

que a su vez reclama la ley moral. Así, la prescripción de la acción pública, está dictada evidentemente por esta consideración: de la misma manera, el que ha tratado de cometer un delito y ha comenzado su ejecución, pero abandona voluntariamente su proyecto, ante la ley moral, es culpable y merece una pena: pero la ley penal le perdona, á fin de alentar su arrepentimiento, pero por un interés social.

Véase pues por este ejemplo, que podría multiplicar, que la idea de utilidad juega un papel importante en las legislaciones penales. Será necesario decir por lo mismo, con Mill, que la justicia, quita el nombre adecuado á ciertas utilidades sociales, que son mucho más importantes, más absolutas, más imperativas, que todas las demás de la misma especie? ¿Es verdad que el legislador no debe inspirarse en un derecho natural, sólo en interés de la sociedad, que ha creado el derecho, apoyándolo en la pena, que según Bentham, «distribuye entre los miembros de la sociedad los derechos y las obligaciones?»

CAPÍTULO XIX

EL UTILITARISMO Y LA PENA

Las diversas teorías deterministas que acabo de examinar, apartando la idea de la responsabilidad moral, separan por consecuencia la idea de justicia, y buscan únicamente en la utilidad social, el fundamento de la penalidad. Esta doctrina de la utilidad, no es nueva: fué formulada ya en la antigüedad por Epicuro, y sostenida en los tiempos modernos más especialmente en Inglaterra, por Bentham y Stuart Mill, espíritus poderosos, ingeniosos, en quienes la rectitud de criterio no está desgraciadamente á la altura de sus ideas.

No puedo apreciar á Bentham como moralista: la crítica de sus teorías filosóficas ha sido hecha ya y tan bien, que no puedo pensar en hacerla aquí. En moral, la doctrina de Bentham subleva tanto la conciencia, que me explico la severidad de Jouffroy y Macaulay, que la apreciaron. Pero en legislación, por incompleta que sea, dista mucho de ofrecer los mismos peligros. La teoría de la utilidad general, que es falsa en moral, tiene una gran parte de verdad en legislación: el legislador se preocupa mucho y con razón, de la utilidad de los preceptos que impone. La ley no debe prohibir y castigar sino aquellos actos que dañan á la sociedad: la pena señalada por la ley no es legítima, sino en cuanto es necesaria: si puede reemplazarla por una sanción civil, por la simple reparación del perjuicio, no tiene ya razón de ser. En ciertos casos, la

consideración de la utilidad social detiene las investigaciones, que á su vez reclama la ley moral. Así, la prescripción de la acción pública, está dictada evidentemente por esta consideración: de la misma manera, el que ha tratado de cometer un delito y ha comenzado su ejecución, pero abandona voluntariamente su proyecto, ante la ley moral, es culpable y merece una pena: pero la ley penal le perdona, á fin de alentar su arrepentimiento, pero por un interés social.

Véase pues por este ejemplo, que podría multiplicar, que la idea de utilidad juega un papel importante en las legislaciones penales. Será necesario decir por lo mismo, con Mill, que la justicia, quita el nombre adecuado á ciertas utilidades sociales, que son mucho más importantes, más absolutas, más imperativas, que todas las demás de la misma especie? ¿Es verdad que el legislador no debe inspirarse en un derecho natural, sólo en interés de la sociedad, que ha creado el derecho, apoyándolo en la pena, que según Bentham, «distribuye entre los miembros de la sociedad los derechos y las obligaciones?»

Para los utilitarios, lo que es justo, es lo que manda el legislador: la injusticia es la violación, de la legalidad. «Antes que hubiera gobierno en el mundo, dice Hobbes, no había justo ni injusto, porque la naturaleza de las cosas es relativa con el precepto que las precede. La justicia ó la injusticia, vienen del que gobierna, de suerte que los reyes legítimos hacen una cosa justa el mandarla, é injusta el prohibirla.» (De Cive, cap. XII, párr. 1.) Es la teoría expuesta por Glaucón en la *República* de Platón. «Se llama justo y legítimo lo que estableció la ley.» (L. II.) Stuart Mill, hace también derivar la idea de la justicia, de la conformidad con la ley. Pero, ¿no es más bien lo contrario de la verdad? ¿No es la ley positiva, la que resulta de la noción anterior de la justicia natural? Cuando los primeros legisladores promulgaron las leyes, era necesario que tuviesen la idea, de que tal acto era injusto y dañoso, que debía ser prohibido, que tal otro podía ser permitido. ¿Es posible decir, que el homicidio, el robo, sólo son injustos porque han sido prohibidos; que su criminalidad proviene de las prohibiciones legales: que antes que fuesen prohibidos por la ley positiva, no era injusto el matar y el robar? El legislador no crea lo justo ni lo injusto, no hace sino proclamarlo, sancionarlo. No es porque la ley positiva castiga el robo, el homicidio, el que estos constituyan delito, sino que lo son, y castigados, porque

vulneran los derechos de la sociedad y los de los ciudadanos. «¿Si no hubiese habido en Roma, bajo el reinado de Tarquino, ninguna ley escrita contra el adulterio, se sigue de ahí, que Sexto Tarquino no hubiese violado á Lucrecia, hija de Trecipitino, con menosprecio de la ley eterna? No, existía ya la razón emanada de la naturaleza de las cosas, que impulsa al bien y rechaza el mal: aquella no empieza á ser ley, el día en que se escribe, sino desde el día en que nace; luego es contemporánea de la inteligencia divina. Así la ley verdadera y primitiva, teniendo carácter para mandar y para prohibir, es la recta razón de Júpiter supremo.» (Cicerón, *Las leyes*, l. II, párr. 4.) Esta idea, de que sobre los preceptos del legislador, hay una justicia superior que emana de Dios, y en la cual debe inspirarse la justicia social, había sido expuesta, como es sabido, por Sócrates y por Sófocles. «¿Conoceis Hippias, dice Sócrates, leyes no escritas? ¿Diréis que son los hombres los que las han traído? ¿Y cómo lo diré, toda vez que no han podido congregarse todos en un mismo lugar, y no hablan una misma lengua? ¿Quién creéis que ha traído las leyes? Son los dioses que las han prescrito á los hombres.» (Xenofonte, *Memorias de Sócrates*, l. IV, cap. IV.) «Estas leyes no escritas, pero imperecederas, emanadas de los dioses, son eternas.» (Sófocles, *Antígono*.)

Un acto prohibido por el legislador, no es injusto porque esté prohibido, sino que la prohibición depende de ser el acto injusto por sí y dañoso á la sociedad. «Si las voluntades de los pueblos, los decretos de los jefes del Estado, y las sentencias de los tribunales, estableciesen el derecho, el robo sería legítimo, como el adulterio y los testamentos falsos, desde el momento en que obtuviesen el apoyo de los sufragios de la multitud.» (Cicerón, *Las leyes*, l. I, párr. 16.) ¿Sería esto posible? Luego, no es verdad que la ley sea la que crea lo justo y lo injusto, puesto que, antes de la prohibición de la ley positiva, era injusto robar, cometer adulterio y falsificar testamentos. «Como todos los hombres están de acuerdo por una especie de inspiración divina, hay cosas que serían naturalmente justas, aunque los hombres no se hubiesen reunido en sociedad.» (Aristóteles, *Rética*, l. I, cap. XIII.) Las leyes penales sin duda alguna, fortifican el sentimiento de la justicia, y desarrollan el de la reprobación que surge de la conciencia contra los actos injustos: pero al castigar los actos que atacan á la vida, á la propiedad, á la honra de los ciudadanos, no hacen sino prohibir actos pro-

hibidos ya por la ley natural. «Decir que no hay nada justo ni injusto, sino lo que establecen las leyes positivas, es decir, que antes de trazar el círculo, los rayos no eran iguales.» (Montesquieu, *Espíritu de las leyes*.)

Por lo que se refiere á los delitos más graves, es evidente que la ley no castiga tan solo los actos dañosos á la sociedad, sino también los actos contrarios á la ley moral. Pero, replican los utilitarios, hay un gran número de actos que son penados, aunque no se hayan cometido con intención criminal, en particular el homicidio y las lesiones involuntarias, la mendicidad, la vagancia, las infracciones de las leyes sobre el ejercicio de la medicina y la farmacia, las faltas de simple policía, las infracciones de las leyes fiscales, etc., etc. ¿En qué, por ejemplo, el autor de un homicidio involuntario, ha violado la ley moral? ¿No es penado tan solo en un interés social, por razón del perjuicio que cause? En un capítulo precedente, he demostrado ya que es castigado no solo por este perjuicio, sino por razón de la culpa que ha cometido. La imprudencia que causa la muerte de un hombre, constituye una culpa, que debe ser castigada. «La razón está, en que la sociedad exige que obremos con tanta cordura, con tanta circunspección, que nuestros actos no tengan nada de peligroso respecto á los demás hombres.» (Bourlamaqui, pág. 85.) Obsérvese bien, que es necesario no confundir el homicidio involuntario, con el homicidio accidental, casual; este no puede ser castigado porque no hay culpa de ningún género. La ley romana hacía ya esta distinción: «No es castigado el que ocasiona algún quebranto por accidente, sino hay culpa ni dolo por su parte.» (Gayo, III, párr. 211.) Al contrario: «Se considera que ha matado injustamente, aquel que ha obrado con dolo ó culpa de su parte.» (*Ibid.*) La exposición de motivos del artículo 319 del Código penal dice también: «Si el homicidio ha sido causado involuntariamente por efecto de circunstancias fortuitas ó desgraciadas, que no signifiquen ninguna negligencia é imprudencia por parte de su autor, este homicidio casual, es un accidente y no un atentado: es tan extraño á la voluntad, como á la posibilidad de la previsión: no presenta el carácter de crimen ni de delito.»

Insisten á su vez los utilitarios y objetan, «que con frecuencia y razón, se castiga al hombre que ha cometido un acto dañoso, malo, ilegal, ignorando que lo fuera y creyendo obrar

bien. Las leyes arbitrarias, como por ejemplo las leyes de aduanas, los reglamentos de las administraciones locales, se aplican todos los días, contra personas que no los conocen, y por consiguiente que no han creído obrar mal (1).» Es cierto, que en materia de faltas, el contraventor puede ser penado únicamente por razón del hecho material: la ley no exige en estos casos una intención dolosa, pero *presume la culpa* y supone que el agente obró voluntariamente. Si esta voluntad presunta no existiese, si está excluida por una fuerza mayor, la simple falta de policía dejaría de ser punible. Lo mismo sucedería si el delincuente, por efecto de un acto de demencia, no fuese responsable. Así en materia de faltas, ó de infracciones de las leyes de aduanas y contribuciones directas, no deja de existir el elemento moral. Desde el momento en que para proteger á la industria nacional, ó para obtener los recursos necesarios al sosten de los servicios públicos, el legislador ha impuesto derechos á las mercancías extranjeras introducidas en Francia, el deber de los ciudadanos está, en conformarse con estos preceptos: y el que los quebranta, desconoce un deber social. La sociedad aumenta el número de los deberes del hombre; no pudiendo este vivir sino en sociedad, contrae obligaciones particulares respecto al cuerpo social. Las contravenciones á las leyes fiscales, son con razón castigadas, porque contienen la violación de un deber social.

Tan solo debe cuidar el legislador, que la pena no esté en desproporción con la culpa cometida; y muchas veces esta proporción no se observa. Así una ley, la de 3 de marzo de 1822, llegó á castigar hasta con la pena de muerte, la violación de los reglamentos sanitarios; á buen seguro la falta cometida exigía una reprensión severa, pero no justificaba la aplicación de la pena capital, que por otra parte pudo ser sustituida más útilmente por otras medidas de policía. Si en materia fiscal, en particular, se encuentra á veces una legislación de un rigor bárbaro, es porque el legislador, olvidando la justicia, no se preocupa sino de la razón de Estado, de la utilidad social mal comprendida. En tiempo de Isabel de Inglaterra, la exportación del ganado era castigada con la amputación de la mano izquierda: en Francia, la ordenanza de gabelas de mayo de 1680, título XVII, artículo 3.º, condenaba en cierto caso, á los con-

(1) Wiart. *Del principio de la moral.*

trabandistas de sal, á la pena de muerte: igual pena se establecía contra aquellos que resultaban convictos de haber introducido tabaco, telas pintadas y otras mercancías de contrabando, formando grupos de cinco ó seis personas llevando armas. (*Declaración* de 2 de agosto de 1729.) Es sabido que en materia de caza, el artículo 14 de la ordenanza de 1601 autorizaba al juez para imponer la pena capital, en caso de cuarta reincidencia. Estas penas, sin duda alguna, eran bárbaras é injustas. ¿Es seguro que nuestras leyes en materia de aduanas, no conservan hoy día aun, vestigios de esta severidad draconiana? El 12 de julio de 1888, la Sala 4.ª del Tribunal de Aix, de la cual formo parte, se vió obligada á condenar á cuatro días de prisión y 100 francos de multa, minimum de la pena, á un agricultor de Mentón que había introducido en una barca, de Italia á Francia, nueve paquetes de espárragos y algunos cestos de manzanas! En materia de robo, estafa, abuso de confianza, el juez puede reducir la pena hasta una simple multa, mientras que por la introducción de algunos espárragos, no tiene esta facultad, y ha de imponer pena personal. Sería pues de desear que en materia semejante, la ley permitiese la aplicación de circunstancias atenuantes, como recientemente lo ha autorizado en materia de contribuciones indirectas. (*Ley de presupuestos*, de 1888.)

No es solo en el derecho antiguo, donde la preocupación exclusiva de la utilidad social, ha llevado el legislador á exagerar la represión: los redactores del Código penal de 1810, bajo la influencia de las ideas de Bentham, queriendo con un criterio de utilidad, exagerar la intimidación, establecieron penas bárbaras, como la picota, la marca, la muerte civil, y la confiscación de bienes del penado: y no hubieran admitido circunstancias atenuantes en materia de crimen. En 1832, inspirándose en ideas más humanas, el legislador, hizo desaparecer las penas excesivas, y extendió á los crímenes el principio de las circunstancias atenuantes.

La conservación de las penas infamantes, es debida aun á consideraciones de utilidad mal entendida. Mirando la pena como un remedio farmacéutico, (idea de que más tarde se apodera Stuart Mill), Bentham entiende, que, «la infamia es uno de los ingredientes más saludables de la farmacia penal.» ¿Pero no es una gran contradicción querer corregir á los penados y declararles infames á perpetuidad? ¿Es conveniente, es útil, di-

ficultar su vuelta al buen camino, y empujar á los penados hacia la reincidencia? ¿No sería mucho mejor abolir la degradación cívica, como consecuencia de toda condena, y dejar á los jueces la facultad de pronunciar, según los casos, la interdicción de ciertos derechos determinados en el art. 34 del Código penal (1).

La excesiva preocupación de la utilidad, ha llevado á Bentham á procurar la analogía de la pena con el delito: así es que propone, que el culpable de lesiones, sea á su vez apaleado ó azotado, «que en los delitos de falsedad, la mano del reo, sea traspasada por un instrumento de hierro, en forma de pluma, que al calumniador se le perfora la lengua...» ¡Cuántas lenguas deberían perforarse, sobre todo en épocas de elecciones, si fuera necesario atravesar la lengua de los calumniadores! Quiere también que en la frente y la mejilla del monedero falso, se aplique un sello representando la moneda falsificada. La castración, le parece la pena más adecuada para penar la violación: y cuando el delito se hubiese cometido empleando una mascarilla, por medio del tatuaje se imprimiera ésta en el rostro del reo.

La idea de castigar al culpable, por donde había pecado, fué ya aplicada en las antiguas legislaciones. Entre los Hindous y los Egipcios el rey hacía mutilar á los que habían seducido á las mujeres ajenas. (*Leyes de Manou*, VIII, 352; Diodoro, l. I, párr. 78.) Los antiguos Egipcios arrancaban la lengua al espía que había violado los secretos de Estado, y cortaban las manos á los falsarios y monederos falsos. Carlomagno castigaba á éstos con la amputación de la mano derecha: al blasfemo se le perforaba la lengua á la cuarta reincidencia, según una ordenanza de Carlos VII, y á la séptima según una declaración de Luis XIV de 30 de julio de 1666. Esto de buscar la analogía de la pena con el delito, que á primera vista es simpático, pues fué recomendado por Aristóteles (*Moral de Nicomaco*, X. 9), Montesquieu y Beccaria, es un falso concepto de la penalidad que conduciría á una infinita variedad de suplicios. La razón tiende á la simplificación de las penas: además, queriendo exagerar el rigor de las penas en interés social, se correría el peligro de obrar contra este interés. Los suplicios

(1) El nuevo Código de los Países Bajos, ha abolido todas las penas infamantes.

más rigurosos acaban por endurecer los corazones: aquellos pierden una parte de su eficacia, y son rechazados por la conciencia pública y la conciencia de los mismos reos.

Si se quiere tener idea cabal de los errores deplorables en que puede caer el legislador, cuando no se inspira sino en la utilidad social, es necesario echar una mirada sobre el derecho antiguo, las leyes revolucionarias y el Código penal de 1810. ¡Cuántos inocentes declarados culpables, porque se les creía perjudiciales á la sociedad! ¡Cuántas leyes absurdas han pisoteado la justicia y el buen sentido! «Cuando se trate de un delito de lesa majestad, los hijos del culpable, aunque inocentes, no deben dejar de ser castigados, á fin de imprimir un más grande horror á este delito, y á fin de que por ello los padres no conciban jamás la idea de cometerlo.» (Jousse, t. III, página 687.) La sola expresión de una idea criminal, no seguida de ejecución, había bastado para hacer perder á un muchacho de doce años, que había dicho, jugando, que podría un día cometer el delito de Jacobo Clemente. No era necesario para el delito de lesa majestad, que las pruebas fuesen tan completas como para cualquier otro: en fin, en este caso ¡la locura no excusaba al autor!

En nombre de la salvación del Estado, el decreto de 10 y 12 de marzo de 1793 autorizaba al tribunal criminal extraordinario, «para imponer la pena de deportación á los autores de crímenes y delitos contra la seguridad del mismo Estado, ó tendían á restablecer la monarquía, que no están previstos en el Código penal, ó entre aquellos, cuya residencia en el territorio francés fuese objeto de perturbación ó alarma!» También para salvar la patria, la monstruosa ley de 22 pradiel del año II, imponía la pena de muerte á los que habían favorecido la guarida y la impunidad de los conspiradores y de la aristocracia, á los que habían procurado extraviar la opinión, etc.! Bajo el imperio de la preocupación exclusiva del interés social, el Código penal de 1810, conservó el delito de no revelación del complot, contentándose con suavizar la pena. (Artículos 103 al 107.) En la antigua legislación francesa, el hijo que tenía conocimiento de un complot tramado por su padre, estaba obligado á denunciarle, «bajo pena de ser penado como cómplice.» (Instituciones, *Muyard de Vouglans*, pág. 327.) Era la reproducción de una ley de Justiniano. ¿No era esto monstruoso? La lista de las leyes iníquas sería muy larga, si

se quisieran enumerar todas aquellas que se decretaron en nombre de la salud pública: porque, como lo ha hecho observar Grocio, los políticos en general, son poco cuidadosos de la justicia, y se creen muy hábiles cuando violan el derecho en el interés del Estado: «poco les importa lo justo y lo legítimo, no atienden sino á la utilidad, y no tienen otra palabra en sus labios.» Son muy aficionados á decir como Caifás: «Es necesario que muera un hombre por el pueblo, para que la nación se salve!» El individuo es sacrificado, y se hacen morir categorías enteras de *sospechosos*; pero la nación, lejos de salvarse con estas leyes de salud pública, ve comprometida su honra y sus intereses. Buscando únicamente la utilidad general, el legislador se expone á perderla, mientras que frecuentemente, al contrario, no procurando sino la justicia, encuentra como resultado, la utilidad: es preciso que la utilidad social sea regulada por la ley moral, á fin de que la ley ni se convierta en instrumento de opresión y no califique como delitos, hechos inocentes, que por error son considerados como perjudiciales.

Pero, objetan los utilitarios, «si la justicia es independiente por completo de la utilidad, y puede ser, *per se* un principio regulador que el espíritu admite después de un simple examen interno, es difícil comprender, porque este oráculo interno es tan ambiguo, y porque tantas cosas parecen sucesivamente, justas é injustas, según el punto de vista con que se las considera.» (Mill, *El utilitarismo*, pág. 113.) Antes de Stuart Mill, Carneade, Pascal, Montaigne y Voltaire habían hecho en términos más precisos, el proceso de la razón humana y de las leyes positivas. «Si hubiese una justicia natural, todos los hombres reconocerían las mismas leyes, y en un mismo pueblo sus leyes no cambiarían con el tiempo...» Así es, «que si quisiera examinar las leyes, las instituciones, las costumbres, no diré de las diversas naciones del mundo, sino de una sola ciudad, y de Roma misma, probaría que han cambiado mil veces (1).» Son conocidos los célebres pasajes de Montaigne y Pascal, sobre las variaciones y las contradicciones de las legislaciones: «¿Qué verdad es esta que limitan estas montañas, y que más allá es mentira? ¿Qué bondad es esta que ayer era respe-

(1) Cicerón, *De la República*, III, párr. 11, 10. Véase Montaigne, l. XI, capítulo XII, y los *Pensamientos* de Pascal.

tada y hoy no lo es, y que solo la constituye delito, el paso de un río?» A su vez Pascal, reproduciendo el pensamiento de Montaigne, casi en los mismos términos, dice: «Deliciosa justicia, que está limitada por un río ó una montaña! ¡Verdad de los Pirineos acá, error allende su cordillera!»

Estos pasajes son más elocuentes, que exactos y justos. Lo que varía según esté á esta ó aquella parte de los Pirineos, no es la apreciación de la legislación y la conciencia pública sobre los delitos: en ambos lados de los Pirineos, el homicidio, el envenenamiento, el robo, la estafa, el abuso de confianza, etc., etc., son siempre reprimidos. Las variaciones legislativas, no afectan sino á las leyes relativas á la organización política y social. Las leyes políticas, las leyes sobre la prensa, el derecho de asociación, etc., etc., cambian necesariamente según la forma de gobierno, la constitución de la sociedad, el grado de instrucción y de libertad de cada país. En esta parte especial de toda legislación, el número de delitos disminuye á medida que aumenta la libertad política (1). Los progresos de la economía política, y las transformaciones económicas producidas por la facilidad de las comunicaciones, han contribuido también á la disminución en el número de los delitos (2). Los progresos de las ciencias naturales, han también hecho desaparecer los delitos de magia y hechicería. Además, aun en la legislación civil, las reglas que se refieren á la constitución de la propiedad y de la familia, varían y deben variar, según la organización social de las naciones.

Las principales modificaciones que se refieren á la constitu-

(1) La antigua legislación prodigaba la pena capital, para los delitos políticos, y los escritos difamantes contra el rey. *Jousse*, t. III, pág. 690, cita muchas sentencias de pena capital, contra escritores que habían compuesto libelos difamatorios contra el rey.

(2) Cuando se estudian las antiguas legislaciones, quédase uno admirado de las leyes verdaderamente estúpidas y crueles, que había inspirado la ignorancia de los hechos económicos. Los que transportaban trigos, granos y legumbres fuera del reino sin licencia real, eran penados como reos de lesa majestad. (Cartas patentes de 12 marzo de 1595, y Declaración de 22 de diciembre de 1698; *Jousse*, t. III, pág. 694.) Estaba prohibido á los súbditos del rey, hacer el comercio del mar del Sud, bajo pena de muerte. (Declaración de 29 de enero de 1716; *Jousse*, t. III, pág. 695.) Igual pena se imponía á los que transportaban ó hacían transportar plata ú oro fuera del reino. (*Ibid.*, pág. 694.)