

observancia de la ley será un delito, aun cuando la ley sea inicua, el derecho no resultará más que de la voluntad del legislador.

En su excelente tratado de *Filosofía del derecho penal*, monsieur Franck define el delito, «la violación no de un deber, sino de un derecho individual ó colectivo fundado por la ley moral (pág. 133).» Esta definición mucho más filosófica que las dos anteriores, tiene el mérito de someter la ley positiva á la ley moral. Sin embargo dá lugar á varias objeciones: toda violación de un derecho no dá lugar á la aplicación de una pena; el derecho puede ser protegido por una sanción penal ó por una sanción civil. En muchos casos basta la sanción civil; se muestra bajo la forma de una acción de indemnización de perjuicios ó en nulidad de actos fraudulentos, etc. Además, hay casos en que el delito consiste, no en la violación de un derecho, sino de un deber. Así, la negación de un servicio legalmente debido, la vagancia, la mendicidad, la rebelión, la embriaguez pública, el mal trato á los animales, constituyen la violación de un deber social y no la violación de un derecho. Además hay delitos de inacción que son castigados aunque no infringan ningún derecho (1). Así, según los arts. 946 y 947, la persona que habiendo encontrado un niño recién nacido, no lo entrega al oficial de estado civil, ó la que habiendo asistido á un parto no hace la declaración, son castigados por un hecho de *inacción*: lo propio sucede con los testigos y jurados que rehúsen comparecer en justicia sin excusa legítima (art. 296).

Creo que puede definirse con más exactitud el delito: la violación de un derecho social exigido para la conservación de la sociedad. «El delito, dice Rossi, es la violación de un derecho de la sociedad ó de los individuos exigible por sí, y útil.» Esta definición hace resaltar el carácter anti-social del delito. Creo que aun podría acentuársele diciendo, que el delito no es más que la violación de un deber social (2). En efecto, la violación de un derecho respecto los individuos, no es punible hasta que

(1) «Con frecuencia uno es culpable no solo no haciendo, sino dejando de hacer.» (Marco Aurelio, l. IX, párr. 5.)

(2) Esta es la definición que acaba de darse para el proyecto del Código penal del cantón de Neufchatel, «el delito, dice el art. 1.º, es una violación de derechos impuestos por la ley en interés al orden social.» (*Boletín de la Sociedad general de prisiones*, enero de 1890.)

ofende la sociedad al mismo tiempo que al ciudadano directamente lesionado; «no hay ningún crimen ni delito que no altere en algún grado la tranquilidad pública.» (*Motivos del Código penal*, l. III, t. I, cap. III.) He ahí porque la sociedad, por medio del ministerio público, persigue todos los crímenes y delitos de orden público, sin que el desistimiento de la parte ofendida pueda, por regla general, impedir la acción pública. En efecto aun cuando la víctima de un robo sea desinteresada, la seguridad pública exige el castigo del culpable; la presencia de un ladrón en la sociedad es un motivo de inquietud para todos los ciudadanos; este ladrón si quedase impune, sería alentado para reincidir, y su ejemplo tendría imitadores (1). «El que mata á un hombre, dice Mahomet, debe ser considerado como un enemigo del género humano.» (*El Corán*, V, 35.) El que atenta á las leyes de la sociedad, aunque no perjudique á sus individuos, es culpable ante todo el organismo social. Si el Tribunal Supremo considera como culpable al cómplice de suicidio, «es porque las leyes que protegen la vida de los hombres son de orden público, y porque los crímenes y delitos contra las personas, no hieren menos el interés general de la sociedad que la seguridad individual de los ciudadanos.» (Frank, pág. 120.)

No hay ningún delito, que no sea la violación de un deber social. El vago, el mendigo, el hombre ebrio en la vía pública, el que castiga á un animal en la calle, el que rehúsa un servicio público, el que habiendo encontrado un niño recién nacido, no lo presenta al oficial de estado civil, todos estos delinquentes, no lesionan los derechos de nadie, pero infringen un deber social.

Según Garofalo, el delito natural ya no sería la violación de un derecho individual ó de un deber social, sino la violación de un sentimiento mixto de compasión ó probidad. Esta definición me parece incompleta y arbitraria; no comprende gran número de actos perniciosos y culpables que infringen derechos y

(1) «El que haya muerto á Layo, dice Edipo, quizá quisiera con la misma osadía atentar á mis días: vengándole, me sirvo á mí mismo. Todos los mortales imitarán su mala conducta, si triunfa la causa de un criminal, de un parricida, si se les asegura la impunidad. ¡Ah! cuántos atentados amenazan ya á los padres; la mano de sus hijos se levanta contra ellos.» (Esquilo, *Las Euménidas*.)

sentimientos de familia. Así, no siendo el adulterio más que la violación de un deber, no debe, según M. Garofalo, ser considerado como un delito. (*Criminalología*, pág. 83.) Siendo el pudor á los ojos del magistrado italiano un sentimiento artificial que no experimenta todo el mundo, el acto que infringe este sentimiento, no es, según él, un delito natural. Separa también cierto número de actos dirigidos contra el Estado, el patriotismo, «no siendo ya en nuestros tiempos, absolutamente necesario para la moralidad del individuo.» (*Ibid.*, pág. 15.) Monsieur Garofalo conviene en que la deserción, la traición, el espionaje, son en verdad, delitos en tiempo de guerra, pero pretende que dejen de serlo en tiempo de paz. ¿Por qué? ¿Acaso el que hace traición á su patria en tiempo de paz, no es un miserable? Su conducta, ¿no ofende la conciencia pública?

No veo porque M. Garofalo restringe así el delito natural, á la infracción de un sentimiento mixto de compasión y probidad. Bajo este punto de vista su definición es incompleta, y además arbitraria. En efecto ¿acaso la falta de lástima basta para constituir un delito? ¿Acaso la falta de lástima no existe en el hombre que mata un animal? Pues como observa M. Beaussire, no es solo por su falta de piedad ó compasión, al matar, lo que impele á que los homicidios, las contusiones y heridas sean castigadas por la opinión. Es preciso considerar el respeto de la persona humana, la inviolabilidad de la vida humana, la idea del derecho y el deber, para encontrar en la violación de éste un delito. Además, la falta de compasión, aun respecto á las personas puede constituir una grave falta moral, pero no un delito. Así, el ciudadano que encontrando un herido, un enfermo tendido en un camino no quiera auxiliarles, un hijo ingrato, que habiéndose enriquecido, sin respeto á la edad avanzada y los achaques de su padre, rehusa socorrerle, son seres sin corazón ni piedad, pero mientras caen bajo el menosprecio público, escapan á la represión social (1).

(1) No es posible, tampoco, apreciar siempre la bondad de un hombre por su sensibilidad; un hombre frío, indiferente, puede tener un corazón excelente, y otro sensible y lleno de piedad, puede ser egoísta. Sabido es que en el siglo XVIII había muchísimas más almas sensibles que en el XVII; ¿había sin embargo almas nobles y conciencias rígidas? La piedad no siempre implica el sentimiento y la práctica del deber; se refiere mucho á los nervios y á la imaginación. Se observa con frecuencia, una extrema sensibilidad en los libertinos contra naturaleza.

Se pregunta, porque Garofalo propone no castigar más que la violación de un sentimiento *mixto* de probidad. ¿No es de temer que tomando esta medida media de sentimiento, la justicia se contente con poco, y deje impunes ciertos actos de engaño, para los cuales la mayoría de los espíritus es muy indulgente, sobre todo en las ciudades comerciales?

M. Tarde encontrando insuficiente la definición del delito, de Garofalo, ha procurado completarla; cree que un acto no es criminal por el mero hecho de ofender el sentimiento *mixto* de compasión y probidad, y propone se añada, que este acto debe ser juzgado como criminoso por la opinión. (*Criminalidad comparada*, pág. 187.) Esta definición en nada difiere en realidad de la de M. Garofalo. En efecto, el sentimiento *mixto* de compasión y probidad, en el fondo no es más que la opinión pública. Las dos definiciones de M. Garofalo y M. Tarde, me parece además, tienen el inconveniente de no relacionar el delito con la violación de la ley moral; admitiendo que el delito resulta de la opinión, suponen que es convencional y que el acto cesaría de ser criminoso si la opinión cambiase.

En la definición que ha dado M. Beaussire del delito, previamente hace resaltar el carácter intencional que debe presentar el acto punible. «El delito, dice, es un atentado intencionado y voluntario de uno de los derechos consagrados por las leyes y cuya violación tiene el deber de reprimir la sociedad.» (*Principios de derecho*, pág. 145) (1). Es cierto que cuando se trata de crímenes ó delitos de derecho común, el acto no es punible si no se ha cometido con intención. Este principio ha sido proclamado por todas las legislaciones. Así la antigua ley Hebraica distingue con cuidado, el homicidio involuntario del homicidio intencional. «Si alguien hiere un hombre *con el deseo de matarle*, sea castigado con la muerte.» (*Exodo*, XXI, 12.) Lo mismo se lee en las leyes de Manou: «El hombre que se

(1) El delito, según el artículo 1.º del Código penal español de 1850, queda definido en los términos siguientes: «Es delito ó falta, toda acción ú omisión voluntaria penada por la ley.—Las acciones y omisiones penadas por la ley se reputan voluntarias, á no ser que conste lo contrario.» El Código penal reformado en 1870, contiene iguales palabras. Esta definición en su síntesis, abraza todas las ideas que corresponden á la responsabilidad de los actos, á la voluntad activa y pasiva, y es considerada con razón por los jurisconsultos, aun los extranjeros, como muy filosófica y completa. (*Nota del Traductor.*)

haya arrojado con ímpetu sobre un brahman con la *intención* de matarle, permanecerá cien años en el infierno.» (L. II párr. 206.) Platón ha evidenciado la necesidad de una intención miserable para constituir un crimen: «No es sólo y precisamente porque alguien haya dado ó tomado alguna cosa á otro, que debe decirse sea un acto justo ó injusto, sino que el legislador debe examinar si, *la intención del que causó un bien ó un mal á otro, es arreglada á derecho y justa*, y fijar al mismo tiempo la atención sobre estos dos casos, la injusticia y el error cometido.» (*Las leyes*, IX, pág. 144.)

Para saber si una acción es injusta, Aristóteles recomienda averiguar la intención con que se cometió, «pues, dice, la maldad é injusticia consisten principalmente en el fin que se ha propuesto. Las palabras usadas señalan la *intención* del que lo comete. Tales son la injuria y el robo, pues no todo el que hiera á otro le hace una injuria. Sólo le hace culpable el fin que se propuso... Del mismo modo no debe ser calificado de ladrón el que toma una cosa extraviada, á no ser que tenga el propósito de servirse de ella y apropiársela.» (*Retórica*, I, capítulo XIII, párr. I.) «Si se trata de un acto, es preciso ver la *intención*... no importa apreciar el fin propuesto por el agente.» (Marco Aurelio, VII, párr. 4.) En efecto, «la *intención* juzga nuestras acciones,» según expresión de Montaigne tomada de Raimundo Lebon, que ya había dicho: «Nuestros actos se juzgan por la voluntad ó la intención.» (Montaigne, *Ensayos*, I, I, cap. VII; Raimundo Lebon, *Teología natural*, trad. Montaigne, cap. LXXXIV.)

La definición del delito dada por M. Beaussire no comprende todos los hechos punibles; no puede aplicarse á muchos delitos no intencionales castigados por las leyes positivas y que deben serlo, tales como el homicidio, las lesiones y los incendios involuntarios, las infracciones á las leyes de caza, pesca, epizoitia, el ejercicio ilegal de la medicina, la farmacia, etc. En efecto, en todas las legislaciones positivas hay dos partes distintas; una, castigando bajo el nombre de crímenes y delitos, los hechos reprobados por la ley moral y perjudiciales al orden social, otra, castigando con el nombre de prevenciones, delitos contravencionales y delitos sin intención, los hechos que no son más que infracciones ó prescripciones legislativas, bajo el punto de vista del interés social. Aristóteles (*Moral*, I, V, cap. VII), ha distinguido perfectamente estas dos partes

esenciales de toda ley positiva. «La justicia política (social), dice, se divide en dos especies: una natural y otra legal; la justicia natural, que en todas partes tiene la misma fuerza y que no depende de opiniones ni decretos de los hombres; la justicia legal, que mira las acciones indiferentes en sí mismas, pero que dejan de existir en cuanto la ley viene á prescribirlas ó prohibirlas.»

Imponiendo una pena, como sanción, á la violación de una prescripción legal, la sociedad practica un acto útil, pero ¿hace una cosa justa? ¿De dónde le viene el derecho de imponer una pena al que ha infringido la ley? De la ley moral que une la pena á la culpa. El que ha desobedecido la ley, ha cometido una culpa, merece un castigo. Sin duda la sociedad no está obligada á castigar todas las culpas, no puede castigar más que las que perturban el orden social y que no pueden ser restringidas suficientemente por coacciones civiles. Bajo este punto de vista, M. Guyau tiene completa razón al decir que «el libre albedrío y la responsabilidad absoluta por sí solos, no legitiman la aplicación de un castigo social, y que la sociedad no puede aplicar una pena sino cuando sea necesaria y eficaz.» (*Ensayo de una moral sin obligación ni sanción*, página 171.) No basta, en efecto, que se haya cometido una falta y que sea merecida la pena, para que la sociedad tenga el derecho de imponerla; es preciso que la pena sea además indispensable para la seguridad pública, y que no haya otro medio de hacer respetar la ley. Pero desde el momento que es necesaria, la sociedad tiene el derecho de aplicarla al que ha infringido la ley, ya que el *culpable la ha merecido*. ¿No es necesario que haya una unión precisa entre la culpa y la pena, para que los criminales algunas veces se entreguen ellos mismos á la justicia pidiendo la aplicación de la pena, y encuentren cierta satisfacción moral en la pena impuesta? Les parece que sufriendo la pena, se desquitan de la deuda que habían contraído con la sociedad, el día que quebrantaron sus leyes (1). Este pensa-

(1) Esta idea de expiación unida á la pena, permite rehabilitar al condenado; cuando haya pagado su deuda á la justicia, tiene el derecho de reaparecer en la sociedad sin que nadie pueda reprocharle su falta; hay la presunción de que la pena sufrida le releva de su indignidad; ya sé que esto no es más que una presunción, pero una presunción favorable á la enmienda de un condenado, y útil á la sociedad, que no tiene interés en abandonar al condenado á la desesperación.

miento les da valor en el momento de la ejecución; pues «el que ha merecido la pena, la espera.» (Séneca, *Carta CV*), y se conforma con ella. Cuando el ex-agente de aduanas Meunier, fué ejecutado en 11 de julio de 1891, marchando al patíbulo exclamó: «*Voy à morir como hombre que paga su deuda.*» y murió valerosamente. En la Audiencia, ya había dicho: «Pido el patíbulo, mis crímenes me horrorizan.»

No se interprete mal mi pensamiento; no digo que la *expiación* sea el fin de la pena, que la justicia social castigue para hacer expiar al culpable el mal moral de su acción. La pena no se ha dictado, sino como sanción de la ley para asegurar su respeto, y no debe ser aplicada sino en la medida necesaria para obtener este resultado. No es preciso indagar si la pena iguala á la perversidad, si no se evita lo suficiente el hecho prohibido. Admito aun, con M. Guayau, que se procure obtener, «la mayor defensa social con el menor sufrimiento individual» (pág. 170). Siempre que el sufrimiento individual del delincuente pueda disminuirse, sin perjudicar la seguridad pública, el legislador debe dulcificar la pena. También podrá disminuir la pena si un delito, antes frecuente, disminuye mucho y hace correr en la sociedad menos peligro que antes. El Juez seguirá también la misma regla, si ha de juzgar á un delincuente de ocasión arrepentido, que hubiera cedido por vez primera á un movimiento irresistible; si tiene la convicción de que una condena indulgente, sin comprometer ningún interés social, será suficiente, no deberá atender exclusivamente al grado del mal moral resultado de la falta.

Al contrario, si cierto género de delitos sobrevienen con frecuencia ó es más difícil preservarse de ellos, el legislador podrá, para prevenirlo, dictar una pena más severa. «Cuando los crímenes se multiplican, dice Bossuet, la justicia debe hacerse más severa.» (*Política sacada de la santa Escritura*, l. VIII, art. iv, v; y también Cicerón, *pro Roscis*, párr. 40.) De la misma manera en la aplicación de la pena, el juez correccional de una ciudad importante, con frecuencia deberá mostrarse más severo que el juez de una ciudad pequeña, respecto á hechos de la misma naturaleza, si se trata de reprimir actos que por su frecuencia y sus peligros, perturben con más intensidad la seguridad de la ciudad importante. Pongo por ejemplo: sabido es que en Marsella y Niza, á pesar de la vigilancia de la policía, se establecen con frecuencia casas de juego clandestinas,

donde los extranjeros, los jóvenes y los obreros son atraídos y despojados. ¿No es evidente que para proteger las numerosas víctimas de estas casas de juego, los jueces de Marsella y Niza deberían reprimir con mayor severidad este delito, que los jueces de una ciudad de poca importancia, donde la organización de una casa de juego presenta muchos menos peligros? Esta regla de buen sentido no había escapado á los Romanos: *evenit ut eadem scelera in quibusdam provinciis gravius plecantur, ut in Africa messium incessores, in Mysia vitium, ubi metalla sunt, adulteratores monetæ.* (*Dig. de Penis*, XVI, párr. 9.)

Si en la creación y aplicación de la sanción penal, el legislador y el juez deben tener mucho cuidado con el grado de peligro que el delito hace correr á la sociedad, de ello no debe deducirse que la pena no sea más, «que una medida de precaución social, un acto de defensa social.» (Lévy-Brulh. pág. 57, Guyau.) La idea de defensa, aislada de la de desmérito, no conduciría más que á colocar á los criminales en asilos, donde estarían imposibilitados de causar ningún mal; no autorizaría la aplicación de una pena. Para encontrar la justificación de la penalidad, es preciso llegar á la idea de culpa, de desmérito; la pena sólo puede imponerse á un *culpable*. «En tanto Júpiter subsista, esta ley será eterna: *al culpable el castigo.*» (Esquilo.) La sociedad no tiene sólo el derecho de tomar medidas de defensa contra los criminales, tiene el derecho de castigar, en interés de la pública seguridad, á causa de su culpabilidad. El poder que aplica la ley penal á los acusados y á los detenidos, *declarados culpables*, se llama y tiene el derecho de llamarse *la Justicia*; estas resoluciones son dictadas en el *Palacio de Justicia* y no en el palacio de la defensa social; la pena dictada es un *castigo* en el sentido moral de la palabra.

M. Barni, M. Fouillée, M. Guyau no admiten sin embargo que la sociedad tenga el derecho de castigar. M. Barni quiere reservar este derecho á Dios; MM. Fouillée y Guyau lo niegan aun á Dios. «Si hay un Dios, este mismo Dios no tiene el derecho de castigar... sería el primero que merecería ir al infierno creado por él.» (*Ciencia social*, págs. 290-296.) La idea de sanción, parece inmoral á M. Fouillée: según éste, «sería una verdadera inmoralidad el decir: la fealdad moral debe sufrir.» (*Ibid.*, pág. 293.) M. Guyau cree que tampoco se puede hacer sufrir al culpable, porque todos los seres tienen derecho al bienestar. Admite bajo el punto de vista absoluto, la igualdad

de tratamiento para todos los hombres: un tigre hambriento, que no puede devorar á un mártir, le parece tan digno de compasión como el mártir. (*Ensayo, etc.*, pág. 155.) Me es imposible comprender, porque no es moral el premiar á los justos y castigar á los culpables, y porque sería más racional y más moral, el aplicar el mismo tratamiento al héroe que al asesino. Desde el momento en que M. Fouillée admite, que el bien merece un premio, ¿cómo puede dudar, que el mal necesita un castigo? La idea de una recompensa para los buenos, lleva necesariamente la de un castigo para los malos, pues ambas ideas son inseparables. (*Espíritu de las leyes*, XXIV, cap. XIV.)

El mismo Voltaire no creía que pudiese concebirse á Dios, sin concederle el poder de castigar á los malos y premiar á los buenos: «No esperar de Dios ni castigo ni recompensa, es ser verdaderamente ateo: ¿de qué serviría la idea de un Dios, que no tuviese sobre nosotros poder alguno?... Si habeis cometido delitos, abusando de vuestra libertad, os es imposible probar que Dios sea incapaz de castigaros... en este punto, os reto. La creencia en un Dios remunerador de las buenas acciones, que castiga á los malos, que perdona las culpas leves, es la creencia más útil al género humano. (Jenni, cap. X, XI.)

Pero objeta M. Guyau, ¿cómo puede castigarse la sensibilidad, por razón de una culpa cometida por la voluntad (1)? ¿No se dirá que M. Guyau considera la sensibilidad y la voluntad como dos entidades distintas? ¿Será necesario contestar, que la sensibilidad y la voluntad pertenecen á una misma persona, y que cuando una pena se impone á un culpable, el que la sufre en su sensibilidad, es el mismo cuya voluntad es culpable? Sin duda, la voluntad es la que se ha hecho culpable, prefiriendo el placer al deber, pero como es la sensibilidad la que ha hecho preferir el placer al deber, es justo que la pena caiga sobre ella.

El sentimiento de justicia, que reclama el castigo de los malos y la recompensa de los buenos, es universal; está proclamada por todas religiones, desde las más imperfectas hasta la cristiana, por todas los filósofos, por Voltaire, como por Kant, por Cabanis. (*Carta sobre las causas primeras*, edit. Poisse, página 657,) como por J. de Maistre, así por los salvajes como por los hombres civilizados. Un hotentote, acusado injusta-

(1) M. Tissot había formulado ya esta objeción en su *Introducción filosófica al estudio del derecho penal*, pág. 20.

mente, protestaba contra la pena impuesta y clamaba á su Dios en estos términos: «¡Oh truigoa! (palabra equivalente á nuestro Gran Dios,) ¿qué he hecho yo, para ser castigado tan severamente? Tú solo sabes que no soy culpable.» (*Diario de los sabios*, 1885, pág. 723.) En su *Viaje de un naturalista al derredor del Mundo*, Darwin refiere que un habitante de la Tierra del Fuego, mató á otro que le robaba las aves; y su hermano declaraba: «que durante mucho tiempo, luego de aquel homicidio, hubo terribles tempestades acompañadas de lluvia y viento: tanto como hemos podido comprenderlo, parecía que los elementos se consideraban agentes vengadores.»

Esta idea de que el bien *debe* ser recompensado y el mal castigado, está expresada en los libros más antiguos. (*Chou-King*, parte III, cap. vi, párr. 5.) La desgracia de los buenos y la dicha de los malos, en todos tiempos, ha trastornado, ha escandalizado á la razón humana. «¿Cómo puedes tú, hijo de Saturno, colocar en el mismo rango, el hombre prevaricador y el justo (1)?» En Judea como en Grecia, el espíritu humano se admira: «Justos hay á quienes provienen males, como si hubiesen hecho obras de impíos, y hay impíos, que están tan seguros, como si hubiesen hecho obras de justos.» (*Eclesiastés*, VIII, 14; Aristóteles, l. I, cap. xxv.) Esta necesidad de justicia, que no se satisface en este mundo, es la que nos hace creer en otra vida, en la cual se hará justicia cumplida á cada uno según sus obras. Impresionada la razón por el espectáculo tan común de infortunios que afligen al hombre honrado, y por la prosperidad de los malvados, se ampara en la esperanza de otra vida, en la cual cesará esta desigualdad tan irritante. Algunas veces este escándalo perturba tanto á la humana razón, que llega hasta hacer dudar á ciertas gentes, de la existencia de Dios. «Si hubiera una providencia divina, dice Balbo, los bienes irían á manos de los buenos, y los males á los malvados...» No concluiría nunca, si quisiera enumerar los hombres honrados que no han sido felices, y los malos que lo han sido. (Cicerón, *De la naturaleza de los dioses*, l. III, párr. 32.)

Esta relación que la razón establece entre el bien moral y la recompensa, el mal y el castigo, no es debida á la educación, ni á la vida social, porque el sentimiento de justicia es tal vez más intenso en el niño y en el joven que en el hombre de edad

(1) Theogais: «¿Por qué los impíos, exclama Job, viven tan felizmente?»