

desconocido.

II

Habiendo manifestado ya la influencia que respectivamente han venido ejerciendo en los progresos del derecho penal las ideas de la utilidad y de la justicia, voy a exponer y juzgar ahora la doctrina de la penalidad contractual, sostenida por Fouillée, la cual no es más que la reproducción de verdades reconocidas desde épocas lejanas, por los criminalistas y los filósofos, y que consisten en la "necesidad de las limitaciones recíprocas de las libertades humanas en el estado de sociedad, y reducción de esta limitación a su minimum: necesidad de la penalidad para la conservación de la armonía y de la seguridad de las relaciones sociales: gravedad del acto en sí mismo, perversidad mayor o menor del agente, criminalidad de su intención." Pero lo que verdaderamente caracteriza este sistema, es el carácter de contrato que trata de dar a la

sociedad, á la ley y á la penalidad, en la cual se ha separado la base de la ley y de la penalidad de su verdadero punto de vista; porque si bajo el punto de vista político y constitucional y por una especie de ficción jurídica, en los países en que se haya establecido el sufragio universal, se puede decir, que todos los ciudadanos participan de las tareas legislativas por ser ellos quienes nombran los legisladores, no por esto se puede llevar la ficción hasta afirmar que las leyes son obras de los mismos ciudadanos, y que ellas constituyen una especie de pacto con el que todos están conformes, de suerte que al aplicárseles las penalidades por estas leyes, no se hace más que someterlos á sus promesas; pues no solo es contraria esta ficción á la realidad de las cosas, sino tambien peligrosa á la libertad; es contraria á la realidad de las cosas, porque las leyes en general y las penales en particular se aplican á un gran número de personas que no han tenido ningun participio en el voto.

bramiento de los legisladores, como las  
mujeres y los hombres privados de los  
derechos políticos; porque la elección  
de los representantes, no es más que  
la expresión de la voluntad de una  
mayoría y por lo mismo, es preciso  
tener como opuestas al pretendido  
pacto social a todos los que constitu-  
yen la minoría; y finalmente por-  
que aún la misma mayoría está mu-  
chas veces lejos de aceptar todas las  
leyes que voten sus representantes.  
Es peligrosa, porque tiende a dar una  
base falsa a la legislación y a la jus-  
ticia suponiendo adhesiones que no  
existen; y porque es, o muy opresi-  
va para la minoría, sujetándolos  
a las consecuencias de un pacto al  
cual han permanecido extraños; o in-  
suficiente para la sociedad, si estas  
personas prevaliéndose de su falta  
de adhesión al contrato, rechazan la  
aplicación de leyes que no han con-  
sentido. Debe pues, esta ficción de la  
ley contractable, ser restringida a los

rias del derecho constitucional y político, para afirmar el derecho del voto de todos los ciudadanos, servir a la libertad y asegurar el respeto de la ley, y ser atemperada por principios superiores impuestos al legislador, para prevenir los excesos y la opresión de una mayoría inclinada fácilmente a creerse investida de poderes ilimitados, pues de no ser así, todas las exageraciones y arbitrariedades son legítimas según este principio de la penalidad contractual: los legisladores pueden entregarse sin guía y sin freno a todos los extravíos de su imaginación; y los ciudadanos quedan abandonados a todos los caprichos de un poder, tanto más temible, cuanto que se le tiene como aceptado por todos; en consecuencia, al afirmar que la ley y la justicia son contractuales, sin fijar las reglas que el legislador y los jueces deben observar para cumplir su delicada misión, no se ha hecho nada o se ha hecho de-

masiado, porque se ha abierto la puerta a todos los abusos y se ha legitimado de antemano todas las concepciones del poder.

Observe pues, este sistema, que funda el derecho de castigar, únicamente en la idea de la defensa social, de lo que me voy a ocupar en seguida, es incompleto, porque como se ve, descuida del todo los principios superiores a que debe obedecer el legislador en la elaboración de las leyes penales.

### III

La doctrina de la defensa social ha sufrido en los últimos tiempos la influencia del desarrollo de las ciencias fisiológicas y naturales, se ha materializado y experimentado las consecuencias de las doctrinas que confunden al hombre con el animal y colocan a la sociedad en el número de los organismos vivos.

Veamos como nos la presentan varios autores: Guyau, dice: si existe una ley general de la vida, es la siguiente: <sup>187</sup> To-