.

Por lo demas, nos apresuramos á declararlo una vez para todas, una coordinacion sistemática, una clasificacion no es á nuestro ver mas que un método; como espresion de la verdad, solo es aproximativa y está sujeta á muchas anomalías.

Solo estudiando escrupulosamente cada especie de delito se llegará á formar una idea exacta del mal por él ocasionado. Pero, á la manera que se necesita tener un hilo para no perderse en un laberinto, así hemos adoptado la division que nos ha parecido á la par mas sencilla, mas conforme á la naturaleza de las cosas, y mas á propósito para hacernos evitar los errores en que han incurrido aquellos que nos han dado clasificaciones mas ambiciosas, aunque puramente artificiales.

Probemos ahora á estimar mas circunstanciadamente el mal material del delito, siguiendo los principios que acabamos de establecer.

Pero, lo repetimos, solo hablamos aqui del mal específico, y no de la gravedad de este en los diversos casos. Queremos conocer su naturaleza, no estimar el grado á que puede subir ó bajar en un hecho particular. Por la misma razon no hacemos aqui tampoco mérito de los delitos complejos que resultan,

Ya de la reunion fortuita ó prevista de muchos delitos simples,

Ya de un delito accesorio que acrecenta el delito principal como circunstancia agravante,

Ya del uso de un delito como medio para ejecutar el delito principal.

A. DELITOS CONTRA LAS PERSONAS.

Bien destruido ó comprometido.

- I. Existencia.
- II. Modo de existir.
 - 1. Integridad y salud de cuerpo y de espíritu (a).
 - 2. Libertad.
- Por { Impedimento.
- { Violencia (b).
- 3. Condición :
 - doméstica,
 - política,
 - civil (c).
- III. Seguridad.
- IV. Tranquilidad (d).

B. DELITOS CONTRA LA PERSONALIDAD DEL CUERPO SOCIAL.

- I. Existencia (e).
- II. Modo de existir.
 - 1. Constitución política.
 - 2. Orden público.
 - 3. Servicios requeribles :
 - militares,
 - civiles,
 - pecuniarios (f).
- III. Seguridad.
- IV. Tranquilidad (g).

C. DELITOS CONTRA LAS PROPIEDADES PARTICULARES.

Bien arrebatado ó comprometido.

- I. Propiedad entera.
- II. Parte de propiedad capaz de alterar con su falta el estado del propietario.
- III. Parte escasa (h).

D. DELITOS CONTRA LAS PROPIEDADES PÚBLICAS.

Bien arrebatado ó comprometido.

- I. Bienes públicos, entre otros :
 - moneda,
 - papel-moneda,
 - billetes de banco (i).
- II. Bienes del Estado :
 - 1. De un uso inmediatamente necesario.
 - 2. De un uso no inmediatamente necesario (k).

Explicaremos este cuadro haciendo algunas breves observaciones.

(a) Salud de espíritu. Tenemos presente el delito de embriaguez, el de letargo, maliciosamente causados por alguna pócima cuyos efectos no pudieran ser previstos, aun cuando la pócima no fuera dañosa para la salud corporal, aun cuando este delito no fuese un acto preparatorio para otro delito mas grave.

(b) Es distinguir entre la esclavitud y el secuestro ó cualquiera otro impedimento puesto á la libertad personal, sin obligar empero al individuo á pres-

tar servicios, sin convertirle en instrumento de la conveniencia del opresor.

(c) La condicion doméstica comprende todas las relaciones de familia, el estado de esposo, de esposa, de padre, de madre, de hijo &c.; los bienes que proporciona y los derechos que de ella resultan.

La condicion política es la totalidad de derechos propios de un individuo considerado como ciudadano activo de un Estado; el derecho electoral, la elegibilidad, la dignidad hereditaria de par, la capacidad de jurado &c.

La condicion civil es la suma de bienes que puede poseer un hombre como individuo de un Estado, aun cuando no tenga familia ni derechos políticos; su reputacion, crédito, capacidad civil de testigo, de parte contratante &c.

(d) Estar en seguridad es no encontrarse amenazado de ningun peligro verdadero.

Gozar de plena tranquilidad es no temer absolutamente nada.

Los cazadores que disparan demasiado cerca de mi casa ponen en peligro á las personas de mi familia.

Quien escribe cartas amenazando á otro, aun cuando solo haya tenido la intencion de jugarle una burla pesada, altera la tranquilidad de aquel que lleve á creer fundadamente que las amenazas eran formales.

(e) Los crímenes contra la existencia del Estado se reducen en la esencia á tres principales:

Entregar el pais al enemigo,

Someterle á una potencia estrangera,

Reunirle con otro Estado.

En el primer caso, ademas del mal moral ocasionado por la invasion, se deja que el enemigo resuelva si ha de conservar ó no su nacionalidad;

En el segundo caso, se quiere privarle de ella para convertirle en pais vasallo, como el canton de Vaud lo era de los de Berna, como gran parte de Italia lo es ahora de Austria.

En el tercer caso, se refunde la nacionalidad del Estado con la de otro.

Estos son los verdaderos crímenes de alta traicion.

El abandonar al enemigo un puesto ó una fortaleza, el espionage, la disolucion de un cuerpo de ejército &c., son los delitos especiales que sirven de actos preparativos al delito principal, ó que sirven de medio para su ejecucion, cuando han sido acometidos con este fin ó previendo las resultas que pueden tener.

(f) El modo de existir del Estado depende en primer lugar de su constitucion política. Cualquiera que sea esta constitucion teóricamente mirada, se considera buena, mientras no se varíe por medios legales; es el derecho del cuerpo social, y el poder la defiende con justicia respecto de todos y contra todos. — ¿Será pues menester resignarse al despotismo eternamente? — Cuando se nos haya probado que el despotismo es un poder legítimo, que es un derecho y no un simple hecho, que á él le corresponde mandar, que hay deber de obedecerle, será tiempo de resolver la cuestion.

El modo de existir varía, en segundo lugar, segun la naturaleza de los servicios que el Estado requiere de sus individuos. Estos servicios son de tres

especies, militares, civiles y pecuniarios. Cuando son impuestos legalmente, forman el bien del Estado.

Sin constitucion política, la sociedad solo es, por decirlo así, un cuerpo imperfecto; privada de los servicios que le deben los ciudadanos, sería un cuerpo sin fuerza ni energía. Pero la constitucion y los servicios militares, civiles y pecuniarios no bastan para la existencia pacífica y regular del Estado. Es menester al mismo tiempo que el juego de la máquina política no encuentre graves obstáculos; es menester evitar toda dislocacion y todo rozamiento sensibles. En una palabra, es necesario que el orden público no padezca notables alteraciones.

El orden público es alterado directamente por los agentes del poder que traspasan los limites de sus atribuciones, que abusan de la autoridad ó de la fuerza que les está encomendada, que se niegan á acudir en auxilio de derecho, y no se conforman á las reglas que el poder les ha señalado para ejercer sus cargos.

Le alteran directamente los particulares que usurpan cargos públicos, que ponen embarazos á la autoridad en el ejercicio de sus poderes, que hacen ilegal resistencia á la fuerza pública, que todo lo exigen del poder por vias ilegales, que, fuera del caso de legitima necesidad, emplean ó invocan la fuerza particular en auxilio del derecho, que con hechos públicos, acciones, escritos ó palabras menoscaban las costumbres ó procuran corromperlas.

Estas categorías comprenden en realidad todos los delitos contra el orden público. Los demas, á quienes se da comunmente este nombre, no son verdaderamente mas que delitos privados, agravados por alguna circunstancia particular. Tales son, por ejem-

plo, las injurias contra un magistrado ó contra un ministro del culto. Algunos de ellos estan comprendidos entre las demas clases de delitos publicos, ora como provocaciones, ora como tentativas, ora como actos preparatorios.

Generalmente, se ha dado demasiada latitud al catálogo de los delitos públicos.

(g) La sociedad no tiene menos derecho que un particular á la seguridad y tranquilidad propias.

La venta ilegal de venenos, las construcciones peligrosas, el ejercicio fraudulento de la medicina, son actos contrarios á la seguridad pública. El curandero á quien el pueblo consulta lleno de confianza, ataca la seguridad pública sin alterar la tranquilidad. Aquel que fabrica moneda falsa, sin ponerla empero en circulacion, hace cabalmente lo contrario.

(h) Este es el verdadero carácter que distingue entre sí los delitos contra la propiedad, cuando se quiere estimarlos con proporción al mal causado á la parte perjudicada, al mal material y directo. No considerando mas que el delito simple, no es otra la graduacion que hacen los propietarios y el público: "Lo ha perdido todo." — "Eso le desconcierta mucho; tendrá que vender su casa de campo, &c." ó bien: "Es una fortuna que la pérdida haya recaído sobre él, á quien es bastante indiferente." Tales son las tres espresiones que caracterizan en la opinion pública los robos, las bancarrotas y los incendios bajo el punto de vista del simple mal material.

El público y la persona perjudicada no discrepan al graduar el mal, sino cuando la cosa destruida ó robada era un objeto de cariño particular para su poseedor. El principio es igual; pero el público carece

de los datos necesarios para hacer su aplicacion, porque no tiene el mismo sentimiento.

No decimos que la importancia de la pérdida sufrida sea el único mal material ocasionado por los delitos contra la propiedad individual; mucho menos que este sea el solo elemento de que debe hacer mérito el legislador.

Nadie ignora que los delitos contra la propiedad no pueden verificarse mas que bajo dos formas principales, la usurpacion y el estrago; quitar una cosa para apropiársela, quitar sin apropiarse sin embargo una cosa perdida para el propietario. Todo hecho particular bien analizado está comprendido en una ú otra de estas dos categorías.

La usurpacion y el estrago pueden ser cometidos por fraude ó por fuerza.

El fraude reviste dos formas principales, la del robo y la de la estafa. El ladrón sustrae *in scio domino*; el estafador hace que se lo den, lo alcanza con maña.

La fuerza se ejerce contra las cosas ó las personas. La fractura y el salteamiento ofrecen ejemplos de ello.

La criminalidad de la usurpacion y del estrago de los bienes ajenos puede ser modificada tambien por circunstancias derivadas del objeto y del lugar del delito, del tiempo en que ha sido cometido y de la persona victima de él.

Sin embargo, siempre es un hecho que el elemento simple del mal material, ocasionado por el delito, es la relacion entre el bien usurpado ó destruido y la situacion pecuniaria de la persona perjudicada. Para convencerse de ello, basta figurarse un robo simple ó una bancarrota. Es evidente que el delito que nada absolutamente deja á la persona per-

judicada es, tocante al mal material, tocante al bien arrebatado, un acto enteramente diverso del delito que priva á un millonario de algunos centenares de pesos.

Las otras circunstancias que acabamos de indicar pueden ser consideradas bajo dos puntos de vista: como hechos que añaden un delito á otro, ó como un mero agravamiento de un solo y mismo delito. El robo cometido por violencia ejercida contra la persona es evidentemente un delito complejo. El robo cometido nocturnamente es un delito acompañado de una circunstancia agravante. Pero lo que se llama circunstancia agravante no es las mas veces en la esencia mas que un delito *sui generis*, cometido como medio ó accesorio del delito principal. El criado que roba los efectos de su amo comete un robo, y ademas un abuso de confianza. En un robo cometido con violencia por una cuadrilla armada en los caminos públicos, se encuentra el delito privado de robo, el delito privado de violencia contra las personas, y el delito público derivado del hecho de una reunion de gente que infesta con armas los caminos reales. El delito principal en este caso es el delito de robo, considerado como fin de la acción criminal.

Estas observaciones pueden parecer inútiles. ¿Qué importa que el legislador presente los agravamientos bajo la forma de delitos simples y conexos, ó bajo la forma de circunstancias agravantes comprendidas en la descripción del delito? En otra parte veremos que la eleccion de uno ú otro de estos dos modos de redactar la ley no deja de tener influjo sobre los juicios. Creemos sin embargo que es menester no dar á la forma de las leyes mas importancia que la que merece; creemos que es menester admitir ya una forma, ya otra, segun que el uno ó el otro método

pueda convenir mejor al caso particular de que se trate, y dar mas precision y claridad á la expresion legislativa. Ya hemos dicho, y no dejaremos de repetirlo, que una ley no es una disertacion, que un código no es un tratado científico.

De todas maneras, siempre es una verdad que no puede alcanzarse una exacta graduacion del delito sino teniendo exactamente en cuenta los elementos de que se compone. Para esto deben estudiarse la naturaleza moral y los efectos materiales de las circunstancias, como con cualquiera otro delito. Es menester indagar en cada delito simple cuál es el deber que infringe y cuál el principio conductor, para graduar el mal material de él.

Ahora bien, para el simple delito de usurpacion ó de estrago del bien ageno, este principio nos parece ser aquel que hemos indicado. Párecenos que la ciencia no podrá señalar otro.

¿Debe, puede el legislador seguir este principio conductor en la valuacion política del delito? ¿Es posible hacer uso de él para establecer la escala de la penalidad en esta materia, encerrándose siempre en los límites de la justicia moral? ¿Debe uno reducirse á tomarle en consideracion para la liquidacion de los daños y perjuicios? Cuestiones son estas que no debemos tratar en este momento; les hemos dado lugar en nuestro *Análisis moral y político de los delitos*, trabajo que acaso publicaremos mas tarde, y en que probamos á hacer á cada especie de delitos la aplicacion de los principios generales que procuramos establecer en esta obra. La ciencia ofrece el resultado de sus analisis; pero la legislacion positiva tiene sus necesidades y sus imperfecciones imposibles de evitar; el legislador no puede realizar completamente la teoría, á la manera que el estatua-

rio no consigue realizar en el marmol la representacion exacta de sus conceptos. Las resistencias esteriorres y prácticas son un hecho de que el hombre no puede prescindir de hacer mérito.

(i) Distinguiamos las propiedades públicas en bienes públicos y en bienes del Estado.

En la primera clase comprendemos: 1.º las cosas que el Estado cuida y conserva para el uso inmediato del público; los caminos, canales, jardines públicos &c.: 2.º los signos representativos de la riqueza; la moneda, el papel moneda, los billetes de banco y otros efectos de esta clase. Estos efectos son, á la verdad, particular propiedad de aquellos que los poseen en un momento dado; pero por su rápida circulacion, por la necesidad en que todos estan de servirse de ellos, y por la dificultad de conservar á su paso de una mano á otra las huellas de los primeros poseedores, pueden ser considerados como si formasen en masa el patrimonio de todos los habitantes del país, como un instrumento y un bien comun al mismo tiempo á todos. El monedero falso comete una estafa en daño directo de aquel que le entrega primeramente valores superiores al valor intrínseco de la moneda falsa que recibe en cambio. Pero los efectos de este delito pueden estenderse á otro gran número de personas inocentes de la estafa; y sin conocimiento de aquel que ha sido engañado el primero. El mal puede repetirse y propagarse facilmente. El monedero falso ataca mas bien al público en masa que á este ó aquel individuo determinado. El mismo ignora los efectos particulares que puede producir la circulacion de la moneda falsa. Su acto es complejo, hay en él un delito público, y un delito privado: un delito privado en

destruccion de aquel que recibe por equivocacion la moneda falsa ; un delito público contra la seguridad y tranquilidad de todos. La mayor parte de los crímenes ofrecen este doble carácter. Pero , al paso que en un robo con fractura el mal privado sobrepuja al mal general, en el crimen de monedero falso el mal general es el que domina y forma su carácter principal. Racional es pues contar este delito entre los delitos públicos.

(k) Llamamos bienes del Estado las propiedades , los efectos y las sumas que el Estado posee y administra como un particular para el servicio de la cosa pública ; los arsenales , el material de guerra, los abastecimientos, las arcas públicas, los bosques del Estado &c.

El mal material, hecho en detrimento del Estado, es esencialmente diverso, segun que las cosas robadas ó destruidas eran ó no de un uso inmediatamente necesario. Una cuadrilla de ladrones que , sin pensar de ninguna manera cometer el delito de alta traicion, se apodera en tiempo de guerra de un convoy destinado á abastecer una plaza fronteriza, compromete la salud del Estado mucho mas que quien roba en tiempo de paz ocho ó diez millones del tesoro público. Esta es la distincion que hay entre el mal irreparable y el mal capaz de ser reparado.

Si se consultase la opinion pública, si se interrogase al sentido comun acerca de la graduacion del mal del delito, creemos que se obtendrian respuestas conformes á las bases que acabamos de establecer.

Estas respuestas serian á la verdad resultado complejo de dos sentimientos, del sentimiento moral y del sentimiento del mal material.

Colocaríanse en primer lugar los atentados contra la persona individual, tanto porque son los crímenes cuyo mal material se teme mas y es muchas veces irreparable, como porque el respeto de las personas es el primero de los deberes requeribles en el orden de nuestros conceptos morales. Es el deber mas patente, la aplicacion mas directa é inmediata del gran principio de razon y de moral : No hagas con otro lo que no quieras que hiciesen contigo.

Igual observacion se aplica á las otras tres categorías.

Pueden sin embargo mentarse dos hechos que parecen desmentir nuestra observacion. El robo, se dirá, inspira á veces mas zozobra que el homicidio. Un ladron se llena siempre de infamia , mientras que un homicida , y mas todavía un reo de crímenes políticos, se ven libres con mucha frecuencia de esta pena moral.

El primer hecho se pinta de un modo inexacto. El robo es mas temido que el homicidio donde este delito es muy raro, y el de robo muy frecuente. Es natural que se tema mucho lo que acaece con frecuencia, y poco lo que no sucede sino raras veces. Para comparar con exactitud, es menester suponer un pais en que sean comunes los robos y asesinatos, ó uno en que los dos delitos sean, no digo igualmente raros, sino poco frecuentes ambos.

Tambien es menester distinguir la zozobra del horror que inspira el delito. Conocemos un pais en que el horror al asesinato ha llegado á ser casi nulo; y no obstante son temidos los asesinos. Se tiene mucho cuidado de cerrar bien las puertas de las casas, de

no aventurarse solo y de noche en los caminos públicos, y cualquiera se daría por contentísimo de tener la certeza de evitar los golpes de un salteador presentándole un puñado de escudos. En Ginebra, por el contrario, son algo temidos los ladrones, y no causan ningun cuidado los asesinos; nadie puede figurarse que, para volverse á media noche á su casa de campo, necesite ir armado de pies á cabeza ó proporcionarse una escolta. Pero cométase un asesinato en el canton, y toda la poblacion se verá acometida de una especie de estupor. La zozobra es sin embargo leve por la poca frecuencia del hecho, y no por eso se deja de continuar temiendo mas á los ladrones que á los asesinos. Pero si entre cien delitos se contaren solo veinte asesinatos y ochenta robos, acaso disminuiría el horror al homicidio; pero la zozobra sería grandísima, muchísimo mayor que la que causan los robos.

El robo es tal vez el mas infamador de los delitos; este hecho es irrecusable. Es una prueba mas de que el hombre cree en otra cosa que en el balance del libro de las penas y de los placeres. Efectivamente, ¿qué relacion hay entre el mal causado á los hombres por una cuadrilla de rateros y el que sufren á consecuencia de los atentados de un ambicioso que, para apoderarse del supremo poder, promueve la guerra civil y abre un ancho campo al desorden, al homicidio y al asesinato? Pero el ladron solo se vale de la astucia, y el otro necesita desplegar fuerza y valor. El primero solo tiene puestos los ojos en algun dinero, y el otro aspira al poder. El primero es infame por el fin y por los medios, y el segundo encubre al vulgo la torpeza moral de su accion por el lustre de los medios y la grandezá del fin. El hombre no teme á un ratero, pero le desprecia; teme á Sylá, pe-

ro le admira. Y es porque en Sylá hay una fortaleza, una superioridad, un poder mal ó bien empleados, ante los cuales solo puede dejar de inclinarse el hombre de un genio elevado. Pero el desprecio no es el temor ni el horror, y el horror no es incompatible con el terror y la admiracion. Despréciase al ladron, pero el asesino es quien inspira horror y miedo á la par: horror, porque ha herido mas profundamente el sentimiento moral; terror, por la gravedad del mal material. Sylá no era despreciado; captábase la admiracion de los romanos, su sorpresa por lo menos. Pero al leer las tablas de proscriptcion, al ver arrojar á los pies del tirano las cabezas de los proscriptos, los romanos no dejaban de estremecerse ni de temblar á la vista del hombre á quien admiraban.

Los dos hechos no destruyen, asi nos parece, las observaciones nuestras sobre la graduacion que hace el sentido comun del mal del delito.

El sentido comun nos da la espresion de la verdad, produciendo resultados complejos, deducidos á la par del sentimiento moral y del sentimiento del mal material.

El método nos prescribe que separemos distintamente el mal moral y el mal material; pero, como hemos notado ya, existe una conexion íntima entre estos dos efectos del delito; puede el uno influir sobre el otro, y esta espresion de su accion reciproca nos es dada por el sentido comun.

Estas consideraciones pudieran, á nuestro parecer, dar alguna luz para formar una division racional de los delitos.

Por lo demas, en esta obra no pensamos dar una clasificacion completa, y solo consideramos el delito en general.

La clasificacion de los delitos, insistimos otra vez sobre esto, es seguramente ventajosisima como un método de enseñanza ó esposicion de la ciencia; mas le damos menor importancia, como obra de legislacion. Acaso mientras mas pretensiones científicas despliega sobre esto el trabajo legislativo, mayor es el peligro de esas deducciones lógicas en que nunca ha pensado el legislador, y que pueden alterar enteramente su verdadera idea.

En punto á divisiones sistemáticas de los delitos, si de algo estamos convencidos, es de que importa deshacer las que existen ahora. Tiempo sería de renunciar á ciertas rúbricas generales que, creando arbitrarias asociaciones de ideas, arrastran á formar juicios, muy erróneos muchas veces, acerca de la eleccion y cantidad de las penas. Demasiado facil sería citar una porcion de ejemplos de esto; los tratados y los códigos abundan en ellos. Hemos encontrado puestos en igual categoría á aquel que se pone una cinta en el pecho sin tener derecho de llevarla, y á aquel que empuña las armas contra su patria. Si no se sabe llegar al simple delito por medio de la analisis, si se prefiere seguir las reglas de una síntesis arbitraria, el partido mas cómodo es no admitir mas que una sola clase de delitos; directa ó indirectamente, todos ellos son perjudiciales á la sociedad y á los individuos.

De todas maneras, el objeto del cuadro que hemos trazado es solo indicar la relacion que guardan entre sí las diversas clases de delitos, considerando el mal *objetivo* producido por cada una de ellas.

CAPÍTULO IX.

Graduacion del mal relativo ó variable.

El adulterio es un mal moral. Es la infraccion

de un deber que está en cierta relacion con los otros deberes mas ó menos importantes que nos impone la ley moral.

El adulterio perjudica los derechos del cónyuge, y ocasiona en la familia cierto grado de desorden.

Abstractamente considerado, el adulterio es un hecho perjudicial en toda sociedad civil. Pero ¿cuál es el grado de alteracion que el delito de adulterio ocasiona en una sociedad civil dada? ¿Cuál es el mal social relativo de él? ¿Es bastante grave este mal para que el legislador proteja con una sancion penal los derechos de los esposos?

Difícil es la graduacion exacta del mal relativo.

Estamos distantes de desdeñar los auxilios que pueden prestar los principios de analisis de que se ha servido un publicista célebre para graduar el mal político. Distinguir el mal en de primer orden, de segundo y de tercero, en mal primordial y mal *derivativo*, en mal permanente y en mal transitorio, en mal inmediato y en mal *consecuencial* &c., es un método que puede ser conveniente para estimar el mal material, ora absoluto, ora variable. Referimos gustosos á su obra á aquellos de nuestros lectores que desean conocer con mas precision este instrumento analítico (1).

Pero la exacta aplicacion de este instrumento á los delitos de cada especie, para graduar el mal relativo de ellos, no puede hacerse sino por medio de un completo conocimiento del estado social. Toda aplicacion hecha de una manera abstracta será necesariamente defectuosa. ¿Quién le revelará á uno la fuerza del mal de segundo y de tercer orden, oca-

(1) Bentham, Tratado de Legislacion, tomo 1.º, cap. X.

sionado por este ó aquel delito, sino la misma historia del país? ¿Quién le manifestará á uno la latitud del mal *derivativo*? ¿Quién dirá si el mal transitorio es sin embargo de una duracion mas ó menos larga, mas ó menos recelosa? La historia del país. Solo ella tiene derecho de resolver la cuestion.

Uno de los males ocasionados por el homicidio es el deseo de venganza despertado en la familia del muerto, deseo que á su vez viene á ser una causa poderosa de crímenes, y que puede alterar gravemente el orden social. Graduemos este mal en París, y veremos que es muy escaso. Preguntemos á los montañeses de Córcega, de Grecia y de la Calabria, y obtendremos por respuesta palabras y miradas ardientes de pasion y de venganza.

En un país como Inglaterra, la falsificacion de los billetes de banco ocasiona un mal material (peligro y zozobra) de una gravedad suma; nadie puede negarlo, ni aun aquellos que piensan, como nosotros, que la pena capital no es remedio eficaz contra este desorden.

Si en Suiza se falsificase un billete del banco de Inglaterra, aun cuando fuese en Ginebra ó Basilea, el mal material no sería mucho mayor que el del robo cometido por este medio; porque allí no hay banco, y el comercio de aquel país solo se hace por medio de moneda metálica: y aun cuando todos los banqueros suizos tomasen la resolucion de no recibir billetes de bancos estrangeros, el mundo comercial no se resentiria de ello á causa de lo escasas que son tales transacciones. El mal indirecto sería solo el temor de que el delito de falsificacion se extendiese á las letras de cambio &c.

Pero como no es absolutamente imposible que el comercio tome un gran desarrollo en Suiza, y que

el cambio de billetes llegue á ser allí necesario y frecuente, concibese que el mal material, ocasionado en aquel país por la falsificacion de ellos, puede ser mas grave.

Superfluo sería multiplicar ejemplos. Es evidente por sí mismo que, siendo variables de suyo las ventajas é inconvenientes, el mal relativo del delito debe variar segun los tiempos y las circunstancias.

Esto prueba cuán absurdo es ese aforismo tan comun de que las leyes aspiren á una duracion casi eterna, y que solo debe ponerse temblando la mano en el edificio legislativo construido por nuestros antepasados. Lo contrario es cabalmente la verdad.

Esto prueba tambien cuán poco conforme es en cierto sentido á la naturaleza de las cosas y de las sociedades humanas la obra de la *codificacion*, tan difícil de realizar y de modificar luego.

Esto prueba por último que el hombre que encerrado en su gabinete piense hacer códigos aplicables á naciones lejanas, y que le sean poco conocidas, emprenderá un trabajo inútil. Ni el talento ni el genio pueden suplir la falta de conocimiento de los hechos locales.

Este conocimiento es tanto mas difícil de adquirir, cuanto que no todos son hechos materiales los que hay que justificar. Tambien es menester tomar conocimiento y hacer mérito de las opiniones, de las creencias, y hasta cierto punto, de las preocupaciones públicas.

¿Debe pues el poder social plegar la ley penal á las exigencias de las opiniones erróneas y de las prevenciones populares? Nunca, en ningun caso, si se tratá de traspasar la justicia. Desgraciadamente, es bastante raro que el legislador sea mas ilustrado que el público; sin embargo, no es imposible: el gobierno

no francés es mas ilustrado que el público de Córcega, y el gobierno piemontés sabe mas que el público de la isla de Cerdeña.

Pero, en los limites de la justicia, deben tenerse algunos miramientos con las opiniones del pueblo, aunque sean erróneas.

Figurémonos que algunos naturales de la Morea creyesen que la religion del Alcoran es preferible á la de Cristo. Serian dignos de lástima; pero tienen derecho para variar de religion y hacerse discípulos de Mahoma en el sentido absoluto de la palabra. No obstante, ¿qué sucedería si quisiesen profesar públicamente en su pais la religion de los turcos? Lograrian ser pasados á cuchillo; el gobierno no tendría ningun medio de protegerlos, y si lo intentaba, sería derrocado, quedando profundamente trastornado el orden social. ¿Y cual sería el delito *social* de estos moreotas? ¿Seguir la doctrina del Alcoran? ¿Haber abjurado el cristianismo? No, sino haber cometido una accion funesta al orden público de la Grecia, una accion cuyas consecuencias no podian ignorar. ¿Cuál sería el deber del gobierno griego? Reprimir este hecho temporalmente, favorecer por todos los medios que estuviesen en su mano la instruccion del pueblo, y cuando este pueblo hubiese comprendido que la libertad de cultos es un derecho, ó cuando el gobierno tuviese bastante fuerza para proteger todas las opiniones, permitir que se abriera una mezquita.

Consideremos ahora este ejemplo bajo otro punto de vista. El gobierno griego, imaginándose abstractamente la alteracion que causaria en el orden social el público ejercicio del culto turco, promulga una ley penal para prohibirle. Sería la ley mas absurda que pudieran imaginar hombres. ¿Cuál es la perso-

na dotada de razon que podría considerar como moralmente posible un hecho semejante, hoy dia, y en el reino de Grecia?

Asi pues es menester saber á punto fijo el estado de la opinion pública, no solo para obrar, sino tambien para abstenerse de hacerlo.

Requírese imperiosamente el estudio de los hechos sociales cuando se cree deber prohibir actos cuyo mal absoluto es casi nulo enteramente, y que no tienen otra criminalidad que la que se deriva del mal relativo. Tales son la mayor parte de los actos llamados delitos contra policia, como llevar armas, infringir los reglamentos vigentes sobre pasaportes, y otros. La diferencia que hay entre estos estatutos de policia y las demas leyes penales es patente en el hecho de que por las segundas solo puede cometerse una injusticia relativa, al paso que la injusticia de las primeras puede ser absoluta. Castigar el incesto, cometido sin violencia ni escándalo, es traspasar acaso las necesidades del orden público; pero á lo menos la ley castiga á un hombre moralmente delincuente. El incesto es un acto criminal de suyo, especialmente en línea directa; ni los tiempos ni los lugares cambian su naturaleza moral. No sucede lo mismo con el hecho de llevar armas. La prohibicion puede ser justa en un pais y en ciertas circunstancias sociales, vejatoria en otro Estado, y en un tercero injusta hasta rayar en cruel. Los inocentes pudieran verse espuestos por ella á los golpes de los malhechores; y cuando el poder no sabe afianzar la seguridad de los individuos, el deber le ordena no desarmarlos. La ley prohibitiva redundaria enteramente en beneficio de los malvados: quien medita un asesinato no titubea en infringir la ley que prohíbe el porte de armas.

Al abuso que se ha hecho de las leyes de policía debe atribuirse, en parte á lo menos, una opinion esparcida generalmente y tan peligrosa como equivocada á nuestro parecer. Consideráanse los actos prohibidos por estas leyes como indiferentes en sí mismos, y á las tales leyes como puramente arbitrarias, en el sentido de que no se apoyan en ninguna prohibicion del derecho natural; de donde se infiere que en la aplicacion de dichas leyes es menester, en cuanto sea posible, hacer uso de la interpretacion que se ha llamado restrictiva.

Esta opinion es resultado de una analisis incompleta del mal moral. Si por las particulares circunstancias del pais el orden público ó la seguridad particular se hallan comprometidos efectivamente por el acto mas inocente en la apariencia, la accion prohibida es inmoral de suyo, y la ley prohibitiva intrínsecamente justa. El autor del hecho prohibido es tan delincuente como aquel que, sin ninguna intencion positiva de homicidio, descargase una arma de fuego en un sitio concurrido. Negarlo es negar que la conservacion del orden público sea una obligacion moral.

Pueden, á la verdad, citarse gobiernos que han atribuido un mal relativo á actos que no eran de ningun modo perjudiciales al orden social, y aun que le eran ventajosos; pero los actos de la tiranía no son inconsecuentes contra la verdad de un principio.

Tambien puede observarse que es harto facil traspasar, con loable intencion, la medida del poder legítimo, cuando se trata de inscribir en la lista de los delitos actos que no producen mas que un mal relativo.

La observacion es justa, y solo prueba lo importante que es dar al poder legislativo todas las garantías convenientes para prevenir sus errores. Pe-

ro todo lo que se diga fuera de estas dos observaciones son declamaciones y sofismas. Asi que se ha hecho mal en sostener que debia siempre procurarse dar una interpretacion restrictiva á la ley penal para los delitos de esta clase. Lo repetimos, si la ley es la sincera expresion de las necesidades del orden social, si el mal relativo es verdadero, el acto prohibido es un delito moral y social al mismo tiempo. Eludir con sutileza la ley, es comprometer el orden público, es faltar á un deber.

Para graduar sanamente los ataques que el delito hace al orden social, es menester figurarse los efectos de la impunidad de cualquiera de las especies de delitos cuya posibilidad y frecuencia estan demostradas con datos históricos.

La mayor parte de los delitos son resultado de causas indicables.

Todo delito encuentra *obstáculos* que pueden prevenirle, independientemente de la ley penal.

Todo delito encuentra, en otras sanciones que las de la ley penal, una *represion* mas ó menos eficaz que puede impedir su repeticion.

La ignorancia, el juego, la holgazanería, la miseria, el abuso de bebidas fermentadas, las leyes relativas á la caza, las leyes de aduanas, la rápida baja de los jornales, la falta de ocupacion de los presidiarios cumplidos, la no otorgacion de justicia &c., son causas de numerosos crímenes. Un trabajo de estadística judicial hecho con exactitud, como el que se acostumbra hacer en Francia al fin de cada año, y que hemos procurado hacer imitar en Suiza, revelaría al cabo de ocho ó diez años las principales causas de los crímenes cometidos en cada Estado.

El delito puede encontrar, fuera de la ley penal, el obstáculo de la sancion moral, de la religion, de

la opinion pública, de la defensa individual y de la policia preventiva.

La censura, el deshonor, el remordimiento, la aversion de nuestros semejantes, la pérdida de las ventajas que proporciona una reputacion sin mancha, el temor de los odios que puede escitar el delito, y por último las reparaciones de la justicia civil, son otros tantos medios de represion independientes de la accion penal.

Estas causas, estos obstáculos, estos medios de represion, son mas ó menos numerosos, mas ó menos eficaces, segun el grado de civilizacion moral y material de un pueblo dado, segun la naturaleza y el grado de vigor de sus instituciones politicas.

Tales son los tres puntos á que deben referirse todos los resultados de cualquier trabajo emprendido con el fin de graduar el mal social de cada especie de delito. Una vez reconocidas, para un gran número de crímenes á lo menos, la fuerza y latitud de sus causas impulsivas, la fortaleza de los obstáculos y la de sus medios de represion independientes de la accion penal, se tendrá la expresion de la gravedad del trastorno que causaria en el orden social la impunidad del delito; se tendrá la expresion del mal relativo.

Estas indagaciones son una obligacion positiva para cada gobierno.

Es menester indagar las causas del delito para apartarlas, los obstáculos para no aminorarlos, los medios de represion independientes de la pena, para conocer su robustez y sacar de ellos todo el partido posible.

Pero nunca deben traspasarse los límites establecidos por la razon y la conveniencia general. En todo existe un derecho que se opone á la desmesurada latitud de cualquier medio protector, por legítimos que sean su principio y su medida. El poder social,

lo mismo que un individuo cualquiera, se ve muchas veces vacilante entre dos inconvenientes ó entre dos deberes, y está obligado á suspender la prosecucion de un bien ó el uso de un medio ventajoso, cuando su accion ataca un derecho ó perjudique á un deber de mayor importancia.

1.º Es menester apartar las causas del delito: una de ellas es la baja rápida de los jornales. ¿Quiere esto decir que el gobierno pueda obligar á los fabricantes á continuar una produccion ruinosa y á pagar el trabajo á mas de lo que justamente le corresponde en la reparticion del valor del producto?

Tambien la ignorancia es una causa de delitos. El gobierno puede desplegar su accion con grandísimo provecho para la instruccion pública, donde quiera que así lo reclame el estado de la sociedad. Justísimo es separar parte de las rentas públicas para atender á la enseñanza, justísimo es multiplicar las escuelas, asegurarse de la capacidad de los maestros, inducir á los padres á que sus hijos gocen del beneficio de la instruccion, recompensar á los discípulos aplicados y negar á los ignorantes ciertas capacidades politicas y civiles. Pero se traspasarían los límites regulares si á la fuerza se arrancaran los hijos á sus padres, si se les obligase á contribuir á los gastos de la instruccion con mas de lo que alcanzan sus medios, si, socolor de educar sus hijos, se violentasen sus opiniones religiosas y hasta politicas.

Pero en todo Estado legítimo, aun en los países en que el gobierno puede dejar de intervenir en la infraccion general, el poder social tiene sin embargo la obligacion positiva de cuidar de un género particular de instruccion que guarda una relacion directa con la eficacia preventiva de la ley penal.

Siempre que se trata de castigar actos cuyo mal

absoluto es casi nulo, ó inferior con mucho al mal relativo, el legislador debe buscar los medios de enterar á los ciudadanos de las circunstancias especiales y variables de que resulta el mal del delito, á fin de que puedan graduarse, y que la prohibicion del acto ó la gravedad de la pena no les parezcan caprichosas. La cantidad de la pena no es siempre suficiente advertencia. Háse abusado demasiado de la sancion penal; la escala de las penas es una medida en que no tienen confianza los pueblos. Esta instruccion especial es inútil respecto de las leyes militares. La vida de los campamentos da una educacion particular al soldado que basta para hacerle conocer lo que tienen de especial los delitos militares, y lo que crece la gravedad de los delitos comunes cuando son cometidos por la fuerza armada. En un pueblo instruido cuyas leyes son hechas por asambleas deliberantes, la discusion publica y los periódicos pueden suplir por igual razon la falta de otro medio cualquiera de instruccion. Empero no sucede esto en todas partes. Mas de una ley razonable ha sido reputada por tiránica, y éralo en efecto en su aplicacion, porque recaía sobre hombres que no comprendian su principio justificativo. Cuando solo se sabe tener en boca amenazas y no razones, ¿debe causar sorpresa que á uno le acusen de tiranía?

2.º Entre los *obstáculos* del delito, independientes de la accion penal, debe contarse en primer lugar la policia, como medio de gobierno.

La policia puede ser ejercida por reglamentos generales y por la accion individual de sus agentes.

En el primer caso, depende de la jurisdiccion de la justicia. Las reglas de policia componen parte de la ley penal, y hemos visto que si estas reglas son racionales, si las prohibiciones son verdadera es-

presion de las necesidades del orden público, su infraccion tiene todos los caracteres del delito.

En el segundo caso, se tiene lo que se llama propiamente policia; preventiva y judicial; proteccion del orden por la vigilancia, proteccion del orden por la pesquisa de los crímenes y sus autores.

La justicia humana tiene sus peligros; la policia propiamente dicha, convenimos en ello, tiene muchos mas. Es menos facil fijar reglas positivas á la policia y contener su accion en límites trazados con exactitud. Requiere una accion individual mas libre, mas continua y menos solemne que la de la justicia: no se deja plegar á las mismas formas, ni es susceptible de iguales garantías. Una censura sobrado rigida la paraliza, y nos parece muy dudoso que jamas se llegue á dirigir y contener de un modo satisfactorio la accion de la policia con reglas positivas y generales. Siempre tendrá muy poca ó demasiada libertad. La verdadera salvaguardia contra los excesos de la policia preventiva solo puede existir en el espíritu general del pais, en las formas de su gobierno, en la publicidad de las discusiones legislativas y judiciales, y en la libertad de imprenta. Donde quiera que existen tales garantías, la policia no puede ser por mucho tiempo embarazosa, ni vivir corrompida, ni usurpar de un modo duradero las atribuciones de los tribunales. Lo esencial consiste en establecer claramente, y sin restriccion, este principio absoluto y directivo en materia de policia, que nada le corresponde á ella definitivamente, y que su accion sobre las personas y las cosas no puede ser sino momentánea y provisional. Es evidente que este principio no comprende los casos de defensa legitima, ora personal, ora pública.

Por lo demas, cualesquiera que sean las dificul-

tades que ofrece la organizacion de la policia propia-mente dicha, ningun Estado puede mantenerse sin este medio de proteccion; todo gobierno es responsable, á lo menos moralmente, de los crímenes y de los desórdenes que hubiera podido evitar con la ayuda de una policia compatible con las libertades públicas y la seguridad individual.

3.º La tercera restriccion es evidente de suyo. Y en primer lugar el orden social no se resiente notablemente de resultas de algunos hechos que, encontrando otros *medios de represion* que la ley penal, solo se reproducen en raras ocasiones.

Un delito de esta naturaleza debe sin embargo ser objeto de una sancion penal, en dos casos por lo menos: primeramente, si la impunidad del hecho de que se trata ofendiese la conciencia pública y la pusiera en estado de hostilidad contra el poder; en segundo lugar, si el delito, aunque raro, fuera susceptible de propagarse quedando impune.

Pero tambien hay actos perjudiciales que, aunque frecuentes, estan sin embargo bastante reprimidos por otros medios que la ley penal. El pago de las deudas es seguramente uno de los deberes requeribles, y no pagarlas es un delito, cuando esto es efecto de una resolucion maliciosa. Hay en ello *dolus et damnum*. Empero basta la accion civil en el mayor número de casos para la proteccion de los acreedores, cualquiera que sea por otra parte la inmoralidad del deudor. Cuando la justicia civil es impotente, aun suponiendo que su impotencia no proceda de un vicio de la ley ó de un hecho imputable al mismo acreedor, no puede aplicarse con justicia y ventaja para el orden público una pena propiamente dicha, sino á aquellos deudores á quienes se pueda convencer de mala fé ó de operaciones fraudulentas

en perjuicio de sus acreedores. Castigase entonces un hecho especial, calificado de estelionato, de abuso de confianza, de sustraccion fraudulenta, bancarrota, á otro delito cualquiera, no el hecho mero y simple de la no satisfaccion de la deuda.

En virtud de estos principios podemos preguntar: ¿Qué es la pena de arresto aplicada al deudor á instancia del acreedor por toda clase de deudas, en algunos paises, y en otros por algunas solamente de cierta especie?

Esta prision no es un acto de justicia penal, á causa de ser aplicada en virtud de la simple prueba de la satisfaccion de la deuda, sin ningun juicio previo acerca de la culpabilidad del deudor.

No es una reparacion, supuesto que el encaramiento del deudor no trae ninguna ventaja pecuniaria al acreedor: el preso no está obligado á trabajar á fin de amortizar la deuda con el producto de su trabajo.

La prision del deudor solo puede justificarse como medio *indirecto* de reparacion, como un mal impuesto para obligar á *hacer*. No nos toca examinar hasta qué punto este medio es legítimo en sí, y cuáles son los corolarios derivados del principio de que no es un verdadero castigo, ni una reparacion directa del perjuicio padecido por el acreedor.

Teniendo en cuenta todas estas consideraciones al graduar el mal relativo, el cálculo no es sin embargo enteramente exacto. Hay que hacer una rebaja, la de los inconvenientes y peligros de la justicia humana; inconvenientes y peligros que no son los mismos para cada especie de delito, en toda aplicacion de la ley penal.

No hablamos de la justicia criminal de ciertos paises. Esta previene los delitos, como una cuadrilla

de bandoleros apostados en un bosque impide que nadie vaya á pasearse allí: asusta igualmente á los hombres de bien y á los hombres inmorales, y oprime y despoja en igual grado á los unos y á los otros.

Pero no hay que lisonjearse de poder establecer una organizacion judicial y un sistema de procedimientos tales que pongan á la justicia humana á cubierto de toda falta; es imposible que, si quiere evitar todo riesgo de cometer errores de gravedad, no sea en ciertos casos impotente; por último, en toda accion penal, aunque sea justísima, hay necesariamente cierta cantidad de mal material que recae sobre inocentes. *Riesgo de errar, impotencia, padecimiento de los no culpables*, tales son los tres principales inconvenientes de la justicia humana. El legislador tiene el deber de hacerlos tan leves como le sea posible; pero quitarlos enteramente es empresa superior á sus fuerzas.

Menester es pues hacer mérito de ellos al estimar el mal social del delito, ó lo que viene á ser lo mismo, al estimar la ventaja de la accion penal. La justicia humana debe abstenerse de obrar, cuando su intervencion, *aunque justificada por el delito*, fuese contra el fin que se propone.

CAPÍTULO X.

De la moralidad del agente, ó de la imputabilidad.

El mal del delito, considerado en sí, constituye la moralidad del acto.

Pero si el autor del hecho señalado y prohibido por la ley penal no es un agente responsable y moral, no hay en tal caso ni infraccion de un deber, ni mal material ocasionado por un delito.

Cae una teja y le rompe la cabeza á uno que pasaba;

Varios lobos devoran parte de un rebaño;

Un niño pone fuego á una casa.

La justicia se mantiene pasiva, porque no encuentra agentes responsables.

Atentar á la vida de los que pasan por la calle, destruir la propiedad ajena, es un mal; pero este no puede achacarse mas que á un agente que sepa lo que ha hecho y lo haya querido hacer.

La conciencia humana exige tres condiciones para que un agente sea responsable:

Que el agente haya podido conocer la existencia del deber, la naturaleza del acto considerado en sí mismo;

Que haya entendido que su hecho era susceptible de quebrantar tal deber;

Que haya sido libre de cometerle ó abstenerse de él.

La teja ha sido arrojada por un hombre; las ovejas han sido presa de unos perros escitados por un cazador; el niño tiene ya de diez á doce años de edad.

Entonces empieza la justicia á ejercer su ministerio.

Los hechos estan enlazados con la accion de un hombre, y puede encontrar un agente responsable.

Porque el hombre, ser *inteligente*, puede conocer, cuanto lo permite al menos la humana imperfeccion, la naturaleza, el fin y las consecuencias de estas acciones; *libre*, es dueño de dirigir ó suspender el ejercicio de su voluntad, de aplicarla mas bien á un objeto que á otro; es dueño de obrar, de no obrar, de escoger.

De la inteligencia y de la libertad resulta la mo-

ralidad de las acciones del hombre, la *imputabilidad* de ellas.

Es responsable de sus acciones injustas ante la justicia absoluta, en la esfera del orden moral.

Es responsable ante la justicia humana, en los límites del orden social.

Como la moralidad del acto depende de la naturaleza del deber y del principio obligatorio que encierra, es una cuestión susceptible de ser resuelta en la ley, por fórmulas generales. La moralidad del agente, aunque enlazada también con los principios eternos de justicia, es no obstante una cuestión individual y judicial de suyo; nunca podrá decidirse por fórmulas generales, *à priori*, si este ó aquel agente es ó no responsable, si verdaderamente ha podido comprender el deber y si ha tenido intención de infringirle.

Cualquiera que sea la moralidad de un acto considerado en su especie, ningún hecho particular es un delito sin la moralidad del agente; cualquiera que sea la moralidad del agente, no puede imputarse un acto criminalmente si este no encierra la infracción de un deber.

Menester es pues, para que una acción prohibida sea *punible*, que sea *imputable*, ó lo que es lo mismo, producida por el *concurso de la inteligencia y de la libre voluntad del agente*.

La *imputabilidad* corresponde pues á las acciones espontáneas de los seres inteligentes y libres.

La *imputación* es una declaración de imputabilidad aplicada á un acto determinado, como obra de un individuo particular. Es la conciencia aplicada á los demás, un juicio.

El homicidio está prohibido. Vemos á un hombre armado con una escopeta cargarla con bala, a-

puntar á otro hombre, tirar del gatillo y matarle. Nuestra conciencia pronuncia: El hombre que ha disparado el tiro es culpable de homicidio.

Porque viendo que es un hombre el perpetrador del hecho, inferimos de ahí que tiene la misma condición que nosotros, que en su consecuencia ha debido saber, como nosotros lo sabemos, que el homicidio es un acto ilícito y que su hecho sería causa de un homicidio; por último, habiéndole visto en circunstancias en que nosotros hubiéramos sido libres de disparar ó no la escopeta, inferimos que ha obrado libremente, que es causa del homicidio por una libre determinación de su voluntad y que es responsable de él.

Se ha intentado sujetar la imputabilidad ante la justicia humana, la imputabilidad política, á otros principios que los que gobiernan la imputabilidad moral.

Esta malhadada tentativa era una consecuencia del sistema de la *violencia moral*, sistema que hemos examinado al tratar de la *defensa indirecta*. Habiendo resuelto los partidarios de este sistema considerar á la libertad humana como un hecho de que no debe hacer mérito el legislador, ya sea cierto, ya sea falso, han tenido que fundar la doctrina de la imputabilidad política sobre otra base que la de la responsabilidad moral. Obtienen sin embargo, preciso es confesarlo, resultados bastante análogos, porque sientan el principio que el acto no es punible sino cuando la amenaza y la sanción penal han podido causar en el agente una impresión capaz de impedirle que cometiera el acto de que se trata.

Empero esta impresión no puede tener lugar cuando el agente no ha podido conocer, ya la ley penal, ya la naturaleza y consecuencias del acto que iba á cometer.

Por igual razon no puede producirse esta impresion ni hacerse esta violencia moral cuando el agente está sojuzgado por impresiones contrarias sobrado fuertes, y que la esperiencia comun haya hecho ver que son irresistibles.

Para que la aplicacion de la ley penal sea legitima, segun el sistema de que hablamos, se requiere que el legislador pueda inducir por medio de amenazas á esa máquina dotada de la facultad de sentir, que se llama hombre, á abstenerse del acto prohibido.

En el sistema que seguimos se requiere que el acusado haya podido, en los límites de las fuerzas de la humanidad, resolverse á conformar sus acciones con los preceptos de la ley.

Facil es comprender que los resultados de estos dos principios son idénticos hasta cierto punto. Por uno y otro la pena es inaplicable á los niños, á los locos, á los actos cometidos equivocadamente &c.

Pero no es menos facil ver hasta dónde nos conduciría el principio puramente artificial que acabamos de indicar, si nos propusieramos seguirle en todas sus consecuencias.

En el capitulo de la *defensa indirecta* indicamos muchas de ellas. Solo añadiremos ahora una observacion que tiene una relacion mas íntima con la imputabilidad.

Todos conocen que las heridas provocadas por graves violencias deben ser castigadas con una pena menor que la reservada á las heridas voluntarias, y menor todavia que las premeditadas. La distincion es tan justa como razonable, cuando se admiten los principios reconocidos sobre la responsabilidad moral. Pero, en el sistema contrario, solo hay que establecer esta cuestion: ¿Podía la ley impedir las heridas

provocadas con la amenaza de una pena? Si no lo podia, no debe aplicarse pena alguna: es menester tratar al hombre provocado como si fuera un niño ó un maniático; si lo podia, no es fundada ninguna mitigacion de la pena. Por el contrario, debe acrecentársela para que pueda contrabalancear las peligrosas impresiones ocasionadas por la provocacion. Digase á un hombre colérico: "Anda con cuidado, porque irás á la carcel por dos años;" acaso responderá que nada se le da de ello. Pero si una voz solemne le gritase: "Quien te espera es el verdugo;" quizás detendria el brazo dispuesto ya á herir. Si esta amenaza es tambien impotente para contenerle, entonces será menester dejar impune á este hombre para guardar consecuencia con el principio.

Pero ya es tiempo de echar á un lado un sistema en que se hace profesion de no contar para nada un hecho de conciencia tan esencial como la libertad humana. No es lícito mutilar de este modo á la humanidad para comodidad de los fabricantes de leyes.

Cuando coinciden la imputabilidad moral y la imputabilidad política, la accion de la justicia humana no encuentra obstáculos ni debe temer la censura. Pero esta coincidencia no existe siempre al parecer.

La imputabilidad moral resulta del conocimiento de lo que de suyo es malo;

La imputabilidad política ó legal resulta de la existencia de la ley penal.

Puede suceder que una accion inmoral no esté prohibida por el legislador;

Puede suceder que el legislador haya prohibido un hecho injusto, pero tal que su injusticia no esté patente á los ojos del público.

Mas de una vez ha acontecido que descarriado el legislador ha impuesto una sancion penal á un acto lícito, y aun al cumplimiento de un deber.

En el primer caso, no hay imputabilidad legal. Cuestion es de legislacion práctica saber si el poder social de un pais dado ha obrado cuerdamente en no inscribir este ó aquel hecho en el catálogo de los delitos.

En el segundo caso, lo hemos dicho ya, el legislador tiene la obligacion de no perdonar ningun medio de esclarecer á la opinion pública sobre la naturaleza inmoral y nociva del acto prohibido.

El tercer caso es la lucha de la ley positiva con la justicia. ¿Hay imputabilidad política en aquel que infringe la ley? ¿hay imputabilidad moral?

Es preciso, á nuestro entender, hacer una distincion entre la ley positiva que prohíbe sin razon una accion agradable, y aquella que prohíbe el cumplimiento ó prescribe la violacion de un deber.

En el primer caso, habria imputabilidad moral, derivada, no del hecho considerado en sí mismo, sino del menoscabo que toda infraccion de la ley causa al orden público que hay deber de respetar.

En el segundo no habria imputabilidad moral. Colocado el hombre entre dos deberes, está obligado á obedecer aquel que es mas imperioso para su conciencia. ¿Por qué se le habia de imputar esta eleccion, especialmente cuando es otro quien tiene la culpa de que se vea en tan dura necesidad? ¿Recaía imputabilidad moral sobre los generales franceses que no mandaban fusilar á los emigrados sorprendidos por sus tropas en paises extranjeros? Creían cumplir un deber sagrado, y todas las conciencias que no estaban descarriadas respondian á su noble intencion.

Si se tratase solo de una ley que embarace inútil é injustamente nuestra actividad individual, es menester someterse á ella mientras que se consigue abolirla por medios legítimos.

¡Honor empero á quien sabe arrostrar los peligros de una accion judicial y los padecimientos de un castigo legal, por no obedecer una ley que le ordena infringir un deber!

Nótese sin embargo que estas divergencias entre la imputabilidad moral y la imputabilidad política no son mas que aparentes. La diferencia no está en la moralidad del agente, sino en la del acto. En todo caso, el agente debe tener conciencia de lo que hace; su acto debe ser un resultado de su inteligencia y de su libertad.

¿Quiere esto decir que un acto ilícito, cometido con el concurso de la inteligencia y de la libertad del agente, sea siempre en igual grado criminal, en igual grado punible? ¿No es susceptible la culpabilidad de ser mayor ó menor? Y primeramente, ¿cuál es el principio en cuya virtud, modificándose la imputabilidad en alguno de sus elementos, crece ó mengua la culpabilidad del agente, y aun puede desaparecer enteramente, á los ojos de la justicia humana por lo menos?

Estas cuestiones serán materia de los capítulos siguientes. Primero indagaremos el principio que modifica la moralidad del agente, y luego trataremos de seguirle en sus diversas aplicaciones.

CAPÍTULO XI.

Imputabilidad ; modificacion de la imputabilidad ; resumen general.

Acabamos de considerar la imputabilidad en sus

mas simples elementos , y hemos visto que basta que uno de ellos desaparezca para no haber imputabilidad. Esta es la *imputabilidad* propiamente dicha.

Pero como la hay luego que han concurrido la inteligencia y la voluntad, como consiste solo en *saber* que el acto que se va á cometer está prohibido , y en *quererle* no obstante cometer , presentan ya imputabilidad propiamente dicha los mas leves delitos, aun los cometidos por un arrebató instantáneo y en medio de la violencia de una pasión. Un golpe dado en un acceso de cólera , provocado con vehemencia por la persona dañada , es un acto *imputable* ; porque no puede afirmarse que la provocacion haya quitado la conciencia del mal á la persona provocada. Por lo que hace á su voluntad , la provocacion es quien la ha puesto en movimiento. Sin embargo, el hombre provocado era libre de obrar ó no. Esta libertad es un hecho de conciencia, un hecho atestado tambien por la conducta de los que resisten á tales provocaciones , porque han aprendido mejor á dominar sus pasiones y á respetar el deber. Por último , el hombre mismo que cede á la provocacion conoce que ha hecho un mal ; lo conoce en el momento mismo en que la pasión le arrastra al delito, y apenas le ha consumado cuando se arrepiente de él ; encuéntrase descontento de sí mismo.

Hay pues imputabilidad en ello.

Pero dése el golpe á sangre fria , acompañasele con injurias y se vicia ; agraven el crimen principal otros crímenes accesorios ; la conciencia universal clama entonces contra el matador.

Sin embargo, la culpabilidad especial de este acto no es tampoco mas que un resultado de la inteligencia y voluntad del agente. Pero aquel que comete la culpa por un movimiento instantáneo , solo ha tenido la

cómprension del crimen , el asesino ha puesto en él toda su reflexion. Su inteligencia ha examinado despacio todos los obstáculos legales y morales que habia para la ejecucion del crimen ; el clamor de la conciencia , la voz de la religion , las amenazas de la ley se han hecho oír sucesivamente : su voluntad ha saltado todas las barreras , arrostrado todos los riesgos , y el crimen ha sido consumado. Mientras que en el acto instantáneo la idea del crimen no ha hecho mas que pasar por el ánimo del agente al través de la nube de la pasión , en el acto premeditado ha podido ser mirada de frente por el criminal ; ha podido revestirse de todas sus formas , rodearse de todos sus terrores , y poner en claro todos los peligros que acompañan al crimen. La sociedad se alarma con razon de semejante fechoría ; y olvidando la indulgencia que ha podido manifestar al hombre que se ha visto precipitado al crimen , despliega contra el asesino una justa severidad. Por igual razon es delincuente aquel que , acosado por una desgracia inminente, y sin mas medio de evitarla que un delito , se determina á cometerle. Ha escogido el mal. Pero el segundo elemento de la imputabilidad , la deliberacion , no ha tenido mas que el grado de responsabilidad estrictamente necesaria para hacer al agente responsable de su accion. Su resolucion habria sido mucho mas delincuente , si hubiese tenido en su mano medios lícitos de evitar el peligro , y hubiese preferido sin embargo el arbitrio criminal.

Así pues la culpabilidad , bajo el punto de vista de la inteligencia , es proporcional al número de obstáculos que la reflexion ha tenido tiempo de reconocer ; bajo el punto de vista de la voluntad , lo es el número de medios intachables de accion que se presentaban al agente. Inútil es advertir que , si distin-

guimos así el influjo que ejercen las diversas facultades del alma, es solo para deducir fórmulas más determinadas.

Además de la culpabilidad que casi podríamos llamar *elemental* y es indispensable para que el hecho sea tachado de crimen, hay pues otra que puede llamarse *especial*.

Considerada únicamente en sus relaciones con una acción particular, se manifiesta las más veces bajo dos formas, por el modo de llevarse á efecto el crimen y los crímenes accesorios al delito principal. El asesinato cometido á sangre fría, ó por medio del veneno, el homicidio precedido de ultrages al puñal ó seguido de robo ó incendio, son ejemplos de ello. Ahora bien, el carácter distintivo de estos actos es la reflexión, supuesto que todos suponen un intervalo de tiempo más ó menos largo entre el pensamiento criminal y el acto que remata la consumación del crimen.

Pueden á la verdad citarse ejemplos de delitos complejos que no parecen haber sido efecto de la reflexión, sino una sucesión de movimientos, irreflexivos ó instantáneos todos ellos. Cométese un homicidio en un arrebato de cólera; el matador, espantado de su crimen y embarazado con el cadáver, encuentra lumbre á la mano, arroja un tizon en un monton de materias combustibles, y huye. Hay aquí dos movimientos instantáneos, dos percepciones rápidas, independientes entre sí, y que no agravan al parecer el crimen con ninguna perversidad especial. Son un homicidio y un incendio no premeditados.

Asimismo, no es difícil figurarse un envenamiento sin premeditación en el acto de un criado que, provocado gravemente por su amo cuando le iba á

dar una pócima, y encontrando á mano un brebaje que puede causar la muerte en demasiada dosis, echa en la copa lo que estaba destinado á ser tomado en cinco ó seis días. Estas escepciones prueban que el legislador que quiere resolver todas las cuestiones relativas á la moralidad del agente con hechos particulares, generalizados á arbitrio, no puede menos de incurrir en graves errores.

Pero nuestra observación queda en pie, tomándola como una advertencia propia para esclarecer este punto y servir ventajosamente de dirección á los jueces de hecho. El modo de ejecutar el delito, y los crímenes que preceden, acompañan ó siguen al crimen principal, es lo que debe llamar la atención, cuando se quiere reconocer si hay culpabilidad especial en el acto imputado.

Nótese que decimos culpabilidad especial en el crimen de que se trata, porque no es nuestra intención hablar de la mayor ó menor inmoralidad habitual é interna del agente.

Puede suceder que un hombre profundamente inmoral solo cometa un delito leve, y que este delito no haya sido en ningun concepto premeditado.

Puede suceder que un hombre, menos corrompido que el anterior, cometa sin embargo un crimen con el carácter más pronunciado de culpabilidad.

La justicia social no puede estimar más que los actos especiales sometidos al imperio de sus leyes.

Solo bajo este punto de vista descende á graduar la moralidad del agente.

Á ella no le toca graduar el merecimiento y desmerecimiento absolutos. Quien ofende á la moral en la parte que la ley penal no ha apoyado con su sanción, y quien no respeta la ley más que por motivos de interés, no tienen nada que temer de la jus-

ticia humana. Esta no tiene derecho ni interés para castigarlos.

Solo tiene derecho de castigar el mal imputable; tiene derecho é interés para castigarle proporcionando la pena á la gravedad del mal, y al grado de culpabilidad revelado por el acto particular. Pero no puede ni estaria en su mano pedir cuenta de toda su vida al hombre; no debe pedirle cuenta sino de las infracciones que ha cometido contra los derechos ajenos sancionados por la ley penal.

Resumamos: es menester no confundir la *imputabilidad* propiamente dicha con la *culpabilidad especial* en este ó aquel caso, de este ó aquel delincuente, ni á esta última con la *perversidad*.

No hay delito sin la primera, al paso que la segunda no es una condicion esencial del crimen; la tercera no es de la jurisdiccion de la justicia humana.

En la *culpabilidad especial* hay tres grados hablando rigurosamente; no hay ninguno en la *imputabilidad* propiamente dicha.

Ha habido ó no concurso de la inteligencia y de la libertad, conciencia del acto cometido y voluntad de cometerle. No cabe lo mas ni lo menos.

Al fallar sobre la *imputabilidad* propiamente dicha, se decide si el acusado es culpable; al fallar sobre la *culpabilidad especial*, se declara el grado de su criminalidad individual.

FIN DEL TOMO PRIMERO.

ÍNDICE DEL TOMO PRIMERO.

INTRODUCCION.

	Pág.
Capítulo I. <i>Del sistema penal y de su influjo sobre la sociedad.</i>	9
I. <i>Influencia política.</i>	12
II. <i>Influencia moral.</i>	13
Cap. II. <i>Obstáculos á la perfeccion del sistema penal.</i>	20
I. <i>De las relaciones del sistema penal con la civilizacion.</i>	31
II. <i>Ojeada sobre el estado actual de la legislacion penal.</i>	38
III. <i>De los obstáculos que á la perfeccion del sistema penal oponen ciertas formas del poder político.</i>	60
Cap. III. <i>De los medios de apartar los obstáculos que se oponen á la perfeccion del sistema penal.</i>	65
Cap. IV. <i>Conclusion.</i>	77

LIBRO PRIMERO.

BASES DEL SISTEMA PENAL.

Capítulo I. <i>Derecho de castigar.—Planteo de la cuestion.</i>	83
Cap. II. <i>Nociones fundamentales.</i>	85
Cap. III. <i>Sistemas varios.</i>	89
Cap. IV. <i>De la doctrina del interés considerado como origen del derecho de castigar.</i>	91
Cap. V. <i>Del interés individual.</i>	94
Cap. VI. <i>De la utilidad general.</i>	109
Cap. VII. <i>Resúmen.</i>	121
Cap. VIII. <i>Del derecho de defensa considerado como origen moral del derecho de castigar.</i>	124
Cap. IX. <i>De la defensa indirecta.</i>	133
Cap. X. <i>Si el derecho de castigar es un derecho</i>	

natural que pertenece á todo hombre en el estado extra-social. 150

Cap. XI. *Si el derecho social de castigar es resultado de un convenio.* 162

Cap. XII. *Derecho de castigar.— Su origen.* 164

Cap. XIII. *Justicia penal; su fin, límites y condiciones.* 194

LIBRO SEGUNDO.

DEL DELITO.

Capítulo. I. *Del delito en general.* 207

Cap. II. *Del mal causado por el delito.* 222

Cap. III. *Del mal puramente moral.* 224

Cap. IV. *Del mal misto.* 227

Cap. V. *Del mal misto hecho con detrimento de la sociedad ó de los individuos.* 228

Cap. VI. *De la valuacion legislativa del mal del delito.* 229

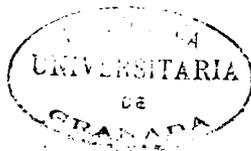
Cap. VII. *Valuacion del mal moral absoluto.* 232

Cap. VIII. *Graduacion del mal material absoluto.* . . 238

Cap. IX. *Graduacion del mal relativo ó variable.* . . 260

Cap. X. *De la moralidad del agente, ó de la imputabilidad.* 274

Cap. XI. *Imputabilidad; modificacion de la imputabilidad; resúmen general.* 281



10

11

12

13

14

15

16

17

18

19

20