

perfeccionarlo (1). «Si el rey no castigase sin descanso á los que merecen ser penados, los más fuertes asarían á los más débiles, como pescados en un asador.» (*Leyes de Manou*, VIII, 20.)

(1) ¿Por qué no se hace trabajar á los penados en caminos, puertos ó fortificaciones? En Roma, trabajaban en minas; en Francia durante el antiguo régimen, se les enviaba á las galeras. Entre los antiguos Egipcios, el rey «según la naturaleza y gravedad del delito, condenaba el reo á trabajar en los fosos y calzadas cerca la ciudad en que había nacido.» (Herodoto, l. II, párr. 137.) En sus *Observaciones sobre Bicetre*, pág. 61, Mirabeau pedía que se sometiese á los penados á trabajos públicos. La Constitución de Pensilvania, promulgada en 1776, previene que los culpables convictos de crímenes, «serán destinados á trabajar en las obras públicas, ó á reparar el daño que habrán causado á los particulares.» (Sección 39.)

CAPÍTULO XXI

LOS FUNDAMENTOS DE LA JUSTICIA PENAL

El derecho de penar, deriva del derecho de gobernar y de la idea de justicia, que autoriza la aplicación de la pena al que la merece por la violación de un deber social. Dos magistrados muy distinguidos, el primer presidente M. Girardin y M. Bertauld, hacen arrancar el derecho de penar, únicamente del derecho de gobernar. Pero este derecho, aislado de la idea de justicia conduce á la idea de defensa, de conservación ó de utilidad social y debe completarse, á mi entender, con la idea de justicia.

Desde que se funda un poder, en la familia, en la tribu, en la nación, este poder que tiene la misión de conservar el orden impone preceptos y asegura su ejecución. «Sin una autoridad, (*imperium*), casa, ciudad, nación, todo el género humano no podrían subsistir. (Cicerón, *De las leyes*, l. III, párr. 1.) En la familia, este derecho de gobernar es ejercido por el padre, en la tribu por el jefe, en las sociedades modernas por el Estado.

En un principio, cuando el poder social no existía aun, ó estaba organizado de un modo imperfecto, la autoridad paternal era absoluta (1). El jefe de la familia era el rey y el sacerdote de su familia: la palabra *pater familias*, era sinónimo de *rey βασιλεύς*. La autoridad paterna estaba completada por una especie de autoridad social y religiosa. Luego, la separación

(1) Véase, Homero, *Odisea*, IX, 112-114; Platón, *Las leyes*, III: *Genesis*, capítulo xxxviii, párr. 24. Aun hoy día, allí donde el poder social es muy débil, el padre ejerce una jurisdicción casi absoluta sobre los individuos de su familia. Véase *Diario de los sabios*, 1887, pág. 288.

de estos tres poderes se hizo progresivamente: el derecho de penar ejercido por el padre respecto á sus hijos, dió origen al derecho de penar ejercitado más tarde por el poder social (1).

La necesidad de una autoridad encargada de la conservación del orden, agrupó á los individuos de una misma tribu, y luego los habitantes de las tribus al derredor de un jefe prudente, justo y poderoso. Es el deseo de obtener justicia y protección, lo que determina la formación del poder social. «Creo, dice Cicerón, que no solo los Medas, como dijo Herodoto, sino aun nuestros antepasados, no establecieron en otro tiempo la monarquía y no colocaron en el trono á hombres honrados, sino para disfrutar de los beneficios de la justicia. (*De officiis*, l. II, párr. 12; Herodoto, l. I, párr. 96.) «El gobierno, decía Confucio, es lo justo y recto (2);» en otros términos, el Estado es sobre todo la justicia, y el Estado se estableció entre los hombres para hacer reinar la justicia. Su misión es hacer respetar la vida, la libertad, la honra y la propiedad de los ciudadanos. «Las leyes, decía Epicuro, son establecidas por los sabios, no para que ellos no cometan injusticias, sino para que no las sufran.» Los siguientes versos de Horacio expresan aun mejor esta idea:

*Jura inventa metu injusti fateare necesse est
.....Dehinc abstinere bello
Oppida cæperunt munire et ponere leges
Ne quis fur esset, neu latro, neu quis adulter.*
(Sátira III.)

El temor de la injusticia creó el Estado: la necesidad de librarse de las violencias de los malos, es lo que obligó á los hombres á organizar un poder encargado de castigarles. Para darse cuenta exacta de los inmensos servicios que presta el Estado, previniendo los delitos por medio de la policía y castigándoles con la justicia, es necesario leer en Gregorio de

(1) Véase Daresté, *Diario de los sabios*, 1887, pág. 289; el duque de Broglie, *Escritos y discursos*, t. I, pág. 153. Aun hoy día, según el art. 376 del Código civil, el padre puede hacer recluir á su hijo menor de diez y seis años: á petición suya el Presidente debe dar la orden de arresto, sin necesidad de examinar las quejas del padre.

(2) Traducción Pothier, pág. 142. «Debemos, dice Hume, considerar el vasto aparato de nuestro gobierno, como si no tuviese en definitiva, otro fin que la distribución de la justicia, ó en otros términos, la conservación de los doce jueces.»

Tours y los cronistas de los tiempos merovingios, la espantosa situación de la sociedad, cuando el poder central era impotente: entonces se comprende la veneración de los pueblos hacia los reyes que administraban justicia. Este era el primer deber del Estado. Exprésase de un modo enérgico en el preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos: «Nos, el pueblo de los Estados Unidos, proponiéndonos formar una unión más perfecta, establecer la justicia, asegurar la tranquilidad doméstica, procurar la defensa común, aumentar el bienestar general, y asegurarnos á nosotros y á nuestra posteridad, los beneficios de la libertad, ordenamos y establecemos la presente Constitución.»

El orden social se mantiene por la ley y por su sanción civil ó penal: el derecho de gobernar lleva consigo el derecho de obligar á la obediencia. *Qui universitas provincias regunt, jus gladii habent.* (*Digesto*, l. I, tit. xvii, párr. 6.) Este es un derecho inherente al poder público: «el derecho de gobernar abraza también el de castigar.» (Grocio, l. II, cap. v, párr. 4.) «El poder de penar, dice Puffendorf, es una parte del derecho de gobernar.» (*Derecho natural y de gentes*, l. VIII, cap. iii, párr. 7.) En este punto, Bentham y Kant están acordes: «El origen del derecho de penar, dice Bentham, es el mismo de todos los demás derechos del gobierno: no podría concebirse un sólo derecho, ni del gobierno, ni de los individuos que pudieran existir sin el derecho de penar. Es la sanción de todos los demás.» (*Teoría de las penas*, t. I, pág. 7.) Kant se expresa en estos términos: «El derecho de penar es el derecho que tiene el soberano sobre sus súbditos de imponerles una pena, cuando se han hecho culpables de algún delito.» (*Metafísica del derecho*, trad. Barni, pág. 197.) *Omnibus magistratibus secundum jus potestatis suæ concessum est jurisdictionem suam defendere pœnali judicio* (*Digesto*, l. II, tit. iii.) *Magistratus qui coercere aliquem possunt et jubere in carcere duci.* (*Digesto*, l. II, tit. iv, párr. 2.) Un poder al cual pudiera desobedecerse impunemente, sería un poder irrisorio. «De la misma manera que el empleo de la fuerza, es la sanción natural del derecho en general, del derecho en tanto que no aspira sino á mantenerse, que á hacerse respetar, de la misma manera la pena es la sanción propia del derecho de gobernar, que no es un derecho puramente negativo, sino activo (1).» ¿Comprenderíase un poder dando

(1) No es sólo la sanción lo que da fuerza á la ley: es también al juez

una orden, y no asegurando su cumplimiento con una sanción? ¿Qué autoridad tendría una ley, cuya violación quedase impune?

No es necesario que la sanción de la ley sea siempre la amenaza y la aplicación de una pena: la sanción penal no debe decretarse sino cuando es necesario. Si la obediencia á la ley puede lograrse por la vía civil, por ejemplo, que una acción de nulidad, ó bien por una acción de indemnización de perjuicios, se aplicará sólo la acción civil. En la Exposición de motivos del libro III del Código penal, decía Barbier: «No vereis figurar muchos actos, que simplemente contrarios á la buena fe ó á la delicadeza, puedan algunas veces ser reprimidos por la sola vía civil.» Prestais una cantidad á un vecino: este, de mala fe rechaza la devolución: esta falta de incumplimiento no constituye por sí un delito y da sólo lugar á una acción civil: con un poco de prudencia hubierais evitado el perjuicio que os causa vuestro vecino. Pero si un ladrón viene á fracturar vuestra casa para robaros una suma de dinero, la prudencia no os permitirá evitar este daño: la seguridad pública queda perturbada, todos los ciudadanos están amenazados por este enemigo público: en este último caso, una sanción civil es insuficiente para asegurar el respeto de la propiedad, y se hace necesaria la sanción penal. «Las leyes penales, dice Livingston, no deben multiplicarse sin una necesidad reconocida: así algunos actos, aunque perjudiciales á los individuos ó á las sociedades, no quedarán sujetos á la persecución pública, si pueden ser bastante reprimidos con la acción civil (1).»

El derecho penal, es la sanción más eficaz del derecho civil. «Las leyes criminales, dice Rousseau, son más bien una especie particular de leyes, que sanción de todas las demás.» (*Contrato social*. I. II, cap. XII.) Rousseau se inspiró al escribir esto, en el siguiente pasaje de Hobbes: «Por lo demás, la justicia distributiva (civil), y la justicia vindicativa (penal), no son dos clases de leyes, sino dos partes de una sola ley... A toda ley

que la aplica. En uno de sus informes, Esquino decía con razón, que la fuerza y la debilidad de las leyes dependen de la sanción que les dan los jueces con la aplicación de la pena. «Castigad á los infractores y aquellas serán tan fuertes como prudentes; perdonadles, estas leyes desarmadas no serán sino bellas teorías.»

(1) Informe sobre el proyecto de un Código penal para el Estado de la Lusania, pág. 131.

civil, va anexa implícita ó explícitamente una pena: la ley sería nula si podía ser violada impunemente.» (*Del Ciudadano*, cap. XIX, párr. 7.) A su vez, Bentham, reproduciendo el pensamiento de Hobbes y de Rousseau, dijo: «Derechos, obligaciones, delitos, no son sino la ley penal y civil considerada bajo distintos aspectos.» Esta idea es demasiado absoluta, por que la ejecución de muchas disposiciones del derecho civil, está asegurada ya con sanciones civiles. Pero si no es exacto decir, que la ley criminal es la sanción de todas las demás, es lo cierto que ella es la sanción de un gran número de preceptos del derecho civil (1). Así los artículos 336 y siguientes del Código penal que penan el adulterio, son la sanción del artículo 212 del Código civil que impone al marido el deber de la fidelidad. La prohibición establecida en el artículo 146 del Código civil, de contraer segundo matrimonio, antes de la disolución del primero, queda completada con el artículo 340 del Código penal que castiga la bigamia. Los artículos del Código penal que castigan el robo, el abuso de confianza, la falsedad, la estafa, etc., etc., tienen por objeto asegurar el respeto á los artículos 544 y siguientes sobre el derecho de propiedad. Los artículos del Código civil, que colocan á los menores bajo la autoridad de su padre ó de su madre, ó de su tutor, quedan sancionados por el artículo 354 del Código penal, que castiga la sustracción de menores, etc., etc.

Pero, se dirá, si la violación de un precepto legal basta para constituir un delito, y lleva consigo la aplicación de una pena, el legislador podrá crear delitos á su voluntad. No: el poder legislativo no es absoluto: debe observar ciertas reglas para la indicación de los actos que quiere prohibir con sanción penal: 1.º la ley social no puede reprimir sino los actos que perturbaban el orden social: 2.º dicha ley debe respetar los derechos de los ciudadanos: 3.º no puede estar en oposición con la ley moral.

§ 1.—La ley penal atiende sólo á la conservación del orden social, y no puede alcanzar sino á los actos externos que lo perturben: así es que los pensamientos culpables, no son de su do-

(1) «La sanción de los dos principales códigos del imperio, debe encontrarse en el Código penal... La segunda clase de leyes penales, tiene por objeto la infracción de las obligaciones que nacen del derecho civil.» (*Informe sobre el libro IV del Código penal*.)

minio (1). El que concibe el proyecto de matar ó de robar, ya es culpable: pero ante la justicia social, estos proyectos de homicidio ó de robo, no pasan á ser delito, sino cuando se manifiestan por un principio de ejecución. «El derecho de los poderes soberanos, dice Espinosa, se refiere *sólo á los actos.*» (*Tratado sobre la libertad de pensar.*) Aun en lo que se refiere á los actos, sólo pueden ser prohibidos y penados, los que son perjudiciales á la sociedad. La justicia social no está directamente encargada de hacer reinar la virtud, sino de proteger los derechos, la libertad, la honra, la propiedad, la vida de los ciudadanos. El Estado sería un tirano inaguantable, si quisiera imponer á los ciudadanos ciertos deberes puramente morales, castigar las faltas que no constituyen una perturbación del orden social.

↳ Sin la menor duda, la observancia de todas las virtudes morales es útil á la sociedad: una sociedad compuesta de ciudadanos caritativos, agradecidos, modestos y sinceros, será mucho más fuerte, que otra en la cual reinen la mentira, el orgullo, el egoísmo y la ingratitud. Pero la caridad, el reconocimiento, la modestia, la sinceridad, aunque son muy útiles, no son siempre necesarias para la conservación del orden social, que sólo está comprometido con la injusticia. Mientras los ciudadanos no se perjudiquen con actos injustos, la sociedad puede subsistir: he ahí porque respecto á la sociedad, la sola justicia es en todos casos obligatoria, garantizada con la sanción penal, mientras que las demás virtudes son siempre del dominio de la moral y la religión.

Cuando la violación de la ley moral se erige en delito por el legislador, es porque aquella tiene un carácter antisocial. Si la justicia social castiga el homicidio, el robo, el incendio, la difamación, etc., etc., no es tan sólo porque estos actos son inmorales, sino porque atacando los derechos de los ciudadanos, perturbando la sociedad. Ante la ley social, el delito no puede ser más que una injusticia, la violación de un deber social.

Tan solo porque la justicia social tiene por objeto la conservación del orden social, es por lo que puede referirse á hechos que no envuelven intención criminal, tales como las lesiones involuntarias, y otros delitos no intencionados, y las faltas, cuando estos hechos son dañosos, y no pueden evitarse en manera bastante por medio de sanciones civiles. «El mercader de

(1) *Digesto*, l. XLVIII, tit. XIX, párr. 18. *Cogitationis penam nemo patitur.*

naranjas, dice Macaulay, que ocupa y obstruye la calle, será castigado, mientras que un avaro que atesora un millón, podrá dejar morir de hambre en un depósito de mendicidad á un viejo amigo, porque la obstrucción de la vía pública es una de las molestias contra las cuales la autoridad debe proteger á la sociedad, y la dureza de corazón no figura entre aquel número.» Los antiguos legisladores, los antiguos filósofos, no supieron hacer esta distinción de la ley y de la moral. Los antiguos Códigos están llenos de preceptos morales y religiosos: el mismo Aristóteles había caído en esta confusión, cuando dijo: «Todo lo que prepara y produce la virtud entera y perfecta es del dominio de la ley.» (*Moral de Nicomaco*, l. V, cap. II, párr. 11.) Grocio, es uno de los que supieron distinguir mejor la justicia social y la ley moral. «No deben castigarse, decía, los pecados que no afectan directa ni indirectamente á la sociedad humana... porque no produciría utilidad alguna á los hombres, el castigo de esta clase de faltas, reservadas á la venganza de Dios.»

§ 2.—La misión de la justicia social, es mantener el orden social con la protección de los derechos individuales: resulta de ahí, que el legislador está obligado á respetar estos derechos. Porque, el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales é imprescriptibles del hombre. Estos derechos son, la libertad para conseguir el fin para que fué criado, la propiedad, la seguridad y la resistencia á la opresión. Este respeto á los derechos individuales, no existía en las legislaciones de la antigüedad. Sabida es que en Atenas y en Roma, el derecho y la religión estaban confundidos, y Sócrates fué condenado á muerte por ofensas á los dioses. El cristianismo ha venido á separar lo que estaba confundido, y á distinguir el dominio del Estado, del dominio de las libertades individuales, declarando que era necesario, dar á Dios lo que es de Dios, y al César lo que es del César. M. Laboulaye, que se complacía en repetir estas bellas frases, tenía sobrada razón al decir, que ellas habían cambiado la faz del mundo y libertado la conciencia.

Los Estados Unidos de América, por las especiales circunstancias de su constitución como nación independiente, colocaron las cuestiones religiosas, fuera del poder legislativo. Este principio de la separación de la religión y el derecho, es hoy aceptado por la mayor parte de las legislaciones modernas. Sin

embargo, su aplicación, es bien defectuosa. En Francia mismo con las leyes que se han dado contra las congregaciones religiosas, ¿estamos seguros de poseer una legislación que respete completamente la libertad de conciencia y de asociación, y que no transforme en delito el ejercicio de estos derechos naturales? Bajo este punto de vista, es aun conveniente recordar la magnífica frase de Bossuet: «Estando establecido todo gobierno para librar á los hombres de toda opresión ó violencia, ¿la libertad de las personas es un derecho sagrado de la naturaleza y de la sociedad?»

§ 3.—La justicia social es distinta de la ley moral y religiosa. Pero de ello no debe deducirse, que la ley social pueda prescribir lo que está privado por la ley moral, é impedir lo que ella prescribe. La sociedad, en efecto, sólo existe para permitir al hombre el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes: nada puede hacer para impedir el cumplimiento de la ley moral, que es la regla de sus acciones: la ley positiva pues, no debe jamás estar en oposición con la ley moral.

Para asegurar la ejecución de la ley moral en tanto que lo exija el interés social, el artículo 6 del Código civil prohíbe á los ciudadanos, derogar por convenios particulares las leyes que interesan á las buenas costumbres; el artículo 900 del mismo Código, considera como no escritas, en todo contrato entre vivos ó en testamentos, las cláusulas contrarias á las buenas costumbres; y los artículos 1131 y 1133 declaran también sin efecto, las convenciones contrarias á las buenas costumbres.

Los crímenes, los delitos más graves, castigados por el Código penal, son violaciones de la ley moral. Es cierto que también la sociedad puede impedir con una sanción penal los actos punibles no intencionales, y que M. Cousin se equivocó al decir que no había pena para los delitos involuntarios. (*De lo verdadero, lo bueno y lo bello*, sección 14, pág. 359.) La ley, en efecto, castiga el homicidio y las heridas involuntarias y gran número de delitos no intencionales. M. Guizot ha cometido el mismo error que M. Cousin diciendo que la sociedad solo tenía derechos cuando hay delito. (*De la pena de muerte*.) Si el legislador solo castigara el delito, debería dejar impunes gran número de hechos que no constituyen delito, y sin embargo con plena razón son castigados, ya como delitos, ya como faltas, pero estos delitos no intencionales, estas convenciones suponen siempre una *culpa*.

Es con frecuencia difícil distinguir los casos, en los cuales es preciso imponer una sanción penal á los actos perjudiciales á la sociedad. En este orden de ideas, creo que el legislador debe ser sobrio en establecer nuevas categorías de delitos, pues la sanción penal no debe establecerse, hasta que el interés social que se ha de garantizar sea importante, y que no esté protegido en lo necesario con la sanción civil. Con mucha frecuencia, en esta materia, el legislador ha establecido penas excesivas, olvidando que la severidad de la ley puede reemplazarse por la vigilancia de la policía y por prudentes medidas preventivas.

Las leyes deberían fundarse, «sobre la primera de todas las leyes, que es la de la naturaleza, ó sea sobre la recta razón y la equidad natural.» (Bossuet.) Pero, en todos los tiempos y países, ha habido leyes que han violado el derecho natural. ¡Cuántas leyes bárbaras é injustas se han establecido! «¡Cuántos decretos perniciosos, absurdos, que más que leyes, deberían titularse convenios de una reunión de ladrones!» (Cicerón. *De las leyes*, t. II, n. 5.) ¡Cuántas dificultades ha experimentado la razón de los legisladores, para reconocer lo que puede permitirse y lo que debe prohibirse!

Parece que nada hay más fácil que la aplicación del derecho natural, y sin embargo nada hay más difícil, cuando se sale de las generalidades; tanto la razón es ocasionada al error, cuanto más el legislador debe no dejarse dominar por consideraciones exclusivas de utilidad ó por preocupaciones políticas. ¡Cuántas veces la ley, que no debería ser otra cosa que la razón escrita, sólo ha sido un acto de la razón extraviada!

DEFINICIÓN DEL DELITO.—Las reglas que dejamos expuestas facilitarán la definición del acto punible. Bentham ha definido el delito, «una acción á la que el legislador impone una pena.» Según el Código del 3 brumario año IV, «es delito, hacer lo que prohiben, no hacer lo que ordenan la leyes, que tienen por objeto mantener el orden social y la tranquilidad pública.» Estas dos definiciones, como no relacionan la ley positiva con la ley moral, parecen conceder al legislador el poder de crear arbitrariamente los delitos. Es preciso añadir, que la prescripción legal, cuya violación constituye el delito, es un deber social. En efecto, si no se exige que el poder legislativo esté limitado por la justicia, si no se someten las prescripciones legislativas á la protección del derecho ó á la observancia de un deber social, estas prescripciones, serán arbitrarias: la in-