

ción de los pueblos, versan sobre esta parte de las leyes penales y civiles, que cambian según la constitución política: y Aristóteles lo había ya observado, contestando á esta objeción sacada del derecho natural, pues decía con mucho acierto: «Esto no es verdad, sino hasta cierto punto. Hay cosas que naturalmente están sujetas á cambios y algunas que no: hay un derecho natural, y otro que no deriva de la naturaleza. (*Moral de Nicomaco*, V, 7.)

Pero los utilitarios solo tienen chanzas, «para la pretendida justicia eterna de los metafísicos» (Lombroso, *El hombre criminal*, p. 57), para la razón eterna, y el derecho natural. Para Bentham, la ley natural y el derecho natural no son sino ficciones y metáforas. (*Tratados de legislación*, I, página 132 y siguientes.) Se burla de Blackstone, de Montesquieu y de Turgot, porque invocan la ley de la naturaleza. Según él, oponer el derecho natural al derecho legal, es alterar la legalidad (1): considerar las leyes positivas en su relación con el derecho natural, es, substituir, «al razonamiento de la experiencia, todos los delirios de la imaginación.»

No creo que las burlas de Bentham merezcan una larga refutación. Sin duda, cuando una ley positiva es contraria á la razón y subleva la conciencia, se pide su derogación en nombre de la razón y el derecho natural, y tarde ó temprano la ley inicua desaparece, por las protestas de la conciencia indignada. ¿Hay qué echar de menos las leyes inicuas? ¿Es qué su derogación no es un beneficio inmenso para la humanidad? Toda obra humana necesita un ideal: ¿por qué pues quejarse de que la obra legislativa tenga también un ideal, al cual procura alcanzar? Diga lo que quiera Bentham, consultando este ideal, buscándolo, «lo que es bueno ó malo según la naturaleza de las cosas (2)» es como el legislador mejora su obra. Hay en efecto, reglas de justicia, que emanan de la naturaleza de las cosas, y Montesquieu no se equivoca el definir las leyes, *las relaciones necesarias que resultan de la naturaleza de las cosas*. «Lo que es muy conforme al orden, lo es por *la naturaleza de las cosas*, é independiente de las convenciones humanas (3).»

(1) Pascal en el mismo sentido había dicho: «El arte de destruir los Estados y alterar las costumbres existentes, profundizando hasta sus orígenes, para demostrar su falta de justicia... es un juego seguro para perderlo todo.»

(2) Platón, *Las leyes*, I, I.

(3) Rousseau, *El contrato social*, I, II, cap. VI.

El mismo Bentham, después de haber negado el derecho natural, lo reconocía cuando decía: «Las penas de la sanción moral, son anteriores á la formación de los gobiernos. Antes de haber formado una asociación política, antes de haberse dado leyes y magistrados, los hombres vivían entre sí, en tribus y en familias, y tenían las nociones del bien y del mal, y reglas morales de conducta. Los primeros legisladores trabajaron sobre el fondo, y siguieron el modelo.» (*Tratado de las penas*, t. I, pág. 301.) Por una contradicción análoga, Mill parece admitir también, que la legalidad no constituye toda la justicia, puesto que el mismo reconoce, que «la ley no puede ser el criterio de la justicia, que puede otorgar un bien á una persona y causar un mal á otra, bien y mal que condena la justicia (1).» Vese por estos pasajes de Bentham y Mill, que están en contradicción con su misma teoría, que cuando el autor de un sistema filosófico ó jurídico que repugna al sentido común, no cuida exquisitamente de la expresión de sus pensamientos, su espíritu falseado por el sistema, tiende á rectificarse y volver hacia la verdad. El espíritu de sistema aun servido por una inteligencia poderosa, no puede conseguir se eviten estas contradicciones, que son una nueva prueba de la fuerza del sentido común, en las materias que afectan á la conducta del hombre y de las sociedades.

Pero el espíritu de sistema, no tarda en hacer olvidar á Bentham los antecedentes del sentido común y del sentido moral, que sólo son sueños para él: (*Tratados de legislación*, pág. 11), y propone reformar el lenguaje. Las palabras *justo*, *injusto*, *moral*, *inmoral*, *bueno*, *malo*, son empleadas por él, como términos que abrazan ideas de ciertas penas y ciertos placeres... «La virtud no es un bien, sino por razón de los placeres que nacen de ella: el vicio no es un mal, sino por las penas que le siguen. El bien moral no es un bien, sino por su tendencia á producir bienes físicos: el mal moral, no es un

(1) *El utilitarismo*, pág. 89. Importa recordar que si Montaigne y Pascal se burlaron con tanta viveza de las imperfecciones de las leyes humanas, no por esto han dejado de afirmar enérgicamente la existencia de un derecho natural. «La justicia en sí, dice Montaigne, natural y universal, está más noblemente regulada, que esta otra justicia especial, nacional, sujeta á las necesidades de nuestros políticos.» (Lib. III, cap. I.) «Sin duda hay leyes naturales, dice Pascal... Estas palabras nos conmueven: solo se peca en su aplicación.» (*Pensamientos*.)

mal, sino por su tendencia á producir males físicos.» (*Ibid.*, t. I, pág. 5.) La utilidad de un acto, es lo que lo hace justo: la utilidad de una obligación es lo que le da fuerza. En vez de decir: es justo cumplir sus obligaciones, según Bentham, debe decirse, es útil cumplirlas. Conviene sin embargo, en que, «en algunas circunstancias la palabra *útil* parece demasiado débil, para expresar la fuerza obligatoria, que sería de desear expresase la idea. El espíritu no se encontrará satisfecho con expresiones por el estilo: es inútil asesinar... estando los principios del ascetismo y el sentimentalismo, en un estado de rivalidad con el principio de utilidad. el uso de esta palabra parece servir de pretexto para rechazar proposiciones que sin él serían aceptadas,» y propone (*Ibid.* pág. 25), sustituir la palabra *útil*, por la de *conveniente*. Así dice: «nada se podrá objetar á esta palabra bajo el punto de vista de la fuerza de expresión.» Se dice pues: No es conveniente asesinar á un amigo: no es conveniente envenenar á la esposa: no es conveniente incendiar la casa del vecino. Mill comprendió el horror que inspira el delito, y que no se expresaba bastante bien, diciendo que el asesinato, el homicidio, el envenenamiento, el incendio, no son convenientes: y á diferencia de Bentham, reconoce que la expresión de «utilidad general,» no expresa con bastante claridad, la fuerza de la obligación, la energía particular del sentimiento» (*El utilitarismo*, III), y entiende que esto proviene de que entra en la idea, el sentimiento de justicia, «no sólo un elemento racional, sino un elemento animal, la sed de las represalias.» Este sentimiento animal, se moraliza por medio de la simpatía. Sin duda alguna, el deseo de vengarse, de devolver mal por mal, es un sentimiento natural, como el instinto de la conservación: pero este deseo de venganza, no es sólo un deseo animal de devolver mal por mal, contiene un principio de justicia, el principio del talión: á la cólera que siente la víctima de una violencia, se une la idea de que el ofensor comete un acto injusto, que merece un castigo, con mal igual al que ha hecho sufrir. El ofendido que se venga para hacerse respetar, á sí y á los suyos, siente que tiene el derecho de obrar así, porque se halla en estado de legítima defensa. Este sentimiento de justicia vulnerado por la violencia, esta conciencia de que se obra legítimamente al rechazar una agresión injusta, y al hacer sentir al agresor un castigo merecido, todos estos sentimientos no son otra cosa, que un deseo animal de represalias.

Cuando una persona á quien amamos, sufre una injusticia, sentimos indignación contra el autor de la agresión, y el deseo de verle castigado, porque toda injusticia nos ofende, aun la que se comete contra extraños.

¿Es cierto que el deseo de castigar, nace únicamente de su intención y en su justificación moral, de la necesidad de la seguridad, necesidad vital tan bien apreciada por Bentham? ¿Qué pasa en nosotros cuando sabemos que el autor de un crimen horrible, queda ignorado y por lo tanto impune? Si el culpable está entre nosotros, se levanta en todos un sentimiento de temor: un enemigo público nos rodea, que después de haber atacado á nuestro vecino, puede atacarnos. Pero al lado de este sentimiento de temor, de estas preocupaciones personales, ¿no hay un sentimiento desinteresado de indignación, que nos hace desear el castigo del culpable, aunque nada debamos temer de él? Si el culpable vive lejos de nosotros, en otra comarca, por más que nuestra seguridad no esté amenazada, subsiste la indignación contra él: su impunidad nos irrita, no podemos resignarnos á la idea de que el criminal pueda librarse de la pena que ha merecido, si la justicia humana no puede descubrirle, apelamos á la justicia de Dios. De la misma manera, cuando leemos en la historia el relato de uno de estos innumerables crímenes, que ocupan tantas páginas, el cuidado de nuestro interés personal y de la seguridad pública, ¿no hace saltar de indignación nuestro espíritu? ¿Cuando leemos el relato de los injustos sufrimientos de los pueblos vencidos, de los esclavos, de los débiles, de los niños, de las mujeres, víctimas frecuentes del egoísmo y de la brutalidad de los hombres, cuando los historiadores nos refieren las matanzas y los saqueos de pueblos enteros, esta lectura, ¿no produce en nuestro corazón, un odio contra los verdugos? ¿No es esta sed y necesidad de justicia, lo que nos hace creer en otro mundo?

Con el sistema de los utilitarios, la justificación de la penalidad, no se encuentra sino, en el provecho que sacan la sociedad y el culpable. La pena, dice Mill, es un remedio: no hay más injusticia en aplicar una pena, que el hacer tomar un remedio á un enfermo. (*Filosofía de Hamilton*, p. 563.) «Al castigaros, dice M. Fonillée, desarrollando el pensamiento de Mill, mi objeto no es precisa y realmente el de castigaros, sino el de curaros si es posible. «¿Cuando estais enfermos, no os admi-

nistran muchas veces, remedios que son dolorosos?» (*La libertad y el determinismo*, pág. 39.) Por de pronto, colocándose dentro la teoría de los utilitarios, el criminal puede negar su asimilación á un enfermo, y la de la pena á un remedio. Comprendo que para Platón, el alma del criminal sea un alma corrompida, enferma, necesitando de la pena para corregirse: en la teoría del filósofo griego, la pena es «la medicina del alma,» porque la libra de la maldad y la obliga á volverse buena. Así, según Platón, el criminal debe acusarse de sus delitos, pedir su expiación: debe sufrir el dolor para recobrar la salud: el culpable que quiere librarse del castigo, se porta como un enfermo que no quiere tomar un remedio doloroso, temiendo como un niño al dolor, sin comprender su utilidad. Pero, en el instante en que se niega la noción del bien absoluto, que no se admite un principio de justicia superior á la utilidad, ¿qué derecho hay para reprochar á un criminal, como enfermedad del alma, su tendencia á buscar su interés á expensas de los demás hombres?

Admitiendo que el hombre que prefiere su interés, al interés general, sea un enfermo, ¿quién ha dado al juez la potestad de hacerle tomar un remedio? El médico no tiene el derecho de dar al enfermo una medicina contra su voluntad: la caridad no tiene el derecho de imponerse. No podemos ser caritativos, sino á condición de respetar la libertad de nuestros semejantes. El juez no puede tener el derecho de curar al culpable sin su consentimiento (1). El culpable podrá contestarle que él, es el único juez de su interés, y que no cree que el temor del castigo, tenga el poder de curarle sus malas inclinaciones. «Sé que soy un perezoso, podrá decir, tan apasionado por los placeres que me procuro sin trabajar, que siento una inclinación irresistible hacia el robo, y no me causa temor alguno la pena. El oficio del ladrón, del granuja que asalta á los viajeros con el peligro de sufrir una pena, es menos penoso para mí, que el oficio de minero ó de obrero en una fábrica de cristal:

(1) San Juan Crisóstomo, sin embargo es de opinión distinta. Según él, si una persona herida viendo á un excelente cirujano que llega en su auxilio para hacerle una operación necesaria, y le pregunta: ¿Quién os ha hecho médico? ¿Quién os ha dicho que debéis aplicar el hierro á mi cuerpo? El cirujano tiene el derecho de contestarle: «Son mi arte y vuestra dolencia los que me han dado este poder.» (Nota de Barbeyrac á Grocio, *Derecho de la guerra y de la paz*, l. II, cap. xx, párr. 9 y 3.)

prefero apropiarme una cantidad importante de dinero, que me permitirá durante muchos meses satisfacer mis aficiones á los placeres, que ganar mi sustento con un trabajo penoso: ¿qué me importa si soy descubierto, de pasar unos meses en la cárcel, mejor alojado, mejor alimentado que muchos obreros honrados? Ya lo veis, el temor del castigo no influye sobre mí: no me gusta tomar el remedio que me proponéis. Vuestra compasión dimana de un buen carácter, pero perded este cuidado: el robo me repugna menos que á vos.

Si al enfermo no le gusta tomar el remedio, no comprendo como la sociedad tendrá el derecho de administrárselo contra su voluntad. Por otra parte, si la pena es rigurosa, si es la detención perpetua, ¿cómo puede ser un remedio útil para el penado? Si es la pena de muerte, ¿qué es este remedio que mata al enfermo?

La pena pues, no puede justificarse por la utilidad que reporta al culpable. Veamos si encontrará su justificación, en la utilidad que procura á la sociedad. Sin duda alguna, es útil intimidar á los malvados y prevenir así los delitos por el temor del castigo: pero no se puede decir á un hombre que se arroja á una prisión ó á un cadalso: «Os quitamos la libertad, la vida y el honor para intimidar con el ejemplo de vuestro castigo, á los que quisieran imitaros: os imponemos la detención, la muerte y la vergüenza para enseñar la virtud á vuestros conciudadanos: la sociedad reportará gran utilidad de vuestro suplicio.» ¿El condenado, no podrá decir al juez: «Decís que mi castigo será útil á la sociedad; pero por qué debo yo servir de instrumento de terror en interés de ella? ¿Por qué me imponéis la cárcel ó la muerte, para edificación de mis conciudadanos?» (Guyau, *La Moral inglesa contemporánea*.)

No puede pues pensarse á un hombre, diciéndole: «Os castigamos porque lo habeis merecido.» «La pena, como tal, dice Kant, es decir como simple mal, debe desde luego justificarse por sí misma, de tal suerte, que el penado deba confesar que tiene lo que merece, y que su suerte es proporcionada con su conducta (1).»

(1) *Critica de la razón práctica*, trad. Picavet, pág. 64. La ley ateniense permitía al acusado, en ciertos casos, escoger la pena que había merecido. Cuando la pena no estaba determinada, votábase separadamente sobre la culpabilidad y sobre la pena. Una vez declarada la culpabilidad «los jueces

Grocio, en su obra admirable, distingue perfectamente, la *causa del fin* de la pena: «En todo castigo, dice, se consideran dos cosas, la *razón porque* se castiga, y el *fin* que se propone al castigar. La razón porque se castiga, es que el culpable lo merece: el objeto que se propone al penarle, es la utilidad que puede reportar del castigo (1).» Los utilitarios tienen razón perfecta al decir, que el *fin* de la pena, es la utilidad general: pero este objeto no puede alcanzarse, sino cuando la justicia autoriza la aplicación de la pena. Sólo después de haberse demostrado la justicia de la pena, es cuando la sociedad tiene el derecho de obtener su provecho. «La pena, añade Kant, no puede jamás imponerse simplemente como un medio de lograr un bien, sea en provecho del mismo culpable, sea en el de la sociedad civil: sólo debe imponerse porque se ha hecho culpable: y es porque el hombre no debe ser nunca tratado como un puro medio puesto al servicio de los fines de otro, y confundido con los objetos de derecho real; su personalidad natural se lo garantizan. Por de pronto debe encontrarlo digno de castigo, antes de pensar en sacar además de esta pena, alguna utilidad para sí ó para sus conciudadanos (2).» ¡Qué lenguaje tan admirable! ¡Cuánta nobleza, cuánta justicia en los pensamientos!

Desgraciadamente, Kant exagera su principio, al decir que la pena es legítima, por el mero hecho de ser impuesta á un culpable. «Si la sociedad civil, dice, se librase del consentimiento de todos sus individuos, (si por ejemplo un pueblo que habitase una isla, se decidiese á abandonarla y á dispersarse por el mundo), el último homicida que se encontraría en la cárcel, debería desde luego ser ejecutado, á fin de que cada uno llevase la pena de su conducta y que la sangre vertida no ca-

antes de dictar la segunda parte de la sentencia, invitaban al procesado á que el mismo la pronunciase.» (Cicerón, *Los oradores*, l. I, párr. 54.) El acusado podía elegir entre una de las siguientes penas: prisión perpetua, multa ó destierro. Sabido es que cuando Sócrates fué declarado culpable, preguntado por la pena que merecía, rechazando aquellas tres penas como injustas, dijo que merecía ser mantenido en el Pritaneo: sin embargo, después de haber protestado de su inocencia, para obedecer á la ley, se impuso la multa. (Platón, *Apología de Sócrates*.)

(1) *El Derecho de la guerra y de la paz*, l. II, cap. xx, párr. 28. M. Haus en su excelente *Tratado de Derecho penal*, me parece que debe haberse inspirado en Grocio, al distinguir la *causa* y el *fin* de la pena. (T. I, pág. 41.)

(2) *Metafísica del Derecho*, trad. Barni, pág. 198.

yese sobre el pueblo que no había reclamado este castigo, porque podría ser considerado entonces como el cómplice de esta pública violación de la justicia.» Sin duda, en el terreno moral, toda pena impuesta á un culpable es justa: pero la sociedad no tiene el derecho de penar á un culpable sino cuando esa pena es útil: pierde el derecho de penarle, desde el momento en que no resulta utilidad alguna de la pena. Esta deja de ser legítima, si no es necesaria, si puede ser substituida por una sanción civil. Es un error, el creer que la sociedad tiene el derecho de penar, sin preocuparse de la utilidad que ella reportará del castigo, y que se haría cómplice del delito que quedase impune. En materia de prescripción de la acción pública, de tentativa criminal voluntariamente abandonada, los crímenes no pueden ser perseguidos, porque la utilidad social exige el abandono de los procedimientos. Es necesario limitar el principio de Kant, con el principio de Bentham y de Mill: la pena debe ser justa y útil. Reuniendo ambas condiciones se encuentra la justificación de la penalidad.