

la 8-3-954
ro 76645
\$ 0,48.
ación 9-10



237175
(65646)
C7
57697

UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA

DE LOS DELITOS EN GENERAL

TÉSIS PRESENTADA

Á LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

POR

76645.

LUIS ROMEU BURGUES

Para optar al grado de Doctor en Jurisprudencia

PADRINO DE TESIS

PADRINO DE GRADO

Dr. D. José R. Mendoza

Dr. D. José P. Ramirez



MONTEVIDEO

Imprenta á vapor LA TRIBUNA POPULAR, 25 de Mayo 431 y 433

1887

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

RECTOR DE LA UNIVERSIDAD

Dr. D. Alfredo Vazquez Acevedo

CATEDRÁTICOS

Economía Política y Finanzas *Dr. D. Carlos M. de Pena*
Derecho Penal. « « *Alberto Nin*
« Civil. « « *Agustín Cardozo*
« Natural é Interna-
cional *Dr. D. F. Acosta y Lara*
Derecho Constitucional « « *M. Herrero y Espinosa*
Derecho Romano « « *L. Piñeiro del Campo*
Procedimientos Judiciales y
Derecho Internacional Pri-
vado. *Dr. D. M. Izcua y Barbat*
Medicina Legal « « *Elias Regules*
Jurisprudencia « « *A. Vazquez Acevedo*

SECRETARIO

Doctor Don Enrique Azarola

A mi estimado Catedrático y amigo
Sr. Sr. José R. Mendoza

Su affm
L. Román Puyol

Luzern / 1887

Al Sr. Dr. D. José Pedro Ramirez

EL DELITO

Nos proponemos estudiar el delito en su íntima y real naturaleza, analizar sus diversos elementos y examinarlos á la luz de los principios de la razon y de la ciencia. Una vez terminado ese trabajo, vamos á considerar las distintas definiciones que se han dado del delito y á emitir nuestra opinion sobre cada una de ellas.

Sin género alguno de duda el quebrantamiento de un deber es el elemento esencial del delito. Hablamos aquí del delito moral, que es la base, el fundamento necesario del delito social, aun cuando éste necesite, para su completa comprension y desarrollo, de otros elementos.

Las leyes humanas para ser justas deben apoyarse en los principios eternos de la ley moral. La ley moral no es una ilusión vana, ni una concepción caprichosa de los cerebros espiritualistas como se sostiene por algunas de las escuelas rivales. Existe escrita en el fondo de nuestra alma y se nos revela por las inquietudes de la conciencia y por el remordimiento cuando violamos algunos de sus preceptos.

Y aún cuando la conciencia haya sido profundamente perturbada y haya perdido su sensibilidad con las continuas transgresiones de la ley, todavía nos queda la razón para discernir con la claridad de sus preceptos el bien del mal.

Es indudable también que cada vez que violamos la ley moral nos creemos merecedores de castigo, ó cuando ménos de censura, mientras que cuando cumplimos nuestros deberes nos sentimos satisfechos, y aún dignos de elogio ó recompensa si ejecutamos algún acto de abnegación ó de sacrificio.

Esa creencia tan íntima, tan universal de la existencia de una ley moral superior á todas las leyes, cuya violación nos presenta culpables á nuestros propios ojos, debía ser el punto de partida, la base legítima é inquebrantable de la noción del delito social.

Y así ha sido en efecto; las legislaciones modernas han considerado el quebrantamiento del deber como el elemento, como la base primordial del delito social, y apenas se encontrará una que otra ley

que se funda exclusivamente en el interés ó la utilidad pública.

Pero esa fórmula «quebrantamiento del deber», así descarnada y seca, nada nos dice en fuerza de ser demasiado absoluta. Necesita para su completo desarrollo, para su perfecta comprensión de otras ideas, de otros elementos que son igualmente esenciales para constituir tanto el delito moral como el delito social.

Fácilmente se comprende que nos referimos á la libertad y á la intención, elementos ambos importantísimos á que tenemos que recurrir cada vez que estamos obligados á calificar un acto humano.

En efecto, sin libertad no hay, no puede haber responsabilidad, y ménos puede, por consiguiente, haber delito. La infracción de un deber, de una ley, para que pueda ser considerada delito, es necesario que el que la cometa tenga no solo conciencia de lo que hace, sino también el poder de no hacerlo.

Pero, dejemos la palabra á un eminente jurisconsulto que ha sabido como pocos poner en claro la importancia del elemento de que nos ocupamos:

«La libertad es una condición indispensable, necesaria, en el que, quebrantando sus deberes huella la ley y viola los derechos de sus semejantes. Solo cuando hay esa libertad lo condena la conciencia pública: suprimidla, y la humanidad le absolverá, y no le acusará el remordimiento.

«Todos hemos visto, ó todos podemos concebir la

comision de uno de esos actos que la conciencia humana señala como criminales, y que sin embargo la misma conciencia escusa y justifica completamente por falta de libertad. Y nada importa entonces que la accion en general lleve la idea del mayor delito: no puede concebirse éste cuando falta el poder de evitarlo, cuando el agente está convertido en un instrumento, y no es libre, absolutamente libre en lo que ejecuta. Lo que nos rebaja de nuestra importancia natural, lo que aniquila en nosotros nuestra parte íntima y superior, lo que nos convierte sin culpa nuestra en instrumentos, nos lava y nos exime á la vez de toda mancha, de toda responsabilidad, como agentes humanos y morales. El hombre que sin libertad cometió un homicidio no tiene mas culpa que la misma espada, instrumento con que se causó la herida.

« Esto lo dice el instinto, la proclama la conciencia, lo aprueba y justifica la razon. Todos estos principios conciben unánimes que el delito no es un hecho material puro, sino, primero y principalmente un hecho. Todos conciben que siendo el quebrantamiento de un deber, su base ha de consistir en la desobediencia, en la infraccion, en la rebelion del hombre contra las leyes que conoce y puede obedecer. Ahora bien, si para todo lo dicho es necesaria la libertad, si la supresion de esta aniquila toda idea de mérito y de demérito, si moralmente acaba con el ser humano y lo reduce á un materialismo triste y humillante, imposible es que quede en

semejante estado un solo vestigio de responsabilidad, ni por consiguiente de crimen. El mal causado será entonces una desgracia, pero fuera indudablemente absurdo llamarle un delito.» (1)

Y ahora añadiremos nosotros que esa condicion de libertad para que una accion sea considerada criminal, no solo es justa porque se funda en un pensamiento moral, sino tambien útil y conveniente para los intereses sociales.

Veamos cómo. La sociedad no castiga sino con el objeto de defenderse, de restablecer el orden social alterado por el delito; pero el delito solo es tal, y solo pone en peligro el orden social cuando el que lo ejecuta obra con entera libertad, con conciencia de lo que hace, porque entonces nos dá á comprender de una manera inequívoca su desprecio por el derecho ageno, su desden por el orden social, la perversidad de su alma, que es el peligro real y efectivo y la causa generadora de los males realizados y de los que son de temer en el futuro.

Supongamon ahora un individuo que comete una accion mala, perjudicial á la sociedad ó á los individuos, pero que la ejecuta contra su voluntad, violentado por una fuerza extraña que no le es dado vencer ni detener. ¿Seria justo penar ese acto, seria moral? Nó, porque faltó uno de los elementos esenciales del delito, faltó la libertad y no habiendo

(1) Pacheco. Derecho Penal, pág. 58.

76645



libertad, no hay responsabilidad ni por consiguiente delito. ¿Sería entonces útil, sería conveniente? Tampoco, porque aparte de la indignación que produciría en la sociedad el castigo de un inocente, lo que es de suyo un mal gravísimo, no se reportaría ninguna utilidad con privarse de un miembro que en el acto ejecutado no había podido mostrar intención criminal y que por lo mismo no ofrecía ningún peligro para el orden social que es lo que la justicia humana tiene el derecho de precaver y de evitar. ¿Sería acaso ejemplar, como lo sostienen los que están acostumbrados á juzgar los actos humanos por sus efectos accidentales, y no por su perversidad intrínseca como correspondería? Menos todavía, porque á nadie le es dado evitar la comisión de actos criminosos en sí mismos, cuando es impelido á cometerlos por una fuerza irresistible.

Vemos, pues, el acuerdo perfecto que hay entre lo útil y lo justo, ó mas bien dicho, que la utilidad social bien comprendida, atendiendo á sus efectos permanentes y duraderos, se funda siempre, con rarísimas excepciones, en la justicia, es decir, en los preceptos eternos de la ley moral.

Y esos casos excepcionales en que la utilidad social no se funda en la justicia, responden á estados anormales de la sociedad, en los que el derecho comun tiene que ceder á imperiosas exigencias que como los que trae consigo una epidemia obligan á tomar medidas severísimas que suelen llegar hasta desconocer ciertos derechos.



Quede establecido que la libertad es uno de los elementos esenciales así del delito moral como del delito social.

Pero advierto que hablamos de la libertad como de un hecho de cuya existencia no se dude, sin embargo de existir un sistema penal que la niega y mas de una escuela filosófica que la combate y la rechaza.

No nos haremos cargo en detalle de las infinitas inculpaciones que se dirigen á la libertad, con el objeto de menoscabarla; basta decir que casi todas están fundadas en la influencia que las pasiones, los intereses, las preocupaciones y hasta las extravagancias tienen sobre ella. Sin desconocer la influencia efectiva que los factores enunciados y algunos otros tienen sobre nuestras decisiones, la verdad es, que ésta nos pertenece por entero; es la obra de nuestra voluntad que se inclinará al bien ó al mal, se sentirá satisfecha ó disgustada, pero que se cree siempre responsable.

Ese sentimiento tan vivo, tan fuerte de la propia responsabilidad, es lo que constituye su superioridad incontestable sobre todos los seres, la dignidad de su persona, la mas noble prerogativa de su alma.

En efecto, mientras el bruto cumple ciegamente la ley de su destino, sin intervenir en él, el hombre se dá cuenta de todo lo que le rodea, de lo que es, de lo que quiere, de lo que puede. Se traza ó es capaz de trazarse una línea de conducta

ó un fin en el agitado mar de la vida, puede escoger los medios para perseguirlo, y desecharlos también, y variar de objeto sino le convienen ó sino le agradan. Tiene ideales, tiene aspiraciones y concibe en su razón y siente en su conciencia la existencia de una ley moral cuyos preceptos son obligatorios y de cuya violación se considere responsable.

El hombre es, pues, libre, libre y responsable; él al menos así lo siente en el fondo de su alma, y se indignaría si alguno le dijese que en sus actos obraba como un instrumento ciego, como una piedra, como una bestia.

Estamos lejos de sostener, sin embargo, como los espiritualistas exagerados, que la libertad humana sea absoluta. No, semejante afirmación no ha salido, ni saldrá de nuestros labios. Somos partidarios decididos de la libertad, la amamos con delirio y la perseguimos como un ideal, la sentimos en nuestros actos y la suponemos en los ajenos, pero jamás llegaremos á creer que el ser humano, débil é imperfecto como es, llegue á ponerla en el mismo grado de absolutismo que la divinidad.

Es teniendo en cuenta las imperfecciones de nuestra naturaleza, las perturbaciones y extravíos que sufre nuestra libertad bajo el influjo de numerosas causas, que la legislación penal de todos los países civilizados admiten causas de excusa y circunstancias atenuantes.

La infracción del deber y la libertad aunque elementos esencialísimos del delito no bastan para constituirle; hay innumerables actos que ejecutados con libertad y con violación del deber no pueden ser considerados como verdaderos y propios delitos porque aun cuando ataquen un derecho é infieran un daño, falta la intención criminal, el mal moral que se realiza en el interior de nuestra alma y sin el cual ni nuestra razón ni nuestra conciencia nos consideran criminales.

Vamos á poner varios ejemplos que tomamos de Pacheco con el objeto de explicar mejor nuestro pensamiento.

Imajinemos un individuo que por equivocación da un veneno á un enfermo en lugar de darle un remedio. Otro que en un acceso de delirio hirió ó maltrató al que tuvo á su alcance; un cazador en fin que tirando de su puesto hirió alguno de sus compañeros que había abandonado el suyo é invadido el lugar vedado para todas las personas.

En todos esos casos se ve un daño, un mal material causado, y causado con entera, con absoluta libertad, pero no consideramos criminales á los que lo han ejecutado. ¿Porqué? porque falta la intención, el deseo, la voluntad de hacer el daño, porque un acto ejecutado á despecho, jamás servirá de base para fundar una presunción de criminalidad y porque puede haber lijereza, ignorancia, imprudencia y hasta fatalidad, pero que no hay, que no puede haber crimen.

Y si los motivos sacados de la ley moral no fueran suficientes para escluir del dominio del derecho penal los actos ejecutados sin intencion, nos quedan todavía, y podemos invocarlas en nuestro favor, las razones de utilidad y conveniencia que ya hicimos valer cuando hablamos de la libertad como elemento del delito.

Y aquí se levanta una cuestion idéntica á la que resolvimos cuando tratamos de la libertead. ¿La intencion es un hecho general, constante? ¿Podrá servir de base para establecer una presuncion general como sucedió con la libertad? Sin titubear podemos contestar afirmativamente. En efecto el hombre se nos presenta siempre obrando con conciencia de lo que hace con conocimiento de lo que se propone, dotado de una inteligencia superior que le coloca por encima de todos los séres, tiene por ella el poder de darse cuenta de los fines que persigue y de los medios que utilizará en su prosecucion, y cuando eso no suceda porque el vicio ó las pasiones oscurezcan su entendimiento, todavía tiene en la conciencia un avisador secreto, que le advertirá con las punzadas del remordimiento ó con sus vagas inquietudes, cuando pretenda separarse de la senda del deber.

Guardémosnos de creer, sin embargo, que la intencion aun fuera de los casos excepcionales aparezca siempre tan clara y manifiesta en el agente que no deje duda de su criminalidad.

Aquí como en la libertad, la ley que sea verda-

deramente humana, la justicia que sepa llenar debidamente su mision, debe tener en cuenta las imperfecciones y los errores de nuestra naturaleza, las múltiples causas que perturban el ejercicio de nuestra voluntad. De esa manera no podrá ser tachada ni de inhumana, ni de rigurosa, ni de absoluta, pues que temperará la severidad de sus principios por consideraciones prácticas sacadas de las debilidades de nuestra propia naturaleza y del grado de cultura y civilizacion de la sociedad que rija.

La mision de la ciencia no se limita exclusivamente á concebir ideales sino tambien á realizarlos, á hacer prácticos los principios que descubre por la observacion y el razonamiento. Pero en esa noble y gran tarea debe proceder con circunspeccion y con mesura si no quiere que sus reformas sean efímeras. Así ningun elemento, ningun factor, por insignificante que parezca, debe ser desdeñado. Costumbres, leyes, moralidad, civilizacion, raza, herencia, religion y esas numerosas influencias que forman la trama complicada de la sociedad, todo debe ser observado, estudiado prolijamente, discutido. Solo así las reformas que se ofrecen serán estables y duraderas y constituirán un verdadero progreso en la marcha de la humanidad.

Cuando se pretende salvar de un salto la distancia que media entre la realidad y el ideal, entre la teoría y la práctica, sobrevienen esas catástrofes sociales que ponen en peligro la existencia de la

sociedad misma y que lejos de fundar algo, alejan por el contrario el día de las reformas bienhechoras, por el horror que llegan á inspirar á los pueblos cuando son precursoras de desórdenes.

El derecho penal que aspira, como las otras ciencias, á hacer prácticos sus ideales en toda su integridad, tiene forzosamente que contener sus nobles ambiciones, en presencia de las resistencias que le oponen las costumbres y el estado social de los pueblos.

Citaré dos ejemplos entre otros que ponen de manifiesto esa verdad.

El duelo que es el estado de guerra entre los particulares, y que en circunstancias dadas puede ser un verdadero asesinato; el adulterio que mina por su base los fundamentos del orden social atacando el honor de las familias, gozan casi de completa impunidad, pues el legislador se considera impotente para luchar con las preocupaciones populares que ven en el duelo un medio legítimo y hasta indispensable para dirimir ciertas contiendas del honor, y en el adulterio, una debilidad humana, un simple pecado venial, digno mas bien de tolerancia que de los rigores de la justicia.

Detengámonos un momento para darnos cuenta del camino recorrido y para determinar el estado en que está la cuestion cuya solucion nos proponemos obtener.

Hemos dicho que el delito tenia por única y legítima base el quebrantamiento de un deber y que la libertad é intencion eran condiciones indispensables, elementos esencialísimos así del delito moral como del delito social.

¿Pero son esos los únicos elementos, las condiciones únicas y exclusivas del delito social, como se habia establecido en algunas legislaciones antiguas, declarando punibles todas las infracciones de la ley moral, y como se ha sostenido tambien por un filósofo ilustre, por el filósofo de Keisnisberg en sus principios metafísicos del derecho?

No, ya dijimos al principio de este trabajo, que la idea del delito social era una idea complexa, que en su formacion entran muchos y variados elementos, y que era necesario estudiarlos uno á uno si nos queríamos dar cuenta exacta de la nocion que tratábamos de esplicar.

Acabamos de examinar con la detencion posible, la libertad é intencion, elementos internos—vamos á analizar ahora el elemento externo—el mal, el daño causado, el hecho ejecutado.

Toda violacion del deber trae consigo como consecuencia inmediata la produccion de un mal, que puede ser de tres especies distintas: moral, material y mixto.

Ahora bien, cuál de esos males caerá bajo el imperio de la ley penal? ¿Caerán todos, ó una parte de ellos, ó uno exclusivamente, ó con limitaciones?

Por de pronto, tenemos que descartar el mal pu-

ramente moral, pues siendo este un hecho de conciencia, escapa por eso mismo al poder de la justicia humana, que por otra parte no tiene título legítimo que invocar para castigarlo. Las transgresiones religiosas ó la violacion de los deberes para con Dios, que durante muchos siglos fueron objeto de las penas y suplicios mas espantosos por parte de una justicia bárbara, que pretendia constituirse en vengadora de la divinidad y penetrar en el interior de las almas, ha sido felizmente escluida del dominio de la penalidad. Los progresos de la razon pública, del derecho penal, que abandona definitivamente el sistema de la expiacion para adoptar otros mas conformes con las necesidades sociales, la proclamacion de la libertad religiosa que consagra la inviolabilidad de la conciencia, todos, cada uno en su esfera, han contribuido á conseguir ese bello resultado.

Hoy cada uno es libre de escojer sus creencias, de propagarlas, de manifestarlas públicamente, aunque sean contrarias á la religion del Estado (al menos así sucede en la mayor parte de los pueblos civilizados de Europa y América) sin temor de que la autoridad pública le pida cuenta como en otro tiempo ni de su fé, ni de su culto, ni de sus impiedades, ni de sus apostasías.

Esa parte de la vida del ser humano enteramente moral, completamente íntima, ha quedado con universal asentimiento librada á su propia responsabilidad, pues aparte de la imposibilidad casi ab-

soluta en que está la justicia humana para penetrar en ella, los intereses sociales de acuerdo con la justicia exigen el mas profundo respeto á la libertad de conciencia.

Consideramos ahora el mal material, que puede verificarse de varios modos, y veamos si cae ó nó bajo el imperio de la ley penal.

Nos atropela un caballo y nos rompe un brazo, un desórden higiénico nos produce una enfermedad, y un fenómeno eléctrico una quemadura. Tenemos aquí tres males, tres males materiales, y puramente físicos, á los que calificamos con el nombre de desgracias porque no hay agente responsable, no hay elemento moral que es lo que podia autorizarnos á llamarle delito.

Hay tambien otros males que aunque producidos por un agente humano, lo han sido sin su voluntad, sin su entendimiento y por lo mismo están en idéntico caso que los anteriores. Son males físicos materiales, sin mezcla alguna de mal moral.

Cuando tratamos de la libertad é intencion como elementos del delito, pusimos algunos ejemplos de esos males y dijimos que por gravísimos y perjudiciales que fuesen jamás constituirian un verdadero crimen, porque falta la base moral, que es la intencion y la libertad, y el fundamento social que es el interés ó la conservacion pública, que no tiene nada que evitar ni reprimir en el agente de un suceso fatal ó desgraciado que nadie está libre de cometer.

57697

14 MAR 2022

Queda pues el mal mixto, el mal que se verifica subjetiva y objetivamente, violando la ley del deber y produciendo un mal material, un daño, que puede según su naturaleza é importancia caer ó no bajo el dominio de la ley penal.

La cuestión ha sido como vemos inmensamente simplificada, hemos eliminado el mal puramente moral y el puramente material, réstanos solamente el mal mixto como verdadero elemento del crimen social.

Pero ese mal causado libre y deliberadamente, es lo que se llama un ataque al derecho, al derecho que tiene, así la sociedad como los individuos, de desarrollarse libremente, sin zozobras, ni perturbaciones, que impidan ó dificulten el legítimo ejercicio de sus facultades.

Como se ha visto adoptamos la expresión «violación del derecho» para significar el daño realizado libre é intencionalmente, porque nos parece más propio del lenguaje de la ley que el concepto «quebrantamiento de un deber», y por que siendo más circunscrita y restringida que éste expresa mejor la materia del delito.

No ignoramos que Pacheco y Rossi, han preferido la fórmula «quebrantamiento de un deber» á la adoptada por nosotros, pero no nos parecen bastantes fundadas las razones que invocan para justificar su elección.

Una de las razones principales que dan los autores citados para sostener su fórmula, es que ésta

es subjetiva y expresa mejor la naturaleza y el carácter íntimo del delito, mientras que la que nosotros preferimos es objetiva y tiende más bien á explicar el mal causado, el daño realizado. Aparte de eso le asalta la duda á Pacheco de que pueda haber algún derecho que no corresponda exactamente á un deber, y esa duda, duda cruel para su espíritu de filósofo y moralista, ha contribuido también á que se incline á adoptar la fórmula «quebrantamiento de un deber».

Sin desconocer la tendencia particular de cada una de las fórmulas, la verdad es, que los deberes y derechos son por lo común correlativos, como lo dice el mismo Pacheco, y que un ataque al derecho, á un verdadero derecho, debe tener por antecedente necesario la violación de un deber moral. Puede suceder que haya derechos que no correspondan exactamente á un deber violado, pero ese será un derecho excepcional que responder á una necesidad imperiosa, á un estado igualmente excepcional, y que por lo mismo queda fuera de las leyes ordinarias.

El deseo de ser rigurosamente lógicos, el amor á los principios, no nos lleve á exigir que en todas las circunstancias y estados sociales se apliquen en toda su integridad. No olvidemos que somos seres humanos y por lo tanto débiles é imperfectos, y que puede haber, y hay sin duda, causas extraordinarias, vicios y formas de organización que exijan la aplicación de leyes de un carácter particular,



que no se encuadren en los principios de la justicia.

Este reconocimiento no importa claudicación de principios como podía suponerse por algun partidario exajerado. Ya hemos dicho en otro lugar que aspiramos al ideal, y creemos que realizarlo es no solo un derecho sino tambien un deber de la especie humana, cuya ley es el progreso; pero reconocemos tambien la distancia que media entre la teoría y la práctica, distancia que la humanidad irá estrechando sin duda alguna con su perfeccionamiento, pero que no salvará jamás.

Pero volvamos á nuestros asuntos y recordemos que hemos dicho que el mal mixto, constituye un ataque al derecho, pues no solamente se produce un mal interno, con el pensamiento y resolucion criminosa sino tambien un mal externo que es el daño causado, el derecho lesionado. Ahora bien, todos esos males mixtos ó esas violaciones del derecho, como les llamamos ahora, serán erijidos en delitos?

Violaciones hay que hiriendo reales y positivos derechos, el lejislador, sin embargo, no las estima bastante poderosas ó bastantes perjudiciales para hacerlas objeto de sancion penal. ¿Qué motivo ó razon fundamental puede invocar el lejislador para eximir de pena esos ataques al derecho?

Y aquí aparece el interés, y la utilidad pública, el peligro social de Guisot, la defensa y la conservacion social, que con estos hombres se ha designa-

do á uno de los fundamentos del derecho de castigar, que solo, ó en union con la justicia, ha dado lugar á tantas teorías y á tantos sistemas penales.

En efecto, el peligro social, el interés ó la utilidad pública es tambien uno de los elementos del delito, elemento importantísimo, que unido á los otros ya estudiados, determinan la nocion del delito social.

No basta, pues, que se viole ó ataque un derecho con las condiciones de responsabilidad que hemos indicado, para que sea erigido en delito, necesario es tambien, que la represion de ese acto sea útil al mantenimiento del orden social y que no pueda conseguirse por otros medios.

Nada mas racional ni mas legítimo que esas limitaciones. La conciencia humana las aprueba y la legislacion positiva de los pueblos las consagra.

El poder social no puede proponerse reparar todas las transgresiones del orden moral, porque tal mision ya vimos en otro lugar, está fuera del alcance de sus facultades y excede el límite de su poder. Su fin es mantener el orden social sin separarse de la justicia que es su guia, la ley de sus actos; por eso es que debe tener en cuenta la utilidad, le eficacia de las penas que inflija para la conservacion de ese orden, pues si se llegase á demostrar que esas penas fueran estériles como represion ó como ejemplo, su mision que es humana y no divina, habria terminado.

La ley social se apoya sin duda alguna en la ley moral, pero su esfera de acción es mucho más limitada y restringida. Son como se ha dicho dos círculos que tienen el mismo centro pero distinto radio. Así la ley humana no declara ni puede declarar malo y penable todo lo que así establece la ley moral, sino lo que tiene relación con los intereses sociales, lo que los perjudica gravemente, lo que los ataca, lo que pone en peligro su existencia.

Vamos á permitirnos transcribir dos párrafos elocuentes y sensatos de los comentarios del Código Penal Español del ilustre jurisconsulto Pacheco, que se refieren al punto que tratamos.

«El delito contra la ley divina es el pecado, y el pecado contra la ley humana es el delito social. Idénticos en su origen, sepáranse después por la distinta esfera á que corresponden, y por la desigual extensión del uno y del otro. Los misterios de la eternidad encierran el porvenir inescrutable, siempre lleno de justicia, que aguarda al primero;—el segundo, declarado por los hombres, tiene su destino en las penas humanas, y va envuelto, como todo lo humano, en peligros, en debilidades y en incertidumbres.

«Estas consideraciones, que no debemos perder nunca de vista, fijan imperiosamente los límites de nuestra ley y nuestra justicia particular. No todo lo que reconocemos como malo debe ni puede recibir la calificación de delito en nuestros precep-

tos. Es menester que la sociedad tenga un interés en ello, que se resienta con su perpetración, que le produzca perjuicios efectivos, asignables, no solo del orden interno sino también del orden exterior. Es menester además que esa sociedad misma, tenga medios adecuados para penar aquellos males cuya declaración y condenación ha de hacer en sus leyes. Es menester que esos males no puedan ser reprimidos, impedidos, evitados por otros medios más suaves que las penas. Es menester por último, que semejantes medios de penalidad, necesaria y posible, no traigan con su uso mayores inconvenientes que los bienes mismos que se esperen de su aplicación. Todos estos hechos tiene que pesar nuestra justicia, todos los tiene que considerar nuestra ley, antes de dictar sus prohibiciones y proclamar sus penalidades.»

Los párrafos transcritos vienen á demostrar una vez más que la conservación social ó la utilidad pública es el complemento necesario de la noción del delito social, que cuando esa utilidad no existe la justicia humana no tiene título legítimo que invocar para aplicar sus penas, pues no debemos olvidar que ella no es ya, como en otro tiempo, el representante de la divinidad en la tierra, sino el protector de los intereses sociales, la garantía de su desenvolvimiento.

Es por eso que se ha excluido del dominio del derecho penal, algunas violaciones del derecho que no importan un peligro real y efectivo para la con-

servacion social, ó que aun cuando alguno produzcan, tiene su correctivo en las sanciones naturales ó en las sanciones civiles.

De las transgresiones religiosas ó de las violaciones de nuestros deberes para con Dios ya hablamos en el lugar correspondiente y se habrá notado que las dejamos completamente libradas á la conciencia individual y á las sanciones religiosas.

Por lo que respecta á la violacion de los deberes que tenemos que cumplir con nosotros mismos, quedan como las transgresiones religiosas libradas á nuestra propia responsabilidad, por mas de que hay ciertos casos, en que importan ó pueden importar, un verdadero ataque al derecho, aunque el sujeto que lesiona es el mismo que es objeto de la lesion.

La sencillez misma del punto que tratamos nos evita entrar en mas estensas consideraciones. Basta decir que á las dificultades casi insuperables de la prueba y á los peligros de penetrar en esa parte de la vida completamente íntima y moral, se une la sancion que esas infracciones reciben de la opinion pública, bastante poderosa y eficaz para preferirla á la sancion penal.

No queremos abandonar este punto sin considerar una de las violaciones de los deberes para con nosotros mismos que ha sido objeto de las mayores controversias. Nos referimos al suicidio, al suicidio que es el ataque al propio derecho de

vivir y de ser, y que ha sido durante tantos siglos objeto de una penalidad bárbara.

En efecto las leyes griegas lo castigaban con la infamia, es decir con el ultraje infligido á los restos del culpable; las leyes Romanas con la confiscacion de los bienes, y la antigua legislacion Española de una y otra manera. En Inglaterra se agregaba á la confiscacion de los bienes en beneficio de la corona la privacion de la sepultura, y en Francia que siempre ha marchado á la cabeza de la civilizacion, en el siglo VII, á mas de la confiscacion, era arrastrado el cadáver sobre una estera, ahorcado y dejado insepulto.

Como se observará por el cuadro que acabamos de bosquejar, parece que las naciones nombradas se disputasen el derecho de sobresalir por la barbarie y multiplicidad de los castigos contra el suicidio, pues algunas de ellas, le aplicaban dos, tres y mas penas, con la circunstancia particular de que la familia del suicida venia á ser víctima inocente de algunas de esas penas.—Hay que decir en descargo de esas naciones que las ideas religiosas de entonces, intolerantes y exclusivas como eran, consideraban al suicidio como uno de los mayores crímenes, como uno de los atentados mas graves á la divinidad, y sabido es la influencia predominante que la religion ejercia en la lejislacion y en las costumbres de casi todos los pueblos.

○ Sin duda alguna, el suicidio es un acto malo, un

acto perjudicial no solo para la víctima sinó tambien para su propia familia que no pocas veces pierde en el suicida su único sosten. La sociedad misma no puede menos de resentirse en presencia de esos actos, á que conduce la desesperacion y las injusticias sociales. ¿ Pero, quién le dice á la sociedad que el suicida sea verdaderamente un criminal? Ha podido acaso penetrar en su intencion? ¿ conocer el estado de sus facultades mentales? ¿ descubrir las causas reales que le obligaron á tomar la terrible determinacion?

Y aún suponiendo llenadas todas esas condiciones y que el suicida resultase verdaderamente culpable ¿ Qué castigo le impondría la justicia humana que fuese mas tremendo que el que él se impuso á sí mismo? ¿ Y en nombre de qué interés legítimo, de qué razon de orden público le aplicaria?

Enunciar esas cuestiones es resolverlas, por eso no nos detendremos á contestar esas interrogaciones.

Todo, como vemos, conspira á que el suicidio sea excluido del dominio de la penalidad social; por un lado la imposibilidad casi absoluta de determinar su verdadera índole; por el otro, la escasa ó ninguna perturbacion que lleva al orden social y por último la sancion natural que llevan en sí mismos esos atentados.

Bien ha hecho pues la ley en dejar á las sanciones naturales, el castigo de las violaciones de

los deberes para con nosotros mismos, aunque esas violaciones afecten la forma de un ataque al derecho. La conciencia, de acuerdo con la razon, aprueba plenamente ese proceder, persuadida como está de su eficacia y de que los seres que así faltan á sus deberes son mas bien desgraciados que criminales.

Terminaremos este punto transcribiendo un párrafo de la obra de Beccaria titulada « De los delitos y de las penas ».

« El suicidio es un delito al cual no se puede señalar castigo propiamente dicho, porque tal castigo no podrá recaer mas que contra la inocencia ó contra un cadáver insensible. »

Vamos á considerar ahora otro género de violaciones del derecho que la legislacion positiva de casi todos los paises no le aplica otras sanciones que las puramente civiles. Nos referimos á la falta de cumplimiento de los contratos y de las obligaciones en general y á todas las violaciones de idéntica ó análoga naturaleza.

La legislacion romana era severisima con los deudores, pues llegaba hasta entregarlos al acreedor para que se sirviese de ellos ó los vendiese como esclavos. En las mismas legislaciones modernas, la cárcel por deudas no ha sido completamente abolida. Naciones adelantadas la conservan todavia, dejándose llevar por el antiguo rigorismo, que no tenia en cuenta para nada las variadas circunstancias que pueden hacer de esa pena una irritante injusticia.

Si se exceptúan las obligaciones comerciales que por su importancia y trascendencia y por razones de orden público exigen por parte del legislador una protección especial, creemos que, la falta de cumplimiento de las obligaciones civiles no deben dar lugar á otro género de reparaciones que las puramente civiles, á menos que la violación de esas obligaciones venga acompañada de ciertas circunstancias que la erijan en verdaderos y propios delitos.

Tal es también la opinión de los autores modernos y la que se encuentra consignada en casi todos los Códigos.

Vamos ahora á tratar de fundar nuestra opinión.

Las obligaciones del derecho civil difieren de las del derecho penal en que las primeras suelen ser ó son en la mayoría de los casos el resultado de la libre convención de las voluntades individuales, mientras que las segundas son obligaciones naturales y negativas establecidas exclusivamente por la ley. De ahí surgen consecuencias importantes relativas á la intervención de la voluntad.

Además la falta de cumplimiento de las obligaciones civiles puede ser el resultado de circunstancias y de causas que alejen toda idea de culpabilidad.

La pérdida de la salud, la mala suerte en los negocios, la quiebra de la casa donde teníamos depositados los fondos, una calamidad cualquiera

en fin, pueden hacer que faltemos á nuestros compromisos de crédito y de honor, pero á nadie se le ocurrirá llamarles criminales.

Pero nosotros queremos suponer que se haya faltado á los compromisos con malicia, que se hayan violado culpablemente las obligaciones, y entonces preguntamos, ¿qué utilidad reporta la sociedad ó el acreedor en que se someta al deudor á la pena de prisión?

Por lo que respecta al acreedor no recuperará lo perdido y por lo que respecta á la sociedad lejos de reparar el perjuicio causado por el deudor, que es lo que legitimaría su intervención, lo impide por el contrario, porque en la prisión le priva de su trabajo libre, que es con lo que podría cumplir sus obligaciones.

Si á las consideraciones espuestas se agregan las sanciones públicas que acompañan á los que faltan á sus obligaciones tales como el descrédito, la protección que se le retira y el desconcepto público, tenemos que la sanción penal no solo es inútil, sino también injusta y exorbitante.

La experiencia viene también en nuestro auxilio confirmando los razonamientos que hemos hecho en contra de las sanciones penales por la violación de obligaciones civiles. Ella nos demuestra por doquier la ineficacia y la inutilidad de las penas por deudas, hasta tal punto, que la mayor parte de los países civilizados las han abolido.

Réstanos ahora considerar otro género de infrac-

ciones que basta el simple sentido comun para comprender que no pueden ser consideradas delitos. Nos referimos á la simple infraccion de policia, á la violacion de leyes puramente económicas y á ciertas faltas insignificantes que se castigan con penas llamadas de policia.

Como se comprende fácilmente, esas transgresiones, por su índole, por su escasa importancia no importan un verdadero peligro al orden público, por eso es que basta y sobra con las penas de policia para reprimirlas.

Tales son en el estado actual de la ciencia del derecho penal las limitaciones mas generales impuestas al derecho de castigar en nombre de los intereses sociales y de la justicia. ¿Serán permanentes esas limitaciones, serán las únicas?

Bertauld, en su obra la Libertad Civil, deja entrever que algunas de las sanciones civiles puedan, en virtud de su ineficacia, ser sustituidas por sanciones penales.

Por nuestra parte creemos con Franck que los progresos del derecho penal, de la civilizacion, traerán nuevas limitaciones al derecho de castigar.— Copiamos á continuacion las bellas y generosas palabras con que el citado autor manifiesta sus creencias. (1)

« Por eso mismo la ley penal podrá admitir to-

(1) Franck, Derecho Penal Pág. 155

dos los progresos de la civilizacion y ser mas humana, mas dulce, segun que la sociedad entre en las vias de la humanidad y la dulzura. Ningun rigor deberá considerarse como eterno, como inmutable. Así es como hemos visto desaparecer la exposicion, la marca, la muerte civil, así es como vemos hoy la degradacion y el suplicio bestial del presidio reemplazados en parte por las colonias penitenciarias. ¿Qué sabemos? la misma prision, si la instruccion se difunde, si las costumbres continúan afinándose, si el sentimiento del honor se hace mas comun, la prision misma podrá ceder al sufrimiento moral de la vergüenza, ó á la pérdida de una parte de nuestros derechos civiles ó politicos. Con seguridad y en ciertos casos, serian desde luego mas rigurosas que las otras las penas pecuniarias, la privacion del bienestar y de la fortuna.»

Hemos terminado nuestro análisis del delito, hemos estudiado uno á uno los distintos elementos que lo constituyen, y señalado por medio de reglas generales las acciones que no caen bajo el imperio de la ley penal, aunque tengan algunos de los caracteres del delito.

Réstanos ahora encontrar una definicion, que, conteniendo los distintos elementos que hemos analizado, nos dé una idea clara de la nocion del delito social.

Para conseguir ese resultado, vamos á estudiar en el capítulo siguiente algunas definiciones del delito.

DEFINICIONES DEL DELITO

Las legislaciones antiguas no se habian ocupado de definir la palabra delito, sea porque su significacion no fuese nunca objeto de discusion, como lo cree Pacheco, ó porque careciendo esas legislaciones de principios reguladores, la nocion del delito quedaba sometida al criterio variable de las costumbres, de los intereses y de las pasiones.

Lo mismo sucede con respecto á las otras cuestiones fundamentales del derecho penal; ninguna base fija, ningun principio superior. El derecho de castigar y la pena estaban fundadas unas veces en el derecho de venganza, otras en el principio de la expiacion y otras en la vindicta pública.

«En la primera época de la civilizacion, dice Faustino Hélie, las reglas de la ley penal no son fijadas ni razonadas; su principio y su objeto son inciertos; fundada sobre una imperiosa necesidad de defensa, sigue el movimiento de las costumbres, se transforma con los usos de los pueblos y sus instituciones políticas, se presta á las tendencias de sus gefes y viene á ser entre sus manos un instrumento flexible de opresion. Refleja las preocupaciones, los usos y los errores del siglo que atraviesa; sus revoluciones están ligadas á las revoluciones de la humanidad».

Como dice muy bien Hélie solo en las primeras épocas de la civilizacion la ley penal sigue el movimiento de las costumbres, pues en las posteriores sufre un atraso del cual no sale hasta una época relativamente reciente. La pena de muerte en materia política y la muerte civil apenas hace treinta y cinco años que fueron abolidas en Francia y menos tiempo en España. Idéntica cosa sucedió con la pena de la marca y de la argolla.

Recien en la segunda mitad del siglo XVIII, se opera una reaccion formidable contra la legislacion penal preexistente cuyo primero y mas ilustre representante es el inmortal Beccaria. Beccaria interpretando el sentimiento público que era adverso á la penalidad draconiana de entonces, oponiéndose á la tradicion, arrostrando las iras de los déspotas que hacian de las penas un instrumento de opresion y de gobierno, demostró la iniquidad

de las leyes penales, la crueldad de los castigos y la barbarie de las formas judiciales que entregaban atado de piés y manos al que tenia la desgracia de caer en poder de la justicia.

Desgraciadamente, su sistema penal no correspondió á sus generosos propósitos, ni á las excelentes reglas que dejó consignadas sobre el procedimiento criminal. Asentada sobre una base falsa, falta de desarrollo, la noción del delito no fué desenvuelta en ese sistema, como no lo habia sido en el de sus antecesores.

Es en la época moderna que la noción del delito empezó á desarrollarse de un modo científico. El espíritu de investigacion y de exámen despertado por los trabajos de Beccaria, se apodera de las leyes penales y de los incompletos sistemas formulados hasta entonces, los analiza, los estudia y los reduce á sistemas regulares en donde se ven desarrollar en un orden lógico las tres cuestiones fundamentales del derecho penal.

Las naciones influenciadas por las modernas teorías penales que por todas partes se formulan y se disputan el campo científico, tratan de ponerse á la altura de los progresos alcanzados, y todas ellas se apresuran á reformar sus códigos, aprovechando las conquistas realizadas por la ciencia en el terreno de los principios, y adoptando el método científico que les dá mayor brillo, y que esparce tanto orden y claridad así en la teoría como en las leyes penales.

Siguiendo ese orden y ese método es que todos los códigos modernos empiezan por definir el delito.

El Código Penal Francés á quien corresponde el primer puesto en el orden cronológico, desatendiendo la naturaleza intrínseca de las acciones penadas por la ley, divide en tres categorías todos los actos punibles, adoptando como criterio para fundar esa division, que es al mismo tiempo una definición, la importancia de la pena y el grado de jurisdiccion de que depende.

Así llaman crimen la infraccion que las leyes castigan con una pena afflictiva ó infamante, es decir, con la muerte, con trabajos forzados, con la deportacion, la reclusion y la degradacion civil. «Llama delito la infraccion que las leyes castigan, con penas correccionales, es decir, con la prision temporal en una casa de correccion, y cuya duracion no puede exceder de cinco años ni bajar de seis dias; con la suspension temporal de ciertos derechos políticos y civiles, por ejemplo el derecho de sufragio y de elegibilidad, del derecho de ser jurado, de ejercer funciones públicas ó empleos administrativos, de llevar armas, de voz y voto en los consejos de familia, de ser tutor ó curador, perito ó testigo, sea en actos civiles sea ante los tribunales; en fin, con la pena de multa que siempre distingue la ley de las restitutiones é indemnizaciones. Llama contravencion toda infraccion castigada por las leyes con penas de policia á saber, la prision por un término

que no exceda de cinco dias, una multa de quince francos á lo más y la confiscacion de ciertos objetos aprehendidos.»

Hemos copiado detalladamente las distintas penas que corresponden á cada una de las divisiones del Código Francés para que se vea de una manera palpable lo absurdo del criterio en que se fundan y las dificultades y complicaciones que necesariamente traerá la consideracion de un delito que por el género de pena pertenezca á una de las clasificaciones, y á otra por su naturaleza ó circunstancias.

A primera vista se descubre, que la division de los actos punibles en tres miembros, establecida por el Código Penal Francés y adoptada por los Códigos italianos, de las dos Sicilias, de Parma y de Cerdeña, no tuvo otra mira que conformarla con los tres géneros de tribunales que contienen la justicia francesa. Los criminales ó de Assises, á los que concurre el jurado; los correccionales compuestos de varios jueces de derecho, y por último los de policía formados por un maire ó un Juez de Paz.

Este sistema, segun dice Mancini, fué objeto bajo el punto de vista científico y político de las severas censuras de Carmignani, de Mittermayer y de Rossi.

«Especialmente este último reputa como una injuria á la justicia y considera como la apoteosis implícita de un despotismo legislativo, que el le-

gislador proponga al público, que no se preocupe de examinar la naturaleza intrínseca de las acciones humanas, sino de mirar al poder y deducir que cuando manda cortar la cabeza á un hombre, éste debe ser un gran malvado. (1)

Es inesplicable que el legislador francés que tanto culto ha rendido siempre á los principios, subordine en su Código Penal, altos intereses morales y filosóficos á un mezquino interés de procedimientos, á una armonía falsa y aparente, porque no se funda en la naturaleza de las acciones sino en la pena arbitraria que se les aplica.

Pero es en vano luchar contra los principios de la sana razon formulando divisiones y definiciones sin base científica, porque la conciencia pública se revela en contra de ellas no considerando como criminales, en la acepcion que el Código Francés le dá á esta palabra, á los delincuentes políticos aunque se les aplique la pena de deportacion ó cualquiera de las que ese Código considera como afflictivas ó infamantes.

Y tan es así que en Francia misma se levanta un clamoreo general contra ese sistema de clasificaciones. La opinion pública reclamó enérgicamente la modificacion del Código Penal y éste fué reformado dos veces, en 1832 y en 1863.

Ahora bien ¿cuál era la principal causa de las modificaciones que exijia la opinion pública?

(1) Proyecto de Código Penal Italiano.

La exposicion de los motivos en que se acompañó el proyecto de reforma nos dará la respuesta.

« Las resistencias del jurado se refieren principalmente á no querer considerar como crímenes á ciertas infracciones que la ley así califica, pero cuya naturaleza les aproxima mas á los simples delitos. Se puede decir en efecto que su gravedad moral es inferior, que ellos suponen una menor perversidad en el agente, que son para el orden social un peligro menor, etc., etc. » (1)

De resultas de esas modificaciones veinte y dos hechos que eran calificados de crímenes por el Código fueron proclamados simples delitos por la ley de 1863.

Y no podia ser de otro modo desde que el jurado se negaba á obrar contra su conciencia que le decia que la ley no procedia con razon ni justicia en calificar de crímenes aquellos hechos.

El crimen constituye la deshonra y no el cadalso, se ha dicho con razon. Y en efecto, es la naturaleza íntima de las acciones que caen bajo el imperio de la ley penal, el grado de perversidad que revelan en el agente, las circunstancias que las rodean, los móviles que los impulsan, el grado de inteligencia y libertad con que procede, la gravedad del mal causado, todos estos son los factores que determinan la mayor ó menor criminalidad del agente y no el hecho material y arbitrario de la pena.

(1) Chauveau y Delie Icosia del Código Penal, Pag. 31.

Por poco que se eche una ojeada por la Historia del Derecho Penal veremos confirmado el absurdo que resulta de clasificar el grado de criminalidad por las penas.

En un principio la pena se aplica en nombre del derecho de venganza, de la venganza privada, que no tiene mas regla que los caprichos del vengador, mas móvil que el ódio, mas fin que la satisfaccion de los instintos crueles y sanguinarios. Fácil es alcanzar los excesos á que conduciría semejante penalidad y la desproporcion entre el delito y la pena. Baste decir que no solo el delincuente, sino tambien sus hijos, sus nietos, sus parientes eran perseguidos y castigados por esa justicia bárbara.

Despues hemos visto á la penalidad religiosa, pretendiendo obrar en nombre de la divinidad, aplicar los castigos mas crueles á los actos mas inocentes.

« Las infracciones de la liturgia, de la disciplina religiosa, de los actos de la fé, dice Franck, eran castigados de igual modo y frecuentemente con mayor rigor que los crímenes mas odiosos. » No hace todavia un siglo que las hogueras de la inquisicion ahogaban con su fuego y con su humo la voz de los que cometian el delito de no tener las mismas creencias que los santos padres que componian aquel lúgubre tribunal.

Lo mismo sucedia con la penalidad política: rigores excesivos, castigos atroces para las faltas ó delitos que rozacen en algo los intereses del Rey ó Señor ó de la casta dominante. Ni los actos mas

inofensivos se salvaban de las mas violentas represiones. «Montar en una acanea cuando no se pertenecia á la raza noble, llevar vestidos de seda ó matar un conejo, eran hechos castigados con mayor severidad que lo son hoy el robo, la estafa y el abuso de confianza.» (1)—De modo que si hubiésemos de atender á las penas que se les aplicaban á las [acciones enumeradas en éste y en los dos párrafos anteriores, debiamos considerarlas como grandes ó vergonzosos crímenes.

En la actualidad se ha limitado el número de las acciones que caen bajo el imperio de la ley penal, se ha armonizado mas el delito con la pena, proporcionando y subordinando ésta á aquél, y se ha dado al derecho de castigar una base mas verdadera, mas humana ¿pero entónces á qué mantener una definicion y clasificacion rechazada por la conciencia y la razon? ¿No acabamos de ver en la rápida escursion histórica que hemos hecho, castigar con las penas mas severas y hasta con suplicios atroces, las transgresiones religiosas excluidas hoy del dominio de la penalidad y los delitos políticos penados hoy con la mayor moderacion y mirados con la mayor benignidad?

En nombre del derecho, de la filosofía y de la moral, debemos rechazar el criterio que nos propone el Código Penal Francés para calificar el grado de criminalidad de las acciones humanas.

(1) Franck—Derecho Penal Pág. 17.

Si nos hemos detenido demasiado en la crítica de la definicion del Código Penal Francés, ha sido por la importancia que le reconocemos á ese Código y por la influencia que la legislacion en general de ese gran pais tiene sobre todas las naciones. Ya dijimos en párrafos anteriores que la division tripartita habia sido adoptada por los Códigos italianos de las dos Sicilias, de Parma, y de Cerdeña, y ahora agregaremos que lo ha sido tambien por el de Bélgica en 1867, por el de Holanda en 1854, por el de Portugal en 1852, y mas recientemente aun, por el moderno Proyecto de Código Penal Italiano de Mancini, aunque con algunas modificaciones que salvan los principios de la ciencia.

Pacheco mismo, cuya alta razon tenemos que admirar á menudo, sino la acepta bajo el punto de vista científico, la justifica en el terreno de la práctica, porque se armoniza con la organizacion de los Tribunales Franceses y con las formas del procedimiento criminal.

Pasemos ahora á considerar la definicion que han adoptado la mayoría de los Códigos modernos y los juriscultos.—Para ellos el delito es «la infraccion voluntaria de una ley penal»—con diferencias de forma, casi todos aceptan esa definicion. Esa definicion es sin duda clara y comprensible

bajo el aspecto práctico, pues estando consignada en los Códigos la totalidad de las acciones que el legislador califica de delitos, la sociedad tiene en el Código un guía seguro para ajustar su conducta legal.

Notaré que los legisladores han preferido dar una regla práctica, á una definicion que resultase de la propia naturaleza de la cosa definida, debido sin duda á la dificultad de encontrar una fórmula precisa que encerrase la totalidad de las acciones punibles y á la conveniencia de impedir las controversias á que necesariamente daría lugar el espíritu de sistema y de escuela, si se adoptase una definicion cualquiera.

Sin embargo de esas poderosas razones y del sistema casuista seguido invariablemente por todos los Códigos penales, creemos firmemente que una definicion filosófica del delito en general es conveniente y hasta necesaria y que debe figurar no solo en los tratados teóricos, sino tambien en los Códigos Penales.

En efecto, bueno es que sepa la sociedad en nombre de qué sistema, en nombre de qué principios se funda el legislador para acriminar ciertos actos humanos y para infringirles un castigo; bueno es que se persuada que solo puede ser vulnerado en su vida, en su libertad ó en su honor, en nombre de la ley, pero no de una ley arbitraria y caprichosa, sino de una ley sábia, augusta, dictada con arreglo á los preceptos de la justicia y de la razon.

Para alcanzar ese resultado se hace necesario que el lejislador nos dé una definicion filosófica del delito, á fin de conocer el criterio que le sirve de base para erijir en delitos la série de acciones que los Códigos castigan, porque á la sociedad no le basta ni le satisface que se establezca que tal acto es prohibido y penado por la ley, sin que le den la razon de la prohibicion y de la pena.

El peligro de las controversias á que podia dar lugar la adopcion de una definicion filosófica del delito en general, que talvez seria de temer en un Código de principios, como el Proyecto de Código Penal Italiano de Mancini y el Proyecto de Código Penal Uruguayo del Dr. Ramirez, no lo es en un Código casuista en que se determinan una á una las acciones penadas por la ley. Tampoco ofrece mayores dificultades la adopcion de una definicion clara preciosa, pues en el estado actual de la ciencia penal hay algunas bastante satisfactorias.

Además de las ventajas que dejamos consignadas, puede agregarse la que resultaria, para los hombres de la ley y para la sociedad misma, de poseer una fórmula clara, sencilla, sintética, infinitamente mas fácil de retener que la muchedumbre de leyes penales y que serviria de excelente regla de conducta legal.

Para Rossi el delito es «la violacion de un deber en perjuicio de la sociedad ó de los individuos.»

Se observa en esa definicion el espíritu de conciliacion entre la teoría de la expiacion y la teoría utilitaria, pero creemos que Rossi no ha expresado claramente con su fórmula, la nocion del delito social.

No seremos nosotros quienes censuremos ese espíritu de composicion y de acuerdo entre las diversas teorías y escuelas que se disputan el campo del derecho penal; antes al contrario lo aplaudimos. No somos intransigentes, distinguimos la teoría de la práctica, la realidad del ideal y estamos firmemente convencidos de que ninguna escuela exclusivista es capaz de dar la solucion de los diversos problemas del derecho penal. Es por eso que aceptamos todos los principios que reconocemos como verdaderos, sea cual fuere la escuela que los proclame, y con su acuerdo y con su combinacion y armonía esperamos dar con la solucion de las cuestiones que solicitan nuestra actividad.

La primera objecion que surge naturalmente á la primera lectura de la definicion de Rossi, es la que se refiere á su demasiada extension y vaguedad, Rossi mismo lo ha comprendido así, y se ha visto en la necesidad de darle mayores desarrollos para limitarla y aclararla.

Por de pronto la simple observacion nos revela que hay infinidad de acciones que perjudicando á

la sociedad ó á los individuos é infringiendo á la vez el deber moral, no pueden ni deben caer bajo el imperio de la ley penal, si es que la justicia social no quiere ultrapasar el rol que le corresponde, que en nuestro concepto no es otro que mantener el orden social, sin separarse de la justicia, en los casos que ese orden requiera necesariamente para su conservacion la imposicion de una pena.

Franck criticando la definicion de que nos ocupamos en este instante dice: «Sin género alguno de duda la violacion de un derecho es al mismo tiempo la violacion de un deber para con nuestros semejantes, porque cada uno de nuestros derechos impone á los demás la obligacion de respetarlo. Pero hay deberes, aun para con la sociedad, que no llenan esta condicion, y que no responden estrictamente á un derecho, á no ser que se quiera mejor admitir para el hombre un principio de accion superior al deber. Sea en virtud del uno ó del otro principio, es evidente que estamos obligados á consagrar á nuestro pais y á la humanidad en general, cuantas fuerzas é inteligencia poseemos. Sin embargo ¿puede decirse que aquél que no se eleve á esa altura de la vida moral comete un delito y por consiguiente que debe ser castigado por las leyes? lo mismo acontece con ciertas acciones, con ciertas virtudes que nuestra conciencia nos impone para con los individuos, por ejemplo las obras de caridad, el perdon de las injurias ¿Puede

sostenerse á pesar de todo, que la falta de estas virtudes, aun cuando perjudique á los otros, sea un delito en el sentido jurídico de la palabra, es decir un hecho que precise la persecucion y la represion de la justicia?» (1)

¿ La murmuracion, la hipocresia y el egoismo no son tambien violaciones de altos y fundamentales deberes que perjudican tanto á la sociedad como á los individuos, y que entran por consiguiente en los términos de la definicion de Rossi? Sin duda alguna, pero esas violaciones están fuera del dominio de la justicia humana no solo por la impotencia casi absoluta en que está para apreciarlas y porque no representa ya, como en otros tiempos, á la divinidad, sino porque aniquilaria la moral en su principio desde que estableciese como obligatorios actos que para conservar su carácter de moralidad, para tener verdadera importancia, deben quedar enteramente librados á la conciencia individual.

Vemos, pues, que el segundo término de la definicion de Rossi no opondrá en realidad ninguna limitacion al primero, pues rara será la infraccion de deberes morales que no perjudique por sí misma, ó por el ejemplo desmoralizador que trae consigo, al individuo ó á la sociedad.

Pero no solo ha invadido Rossi con su definicion el campo de la moral erijiendo el pecado en delito, sino que tambien ha penetrado en los dominios del

(1) Franck—Derecho Penal, Pág. 176.

derecho civil. Así la falta de cumplimiento de los contratos, la de ciertos deberes matrimoniales, las de los tutores y curadores en el cumplimiento de sus obligaciones, que no tienen mas correctivos que las sanciones civiles, caben tambien en la fórmula de Rossi porque importan la infraccion de deberes en perjuicio de los individuos.

Un espíritu tan ilustrado y tan pensador como el de Rossi, no podia menos de reconocer las considerables imperfecciones de su definicion, y en efecto, ya digimos en párrafos anteriores que se preocupó vivamente de salvar sus defectos, completándola y aclarándola en largos desarrollos.

Hemos insistido en esta observacion porque varios autores que se han ocupado de criticar la definicion de Rossi (entre los que se encuentra Franck) haciendo caso omiso de las modificaciones y limitaciones con que éste la propone, parecen dar á entender que Rossi la creia y la presentaba como exacta, como si un espíritu tan eminente como el suyo pudiese incurrir en errores tan palmarios.

Para demostrar como Rossi se preocupaba de remediar los defectos de su definicion, vamos á transcribir un párrafo de su obra de derecho penal en el que la presenta completamente modificada.

«El poder social no puede entonces mirar como delito mas que la violacion de un deber hácia la sociedad ó los individuos, exigible en sí y útil al

mantenimiento del orden político, de un deber cuyo cumplimiento, no puede ser asegurado mas que por la sancion penal y cuya infraccion puede ser apreciada por la justicia humana.» (1)

Veamos ahora la definicion que nos dá del delito la escuela utilitaria. Benthan que es uno de sus mas ilustres representantes le define diciendo: «que es delito todo lo que está prohibido por la ley»

Se observa inmediatamente la analogía que existe entre esa definicion y la de los lejistas y juriconsultos, consignada en la mayor parte de los Códigos penales modernos. La diferencia que existe entre ellas no obsta á que se apliquen con igual propiedad á la definicion de Benthan las mismas objeciones que le hicimos á la de los lejistas y juriconsultos.

De la misma manera que les exigimos entonces á los legisladores, la razon y el criterio en que se fundaban para declarar punibles ciertos actos humanos, podemos exigirle ahora á Benthan que nos diga cuáles son las acciones que debe prohibir la ley ó mas bien dicho, cuál es el criterio con que determinará esas acciones.

Podrán los legisladores declarar prohibidos los

(1) Rossi—Derecho Penal, Pág. 245.

actos mas legítimos tales como los que resultan de la libertad religiosa, el derecho de escojer nuestras creencias, de propagarlas, de tener un culto?

Si nos atenemos á la definicion de Benthan que no pone ningun límite al poder de los legisladores, ni les dá ningun criterio, estos podrán á su voluntad, á su arbitrio erigir en delito los actos mas inocentes y mas inofensivos.

No, no hay poder humano que pueda hacer semejante cosa, no hay poder humano, sea este representado por un déspota, ó por una asamblea, ó por el pueblo mismo congregado en la plaza pública como en los tiempos de Atenas y de Esparta, que pueda hacer caer la cabeza de un inocente, ni suprimir las formas protectoras de la defensa, ni atentar á ninguno de los derechos individuales.

Si las leyes son la expresion de la voluntad general, deben ser tambien la expresion de la justicia; solo á esta condicion es que son obligatorias para la conciencia y la razon, y para los pueblos que no las acatan ó las cumplen mal, cuando no se fundan en los principios de moral y de justicia que todos conciben y respetan.

Debemos rechazar, pues, una definicion que no se basa en ningun principio científico y que no tiene siquiera la excusa que tienen las definiciones análogas que figuran en los Códigos Penales, pues ni como regla práctica es admisible, desde que abarca actos que no son del dominio de la justicia penal.

Es verdaderamente desconsolador que un pensador como Benthan y en un libro de principios y de doctrina adopte una definicion en que abdica de su razon y su criterio, para entregarse á la voluntad y al capricho de los legisladores.

Los poderes de la tierra cualesquiera que sea su importancia y la representacion que invistan, no pueden convertir un acto inocente en un acto culpable. La ley lo erigirá en delito, los tribunales juzgarán y condenarán al que lo haya cometido, pero la conciencia pública protestará indignada, aunque no sea mas que del fondo de su alma, contra los poderes que cometan semejantes iniquidades.

Y es que el legislador, como la sociedad, como el individuo, deben ajustar sus actos á los principios eternos de la moral y de la justicia, que es la ley universal que todos aceptan y que todos acatan.

«Verdad es y no lo negaremos nosotros, dice Pacheco, que las leyes son tambien voluntades de los que mandan: verdad es que ese solo carácter aparente es lo que puede herir y llamar la atencion de la muchedumbre: verdad es que la eficacia social de sus preceptos depende de su promulgacion, y que esta promulgacion, aunque sea realmente un deber, aparece al mundo como un acto voluntario. Pero si resulta de aquí que la voluntad entra por algo en la ley, no por eso deberá inferir el filósofo, ni que toda la ley consiste en ella, ni que esa voluntad sea libre y arbitraria, para dictar como reglas de lo justo sus aberraciones y

sus caprichos. Hay algo á que la voluntad debe arreglarse, hay algo que ha de servir de norma al legislador, hay algo contra lo cual no pueden pronunciar nada en sus preceptos; y ese algo, que es la materia de la ley, á lo que la ley no puede menos de sugetarse, lo que ha de seguir humildemente; ese algo debe por precision entrar en la idea de ésta, y constituir la parte íntima, esencial filosófica de su carácter. (1)

Dijimos en párrafos anteriores que ni como regla práctica era admisible la definicion de Benthan. Vamos á probar ahora la verdad de esa afirmacion.

Si delito es todo lo que prohíbe la ley, serán delitos entonces la ejecucion de actos prohibidos por las leyes civiles, tales como la compra de bienes pertenecientes al menor ó al incapaz por los tutores y curadores, y las demás series de actos que les están vedados por el art. 364 del Código Civil, así como la violacion de muchas otras leyes prohibitivas existentes en la Legislacion Civil.

Sabido es que la infraccion de esas leyes prohibitivas no tiene mas sancion que las puramente civiles, á menos que no vengán acompañadas de ciertas circunstancias que las asemeje ó erija en verdaderos y propios delitos, en cuyo caso estarán comprendidas entre los actos penados por la ley.

(1) Pacheco, Derecho Penal, Pag. 54.

Y no en valde el legislador ha excluido del dominio del derecho penal la infracción de las leyes civiles, porque la experiencia de acuerdo con la razón le ha demostrado no solo la ineficacia de la sanción penal para reparar esas infracciones, sino también la suficiencia de las reparaciones civiles y de la sanción pública.

Ya en otro lugar nos hemos ocupado detenidamente de esta cuestión así es que nos remitimos á todo lo que allí hemos dicho.

Franck define el delito en esta forma: « Una acción no puede ser lejitimamente perseguida y castigada por la sociedad sino cuando es la violación no de un deber, sino de un derecho, de un derecho individual ó colectivo, fundado como la misma sociedad, en la ley moral.»

Para Bertauld esa definición es mejor que la de Guisot y que la de Lerminier y que la de Rossi, sin embargo la encuentra imperfecta.

No estamos conformes con el reproche que le dirige á Franck por colocar en la misma línea el derecho individual y el derecho colectivo. Creemos que, aunque difieran en importancia, los dos son igualmente sagrados y que la ley penal debe proteger á ambos con su sanción cuando entran en

su esfera y necesitan de ella para ser garantidos.

El verdadero defecto que le encontramos á la definición de Franck y que lo hace notar también Bertauld, es, que no opone ninguna limitación á su definición, de manera que vienen á quedar confundidos y entran por consiguiente en el dominio de la penalidad, las violaciones del derecho que no tienen más sanción que las puramente civiles.

Tócanos para terminar nuestro trabajo, considerar una definición que ha reinado durante diez años en nuestra Universidad y que reina todavía casi sin oposición. Como fácil es suponerlo, nos referimos á la definición que trae el Proyecto de Código Penal Uruguayo, redactado por el Dr. D. Gonzalo Ramirez.

Dice así esa definición: « Delito es todo agravio ó ataque al derecho ajeno, inferido con conciencia del mal que se comete, y contra el cual la sociedad no puede precaverse, sino por medio de la aplicación de una pena. »

Nosotros, como todos, la consideramos como una de las definiciones que dan una idea más clara y satisfactoria de la noción del delito social, tal cual lo concebimos en el estado actual de la ciencia.

Sin embargo, tiene en nuestro concepto un de-

fecto, que depende de la diferencia en las ideas filosóficas que profesa el Dr. Ramirez y nosotros. De manera que lo que para nosotros es un vacío no lo es para los partidarios de la Escuela Positivista á que pertenece el autor de la definicion.

Parécenos que siendo como es una definicion analítica la del Dr. Ramirez, el elemento libertad no está claramente determinado, pues la expresion «con conciencia del mal que se comete», no indica mas que el conocimiento de lo que se hace, pero no la libertad.

Podia objetárenos que las definiciones que hacen uso de las fórmulas «violacion de un deber» ó «violacion de un derecho», no determinan tampoco los elementos libertad é intencion y sin embargo se les supone comprendidos en ellas.

Ciertamente, pero esas son definiciones sintéticas mientras que siendo analítica la que nos ocupa determina uno á uno los distintos elementos del delito excluyendo por consiguiente intencionalmente la libertad.

De ahí resulta que en la definicion del Dr. Ramirez quedan comprendidos los actos delictuosos cometidos bajo la presion de la violencia física ó moral en que se tiene conciencia del mal que se comete, pero no libertad.

Verdad es que en el Proyecto de Código Penal del mencionado autor queda salvado ese inconveniente, pues admite como causas de justificacion la violencia física y la moral, pero eso mismo

prueba la razon que nos asiste en exigir que el elemento libertad forme parte de la definicion.

Aceptamos, pues, la definicion del Dr. Ramirez con la modificacion que hemos indicado, por ser ella la que reasume mejor lo que hemos dicho en el capítulo anterior, la que espresa mas clara y sencillamente, en nuestro concepto, la nocion del delito social, encerrándolo en sus justos límites.

V.º B.º

Alberto Nin.

Montevideo, Mayo de 1887.
