

TRATADOS
DE LEGISLACION
CIVIL Y PENAL.

TOMO II.

TRATADOS
DE LEGISLACION
CIVIL Y PENAL,
OBRA EXTRACTADA DE LOS MANUSCRITOS
DEL SEÑOR JEREMIAS BENTHAM,
JURISCONSULTO INGLES,
POR ESTEBAN DUMONT,
MIEMBRO DEL CONSEJO REPRESENTATIVO DE GINEBRA
Y TRADUCIDA AL CASTELLANO,
CON COMENTARIOS,
POR RAMON SALAS,
CIUDADANO ESPAÑOL, Y DOCTOR DE SALAMANCA.

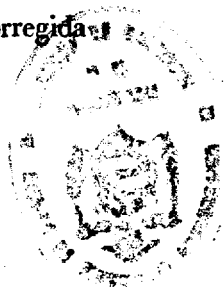
Con arreglo á la segunda edicion revista , corregida,
y aumentada.

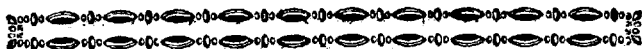
TOMO II.

MADRID , AÑO DE 1821.

IMPRENTA DE D. FERMIN VILLALPANDO,

IMPRESOR DE CÁMARA DE S. M.





SEGUNDA PARTE

DEL CODIGO CIVIL.

CAPITULO I.

De los títulos que constituyen la propiedad (1).

Hasta aquí hemos presentado las razones que debían decidir al legislador á sancionar la propiedad; pero solamente hemos mirado la riqueza en masa; ahora conviene descender al pormenor, tratar individualmente de los objetos que la componen, y buscar los principios á que debe arreglarse la distribución de los bienes en las épocas en que se presentan á la ley para apropiarlos á éste ó al otro individuo. Estos principios son los mismos que ya hemos sentado: *subsistencia, abundancia, igualdad, seguridad*. Cuando estos principios están de acuerdo la decision es fácil; pero cuando discordan y se contrarian es necesario saber distinguir el que merece la preferencia.

1.^a *Posecion actual.*

La posesion actual es un título de propiedad que puede preceder á todos, y hacer las veces de todos. Siem-

(1) Véase sobre esta palabra el título *idea general de un cuerpo de derecho*, tomo v. cap. 15. Aquí no se hace mas que tocar muy de paso la materia.

pre será válido contra todo hombre que no tenga otro título que oponerle. Quitar arbitrariamente al que posee para dar al que no posee, sería crear una pérdida por un lado, y una ganancia por otro; pero el valor del placer no iguala al valor de la pena, *primera razon*; un acto tal de violencia inspiraría inquietud y sobresalto á todos los propietarios atentando á su seguridad, *segunda razon*. Luego la posesion actual es un título fundado sobre el bien de primer orden, y sobre el bien de segundo orden.

Lo que se llama derecho *del primer ocupante* ó de *descubrimiento originario* viene á ser lo mismo. Si se da el derecho de propiedad al primer ocupante, lo primero se le evita la pena de la esperanza engañada, la pena que sentiria al verse privado de una cosa que ha ocupado antes que todos: lo segundo se previenen las contestaciones, los combates que podria haber entre él y los concurrentes sucesivos: lo tercero, se producen goces que sin esto para nadie existirian; porque el primer ocupante temiendo perder lo que habia hallado, no se atreveria á gozar de ello públicamente por temor de descubrirse á sí mismo, y ningun valor tendria para él todo lo que no pudiese consumir en el instante: lo cuarto, el bien que se le asegura á título de recompensa es un estímulo para la industria de los otros que trabajarán por adquirir bienes semejantes, y la riqueza general es el resultado de todas estas adquisiciones individuales. Lo quinto, si una cosa no apropiada no perteneciera al primer ocupante, sería siempre del mas fuerte, y los flacos estarian en un estado de opresion continua.

Todas estas razones no se presentan distinta y claramente al entendimiento de los hombres; pero las traslucen confusamente, y las sienten como por instinto. Asi lo exige la razon, la equidad, la justicia, dicen ellos, y estas palabras repetidas por todos sin que nadie las explique, no expresan mas que un sentimiento de aproba-

cion, pero esta aprobacion fundada sobre razones sólidas no puede dejar de adquirir una nueva fuerza con el apoyo del principio de la utilidad.

El título de ocupacion originaria ha sido el fundamento primitivo de la propiedad; y podria tambien aplicarse á las islas nuevamente formadas, ó á tierras nuevamente descubiertas, salvo el derecho de gobernar, dominio eminente del soberano.

2.^a *Posesion antigua de buena fe.*

La posesion, despues de una cierta antigüedad determinada por la ley, debe ser un título mas válido que todos los otros. Si has dejado pasar tanto tiempo sin reclamar, esto es una prueba de que ó no has conocido la existencia de tu derecho, ó de que no has tenido la intencion de hacerlo valer. En ambos casos no ha habido en tí esperanza alguna, deseo alguno de adquirir la posesion de la cosa; y en mí hay esperanza y hay deseo de conservar. Dejarme la posesion, no es oponerse á la seguridad: transferírtela es atentar á ella, y es dar inquietud á todos los poseedores que no conocen otro título de su posesion que la buena fe.

¿Pero cuánto tiempo es necesario para que se verifique esta dislocacion de la esperanza; ó en otros términos, qué tiempo es necesario para legitimar la propiedad en las manos de un poseedor, y para extinguir cualquiera otro título contrario? Nada fijo puede determinarse sobre esto, y es preciso tirar á la aventura algunas líneas de demarcacion segun la especie ó el valor de los bienes de que se trata. Si esta línea de demarcacion no siempre previene la pena de *esperanza engañada* entre los interesados mismos, estorbará á lo menos todo mal de segundo orden. La ley me advierte que si me descuido un año, diez años, ó treinta años en reclamar mi derecho, la pérdida de este derecho será el re-

sultado de mi negligencia, y esta amenaza, cuyos efectos está en mi mano el prevenir, nada tiene que turbe mi seguridad.

He supuesto que la posesion es de buena fe: confirmarla en el caso contrario no sería favorecer la seguridad, sino recompensar el delito. La edad de Nestor no debería bastar para asegurar al usurpador las prendas y el premio de su iniquidad; ¿y por qué habia de haber una época en que el malhechor pudiera ya vivir tranquilo? ¿Por qué habia de gozar de los frutos de su delito bajo la proteccion de las leyes que ha violado?

Por lo que respeta á sus herederos, se debe distinguir: si estan de buena fe pueden alegarse en su favor las mismas razones que por el propietario antiguo, y tienen ademas la posesion para inclinar la balanza; y si están de mala fe, como lo han estado sus antecesores, son cómplices de éstos, y nunca la impunidad debe ser un privilegio del fraude.

2.º título. *Posesion antigua de buena fe, no obstante titulo contrario.*

Esto es lo que ordinariamente se llama *prescripcion*. Razones en que está fundada: — ahorro de pena de esperanza engañada: — seguridad general de los propietarios.

3.º *Posesion del contenido, y del producto de la tierra.*

La propiedad de una tierra comprende todo lo que ella *contiene* y todo lo que puede *producir*: ¿puede ser otra cosa su valor que su contenido y su producto? Se entiende por contenido todo lo que está debajo de su superficie, como las minas y las canteras, y por producto todo lo que pertenece al reino vegetal. Todas las razones

posibles se reúnen para dar esta extensión al derecho de propiedad de la tierra. La seguridad, la subsistencia, el aumento de la riqueza general, el bien de la paz.

4.º *Posesion de lo que la tierra alimenta y de lo que recibe.*

Si mi tierra ha criado algunos animales, á mí me deben su nacimiento y su alimento, y la existencia de ellos; sería para mí una pérdida si su posesion no me asegurára una indemnizacion. Si la ley los diera á otro, habria en una parte pérdida pura, y en otra ganancia pura, arreglo tan contrario á la igualdad como á la seguridad. Yo tendria entonces un interes en disminuir el número de los animales, y estorbar su multiplicacion en detrimento de la riqueza general.

Si la casualidad ha transportado á una tierra algunas cosas, que aun no han recibido la marca de la propiedad, ó que han perdido la señal de ella, como una ballena arrojada por la tempestad, ú algunas reliquias perdidas de naufragio, ú algunos árboles desarraigados, estas cosas deben pertenecer al poseedor de la tierra. La razon de esta preferencia es que él está en proporcion de aprovecharse de ellas, sin que haya pérdida para otro alguno: que no se le podrian negar sin ocasionar una pena de esperanza engañada; y en fin, ningun otro podria tomarlas sin ocupar su tierra, y sin privarle de sus derechos. Todas las razones del primer ocupante militan á su favor:

5.º *Posesion de tierras confinantes.*

Las aguas que habian cubierto ciertas tierras no apropiadas acaban de abandonarlas, ¿á quién se darán estas tierras nuevas? Hay muchas razones para darlas á los propietarios de las tierras contiguas. Lo 1.º ellos solos

pueden ocuparlas sin tocar á la propiedad de otro: lo 2.º ellos solos pueden haber formado alguna esperanza sobre estos terrenos, y considerarlos como si en algun tiempo debieran ser suyos: lo 3.º la suerte de ganar por la retirada de las aguas, no es mas que una indemnizacion de la suerte de perder por la invasion de ellas: lo 4.º la propiedad de las tierras conquistadas de las aguas influirá como una recompensa que excitará á que todos hagan los trabajos necesarios para esta especie de conquistas (1).

6.º *Mejora de cosas propias.*

Si yo he aplicado mi trabajo á una de aquellas cosas que ya se reputan mías, mi título adquiere una nueva fuerza. Estos vejetales que produce mi tierra yo los he sembrado y recogido: yo he cuidado este ganado: yo he desenterrado estas raices: yo he cortado estos árboles y los he labrado, y si hubiera sentido verme quitar todo esto en un estado bruto, cuanto mas lo sentiria despues que cada esfuerzo de mi industria dando un nuevo valor á estos objetos, ha fortificado mi adhesion á ellos, y la esperanza que tenia de conservarlos? Este fondo de goces futuros aumentados sin cesar por el trabajo no existiria sin la seguridad.

(1) Esto es en la teoría; pero en la egecucion son necesarios muchos pormenores: de otro modo esta concesion podria parecerse á la particion del nuevo mundo que hizo un papa entre los españoles y los portugueses. Las aguas acaban de dejar una bahía, y en las orillas de ella hay muchos propietarios: ¿se arreglará la distribucion por la cantidad de tierras de cada poseedor, ó por la extension que ocupa en lo largo de la costa? Se necesitan indispensablemente algunas lineas de demarcacion; pero para trazarlas no se debe esperar á que haya llegado el caso y á que sea conocido el valor de los terrenos abandonados; porque entonces todos conciben esperanzas que solamente pueden realizarse para algunos. Prevenid esta época, y entonces, no estando aun formada la esperanza, ésta seguirá dócilmente el dedo del legislador.

7.º *Posesion mutuaria de buena fe con mejora.*

Pero si yo he aplicado mi trabajo á una cosa que es de otro, disponiendo de ella como si fuera mia, por ejemplo, si he fabricado paños con lana tuya, ¿á quién de nosotros pertenecerá la cosa trabajada? — Antes de responder es menester aclarar algunas cuestiones de hecho: ¿he tratado la cosa agena como si fuera mia de buena fe, ó de mala fe? Si he obrado de mala fe, dejarme la cosa trabajada sería recompensar el crimen; pero si he obrado de buena fe aun resta examinar cuál es el mayor de los dos valores, el valor originario de la cosa, ó el valor adiccional del trabajo? ¿Desde qué tiempo la ha perdido el primero? ¿Desde qué tiempo la he poseído yo? ¿Á quién pertenece el local donde se halla la cosa situada en el momento en que se reclama, á mi, al poseedor antiguo, ó á un tercero?

El principio caprichoso, sin tener miramiento á la medida de las penas y de los placeres, lo da todo á la una de las partes mirando con indiferencia á la otra. El principio de la utilidad, atento á reducir al menor término un inconveniente inevitable, pesa los dos intereses, busca un medio que los concilie, y prescribe algunas indemnizaciones. Dará la cosa al interesado que perderia mas en ser privado de ella; pero con el cargo de dar al otro una indemnizacion suficiente.

Por los mismos principios debe resolverse la misma cuestion en una cosa que se halla mezclada y confundida con otra, como un metal tuyo que se ha mezclado en el crisol con metal mio: unos licores mios que se han mezclado en una vasija con licores tuyos. Grandes debates entre los jurisconsultos romanos para saber á quien debe darse el todo. Los unos llamados *sabinianos* querian dármele todo á mí. Los otros llamados *proculeyanos* querian dártelo todo á tí. ¿Quién tenia razon? Ninguno

de ellos; porque su decision dejaba siempre en pena á una de las partes. Una cuestion harto sencilla hubiera podido prevenir estos debates: ¿quién de vosotros perderia mas perdiendo lo que habia sido suyo? Los juristas ingleses han cortado el nudo gordiano: no se han tomado el trabajo de averiguar dónde estaria la mayor lesion: no han considerado ni la buena fe ni la mala fe, ni el mayor valor real, ni la mayor esperanza de conservar; y han decidido que un efecto mueble se dé siempre al poseedor actual con el cargo solamente de indemnizar al otro propietario.

8.º *Explotacion de minas en la finca de otro.*

Una tierra tuya encierra en su seno algunos tesoros; pero sea que carezcas de conocimientos ó de medios, ó sea que tengas poca confianza en el buen éxito, no te atreves á tentar la empresa y los tesoros quedan enterrados. Si yo sin tener parte en tu finca tengo todo lo que te falta para trabajar la mina, y pretendo hacerlo ¿se me deberá conceder este derecho sin tu consentimiento? ¿Y por qué no? En tu mano estas riquezas enterradas no serian un bien para nadie: en las mias adquiririan un gran valor, y puestas en circulacion animarán la industria: ¿qué perjuicio te se hace? tú nada pierdes: pues la superficie que es la única cosa de que te aprovechas queda siempre en el mismo estado; pero lo que la ley atendiendo á los intereses de todos debe hacer por tí, es darte una parte mas ó menos considerable en el producto; porque aunque este tesoro fuese nulo en tus manos, te dejaba una cierta esperanza de aprovecharte de él algun dia, y no te se debe quitar esta probabilidad sin indemnizacion.

Tal es la ley inglesa: ella permite bajo de ciertas condiciones seguir una beta de metal descubierta en el campo de otro á quien quiera tentar la aventura.

9°. Libertad de pesca en aguas libres.

Los grandes lagos, los grandes rios, las grandes bahias, y sobre todo el Océano, no están divididos y ocupados por propiedades exclusivas, y se les considera como no pertenecientes á nadie en particular, ó por mejor decir, como pertenecientes á todos.

No hay razon alguna para limitar la pesca del Océano; pues la multiplicacion de la mayor parte de las especies de pescados parece inagotable. La prodigalidad, la magnificencia de la naturaleza en esta parte, sobrepuja á todo lo que se puede concebir, y el infatigable Lewvenhoek estimó el número de los huevos de un solo bacalao, en mas de diez millones; con que todo lo que podemos tomar y consumir en este inmenso almacén de alimentos, es nada absolutamente comparado con la destruccion producida por causas físicas que no podemos prevenir ni minorar. El hombre en alta mar con sus barquillas y sus redes solamente es un pequenísimo rival de los grandes dominadores del Océano, y no destruye mas que las ballenas en las pequeñas especies. Por lo que hace á los pescados de los rios, de los lagos, y de los pequeños golfos, las leyes toman algunas precauciones eficaces y necesarias para conservarlas.

Donde no hay razon para envidiar ni temor de que se disminuyan los fondos de la riqueza por el número de concurrentes, se debe dejar á todos el derecho de primer ocupante, y estimular toda especie de trabajo que sea propio para aumentar la abundancia general.

10. Libertad de caza en las tierras no apropiadas.

Lo mismo debe decirse de los terrenos que no están apropiados, los yermos incultos, los bosques silvestres. En los países vastos que no están poblados en propor-

cion de su extension, estos terrenos sin cultura y comunes forman espacios considerables, en que puede egercerse sin limitacion el derecho de caza: alli el hombre no es todavia mas que un rival de los animales carniceros, y la caza aumenta el fondo de las subsistencias sin perjudicar á nadie.

Pero en las sociedades civilizadas, en que la agricultura ha hecho grandes progresos, y en que las tierras no apropiadas son solamente una pequeníssima porcion de las que han recibido la marca de la propiedad, hay muchísimas y muy buenas razones que alegar contra el derecho de caza, concedido al primer ocupante.

Primer inconveniente. En aquellos paises en que es grande la poblacion, puede ser mas acelerada la destruccion de los animales silvestres que su reproduccion. Haced la caza libre y las especies que son objeto de ella, podrán disminuirse de una manera muy sensible, y aun aniquilarse enteramente.

El cazador que tendria entonces tanto trabajo para cojer una perdiz, como tiene hoy para cojer ciento, las venderia cien veces mas caras; él no perderia; pero no suministraria en valor á la sociedad sino la centésima parte de lo que hoy la suministra: en otros términos mas sencillos: el placer de comer perdices quedaria reducido á la centésima parte de lo que hoy es.

Segundo inconveniente. La caza sin ser mas productiva que otros trabajos tiene por desgracia mas atractivo: se combina en ella el juego con el trabajo, la ociosidad con el egercicio, y la gloria con el peligro. El placer de una profesion tan conforme á todos los gustos naturales del hombre, hará entrar en esta carrera á un gran número de hombres, que con la rivalidad reducirán el precio de su trabajo á la mas simple subsistencia, y en general esta clase de aventureros será pobre.

Tercer inconveniente. Como la caza tiene ciertas estaciones particulares, habrá en ella necesariamente

algunos intervalos en que esté atada la actividad del cazador; y éste no volverá fácilmente de una vida errante á una vida sedentaria, de la independendencia á la sujecion, y de un hábito de ociosidad á un hábito de trabajo. Acostumbrado como el jugador á vivir de hazares y de esperanzas, un pequeño salario fijo tiene poco atractivo para él; y así es que el del cazador es un oficio que debe conducir al hombre al delito por la miseria y holgazanería.

Cuarto inconveniente. El ejercicio mismo de esta profesion es naturalmente fecundo en delitos. Las riñas, los pleitos, los procedimientos judiciales, las convicciones, las prisiones y las penas á que dan motivo, son mas que suficientes para contrabalancear los placeres de él. Cansado el cazador de esperar en vano la pieza en los caminos reales, espía oculto la caza en las posesiones vecinas: si presume que le observan, se aparta y se esconde; ya está bien acostumbrado á la paciencia y á la maña; pero sino ve testigos ya no respeta límites, salta los fosos, atraviesa las cercas, destruye las paredes, y cuando su codicia es mayor que su prudencia, ella le pone en situaciones arriesgadas, de que muchas veces no puede salir sin desgracia ó sin delito.—Si se permite la caza en los caminos reales se necesitará un ejército de guardas para prevenir los excesos de los cazadores.

Quinto inconveniente. Para dejar subsistir este derecho de caza, poquísimamente ventajoso cuando se egerce con limitaciones tan estrechas, es necesario poner en el código civil y penal un monton de leyes para determinar el ejercicio de este derecho, y castigar las violaciones. Esta multiplicacion de leyes es ya por sí sola un mal, porque no se multiplican las leyes sin debilitarlas; pero á mas de esto, la severidad necesaria para prevenir unos delitos tan fáciles y de tanto atractivo, da á la propiedad un carácter odioso, y pone al hombre opu-

lento en un estado de guerra con sus vecinos indigentes. El modo de cortar de raíz, no es arreglar el derecho, sino suprimirlo.

Una vez conocida la ley prohibitiva, ya no se formará esperanza del goce de este privilegio: no se codiciarán las perdices mas que las gallinas; y en el espíritu del pueblo mismo, el cazador corsario no se distinguirá del ladrón.

Es verdad que hasta ahora las ideas populares estan en favor del derecho de caza; pero si es necesaria la condescendencia con las ideas del pueblo, no es mas que en las ocasiones en que tengan una gran fuerza, y no puede esperarse mudar la direccion de ellas: tómese el trabajo de instruir al pueblo: de discutir los motivos de la ley: de hacer que sea mirada como un medio de paz y de seguridad: de demostrar que el ejercicio de este derecho se reduce casi á nada: que la vida del cazador es miserable: que esta ingrata profesion le expone continuamente al delito, y á su familia á la indigencia y á la infamia: y me atrevo á afirmar que las ideas populares, estrechadas por la fuerza continua y suave de la razon, tomarán en poco tiempo una nueva direccion.

Hay algunos animales, cuyo valor despues de muertos no compensaria los daños; tales son las zorras, los lobos, los osos, y todas las bestias carniceras enemigas de las especies sometidas al hombre. Lejos de conservarlas se debe procurar destruirlas. Uno de los medios propios para esto es dar la propiedad de ellas al primer ocupante, sin respeto alguno al derecho del propietario territorial. Todo cazador que ataque á estos animales nocivos debe ser mirado como un empleado de la policia; pero no se debe admitir la excepcion mas que en los animales capaces de hacer mucho estrago (1).

(1) Véase en el primer tomo el cap. 15 de los acontecimientos colativos y ablativos, con respecto á la propiedad. Allí se hallará la explicacion de esta palabra *título*: no he querido volver á tratar aqui las cuestiones de metodo y nomenclatura.

COMENTARIO.

Hasta aquí para explicar las razones que deben determinar al legislador á sancionar la propiedad, no hemos tenido que considerar la riqueza sino en masa: ahora vamos á considerar individualmente los objetos que la componen, y á buscar los principios por los cuales debe determinarse el legislador á dar un objeto no apropiado á un individuo con preferencia á otro. Vamos á tratar en particular de las reglas que deben servir de guía al legislador en la adjudicacion ó apropiacion de los objetos aun no apropiados; ó de otro modo, de los medios ó títulos de adquirir la propiedad ó dominio de las cosas.

Me sirvo sin escrúpulo de la voz *título*, pues de la misma se sirve mi autor, sin embargo de haberla querido excluir antes de la nomenclatura de la legislacion, y reemplazarla por las locuciones de acontecimiento colativo, y acontecimiento ablativo, de que ahora apenas hace mencion muy de paso en una nota. Yo he defendido la nomenclatura antigua contra la nueva, y por lo que ahora parece el mismo Bentham la halla mas cómoda; pues se sirve de ella con preferencia.

Esta observacion no puede escaparse á cualquiera que lea esta obra, muy apreciable por otra parte, con alguna reflexion, y si está algo instruido en los primeros elementos de las leyes de Roma, observará tambien que á pesar de la ojeriza que Bentham manifiesta por aquella legislacion, se aprovecha tan completamente de los principios de ella, que su doctrina sobre los modos de adquirir el dominio ó propiedad de las cosas, no se diferencia de la doctrina de los jurisconsultos romanos, aunque se conoce que hace los mayores esfuerzos por

presentarla con las apariencias de la novedad, como lo iremos viendo al paso que adelantemos en el estudio de su libro. Vamos pues á tratar siguiendo el orden de nuestro autor de los modos de adquirir el dominio ó propiedad de las cosas, de lo cual trató Justiniano en el título 1.º del libro 2.º de sus instituciones, cuyos principios copia aqui Bentham en la mayor parte.

1.º *Posesion actual.*

La posesion actual, ó la ocupacion, que es lo mismo, en las cosas que á ninguno han pertenecido todavia, ó que han sido abandonadas por el dueño, es un título de dominio ó de propiedad: *res quæ nullius sunt primo occupanti conceduntur*, dice un principio de la jurisprudencia romana. Esto es lo que se llama derecho de primer ocupante, ó de descubrimiento originario, y el medio primitivo de adquirir el dominio: y aun se puede decir que en las cosas mismas ya apropiadas es el único modo de adquirir la propiedad, segun los principios de las leyes romanas, por los cuales el dominio de las cosas aun ya apropiadas solamente se adquiere por la tradicion del antiguo poseedor, y la ocupacion del nuevo.

Bentham explica las razones en que se funda este derecho del primer ocupante; y la mas fuerte de todas es que si una cosa que de nadie era no perteneciera al primero que la ocupa perteneceria al mas fuerte, y el débil sería oprimido. La posesion actual por sí sola es un título de propiedad contra cualquiera que no pueda presentar otro mas fuerte, y en el caso de dudarse, á cual de dos que la disputan pertenece la propiedad de una cosa, las leyes romanas quieren que se adjudique al poseedor: *in dubio melior est conditio possidentis*. La doctrina pues de Bentham sobre este punto de legislacion es la misma que la de los jurisconsultos romanos.

Algunos intérpretes de las leyes romanas reducen á

dos clases ó especies los modos de adquirir el dominio. Adquirimos, dicen, el dominio de las cosas, ó por un hecho nuestro mediante la ocupacion, ó sin hecho alguno de nuestra parte, por la fuerza sola y el poder de una cosa ya nuestra: á la primera clase pertenecen la caza, la pesca, la presa de cosas hostiles, la especificacion, la confusion, y aun la tradicion de las cosas ya ocupadas, como acabamos de decir; y á la segunda la multiplicacion ó frutos de nuestros animales, ó de nuestras tierras, ó la accesion de una cosa agena ó no apropiada, á una cosa nuestra. Otros romanistas dividen los modos de adquirir en originarios y derivativos: los originarios son relativos á las cosas que de ninguno han sido, y los derivativos á las que ya han tenido dueño; pero la 1.^a division me parece mas clara y completa; porque en la 2.^a no se sabrá en qué clase colocar las cosas hostiles, y las abandonadas por sus dueños, que sin embargo de que ya han pertenecido á otros, se adquieren por la ocupacion que es un modo de adquirir originario. Como quiera que sea, estas divisiones y subdivisiones de que estan llenos los libros de los romanistas, prueban á lo menos que ellos no desconocian la analisis.

2.º *Posesion antigua de buena fe.*

Una posesion larga, con justo título, y por el tiempo determinado por la ley, es superior á todos los otros títulos, no solo por las razones que expone nuestro autor, sino principalmente porque siendo inciertas las propiedades, sus poseedores no se afanarán por mejorarlas á fuerza de gastos y de trabajo, que tal vez harían para otro, y la sociedad perdería el fruto de estas mejoras, y la riqueza nacional este aumento, y aun por la misma razon el derecho de retracto que hace incierta la posesion, á mas de ser un atentado evidente contra la propiedad, es contrario al interes público. Se ve pues que

este modo de adquirir, que es el que las leyes romanas llaman usucapion ó prescripcion, es muy conforme al gran principio de la utilidad.

Los términos de la prescripcion fueron varios en las diversas épocas de la legislacion romana, hasta que el emperador Justiniano fijó el término de cinco años para las cosas muebles, y el de diez entre presentes, y veinte entre ausentes para las inmuebles.

Benthan supone con mucha razon la buena fe; pero no dice en qué consiste esta buena fe, y es indispensable saberlo. Yo lo diré copiando lo que he aprendido en los libros de jurisprudencia romana. La buena fe consiste pues en poseer una cosa en la persuasion de ser señor de ella, por haberla adquirido en virtud de un título justo, esto es, capaz de transferir el dominio como por compra y venta, por herencia &c. Uno posee una cosa que compró á un hombre que creyó ser señor de ella, ó heredó de otro á quien pensó pertenecía: este es un poseedor de buena fe y con justo título, que adquiere el dominio por una larga posesion á pesar de cualquiera título legítimo contrario. Bentham exige tambien la buena fe en el heredero del primer poseedor para que pueda este heredero adquirir el dominio por la prescripcion, y yo pienso perfectamente como él; porque la mala fe no debe ser recompensada haciendo de ella un título legítimo de adquisicion; pero no sé cómo ha perdido la ocasion oportunísima que aqui se le presentaba de batir completamente á los jurisconsultos romanos en la guerra obstinada que les ha declarado: aqui los combatiría con armas fuertes y lícitas, lo que no siempre le sucede, y presentaría un ejemplo palpable de que las cosas mas evidentemente injustas pueden legitimarse y defenderse tomando una ficcion por principio del razonamiento.

Los jurisconsultos romanos no consideraban la buena fe mas que en el principio de la posesion, y de aqui

es que si el difunto poseyó una cosa de buena fe, es decir, creyendo ser señor de ella, podrá su heredero continuando en la posesion hasta el término de la ley adquirir el dominio de ella, aunque la posea de mala fe, esto es, sabiendo que no pertenecía al difunto; y si al contrario, este poseia de mala fe, el heredero no podrá adquirir el dominio aunque posea de buena fe, lo que me parece un doble absurdo: en el primer caso se recompensa la mala fe dándola mas valor que al título justo del verdadero señor de ella; y en el segundo caso; ¿por qué la mala fe agena, por qué una falta en que ninguna parte ha tenido el heredero, y que por consiguiente no se le puede imputar, le ha de impedir que por su propio derecho adquiera el dominio de la cosa, poseyéndola de buena fe por el tiempo que prescribe la ley?

Estos dos absurdos son consecuencias de una misma ficcion: se finge que el heredero representa de tal modo al difunto que es una misma idéntica persona con él, y le sucede no solamente en las virtudes, sino tambien en los vicios como dice Papiniano. Como se supone que el muerto vive siempre, la buena fe y el justo título para la usucapion solamente se consideran en su persona: y el heredero que realmente vive y que realmente posee, es contado por nada; de manera que se da mas fuerza, mas valor, mas crédito á una ficcion conocida y recibida como tal, que á una verdad de hecho; ¿puede darse absurdo mas monstruoso?

Lo mas extraño es que los jurisconsultos romanos, inconsignientes en sus principios, no siempre atribuyen los mismos efectos á esta ficcion: aunque el heredero sea una misma persona con el difunto, el usufructo se extingue con la muerte del usufructuario; y por qué esto? Porque dicen que el usufructo es personal, y que todo lo que es personal se acaba con la persona: ¿pues puede darse una cosa mas personal que la buena y la

mala fe, la virtud y el vicio? Vuelvo á decirlo: no sé como Bentham ha dejado pasar la ocasion de batirse en un tan hermoso campo de batalla, y en una posicion tan ventajosa con los jurisconsultos romanos: yo no los hubiera defendido segun lo he hecho en otras ocasiones, y nunca por ellos seré traidor á la verdad y á mi opinion.

Sin hecho alguno de nuestra parte y solamente por la virtud y poder de la cosa nuestra, nos pertenece todo lo que contiene, todo lo que produce, todo lo que cria una tierra nuestra: lo accesorio sigue á lo principal.

Si la casualidad transporta á mi tierra una cosa que á nadie ha pertenecido jamas, ó que ha dejado de pertenecer, es muy natural que se me apropie esta cosa que yo puedo ocupar sin tocar á la propiedad ajena, y que otro no podia tomar sin tocar á la mia. Como los frutos de una tierra pertenecen al señor de ella, así las crias de los animales domesticados pertenecen al señor de estos, que los ha criado y alimentado, sin que para legitimar este modo de adquirir sea necesario comparar como lo hacen los jurisconsultos romanos las hembras de los animales á la tierra. Una esclava no merece mas consideracion á las leyes romanas que una yegua ó una vaca; y los hijos de la esclava pertenecen al señor de ella, aunque el padre sea libre ó esclavo de otro dueño, ni mas ni menos, que el potro pertenece al señor de la yegua madre aunque el caballo padre sea de otro. No pueden mirarse sin horror y sin indignacion las leyes que degradan al hombre hasta el punto de igualarlo en los derechos mas preciosos con las bestias.

Si las aguas abandonan un terreno no apropiado, que habian cubierto, este terreno pertenece sin duda á los dueños de las tierras contiguas, ¿pero deberá arreglarse la distribucion de él por la cantidad de tierra de cada poseedor, ó por la extension que ocupa en la orilla? Bentham propone esta cuestion en una nota, y

la deja indecisa: el jurisconsulto Pomponio y Justiniano deciden que para la distribución de la madre abandonada por el río, solo debe considerarse la extensión de las tierras vecinas á lo largo de la orilla, sin duda porque el nuevo terreno debe mirarse como una acesión de la tierra que toca inmediatamente, ó como una prolongación de ella.

Si he puesto mi trabajo en una cosa que ya era mía para mejorarla y adaptarla á ciertos usos, sin duda que mi derecho de dominio ó de propiedad adquiere mas fuerza y valor; pero si es ajena la cosa á que he aplicado mi trabajo, tratándola como si fuera mía, por ejemplo, si he tejido un paño con lana tuya, ¿á cuál de nosotros pertenecerá el paño? Bentham piensa que la cosa, suponiendo que haya sido trabajada de buena fe, debe adjudicarse á aquel de los competidores que perdería mas si se adjudicase al otro. Esta decisión me parece mas conforme al principio de la utilidad, y por consiguiente mas justa que la del emperador Justiniano, que abrazando una sentencia media entre las de los Sabinianos y Proculyanos resuelve, que si la cosa puede volverse á su estado primitivo como sucede en un vaso hecho de metal ajeno, pertenece al señor de la materia; y que sino puede volverse á su primitivo estado, como sucede al vino hecho de uvas ajenas, pertenece al que ha hecho el trabajo, pagando el precio de la materia al señor de ella, ¿cuántas veces no sucede que la hechura de un vaso de metal vale mucho mas que la materia? Entonces el que pierde el valor de la forma, pierde mucho mas de lo que se perdería si se perdiese la materia; fuera de que el señor de ésta no la perdería dándole el precio con que podría reemplazarla, en vez de que la hechura ó la forma no siempre puede reemplazarse. La ley debe constantemente evitar el mayor mal, la pérdida mayor, y la decisión del emperador Justiniano peca contra este prin-

cipio , que sigue en otra parte cuando decide que si un pintor pinta un cuadro en una tabla ajena, el cuadro pertenece al pintor y no al señor de la tabla, porque sería ridículo, dice, que una pintura de Apeles ó de Parrasio se mirase como accesorio de una tabla despreciable, ¿pues por qué no se dirá lo mismo de un vaso de cobre, por ejemplo, de una forma bella y costosa? Este modo de adquirir es lo que las leyes romanas llaman especificacion; y confusion cuando se confunden y mezclan dos cosas de dos dueños distintos, de manera que no puedan separarse.

Hemos dicho antes que todo lo que contiene una tierra pertenece al señor de ella: con que le pertenecen las minas; y permitir á otro el trabajarlas contra la voluntad del señor de ellas, es una violacion evidente de la seguridad, ¿por qué otro ha de poder aprovecharse de lo que es mio contra mi gusto? Cuando trata Bentham de las permutas forzadas, defiende que no se puede obligar á Pedro á vender su casa á Pablo, aunque éste ofrezca por ella un precio muy superior á la estimacion comun; porque este precio, que en la apariencia parece excesivo, no lo es en realidad para Pedro, porque si lo fuera, no reusaria recibirlo. Para Pedro pues vale sin duda la casa mas de lo que Pablo le ofrece, sea por un afecto particular, sea porque espera sacar de ella mejor partido, ó sea por cualquiera motivo, ¿por qué esta doctrina no podrá aplicarse á la mina existente en una tierra mia, y que Bentham pretende se me puede obligar á ceder, si yo no quiero ó no puedo trabajarla? Es posible que lo que no quiero, ó no puedo hacer hoy, lo pueda y quiera hacer mañana; y no puede la ley obligarme sin violencia á partir con otro un beneficio, aunque futuro y contingente, que yo quiero reservarme para mí solo. Por la misma razon podria decirse que si guardo en mis arcas un capital ocioso porque no sé ó no quiero hacerle valer, po-

dria la ley forzarne á darlo á un comerciante que lo negociase , dándome una parte en las ganancias que hiciese : el caso me parece idéntico : y la ley inglesa que cita mi autor , no prueba ciertamente el respeto casi supersticioso que en otra parte nos dice se tiene en Inglaterra á la propiedad.

El Océano pertenece á todos , nos dice Bentham , tratando del 9.º modo de adquirir ; y ninguna razon hay para prohibir en él la pesca , que por su prodigiosa multiplicacion , no puede temerse que llegue á faltar. Sería muy bueno que Bentham hiciese entender á sus compatriotas esta doctrina , que es la de las leyes romanas y de la razon , y que les persuadiese á que renunciasen á la pretension tan orgullosa como injusta de dominar exclusivamente en los mares. Los ingleses conocen los experimentos de Lewenhoeck , y saben que por mucho que se pesque no se agotará el bacalao en los bancos de Terranova ; pero saben tambien , que si todos pescan no podrá la Inglaterra sacar de esta pesca el beneficio que debe producirle el monopolio de ella ; si fuera posible , los ingleses querrian vendernos exclusivamente la agua que bebemos , el aire que respiramos ; y tiene mas influencia en su conducta el amor al dinero que la filosofia filantrópica , de que tanto se jactan en sus libros , haciéndose maestros de moral de todas las naciones.

Nada puede añadirse á lo que Bentham nos dice sobre los inconvenientes gravísimos que en los países bien cultivados y poblados produce la libertad de la caza , considerada como un oficio. Sus razones son demostraciones ; y aunque la prohibicion de la caza tenga algunos inconvenientes no pueden compararse con los de la libertad. Solamente pues los propietarios podrán cazar en sus tierras , y si esta ley parece demasiado dura , podría permitirse á todos cazar los dias de fiesta en los terrenos comunes : asi los inclinados á esta diversion,

no perderian el hábito y el amor del trabajo , la caza no se multiplicaria demasiado , y no faltaria éste regalo en las mesas de los ricos , para los cuales esta privacion sería una verdadera pena Yo conozco un pais en que las perdices se reproducen tan prodigiosamente , que hacen estragos en las cosechas , y acabarian con ellas si la caza se prohibiera absolutamente. Lejos de esto, los habitantes de aquel pais que á la verdad no está muy cultivado y poblado , tienen que reunirse algunos dias del año para hacer batidas de perdices , que serian mas perniciosas que las bestias carniceras , si se las dejara multiplicarse en libertad : alli la caza de las perdices es una obligacion. Sin estas circunstancias y limitaciones, la ley deberia prohibir la caza, aun la de las bestias carniceras ; porque si se permite á todos sin algunas precauciones que las persigan en terrenos apropiados ó no apropiados, con el pretexto de buscar los lobos y las zorras, se buscarán las liebres y conejos, y ninguna propiedad será respetada. Los propietarios tendran buen cuidado de perseguir á estos animales nocivos, y cuando fuera necesario se podrian hacer batidas generales contra ellos , como se han hecho en Inglaterra contra los lobos hasta exterminarlos enteramente.

CAPITULO II.

Otro medio de adquirir. — Consentimiento.

Puede suceder que despues de haber poseido una cosa con justo título, quiera el poseedor desprenderse de ella, y abandonar su goce á otro, ¿deberá ser esto aprobado y confirmado por la ley? Sin duda que debe serlo : todas las razones que habia á favor del antiguo propietario, han dejado de estar por él, y estan ya por el nuevo. Por otra parte; es preciso que el propietario anterior haya tenido algun motivo para abandonar su propiedad.

Quien dice *motivo* dice *placer*, ó un equivalente: *Placer de amistad* ó de benevolencia, si la cosa se da por nada: *Placer de adquisicion*, si hace de ella un medio de permuta ó de cambio: bien de la *seguridad*, si la ha dado para librarse de algun mal: *placer de reputacion*: si se propone adquirir por este medio la estimacion de sus semejantes: he aqui pues aumentada necesariamente la suma de los goces para las dos partes interesadas en la transaccion; el que adquiere se pone en el lugar del que cede por lo que mira á las utilidades anteriores, y el que cede adquiere una utilidad nueva. Podemos pues sentar como máxima general que *toda enagenacion produce una utilidad*; un bien cualquiera es siempre el resultado de ella.

Si se trata de una permuta, hay en ella dos enagenaciones, cada una de las cuales tiene sus ventajas distintas. Esta ventaja es para cada uno de los contratantes, la diferencia entre el valor que para él tenia la cosa que cede, y el valor de la que adquiere. En cada transaccion de esta especie hay dos masas de goces nuevos, y esto es en lo que consiste el bien del comercio.

Nótese que en todas las artes hay muchas cosas que solamente pueden ser producidas por el concurso de un gran número de oficiales. En todos estos casos nada valdria el trabajo de uno solo, ni para él ni para los otros, sino pudiera ser permutado.

II. *Causas de invalidacion en las permutas.*

Pero hay algunos casos en que la ley no debe sancionar estas permutas, y en que deben arreglarse los intereses de las partes, como si no existiera el trato; porque en vez de ser ventajosa, seria la permuta perjudicial, ya á una de las partes, ó ya al público. Todas las causas que invalidan las permutas pueden reducirse á los nueve artículos siguientes.

- 1.º Reticencia indebida.
- 2.º Fraude.
- 3.º Cohercicion indebida.
- 4.º Soborno.
- 5.º Suposicion erronea de obligacion legal.
- 6.º Suposicion erronea de valor.
- 7.º Interdicion. — Infancia. — Demencia.
- 8.º Cosa que se haria perjudicial con la permuta.
- 9.º Defecto de derecho por parte del colador.

1.º *Reticencia indebida.*

Si se ve que el objeto adquirido es de un valor inferior al que habia servido de motivo para la adquisicion, el nuevo propietario experimenta un arrepentimiento y siente la pena de esperanza engañada. Si este valor es menor que el que ha dado en cambio, ha tenido una pérdida en vez de una ganancia: es verdad que la otra parte ha tenido una ganancia; pero *bien de ganancia* no es equivalente *á mal de pérdida*. Supongamos que he pagado diez doblones por un caballo que los valdria si estuviera sano; pero como es corto de respiracion, no vale mas de dos. Aquí hay para el vendedor una ganancia de ocho doblones, y para mí una pérdida de la misma suma; pénsense juntos los intereses de ambas partes, y se verá que el trato no es ventajoso, sino lo contrario.

Sin embargo, si en la época del trato el propietario anterior no conocia esta degradacion de valor, ¿por que el trato ha de ser nulo? ¿por qué se le ha de obligar á deshacerlo en perjuicio suyo? ¿Si la pérdida ha de recaer en alguno, por qué se la ha de hacer recaer en él mas bien que en el otro?

Aun supuesto que él conociese la circunstancia que minoraba el valor de la cosa, ¿estaba obligado á mani-

festarla voluntariamente, mas bien que el comprador á informarse y preguntarle sobre ella?

Estas dos cuestiones deben sienpre acompañar al medio de invalidacion resultante de la *reticencia indebida*, ¿conocia el vendedor la existencia del defecto? ¿El caso es de aquellos que él debe estar obligado á revelar? La solucion de estas cuestiones exige demasiados pormenores é investigaciones, para poder presentarla aqui, tanto mas cuanto no puede darse una respuesta que lo abrace todo; sino que son necesarias diversas modificaciones segun las diferentes especies de cosas.

2.º *Fraude*. Este caso es mas sencillo que el precedente; porque no se debe permitir jamas una adquisicion fraudulenta si se puede estorbar: este es un delito que se acerca mucho al hurto. Tu has preguntado al vendedor si el caballo era corto de resuello, y él te ha respondido negativamente sabiendo bien lo contrario; sancionar este trato, sería recompensar un delito. Añádase á esto la razon del caso anterior, á saber, que el mal para el comprador es mayor que el bien para el vendedor, y se verá claramente que esta causa de invalidacion es bien fundada.

3.º Lo mismo debe decirse de la *coercicion indebida*. El vendedor, cuyo caballo no valia mas que dos doblones, te ha forzado con violencia ó con amenazas á comprarle por diez; suponiendo que tu hubieses consentido en pagar dos, lo restante es otro tanto ganado por un delito. Es verdad que esta pérdida era para tí una ganancia, en comparacion del mal con que te amenazó en caso de resistencia; pero ni esta ventaja comparativa, ni la del delincuente, podrán contrabalancear el mal del delito.

4.º Lo mismo debe decirse del *soborno*: entiendo por soborno el premio de un servicio que consiste en cometer un delito, como ofrecer dinero á un hombre para que dé una declaracion falsa. En este trato hay dos

ventajas, la del sobornado, y la del sobornador; pero las dos juntas no son con mucho iguales al mal del delito.

Advierto de paso que en los casos de fraude, de coercicion indebida, y de soborno, no se contenta la ley con anular el acto sino que al mismo tiempo opone un contrapeso mas fuerte en las penas contra estos delitos.

5.º *Suposicion errónea de obligacion legal.*

Tú has entregado á un hombre tu caballo creyendo que tu mayordomo se lo habia vendido, y esto no es asi. — Tú has entregado á un hombre tu caballo pensando que estaba autorizado por el gobierno á tomártelo para el servicio del estado; y él no tenia semejante comision; en una palabra, tú has creído vender por una obligacion legal, y esta obligacion no existia. Si la enagenacion debiera confirmarse despues de descubierto el error, el comprador haria una ganancia inesperada, y el vendedor una pérdida imprevista; y como dejamos dicho, *bien de ganancia* no puede compararse con *mal de pérdida*. Ademas este caso puede tambien comprenderse en el de la coercicion indebida.

6.º *Suposicion errónea de valor.*

Si al enagenar una cosa, ignoro una circunstancia que debe aumentar el valor de ella, en descubriendo el error sentiré el pesar de una pérdida. — ¿Pero es este un medio conveniente de invalidacion? Por una parte, si se admiten estas causas de nulidad sin restriccion, se corre riesgo de desanimar para las permutas; ¿porque dónde estaria la seguridad para mis adquisiciones, si el propietario anterior pudiera romper el trato con solo decir: yo no sabia lo que hacia? y por otra parte habria una pena muy viva de arrepentimiento si despues de haber vendido un diamante por un pedazo de cristal no

hubiera algun medio de deshacer el trato. — Para tener la balanza igual entre las partes, es necesario acomodarse á la diversidad de las circunstancias y de las cosas: debe examinarse si la ignorancia del vendedor no era el resultado de la negligencia; y aun cuando se anulara el trato si el caso lo pedia, se deberia antes de todo proveer á la seguridad del comprador interesado en que se confirme.

Sin embargo, puede suceder que una convencion exenta de todos estos defectos sea perjudicial en fin de cuenta; tu habias comprado este caballo solamente para hacer un viage, y este viage no se verifica. — Estabas pronto á partir, y el caballo cae enfermo y muere: — partes con efecto, y el caballo te tira á tierra, y te rompes la pierna: — montas el caballo, pero para ir á robar en los caminos: habiéndose pasado el antojo que te habia movido á comprarle, le vuelves á vender con pérdida. — Se pueden multiplicar hasta lo infinito los casos eventuales en que una cosa cualquiera que sea adquirida en razon de su valor, se hace despues inútil, gravosa, ó funesta, ó bien al mismo que la adquirió, ó bien á otro, ¿no serán estos casos otras tantas excepciones de la máxima general de que toda enagenacion produce utilidad? ¿No son unos medios racionales de invalidacion como los otros de que hemos tratado?

No: todos estos acontecimientos perjudiciales son cosas accidentales y posteriores á la conclusion del trato. El caso ordinario es que la cosa valga lo que vale, y la ventaja total de las permutas ventajosas es *mas que equivalente* de la desventaja total de las permutas perjudiciales. No tiene duda que las ganancias del comercio son mayores que las pérdidas, pues el mundo es hoy mas rico que no lo era en su estado salvaje. Deben, pues, ser mantenidas en general las enagenaciones, y anularlas por algunas pérdidas accidentales, sería prohibirlas generalmente, porque nadie querria vender, nadie

querria comprar, si á cada momento pudiera anularse el trato por algun acontecimiento subsiguiente, que fuera imposible evitar y preveer.

7.º Hay algunos casos en que el legislador previendo el mal de las convenciones, las prohíbe de antemano. Asi es como en muchos paises se *interdice* á los pródigos, es decir, se declaran inválidos todos los tratos que se hagan con ellos; pero se empieza por probar el peligro, esto es, la disposicion que hace al pródigo impropio para gobernar sus negocios: todo el mundo está advertido, ó á lo menos puede estarlo, de la incapacidad que ha recibido de la mano tutelar de la justicia.

En todas partes existe la interdiccion para los dos casos análogos de la infancia y de la demencia: digo análogos, porque lo que es un niño por un tiempo que se puede determinar bastante bien, aunque por una demarcacion siempre arbitraria mas ó menos, lo es un insensato por un tiempo indeterminable ó perpetuo. Las razones son las mismas que en el caso precedente, porque los menores y los insensatos son naturalmente ó ignorantes ó temerarios ó pródigos; y asi se presume por una indicacion general que no necesita justificarse con pruebas particulares.

Bien se ve que en estos tres casos no puede extenderse la interdiccion sino á cosas de una cierta importancia: aplicarla á los pequeños objetos de consumo diario, sería condenar á morir de hambre á los individuos de estas tres clases.

8.º La ley anula los contratos por razon de algun inconveniente probable que puede resultar de ellos.

Supongamos que tengo una tierra situada en las fronteras del estado: adquirida esta propiedad por la potencia limitrofe, podria hacerse de ella el centro de intrigas hostiles ó favorecer preparativos perjudiciales á mi pátria: que yo pensase ó no en este efecto, la ley debe pensar en él por el público; y prevenir el mal, negan-

do de antemano su aprobacion y garantía á tales tratos (1).

Las trabas que se ha creído deber poner á la venta de drogas, que pueden usarse como venenos, pertenecen á este capítulo, y lo mismo se diria de la prohibicion de vender ciertas armas homicidas, como los estiletos de que se hace en Italia un uso tan frecuente aun en las riñas mas comunes.

Al mismo motivo, bien ó mal fundado, se deben atribuir las prohibiciones relativas á la introduccion ó la venta de ciertos géneros.

En la mayor parte de estos casos se acostumbra decir que el *trato es nulo por sí mismo*. Basta abrir los libros de derecho para ver cuantos embrollos ha producido esta nocion errónea; y en qué apuros se ha caido por no haber entendido la única causa de invalidacion de los tratos hechos en estas circunstancias, que es que resulta de ellos mas mal que bien.

Despues de haber dicho que *estas convenciones son nulas por sí mismas*, deberia inferirse para ser consiguiente que no deben tener efecto alguno, que deben ser aniquiladas y no dejar rastro alguno de ellas; pero hay muchos casos en que basta modificarlas y corregir con algunas compensaciones la desigualdad de ellas, sin alterar el fondo de la convencion primitiva.

Ningun trato es nulo por sí mismo, ninguno es válido por sí mismo: la ley es la que en cada caso les da ó les niega la validacion; pero bien sea para permitirlos, ó bien sea para prohibirlos, se necesitan algunas razones. La generacion equívoca está desterrada de la sana fi-

(1) Los mas de los estados han prevenido, tal vez sin pensar en ello, este peligro por una ley general que prohibe á los estrangeros la adquisicion de bienes raíces; pero esto es hacer demasiado. La razon de la prohibicion no se estiende á mas del caso particular de que hemos hecho mencion. El estranero que quiere comprar un bien inmueble en mi pais, le da la prueba menos equivocada de su afecto, y la prenda mas segura de su buena conducta. El estado no puede dejar de ganar en ello, aunque no sea mas que por las contribuciones.

sica: puede ser que algun dia se la destierre tambien de la jurisprudencia: este *nulo por si*, es precisamente una generacion equívoca.

III. De los obstáculos puestos á la enagenacion de los bienes raices.

Decir que el poder de enagenar es útil, es decir con harta claridad que las leyes propias para aniquilarle son en general perniciosas.

Solamente en los inmuebles se ha cometido esta inconsecuencia, ya en las substituciones ó mayorazgos, ó ya en otras fundaciones inalienables; y sin embargo ademas de las razones generales, hay algunas particulares en favor de la facultad de enagenar las tierras.

1.º El que trata de deshacerse de un fundo, manifiesta bastante que no le conviene guardarlo: no quiere ó no puede hacer gasto alguno en mejorarlo, y aun á veces no puede abstenerse de degradar su valor futuro para satisfacer una necesidad presente. Al contrario, el que trata de adquirirle, no tiene seguramente la intencion de degradarle, y es probable que se propone aumentar su valor.

Es verdad que el mismo capital que se emplearia en mejorar la tierra, puede igualmente emplearse en el comercio; pero aunque el beneficio de estos dos empleos pueda ser el mismo para los individuos, no lo es para el estado; porque la porcion de riqueza que se aplica á la agricultura es mas fija, y la que se aplica al comercio es mas fugitiva: la primera es inmóvil, y la segunda puede transportarse á cualquiera parte á gusto del propietario.

2.º Dando en prenda un bien inmueble, puede cualquiera procurarse un capital productivo; y de este modo una parte del valor de una tierra puede emplearse en mejorar otra que sin este recurso no hubiera po-

dido ser mejorada. Impedir pues la enagenacion de un bien raiz , es disminuir el capital productivo , hasta el montante poco mas ó menos de su valor venal ; porque para que una cosa sirva de prenda , es preciso que pueda ser enagenada

Es verdad que aqui solo se trata de un empréstito, y que no hay un nuevo capital creado por el negocio. Este mismo capital hubiera podido tener un destino no menos útil en las manos en que se hallaba ; pero conviene advertir que cuantos mas medios haya de colocar capitales , mas vendrán al pais. El que proviene del extranjero es una adiccion neta al de los regnícolas.

Estas trabas á la enagenacion , aunque reprobadas por las mas sanas nociones de la economía política , subsisten casi en todas partes. Es verdad que se han disminuido gradualmente al paso que los gobiernos han entendido mejor los intereses de la agricultura y del comercio ; pero aun hay tres causas que contribuyen á mantenerlas.

La primera es el deseo de prevenir la prodigalidad ; pero para evitar este mal no es necesario prohibir la venta de las tierras , y basta proteger el valor de ellas , no dejándole á la disposicion del individuo. En una palabra, el medio específico contra este inconveniente es la interdiccion.

La segunda es el orgullo de familia junto con aquella ilusion agradable que nos pinta la existencia sucesiva de nuestros descendientes como una prolongacion de la nuestra. Dejarles la misma riqueza en valor no es bastante para satisfacer la imaginacion ; es necesario asegurarles los mismos fundos , las mismas casas , los mismos objetos en especie. Esta continuacion de posesion parece una continuacion de goce , y presenta un punto de apoyo á un sentimiento quimérico.

La tercera causa es el amor del poder , y el deseo de dominar aun despues de la muerte. El motivo preceden-

*

re suponía una posteridad; éste no la supone. A esta causa deben atribuirse las fundaciones, así las que tienen un objeto de utilidad bien ó mal entendida, como las que no tienen otro fundamento que un capricho.

Si la fundación consiste únicamente en distribuir beneficios sin imponer condición alguna, sin exigir algún servicio, parece bastante inocente, y su continuación no es un mal. Sin embargo deberían exceptuarse de esta regla las fundaciones de limosnas aplicadas sin discernimiento, y propias para fomentar la mendicidad y la pereza. Los mejores establecimientos de estos son los de caridad para pobres de una clase que en otro tiempo ha sido elevada: éste es un medio que presenta á estos infelices un socorro más liberal que el que hubiera permitido la regla general.

En cuanto á los beneficios que solo se conceden con la condición de desempeñar ciertas obligaciones, como los colegios, los conventos, las iglesias, su tendencia, es útil, — indiferente — ó perjudicial, según la naturaleza de las obligaciones que se imponen.

Una singularidad que merece observarse es que en general estas fundaciones, estas leyes particulares que el individuo establece por la indulgencia del soberano, han sido siempre más respetadas que las leyes públicas, que se derivan directamente del soberano mismo. Cuando un legislador ha querido atar las manos á su sucesor, esta pretensión ha parecido ó inconsequente ó fútil, y los particulares más oscuros se han abrogado este privilegio sin que nadie se haya atrevido á tocar á él.

Parece que los bienes raíces dejados á corporaciones, á conventos, á iglesias deben degradarse; porque cada propietario pasajero, mirando con indiferencia á unos sucesores con los cuales ninguna relación tiene de parentesco, debe agotar cuanto puede una posesión vitalicia, y no cuidar de la conservación de ella, sobre todo en su vejez. Esto puede suceder alguna vez; pero

sin embargo., es menester hacer justicia á las comunidades religiosas que mas frecuentemente se han distinguido por una buena que por una mala economía. Si su situacion inflama su codicia y su avaricia., tambien reprime el fausto, y la prodigalidad; y si hay causas que escitan su egoismo, hay otras que le combaten por lo que se llama *espíritu de cuerpo*

No es necesario estendernos sobre las propiedades públicas, esto es, sobre aquellas cosas, cuyo uso pertenece al público, como los caminos, las iglesias, las plazas. Para llenar su destino es necesario que su duracion sea indefinida, salvo el admitir las mudanzas sucesivas que las circunstancias pueden exigir.

COMENTARIO.

Por el epígrafe de este capítulo parece que se va á tratar en él del modo de adquirir una cosa que ya tiene dueño con consentimiento de éste, y el lector podia esperar que se le hablase de los contratos; pero nada de esto; el autor establece como de paso dos principios generales, á saber, que la ley debe confirmar la voluntad de un hombre que poseyendo una cosa con justo título, quiere transferir á otro el goce de ella; y que toda enagenacion produce una utilidad ó ventaja; y despues de probadas estas dos proposiciones, de que ya en otra parte nos habia hablado, pasa á tratar de algunos casos en que la ley no debe sancionar las permutas; casos que deben considerarse como otras tantas excepciones de la regla general:

Conviene saber que el autor no entiende sola y precisamente por permuta el cambio de una cosa por otra en especie, como de un caballo por otro caballo ó por un buey, de trigo por vino, de una sortija por un

vestido &c., sino tambien el cambio de una cosa cualquiera por dinero que es lo que se llama compra y venta, la cual considerada en su origen, y en la realidad no es mas que una permuta, porque el dinero representa los artículos de que el vendedor puede tener necesidad. Como en otra parte trata Bentham expresamente de los contratos, ha creido que lo que allí dice basta sobre la materia; y por la misma razon yo me contentaré con remitir á mi lector á lo que digo sobre los pactos y contratos en mis observaciones sobre aquella materia. Aqui pues solamente trataré, imitando á mi autor, de la nulidad de las permutas.

Partamos del principio de que un contrato es válido ó nulo segun la voluntad de la ley: es válido el contrato confirmado ó aprobado por la ley; es nulo el que la ley reprueba negándole su sancion: pero como la ley no debe obrar sin razon, es menester que tenga alguna para confirmar ó anular un contrato; y esta razon no puede ser otra que la utilidad; de manera que la ley solo puede negar su sancion á un contrato cuando del cumplimiento y egecucion de él se siga mas mal que bien. Bentham censura la expresion *de trato nulo en sí mismo*, y dice que basta abrir los libros de derecho para ver cuántos embrollos se han formado sobre esta nocion erronea. En los libros del derecho romano yo no hallo la expresion *de contrato nulo en sí mismo*: hallo sí la de contrato nulo *ipso jure*; pero esta expresion nada tiene de equívoco, ningun embrollo forma, y solo quiere significarse por ella que el contrato ningun efecto puede producir, y debe considerarse como si nunca se hubiera hecho. Es verdad que los romanos reconocen una obligacion aunque ineficaz que puede nacer de un contrato nulo, ó no sancionado por la ley: la obligacion natural; pero como nosotros hemos relegado con Bentham el supuesto derecho natural á los paises de la imaginacion, no podemos sin contradecirnos, reconocer otra obliga-

cion que la civil; y si en esta parte se nota algun embrollo en la jurisprudencia romana, este embrollo no viene de la expresion *nullo ipso jure*, sino mas bien de la falsa idea del derecho natural, con que á cada paso se tropieza en los códigos de la legislacion de Roma.

A ocho reduce Bentham las causas de la invalidacion, ó nulidad de las permutas, y las seis de ellas se fundan en la falta de consentimiento de uno de los contrayentes. Esta falta de consentimiento anula todos los contratos; ó por hablar con mas exactitud sin consentimiento podrá haber una apariencia de contrato; pero no un contrato verdadero, pues que todo contrato es un pacto, y el pacto no es otra cosa que el consentimiento ó convenio de dos ó mas personas.

La reticencia indebida, primera causa de invalidacion de las ocho que cuenta mi autor, produce evidentemente una falta de consentimiento; porque es claro que si el comprador, por egemplo, supiera que la cosa que compra tenia los defectos que calla el vendedor, los cuales rebajan mucho su valor, y aun tal vez la hacen inútil para los usos á que la destina el comprador, éste no la compraria ó no daria por ella el precio que en su ignorancia ha ofrecido. ¿Pero está obligado el vendedor á manifestar los defectos de la cosa que vende, si los sabe? Los jurisconsultos romanistas dicen que si los defectos están á la vista no tiene el vendedor obligacion de manifestarlos; pero si son ocultos, y él los conoce. Segun esto el que vende un caballo no está obligado á expresar si es cojo, si le falta un ojo, y si sus formas son feas, porque todo esto puede verlo el comprador, y si no lo examina, á él solo debe perjudicar su negligencia; pero si el caballo tiene muermo, ú alguna otra enfermedad oculta, y esto lo sabe el vendedor, debe manifestarlo. Siempre hay dolo en la reticencia indebida: pues el vendedor no trata mas que de engañar al comprador; y el dolo invalida el contrato,

como luego veremos ; por manera que las dos causas, reticencia indebida y fraude , se reducen en ciertos casos á una sola , y se confunden.

Bentham no habla del error , y sin embargo nada es mas contrario al consentimiento que el error , dicen los jurisconsultos romanos , con mucha razon. El error , pues anula la permuta si recae sobre la materia , ó substancia de la cosa permutada : por egemplo : si yo compro un vaso de similor creyendo que es de oro , y lo pago como tal , sin que el vendedor que lo sabe me lo advierta , la venta es sin duda nula : pero tal vez Bentham ha creído que esta causa de nulidad debe reducirse á la reticencia indebida ó al fraude ; pues las tres cosas concurren en el caso propuesto. Por lo demas aunque el vendedor venda una cosa por un precio superior al precio comun ó el comprador la compre por menos de lo que vale , con tal que ambos consientan conociendo la materia ó substancia de la cosa , el contrato es válido ; y en este sentido dicen los jurisconsultos romanos , que es lícito á los contrayentes engañarse mutuamente.

Que el fraude ó dolo , y la fuerza ó coercicion indebida sean incompatibles con el consentimiento , es una cosa que no necesita probarse : vender por engaño ó por fuerza , mas bien es robar que vender ; y asi es que la ley no se contenta con anular los contratos hechos por dolo ó por violencia , sino que ademas impone una pena al culpado que abusa de la buena fe ó de la flaqueza del otro contrayente. Del mismo modo castigan las leyes el soborno por el mal que produce aunque en él consientan el sobornado y el sobornador , y aunque ambos ganen en el negocio.

Enagenar una cosa creyendo falsamente estar obligado á enagenarla , es lo que se llama enagenar por suposicion erronea de obligacion legal , y este error es tan contrario al consentimiento como el error sobre la cosa,

objeto, ó materia del contrato ; porque es claro que si el señor de la cosa no creyese que estaba obligado á enagenarla, no consentiría en hacerlo : los egemplos de que Bentham se sirve para explicar esta doctrina, no dejan en ella la menor oscuridad.

¿ La suposicion erronea del valor de una cosa anula la venta de ella? Mi autor no da una respuesta positiva á esa pregunta, y despues de presentar los inconvenientes de la afirmativa y de la negativa, solo dice en general, que para tener igual la balanza entre los interesados es preciso acomodarse á la diversidad de las circunstancias y de las cosas ; pero sin expresar en qué circunstancias, y de qué cosas es nula ó valida la enagenacion. Yo pienso que puede aplicarse á este caso en particular lo que dejó dicho sobre el error en general : si la suposicion erronea de valor nace de un error en la materia ó substancia de la cosa, la enagenacion es nula por defecto de consentimiento ; pero si el error recae solamente sobre cualidades accesorias, la enagenacion es válida. **Sirvámolos para explicar esta doctrina del egemplo mismo de nuestro autor.** Pedro vende un diamante creyendo que es un pedazo de cristal, y por el precio de un pedazo de cristal : la venta es nula, aun cuando la ignorancia del vendedor venga de su negligencia, contra lo que insinua Bentham, ¿qué importa esto? Siempre es cierto que él no consiente en vender un diamante, y que nunca consentiría en venderle por el precio de un pedazo de cristal ; mas si vendió el diamante sabiendo que lo era, pero lo vendió por de cuatro quilates siendo en realidad de ocho, y así le dió por veinte valiendo cuarenta ; la compra es válida porque el error no impide el consentimiento. Así el comercio no se embarazará ni se desalentará, y se prevendrá el dolo, grande enemigo del comercio, en el cual introduce la desconfianza: el comerciante sabrá que comprando y vendiendo las cosas por lo que son, sus contratos serán firmes ; pero

que si vende ó compra similor por oro, estaño por plata, cristal por diamantes, las permutas son nulas. La buena fe será general, y se desterrará el engaño, que es lo que sobre toda se teme en las permutas, y retrae mas de hacerlas.

Los contratos celebrados por los niños, por los locos, y por los pródigos que no se diferencian de estos en la administracion de sus bienes, son nulos, porque el consentimiento aparente de estas personas, no es un verdadero consentimiento, no es libre, pues carecen de razon para deliberar y conocer sus intereses. Entre estas personas, hay sin embargo esta diferencia, que los contratos de los niños y locos son nulos, aunque una sentencia del magistrado no les haya entredicho, ó prohibido la administracion de sus bienes; pero los contratos de un pródigo son validos si una sentencia no ha pronunciado contra él con conocimiento de causa la interdiccion; y la razon de esta diferencia es que la infancia y la locura se muestran y estan á la vista; pero no asi la prodigalidad, que es fácil equivocarse con la liberalidad: el que contrata pues con un niño ó con un loco no tiene excusa, y puede tenerla el que contrata con un pródigo. Algunas escepciones que puedan presentarse no harán que la regla general sea menos cierta.

En fin la ley anula algunos tratos, aunque celebrados con pleno consentimiento de las partes, por algun inconveniente probable que pueden producir. Por esto se prohíbe la venta libre de drogas venenosas y de ciertas armas, y en esta razon se funda tambien la prohibicion de introducir y vender ciertos géneros extranjeros, porque se teme, con motivo ó sin él, que perjudiquen á la venta de los géneros nacionales, y por consiguiente á los progresos de la industria de la nacion. Por esto igualmente está prohibido á los extranjeros en algunos estados la adquisicion de bienes inmuebles, prohibicion antipolítica, de que nuestro autor demuestra perfectamente lo absurdo.

III. De los obstáculos puestos á la enagenacion de los bienes raices.

Hemos dicho en otra parte que la ley debe en general sancionar todas las permutas ; y si el principio es cierto, como no puede dudarse, cierta tambien será esta consecuencia: luego las leyes que prohiben las enagenaciones ó permutas de los bienes inmuebles son en general perniciosas. Por aqui puede juzgarse de las leyes que por eternizar el orgullo insensato de ciertas familias y fundadas en falsas ideas de política han autorizado los mayorazgos , es decir , el estanco de todas las propiedades territoriales en un pequeño número de manos. Estas leyes perjudican á los progresos de la riqueza nacional , y al mismo tiempo á los poseedores mismos de los bienes vinculados: perjudican á los progresos de la riqueza nacional, que es la agregacion, ó el resultado de las riquezas de los individuos, porque es muy raro que una propiedad que muda de mano no reciba alguna mejora en la mudanza. Asi debe ser, porque el que enagena una propiedad lo hace porque no puede, no quiere, ó no le conviene hacerla valer , trabajándola; y el que la adquiere es impelido por un motivo contrario, porque puede, quiere, y le conviene trabajarla y hacerla valer. Asi mudando de mano la propiedad se aumentan sus productos , y este aumento de productos es un aumento en la riqueza nacional , y por consiguiente la ley que impide la enagenacion impide este aumento que sería muy considerable si se pusieran en circulacion y se dividieran todas las propiedades territoriales estancadas y amontonadas en los mayorazgos , en las corporaciones y personas eclesiásticas, y en las fundaciones llamadas piadosas. Esta observacion dictada por la razon, es confirmada por la experiencia diaria: no se ve una propiedad que haya salido de estos estancos sin que reciba mejoras muy importantes.

Las leyes que prohíben la enagenacion de los bienes raices son tambien perjudiciales á los poseedores mismos de estos bienes; porque les impiden disponer de ellos cuando mas necesitarian ó mas les convendria hacerlo, de modo que á veces viven miserables en medio de un monton de riquezas, á que no pueden tocar. Tampoco tienen crédito ni hallan quien les preste en sus necesidades; lo primero porque no pueden hipotecar alguna de sus propiedades; y lo segundo porque el sucesor en el mayorazgo no responde de las deudas contraídas por el poseedor anterior, y á todo esto debia añadirse la injusticia evidente que se comete con los hermanos del primogénito, que mientras este vive en la opulencia, pasan su vida á veces en la miseria, ó se ven forzados á abrazar una carrera sin vocacion y sin las cualidades que ella exige.

CAPITULO III.

Otro medio de adquirir — sucesion.

¿Cómo debe disponerse de sus bienes despues de la muerte de un individuo?

El legislador debe proponerse tres objetos en la ley de las sucesiones: 1.º proveer á la subsistencia de la generacion naciente: 2.º prevenir las penas de esperanza engañada: 3.º promover la igualdad de los bienes.

El hombre no es un ente solitario: fuera de un corto número de excepciones, todo hombre tiene un círculo mayor ú menor de compañeros, con los que está ligado por los vínculos del parentesco ó del matrimonio, por la amistad ó por los servicios, y que parten con él *de hecho* el goce de los bienes que le pertenecen exclusivamente de derecho. Sus bienes son ordinariamente para muchos de ellos el único fondo de subsistencia. Para prevenir pues las calamidades de que serian víctimas, si la

muerte que les priva de su amigo les privará también de los socorros que sacaban de sus bienes, conviene saber, quienes son los que gozaban de ellos habitualmente; y en qué proporción; pero como estos son hechos que sería imposible justificar con pruebas directas sin meterse en procesos embarazosos, y contestaciones infinitas, ha sido necesario atenerse á ciertas presunciones generales, única base sobre la cual puede fundarse una decisión. La parte habitual de cada sobreviviente en las posesiones del difunto, debe presumirse por el grado de afecto que ha debido haber entre ellos; y este grado de afecto se debe presumir por la proximidad del parentesco.

Si esta proximidad fuera lo único que debiera considerarse, la ley de las sucesiones sería muy sencilla. En el primer grado con respecto á tí están aquellos con que estás unido sin alguna persona intermedia, tu mujer, tu marido, tu padre, tu madre y tus hijos. En el segundo grado todos aquellos, cuya union contigo exige la intervencion de una sola persona, ó de una sola pareja de personas intermedias, tus abuelos y tus abuelas, tus hermanos y hermanas, tus nietos y nietas; y en el tercero grado se hallan aquellos cuya union contigo supone tres generaciones intermedias: tus visabuelos y visabuelas, tus viznietos y viznietas, y tus tios y tias, tus sobrinos y sobrinas.

Pero este arreglo aunque tuviese toda la perfección posible por lo que toca á la sencillez y á la regularidad, no corresponderia bien al fin político y moral, ni corresponderia mejor al grado de afecto de que se creeria dar la prueba presuntiva; y no llenaria el objeto principal que es proveer á las necesidades de las generaciones nacientes. Abandonemos pues este arreglo genealógico para adoptar otro que esté fundado en la utilidad. Este arreglo consiste en *dar constantemente á la línea descendiente por muy larga que sea la preferencia sobre la línea ascendiente y compuesta*: en dar hasta lo infi-

nito á los descendientes de cada pariente la preferencia sobre todos aquellos á que no podria llegarse sin dar un paso mas en la línea ascendiente.

Sucedará sin embargo que las presunciones de afecto ó de necesidad que sirven de fundamento á estas reglas, fallen muchas veces en la práctica; y que por consiguiente, las reglas mismas se aparten de su fin; pero la facultad de testar ofrece, como veremos luego, un remedio eficaz á la imperfeccion de la ley general; y esta es la razon principal para conservar esta facultad.

Esto es en cuanto á los principios generales; pero, ¿cómo deben aplicarse en los casos particulares cuando se trata de pronunciar entre un monton de concurrentes?

El modelo de una ley puede suplir por un gran número de discusiones. Voy á presentar en quince artículos un código completo sobre este punto.

Art. 1.º Ninguna distincion habrá entre los sexos: lo que se dice del uno, se entenderá dicho del otro. La parte del uno siempre será igual á la parte del otro.

Razon. Bien de la igualdad. Si hubiera alguna diferencia deberia ser en favor del mas flaco, en favor de las mugeres que tienen mas necesidades, y menos medios de adquirir y de hacer valer lo que tienen; pero el mas fuerte ha obtenido todas las preferencias; ¿por qué? porque el mas fuerte ha hecho las leyes.

Art. 2.º *Después de la muerte del marido, su viuda conservará la mitad de los bienes comunes, á no ser que se haya dispuesto otra cosa en los contratos matrimoniales.*

Art. 3.º *La otra mitad se distribuirá entre los hijos por iguales partes.*

Razones. 1.º Igualdad de afecto de parte del padre: 2.º igualdad de co-ocupacion de parte de los hijos, 3.º igualdad de necesidades: 4.º igualdad de todas las razones imaginables en ambas partes: las diferencias de edad, de temperamento, de talento, de fuerza &c. pueden á la verdad producir alguna diferencia en cuanto á la necesidad; pero las leyes no pueden apreciarlas: al padre toca considerarlas sirviéndose del derecho de testar.

Art. 4.º *Si un hijo tuyo muerto antes que tú deja hijos, la parte de él se distribuirá entre ellos por porciones iguales, y lo mismo se entiende en todos los descendientes hasta lo infinito.*

Notas. - Esta es la distribución que se llama por troncos, y se prefiere á la sucesion por cabezas por dos razones: primera: para prevenir la *pena de esperanza engañada*. Que la parte del primogénito se halle disminuida por el nacimiento de cada hijo menor, es un acontecimiento natural, sobre el cual ha debido formarse su esperanza; pero en general, cuando un hijo empieza á ejercer su facultad reproductiva, la del padre ha llegado casi á su término. En esta época los hijos deben ya creerse llegados al término de las disminuciones que sus porciones respectivas deben sufrir; pero si cada nieto ó nieta causara una disminucion igual á la que ha causado

cada hijo ó cada hija, no tendria límites la disminucion, y no habria datos ciertos sobre qué poder formar un plan de vida.

2.^o Los nietos tienen por recurso inmediato los bienes de su difunto padre. Su hábito de co-ocupacion desprendido de su abuelo ha debido egercersé con preferencia, sino exclusivamente sobre los fondos de la industria paterna. Añadid á esto que tienen en los bienes de su madre y de sus parientes un recurso en que los otros hijos de su abuelo no tienen parte alguna.

Art. 5.^o *Si no tienes descendientes, tus bienes irán en comun á tu padre y á tu madre.*

Notas. ¿Por qué á los descendientes antes que á los otros? 1.^o *Superioridad de afecto.* Cualquiera otro arreglo sería contrario al corazón paterno. Siempre amamos mas á los que dependen de nosotros, que á aquellos de que dependemos; porque es mas agradable reinar que obedecer.

2.^o *Superioridad de necesidades.*

Es cierto que nuestros hijos no pueden vivir sin nosotros ó sin alguno que haga nuestras veces; y es probable que nuestros padres pueden vivir sin nosotros, pues han existido antes que nosotros.

¿Por qué la sucesion pasa al padre y á la madre, mas bien que á los hermanos y hermanas? 1.^o Por qué el parentesco mas inmediato, hace presuair un afecto superior. 2.^o Esta es una recompensa de los servicios hechos; ó por mejor decir una indemnizacion del trabajo, y los gastos de la educacion; ¿que es lo que hace el parentesco entre mi hermano y yo? nuestra relacion comun, con un mismo padre y con la misma madre; ¿qué es lo que me hace amarle mas que á cualquiera

otro compañero con quien yo hubiere pasado una igual porcion de mi vida? Es que le aman mas las personas que poseen mi primer afecto. — No es seguro que yo deba nada á mi hermano; pero es seguro que lo debo todo á mis padres. Asi es que en todas las ocasiones en que los títulos mas fuertes de mis hijos no se oponen á ello, yo debo á mis padres indemnizaciones que mis hermanos no pueden pretender.

Art. 6.º *Si has perdido á uno de los dos, la parte del difunto irá á sus descendientes, del mismo modo hubiera ido á los tuyos.*

Nota. En las familias pobres que no tienen mas bienes que los muebles de casa, vale mas que todo pase indiviso al sobreviviente padre ó madre con el cargo de mantener á los hijos. Los gastos de la venta y la dispersion de los efectos arruinarían al sobreviviente, al paso que las partes demasiado pequeñas para formar un capital se disiparían bien pronto.

Art. 7.º *Á falta de tales descendientes, pasarán tus bienes enteros al sobreviviente.*

Art. 8.º *Si ambos son muertos, tus bienes se partirán entre sus descendientes como antes se ha dicho.*

Art. 9.º *Pero de modo que la parte del medio pariente, no sea mayor que la mitad de la parte del pariente entero, si hay alguno.*

Razon. *Superioridad de afecto.*

De los dos vinculos que me ligan con mi hermano entero, solamente hay uno que me liga con mi medio hermano.



Art. 10. *A falta de parientes en los referidos grados, los bienes irán al fisco.*

Art. 11. *Pero con la condicion de distribuir los intereses de ellos, como renta vitalicia y por partes iguales entre todos los parientes en linea ascendiente de cualquiera grado.*

Nota. Esta parte de la ley puede seguirse ó cortarse segun el estado del pais con respecto á las contribuciones, pero yo no descubro alguna objecion sólida contra este recurso fiscal. Dicese que los colaterales que quedan excluidos, pueden hallarse en la necesidad; pero esta necesidad es un incidente muy casual para poder fundar en él una regla general. Los colaterales tienen por recurso natural la propiedad de sus autores respectivos, y solamente sobre esta base han podido sentar su esperanza y fijar su plan de vida. Aun de parte del tio debe ser muy pequeña la esperanza de heredar de un sobrino, y bastará una ley positiva para extinguirla sin violencia ó para impedir que nazca. El tio no tiene los títulos del padre ó del abuelo. Es verdad que en el caso de morir estos, puede el tio haber ocupado el lugar de ellos, y hacer veces de padre para su sobrino. Esta es una circunstancia que merece la atencion del legislador. El poder de legar podria conseguir el fin, pero este medio de evitar los inconvenientes de la ley general, sería nulo en el caso en que el sobrino viniese á morir en una tierna edad y antes de que tuviese la facultad de testar. Si se quisiera pues mitigar esta ley fiscal, la primera excepcion de la regla, debería ser en favor del tio, sea con respecto al capital, ó sea solamente con respecto al interés.

Art. 12. *Para egecutar la division entre muchos herederos, se pondrá en subasta la masa de la herencia, reservándoles la facultad de tomar otra disposicion si estan de acuerdo en ella.*

Nota. Este es el único medio de evitar la comunidad de bienes, cuyas consecuencias perniciosas manifestaremos en otra parte. = Los efectos de la herencia que tengan un valor de afecto, hallarán su verdadero precio en la concurrencia de los herederos, y contribuirán á la utilidad comuu, sin ocasionar aquellas disputas que producen en las familias animosidades durables.

Art. 13. *Mientras se hace la venta y la division, se entregará toda la herencia al varon mayor de edad, y de mas años, quedando libertad á la justicia de tomar otras medidas por temor de mala administracion, declarada con conocimiento de causa.*

Nota. Las mugeres en general son menos propias que los hombres para manejar negocios de interes y de dificultad; pero alguna muger en particular podría tener mas aptitud que los hombres, y entonces, siendo señalada por el voto general de los parientes, deberia obtener la preferencia.

Art. 14. *En defecto de varon mayor se entregará todo al tutor del varon de mas edad: salvo el poder discrecionario, como en el art.º antecedente.*

Art. 15. *La herencia que recae en el fisco por falta de herederos naturales, se pondrá igualmente en subasta.*

Nota. El gobierno es incapaz de sacar el mejor partido de los bienes específicos: la administracion de ellos le

euesta mucho, le produce poco, y los deja perecer: esta es una verdad que Adam Smith ha llevado hasta la demostracion.

Me parece que este proyecto de ley es sencillo, conciso, facil de entender: que es poco favorable al embrollo, al fraude y á la diversidad de las interpretaciones; y que en fin es análogo á las afecciones del corazon humano, y á las inclinaciones habituales que nacen de las relaciones sociales, y por consiguiente propio para conciliarse al mismo tiempo la aprobacion de los que juzgan por sentimiento, y la estimacion de los que aprecian las razones.

Los que censuren este plan por ser demasiado sencillo, y que crean que realizado, ya la ley no sería una ciencia, podrán hallar con qué contentarse, y aun con qué admirarse en el laberinto del derecho comun ingles sobre las sucesiones.

Para dar á los lectores una idea de estas dificultades sería necesario empezar por un diccionario enteramente nuevo para ellos; y despues que vieran los absurdos, las sutilezas, las crueldades, los fraudes que abundan en este sistema, ejercerian que yo he compuesto una sátira, y que quiero insultar á una nacion, por otra parte tan justamente famosa por su sabiduria.

Pero por otro lado debe verse lo que reduce este mal á límites bastante estrechos, que es el derecho de testar: solamente en las sucesiones *abintestato* es preciso pasar por las sendas torcidas de la ley comun. Los testamentos pueden compararse á los perdones arbitrarios, que corrijen la dureza de las leyes penales.

COMENTARIO.

De dos maneras se puede suceder á un hombre, ó por su voluntad ó por la voluntad de la ley, y de aqui vienen las dos especies de sucesion, la testamentaria, y la legítima. Bentham trata de ésta antes que de la testamentaria, invirtiendo el órden de la jurisprudencia romana, el cual me parece mas natural: pues la sucesion legítima solamente puede tener lugar á falta de la testamentaria; pero esto no es de grande importancia: lo que sí interesa es el saber por qué principios debe gobernarse el legislador en la aplicacion y particion de la herencia ó sucesion *abintestato*.

Bentham dice que en estas operaciones debe la ley proponerse tres objetos: 1.º proveer á la subsistencia de la generacion naciente: 2.º prevenir las penas de esperanza engañada: 3.º promover la igualdad de bienes; pero por lo que hace á las penas de esperanza engañada éstas se evitan con una ley que arregle la sucesion de cualquiera manera que sea; porque el que sabe que no está comprendido en los llamamientos de la ley, no puede tener esperanza de heredar; y asi no hay chasco ó esperanza engañada; y por lo que toca á los otros dos objetos, sucederá muchas veces que se excluyan mutuamente y sean incompatibles; porque si la herencia es pequeña, y el difunto tiene muchos sucesores en igual grado, dividida entre ellos la parte que á cada uno toque, será casi imperceptible, y no se proveerá á la subsistencia de la generacion naciente; y si la sucesion entera se da á uno solo, ademas de cometerse una injusticia evidente con los otros que teniendo un derecho igual quedan excluidos, no se promueve y favorece la igualdad de bienes.

Para evitar la pena de esperanza engañada, que á mí parecer teme demasiado Bentham, quisiera éste que los bienes del difunto se distribuyesen entre aquellos que

habitualmente gozaban de ellos, y en proporcion de la parte de que cada uno gozaba, para evitar de este modo la pena de esperanza engañada; pero prescindiendo de que no puede haber esperanza engañada, si la ley estorba que la esperanza nazca, como antes tenemos dicho, el mismo Bentham confiesa que su principio, aunque cierto en la teoría, es inaplicable en la práctica y daría lugar á investigaciones y pleitos sin fin, si se quisiera seguirle; ¿y es con efecto bueno y justo aquel principio en la teoría como pretende Bentham? Yo lo dudo. Supongamos á un hijo ausente de la casa paterna desde su infancia: supongamos que el padre ha llevado á su compañía algunos sobrinos que han gozado habitualmente de los bienes de él, y que han concebido la esperanza de heredarle, porque ellos y el padre han creído que el hijo era muerto; pregunto ahora, si el padre moria sin testamento, ¿sería justo escluir al hijo de la herencia paterna y darla á los sobrinos por la razon de que han gozado habitualmente de los bienes del padre mientras ha vivido, y para evitarles la pena de la esperanza engañada? La parte habitual de cada sobreviviente en las posesiones del difunto, debe presumirse, dice nuestro autor, por el grado de afecto que ha debido existir entre ellos. Debe presumirse; pero la presuncion ninguna fuerza tiene contra la verdad contraria bien conocida; y en el caso que acabo de figurar, aunque sea presumible que el padre ama mas á su hijo que á sus sobrinos, la verdad es que ama mas á los sobrinos que mantiene en su compañía que á un hijo que ha abandonado, y que los sobrinos han gozado habitualmente de los bienes del padre, que el hijo nunca ha disfrutado.

¿Qué regla pues debe seguir el legislador en la aplicación y distribucion de los bienes de un hombre que muere sin testamento? Bentham nos la enseña: el grado de afecto del difunto, y este grado de afecto debe presumirse por el grado ó proximidad del parentesco.

La presuncion será muchas veces falsa; y la regla que no tiene otro apoyo que esta presuncion quedará sin fundamento; pero no hay otra que presente menos inconvenientes. Yo no diré como Bentham que la facultad de testar puede corregir la imperfeccion de la regla; porque esto solamente podria ser cierto en el caso en que un hombre que pudo hacer testamento prefirió morir sin testar: entonces es claro que su voluntad ha sido que se siga la disposicion de la ley; pero no puede aplicarse al caso mas ordinario de morir un hombre sin testamento porque no ha podido hacerlo. En estas circunstancias la ley hace lo que cree verosimilmente que el difunto habria hecho si hubiese podido testar, y prefiere los parientes mas cercanos á los mas remotos; porque es verosimil aunque no sea absolutamente cierto (lo que la ley no puede saber) que él los habria preferido igualmente.

Esta regla siguieron los juriconsultos romanos, que miraban como una gran desgracia, y aun como una especie de ignominia el morir sin testamento; y para prevenir esta desgracia, como no podia haber testamento sin heredero, forzaron á ciertas personas, á las cuales dieron el nombre de herederos necesarios, á aceptar la herencia, aunque las deudas la absorbiesen toda, y aun la excediesen. El orden de suceder *abintestato*, segun las leyes romanas, era muy semejante al que Bentham traza en su proyecto de ley, á excepcion de algunas diferencias accesorias que no alteran en lo sustancial el sistema. Como Bentham, dieron los romanos la preferencia á la línea descendiente hasta lo infinito sobre la ascendiente, fundándose en la voluntad y afecto presumido del difunto; porque regularmente el hombre ama y quiere favorecer mas á sus descendientes que á sus ascendientes, y en el bien que hace prefiere ordinariamente las personas á que puede mandar á aquellas á que está forzado á obedecer: fuera de que parece que

en nuestros descendientes se prolonga nuestra existencia, y aunque esto sea una ilusion, una quimera pura, vemos que esta quimera tiene mucha influencia sobre los sentimientos del corazon humano; y finalmente, nuestros ascendientes estan al cabo de la vida, cuando nuestros descendientes empiezan á gozar de ella, y éstos por consiguiente necesitan de mas auxilios para sostenerla. Antes de ver estas razones en Bentham, las habia yo visto ya en los jurisconsultos romanos.

En este principio está fundado el orden de suceder *abintestato* adoptado por las leyes romanas, de que voy á dar una noticia muy sucinta, para poner á mi lector en estado de comparar el sistema de la legislacion romana con el de nuestro autor, y conocer la conformidad y las diferencias entre ellos.

Las leyes de las doce tablas, primer código conocido de los romanos, llamaban en primer lugar á la sucesion de un intestado á los *suyos herederos*: daban el nombre de herederos *suyos* á los hijos y descendientes que estaban bajo la potestad del difunto, de modo que el hijo natural emancipado no era heredero *suyo* del padre, y lo era el hijo adoptivo. Despues de los *suyos herederos* eran llamados los agnados, ó parientes por varon, y á falta de estos, la herencia se decia caduca, y se aplicaba al fisco, de manera que todos los cognados ó parientes por hembra eran escludidos de la sucesion legítima. Las leyes posteriores corrigieron esta jurisprudencia en varias épocas, y al fin Justiniano en la novela 118 ordenó que en primer lugar sucediesen los descendientes; en segundo los ascendientes, y en tercero los colaterales sin distincion de sexos, esto es, sin la antigua diferencia entre los agnados y los cognados, prefiriendo los parientes mas cercanos á los mas remotos; y si el difunto deja hijos vivos, y nietos de un hijo ya muerto, éstos suceden por troncos y no por cabezas, representan á su padre, ocupan el lugar de él, y parten entre todos la porcion

de la herencia que hubiera tenido su padre si viviera.

El primer art. del proyecto de ley de nuestro autor es en todo conforme al derecho novísimo de los romanos; pero el 2.º y 3.º son muy diferentes. Después de la muerte del marido, dice el art. 2.º del proyecto, la viuda conservará la mitad de los bienes comunes, si no se pacta otra cosa en el contrato matrimonial. Esta disposición es evidentemente justa en aquellos países donde por el contrato de matrimonio se hace una masa común de los bienes del marido y de la mujer, contrayéndose entre ellos una sociedad, cuyo capital y ganancia, si la hubiese, corresponde por mitad á los dos socios: entonces la mujer, conservando la mitad de la sucesión de su marido, nada hereda en realidad de éste, y no hace mas que conservar lo que es suyo; pero donde como en España, no se comunican los bienes de los esposos, no sería tan justo que la mujer conservase mas que sus bienes dotales, y tomase la mitad de los gananciales si los hubiese. La dote en tal caso debe considerarse como la deuda mas sagrada del marido, y los hijos solamente habrán lo que quede en la sucesión después de pagada la dote; pues por herencia no se entiende mas que el residuo de los bienes del difunto, deducidas sus deudas. Sin embargo en el caso de que una mujer se hubiese casado sin dote con un marido que tuviese bienes, podría dejarse á la viuda el usufructo solamente de los bienes hereditarios, mientras guardaba viudedad, de manera que si contraía segundo matrimonio, la propiedad íntegra se conservase á los hijos del primero; porque no sería justo que los del segundo heredasen de un hombre con quien ninguna relacion de parentesco tenían, y cuya voluntad no podia presumirse fuese que le heredasen unas personas extrañas en perjuicio de sus hijos: ya hemos dicho que la ley en la distribución de la sucesión *abintestato*, debe

seguir la voluntad presumida del difunto. Claro está que la herencia del padre debe partirse igualmente entre todos los hijos : todos tienen un derecho igual.

Las leyes romanas disponen lo mismo que expresa el art. 4.º del proyecto de Bentham ; pero no por las razones que éste expone , sino porque los nietos suceden al abuelo en representacion de su padre , cuyos derechos han heredado ; distan un grado mas del difunto que los hijos de éste ; y como por el grado de parentesco debe calcularse el grado del afecto , pues que no hay otra regla , aunque ésta no sea infalible , no es de presumir que la voluntad del difunto fuese que cada uno de sus nietos heredase una porcion igual á la de cada uno de sus hijos. Prevenir la pena de la esperanza engañada , no me parece una buena razon ; porque si la ley ordenára que la sucesion se partiese igualmente entre los hijos y nietos del difunto , la esperanza no podría concebirse sino conforme á la ley , y no sería por consiguiente engañada por la egecucion de la ley. La 2.ª razon que alega Bentham me parece mejor.

Art. 5.º Sino tienes descendientes , tus bienes irán en comun á tu padre y á tu madre.

Tambien en este artículo de su proyecto siguió Bentham la disposicion del derecho romano , que es la mas justa , como ya hemos probado ; pero lo que no me parece justo es , que si el padre ó la madre hubiese muerto , su parte pase á sus descendientes y no á la madre ó al padre que sobrevive , como lo expresa el art. 6.º Esto se prueba hasta la evidencia de que son susceptibles estas materias , por todas las razones que el mismo Bentham expone para probar que el padre y la madre deben ser preferidos en la sucesion de un hijo á los hermanos y hermanas de éste : parentesco mas cercano , que hace presumir un afecto mas grande : premio por

los servicios hechos al hijo difunto ; ó por decirlo mejor , indemnizacion por los cuidados y gastos de la educacion. Cualquiera ve que estas razones son igualmente aplicables al padre y á la madre juntos , que á uno solo de ellos ; porque supongamos que el padre haya muerto antes que el hijo de cuya sucesion se trata , ¿ puede dudarse que la madre que sobrevive es pariente mas próximo de el hijo difunto que los descendientes del marido de cualquiera grado que sean ? y por otra parte , no menos á la madre que al padre , se debe una recompensa , ó una indemnizacion por los cuidados y gastos de la educacion. Dar pues la porcion del padre difunto á sus descendientes en perjuicio de su viuda , sería obrar contra la voluntad verosimil ó presumida del hijo difunto , del cual debe pensarse que amaba mas á su madre que á sus hermanos y sobrinos , descendientes de su padre , supuesto que no puede haber otra regla para juzgar de la superioridad del afecto que la proximidad del parentesco. Segun esto , lo que Bentham dice en el artículo 7.º de su proyecto de ley que debe hacerse , cuando el padre difunto no ha dejado descendientes , en cuyo caso pasa la sucesion entera del hijo á la madre sobreviviente , deberá tambien hacerse por identidad de razon , aun cuando el padre haya dejado descendientes , bien sea pobre la sucesion ó bien sea opulenta.

Hemos dicho que por las leyes romanas á falta de ascendientes y descendientes suceden los parientes colaterales. Lo mismo dispone el art. 8.º de la ley proyectada por mi autor : pues los descendientes de mi padre y de mi madre , no pueden dejar de ser mis parientes colaterales , hermanos y sobrinos de todos grados ; pero de modo , dice el art. 9.º que la parte del medio pariente , esto es , del pariente por parte de padre ó de madre solamente ; no sea mas que la mitad de la parte del pariente entero , es decir , del pariente por parte de padre y madre : la porcion del hermano uterino será la mitad

menos que la del hermano germano. Esto es conforme á la voluntad presumida del hermano difunto ; porque debe creerse que amó mas á su hermano germano con quien estaba ligado por dos vínculos, que al hermano uterino con quien le unia un solo vínculo. Bentham no espresa hasta qué grado debe estenderse la sucesion en la línea colateral ó transversal descendiente ; pero por lo que dice en el art. 10 puede pensarse que quiso que en esta línea se extendiese la sucesion indefinidamente , aprobando tambien en este punto la disposicion del derecho romano novísimo.

El artículo 11. escluye de la sucesion á los parientes colaterales en la línea ascendiente: pues dice, que á falta de parientes en los grados dichos, esto es, de descendientes y ascendientes en línea recta , y de colaterales en la línea descendiente, la sucesion se aplicará al fisco; pero con condicion (añade el artículo 12.º) de distribuir los intereses en forma de renta vitalicia, y por porciones iguales entre todos los parientes colaterales en línea ascendiente de cualquiera grado que sean. Aquí se aparta Bentham del derecho romano, y como mas de una vez le sucede en tales casos, el derecho romano es el que tiene razon : ¿ por qué razon podrá suceder el fisco ? Bentham ninguna nos da , y á lo menos no podrá fundarse en la voluntad presumida del difunto, que es la única que debe dirigir al legislador en la distribucion de las sucesiones *abintestato*; porque no es de creer que el difunto amase mas al fisco con quien ningun parentesco tenia , que á sus parientes de cualquiera grado y línea que fuesen ; y por otra parte ¿ qué provecho tendria el fisco en estas sucesiones ? Él no podria administrar por su cuenta los bienes específicos; porque estas administraciones siempre son ruinosas, como lo ha demostrado Smith , citado por nuestro autor ; y si se hacian vender en pública subasta, como se dice en el artículo 15 del proyecto , prescindiendo de las colusiones y

fraudes inseparables de estos actos cuando se hacen en nombre del fisco, siempre sería necesario administrar los bienes por el fisco mientras se vendian, y seguramente nada ganarian en esta administracion interina. Asi se disminuiria notablemente el capital, y unos bienes que podrian hacer la fortuna y bienestar de muchas familias útiles, apenas harian mas rico al fisco.

Aqui el sábio Bentham ha olvidado su gran principio de la utilidad. Ademas, yo no veo en qué regla de justicia puede apoyarse que las rentas que pague el fisco por estas sucesiones sean vitalicias: ¿por qué la renta vacante por la muerte de uno de los rentistas no habria de acrecer á los otros, ó por qué no pasaria á sus herederos legítimos, supuesto que tambien estos serian parientes aunque en grado mas remoto del hombre, de cuya sucesion se habia el fisco apoderado? Tampoco me parece que hay razon para que la renta que pague el fisco se distribuya igualmente entre todos los colaterales ascendientes sin alguna consideracion al grado; porque si en las sucesiones legítimas ha de seguirse el afecto verosímil ó presumido del difunto por sus parientes, es de creer que ama mas á sus parientes los mas inmediatos que á los mas remotos, mas á su tio, que al padre, abuelo, ó tio de su tio. Bentham mismo conociendo sin duda la flaqueza de esta parte de su ley, no la da como buena en este punto para todos los paises, y advierte que el deberla admitir ó desechar depende del estado del pais con respecto á los impuestos: observacion que no sé cómo ha podido salir de una cabeza tan filosófica y tan bien organizada como la de Bentham. ¡Cómo! ¡La justicia intrínseca de una ley sobre las sucesiones depende del estado de las arcas del fisco! Si éste se ve en necesidad, ¿podrá apoderarse del patrimonio de una familia en vez de recurrir á contribuciones generalés? Si hoy se permite al fisco que se apodere de las sucesiones que recaen en colaterales, mañana por la misma razon de sus

necesidades (y ya se sabe que las necesidades del fisco son insaciables) se apoderará de las sucesiones en línea ascendiente directa, y no tardará en declararse heredero universal de todos los que mueran sin testamento. ¿Es este el respeto á la propiedad que tanto nos predica Bentham?

La facultad de testar, nos dice en otra parte nuestro autor, puede corregir las imperfecciones de esta ley; pero la facultad de testar es nula para el que no puede hacer uso de ella, ó porque no ha llegado á la edad en que permite la ley hacer testamento, ó porque ha sido prevenido por una muerte inesperada, ó por cualquiera otro estorbo insuperable, que son los casos mas ordinarios, porque se verá muy rara vez, si se ve alguna, que una persona que tiene bienes de qué disponer, y puede hacer testamento deje de hacerlo.

Se ve bien que la ley de Bentham en la parte de que acabamos de hablar es una ley puramente fiscal, y se resiente mucho de esta calidad; porque las leyes del fisco no suelen ser demasiado escrupulosas en la observancia de los principios de la justicia. Dejemos pues, sentado que el fisco solamente puede suceder por la nacion al ciudadano que muere intestado, cuando no deje pariente alguno de cualquiera línea y grado que sea.

Los demas artículos del proyecto de ley que estoy examinando tratan del modo de partir y administrar la herencia. En todo esto harán los herederos lo que convenga á sus intereses; porque puede importarles mas conservar los bienes específicos, que venderlos en subasta ó de otro modo. No es verdad que éste sea el único modo de prevenir la comunidad de bienes, con tal que cada heredero tenga la accion que las leyes romanas llaman *familiæ erciscundæ* para pedir y obtener la particion de la herencia; y si quieren permanecer en comunidad de ella; ¿por qué no han de poder hacerlo? Solamente las comunidades forzadas son las que debe evitar

la ley por las discordias y alteraciones que producen, y porque los bienes comunes son ordinariamente menos cuidados que las propiedades particulares: las sociedades voluntarias como las de comercio deben al contrario ser protegidas como imagenes de la fraternidad.

No quiero dejar de aprovechar la ocasion; por lo mismo que se ofrece muy raras veces, de hacer un justo elogio de la legislacion de mi pais en este punto: las leyes de España prohiben á los jueces mezclarse en las particiones de las herencias, á no ser que sean interpellados por alguno de los interesados, ó que haya alguno ausente, ó menor que no tenga quien le represente. Todo lo hacen por sí los herederos, y si se presenta algun punto en que no pueden convenirse, mas ordinariamente recurren á un árbitro que á un juez. Esta ley es admirable; antes de ella los jueces, escribanos, abogados y procuradores se aplicaban una buena parte de las herencias legítimas, ú *abintestato*.

CAPITULO IV.

De los testamentos.

1.º **N**o conociendo la ley á los individuos, no podria acomodarse á la diversidad de sus necesidades. Lo mas que puede exigirse de ella es que ofrezca la mayor probabilidad posible de que es conforme á estas necesidades. Toca á cada propietario que puede y debe conocer las circunstancias en que se hallarán despues de su muerte las personas que dependen de él; toca, digo, á cada propietario corregir las imperfecciones de la ley, en las cosas que ella no ha podido preveer. La facultad de testar es un instrumento que se pone en las manos de los individuos para prevenir calamidades privadas.

2.º Puede tambien mirarse esta facultad como un instrumento de autoridad que se confia á los individuos

para fomentar la virtud y reprimir el vicio en el seno de las familias. Es verdad que el poder de este medio puede volverse en sentido contrario; pero por fortuna estos casos serán una excepcion. El interes de cada miembro de la familia es que la conducta de cada uno de los otros sea conforme á la virtud: esto es, á la utilidad general. Las pasiones pueden ocasionar algunos extravíos accidentales; pero la ley debe arreglarse al curso ordinario de las cosas. La virtud es el fondo dominante de la sociedad; y aun se ven padres viciosos que se muestran tan celosos como los otros de la honradez, y de la reputacion de sus hijos. Tal hombre poco escrupuloso en sus negocios sentiria muchísimo que su conducta secreta fuese conocida en su familia, y no deja de ser en medio de los suyos el apóstol de la providad de que necesita en los que le sirven. En esta parte puede la ley dar su confianza á todo propietario. Revestido éste del poder de testar, que es una rama de la legislacion penal y remuneratoria, puede ser mirado como un magistrado establecido para conservar el buen órden en el pequeño estado que se llama familia. Este magistrado puede sin duda prevaricar, y aun como no es contenido en el egercicio de su poder por la publicidad ni por la responsabilidad, estará mas expuesto al parecer á abusar de él, que un magistrado público; pero este peligro está mas que contrabalanceado por los vínculos de interes y de afecto, que ponen sus inclinaciones de acuerdo con sus deberes. Su afecto natural á sus hijos, ó á sus parientes, es una prenda de su buena conducta, que da tanta seguridad como se puede tener en la de un magistrado político; de manera que considerado todo, la autoridad de este magistrado sin nombramiento, ademas de ser absolutamente necesaria para los hijos menores, será mas veces saludable que perniciosa para los adultos mismos.

3.º El derecho de testar es útil tambien por otro

respeto; porque es un medio de gobernar con el carácter de señor, no por el bien de los que obedecen como en el art. antecedente, sino por el bien del que manda. De este modo el poder de la generacion presente, se estiende sobre una porcion de lo futuro, y se dobla en cierto modo la riqueza de cada propietario; porque por medio de una asignacion para un tiempo en que ya él no existirá, se procura una infinidad de ventajas superiores á sus facultades actuales. — Continuando mas allá del término de la menor edad la sumision de los hijos, se aumenta el desquite ó indemnizacion de los cuidados paternos, y se da al padre una seguridad mas contra su ingratitude; y aunque fuera muy agradable pensar que estas precauciones son superfluas, sin embargo si se consideran las enfermedades de la vejez, se verá que conviene dejarla todas estas atracciones facticias, para que la sirvan de contrapesos. En el descenso rápido de la vida se la deben proporcionar todos sus apoyos, y no es inútil que el interes sirva de consejero á la obligacion.

La ingratitude de los hijos y el desprecio á la vejez, no son vicios muy comunes en las sociedades civilizadas; pero debe tenerse presente que en todas partes existe poco mas ó menos el poder de testar: ¿son estos vicios mas frecuentes donde este poder es mas limitado? Para decidir esta cuestion convendria observar lo que pasa en las familias pobres donde hay poco que dejar; pero aun este modo de juzgar seria defectuoso; porque la influencia de este poder que las leyes han establecido en la sociedad, contribuye á formar las costumbres generales, y despues las costumbres generales determinan los sentimientos de los individuos. Este poder dado á los padres hace mas respetable la autoridad paterna, y algun padre que por su indigencia no puede egercerlo, se aprovecha sin advertirlo del hábito general de sumision que aquel poder ha producido. Sin embargo debe cuidarse

de que haciendo á un padre un magistrado no se haga de él un tirano. Si los hijos pueden tener faltas, el padre puede igualmente tener las suyas, y aunque se le dé el poder de corregirlos y castigarlos, no se le debe autorizar para hacerlos morir de hambre. Asi la institucion de lo que en Francia se llama una legítima, es un medio conveniente entre la anarquía doméstica y la tiranía. Aun esta legítima deberia el padre poder quitarla á los hijos, pero solamente por una causa señalada expresamente en la ley, y probada judicialmente.

Aqui se presenta otra cuestion, ¿tendrá un propietario el derecho de dejar sus bienes á quien le parezca sea á parientes remotos, sea á personas extrañas á falta de herederos naturales? — En este caso el recurso fiscal de que hemos hablado en el art. de las sucesiones quedaria bien disminuido, y solo se verificaria en los intestados. — En este punto hay razones de utilidad por uno y otro lado, pero podria tomarse un medio.

Por una parte, un hombre que no tiene parientes tiene necesidad de los servicios de personas extrañas, y su afecto á ellas, es casi el mismo. Conviene que pueda cultivar la esperanza, y recompensar el cuidado de un criado fiel, y mitigar los pesares de un amigo que ha envejecido á su lado, sin hablar de una muger á la cual solamente há faltado una ceremonia para ser llamada su viuda, y de unos huérfanos que son sus hijos á los ojos de todo el mundo, menos á los del legislador.

Por otra parte, si por aumentar la herencia del tesoro público se priva al propietario del poder de dejar sus bienes á sus amigos ¿no se le fuerza á gastarlos todos él mismo? Si se le impide disponer de su caudal en el momento de su muerte, se le da una gran tentacion á convertirlo en rentas vitalicias. Esto es estimularle á ser dissipador, y casi hacer una ley contra la economía.

Estas razones son preferibles sin duda al interes fiscal. Convendria á lo menos dejar al propietario que no

tiene parientes cercanos el derecho de disponer de la mitad de sus bienes para despues de su muerte, reservando la otra mitad al público. Contentarse con menos sería tal vez en este caso el medio de conseguir mas, pero aun es mejor no tocar al principio que permite á todos disponer de sus bienes para despues de sus dias, y no crear una clase de propietarios que se mirarian como inferiores á los otros por esta impotencia legal que comprendia la mitad de sus bienes.

Debe aplicarse á los testamentos todo lo que queda dicho de las enagenaciones entre vivos. En la mayor parte de los puntos nos instruiremos por la conformidad, y algunas veces por el contraste.

Las mismas causas de nulidad que se aplican á las enagenaciones entre vivos, se aplican á los testamentos, excepto que en lugar de la reticencia indebida de parte del enagenante, debe substituirse la *suposición errónea* de parte del testador. He aqui un egemplo. Yo lego una cierta propiedad á Ticio que se ha casado con mi hija, teniendo por legítimo este matrimonio, é ignorando la mala fe de Ticio que antes de casarse con mi hija se habia casado con otra que vive todavia.

Los testamentos estan espuestos á un dilema que por ambos lados presenta inconvenientes: si se admite su validacion cuando estan hechos estando el testador próximo á morir, estan espuestos á la coercicion indebida y al fraude, y si se exigen formalidades incompatibles con esta indulgencia, se expone á los testadores á verse privados de socorros en el momento en que mas los necesitaban. Unos herederos bárbaros pueden atormentarlos para apresurar ó asegurar el provecho de un testamento otorgado con todas las formalidades. Un moribundo que ya nada tiene que dar ni quitar, no es ya de temer.— Para reducir estos riesgos opuestos al menor término sería preciso entrar en muchos pormenores.

COMENTARIO.

Hay grandes y acaloradas disputas entre los romanistas, sobre si la facultad de testar viene del derecho de gentes primario, que es el mismo que llaman tambien derecho natural secundario para distinguirlo de aquel otro derecho natural, que la naturaleza, segun dicen los jurisconsultos romanos, enseña á todos los animales; ó debe únicamente su origen al derecho positivo ó civil. Para nosotros que no conocemos otras leyes que las positivas esta disputa es ridicula. El mas célebre de los comentadores de las instituciones de Justiniano, Arnaldo-Winio tomó en esta contienda un partido medio, defendiendo que el testamento en su sustancia y origen es de derecho natural, y en sus formas, de derecho civil; y despues de sostener su opinion con cuantos argumentos pudieron sugerirle su filosofia y su erudicion, cita á Tácito que asegura que los antiguos germanos no conocieron el uso de los testamentos. Heinecio, editor y comentador de la obra de Winio, añade al ejemplo de los germanos, los de otros muchos pueblos antiguos y modernos, cultos y salvages, que tampoco conocieron la facultad de testar. Los Atenenses antes de Solon, y los romanos antes de los decemviros, que de Atenas y de otros pueblos de la Grecia llevaron á Roma las leyes de las doce tablas, tampoco testaban; ¿pues cómo puede decirse que viene de la ley natural comun á todos los hombres un uso desconocido de tantos pueblos?

El hombre pues debe á las leyes positivas la facultad de disponer de sus bienes para despues de su muerte: lo que resta averiguar es si las leyes que conceden esta facultad son conformes ó contrarias al principio de la utilidad; ó en otros términos, si el derecho de testar es útil ó pernicioso. Si se habla del testador en particular, parece á primera vista que le es muy ventajoso este de-

recho por las razones que con tanta claridad expone nuestro autor; pero si se habla de la utilidad general, la cosa parecerá á lo menos dudosa al que observe el abuso que se hace muy ordinariamente de la facultad de testar, y las contiendas, enemistades, odios, rencores y pleitos tenaces y ruinosos que nacen de los testamentos. Las leyes de casi todos los pueblos los sujetan á tantas y tan sutiles y menudas formalidades, que no es muy fácil dejar de faltar á alguna; y así apenas se presentan algunos testamentos que no puedan ser atacados en justicia, principalmente por los hombres astutos y versados en las cabilidades y embrollos del foro. Tantos monasterios, tantas otras fundaciones absurdas, destinadas á fomentar la holgazanería y la mendicidad, y por consiguiente el delito, las riquezas inmensas del clero católico con inclusion de las de su gefe: los mayorazgos, enemigos de la prosperidad pública, todos estos bienes y otros muchos de la misma clase debe la sociedad al derecho de testar; y en general, ¿cuán fácil no es abusar de los últimos momentos de un moribundo para arrancarle un testamento contrario á los intereses del público? un celibato rico vive cercado de lazos que le ponen los odiosos astutos, y es casi necesario un milagro para que no caiga en ellos.

No me parece que estos inconvenientes son bien compensados por las ventajas que puede sacar un propietario, de que las leyes degen en sus manos medios de recompensar á las personas que le sirvan: el viejo rico podrá pagar actualmente los servicios que reciba, y no será mas mal servido por criados asalariados que por personas que le sirvan con la mira de heredarle: al contrario, estas personas luego que han arrancado al viejo el testamento que deseaban, ya tienen un interes en que cuanto antes muera, para que no pueda mudar de voluntad, y para librarse de una carga que ya debe serles muy pesada; en vez de que unos criados bien trata-

dos y bien pagados tienen un interes visible en prolongar la vida de su amo; y el viejo pobre nada ganará por la facultad de testar, y tan abandonado se verá con ella como sino la tuviera; fuera de que para premiar algunos servicios señalados bastaria que la ley dejase al hombre la facultad de disponer de una parte de sus bienes, de la cuarta por ejemplo, y no de todos. Parece que el legislador, libre de pasiones é inaccesible á la seducción, podria disponer de estos bienes con mas juicio, y con mas provecho que un individuo que tiene intereses particulares, contrarios á veces al interes comun, y que tan facilmente puede ser seducido ó arrastrado por una pasion injusta.

Se dirá acaso que si el hombre no pudiera disponer de sus bienes para despues de su muerte, los gastaría en vida, convirtiendo sus capitales en rentas vitalicias; pero prescindiendo de que no está probado que esto fuese un mal si el testador no tenia parientes próximos, el temor sería nulo en el hombre que tuviese hijos, padres ú otros parientes inmediatos, á quienes sabia que la ley aplicaba sus bienes; porque suponemos que la sucesion legitima ó *abintestato* sería arreglada segun los principios que dejamos sentados en el capítulo anterior. En esta suposicion es de creer que procurase conservar sus bienes para unas personas amadas, y si á pesar de su afecto se entregaba á la disipacion, la facultad libre de testar no le haria seguramente mas económico, y le haria tal vez injusto con sus parientes.

Para contener á sus hijos en la sumision y el respeto, y premiar el mérito sobresaliente de alguno de ellos, bastaria que la ley permitiese al padre disponer de la cuarta parte de sus bienes en favor del benemérito; y aun de esta facultad se abusaria frecuentemente como se abusa con efecto en los países donde las leyes la conceden generalmente: los primogénitos son los mejorados, y muy pocos son los padres que consideran en estas

mejoras el mérito comparativo de sus hijos.

Si esto no se creia bastante para dar á la autoridad paterna toda la fuerza, toda la influencia, y toda la consideracion conveniente, la facultad de privar de su porcion á un hijo ingrato ó de costumbres depravadas, llenaria perfectamente este objeto; pero para que este derecho no se convirtiese en tirania, el padre no podria hacer uso de él sino por causas determinadas expresamente en la ley. En Aragon puede un padre dejar todos sus bienes á un hijo, y exheredar á los demas sin causa legitima; y no por eso se observa que los hijos sean alli mas sumisos y respetuosos á sus padres, y de mejores costumbres que en Castilla, donde es desconocida esta facultad absurda; y lo mas que el padre puede hacer es mejorar á uno de sus hijos en el tercio y quinto de sus bienes. En Aragon si el padre tiene hijos de dos matrimonios, regularmente los del primero son desheredados; porque la madrastra trabaja por los suyos, y el padre mismo se inclina mas á los hijos, cuya madre ve á cada momento, que le cuida en sus males, le consuela en sus aflicciones, y le hace la vida agradable ó menos penosa. Una reforma es absolutamente necesaria en ésta parte de la legislacion aragonesa: ó es necesario prohibir el segundo matrimonio habiendo hijos del primero, ó abolir la facultad de desheredar sin causa.

Apenas me atrevó á manifestar mi opinion sobre este punto importantísimo de legislacion: ¿no me tendrá el lector por demasiado inmodesto y atrevido si le digo que no pienso como Bentham y otros grandes hombres sobre las ponderadas ventajas del derecho de testar? Sin embargo, no puedo decirle otra cosa sin hacer traicion á mi opinion. Yo he leído, no me acuerdo donde, que los décemviros pensaban como yo; pero que no atreviéndose á privar á los vandidos ciudadanos de Roma de la libertad en que estaban de disponer de sus bienes para despues de su muerte, consagraron esta li-

bertad en las leyes de las doce tablas; pero al mismo tiempo estaban en aquella época sujetos los testamentos á tales y tantas fórmulas y solemnidades que apenas era posible hacer un testamento válido; y casi siempre se sucedia segun la ley ó *abintestato*.

Aun recibida por las leyes la facultad de testar nunca debe ser tan extendida como la que el derecho de decenviral concedió á los romanos: *uti pater familias legasset super familiæ, pecuniæ vesuæ ita jus esto*. Esto era hacer de cada padre de familia un tirano que no reconocia otra ley que su pasion ó su capricho, lo que no puede ser conforme al principio de la utilidad. Asi las leyes romanas mas nuevas limitaron esta libertad con el establecimiento de la legítima, de que el padre no podia privar á su hijo sino por uno de los motivos espresamente señalados en la ley; y la legislacion de los mas de los pueblos modernos ha seguido en esta parte á la romana. Las leyes de España me parecen llenas de justicia y sabiduria en este punto: permiten al padre de familia disponer de la quinta parte de sus bienes como quiera, y asi le dan medios de recompensar á personas extrañas que le hayan hecho algunos servicios; ó de hacer bien á las que ame particularmente: le autorizan tambien para mejorar á uno de sus hijos en el tercio de sus bienes, y el resto es lo que se llama legítima que se parte igualmente entre todos los hijos. El testador que no tiene descendientes ni ascendientes en línea directa, que son los únicos herederos necesarios, puede disponer de sus bienes á favor de la persona que le parezca, y estas son las únicas herencias que me parece podrian gravarse sin inconveniente ni violencia con una contribucion razonable.

El testamento no debe estar sujeto á otras formalidades que las necesarias para que racionalmente se crea que lo que expresa fue la voluntad libre del testador.

La legislacion francesa me parece muy digna de ser

imitada en este punto: el testamento ológrafo, muy semejante al testamento militar de los romanos, es válido con solo que esté escrito todo y firmado por el testador con expresion de la fecha; y si el testador prefriere hacer su testamento de un modo mas público y auténtico, la presencia de dos escribanos y dos testigos, ó de un escribano y cuatro testigos hábiles, basta para la validacion y firmeza del acto, que supuesta la facultad de testar no debe recargarse de solemnidades que dificulten el egercicio de ella, y den motivo á cuestiones y pleitos.

CAPITULO V.

Derechos sobre servicios. — Medios de adquirirlos.

Despues de las cosas resta distribuir los servicios, especie de bien que se confunde á veces con las cosas, y á veces se presenta bajo una forma distinta.

¿Cuántas especies hay de servicios? Tantas, cuantos medios hay de poder el hombre ser útil al hombre, ya sea procurándole algun bien, ó ya sea preservándole de algun mal.

En este cambio de servicios que constituye el comercio social, unos son libres, y otros son forzados; los que la ley exige constituyen derechos y obligaciones; porque si yo tengo *derechos* á los servicios de otro, este otro está en un estado de obligacion con respecto á mí; estos dos términos son correlativos.

En su origen todos los servicios han sido libres; y solamente por grados han intervenido en ellos las leyes para convertir los mas importantes en derechos positivos. Asi es como la institucion del matrimonio ha convertido en obligaciones legales la union antes voluntaria entre el hombre y la muger, entre el padre y los hijos, y del mismo modo en ciertos estados la ley ha

convertido en obligacion el sustento de los pobres, deber que aun está en una libertad indefinida en la mayor parte de las naciones. Estos deberes *politicos* son respecto á los deberes puramente *sociales*, lo que son en un vasto término comun unos cercados particulares donde se cuida una cierta especie de cultura con precauciones que aseguran el buen éxito: la misma planta podria crecer en el terreno comun abierto, y aun ser protegida por ciertas convenciones; pero siempre estaria expuesta á mas hazares que en el cercado particular trazado por la ley, y asegurada por la fuerza pública.

Sin embargo, por mas que haga el legislador no podrá disponer sobre un gran número de servicios, que no es posible ordenar, porque no es posible definirlos, ó tambien porque la fuerza mudaria su naturaleza y haria de ellos un mal. Para castigar la violacion sería necesario un aparato de investigaciones y de penas que llenaria de terror á la sociedad. Por otra parte la ley no conoce los obstáculos verdaderos: no puede poner en actividad las fuerzas ocultas, no puede crear aquella energía, aquella sobreabundancia de celo, que supera las dificultades, y va mil veces mas lejos que las órdenes.

Pero la imperfeccion de la ley en este punto se corrige por una especie de ley suplementaria, es decir, por el código moral ó social; código que no está escrito, que está todo entero en la opinion, en las costumbres, en los hábitos, y que empieza donde acaba el código legislativo. Los deberes que este código prescribe, los servicios que impone bajo los nombres de equidad, de patriotismo, de valor, de humanidad, de generosidad, de honor, de desinterés, no toman su fuerza directamente de las leyes, sino que la derivan de otras sanciones que les prestan penas y recompensas. Como los deberes de este código secundario no tienen el sello de la ley, el cumplimiento de ellos es mas brillante y mas meritorio, y

este exceso en honor compensa felizmente su déficit en fuerza real. — Después de esta digresion sobre la moral, volvamos á la legislacion.

La especie de servicios que figura mas eminentemente, consiste en disponer de algun bien en favor de otro.

La especie de bien que hace el primer papel en una sociedad civilizada, es el dinero, prenda representativa casi universal. De este modo la consideracion de los *servicios* se comprende frecuentemente en la de las cosas.

Hay casos en que se debe exigir el servicio por la utilidad del que manda: tal es el estado de señor con respecto al criado.

Hay otros casos en que es necesario exigir el servicio por la utilidad del que obedece: tal es el estado de pupilo con respecto al tutor. Estos dos estados correlativos son la base de todos los otros, y sus derechos son los elementos de que se componen todos los otros estados.

El padre debe ser en ciertos puntos el tutor, y en otros el señor del hijo. — El marido debe ser en ciertos puntos el tutor de la muger, y en otros el señor.

Estos estados son capaces de una duracion constante é indefinida, y forman la sociedad doméstica: en otra parte se tratará de los derechos que conviene aplicarles. Los servicios públicos del magistrado y del ciudadano, constituyen otras clases de obligaciones, cuyo establecimiento pertenece al código constitucional; pero ademas de estas relaciones constantes, hay otras pasajeras y ocasionales en que la ley puede exigir algunos servicios de un individuo en favor de otro.

Pueden reducirse á tres artículos los medios de adquirir los derechos sobre los servicios, ó en otros términos las causas que determinan al legislador á crear algunas obligaciones: 1.º *necesidad superior*: 2.º *servicio anterior*: 3.º *pacto ó convencion*. Hablaremos en particular de cada uno de estos artículos.

1.º *Necesidad superior.*

Es decir: *necesidad de recibir el servicio, superior al inconveniente de hacerlo.*

Todo individuo tiene por ocupacion constante el cuidado de su bienestar; ocupacion, no menos legítima que necesaria; porque supongamos que pudiese trastornarse este principio, y dar al amor de otro el ascendiente sobre el amor á sí mismo; de esto resultaria la disposicion mas ridícula y mas funesta; pero sin embargo hay muchas ocasiones en que se puede hacer una adicion considerable al bienestar de otro, por un sacrificio ligero y casi imperceptible del suyo propio. Hacer en esta circunstancia lo que depende de nosotros para prevenir el mal que ya á caer sobre otro, es un servicio que la ley puede exigir; y la omision de este servicio en los casos en que la ley ha tenido por conveniente exigirlo, formaria una especie de delito que puede llamarse *delito negativo*, para distinguirle de *el delito positivo*, que consiste en ser uno mismo la causa instrumental de un mal.

Pero emplear sus esfuerzos por ligeros que sean puede ser un mal: ser forzado á emplearlos, es ciertamente un mal, porque toda violencia es un mal. Asi para exigir de tí algun servicio en mi favor, es menester que el mal de no recibirlo sea tan grande, y el mal de hacerle tan pequeño, que no se deba temer causar el uno, por evitar el otro. = No hay algun medio de fijar en cuanto á esto limites exactos, y es preciso remitirse á las circunstancias de las partes interesadas, dejando al juez el cuidado de pronunciar sobre los casos individuales á medida que se presenten.

El buen Samaritano, socorriendo al viagero herido le salvó la vida: ésta era sin duda una bella accion, un

rasgo de virtud ; digamos mas , un deber moral ¿ pero se hubiera podido hacer de esta accion un deber político? ¿ se hubiera podido mandar un acto de esta naturaleza por una ley general? No; á no ser que se hubiera mitigado con excepciones, mas ó menos vagas: se debería ciertamente dispensar en este caso, por ejemplo, de la observancia de la ley á un cirujano, que muchos heridos esperan en una necesidad extrema, = á un oficial que marcha á su puesto para rechazar al enemigo, = á un padre de familia que va á socorrer á uno de sus hijos que se halla en gran peligro.

Este principio de *necesidad superior* es la base de muchas obligaciones. Los deberes que se exigen del padre en favor de sus hijos pueden ser gravosos para él; pero este mal es nada en comparacion del que resultaria de abandonarlos. El deber de defender al estado puede ser aun mas gravoso; pero si el estado no es defendido no puede existir: que no se paguen las contribuciones, y el gobierno queda disuelto: que no se egerzan las funciones públicas, y se abre la carrera á todas las desdichas y á todos los delitos.

Se entiende que la obligacion de hacer el servicio cae sobre un individuo determinado por razon de su posicion particular, que le da mas que á otro, el poder ó la inclinacion de desempeñarlo. Por esto se elige para tutores de los huérfanos á parientes ó á amigos, á quienes este deber será menos gravoso que á un extraño.

2.º *Servicio anterior.*

Servicio hecho, por el cual se exige del que ha sacado el provecho de él, una indemnizacion, un desquite, un equivalente en favor del que ha sufrido la carga.

Aqui el objeto es mas sencillo, pues solamente se trata de evaluar un beneficio ya recibido, para señalarle

una indemnizacion proporcionada, y asi se debe dejar menos latitud á la discrecion del juez.

Un cirujano ha dado socorros á un enfermo que habia perdido el sentido, y no estaba en estado de reclamarlos. = Un depositario ha empleado su trabajo, ó ha hecho algunas anticipaciones pecuniarias por conservar un depósito sin que ésto se le haya pedido. = Un hombre se ha espuesto en un incendio por salvar algunos efectos preciosos ó librar algunas personas que estaban en peligro. = Los efectos de un particular han sido echados al mar para aligerar el navio y conservar el resto de la carga: en todos estos casos y otros mil que se podrian citar, deben las leyes asegurar una indemnizacion por premio del servicio.

Este título está fundado sobre las mejores razones: concédase la indemnizacion, y aun el que la paga habrá ganado; niéguese, y se deja en estado de pérdida al que ha hecho el servicio.

El reglamento sería menos provechoso para el que recibe la indemnizacion, que para todos los que pueden tener necesidad de servicios: es una promesa que se hace de antemano á todo hombre que pueda tener la facultad de hacer un servicio gravoso para él mismo, á fin de que su interes personal no se oponga á su benevolencia; ¿quién puede decir cuántos males se prevendrian con una precaucion semejante? ¿en cuántos casos el deber de la prudencia no puede detener legítimamente el deseo de la benevolencia? ¿no es propio de la sabiduria del legislador reconciliar estos dos deberes en cuanto es posible? Dicen que en Atenas era castigada la ingratitude como una infidelidad que perjudica al comercio de los beneficios, debilitando esta especie de crédito. Yo no propongo castigarla sino prevenirla en muchos casos: si el hombre á quien has hecho este servicio es un ingrato, no importa: la ley que no cuenta sobre las virtudes, te asegura una indemnizacion, y en las ocasiones esen-

ciales hará subir esta indemnizacion al nivel de la recompensa.

¡La recompensa! este es el verdadero medio de obtener los servicios: la pena en comparacion de él es un instrumento muy débil. Para castigar una omision de servicio es necesario asegurarse de que el individuo tenia el poder de hacerle, y no tenia excusa para dispensarse de él: todo esto exige un juicio difícil y dudoso: y por otra parte, si se obra por miedo de la pena no se hace mas que lo necesario absolutamente para evitarla; pero la esperanza de una recompensa anima las fuerzas ocultas, triunfa de los obstáculos reales, y produce prodigios de celo y de ardor en casos en que la amenaza no habria producido mas que repugnancia y abatimiento.

Para arreglar los intereses de las dos partes deberian tomarse tres precauciones: la 1.^a es estorbar que una generosidad hipócrita se convierta en tirania, y exija el precio de un servicio que no se hubiera querido recibir no haberlo creído desinteresado: la 2.^a es no autorizar á un celo mercenario á arrancar una recompensa por servicios que uno pudiera haberse hecho á sí mismo, ó conseguir de otro á menos costa: la 3.^a es no permitir que agravie á un hombre un monton de *socorredores*, á quienes no se podria indemnizar plenamente sin reemplazar con una pérdida toda la utilidad del servicio (1).

Bien se entiende, que el *servicio anterior* sirve de base justificativa para muchas clases de obligaciones. Él es el que funda los derechos de los padres sobre los hijos: cuando en el órden de la naturaleza, la fuerza de la edad madura ha sucedido á la flaqueza de la primera

(1) Se puede aplicar esto á la situacion de un rey restablecido en el trono de sus antepasados, como Enrique IV y Carlos II, á costa de sus fieles servidores: situacion desgraciada en que aun quedarían algunos descontentos, aunque se distribuyera por partes el reino reconquistado por sus esfuerzos.

edad, cesa la necesidad de recibir, y empieza la obligación de restituir; y esto es lo que igualmente funda el derecho de las mugeres en la duracion de la union, cuando el tiempo ha destruido los atractivos que habian sido los primeros móviles de ella.

Los establecimientos á costa del público para los que han servido al estado, se apoyan sobre el mismo principio. = Recompensa por los servicios pasados, medio de crear servicios futuros.

3.º Pacto ó convencion.

Es decir: *celebracion de promesa entre dos ó muchas personas, que hacen saber que la miran como legalmente obligatoria.*

Todo lo que hemos dicho á cerca del *consentimiento* en la disposicion de los bienes se aplica al *consentimiento* en la disposicion de los servicios: pues hay las mismas razones para sancionar esta disposicion que para sancionar la otra: el mismo axioma fundamental es: *toda enagenacion de servicios trae consigo una utilidad; porque nadie se obliga sino por un motivo de utilidad.*

Las mismas razones que anulan el consentimiento en un caso le anulan en el otro: reticencia indebida, fraude, coercicion, soborno, suposicion erronea de obligacion legal, suposicion erronea de valor, interdiccion, infancia, demencia, tendencia perniciosa de la egecucion del pacto, sin que sea por culpa de las partes contratantes (1).

No insistiremos mucho sobre las causas subsiguientes que producen la disolucion del pacto. 1.º *Cumplimiento.* 2.º *Compensacion.* 3.º *Remision espresa ó taci-*

(1) A este último artículo puede referirse la ley inglesa que declara nulo el matrimonio contraido por personas de la familia real sin consentimiento del rey.

ta. 4.º *Transcurso de tiempo.* 5.º *Imposibilidad física.* 6.º *Intervencion de inconveniente superior.* En todos estos casos dejan de existir las razones que han hecho sancionar el servicio; pero los dos últimos medios solamente recaen sobre el cumplimiento literal ó específico, y pueden dejar la necesidad de una indemnizacion. Si en un pacto recíproco, uno de los interesados habia cumplido su parte; ó aunque solamente hubiera hecho mas que el otro, sería necesaria una compensacion para restablecer el equilibrio.

Yo solo trato de mostrar los principios sin llegar á los pormenores. Las disposiciones deben necesariamente variar, para que correspondan á la diversidad de las circunstancias; pero si se comprehende bien un corto número de reglas, estas disposiciones particulares no se cruzarán, y todas serán dirigidas por el mismo espíritu. Estas reglas parecen tan sencillas que no necesitan de grandes esplicaciones.

1.ª Evitar el producir la pena de esperanza engañada.

2.ª Cuando una porcion de este mal es inevitable, minorarlo cuanto sea posible, repartiendo la pérdida entre las partes interesadas con proporcion á sus facultades.

3.ª Hacer de modo en la distribucion que la mayor parte de la pérdida recaiga sobre el que hubiera podido prevenir el mal aplicándose á ello, de modo que se castigue la negligencia.

4.ª Evitar sobre todo el producir un mal accidental mayor aun que el de esperanza engañada.

Observacion general.

Acabamos de fundar toda la teoría de las obligaciones sobre la base de la utilidad, y hemos cimentado este grande edificio sobre tres principios: *necesidad superior, servicio anterior, pacto ó convencion,* y *quién*.

creyera que para llegar á unas nociones tan sencillas y aun tan familiares, ha sido preciso abrirse un camino nuevo? Consultad á los maestros de la ciencia, los Gro-
tío, los Puffendorf, los Burlamaki, los Watel, al mismo Montésquieu, Lœcke, Rousseau, y la tropa de los comentadores: si quiéren subir al principio de las obligaciones, hablan de un derecho natural, de una ley anterior al hombre, de la ley divina, de la conciencia, de un contrato social, de un contrato tácito, *de un casi-contrato*, &c. &c. Bien sé que todos estos términos no son incompatibles con el verdadero principio; porque ninguno hay que á fuerza de esplicaciones mas ó menos largas, no pueda ser reducido á significar bienes y males; pero este modo oblicuo y torcido de espresarse indica la incertidumbre y la dificultad, y no da fin á las disputas.

No han visto estos maestros que el pacto, hablando rigorosamente, no es por sí mismo una razon, y que es necesaria una base, una razon primera é independiente. El pacto sirve para probar la existencia de la utilidad mútua de las partes contratantes. Esta razon de utilidad es la que hace su fuerza, y por ella se distinguen los casos en que el pacto debe ser confirmado ó anulado. Si el contrato fuera por sí mismo una razon, produciria siémpre el mismo efecto; si su tendencia perniciosa le hace nulo, luego su tendencia útil es la que le hace válido.

C Ó M E N T A R I O .

Hacer á un hombre un servicio, es hacer una cosa que le sea útil, ó impedir que se haga una que le sea perjudicial. Los servicios son ó forzados ó libres, forzados son los mandados por la ley, y libres los que únicamen-

te dependen de la voluntad del hombre. En el principio todos los servicios han sido libres; y no siendo posible que la ley los señale y los mande todos, porque son innumerables, ha tenido que contentarse con ordenar los mas importantes, abandonando los otros á la virtud y beneficencia de los individuos. La ley en esto se ha conformado con las circunstancias, y así hay servicios que son forzados en algunos paises, y libres en otros: socorrer á los pobres es un servicio forzado en Inglaterra, y libre en España.

Á los servicios corresponden los deberes que Bentham distingue en políticos y sociales: los políticos corresponden á los servicios forzados, y los sociales á los voluntarios ó libres. Otros dan á estos oficios ó deberes los nombres de perfectos é imperfectos; llaman perfecto al oficio ó deber cuyo cumplimiento puede exigirse en juicio; é imperfecto aquel cuya egecucion no puede demandarse judicialmente entre particulares, ni por medio de la guerra entre pueblos independientes.

La ley que ordena un servicio, da un derecho é impone una obligacion; estos dos términos *derecho y obligacion* son correlativos é inseparables: porque si yo tengo un derecho á que tú me hagas un servicio, tú tienes una obligacion á hacérmelo. En los servicios libres no hay verdaderamente derecho ni obligacion, pues que *todos los derechos y todas las obligaciones* vienen de la ley, y no pueden venir de otra parte. Así el que deja de hacer un servicio forzado comete una especie de delito negativo, y puede ser condenado á lo menos á una indemnizacion; pero el que deja de hacer un servicio libre será inhumano, será duro, será desapiadado; pero no comete un verdadero delito, y á nada puede ser condenado. Un ejemplo trivial explicará perfectamente esta doctrina.

Ticio se obliga por un contrato á ir á Roma por Sempronio, y luego se niega á ir: Sempronio puede

obligarle judicialmente á que haga el viage ó le indemnice de los daños y perjuicios que de no hacerlo se le siguen: la obligacion de Ticio es una obligacion política ó perfecta. Ticio halla á Sempronio caido en tierra y no le ayuda á levantarse: hallándose Sempronio perdido pregunta á Ticio por el camino de su lugar, y no se lo quiere indicar: Ticio es un hombre duro, insocial, inhumano, y desapiadado; pero ningun delito comete, y á nada puede ser condenado: la obligacion de Ticio era una obligacion social ó imperfecta.

Los derechos correspondientes ó correlativos á estas obligaciones son de la misma naturaleza que ellas: políticos ó perfectos que pueden egercerse en juicio; y sociales puramente, ó imperfectos que no dan accion judicial; y del mismo modo que las obligaciones sociales solo impropriamente se llaman obligaciones, los derechos sociales no son propiamente derechos, á no ser que digamos que estas obligaciones y estos derechos vienen de la ley natural, lo que nosotros no diremos aunque lo hayan dicho antes tantos hombres por otra parte grandes.

Bentham reduce á tres los medios de adquirir derechos á servicios: 1.º *necesidad superior*. El hombre está naturalmente obligado, dicen los jurisconsultos naturalistas, á hacer lo que aprovecha á otro, y á él no le daña; pero nosotros que no conocemos el derecho natural, solamente diremos que la ley puede imponerle la obligacion de hacer ciertos servicios de que apenas se puede seguir algun perjuicio al que los hace, y se procura un gran bien al que los recibe. La ley que ordena estos pequeños sacrificios es conforme al principio de la utilidad, porque aunque cause un mal, pues toda ley lo causa, el bien que produce es incomparablemente mayor, de manera, que deduciendo el mal del bien, la masa total de éste queda aumentada. Estos servicios que exigen algun pequeño sacrificio, ó aunque ninguno exi-

jan, solamente son obligatorios, es decir, solamente pueden exigirse en juicio cuando son ordenados expresamente y en particular por la ley, como los servicios de los tutores, de los padres, del soldado, del magistrado: ordenarlos por principios y reglas generales sería dar motivo á diligencias, averiguaciones, y pleitos sin fin, que causarían mas mal que bien produjesen los servicios; y al fin, siempre las sentencias del juez serían arbitrarias, lo que sería otro mal de no pequeña consideración. La ley creando los servicios, los derechos y las obligaciones que corresponden á cada estado, hace todo lo que puede hacer por la utilidad general.

2.º medio. *Servicio anterior.* Si yo hago á uno un servicio ordenado por la ley, me hago acreedor ó adquiero derecho á otro servicio: así el padre por los servicios que ha hecho á su hijo adquiere un derecho á los servicios de éste; pero para que este derecho sea un derecho perfecto, es decir, que pueda exigirse en juicio, es menester que el servicio remuneratorio sea también ordenado por la ley, por las razones que acabamos de exponer en el párrafo anterior. Hay algunos servicios importantísimos que sin embargo no puede la ley ordenar, y cuya omisión no puede castigar: la ley no puede, por ejemplo, mandar que el que vea un hombre que se ahoga, se arroje al agua para salvarle: que el que vea arder una casa se exponga á las llamas por librar de ellas á los habitantes, ni castigar la omisión de estos servicios importantísimos; porque se expondría á hacer mas mal que bien, y á sacrificar muchas víctimas por salvar una: pues temiendo la pena de la ley, algunos arrostrarían el peligro en que perecerían; y por otra parte serían menester averiguaciones, pruebas y procesos sin término para averiguar si el que había reusado el servicio lo había hecho con causa legítima: ¿y qué límites podrían fijarse á la arbitrariedad de los tribunales? La recompensa es el único medio de promover esta clase de servicios,

y esta recompensa en cuanto sea posible deberá darse á costa del que ha recibido el servicio; porque si la paga el gobierno y la ley la fija de antemano, se simularán servicios, y los bribones hallarian mil medios de hacerse pagar recompensas que no hubiesen merecido. El gobierno sin embargo, deberá premiar los servicios de esta especie que no pueden ser premiados por las personas que los hayan recibido; pero en tales casos no se señalará el premio hasta despues que se haya hecho el servicio, de modo que se ofrezca la esperanza de obtener una recompensa, como un contrapeso á la repugnancia de hacer el servicio.

3.º medio: *Pacto ó convencion*. Como pueden enagenarse y permutarse las cosas, se pueden enagenar y permutar los servicios; y como toda enagenacion de cosas produce una utilidad, toda enagenacion de servicios la produce tambien; porque nadie se obliga á un servicio sin que de él le resulte algun provecho, de cualquiera orden que sea, aunque no sea mas que el placer de hacer un bien. Los jurisconsultos romanos distinguen las obligaciones en obligaciones de dar, y obligaciones de hacer: todas se contraen por los mismos medios: todas tienen la misma eficacia: todas se acaban de los mismos modos, con sola la diferencia de que el que se ha obligado á dar una cosa, puede ser forzado en juicio á que la dé; pero el que ha prometido un hecho ó un servicio personal, no puede ser obligado precisamente al hecho ó servicio, sino alternativamente, á que ó haga el servicio á que se obligó, ó indemnice al acreedor de los daños y perjuicios que se le siguen de no haberlo hecho. Los romanos pensaron que era un atentado contra la libertad y dignidad del ciudadano el forzarle á un hecho; haciendo una violencia á su persona, cuando por medios pecuniarios podia satisfacer á su acreedor.

Benthan concluye este capítulo con una observacion general en que nos recuerda lo que ya nos tiene ante-

riormente enseñado. La base de todas las obligaciones es la utilidad; el contrato no produce obligación porque es contrato, pues entonces todos los contratos serian obligatorios, y hay algunos que no lo son; sino porque está sancionado por la ley, y la ley no lo sanciona sino por la utilidad que resulta de la existencia de él. El legislador no puede tener mas que tres motivos para imponer obligaciones; á saber, necesidad superior, servicio anterior, y pacto ó convencion, y todas tres se reducen á una sola, la *utilidad*. La obligación que los juristas romanos dicen nacer del *cuasi-contrato*, puede reducirse á la que nace del pacto ó convencion: pues aun entre los mismos jurisconsultos romanos hay muchos que no distinguen el *cuasi-contrato* del contrato; pero entonces será necesario recurrir á un pacto tácito ó á una ficcion. El que acepta una herencia, se obliga á pagar á los acreedores del difunto; ¿de dónde nace esta obligación? No de necesidad superior, porque los acreedores pueden no tenerla; no de servicio anterior, porque los acreedores ningun servicio han hecho al heredero: con que no puede venir sino del pacto. Este no es expreso, porque el heredero nada ha pactado con los acreedores: luego es un pacto tácito. Así es: se supone que el heredero en el hecho de recibir la herencia consiente en pagar las deudas del difunto; á no ser que se finja que éste aun vive en su heredero que le representa; pero aun repugnan mas á Bentham las ficciones que los contratos tácitos. Sin embargo, los *cuasi-contratos* no son otra cosa, y yo quisiera saber qué otro nombre mejor podria dar Bentham á unos hechos lícitos que producen obligaciones; y que sin ser verdaderos contratos se parecen mucho á los contratos.

CAPITULO VI.

Comunidad de bienes. — Sus inconvenientes.

NO hay combinacion mas contraria al principio de la utilidad que la comunidad de los bienes, sobre todo aquel género de comunidad indeterminada, en que el todo pertenece á cada uno de los comuneros.

1.º Es una fuente peremne de discordias; lejos de ser un estado de satisfaccion y de goce para los interesados, es un estado de descontento y de esperanzas engañadas.

2.º Esta propiedad indivisa pierde siempre una gran parte de su valor para todos sus cooparticionarios: sujeta por un lado á toda especie de desmejoras, porque no está bajo la custodia del interes personal, no recibe por otro mejora alguna: ¿haré yo un gasto, cuya carga será cierta, y pesará toda sobre mí, siendo precario el provecho, y debiendo necesariamente partirlo con otro?

3.º La igualdad aparente de esta combinacion sirve solamente para encubrir una desigualdad muy verdadera. El mas fuerte abusa impunemente de su fuerza, y el mas rico se enriquece mas á costa del mas pobre. La comunidad de bienes me recuerda siempre aquella especie de monstruo que se ha visto algunas veces compuesto de dos gemelos pegados el uno al otro por la espalda. El mas fuerte arrastra necesariamente al mas flaco.

Esto no se entiende de la comunidad de bienes entre marido y muger; porque destinados á vivir juntos, á cultivar juntos sus intereses y el de sus hijos, deben gozar juntos de unos bienes adquiridos á veces y conservados siempre por el cuidado de ambos; y por otra parte en el caso en que sus voluntades se contradigan, la discordia no puede durar mucho pues que la ley confia al marido el derecho de decidirla.

Tampoco se entiende esto de la comunidad entre socios de comercio; porque el objeto de esta comunidad es la adquisicion, y no se estiende al goce: cuando se trata de adquirir, los asociados tienen un mismo y un solo interes; pero cuando se trata de gozar, y de consumir, cada uno de ellos es independiente del otro. — Además, los socios en el comercio son en corto número, se eligen unos á otros libremente y pueden separarse, pero en las propiedades comunales, sucede precisamente todo lo contrario.

En Inglaterra una de las mas grandes mejoras y de las mas evidentes, es la division de los terrenos comunes. Cuando uno pasa cerca de algunas tierras que acaban de experimentar esta feliz mudanza, queda encantado como á la vista de una nueva colonia: las mieses, los rebaños, las habitaciones alegres han sucedido á la tristeza y á la esterilidad del desierto. ¡Dichosas conquistas de una industria pacífica! ¡noble engrandecimiento que no inspira temores, ni provoca enemigos! ¡Pero quién creeria que en esta isla, donde está tan estimada la agricultura, haya aun millones de fanegas de tierra abandonadas á este triste estado de comunidad? No hace mucho tiempo que el gobierno deseoso de conocer en fin el dominio territorial, ha recogido en cada provincia todas las noticias que han puesto en claro una verdad tan interesante y tan capaz de producir fruto (1).

Los inconvenientes de la comunidad no se verifican en el caso de las *servidumbres*, es decir, en aquellos derechos de propiedad parcial que se ejerce sobre algunos

(1) Pueden darse algunas circunstancias que salen de las reglas ordinarias: los ciudadanos de los pequeños cantones de la Suiza, por ejemplo, poseen *pro-indiviso* la mayor parte de sus tierras, esto es, los altos Alpes: puede ser que este arreglo sea el único conveniente en unos pastos que sólo pueden disfrutarse una parte del año; y puede ser tambien que este modo de poseer las tierras forme la base de una constitucion puramente democrática, proporcionada al estado de una poblacion encerrada en el cercado de sus montañas.

inmuebles, como un derecho de paso, un derecho á ciertas aguas, excepto por accidente. Estos derechos en general son limitados: el valor que pierde el fundo sirviente, no es igual al que adquiere el fundo dominante; ó en otros términos, el inconveniente para el uno, no es tan grande como el provecho para el otro.

En Inglaterra un fundo que siendo *freehold* (libre) valdria treinta veces la renta, siendo *coepythold* (rotural) no vale mas que veinte veces la renta. Esto sucede porque en el último caso hay un señor que posee ciertos derechos, los cuales establecen una especie de comunidad entre él y el propietario principal; pero no se crea que el señor gana lo que pierde el vasallo: la mayor parte de ello cae en las manos de agentes de negocios; y se consume en formalidades inútiles ó en vejaciones minuciosas. Estos son restos del sistema feudal.

Es un hermoso espectáculo, dice Montesquieu, el de las leyes feudales; y en seguida las compara á una encina antigua y magestuosa;pero mas bien hubiera debido compararlas con aquel árbol funesto, con aquel manzanillero cuyos jugos son un veneno para el hombre, y cuya sombra mata á los vegetales. Este desgraciado sistema ha puesto en las leyes una confusion, una complicacion de que es difícil librarlas: como en todas partes se halla enlazado con la propiedad, se necesita mucho cuidado y mucha prudencia para destruir el uno sin atentar al otro.

COMENTARIO.

La comunidad forzada ó necesaria de bienes siempre produce gravísimos inconvenientes, tanto para los que tienen derecho á disfrutar la propiedad, cuanto para la propiedad misma: entre los que tienen el goce produce

contienda y pleitos continuos en que siempre vence el mas fuerte, de modo, que una igualdad aparente encubre una desigualdad real; y daña á la propiedad misma, porque descuidada por todos, es forzoso que cada dia se desmejore. Asi vemos que los terrenos comunes casi nada producen, en comparacion de los terrenos que están al cuidado y bajo la proteccion y custodia del interes individual: todos los comuneros miran estas propiedades como propias para el aprovechamiento, y como ajenas para el cultivo y el cuidado; y asi la comunidad de las tierras será siempre un grande estorbo á los progresos de la agricultura. Es muy natural que la apropiacion y division de los terrenos comunes haya producido en Inglaterra los admirables efectos que expresa nuestro autor: la misma causa produciria en todas partes los mismos efectos; y en España donde hay tantos de estos terrenos comunes ó concejiles, la division y apropiacion de ellos aumentaria mucho el número de propietarios, que es demasiado pequeño, disminuiria en proporcion el de jornaleros que es demasiado grande; y duplicaria por lo menos el producto de aquellas tierras que disfrutadas en comun casi nada producen.

Esto se toca principalmente en los montes, que perecen necesariamente por mas que se multipliquen las ordenanzas y reglamentos para conservarlos; porque todos procuran disfrutarlos cuanto pueden sin tomarse el cuidado de guardarlos; y las personas destinadas á esto por el gobierno, y mal pagadas, tratan de ganar su salario con el menor trabajo posible, y son por necesidad muy accesibles á la corrupcion. Si estos montes comunes se dividieran entre particualres, cada uno guardaria su porcion, como sin ordenanzas ni reglamentos guarda sus viñas y sus olivares: y no se verian ordenanzas tan absurdas como la del año de 1748, que sin evitar las talas añade á ellas las multas, las estafas, las vejaciones y las picardias de toda especie. Esta ordenanza

*

obra maestra de la ineptia y de la extravagancia, á nadie ha hecho bien sino á los hombres empleados en el foro, los cuales tienen en los montes comunes un plantel inagotable de procesos, y por consiguiente una mina fecundísima de riqueza, de que privan á la clase laboriosa y útil á la nacion.

CAPITULO VII.

Distribucion de pérdida.

*L*as cosas componen una rama de los objetos de adquisicion, y los *servicios* componen la otra. Despues de haber tratado de los diversos modos de adquirir y de perder (dejar de poseer) estos dos objetos, la analogía entre ganancia y pérdida parece indicar por trabajo ulterior los diversos modos de distribuir las pérdidas á que estan expuestas las posesiones. Esta tarea no será muy larga.

Si una cosa acaba de ser destruida, desmejorada ó perdida, ya la pérdida está hecha: si es conocido el propietario, éste es el que la sufre; y sino lo es, nadie la sufre; y es para todo el mundo; como nula y no sucedida. Si la pérdida debe recaer sobre una persona distinta del propietario, esto es decir con otras palabras que es debida á este una *satisfaccion* por una causa ó por otra. De esto se tratará en el código penal.

Aquí me limitaré á tomar por ejemplo un caso particular para indicar los principios.

Cuando el vendedor y el comprador de una mercancía estan distantes uno de otro, es necesario que la mercancía pase por un cierto número mayor ó menor de manos intermedias. El transporte se hará por tierra, por mar ó por agua dulce: la mercancía será destruida, averiada ó perdida, y ó no llega á su destino, ó no llega en el estado en que debia llegar: ¿quién debe sufrir

la pérdida, el comprador ó el vendedor? Yo digo que el vendedor, quedándole su recurso contra los agentes intermedios. El vendedor puede contribuir con su cuidado y diligencia á la seguridad de la mercancia; á él le toca elegir el momento y el modo de expedirla, y el tomar las precauciones de que depende la adquisicion de las pruebas. Todo esto debe ser mas fácil al mercader como tal, que al particular que compra: por lo que á éste toca, solo por accidente puede su cuidado contribuir en algo al fin que se desea. *Razon*: facultad preventiva superior. *Principio*: seguridad.

Algunas situaciones particulares pueden indicar la necesidad de derogar á esta regla general con excepciones correspondientes, y con mas razon podrán derogarla los interesados mismos por convenciones que hagan entre sí. Yo no hago mas que indicar los principios; la aplicacion de ellos estaria aqui fuera de su lugar.

COMENTARIO.

Una vez perfeccionada la venta, que se perfecciona por el solo consentimiento del comprador y del vendedor, si la cosa no ha sido entregada y parece sin dolo ni culpa del vendedor, la pérdida es para el comprador, segun las leyes romanas. Bentham cree que en el caso que figura la pérdida debe ser para el vendedor; pero las razones que alega no me parece que prueban su opinion. Enhorabuena que el vendedor deba tomar todas las precauciones que inspira la prudencia para que la mercancia llegue á su destino; pero si las toma, si hace todo lo que un hombre diligente haria por la conservacion de sus cosas propias, y sin embargo la mercancia se pierde en el camino, yo no veo razon alguna para que se le haga soportar la pérdida: otra cosa seria si esta su-

cediese por dolo, culpa ó descuido del vendedor.

Un comerciante, añade Bentham, debe tener mas conocimiento de las medidas que conviene tomar para asegurar la cosa, que el particular que la ha comprado; pero ¿y si el comprador es otro comerciante que tiene los mismos conocimientos que el vendedor, sobre cuál de los dos deberá recaer la pérdida? Creo que por regla general debe recaer sobre el comprador; pero esta regla puede modificarse por los usos, por las circunstancias, y por las costumbres del pais, y por las convenciones de los interesados. Yo he visto en Francia que el comerciante de un genero que debe remitir á otro pueblo, luego que le entrega al conductor de quien toma recibo, ya queda libre de toda responsabilidad, la cual pasa desde aquel momento al comprador que es el que tiene la repeticion contra las personas intermedias: práctica muy conforme á los principios de la legislacion romana.



PARTE TERCERA

*Derechos y obligaciones que deben aplicarse
á los diferentes estados privados.*

INTRODUCCION.

Vamos ahora á considerar mas en particular el derecho y las obligaciones que la ley debe hacer inherentes á los diversos estados que componen la condicion doméstica ó privada. Estos estados pueden reducirse á cuatro.

Señor y servidor.

Tutor y pupilo.

Padre é hijos.

Marido y muger.

Si se siguiera el órden historico ó el órden natural de estas relaciones, la última de la lista deberia ser la primera; pero para evitar las repeticiones, hemos preferido empezar por el objeto mas sencillo. Los derechos y las obligaciones de un padre y de un marido se componen de los derechos y obligaciones de un señor y de un tutor: estos dos primeros estados son los elementos de todos los otros.

CAPITULO PRIMERO.

Señor y servidor.

Si se prescinde de la cuestion de la esclavitud, no hay mucho que decir sobre el estado de *señor* y sus estados correlativos constituidos por las diversas especies que hay de *servidores*; á las partes interesadas toca el arreglarse como les convenga.

El estado de *maestro* á que corresponde el estado de *aprendiz* es un estado mixto; porque el maestro de un aprendiz es al mismo tiempo señor y tutor del aprendiz: tutor por el oficio que le enseña, y señor por la utilidad que saca de él.

La obra que hace el aprendiz despues de la época en que el producto de su trabajo vale mas de lo que ha costado el cultivar su talento, es el salario ó la recompensa del maestro por el trabajo y los gastos que ha anticipado.

Este salario sería naturalmente mayor ó menor segun la dificultad del arte: pues hay oficios que pueden aprenderse en siete dias, y hay otros en que acaso se necesitan siete años. La concurrencia entre los interesados arreglaria muy bien el precio de estos servicios mútuos, como arregla el de todos los otros objetos comerciables, y aqui como en otra cosa hallaria la industria su justa recompensa.

Los mas de los gobiernos no han adoptado este sistema de libertad, y han querido poner lo que ellos llaman orden, es decir, subsituir una disposicion artificial á una disposicion natural, para tener el gusto de arreglar lo que se arreglaria por sí mismo: como se mezclaban en lo que no entendian las mas veces han sido guiados por una idea de uniformidad, en objetos de una naturaleza muy diferente; por egemplo, los minis-

tros de Isabel fijaron el mismo término de aprendizaje, el término de siete años para las artes mas sencillas y para las mas difíciles.

Esta manía reglamentaria se cubre con un pretexto vulgar, se quiere estorbar que haya malos artesanos: se quiere perfeccionar las artes: se quiere asegurar el crédito y el honor de las manufacturas nacionales; pero para lograr este objeto hay un medio sencillo y natural que es permitir que cada uno se sirva de su propio juicio, que deseche lo malo, que escoja lo bueno, y *mida sus preferencias por el mérito*; y así se excitará la emulacion de todos los artistas por la libertad de la concurrencia; pero no: se debe suponer que el público no está ilustrado para juzgar de la obra, y que debe tenerla por buena cuando el que la ha hecho ha pasado en el trabajo un número determinado de años. No se debe pues saber de un artesano si trabaja bien, sino solamente cuanto tiempo ha durado su aprendizaje; porque si al fin, se ha de venir á juzgar de la obra por su mérito, tanto vale dejar á cada uno la libertad de trabajar por su cuenta y riesgo: uno es maestro sin haber sido aprendiz: y otro no será mas que aprendiz toda su vida.

COMENTARIO.

De los cuatro estados que componen la condicion *doméstica ó privada*, los de *amo y criado*, y de *tutor y de pupilo* son la base de todos los otros; y por eso Bentham trata de ellos con preferencia invirtiendo el orden natural, segun el cual debiera en primer lugar hablarse del estado de marido y muger. Conocidos los derechos y los deberes del amo y del tutor, es fácil conocer cuales son los del marido y del padre, que son amos y tutores de su muger y de sus hijos.

Los derechos y deberes anexos al estado de amo y criado dependen absolutamente de las convenciones de los interesados que deben observarlas, y esto es todo lo puede decirse de este estado, si se prescinde de la esclavitud; pero Bentham habla tambien algo en este capítulo de los aprendices, que en parte son criados y en parte pupilos de sus maestros; criados por los servicios que hacen á sus maestros, y pupilos por el cuidado que los maestros deben tener de la conducta y de la educacion de sus aprendices.

Con este motivo hace Bentham una crítica muy justa de los reglamentos de aprendizages y maestrías que dan á un cierto número de hombres, individuos de una corporacion, el derecho exclusivo de trabajar en cierto oficio. Smith demostró antes que su compatriota Bentham, que semejantes reglamentos no pueden dejar de estorbar los progresos de la industria hácia la perfeccion; porque quitan el estímulo del interes individual: ¿qué le importa al artesano mejorar su obra, si cual ella sea está seguro de venderla, pues él solo puede hacerla? Los mas perjudicados en esto, son los consumidores, que por fuerza tienen que recibir la ley en la calidad y en el precio de los objetos de su consumo, del artesano, que despues de seis ó siete años de aprendizaje ha obtenido su carta ó título de maestro, siempre á costa de algun dinero que ha de hacer pagar á sus parroquianos. Estas corporaciones ó cofradías de artesanos, á mas de los gastos que exige la incorporacion en ellas, celebran en algunos paises fiestas muy costosas, y convites y asambleas harto frecuentes, en que ademas de arruinar sus costumbres, pierden el tiempo y el dinero que tienen ganado, y el que podrian ganar por el trabajo que dejan de hacer, y todo esto lo pagan los consumidores. Los monopolios en los oficios, como en las artes, en las ciencias y en el comercio por favorecer á una pequeña clase de ciudadanos, y enriquecerlos, per-

judican á la generalidad de ellos, y así, las leyes que autorizan y protegen estos monopolios son evidentemente contrarias al principio de la utilidad.

No parece sino que los legisladores han creído que ellos solos poseen la sabiduría, la prudencia y el discernimiento: que ellos solos conocen sus intereses y los de los otros hombres, y que todos los demas hombres son unos imbeciles, incapaces de gobernarse por sí mismos, y á quienes conviene mantener en tutela perpetua, prescribiéndoles hasta lo que han de comer, y á quien lo han de comprar, por qué precio y de que calidad: este sistema de tutela eterna ¿no degrada y humilla demasiado al hombre? ¿No ha de llegar éste á una edad en que no necesite de tutor? Hasta ridiculo es que yo no haya de poder comprar un par de zapatos sino al zapatero que el legislador me indica: otro me haria zapatos mejores y mas baratos, pero como no ha sido aprendiz seis años, ni tiene título de maestro, ni es cofrade de san Crispin, no me es permitido comprárselos. No se debería hacer á semejantes absurdos el honor de impugnarlos, si aun en el dia no existieran en casi todos los pueblos que se llaman cultos, y no tuvieran en ellos muchos partidarios ardientes.

CAPITULO II.

De la esclavitud.

Quando el hábito de servir hace un estado, y la obligación de continuar en este estado con un cierto hombre ó con otros que derivan de él sus derechos, abraza la vida entera del servidor, yo doy á este estado el nombre de esclavitud.

La esclavitud es susceptible de muchas modificaciones y temperamentos, segun la fijacion mas ó menos exacta de los servicios que es lícito exigir, y segun los

medios coercitivos de que es permitido hacer uso. Habia una gran diferencia en el estado de un esclavo en Atenas y en Lacedemonia, y mayor la hay todavia entre un siervo ruso y un negro vendido en las colonias; pero cualesquiera que sean los límites en el modo de la autoridad, sino los tiene en duracion la obligacion de servir, yo siempre la llamo *esclavitud*: para señalar la línea de separacion entre la esclavitud y la libertad, es necesario pararse en un punto, y éste me parece el mas palpable y el mas fácil de justificar

Este carácter tomado de la *perpetuidad* es tanto mas esencial, cuanto do quiera que se halle, debilita, enerva, y hace por lo menos precarias las precauciones mas prudentes que se tomen para mitigar el ejercicio de la autoridad. El poder ilimitado en este sentido puede limitarse dificilmente en otro alguno. Si se considera por una parte la facilidad que tiene un señor para agravar poco á poco el yugo, para exigir con rigor los servicios que se le deben, para extender sus pretensiones con diversos pretextos, para espiar las ocasiones de atormentar á un súbdito insolente que tiene la osadía de reusar lo que no debe, — si se considera por otra parte cuán difícil sería á los esclavos el reclamar ó conseguir la proteccion legal, cuán mas triste se hace su situacion doméstica despues de una queja pública contra su señor, y cuanto mas natural es que procuren cautivarle con una sumision ilimitada, que no que quieran irritarle con la resistencia, muy pronto se comprenderá que el proyecto de mitigar la esclavitud con leyes, es mas fácil de formar que de egecutar: que la fijacion de los servicios es un medio muy flaco para suavizar la suerte de la esclavitud, que bajo el imperio de las leyes mas bellas sobre este punto, nunca se castigarán sino las infracciones mas escandalosas, mientras el curso ordinario de los rigores domésticos se burlará de todos los tribunales. Yo no digo que por esto se deban abandonar

los esclavos al poder absoluto de un amo, y no darles la proteccion de las leyes, porque esta proteccion sea insuficiente; pero era necesario hacer ver el mal inherente á la naturaleza de la cosa, saber la imposibilidad de someter á un freno legal la autoridad de un señor sobre sus esclavos, y prevenir los abusos de este poder si quiere abusar de él.

Que la esclavitud sea agradable á los señores es un hecho de que no puede dudarse, pues que bastaria su voluntad para hacerla cesar al instante; pero que sea desagradable á los esclavos, es otro hecho no menos cierto: pues en todas partes solamente por la fuerza se les retiene en este estado. Ninguno hay que hallándose libre quisiera hacerse esclavo: ninguno que hallándose esclavo no quisiera hacerse libre.

Es absurdo razonar sobre la felicidad de los hombres de otro modo que por sus propios deseos y por sus propias sensaciones: es absurdo querer demostrar por cálculos que un hombre debe creerse feliz, cuando él se tiene por desgraciado, y que una condicion en que nadie quiere entrar y de que todo el mundo quiere salir, es una condicion buena en sí misma, y propia de la naturaleza humana. Yo puedo creer muy bien que la diferencia entre la libertad y la esclavitud no es tan grande como parece á ciertos hombres ardientes y prevenidos; por qué el habito del *mal*, y con mucha mas razon la inexperiencia de *lo mejor*, disminuyen mucho el intervalo que separa estos dos estados tan opuestos á primera vista; pero todos estos razonamientos de probabilidad sobre la felicidad de los esclavos son superfluos, pues que tenemos todas las pruebas de hecho de que este estado nunca se abraza por eleccion, y que al contrario es siempre un objeto de aversion.

Algunos han comparado la esclavitud á la condicion de un estudiante prolongada toda la vida ¿y cuantos hombres hay que aseguran que el tiempo que han pasa-

do en la escuela ha sido el periodo de su mayor felicidad?

El paralelo no es exacto mas que en un punto. La circunstancia comun á los dos estados es la sujecion; pero ciertamente no es esta circunstancia la que hace la felicidad del estudiante: lo que le hace feliz es la frescura del espiritu que da á todas las impresiones el hechizo de la novedad: son los placeres vivos y alborotados, con algunos compañeros de la misma edad, comparados con la soledad y gravedad de la casa paterna, y ademas ¿cuantos estudiantes no se ven que suspiran por el momento de dejar de serlo? ¿cual de ellos querria resolverse á serlo siempre?

Como quiera que sea, si la esclavitud estuviera establecida con tal proporcion que no hubiese mas que un esclavo para cada amo, tal vez yo lo pensaria mucho antes de pronunciar sobre la balanza entre la ventaja del uno y la desventaja del otro; y sería posible que entrando todo en cuenta, la suma del bien fuese en la esclavitud casi igual á la suma del mal.

Pero no es así como van las cosas. Así que la esclavitud se establece, esta condicion es la suerte del número mayor. Un amo cuenta sus esclavos como sus rebaños por centenas, por millares, por decenas de millares: el provecho pues es para uno solo, y el prejuicio es para la multitud, y aun cuando el mal de la esclavitud no fuera grande, bastaria su extension para hacerle muy considerable. Generalmente hablando, y prescindiendo de toda otra consideracion no habria pues que dudar entre la pérdida que resultaria para los amos de la manumision, y la ganancia que resultaria para los esclavos.

Otro argumento muy fuerte contra la esclavitud se saca de su influencia sobre la riqueza, y el poder de las naciones: un hombre libre produce mas que un esclavo. Que se ponga en libertad á todos los esclavos que posee un amo: éste perderá sin duda una parte de sus

bienes, pero los esclavos en la totalidad producirán no solamente lo que el amo pierde sino aun mucho mas. Pues ahora bien, la felicidad no puede dejar de aumentarse con la abundancia, y el poder público se aumenta en la misma proporcion.

Dos circunstancias concurren á disminuir el producto de los esclavos: la ausencia del estímulo de la recompensa, y la inseguridad de este estado.

Es facil de conocer que el miedo del castigo no es a proposito para sacar de un trabajador toda la industria de que es capaz, y todos los valores que puede dar: el miedo antes le mueve á encubrir su poder que á ostentarle, antes á hacer menos de lo que puede que á sobrepujarse á sí mismo en el trabajo.

Si trabajára mucho se pondria en penitencia por una obra de surerogacion, y no conseguiria otra cosa que agrandar la medida de sus deberes ordinarios, desplegando su capacidad. Se establece pues una ambicion inversa, y la industria aspira á bajar antes que á subir. No solamente el esclavo produce menos sino que consume mas, no por el goce, sino por el desperdicio, por lo que se pierde y la falta de economia ¿que le importan unos intereses en que ninguna parte tiene? Todo lo que puede escusar de trabajo es una ganancia para él; y todo lo que deja perder, solamente es pérdida para su amo ¿que motivos puede tener un esclavo para inventar nuevos medios de hacer mas labor ó de hacerla mejor? Para perfeccionar es necesario pensar; y pensar es un trabajo que nadie se toma sin motivo. El hombre degradado hasta el punto de no ser mas que un animal de servicio, nunca se eleva sobre una rutina ciega, y las generaciones se suceden sin que se hagan progresos.

Es verdad que un amo que entiende sus intereses, no disputará á sus esclavos los pequeños provechos que su industria puede darles; pues no ignora que la prosperidad de ellos es la suya, y que para animarlos al tra-

bajo es menester presentarles el cebo de una recompensa inmediata; pero este favor precario subordinado al caracter de un individuo, no inspira á los esclavos aquella confianza que pone la mira en lo venidero, que presenta un bien estar futuro en las economías diarias, y que hace extender á la posteridad los proyectos de adquirir. Conocen bien que si se hacen mas ricos estarán expuestos á la estorsion, sino de parte del amo, de parte de los mayordomos, de los sobrestantes y de todos los subalternos que tengan alguna autoridad, mas codiciosos y mas terribles que el amo mismo. Para la mayor parte de los esclavos no hay mañana: solamente pueden tentarles los gozes que se realizan al instante, y serán glotonos, golosos, perezosos y disolutos, sin contar los otros vicios que resultan de su situación. Los que tienen una prevision mas larga entierran sus tesorillos, y el triste sentimiento de la inseguridad inseparable de su estado, alimenta en ellos todos los defectos destructivos de la industria, todos los habitos mas funestos á la sociedad sin compensacion y sin remedio. Esta no es una teoría vana, sino el resultado de los hechos en todos los tiempos y en todos los lugares.

Pero tal vez se dirá que el jornalero libre en Europa está con respecto al trabajo sobre el mismo pie poco mas ó menos que el esclavo: el que trabaja á destajo ó por piczas, tiene por móvil la recompensa, y cada esfuerzo tiene su salario; pero el que trabaja á jornal no tiene mas móvil que la pena: que haga poco ó haga mucho no recibe mas que el precio de su jornal, y así no hay recompensa; si trabaja menos de lo regular se le despide como en igual caso se puede castigar al esclavo; pero uno y otro solamente son excitados por el temor y no tienen interes alguno en el producto de su trabajo.

Á esto se pueden responder tres cosas: 1.^a, no es cierto que el jornalero no tenga el móvil de la recom-

pensa, pues los mas diestros y los mas activos son mejor pagados que los otros, y los que se distinguen son mas constantemente empleados y logran la preferencia en los trabajos mas lucrativos: he aqui pues una recompensa real que acompaña á todos sus esfuerzos.

2.^a Aunque no hubiese otros motivos que los de la especie penal, siempre tendrian mas influencia sobre el jornalero libre que sobre el esclavo; porque el trabajador libre tiene su honor como cualquiera otro hombre; y en un pais libre hay una especie de deshonor inherente á *la reputacion de trabajador perezoso ó incapaz*; y como en este punto se añaden los ojos de sus camaradas á los del amo, esta pena de honor se impone en una infinidad de ocasiones por unos jueces que no tienen interes en escasearla. Asi es como los jornaleros libres exercen una inspeccion recíproca y son sostenidos por la emulacion; pero este móvil tiene mucha menos fuerza sobre el esclavo: el tratamiento á que éste está sujeto le hace poco sensible á una pena tan delicada, como la del honor; y como la injusticia de trabajar por otro sin alguna indemnizacion no puede ocultarseles, los esclavos no tienen vergüenza de confesarse unos á otros una repugnancia al trabajo que es comun á todos ellos.

3.^a Lo que se presenta al jornalero como una ganancia es una ganancia segura, y todo cuanto duede adquirir es suyo sin que nadie tenga jamas derecho para tocar á ello; en vez de que como hemos visto no puede haber para el esclavo seguridad real. En este punto se pueden citar algunas excepciones: algun señor ruso por ejemplo tiene esclavos industriosos que poseen muchos millares de rublos, y gozan de ellos como su señor goza de sus bienes; pero estos son casos particulares que no mudan la regla general: cuando se quiere juzgar de los efectos de una providencia general, no debemos pararnos en estos casos singulares y transcendentales.

En la exposicion sucinta que acabamos de hacer de

los inconvenientes de la esclavitud, no hemos tratado de excitar la sensibilidad: no nos hemos abandonado á la imaginacion: no hemos presentado á todos los amos con un caracter odioso, generalizando algunos abusos particulares de poder, y aun nos hemos abstenido de hablar de aquellos medios terribles de rigor y de violencia de que se hace uso en estos gobiernos domesticos, sin ley, sin proceso, sin apelacion, sin publicidad y casi sin freno; porque como hemos visto, la responsabilidad solamente puede tener lugar en algunos casos extraordinarios. Todo lo que viene de la sensibilidad es fácilmente acusado de exageracion, y la evidencia sencilla de la razon es tan fuerte que no tiene necesidad de este colorido sospechoso. Los propietarios de esclavos, á quienes el interes personal no ha privado de la sana razon, y de la humanidad, convendrian sin repugnancia en las ventajas de la libertad sobre la esclavitud, y ellos mismos desearian que esta fuese abolida, si la *abolicion* pudiera verificarse sin trastornar su estado y su hacienda, y sin exponer su seguridad personal.

Las injusticias y calamidades que han acompañado á ciertas tentativas precipitadas, son el argumento mas fuerte que puede proponerse contra los proyectos de manumision.

Esta operacion no podria hacerse de repente sin una revolucion violenta, que desacomodando á todos los hombres, destruyendo todas las propiedades, y poniendo á todos los individuos en una situacion para la cual no han sido educados, producirian males mil veces mayores que los bienes que se podrian esperar de ella.

En vez de hacer gravosa al amo la manumision, se le debe hacer ventajosa en cuanto es posible; y el primer medio que para esto se presenta naturalmente es fijar un precio por el cual todo esclavo tuviera derecho de rescatarse; pero este medio está por desgracia expuesto á una objecion muy fuerte. Entonces el interes del

amo se halla en oposicion con el de sus esclavos, y estorvará por todos los medios posibles que adquieran la suma necesaria para el rescate; dejar al esclavo en la ignorancia, mantenerle en la pobreza, cortarle las alas á medida que creciesen, ésta sería la política del amo; pero el riesgo está solamente en la fijacion del precio: la libertad de rescatarse por un convenio mútuo no tiene inconveniente. El interes del esclavo le aconseja que trabaje cuanto pueda para tener un gran cebo que ofrecer al amo, y el interes de éste le aconseja que permita al esclavo enriquecerse cuanto antes para sacar de él mayor rescate.

El segundo medio consiste en limitar el derecho de testar, de manera que no habiendo herederos forzosos en linea directa, la manumision sea de derecho. La esperanza de heredar es siempre muy pequeña en los sucesores remotos, y esta esperanza dejaria de existir enteramente luego que fuera conocida la ley, y no habria injusticia una vez que no habia esperanza engañada.

Pero aun se puede hacer algo mas. Á cada mutacion de propietario, aun en las suesiones mas proximas se podria hacer un pequeño sacrificio de la propiedad á la libertad: por ejemplo, libertar la décima parte de los esclavos. Una sucesion no se presenta al heredero como de un valor determinado, y el desfalco de una décima en los esclavos, no podia producir una disminucion muy sensible; y en aquella época esta disminucion mas bien sería una ligera privacion de ganancia que una pérdida. Sobre los sobrinos que tiene por otra parte la sucesion de sus padres, podria ser mas subida la tasa en favor de la libertad.

Esta ofrenda á la libertad debe ser determinada por la suerte: la eleccion con el pretesto de honrar á los mas dignos sería una fuente de cabalas y de abusos, y haria mas descontentos y envidiosos que felices: la

suerte es imparcial: da á todos una probabilidad igual de felicidad: derrama el placer de la esperanza aun sobre aquellos á quienes no favorece, y el temor de ser privado de esta probabilidad por un delito probado, sería una prenda mas de la fidelidad de los esclavos (1):

La manumision deberia hacerse por familias mas bien que por cabezas: un padre esclavo y un hijo libre, — un hijo esclavo y un padre libre, — ¡que contraste tan triste y chocante! Fuente de pesares domésticos.

Habria otros medios de acelerar una obra tan de desear; pero no pueden hallarse sino estudiando las circunstancias particulares de cada pais.

Entretanto, aquellas ataduras de la esclavitud que el legislador no puede cortar de un golpe, las desata el tiempo poco á poco, y la marcha de la libertad por ser lenta no es menos segura. Todos los progresos del espíritu humano en la civilizacion, en la moral, en la riqueza pública, en el comercio, introducen poco á poco la restauracion de la libertad individual; y la Inglaterra y la Francia han sido en otro tiempo lo que hoy son la Rusia, las provincias polacas, y una parte de la Alemania.

Esta mudanza no debe alarmar á los propietarios; pues los que poseen la tierra siempre tienen un poder natural sobre los que no viven sino de su trabajo. El miedo de que los libertos, teniendo la libertad de ir á donde quieran, abandonen su suelo natal, y degen la tierra inculta, es un miedo del todo quimérico, princi-

(1) Este medio podria inspirar á los esclavos la tentacion de servirse del homicidio para conseguir mas pronto su libertad; y este es un argumento muy fuerte contra esta lotería. Sin embargo, debe reflexionarse que la incertidumbre de ella. minorá mucho este peligro, y un esclavo no se atreveria fácilmente á cometer un delito atroz no teniendo seguridad de que sacaria provecho de él; pero para desvanecer del todo esta tentacion, bastaria ordenar que la manumision no tuviese lugar en los casos en que el amo fuese envenenado ó asesinado, ya por la mano de uno de sus esclavos ya por una mano desconocida; y de esta manera este medio de liberacion produciria una seguridad para el amo.

palmente haciéndose la manumision de un modo gradual. Porque se ve que el esclavo desierta siempre que puede , se ha creido que el hombre libre desertará mas; pero la consecuencia contraria sería mas legítima; porque el motivo de huir ya no existe, y se aumentan todos los motivos de quedarse.

Se ha visto en Polonia que algunos propietarios conociendo sus verdaderos intereses , ó animados por el amor de la gloria han efectuado una liberacion total y simultánea de sus esclavos en sus vastos dominios : ¿ y ha causado su ruina esta generosidad? Muy al contrario, el colono interesado en su trabajo se ha puesto en estado de pagar mas renta que el esclavo , y las haciendas cultivadas por manos libres adquieren cada dia un nuevo grado de valor.

COMENTARIO.

La diferencia que se halla entre los esclavos de diferentes paises es tan grande que á veces hay menos distancia entre un hombre libre y un esclavo , que entre dos hombres ambos libres , ó ambos esclavos. Seguramente el estado del esclavo en Filadelfia se parece mas al estado del hombre libre , que al estado del esclavo en Argél ó en la Jamayca , y hay ciertamente menos diferencia entre el esclavo de Filadelfia y el jornalero libre de España , que entre este jornalero y un gran propietario ambos libres. Es pues muy fácil confundir la libertad y la esclavitud; sino se fija una línea de demarcacion que las separe y señale sus límites, y Benthan ha hallado esta línea de demarcacion en la perpetuidad del servicio , que es lo que caracteriza la esclavitud. Sin duda que la suerte del esclavo de un Quakers que le mira y le trata como á su compañero , su hermano y su amigo , es mas agradable que la suerte de un pobre jor-

nalero en Europa, que por un miserable salario trabaja por un propietario duro y avaro; pero el primero tiene que servir mientras viva á una persona determinada, y el segundo puede elegir amo, y aun dejar de servir si le parece: el primero es esclavo: el segundo libre, y los esclavos de Filadelfia, de Polonia, de Rusia, de Marruecos, de la Jamayca, y de la Habana, todos son esclavos aunque su suerte sea muy diversa, porque ninguno puede mudar de amo por su voluntad.

Á pesar de los excelentes racionios de Bentham, la institucion de la esclavitud ha tenido muy ilustres defensores; y el célebre Grocio pretende que es muy conforme al derecho de gentes, y muy favorable á los esclavos mismos. Antes de Grocio habian pensado lo mismo los jurisconsultos romanos que definieron la esclavitud, *una institucion del derecho de gentes por la cual un hombre se sujeta al dominio de otro contra la naturaleza.*

Por derecho de gentes entienden el derecho de gentes secundario, y por naturaleza el derecho natural secundario, que es el mismo que el derecho de gentes primario, conque en este punto, el derecho de gentes secundario está en oposicion con el derecho de gentes primario, y uno de ellos con la justicia: ¿puede darse mayor monstruosidad? Sin embargo, esta monstruosidad ha sido adoptada generalmente, y Grocio la defiende por las mismas razones que los jurisconsultos romanos. El derecho de la guerra, dicen, autoriza al vencedor para quitar la vida al vencido: luego puede hacerle esclavo, pues el que puede lo mas puede lo menos, y así, á nadie es mas favorable la esclavitud que al vencido: á quien el vencedor quitaria la vida sino pudiera servirse de él. Voltaire siempre agradable, pero no siempre filósofo, se figura el caso de que en una guerra entre la España y la Inglaterra, un ingles tiene el sable levantado sobre la cabeza de un español, y este le dice: *ingles*

valiente, no me mates, y te leeré por la noche á D. Quijote: el ingles le deja la vida, y le hace su esclavo: ¿ha perdido algo en esto el español? pregunta Voltaire.

Todos estos razonamientos se fundan como se ve en el derecho del vencedor á matar al vencido: derecho que Grocio defiende existir, no solo en el momento del combate, sino aun despues de la victoria; de modo, que es lícito segun él matar al enemigo ya prisionero, si se ha rendido sin condicion, si se le prende sin rendirse, ó si aunque se rinda no se le quiere dar cuartel. Esta doctrina parece tomada de algun libro escrito por un tigre erudito: sin embargo, Grocio la defiende y prueba á su manera con muchas autoridades de poetas griegos y latinos. Asi se prueba que es lícito hacer esclavo al enemigo vencido, y luego se prueba que es lícito matarle porque es esclavo, y el señor de una cosa puede disponer de ella como le parezca: de manera que se hace un círculo vicioso fundado en principios tan falsos como atroces.

No es verdad, aunque lo digan Euripides y Sophocles que sea lícito matar al enemigo vencido, ó que se rinde, es decir, á un hombre que ya no es enemigo. La guerra no es una relacion de hombre á hombre, ni de ciudadano á ciudadano; sino solamente de soldado á soldado, con que los derechos que da la guerra no se estienden mas que á los soldados, y el soldado una vez rendido y desarmado deja de ser soldado; luego no puede estenderse á él el derecho que da la guerra de matar al soldado.

Este razonamiento que habla al mismo tiempo al corazon y al entendimiento, es de J. J. Rousseau, y rompió el círculo vicioso con que se pretende defender la esclavitud del enemigo cogido en la guerra.

Grocio y Voltaire infieren de lo que se hace, lo que es permitido hacer, del hecho el derecho; pero si este modo de razonar valiera, el vandolero que podría

quitarme la vida, tiene un derecho evidente á quitarme la bolsa, y yo debo estarle muy reconocido si se contenta con ésta. Otro principio hay en el supuesto derecho de la guerra, mas bien probado, y sobre todo mas humano, y es que la guerra debe hacerse con el menor daño posible de las partes beligerantes; de manera que en la guerra como en la paz un mal no necesario es una violencia, es una atrocidad gratuita. Grocio establece y defiende tambien este principio; ¿pero cómo puede concordarlo con el otro de que es lícito matar al enemigo desarmado que ya ningun daño puede hacer? Yo no lo sé.

Despues que Montesquieu ha combatido la esclavitud de los negros con las armas de la ironía mas fina, este comercio bárbaro se halla tan desacreditado que ya no es necesario hablar de él. Sin embargo la esclavitud de los negros ha tenido algunos defensores entre hombres de talento y de humanidad. El negro, ha dicho Voltaire, que vende á su hijo por unas cuentas de vidrio es ciertamente un bárbaro, un padre desnaturado; pero yo que le compro porque le necesito, no soy un bárbaro; mas si no se compráran negros, no se venderian; y se evitarian las atrocidades; y el padre que vende á sus hijos, el marido que vende á su muger, el hermano que vende á su hermano, en una palabra, el mas fuerte que vende al mas flaco, y las guerras exterminadoras y continuas que se hacen entre sí los negros con solo el objeto de hacer prisioneros que vender á los filantrópicos europeos. El humano Fr. Bartolomé de las Casas, el hero de la humanidad, como le llaman algunos extranjeros por haberse declarado protector de los indios, para liberrar á estos de la esclavitud, propuso á la corte de España que se comprasen negros en Africa para trabajar las minas de Méjico, y con este bello proyecto combatia las representaciones de los conquistadores que exponian que las minas de plata y oro no se podian tra-

bajar sino por esclavos. ¿Pensaba acaso el buen religioso que el hombre negro, no es tan hombre como el hombre blanco ó de color de cobre, y que el africano no tenia el mismo derecho á la libertad que el americano? La ponderada humanidad de Fr. Bartolomé de las Casas era solamente para los indios; los demas hombres nada le interesaban.

No puede negarse que el origen de la esclavitud sea la guerra. Los esclavos se llaman en latin *servi*, del verbo *servare*, guardar; porque los vencedores en vez de matar á los prisioneros los guardaban para servirse de ellos; y *Mancipia*, porque *manu capiebantur ab hostibus*, se cogian á los enemigos con la mano, y estos nombres recuerdan el origen de la esclavitud: pero los romanos no contentos al parecer con que el hombre perdiese la libertad por una calamidad, y por una institucion del derecho de gentes, como dicen, inventaron otros modos de hacer esclavos por derecho civil, y en vez de corregir con las leyes civiles, y modificar la dureza del supuesto derecho de gentes, la confirmaron y estendieron. Ya no fueron esclavos solamente los enemigos tomados en la guerra, lo era tambien el hijo inocente de una esclava: el fruto de la union de una muger libre con un esclavo; el condenado por sentencia á la esclavitud; el liberto que por su ingratitude volvia al estado de esclavo; y por último, el hombre libre é ingenuo mayor de veinte y cinco años que por tomar el precio se hacia vender á un hombre que ignorase su condicion, para lo cual la venta se hacia por un ciudadano que decia que el hombre que vendia era su esclavo; farsa ridicula, semejante á otras farsas con que quisieron muchas veces las leyes romanas conservar las apariencias de la justicia.

Por otra parte, las leyes Ellía Sentía, y Fusía Caninia ponian obstáculos á la libertad, dificultando las manumisiones, y así no es extraño que creciese en Roma

tanto el número de los esclavos que alguna vez hicieron temblar á sus tiranos, y amenazaron á la libertad pública. La pompa mas magnífica en los funerales de los romanos consistia en el acompañamiento de los esclavos á quienes el difunto habia dado la libertad: cuantos mas libertos se viesen con el pelo cortado, y con el gorro de la libertad en el acompañamiento del cadaver, tanto mas brillante era el entierro, y la vanidad hubiera servido muy útilmente á la libertad, si la ley Fusia Caninia no la hubiera refrenado, señalando el número de esclavos que podrian ser manumitidos por testamento. El emperador Justiniano abolió justamente esta ley, como contraria á la libertad; pero con una circunspeccion, con una timidez que demuestra que aun no estaba del todo libre de las antiguas preocupaciones; pues solamente permitió dar libertad á sus esclavos al testador, que era ya mayor de diez y siete años, siendo asi que á los catorce ya podia un ciudadano hacer testamento, y disponer libremente de sus bienes. Fundóse para esto en que la libertad es una cosa inestimable; lo que es cierto respecto del que la recibe, pero no respecto del que la da: pues el señor puede tener muchas cosas que valgan mas, y estime mas que la libertad de sus esclavos.

Bentham no ha querido detenerse á combatir la esclavitud con argumentos directos; pero ha probado evidentemente tres cosas que deben hacerla detestar: 1.^a que no hay leyes capaces de suavizar la suerte de los esclavos, y contener la tiranía de sus amos, porque siempre tendran estos medios inevitables de eludirlos: 2.^a que la esclavitud es generalmente un estado desagradable y de pena para los esclavos; y como estos son en mas número que sus señores, síguese que los que padecen son mas que los que gozan, y que por consiguiente el bien que puede nacer de la esclavitud, no es equivalente al mal que causa; alguna excepcion muy rara, no

hace que la regla general sea menos cierta: 3.^a que el hombre libre trabaja, y por consiguiente produce mas que el esclavo, y así, la esclavitud estorba los progresos de la riqueza general, aunque aumente la riqueza particular de los señores, de lo cual aun podria dudarse.

De cualquiera modo pues que se mire la esclavitud se verá que es contraria al principio de la utilidad; y que este principio exige que sea abolida; pero esta operacion no podria hacerse de repente y de un golpe, sino por una revolucion violenta, y arruinaria á muchos propietarios que acaso no tienen otra hacienda que sus esclavos. Deberia pues ejecutarse lentamente; y evitando en cuanto fuese posible el dolor de la esperanza engañada, y los medios que propone Bentham me parecen superiores á toda objecion.

Observa al fin del capítulo que los progresos del entendimiento humano, de la civilizacion, de la moral, de la riqueza pública y del comercio, producen poco á poco la restauracion de la libertad individual. No hace mucho tiempo que los ingleses que ya tienen en sus colonias los esclavos que necesitan, y deben temer aumentar el número de ellos, propusieron á las otras potencias europeas la abolicion del comercio de negros, y los soberanos seducidos por esta apariencia de humanidad han consentido, aunque aun faltaban esclavos en sus establecimientos coloniales, en esta medida que puede ser perjudicial por mucho tiempo á sus intereses, y muy favorable á los de los ingleses, los cuales nunca olvidan el tanto por ciento. Sin embargo, si la medida se ejecuta, de lo que puede dudarse, la humanidad mercantil de la Inglaterra pondrá término á un comercio infame, oprobio de las naciones que se llaman cultas, y el número de esclavos se disminuirá necesariamente: ¿y quién sabe si multiplicándose demasiado los negros en la África, no emigrarán voluntariamente y pasarán á la América á buscar su subsistencia en un trabajo libre? Los

negros y los blancos ganarian mucho en que se realizase esta idea, que acaso no es mas que el sueño de un amigo de los hombres de todos los colores.

CAPITULO III.

Tutor y pupilo.

La flaqueza de la infancia exige una proteccion continua, y es preciso hacerlo todo por un ente que aun nada puede hacer por sí mismo. El entero desarrollo de sus fuerzas fisicas tarda muchos años, y todavia es mas lento el de sus fuerzas intelectuales. En una cierta edad ya tiene fuerzas y pasiones, y aun no tiene bastante experiencia para gobernarlas; muy sensible á lo presente, y muy poco por lo venidero, es necesario mantenerle bajo de una autoridad mas inmediata que la de las leyes y gobernarle con penas y recompensas que obren, no de tiempo en tiempo, sino de continuo, y puedan adaptarse á todos los actos de la conducta mientras dure la educacion.

La eleccion de un oficio ó de una profesion para un niño exige tambien que esté sometido á una autoridad particular. Esta eleccion, fundada sobre circunstancias personales, sobre ciertas expectativas, sobre los talentos ó las inclinaciones de los jóvenes educandos, sobre la facilidad de aplicarlos á una cosa con preferencia á otra, en una palabra, sobre las probabilidades del exito: esta eleccion, digo, es demasiado complicada para que pueda hacerla el magistrado público; porque para cada sugeto es necesaria una determinacion particular, y esta determinacion pide conocimientos circunstanciados que no es posible tuviera el magistrado.

Este poder de proteccion y de gobierno sobre los individuos que son tenidos por incapaces de protegerse y gobernarse á sí mismos, constituye la *tutela*, especie

de magistratura doméstica fundada en la necesidad manifiesta de los que estan sometidos á ella , y que debe componerse de todos los derechos necesarios para que se consiga su objeto y nada mas.

Los poderes necesarios para la educacion son los de elegir una profesion para el pupilo , y fijar su domicilio con los medios de reprehension y de correccion , sin los cuales sería ineficaz la autoridad ; pero estos medios pueden ser tanto mas fácilmente limitados en lo que hace á la severidad , quanto mas cierta es su aplicacion , mas inmediata y mas fácil de variar , y que el gobierno doméstico posee un fondo inagotable de recompensas ; porque en una edad en que todo se recibe no hay una concesion que no pueda tomar la forma de recompensa.

En quanto á la subsistencia del pupilo , ella no puede salir mas que de tres fuentes , ó de bienes propios suyos , ó de un don gratuito , ó de su propio trabajo.

Si el pupilo tiene bienes propios , el tutor los administra en nombre y en beneficio del pupilo , y todo lo que hace en este punto observando las formalidades prescritas , es ratificado por la ley.

El pupilo que nada posee , es mantenido , á costa del tutor , como en el caso , que es el mas comun , de ejercer la tutela el padre ó la madre del niño , á costa de algun establecimiento de caridad , ó en fin , por su propio trabajo , como en el caso de que sus servicios esten ajustados en algun aprendizaje , de manera , que la época de no valor sea pagada por la época subsiguiente.

Como la tutela es un cargo puramente oneroso , regularmente se hace recaer este servicio sobre los que tienen mas inclinacion y mas facilidad para desempeñarlo. El padre y la madre se hallan sobretodo en este caso ; porque su afecto natural les dispone á este deber mas fuertemente que la ley ; pero á pesar de esto la ley que se lo impone , no es inútil ; y porque se han visto algunos hijos abandonados por sus padres , se há he-

cho con razon un delito de este abandono.

Si el padre al morir ha nombrado tutor á sus hijos, se presume que nadie mejor que él ha podido conocer á los que tenian los medios y la voluntad de reemplazarle en este cuidado, de manera que su eleccion será confirmada, á no haber razones contrarias de mucho peso.

Pero si el padre no ha dispuesto de la tutela, esta obligacion recaerá en un pariente que mire por intereses, por la conservacion de las propiedades de una familia; y por afecto ó por honor, por el bien estar, y por la educacion de los hijos. Á falta de parientes se nombrará algun amigo de los huérfanos que desempeñe voluntariamente este oficio, ó algun oficial público destinado á este efecto.

Debe tenerse consideracion á las circunstancias que pueden dispensar de la tutela: una edad avanzada, una numerosa familia, algunas enfermedades, ó algunas razones de prudencia y de delicadeza, por egemplo, una complicacion de intereses &c.

Las precauciones particulares contra los abusos de este poder, se hallan en las leyes penales contra los delitos: un abuso de autoridad contra la persona del pupilo se comprende en la clase de las injurias personales; las ganancias ilícitas sobre sus bienes, en la de las adquisiciones fraudulentas &c. La única cosa que hay que considerar es la circunstancia particular del delito, *la violacion de confianza*; pero aunque esta haga mas odioso el delito no siempre es una razon para aumentar la pena: al contrario ya veremos en otra parte, que frecuentemente es una razon para disminuirla; porque siendo mas particular la posicion del delincuente, se descubre el delito con mas facilidad, la reparacion es mas fácil y la alarma menor. En el caso de seduccion, el caracter de tutor es una agravacion del delito.

Por lo que hace á las precauciones generales, se ha tomado muchas veces la de repartir la tutela, confianza

la administracion de los bienes al heredero mas cercano, que en calidad de heredero tiene mas interes en conservarlos y hacerlos valer; y el cuidado de la persona á algun otro pariente mas interesado en la conservacion de su existencia.

Algunos legisladores han tomado otras medidas, como la de prohibir á los tutores que compren la hacienda de sus pupilos, ó permitir á estos que recobren sus bienes vendidos, reclamándolos en el término de algunos años despues de su mayor edad. El primero de estos medios, no parece expuesto á grandes inconvenientes; pero el segundo no puede dejar de perjudicar á los intereses del pupilo, disminuyendo el precio de sus propiedades, *tanto mas cuanto el valor se disminuye realmente para el mismo que los adquiere*, en razon de que la posesion es precaria, y de que no se atreve á hacer mejoras que podrian convertirse en perjuicio suyo, dando un motivo mas para el retracto: estos dos medios parecen inútiles si la venta puede solamente hacerse en público, y bajo la inspeccion del magistrado.

El medio mas sencillo es que cualquiera persona pueda presentarse en justicia como amigo del menor contra sus tutores, sea en caso de malversacion de los bienes, sea en caso de negligencia ó violencia. La ley de este modo pone á estos entes débiles que no pueden protegerse ellos mismos bajo la proteccion de todo hombre generoso.

Siendo la tutela un estado de dependencia, es un mal que debe hacerse cesar luego que se pueda sin tener que temer un mal mayor; ¿pero á qué edad debe fijarse la emancipacion? En este punto es preciso gobernarse por presunciones generales. La ley inglesa que ha fijado esta época á la edad de veinte y un años cumplidos, parece mucho mas racional que la ley romana que la habia fijado á los veinte y cinco, y que ha sido seguida en casi toda la Europa. Á los veinte y un años ya se han des-

arrollado todas las facultades del hombre: ya éste tiene todo el sentimiento de sus fuerzas, cede al consejo lo que negaría á la autoridad, y no puede sufrir que se le retenga en las ataduras de la niñez, de manera, que la prolongacion del poder doméstico produciría frecuentemente un estado de mal humor y de irritacion igualmente perjudicial á las dos partes interesadas; pero hay algunos individuos que son incapaces, por decirlo así, de llegar á la madurez del hombre, ó que solo llegan á ella mucho mas tarde que los otros. En estos casos parece que la interdiccion, que no es otra cosa que la prolongacion de la tutela en una infancia prolongada es el medio mejor que puede tomarse.

COMENTARIO.

La tutela que Bentham no define, es segun Justiniano *una autoridad dada ó permitida por las leyes civiles á un hombre libre para guardar al que por su edad no puede defenderse á sí mismo*. La tutela es, ó testamentaria cuando el padre por su testamento nombra un tutor á su hijo menor de edad: ó legítima cuando la ley señala el tutor que ha de tener un menor, cuyo padre murió intestado, ó sin nombrar tutor en el testamento que hizo: ó dativa cuando el magistrado da tutor á un menor que no le tiene testamentario ni legítimo. Como la tutela es un cargo oneroso, y una especie de prorogacion de la patria potestad, y por otra parte, ésta establecida en favor del pupilo, es muy natural que se confie á la persona en quien se suponga mas amor á éste; y como es de creer que el padre conoce mejor que nadie á las personas que ama á su hijo, el tutor nombrado por el padre, es preferido á todos; sigue á éste el tutor legítimo que es el agnado mas cercano, porque se

le supone mas amor al pupilo , que el que puede tenerle un pariente mas remoto; pues como hemos dicho hablando de la sucesion *abintestato* no se puede calcular el afecto sino por los grados del parentesco; y el último de todos es el tutor dado por el magistrado, que ya que no pueda encargarse él mismo de la tutela, porque exige cuidados incompatibles con la magistratura, debe encargarla á un hombre que crea digno de su confianza despues de haberse informado bien de sus cualidades.

El poder del tutor sobre el pupilo debe ser el necesario para desempeñar el fin de la tutela, y nada mas: debe cuidar de alimentar al pupilo, de vestirlo, de darle una educacion conforme á sus circunstancias, y hacerle tomar el estado, oficio, ó profesion que le parezca mas conveniente. Por muchos años, el hombre, cuya infancia es muy larga y muy débil, tiene necesidad de ser dirigido en las acciones mas importantes de su vida por otro hombre instruido ya por la razon y la experiencia; y es muy conforme á la prudencia que el pupilo nada importante pueda hacer sin la intervencion y autoridad de su tutor. La tutela tiene por objeto principal ó primario la persona del pupilo, y por objeto accesorio ó secundario la administracion de sus bienes; y podria á veces convenir separar el cuidado de la persona, de la administracion de la hacienda, como si el tutor fuese el heredero inmediato de su pupilo, y este fuera muy rico; porque en tal caso no estaria muy segura su persona á la disposicion de un pobre que podria enriquecerse con su muerte: entonces la administracion de la hacienda podria confiarse al pariente heredero legitimo del huérfano que tiene interes en conservarla y administrarla bien; y el cuidado de la persona á otro pariente que solo puede interesarse en el pupilo por afecto personal.

Contra el abuso que el tutor puede hacer de su autoridad para enriquecerse á costa de su pupilo, han to-

mado las leyes ciertas precauciones, como la de prohibir al tutor comprar los bienes de su pupilo, y autorizar á éste para que pueda reclamarlos, usando dentro de algunos años despues de la mayor edad del remedio conocido en los libros del derecho con el nombre de restitucion *in integrum*; pero Bentham reprueba con razon estas precauciones, como mas perjudiciales que provechosas á los intereses de la persona á quien se quiere favorecer; y piensa que la mas segura y mas sencilla es autorizar á todo ciudadano para que como amigo del huérfano pueda atacar en juicio á su tutor, ya sea por malversar sus bienes, ya sea por no cuidar de su persona, ó por maltratarle.

Asi lo hizo la legislacion romana, que admitió aun á ciertas mugeres á acusar al tutor derogando la regla general que excluía á las mugeres de los negocios del foro, por lo que dice el emperador Justiniano, que la acusacion contra el tutor sospechoso es como pública porque todos estan autorizados para hacerla, y asi, no mal se llama esta accion popular. Si no se presentaba algun acusador, el magistrado podia proceder de oficio contra el tutor sospechoso, de manera que el pupilo estaba bajo la tutela y proteccion de todos los ciudadanos. Aun mas hacia la ley: obligaba á los tutores (á excepcion de los testamentarios fuera de un caso extraordinario) á asegurar con una fianza competente la buena administracion de los bienes pupilares, y el pupilo á su tiempo podia demandar por los menoscabos de su hacienda, primero al tutor, y muerto éste á sus herederos, luego al fiador, ó si éste ha muerto, á sus herederos; y últimamente, por la accion que se llama *subsidiaria*, al magistrado que ó no recibió la fianza, ó no la recibió abonada. No puede pues acusarse á la legislacion romana de que no mirase bastante por los pupilos: acaso alguna vez por favorecerlos demasiado les ha perjudicado como sucede en la restitucion *in integrum*.

Me he extendido algo sobre la tutela, explicando los principales principios de la jurisprudencia romana en este punto importante, porque veo que mi autor no tiene la misma idea de la tutela que los jurisconsultos romanos, y que la confunde á veces con la curatela, de la cual se diferencia en muchas cosas, aunque por otra parte estas dos instituciones se parezcan mucho. Bentham mira al padre como al primer tutor de su hijo; pero claro está que no da á la palabra tutor el sentido que la dan las leyes romanas, y el que en rigor la conviene: pues el niño que vive bajo la potestad de su padre no necesita de tutor, y éste solamente se da al huérfano para que reemplace al padre: puede decirse en un sentido comun y popular que el padre es el tutor que la naturaleza da á los hijos; pero nunca en un sentido legal y exacto.

Que mi autor confunde la tutela con la curatela, es evidente: pues asegura que por las leyes romanas la tutela duraba hasta que el pupilo habia cumplido veinte y cinco años, y esto solo es cierto de la curatela, y los estudiantes del derecho romano saben que la tutela se acaba segun las leyes romanas seguidas en casi todas las naciones modernas en llegando el pupilo á la pubertad, cuya época está señalada en los catorce años para los varones, y en los doce para las hembras.

No es esta sola la diferencia entre la tutela y la curatela; hay otras muchas, y la capital es que el objeto primario de la tutela es la persona del pupilo; y el objeto primario de la curatela es la hacienda del menor; y así es que la curatela se define, *un poder dado por las leyes para administrar las cosas de aquel que por cualquiera motivo que sea no puede administrarlas por sí mismo*. Bien se ve que en la definicion está comprendida la curatela del furioso, del mentecato, del pródigo, y del menor de edad, con la diferencia de que á éste no se da ordinariamente curador contra su voluntad, y sí á

los otros, lo que forma tambien otra diferencia entre la tutela que se da al pupilo sin consultar su voluntad, y la curatela del adollescente, que no la admite sino quiere.

Por otra parte: la tutela y la curatela, tienen mucha semejanza entre sí: la misma obligacion de dar fianza, los mismos motivos de escusa &c.

La ley *Zetoria* segun algunos erudios fue la que fijó entre los romanos á los veinte y cinco años la época en que debia acabarse la curatela; porque se creyó, siguiendo la opinion de los filósofos de aquellos tiempos, que hasta aquella edad no estan en su pleno vigor las facultades intelectuales y físicas del hombre; pero la experiencia de todos los dias nos enseña lo contrario. Casi todas las legislaciones modernas han seguido en este punto la disposicion de las leyes romanas, y permitiendo á los menores de veinte y cinco años disponer de sus personas tal vez para siempre como en los votos religiosos, les prohiben disponer de las cosas inmuebles, como si fueran menos importante la persona de un hombre y su libertad, que un prado ó una viña. La ley inglesa fija la época de la mayor edad á los veinte y un años, y lo mismo hace la ley de Francia sin distincion de sexos, y estas leyes me parecen mas conformes al principio de la utilidad que las leyes romanas y las de los pueblos modernos que las han copiado.

CAPITULO IV.

Padre é hijo.

Ya hemos dicho que con cierto respeto el padre es un señor para su hijo, y con otro un tutor.

En calidad de señor tendrá el derecho de imponer servicios á sus hijos, y emplear en provecho suyo el trabajo de ellos hasta la edad en que la ley establece su independencia. Este derecho que se dá al padre es una

indemnizacion de los cuidados y gastos de la educacion. Es bueno que el padre tenga un interes y un placer en la educacion del hijo, y esta utilidad que él halla en criarle es un bien no menos para el uno que para el otro.

En calidad de tutor tiene todos los derechos y todas las obligaciones de que hemos hablado en el capitulo anterior.

Bajo el primer respecto se mira á la utilidad del padre, y bajo el segundo á la del hijo. Estas dos cualidades se concilian facilmente entre las manos de un padre por el afecto natural que le inclina mas bien á hacer sacrificios por sus hijos, que á valerse de sus derechos por su propia utilidad.

Á primera vista parece que el legislador no tenia necesidad de intervenir entre los padres y los hijos, y que podia fiarse al cariño de los unos y al reconocimiento de los otros; pero esta idea superficial sería engañosa; y es absolutamente necesario limitar por una parte el poder paterno, y mantener por otra con algunas leyes el respeto filial.

Regla general: No debe darse un poder en cuyo ejercicio podria perder mas el hijo que podia ganar el padre.

Cuando en Prusia á imitacion de los romanos se ha dado al padre el derecho de estorvar el casamiento del hijo sin limitacion de edad, no se ha seguido esta regla.

Los escritores políticos han caido en errores opuestos tratando de la autoridad paterna: unos han querido hacerla despótica como era en Roma, y otros han querido aniquilarla. Algunos filósofos han pensado que los hijos no debian ser entregados al capricho y á la ignorancia de los padres; sino que el estado debia encargarse de ellos y de educarlos en comun. Se nos cita en apoyo de este sistema á Sparta, á la Creta y á los antiguos persas; pero se olvida que esta educacion comun sola-

mente se daba á una clase pequeña de ciudadanos, porque la masa del pueblo era compuesta de esclavos.

En esta disposicion artificial, á mas de la dificultad de repartir los gastos y hacer soportar la carga de ellos á los padres que ya no se aprovecharian de los servicios, ni tendrían el motivo del cariño á unos hijos que mirarian como casi extraños, aun habria un inconveniente mayor en que los educandos no se formasen desde muy temprano para la diversidad de condiciones en que deben vivir. La eleccion misma de un estado depende de tantas circunstancias, que solamente los padres pueden determinarla, y otro cualquiera que ellos no podria juzgar ni de su conveniencia ni de sus esperanzas, ni de los talentos, ni de las inclinaciones de los jóvenes educandos. Por otra parte, este plan en que se tienen por nada los afectos recíprocos de los padres y de los hijos, produciria el mas funesto de todos los efectos, destruyendo el espíritu de familia, debilitando la union conyugal, y privando á los padres y á las madres de los placeres que les da la nueva generacion que se cria á su lado. ¿Se ocuparian con el mismo celo en el bienestar futuro de unos hijos que ya no serian su propiedad? ¿tendrían por ellos los sentimientos que ya no esperaban recibir de su parte? ¿no estando ya animada la industria por el aguijon del amor paterno, tendrían siempre el mismo ardor? ¿los goces domésticos no tomarian otra direccion menos ventajosa para la prosperidad general?

Añadiré por última razon que la disposicion natural dejando á los padres la eleccion, el modo y la carga de la educacion, puede compararse á una serie de experiencias que tienen por objeto perfeccionar el sistema general de ella. Todo se adelanta y se desenvuelve por la emulacion de los individuos, por la diferencia de ideas y de talentos, en una palabra, por la variedad de los impulsos particulares; pero si todo se vacia en un molde único, y la enseñanza toma en todas partes el carácter

de la autoridad legal, los errores se perpetúan, y no hay que esperar progresos.

Tal vez me he extendido demasiado sobre una quimera; pero esta noción platónica ha seducido en nuestros días á algunos escritores célebres, y un error que arrastró á Rousseau y Helvecio, podría muy bien hallar otros defensores.

COMENTARIO.

Antes nos habia dicho Bentham que las condiciones de amo y criado, de tutor y pupilo son las bases fundamentales de todas las condiciones privadas, y consiguiente á este principio nos dice ahora que el padre es amo y tutor al mismo tiempo de su hijo: que como amo puede exigir de él ciertos servicios, y como tutor tiene todos los derechos y todas las obligaciones de tal: que en el ejercicio de los derechos de amo puede proponerse su utilidad propia sin tener atención á la del hijo; pero que en el ejercicio de los derechos de tutor debe proponerse la utilidad del hijo sin atender á la suya propia: los caracteres que serian inconciliables en una persona extraña, se concilian fácilmente en un padre, que por afecto natural al hijo está mas dispuesto á hacer sacrificios por éste, que á abusar de su poder, exigiendo de él mas servicios de los que debe prestar; sin embargo, como esto último se ve algunas veces, aunque raras, conviene limitar por una parte el poder paterno, previniendo los abusos que un padre desnaturalado podría hacer de él, y por otra mantener el respeto filial, de manera que el hijo no pueda apartarse de la obediencia y sumision que justamente debe á su padre. En ningun caso debe darse á éste una autoridad por cuyo ejercicio podría perder mas el hijo que ganar su padre,

cual sería la de estorvar al hijo de cualquiera edad que fuese el contraer un matrimonio, como sucedia entre los romanos. Sentados estos principios harto sencillos compara Bentham la educacion comun que algunos escritores políticos quisieran se diera á todos los ciudadanos siguiendo el ejemplo de los esparciatas, de los cretenses, y de los antiguos persas, con la educacion privada y doméstica, y da á ésta la preferencia por razones que apenas dejan libertad para ser de otra opinion que la suya.

En Roma en sus primeros tiempos la condicion de los hijos era mas dura que la de los esclavos, si el padre queria égercer sus derechos en toda su extension. Por una ley de Romulo, que copiaron despues y confirmaron los Décemviro en las doce tablas, los padres tenían el derecho de vida y muerte sobre sus hijos, y los podian vender hasta tres veces, cuando solamente podian vender una á los esclavos; pero despues las leyes posteriores abolieron estas leyes antiguas, dignas de los feroces fundadores de Roma: hoy mismo en la China los padres tienen el derecho de exponer á sus hijos en las calles y caminos donde casi todos perecen, ó porque las leyes han tenido por conveniente esta práctica bárbara en un país demasiado poblado; ó porque estando establecida la autoridad del emperador á semejanza de la autoridad paterna, el emperador que es el legislador, tiene interes en que sea grande la autoridad de los padres, porque en proporcion es grande la suya.

CAPITULO V.

Del matrimonio.

*Inde casas posquam, ac pelles ignemque pararunt,
Et mulier conjuncta viro concessit in unum,
Castaque privatae veneris connubia laeta
Cognita sunt: prolemque ex se videre creatam
Tum genus humanum primum mollescere cepit.*
Luc. V.

De cualquiera modo que se mire la institucion del matrimonio, es palpable la utilidad de este noble contrato, vínculo de la sociedad, y base fundamental de la civilizacion.

El matrimonio, como contrato, ha sacado á las mugeres de la esclavitud mas dura y mas humillante: ha distribuido la masa de la comunidad en familias distintas: ha creado una magistratura doméstica: ha formado ciudadanos: ha extendido las miras de los hombres á lo venidero por el afecto á la generacion naciente, y ha multiplicado las simpatías sociales. Para apreciar todos sus beneficios, basta pensar un momento en lo que serian los hombres sin esta institucion.

Las cuestiones relativas á este contrato pueden reducirse é siete: 1.^a ¿entre qué personas se permitirá? 2.^a ¿cuál será su duracion? 3.^a ¿con qué condiciones se hará? 4.^a ¿en qué edad? 5.^a ¿á quién toca la eleccion? 6.^a ¿entre cuantas personas? 7.^a ¿con qué formalidades?

SECCION I.

Entre qué personas debe permitirse el matrimonio.

Si quisiéramos guiarnos aqui por los hechos históricos nos hallariamos muy confusos, ó por mejor decir, nos sería imposible deducir una regla fija de tantos usos contradictorios. No nos faltarian egemplos respetables para autorizar las uniones que miramos como las mas criminales, ni para prohibir muchas que miramos como del todo inocentes. Cada pueblo pretende que sigue en este punto lo que él llama derecho de la naturaleza, y mira con una especie de horror bajo las imágenes de inancha y de impureza, todo lo que no es conforme á las leyes matrimoniales de su pais. Supongamos que ignoramos todos estas instituciones locales y consultemos solamente el principio de la utilidad para ver entre qué personas conviene permitir ó prohibir el matrimonio.

Si examinamos lo interior de una familia compuesta de personas diferentes entre ellas, por la edad, por el sexo, y por los deberes relativos, al instante se nos presentarán razones muy fuertes para proscribir ciertas alianzas entre muchos individuos de esta familia.

Yo veo una razon que aboga directamente contra el matrimonio mismo. Un padre, un abuelo, un tio, que ocupa el lugar de padre, podrian abusar de su poder para forzar á una jóven doncella á contraer con ellos una alianza que la sería odiosa; y cuanto mas necesaria es la autoridad de estos parientes, tanto menos se les debe dar la tentacion de abusar de ella.

Este inconveniente solamente se estiende á un corto número de casos incestuosos, y no es el mas grave. En el peligro de las costumbres, es decir, en los males que podrian resultar de un comercio pasagero fuera del ma-

trimonio, es donde se deben buscar las razones verdaderas para proscribir ciertas alianzas.

Si no hubiera un muro insuperable entre parientes cercanos destinados á vivir juntos en la mayor intimidad, su aproximacion, las ocasiones continuas, la amistad misma, y sus caricias inocentes, podrian encender pasiones funestas. Las familias, aquellos asilos donde debe hallarse la tranquilidad en el seno del órden, y en que los movimientos del alma agitada en las escenas del mundo, deben calmarse; las familias mismas vivirian devoradas por todas las inquietudes de las rivalidades, y por todos los furoros del amor. Los celos desterrarian la confianza: los sentimientos mas dulces se extinguirian en los corazones, y odios eternos y venganzas de que la idea sola estremece, ocuparian el lugar de ellos. La opinion de la castidad de las jóvenes doncellas, aquel atractivo tan poderoso del matrimonio, no tendria en qué fundarse, y los lazos mas peligrosos para la educacion de la juventud se hallarian en el asilo mismo en que ella puede menos evitarlos.

Estos inconvenientes pueden comprenderse en cuatro artículos.

1.º *Mal de rivalidad.* Peligro resultante de una rivalidad real ó presumida entre un conyuge, y ciertas personas del número de sus parientes, ó de sus aliados.

2.º *Impedimento de matrimonio.* Peligro de privar á las doncellas de la probabilidad de formar un establecimiento permanente y ventajoso por medio del matrimonio, disminuyendo la seguridad de los que desearian casarse con ellas.

3.º *Relajacion de la disciplina doméstica.* Peligro de invertir la naturaleza de las relaciones entre los que deben mandar, y los que deben obedecer, ó de debilitar á lo menos la autoridad tutelar que por interes de las personas menores deben ejercer sobre ellas los jefes de la familia, ó los que hacen veces de tales.

4.º *Perjuicio físico.* Peligros que pueden resultar de los goces prematuros para el desarrollo de las fuerzas, y para la salud de los individuos.

Tabla de las alianzas que deben prohibirse

Un hombre no podrá casarse con: 1.º la muger ó esposa de su padre, ó de otro progenitor cualquiera. *Inconvenientes* 1.º 3.º 4.º

2.º Su descendiente cualquiera. *Inconvenientes* 2.º 3.º 4.º

3.º Su tia cualquiera. *Inconvenientes* 2.º 3.º 4.º

4.º La esposa ó la viuda de su tio cualquiera. *Inconvenientes* 1.º 3.º 4.º

5.º Su sobrina cualquiera. *Inconvenientes* 2.º 3.º 4.º

6.º Su hermana cualquiera. *Inconvenientes* 2.º 4.º

7.º La descendiente de su esposa. *Inconvenientes* 1.º 2.º 3.º 4.º

8.º La madre de su esposa. *Inconveniente* 1.º

9.º La esposa ó la viuda de su descendiente cualquiera. *Inconveniente* 1.º

10. La hija de la esposa de su padre en un matrimonio anterior, ó del esposo de su madre en un matrimonio anterior. *Inconveniente* 4.º (1)

¿Será permitido á un hombre casarse con la hermana de su muger difunta?

Hay razones en pro y en contra: la razon reprobante es el peligro de la rivalidad en vida de las dos hermanas: la razon justificativa es la utilidad de los hijos. Si la madre viene á morir ¡qué fortuna para ellos el tener por madrastra á su propia tia! ¿que cosa mas propia puede haber para moderar la enemistad natural de esta

(1) La tabla de las alianzas que deben prohibirse á la muger sería necesaria en el texto de las leyes para mayor claridad. Aquí se omite como repeticion inútil.

relacion, que un parentesco tan cercano? Esta última razon me parece la mas fuerte; pero para prevenir el riesgo de la rivalidad, se deberia dar á la esposa el poder legal de prohibir á su hermana la entrada en su casa; porque si la esposa no quiere tener á su lado á su propia hermana ¿que motivo legitimo podia tener el marido para quererla tener cerca de él siendo para él una persona extraña?

¿Será permitido á un hombre casarse con la viuda de su hermano?

Hay razones en pro y en contra como en el caso precedente. La razon reprobante es del mismo modo el peligro de la revalidad, y la razon justificativa es tambien la utilidad de los hijos; pero estas razones me parece que tienen poca fuerza de una parte y otra.

Mi hermano no tiene sobre mi muger mas autoridad que una persona extraña, y no puede verla sin mi permiso. El peligro pues de la rivalidad parece menor en él que en otro cualquiera; y la razon en *contra* se reduce á casi nada. — Por otra parte, lo que los hijos tienen que temer de un padrastro es muy poca cosa. Es un milagro que una madrastra no sea enemiga de los hijos de otro matrimonio; pero generalmente un padrastro es un amigo y un segundo tutor de ellos. La diferencia de estado de los dos sexos, la sujecion legal del uno y el imperio legal del otro, les exponen á ciertas flaquezas opuestas que producen efectos contrarios. El tio es ya un amigo natural de sus sobrinos y de sus sobrinas, y en esta parte nada ganan estos en que su tio se case con su madre. Si en un padrastro extraño hallan un enemigo, la proteccion del tio es un recurso para ellos; y si hallan un amigo, este es un protector mas que han adquirido, y que no tendrian si su tio fuera tambien su padrastro. — Teniendo muy poca fuerza de una parte y otra las razones *en pro* y las razones *en contra*, parece que el bien de la libertad debe hacer inclinár la balanza

en favor de la permission de estos matrimonios.

En vez de las razones que he dado para prohibir las alianzas en un cierto grado de parentesco, la moral vulgar corta y raja sobre todos estos puntos de legislacion sin tomarse el trabajo de examinar. «Estas alianzas, se dice repugnan á la naturaleza: luego deben »proscribirse.»

En buena lógica nunca este argumento solo sería una razon bastante para proscribir una accion cualquiera. Donde el hecho de la repugnancia es verdadero, la ley es inútil ¿para qué prohibir lo que nadie quiere hacer? La repugnancia natural es una prohibicion suficiente: pero donde esta repugnancia no existe, falta la razon y la moral vulgar nada podria alegar para prohibir el acto de que se trata: pues que su único argumento fundado sobre el disgusto ó la repugnancia natural, se destruye por la suposicion contraria. Si nos debemos atener á la naturaleza, esto es, á la propension de los deseos, deberemos conformarnos igualmente con sus decisiones cualesquiera que sean, y si se deben prohibir estas alianzas cuando repugnan, deberán permitirse cuando agradan; porque ciertamente no merece mas respeto la naturaleza que aborrece, que la naturaleza que ama y desea.

Es harto raro que las pasiones del amor se desenvuelvan en el círculo de los individuos á que con razon debe ser prohibido el matrimonio. Parece que para que nazca el amor se necesita un cierto grado de sorpresa, un efecto repentino de la novedad, y esto es lo que los poetas han expresado felizmente en la ingeniosa alegoria de las flechas, del carcax y de la venda del amor. Unos individuos acostumbrados á verse y conocerse desde una edad que no es capaz de concebir este deseo, ni de inspirarle, se verán con los mismos ojos hasta el fin de su vida: esta inclinacion no halla época determinada para empezar: sus afectos han tomado otra

dirección, y son por decirlo así, un río que se ha cabado su madre, y que ya no la muda.

La naturaleza pues está bastante de acuerdo en esta parte con el principio de la utilidad; pero sin embargo no conviene fiarse en ella sola; porque hay circunstancias en que la inclinacion podria nacer, y en que la alianza sería un objeto de deseo sino estuviera prohibida por las leyes, é infamada por la opinion.

En la dinastia griega de los soberanos de Egipto, el heredero del trono se casaba regularmente con una de sus hermanas, para evitar al parecer los peligros de una alianza con una familia subdita, ó con una familia estrangera. En este rango, tales matrimonios prodrian estar exentos de los inconvenientes que tendrian en la vida privada; porque la opulencia real podia establecer una separacion y una cláusura que no puede mantenerse en la mediocridad.

La política ha producido algunos egemplos casi semejantes en los tiempos modernos. En nuestros dias el reino de Portugal se ha aproximado á la costumbre egipcia, y la reina reinante ha recibido por esposo á su sobrino y su vasallo aunque con una dispensa de Roma. Los protestantes que carecen de este recurso no tienen la facultad de casarse con sus tias. Con todo, los luteranos han dado el egemplo de una extension de privilegios.

El inconveniente de estas alianzas no es para los que las contraen: consiste enteramente en el mal del egemplo, porque una permission concedida á los unos, hace sentir á los otros la prohibicion como una tiranía: cuando el yugo no es el mismo para todos, parece mas pesado á los que le llevan.

Se dice que estos matrimonios en la misma sangre hacian degenerar la especie, y se habla de la necesidad de cruzar las razas entre los hombres, como entre los animales. Esta objecion podria tener alguna fuerza, si

bajo el imperio de la libertad, las alianzas entre parientes muy cercanos debieran ser las mas comunes; pero ya basta de refutar malas razones, y aun sería demasiado, sino fuera servir á una buena causa, el destruir los argumentos débiles y falaces con que se quiere sostener. Algunos hombres bien intencionados piensan que no se debe quitar á la buena moral alguno de sus apoyos, aunque esté fundado en falso; pero este error viene á ser como el de los devotos que han creído servir á la religion con fraudes piadosas, y que en vez de fortificarla la han debilitado, exponiéndola á la irrisión de sus enemigos. Cuando un espíritu depravado ha triunfado de un argumenro falso, ya se figura haber triunfado de la moral misma.

SECCION II.

¿ Por qué tiempo ? Exámen del divorcio.

Si la ley nada determinára sobre la duracion de este contrato, si los individuos pudieran contraerle como cualquiera otro trato por un término mas ó menos largo, ¿cuál sería el arreglo mas comun bajo los auspicios de la libertad? ¿puede creerse que se apartase mucho de las reglas actualmente observadas?

El fin del hombre en este contrato podria ser únicamente satisfacer una pasion pasajera, y satisfecha esta pasion habria gozado de todo lo útil de la union sin alguno de sus inconvenientes; pero no es lo mismo en la muger, porque este enlace tiene para ella consecuencias muy duraderas y muy gravosas. Despues de las incomodidades del embarazo, despues de los peligros y dolores del parto queda cargada con los cuidados de la maternidad, y asi, la union que no daría al hombre mas que placeres, empezaría para la muger un largo círculo

de penas, y la conduciría á un término inevitable en que hallaría la muerte, sino se hubiera asegurado de antemano para sí, y para el germen que debe alimentar en sus entrañas el cuidado y la proteccion de un esposo. »Yo me entrego á tí, le dice ella; pero tú serás mi custodio en mi estado de flaqueza, y tú proveerás á la conservación del fruto de nuestro amor.» Este es el principio de una sociedad que se prolongaría muchos años aun cuando no habria mas que un solo hijo; pero otros que nazcan formarán otros vínculos; á medida que se adelanta se prolonga el enlace. Los primeros límites que se habian podido señalarle han desaparecido pronto, y se ha abierto una nueva carrera á los placeres y á los deberes recíprocos de los esposos. Cuando ya la madre no pudiera esperar tener mas hijos, y cuando el padre hubiera provisto al mantenimiento del mas joven de la familia, ¿puede pensarse que esta se disolviese? ¿Pensarian los esposos en separarse despues de una cohabitacion de muchos años? ¿el hábito no ha atado sus corazones con mil y mil lazos que la muerte sola puede destruir? ¿los hijos no forman un nuevo centro de union? ¿no crean un nuevo fondo de placeres y de esperanzas? ¿no hacen que el padre y la madre sean necesarios el uno al otro, por los cuidados y los atractivos de un afecto mutuo que nadie puede partir con ellos? El curso ordinario de la union conyugal será pues la *duracion de la vida*; y si es natural suponer á la muger bastante prudencia para estipular de este modo sus intereses mas preciosos ¿se debe esperar menos de un padre ó de un tutor que tienen ademas la madurez de la experiencia?

La muger tiene tambien un interes particular en la duracion indefinida de la union. El tiempo, los embarazos, la lactancia, la cohabitacion misma, todo conspira á disminuir el efecto de sus gracias: ella sabe que su belleza declinará en una edad en que la fuerza del hom-

bre va aun en aumento: sabe que despues de haber gastado su juventud con un marido, le sería mas difícil hallar otro al paso que el hombre no tendría esta dificultad. De aquí viene esta nueva cláusula que la dictará su prevision: «sí: me entrego á tí, pero tú no podrás dejarme cuando quieras sin mi consentimiento.» El hombre exige igualmente la misma promesa, y he aquí por ambos lados un contrato legítimo fundado sobre la felicidad de las dos partes.

El matrimonio por la vida es pues el matrimonio mas natural, el mas conveniente á las necesidades, y á las circunstancias de las familias, y el mas favorable á los individuos en la generalidad de la especie. Aunque no hubiera leyes que lo ordenasen, es decir, aunque no hubiera otras leyes que las que sancionan los contratos, este arreglo sería siempre el mas comun, porque es el mas conveniente á los intereses recíprocos de los esposos. El amor de parte del hombre, el amor y la prevision de parte de la muger, la prudencia sábia de los padres, y su afecto, todo concurre á hacer imprimir el carácter de perpetuidad al contrato de esta alianza.

¿Pero qué se diría si una muger pusiera en el contrato esta cláusula: «no me será permitido dejarte ni «librarme de tí, aunque llegáramos á aborrecernos tanto como ahora nos amamos?» Una condicion semejante parece un acto de mentecatez: tiene algo de contradictorio y absurdo que choca á primera vista, y todo el mundo convendría en mirar un tal voto como temerario, y en pensar que la humanidad debía hacerlo abolir.

Pero esta cláusula absurda y cruel, no es la muger la que la pide, no es el hombre el que la invoca, es la ley la que la impone á los dos esposos como una condicion de la cual no pueden eximirse. «La ley se presenta «en medio de los contrayentes, les sorprende en el en-

«*entusiasmo de la juventud, y en aquellos momentos que abren todas las puertas de la felicidad, y les dice, os unis con la esperanza de ser felices; pero yo os declaro que entráis en una prision, cuya puerta se tapiará luego que esteis dentro: yo seré inexorable á los gritos de vuestro dolor, y aunque os batais con las cadenas nunca permitiré que se os quiten*».

Creer en la perfeccion del objeto amado, creer en la eternidad de la pasion que se siente y que se inspira, son unas ilusiones que pueden perdonarse á dos jóvenes en la ceguedad del amor; pero unos viejos jurisconsultos, unos legisladores encanecidos por los años no dan en esta quimera, y si creyeran en la eternidad de las pasiones ¿para qué prohibir un poder de que nunca se querria hacer uso? Pero no: ellos han previsto la inconstancia, han previsto los odios, han previsto que al mas violento amor podria suceder la mas violenta antipatía, todo lo han previsto, y á pesar de esto han pronunciado con toda la frialdad de la indiferencia la eternidad de este voto, aun cuando el sentimiento que lo dictó haya sido borrado por el sentimiento contrario. Si hubiera una ley que no permitiera tomar un asociado, un tutor, un mayordomo, un compañero, sino con la condicion de no separarse jamas de él ¡qué tiranía! se diria ¡qué demencia! Un marido es al mismo tiempo un asociado, un tutor, un mayordomo, un compañero, y mas aun; y sin embargo, en la mayor parte de los paises civilizados los maridos son eternos.

Vivir bajo la autoridad perpetua de un hombre que se detesta, es ya una esclavitud; pero ser forzada á recibir sus caricias, es una desgracia demasiado grande para haber sido tolerada en la esclavitud misma. Por mas que se diga que el yugo es recíproco, la reciprocidad no hace mas que doblar la desgracia.

Si el matrimonio presenta á lo general de los hombres el único medio de satisfacer plena y pacíficamente

el deseo imperioso del amor, apartarlos de él es privarles de sus dulzuras, es hacer un mal proporcionalmente grave ; y qué cosa puede inspirar mas temor que la indisolubilidad del contrato ? Matrimonio , servicio , país , estado cualquiera : una prohibicion de salir de él es una prohibicion de entrar.

Basta indicar otra reflexion fuerte pero comun. La infidelidad en los matrimonios está en razon de la escasez de ellos ; porque cuantos mas seductores hay tanto mas frecuentes deben ser las seducciones.

En fin cuando la muerte es el medio único de soltura ó libertad ; qué horribles tentaciones, que delitos no pueden resultar de una posicion tan funesta ! . . . Los egemplos iguorados son tal vez mas que los que se saben ; y lo que debe verificarse mas frecuentemente en este genero es el *delito negativo* ; qué fácil es el delito aun para corazones que no estan pervertidos , cuando para egecutarlo basta la inaccion ! Esponed á un peligro comun á una esposa aborrecida , y á una amante adorada ; hareis esfuerzos tan sinceros , tan generosos , por la primera como por la segunda ?

No se debe disimular que pueden proponerse algunas objeciones especiosas contra la disolubilidad del matrimonio : tratemos de reunir las y de responder á ellas.

Primera objecion. Permitid el divorcio , y ninguna de las partes mirará su suerte como fijada irrevocablemente. El marido echará la vista al derredor de sí para buscar una muger que le convenga mas ; y del mismo modo la muger hará comparaciones y formará proyectos para mudar de marido. De aqui resulta una inseguridad perpetua y reciproca con respecto á aquella especie preciosa de propiedad sobre la cual se arregla todo el plan de vida.

Respuesta. 1.º Este mismo inconveniente con otros nombres existe en parte en el matrimonio indisoluble,

cuando segun se supone se ha extinguido el afecto recíproco: entonces no se busca una nueva esposa; pero se busca una nueva querida: no se busca un segundo esposo, pero se busca otro amante. Los deberes severos del limeneo, y sus prohibiciones, muy fáciles de eludir, sirven mas acaso para excitar la inconstancia que para prevenirla ¿quién ignora que la prohibicion y la violencia sirven de estimulante á las pasiones? ¿no es una verdad de esperiencia que los obstaculos mismos á fuerza de ocupar la imaginacion y de fijar el espíritu en el mismo objeto, solo sirven para aumentar el deseo de vencerlos? El régimen de la libertad produciria menos caprichos errantes que el de la esclavitud conyugal. Háganse los matrimonios disolubles, y habrá mas separaciones aparentes, pero menos separaciones reales.

2.º No debemos limitarnos á considerar solo el inconveniente de una cosa, sino que debemos mirar tambien sus ventajas. Cada uno de los casados sabiendo la que puede perder, procurará por su parte cultivar los medios de agradar que habian producido en el principio el afecto recíproco: los dos se aplicarán mas á estudiar mutuamente sus caractéres y á corregirlos y conformarse: sentirán la necesidad de hacer algunos sacrificios de mal humor y de amor propio; y en una palabra los cuidados, las atenciones, las complacencias se prolongarán en el estado del matrimonio, y lo que ahora se hace solamente por obtener el amor, se hará entonces por conservarle.

3.º Los jóvenes en disposicion de casarse serian menos frecuentemente sacrificados por la avaricia y la codicia de sus padres, y apesar de estos sería necesario consultar las inclinaciones antes de formar unos lazos que la repugnancia podria romper. Las conveniencias reales en que descansa la felicidad, la conformidad de edad, de educacion y de gustos, entrarian entonces en los cálculos de la prudencia: no sería posible casar, como

se dice, las haciendas, sin casar las personas, y antes de formar un matrimonio se examinaría todo lo que podía hacerle durable,

Segunda objecion. «Cada uno de los cónyuges, mirando su union como pasagera, mirará con indiferencia los intereses, y en especial los intereses pecuniarios del otro, y de aqui nacerian la profusion, la negligencia, y la mala economía en todo.»

Respuesta. El mismo peligro hay en las sociedades de comercio, y sin embargo, este riesgo se realiza muy raras veces. El matrimonio disoluble tiene un lazo que estas sociedades no tienen: el mas fuerte, el mas durable de todos los lazos morales, que es el afecto á los hijos comunes, el cual cimenta el afecto recíproco de los esposos ¿No vemos mas frecuentemente esta falta de economía en los matrimonios indisolubles que en las sociedades de comercio? ¿y por qué? Porque éste es un efecto de la indiferencia y del disgusto, que da á unos casados fastidiados el uno del otro una necesidad continua de huirse y de buscar nuevas distracciones. El vínculo moral de los hijos se disuelve: su educacion, el cuidado de su bienestar futuro, es apenas un objeto secundario: el atractivo del interes comun se desvanece, y cada uno de ellos buscando sus placeres por su parte, se inquieta poco por lo que sucederá despues de sus dias. De este modo un principio de desunion entre los esposos introduce de mil maneras la negligencia y el desorden en sus negocios domésticos; y la ruina de su hacienda es frecuentísimamente una consecuencia inmediata de la desunion de sus corazones. Este mal no sucederia bajo el régimen de la libertad; porque antes de haber desunido los intereses, hubiera el disgusto separado las personas.

La facultad del divorcio es mas propia para prevenir la prodigalidad, que para producirla; porque cada uno de los esposos temeria dar un motivo tan legítimo

de descontento á un asociado, cuya estimacion necesita conciliarse. La economía apreciada en todo su valor por la prudencia interesada de los dos esposos, tendrá siempre un mérito tan grande á los ojos de ellos, que cubriría muchas faltas, y en favor de ella se perdonarian muchas ofensas. — Además se conocería que en caso de divorcio, la parte que hubiese adquirido una reputacion de inconducta y de prodigalidad tendría menos probabilidades de formar otros enlaces ventajosos.

Tercera objeccion. »La disolubilidad del matrimonio »dará al mas fuerte de los cónyuges una disposicion á »maltratar al mas flaco para hacerle consentir en el »divorcio.» *Respuesta.* Esta objeccion es sólida y merece toda la atencion del legislador; pero por fortuna basta una sola precaucion para minorar el riesgo. En el caso de mal tratamiento se deberia dar libertad á la parte interesada, y no á la otra, y con esto solo cuanto mas un marido deseára el divorcio para volverse á casar, tanto mas se abstendria de conducirse mal con su muger, temiendo que algunos actos pudiesen interpretarse como violencias destinadas á arrancar por fuerza el consentimiento á su muger. Prohibidos los medios groseros y brutales no le quedarán otros para moverla á consentir en la separacion que los suaves y atractivos, y la tentará si puede ser con ofrecimientos de unos bienes independientes, y aun acaso la buscará otro marido que pueda hacerla aceptar como un precio de su rescate.

Cuarta objeccion. »Esta se toma del interes de los »hijos; ¿qué sería de ellos cuando la ley hubiera roto la »union entre su padre y su madre?»

Respuesta. Lo que sería si la muerte la hubiera roto, y aun en el caso del divorcio su perjuicio no sería tan grande: pues los hijos pueden continuar en vivir con aquel de los esposos, de cuyo cuidado mas necesitan; porque la ley consultando el interes de ellos no dejará de confiar los varones al padre, y las hembras á

la madre. El gran peligro de los hijos despues de la muerte de uno de sus padres, es pasar bajo el régimen de un padrastro ó de una madrastra que los mira muchas veces como enemigos: los hijos sobre todo estan expuestos á los mas desagradables tratamientos bajo el despotismo habitual de una madrastra; pero este peligro no existe en el caso de divorcio, porque los niños tendrán á su padre para gobernarlos, y las niñas á su madre, y su educacion padecerá menos de lo que hubiera padecido por las discordias y los odios domésticos. Si el interes de los hijos fuera pues una razon bastante para prohibir las segundas nupcias en caso de divorcio, mas lo sería en el caso de muerte.

Ademas, la disolucion de un matrimonio es un acto bastante importante para someterlo á ciertas formalidades que pueden á lo menos producir el efecto de prevenir un capricho, y dar á las partes interesadas tiempo para reflexionar. Es necesaria la intervencion de un magistrado, no solamente para justificar que el marido no ha violentado á su muger para hacerla consentir en el divorcio, sino tambien para interponer una dilacion mas ó menos larga entre la demanda del divorcio y el divorcio mismo.

Esta es una de aquellas cuestiones sobre las cuales siempre habrá diferentes opiniones, cada uno se inclinará á condenar ó aprobar el divorcio segun el mal ó el bien que haya visto resultar de él en algunos casos particulares, ó segun su interes personal.

En Inglaterra solamente puede disolverse un matrimonio en el caso en que se pruebe el adulterio de la muger; pero es preciso pasar por muchos tribunales; y como una acta del parlamento sobre el asunto cuesta á lo menos quinientas libras esterlinas, solamente una clase muy pequeña de ciudadanos puede pretender el divorcio.

En Escocia el adulterio del marido basta para fun-

dar un divorcio. En esta parte la ley se muestra fácil; pero por otra es rigurosa; porque disuelto el matrimonio no permite á la parte culpada contraer otro con el cómplice de su delito.

En Suecia es permitido el divorcio por el adulterio del marido ó de la muger, lo que viene á ser lo mismo que si se permitiera por el consentimiento mutuo, porque el hombre se deja acusar de adulterio, y el matrimonio queda disuelto. Lo mismo sucede en Dinamarca á no ser que pueda probarse la colusion.

Segun el código Federico, los casados pueden separarse voluntariamente, y contraer despues otro matrimonio; pero con la condicion de fastidiarse solos un año entero. Me parece que este intervalo, ó una parte de él, se emplearia mejor en dilaciones antes de conceder el divorcio.

En Ginebra el adulterio era una razon suficiente; pero la separacion podia tambien efectuarse por la sola incompatibilidad de caractéres: una muger dejando la casa de su marido, y retirándose á la de sus amigos ó parientes daba motivo á una demanda de divorcio que siempre tenia su efecto legal; pero sin embargo, el divorcio era raro, porque se proclamaba en todas las iglesias, y esta proclamacion era una especie de pena ó de censura pública siempre temida

Desde que el matrimonio es disoluble en Francia á gusto de las partes, se han visto en Paris como quinientos ó seiscientos divorcios en los dos últimos años sobre la totalidad de los matrimonios. Es muy difícil juzgar de los efectos de una institucion cuando es nueva.

Los divorcios no son comunes en los países en que han sido autorizados por largo tiempo. Las mismas razones que impiden á los legisladores permitirlos mueven á las partes á abstenerse de ellos donde son permitidos. El gobierno que los prohíbe decide que eniende mejor los

intereses de los individuos que ellos mismos; y la ley ó produce un mal efecto ó ninguno produce.

En todos los países civilizados, la muger que ha sufrido sevicias y malos tratamientos del marido, ha conseguido de los tribunales lo que se llama una *separacion*, de la cual no resulta para alguna de las partes la permission de volverse á casar. El principio ascético enemigo de los placeres ha permitido la mitigacion de las penas. La muger ultrajada y su tirano sufren la misma suerte; pero esta igualdad aparente encubre una desigualdad bien real; porque la opinion deja una gran libertad al sexo dominante, é impone al mas flaco una gran reserva.

SECCION III.

¿Con qué condiciones?

Aqui solamente tratamos de averiguar las condiciones matrimoniales, que segun el principio de la utilidad convienen mas al mayor número, porque debe permitirse á los interesados hacer en los contratos las estipulaciones particulares que les parezca: en otros términos: las condiciones deben dejarse á la voluntad de las partes fuera de las escepciones ordinarias.

Primera condicion. «La muger estará sometida á las leyes del hombre, salvo el recurso á la justicia.» Señor de la muger por lo que respecta á los intereses de él, será tutor de la muger por lo que respecta á los intereses de ella. Entre dos personas que pasan juntas su vida, pueden las voluntades contradecirse á cada momento, y el bien de la paz exige que se establezca una preeminencia que prevenga ó termine las disputas; ¿por qué ha de ser el hombre el que gobierne? Porque es el mas fuerte. El poder en sus manos se mantiene por sí mismo; pero dad la autoridad á la muger, y se verá que á

cada instante se revela el marido contra ella. Esta razon no es la única: es probable que el hombre por su género de vida adquiere mas experiencia, mas aptitud para los negocios, y mas exactitud y consecuencia en sus ideas. Hay en estos dos puntos algunas excepciones; pero aqui se trata de hacer una ley general.

He dicho *salvo el recurso á la justicia*; porque no se trata de hacer del hombre un tirano, y de reducir al estado pasivo de la esclavitud al sexo que por su flaqueza y su dulzura tiene mas necesidad de la proteccion de las leyes; demasiado sacrificados han sido los intereses de las mugeres, y en Roma las leyes del matrimonio no eran otra cosa que el código de la fuerza y la sociedad del leon. pero los que por una nocion vaga de justicia y de generosidad quieren dar á las mugeres una igualdad absoluta, no hacen mas que ponerlas un lazo muy peligroso. Dispensarlas, en cuanto se las pudiera dispensar por las leyes, de la necesidad de agradar á sus maridos, sería en el sentido moral disminuir su imperio en vez de aumentarlo. El hombre seguro de su prerogativa no tiene las inquietudes del amor propio, y goza de ella aun cuando la cede. Substituid á esta relacion una rivalidad de poderes y el orgullo del mas fuerte continuamente ofendido, haria de él un antagonista peligroso para el mas flaco, y mirando mas á lo que se le quita que á lo que se le deja, haria todos sus esfuerzos para el restablecimiento de su preeminencia.

Segunda condicion. »La administracion correspondrá al hombre solo.» Esta es una consecuencia natural é inmediata de su imperio, y por otra parte los bienes regularmente se adquieren por su trabajo.

Tercera condicion. »El derecho de gozar será comun á los dos.» La base de esta cláusula debe ser recibida: 1.º por el bien de la igualdad: 2.º para dar á las dos partes el mismo grado de interes en la prosperidad doméstica; pero este derecho es necesariamente modificado por la

ley fundamental que somete la muger al poder del marido.

La diversidad de las condiciones y de la naturaleza de los bienes exigirán muchos pormenores de parte del legislador, pero no es este el lugar de darlos.

Quarta condicion. «La muger guardará la fidelidad «conyugal.» (No espondré aquí las razones que hay para poner el adulterio entre los delitos: en el código penal trataremos de ellas y las esplicaremos.)

Quinta condicion. «El marido guardará tambien la «fidelidad conyugal.» Las razones para hacer un delito del adulterio del marido, tienen mucho menos peso. . . Pero no deja de haber razones bastante fuertes para establecer esta condicion legal: tambien las espondremos en el código penal.)

SECCION IV.

¿En qué edad?

¿En qué edad será permitido casarse? Jamas debe serlo antes de aquella edad en que se presume que las partes contratantes conocen el valor del contrato, y debe ser mayor la severidad sobre este punto en los paises en que el matrimonio es indisoluble. ¡Cuántas precauciones no sería necesario tomar para prevenir un vínculo temerario cuando el arrepentimiento sería inutil! El derecho no puede señalar en este caso una época anterior á aquella en que el individuo entra en la administracion de sus bienes; porque sería absurdo que un hombre pudiese disponer de sí mismo para siempre, en una edad en que no le es permitido enagenar un prado de cien reales de valor.

SECCION V.

¿ Á quién toca la eleccion?

¿ De quien dependerá la eleccion de un esposo ó de una esposa? Esta cuestion presenta un absurdo aparente sino real: como si semejante eleccion pudiera pertenecer á otro que á la parte interesada.

Las leyes nunca habieran debido confiar este poder á los padres; porque les faltan dos cosas esenciales para ejercerlo bien: los conocimientos necesarios para hacer una eleccion de esta especie, y una voluntad dirigida al verdadero objeto de ella. El modo de ver y de sentir de los padres y de los hijos no es el mismo, ni ellos tienen el mismo interes. El amor es el móvil de la juventud: los viejos apenas hacen caso de él: los bienes en general merecen poca atencion á los hijos, y son lo que casi únicamente consideran los padres. Lo que quiere el hijo es ser feliz, y lo que el padre quiere es que lo parezca. El hijo puede querer sacrificar cualquiera otro interes al del amor, pero el padre quiere que sacrifique este interes á otro muy diferente.

Recibir en su familia un yerno ó una nuera que no le gusta, es ciertamente una cosa desagradable para un padre; pero no es mucho mas cruel para los hijos que se les prive del esposo ó de la esposa que haria su felicidad? Comparad las penas de una parte y otra ¿hay igualdad en ellas? Comparad la duracion probable de la carrera del padre y del hijo; y ved si debereis sacrificar la que empieza á la que acaba. — Esto es por el solo derecho de impedir ¿que sería si con la mascara de padre, un tirano desapiadado pudiera abusar de la dulzura y de la timidez de su hija para obligarla á unir su suerte á un esposo detestado?

Las conexiones de los jóvenes dependen mucho de

los padres y de las madres. Esto es cierto en parte por lo que respecta á los hijos, y enteramente por lo que respecta á las hijas. Si los padres no cuidan de usar de este derecho, si no se aplican á dirigir las inclinaciones de su familia, si abandonan á la casualidad la elección de sus conexiones, ¿á quién pueden quejarse de las imprudencias de la juventud? Por lo demás aunque se les quite el poder de estrechar y de forzar, no se les debe quitar el de moderar y retardar. Pueden distinguirse dos épocas en la edad nubil: en la primera el defecto del consentimiento del padre bastaría para anular el matrimonio: en la segunda aun tendría el derecho de retardar por algunos meses la celebracion del contrato, y se le daría este tiempo para hacer valer sus consejos.

En un país de la Europa famoso por la sabiduría de sus instituciones hay una costumbre muy extraordinaria. Los menbres necesitan el consentimiento de sus padres á menos que los amantes puedan caminar cien leguas antes de ser alcanzados; pero si tienen la fortuna de llegar á un cierto lugar, y hacer pronunciar al instante una bendicion nupcial por el primero que se presenta, el cual nada les pregunta, el matrimonio es válido, y la autoridad paterna queda burlada: ¿se deja subsistir un privilegio de esta naturaleza para animar á los aventureros, ó por un deseo secreto de enflaquecer el poder de los padres, ó de favorecer lo que se llama en otras partes casamientos indignos?

SECCION VI.

¿Cuántos contrayentes?

¿Entre cuántas personas al mismo tiempo debe subsistir este contrato? En otros términos: ¿se debe tolerar la poligamia? La poligamia es sencilla ó doble: la sencilla

es, ó *poligamia*, multiplicidad de mugeres, ó *polian-dria*, multiplicacion de maridos.

¿La poligamia es útil ó perniciosa? Lo mas que ha podido decirse en su favor se refiere á ciertos casos particulares, á ciertas circunstancias pasajeras, cuando un hombre por las enfermedades de su muger quedase privado de las dulzuras del matrimonio, ó cuando por su profesion estuviese obligado á partir su tiempo entre dos habitaciones, como por egemplo, un patron de navío &c.

Que alguna vez la poligamia conviniera al hombre, puede ser cierto; pero nunca convendrá á las mugeres, y para cada hombre favorecido por ella, habria siempre dos mugeres á lo menos, cuyos intereses serian sacrificados.

1.º El efecto de esta licencia sería agravar la desigualdad de las condiciones. Ya la superioridad de las riquezas tiene demasiado ascendiente, y esta institucion le daría todavia mas. Tal rico tratando con una doncella pobre, se prevaleiria de su posicion para reservarse el derecho de darla una rival: entonces cada una de sus dos mugeres se hallaria reducida á la mitad de un marido, cuando podria haber hecho la felicidad de un cierto hombre que en consecuencia de esta disposicion inicuiva vive privado de una compañera.

2.º ¿Qué sería de la paz de las familias? Los celos de las esposas rivales se propagarian entre sus hijos, y éstos formarían dos partidos contrarios, dos pequeños egércitos, cada uno de los cuales tendria por gefe una protectora igualmente poderosa á lo menos por sus derechos; ¡qué escena de disputas! ¡qué encarnizamiento! ¡qué animosidad! De la relajacion de los nudos fraternos resultaria una relajacion semejante en el respeto filial: cada hijo veria en su padre un protector de su enemigo: todos sus actos de bondad ó de severidad interpretados por prevençiones opuestas serian atribuidos á

sentimientos injustos de favor ó de odio, y la educacion de la juventud sería perdida en medio de estas pasiones hostiles, bajo un sistema de favor ó de opresion, que corromperia á los unos con el rigor, y á los otros con la indulgencia. En las costumbres orientales la poligamia subsiste con la paz; pero la esclavitud previene la discordia: un abuso es paliativo de otro, y todo el mundo vive tranquilo bajo el mismo yugo.

De esto resultaria para el marido un aumento de autoridad; qué ansia por satisfacerle! ¡qué placer el de anticiparse á su rival en un acto que debe agradar al esposo! ¿pero sería esto un bien ó un mal? Los que por la opinion baja que tienen de las mugeres piensan que éstas deben estar muy sujetas, pensarán que la poligamia es admirable; pero los que creen que el ascendiente de este sexo es favorable á la civilizacion de las costumbres, que aumenta los placeres de la sociedad, y que la autoridad dulce y persuasiva de las mugeres es saludable en la familia, deben tener por muy mala esta institucion.

No es necesario examinar sériamente la poliandria, ni la poligamia doble; y aun hemos dicho demasiado sobre el primer punto; pero es bueno mostrar las verdaderas bases en que se apoyan las costumbres.

SECCION VII.

¿ Con qué formalidades ?

Las formalidades de este contrato tienen dos objetos: 1.º justificar el hecho del consentimiento libre de las dos partes, y de la legitimidad de su union: 2.º notificar y hacer constar en lo venidero la celebracion del matrimonio. Se deben ademas exponer á los dos contratantes los derechos que van á adquirir, y las obligaciones con que van á ligarse segun la ley.

La mayor parte de los pueblos han dado una gran solemnidad á este acto, y no puede dudarse que unas ceremonias que sorprenden á la imaginacion sirven para imprimir en el espíritu la fuerza y la dignidad del contrato.

En Escocia la ley demasiado fácil no exige formalidad alguna, y basta para que sea válido el matrimonio *una declaracion reciproca del hombre y de la muger delante de un testigo*. Por esta razon los menores de Inglaterra impacientes del yugo van á emanciparse por un casamiento de repente á la frontera de Escocia en un lugar llamado *Gretna Green*. En el señalamiento de estas formalidades deben evitarse dos riesgos: 1.º el de hacerlas tan embarazosas que puedan estorbar un matrimonio cuando no falta libertad de consentimiento ni conocimiento de causa: 2.º el de dar á las personas que deben concurrir á estas formalidades el poder de abusar de este derecho, y de servirse de él para algun mal fin.

En muchos paises es necesario fastidiarse mucho tiempo en el vestíbulo del templo antes de llegar al altar, y con el titulo de *desposados* se llevan las cadenas del contrato sin gozar de los provechos. ¿De qué sirven estas digresiones sino de multiplicar los embarazos y poner lazos? El código Federico está en este punto bien recargado de molestias inútiles; el derecho ingles al contrario, ha abrazado por esta vez el partido de la sencillez y de la claridad. Una persona sabe á qué atenerse, y si es casada ó no lo es.

COMENTARIO.

El matrimonio es la primera de las sociedades humanas, por la anterioridad de su institucion y por su importancia. Antes de que los hombres formasen socie-

dades políticas, ya habían formado entre los varones y las hembras aquellas asociaciones sin las cuales la especie humana no hubiera podido reproducirse y conservarse; y he aquí el fundamento informe de este contrato, que perfeccionado después por las leyes produce los bienes que Bentham expone en el principio de este capítulo. Los filósofos detractores del orden social no estarán en esto de acuerdo con Bentham; y panegiristas exagerados de la felicidad de la vida salvaje, no pueden dejar de ser enemigos de la más importante de las instituciones sociales, fuente y fundamento de todas las otras. Lo que en otra parte hemos dicho sobre esta supuesta felicidad del estado extrasocial nos dispensa de detenernos aquí á impugnar esta triste doctrina.

Nuestro autor propone siete cuestiones sobre el matrimonio: 1.^a ¿entre qué personas debe prohibirse ó ser permitido? En general pueden contraer matrimonio todas aquellas personas á las cuales las leyes no lo prohíben, y para que las leyes lo prohiban debe haber una razón de utilidad. Recurrir para justificar la prohibición á un derecho natural común á todas las naciones, es recurrir á una quimera desmentida por los hechos: pues la unión que nos parece más incestuosa y más repugnante á la naturaleza ha sido autorizada en algún pueblo.

..... *Gentes tamen esse feruntur*
In quibus et nato genitrix et nata parenti
Jungitur.....

Ovid. Lib. 10. Metamor. ver. 332.

Los inconvenientes pues que producirían los matrimonios entre ciertos parientes, son la única y suficiente razón para prohibirlos, y Bentham reduce esta prohibición á las diez clases de parentesco que cuenta y hace ver que los matrimonios entre parientes de cual-

quiera de estas clases deben producir alguno de los cuatro inconvenientes, cuando no produzcan muchos de ellos todos cuatro. Visiblemente Bentham ha tomado de la legislacion romana sus impedimentos por parentesco aunque no la razon de ellos; pero en Roma antigua se reconocia otro impedimento mas en el parentesco civil, creado por la adopcion; y la Roma de los papas ha inventado la cognacion espiritual que tambien estorba el matrimonio, á no ser que se obtenga una dispensa pagándola bien á la curia romana, que ha sabido formarse una renta de los impedimentos del matrimonio, autorizando por dinero al tio para casarse con la sobrina, y al sobrino para casarse con su tia. Estas dispensas tienen una tarifa y son mas ó menos caras segun los grados de parentesco que se dispensan, y el tamaño del escándalo que se trata de cubrir y disfrazar: un pobre no puede pues casarse con su sobrina ó su tia; pero entre los ricos y poderosos estas bodas son muy comunes. Que me digan luego los romanistas que la ley natural comun á todos los hombres prohíbe estos matrimonios incestuosos, y que ni Dios mismo puede dispensar de la ley de la naturaleza porque se contradeciria á sí mismo: ¿pues cómo puede dispensar el papa, contradiciendo á Dios, cuyo vicario se dice?

¿Por qué tiempo debe durar el matrimonio? Esta es la segunda cuestion que conduce á Bentham al examen del divorcio, del cual se ha dicho á caso demasiado bien por los que lo defienden, y demasiado mal por los que le combaten: los primeros creen que el divorcio no presenta inconveniente alguno; y los segundos piensan que causa siempre los perjuicios mas graves, y que es una institucion abominable. Ni los unos ni los otros tienen razon: del divorcio nacen sin duda algunos inconvenientes; ¿y hay muchas instituciones humanas que esten absolutamente exemptas de ellos? Pero estos inconvenientes ¿son mayores ó menores que los que na-

cen de la indisolubilidad del matrimonio? Asi es como debe proponerse y examinarse la cuestion, y entonces no me parece difícil decidirla por el principio de la utilidad.

El matrimonio es uno de aquellos contratos que los jurisconsultos romanos llaman consensuales, porque se perfeccionan por el consentimiento solo de los contratantes, y se disuelven por el mútuo consentimiento contrario: es el matrimonio una especie de sociedad, y nada es tan contrario como la violencia y la fuerza á un contrato que con razon se llama imagen de la amistad y de la fraternidad. En el capitulo 6.^o de la 2.^a parte de estos tratados, ha demostrado Bentham los perjuicios gravísimos que produce la comunidad forzada de bienes solamente, ¿qué será si no los bienes solos sino tambien las personas se comunican indivisiblemente? Las leyes romanas siempre autorizaron el divorcio; ni ocurrió á aquellos legisladores sabios que un contrato que tiene por base única el consentimiento subsistiese aun despues de destruida su base, y que una sociedad voluntaria fuese una esclavitud la mas dura y la mas insostenible. Los que contraen matrimonio se ligan porque se aman, ¿pues porque han de permanecer ligados cuando se aborrecen? Se ligan porque esperan hallar en su union la felicidad que todo hombre busca; pero si se equivocan y en vez de la felicidad que buscaban han hallado la pena y el dolor ¿por qué han de permanecer ligados? Se ligaron porque creyeron en la ceguedad de su amor que se amarian siempre, atribuyendo una estabilidad á la prueba del tiempo y de los acontecimientos, á la mas inconstante de todas las pasiones humanas; pero si contra lo que esperaban el amor se ha convertido en odio y el lazo dulce y ligero de flores se ha hecho una cadena pesadísima de hierro, ¿por qué no les será permitido romper esta cadena y recobrar su libertad? Prometieron amarse siempre, es verdad: pero prometieron de

buen fe lo que no estaba en su mano cumplir: estaban locos, su pasión no les permitió deliberar ni razonar cuando hicieron esta promesa, y no hay poder humano que pueda forzarles á cumplirla, porque ninguno se extiende á los actos y afectos puramente internos.

Observese con cuidado la casa y familia de dos casados que se aborrecen, y se verán bien claros los efectos funestísimos de la indisolubilidad del matrimonio: nunca el marido y la muger se ponen de acuerdo sobre la administracion de los bienes, y estos padecen necesariamente: miran la educacion de los hijos con indiferencia y con tedio, y por de pronto les dan en sus disensiones una leccion muy perniciosa: basta que el uno quiera una cosa para que el otro quiera la contraria. Su ocupacion mas interesante y casi única, es huírse mutuamente. El infierno debe ser muy semejante á una casa de esta especie: el marido nunca se hallará bien sino cuando esté fuera de ella, y sino puede tomar otra muger; tomará una manceba que le consuele de lo que padece en su casa, consumirá con ella el patrimonio de sus hijos, y he aquí lo que estos habrán ganado con la indisolubilidad del matrimonio. La muger aun será mas desgraciada, no solamente porque es mas flaca, sino porque su sexo y la opinion pública la obligan á miramientos de que está dispensado el marido. Yo no conozco un ente mas miserable que una muger honrada, aborrecida de su esposo y forzada á vivir con él. La proteccion de la leyes podrá ponerla á cubierto de los malos tratamientos groseros y escandalosos, pero no la librárá del desprecio tan doloroso para las almas generosas y sensibles, ni de otras mortificaciones ocultas que un marido tirano artificioso, sabe variar y hacer sufrir de continuo á su infeliz muger, sin esponerse á la animadversion del magistrado, ni del público.

Por otra parte: dos casados que se aborrecen desde muy jóvenes, lo que por desgracia sucede con demasia-

da frecuencia, son dos personas perdidas para la sociedad, porque dejan de dar nuevos ciudadanos al estado, y de cuidar de la educacion de los que ya han dado, si han dado algunos; y estas dos personas inutilizadas si viven juntas, podrian separándose, y uniéndose á otras personas de su gusto, ser muy utiles á la patria, aumentando la poblacion, la riqueza, el poder y la prosperidad de ella. Arruinar los patrimonios de las familias, abandonar la educacion importantísima de la primera juventud, impedir los progresos de la poblacion, corromper las costumbres, obligar á dos personas inocentes á vivir en un infierno perpetuo; he aqui los frutos amargos de la indisolubilidad del matrimonio, á los que debe añadirse que muchas personas, que de buena gana se casarian, dejan de hacerlo, porque temen errar una eleccion que es incorregible, y de que depende su suerte de toda la vida.

Asi, pues, las leyes que hacen indisoluble el matrimonio son evidentemente contrarias al principio universal de la utilidad, que siguieron los romanos, y casi todos los pueblos antiguos en que sin duda fue practicado el divorcio; pues Tacito (*de moribus germ. capit. 28.*) observa como una singularidad, que entre los germanos el matrimonio era indisoluble; pero el principio ascético ha obtenido en este punto como en otros muchos la preferencia sobre el principio de la utilidad, en las legislaciones de casi todas las naciones modernas; y aun las leyes de Francia que autorizaban el divorcio acababan de ser derogadas, no como perjudiciales sino como contrarias á la doctrina de la iglesia católica.

Para hacer del matrimonio un vínculo perpetuo, ha sido necesario desnaturalizarlo y hacer de él un sacramento, un acto religioso que no puede ser legitimo sin la intervencion de los ministros de la religion. Como sacramento, es un símbolo que representa la union de Cristo con su iglesia, y siendo esta union indisoluble co-

mo que ha de durar hasta la consumacion de los siglos, debe ser por consiguiente indisoluble tambien el matrimonio. Además, Dios une á los casados, pues que un ministro de Dios autoriza su union, y sería un absurdo afirmar que el hombre puede separar á los que Dios ha unido. Los casados podrán ser infelices en esta union, sufrirán sin descanso tormentos insoportables: nada importa esto, dice el ascético enemigo de los placeres, si sufren con paciencia en esta vida que aun ni es un instante comparada con la eternidad; en ésta les espera una recompensa que ha de durar siempre: fuera de que si el marido no puede absolutamente soportar á su muger, las leyes fundadas en el principio ascético le dejan el derecho precioso de poder dormir solo, que es lo que se llama separacion ó divorcio *quo ad torum et habitacionem*; pero con la condicion de no tocar á otra muger y de vivir condenado al celibato, aunque este repugne á sus disposiciones físicas y morales.

Es digno de notarse que los defensores mas acérrimos de la indisolubilidad del matrimonio en los países católicos, son aquellos eclesiásticos que á los veinte y uno ó veinte y dos años, es decir, en la época de su mayor fuerza y vigor, han prometido por un voto dejar de ser hombres, y parece que quieren consolarse en su desgracia comunicándola, y haciendo á otros mas desgraciados: mas desgraciados con efecto; porque el eclesiástico puede pactar con su voto, que nada reclamará; ¿pero qué recurso le queda á un marido unido inseparablemente á una muger que aborrece? La menor desgracia para él es la mayor de los eclesiásticos; condenarse á un celibato, que nunca ha querido, en vez de que el eclesiástico le ha abrazado voluntariamente.

Los partidarios del principio de la utilidad se burlan no sin mucho motivo de estos tristes argumentos de los partidarios del principio ascético. En el matrimonio (dicen) de Cristo con su iglesia, no tiene inconveniente

alguno la indisolubilidad ; por qué Cristo y su esposa siempre se han amado , siempre han vivido en la mas perfecta armonía sin altercados y discordias , y es infalible que así vivirán perpetuamente ; pero por desgracia el signo ó símbolo se parece en esto muy poco al significado. El haber aplicado ideas religiosas al contrato de matrimonio , ha hecho de él , en dictamen de algunos católicos , un yugo insoportable , que muchos temerán ; porque como dice muy bien Bentham , prohibicion de salir es prohibicion de entrar : el número de los celibatos se aumenta , y con ellos se multiplican los adulterios , y es mayor por consiguiente el miedo al matrimonio ; porque donde hay mas celibatos , hay mas adulterios , por la misma razon , dice Montesquieu , que hay mas robos donde hay mas ladrones.

Aun entre los partidarios del principio de la utilidad tiene el divorcio muchos enemigos que le combaten con los argumentos que Bentham nos presenta sin disimular la fuerza de ellos , y á que responde de un modo victorioso. En tan pocas palabras nadie ha tratado mejor que él esta materia ; pues nada esencial ha dejado de decir en pro y en contra. El temor de que permitido el divorcio , los casados mirarian su enlace como pasajero , y no tendrian su suerte por asegurada irrevocablemente , es en mi dictamen , un temor imaginario ; porque todos los que se casan creen que su union durará siempre , y apenas habrá uno entre mil que se acuerde entonces del divorcio. La muger sobre todo no puede pensar en él sin temblar , porque necesita mas del marido , que éste necesita de ella ; ¿ cuál seria la muger que se resolveria á casarse si pensára que el marido despues de haber gozado de ella en la edad de la belleza y de las gracias amables , la repudiaria en la edad de la flaqueza , de las enfermedades y de la fealdad , y cuando mas necesidad tenia de su proteccion y de sus consuelos ? Los que se casan siempre se proponen ligarse con un vínculo tan

duradero como su vida, y raras veces se engañan; por que los hijos que nacen, los hábitos que se contraen, los intereses comunes, estrechan cada día mas este lazo que solamente rompe la muerte, y hasta los romanistas, han conocido que el matrimonio por la intencion y deseo de los contrayentes, es perpetuo, aunque accidentalmente se disuelva alguna vez.

Asi vemos que aun en los pueblos, cuyas leyes han autorizado los divorcios, han sido estos muy raros. Quinientos y veinte años estuvo permitido en Roma el divorcio, sin que se viese uno solo hasta S. P. Carvilio que se divorció porque su muger era estéril, y deseaba tener un heredero; y en general donde hace mucho tiempo que está permitido el divorcio, hay muy pocos divorcios, como ha podido observarse en Francia: en los dos primeros años de libertad se hicieron en Paris entre quinientos y seiscientos divorcios; pero ya últimamente era un divorcio un fenómeno extraordinario.

Es muy natural que asi suceda; porque prescindiendo de lo que ya dejó dicho, la parte que tenga interes en la duracion del matrimonio, trabajará cuanto pueda por quitar á la otra el deseo del divorcio y hacerla amar su union procurándole en ella una vida agradable cuya continuacion desea. Donde los divorcios son mas frecuentes es donde el divorcio está prohibido; ¿cuántos casados no viven en una misma casa como si estuvieran á cien leguas uno de otro? Estos divorcios no son aparentes; pero no por eso son menos reales, y son mucho mas perniciosos que los divorcios autorizados por las leyes; porque en éstos los esposos que se desunen pueden formar otras uniones útiles al estado; pero en los otros á lo menos se inutilizan dos personas, aun quando no contribuyan á corromper las costumbres como generalmente sucede; porque el marido que no puede buscar

otra muger, busca una manceba; y la muger que no puede unirse á otro marido, se liga con un galan, ¿por qué se tomaria la muger el trabajo de complacer y agradecer á su marido, sacrificándole sus gustos, sus caprichos, y hasta sus placeres mas legítimos, cuando sabe que su marido quiera ó no quiera ha de permanecer unido á ella? así se observa que en los países en que es permitido el divorcio, las mugeres son amables, complacientes y cariñosas con sus maridos, en vez de que donde el matrimonio es indisoluble, son duras, tercas y caprichosas.

Pero la disolubilidad del matrimonio dispondrá al marido á maltratar á su muger para hacerla consentir en el divorcio. Esta es otra objecion que se hace contra nuestro sistema, y que á primera vista parece bien fuerte; pero en primer lugar, este argumento solamente ataca á una especie de divorcio, al que se hace por el mútuo consentimiento de las partes, y no al divorcio por delito de una de ellas, el adulterio por ejemplo, ó malos tratamientos; porque es claro que en este caso no debe esperarse el consentimiento del delincuente; y en 2.^o lugar yo no creo que deba exigirse el consentimiento de los dos cónyuges para pronunciar el divorcio; me parece que debe tenerse por bastante el deseo del marido ó de la muger solamente, ¿y qué ventaja podria prometerse de una union forzada la parte que se opusiese á la disolucion de ella? El desprecio, los disgustos y los malos tratamientos de toda especie, de que todo el poder de las leyes no bastaria á preservarla, como las leyes que protegen á los esclavos son insuficientes para ponerlos á cubierto de lo malos tratamientos de sus amos; pero en caso de que el divorcio se hiciese por la voluntad de uno solo de los cónyuges contra la voluntad del otro, podria ordenarse segun las circunstancias que el que pidió el divorcio diese al otro

una indemnizacion, ó cediéndole una parte de sus bienes, ó señalándole una pension, que deberia pagar mientras la persona que la cobrase no contragese otro matrimonio, en cuyo caso cesaria el pago.

Admitido así el divorcio por el solo deseo de uno de los esposos, ya ningun motivo quedaba para la violencia, y los malos tratamientos en que se funda el argumento propuesto, y el legislador podria prevenir los caprichos, estableciendo en las causas de divorcio algunas dilaciones bastante largas para dar tiempo y lugar á la reflexion y á la reconciliacion de dos casados que en un momento de desavenencia y de acaloramiento podian desear y pedir el divorcio, para arrepentirse luego, cuando ya lo hecho no pudiera remediarse. La intervencion del magistrado sería necesaria en el divorcio como en el matrimonio; y este magistrado haria todo lo posible para conciliar á los casados, exortándoles á permanecer unidos y á sacrificarse mutuamente sus resentimientos.

Los que han creido necesario para el divorcio el *consentimiento de los dos esposos*, se han fundado al parecer en el principio de que los contratos se disuelven del mismo modo que se contraen, por lo cual los contratos llamados consensuales, (á cuya clase pertenece el matrimonio) que se contraen por el mútuo consentimiento de los contrayentes, solamente se disuelven por su disenso mútuo, y no por el disenso de uno solo. La regla general es cierta; pero el contrato de sociedad, de que el matrimonio es sin duda una especie, es una excepcion de esta regla general; y de tal modo se disuelve este contrato por el disenso de uno solo de los sócios, contra la voluntad de los otros, que lo mismo sucede aunque al contraer la sociedad se pacte que ha de ser eterna; porque se tiene este pacto por contrario á la naturaleza del contrato: *Societatis in aeternum nulla est*

•

coitio, dice una ley del Digesto. Esta excepcion se funda en la naturaleza particular del contrato de sociedad, que es un consorcio voluntario, una imágen de la fraternidad, á la cual nada hay mas contrario que la fuerza, y sería una especie de esclavitud el forzar á un hombre á permanecer con otros en sociedad, á mas de que esto produciria los gravísimos inconvenientes de que en otra parte hemos hablado; y si estos inconvenientes son muy de temer en aquellas sociedades que no comprenden mas que los bienes, ¿cuánto mas terribles no serán en una sociedad que se estiende tambieu á las personas? ¿cuánto no es mas dura la esclavitud de un marido forzado á vivir en sociedad con una muger que aborrece, y cuya presencia no puede evitar á cada instante, que la de un sócio obligado á permanecer contra su gusto en una sociedad de comercio? Este no puede perder mas que algunos intereses pecuniarios, y el otro pierde la felicidad de toda su vida.

Y en el caso de divorcio, ¿qué se hará de los hijos? Esta es otra dificultad que se propone contra la disolubilidad del matrimonio, y nuestro autor responde á ella completamente. La madre quedará encargada de las hijas, y el padre de los hijos: esta disposicion parece la mas natural; pero si uno de los divorciados es rico, y el otro es pobre de modo que carezca de medios para mantener á los hijos que debe tener consigo, muy justo será que el rico contribuya á mantenerlos del modo que pueda, en lo cual no se le hace agravio ni se le impone un nuevo gravámen: pues igualmente hubiera tenido que mantenerlos no habiéndose disuelto el matrimonio. Seguramente puede temerse mas por los hijos cuando el matrimonio se disuelve por la muerte de su padre ó de su madre, que cuando se disuelve por el divorcio que no los priva ni del padre ni de la madre.

¿ Con qué condiciones debe contraerse el matrimo-

nio? Esta es la 3.^a cuestion que propone Bentham , y me parece que seria menos equívoca si se propusiera asi. ¿Cuáles son las condiciones inherentes al contrato del matrimonio como consecuencias de su naturaleza? Entonces seria claro que se hablaba de las condiciones generales que existen aunque los contrayentes nada pacten , y no de aquellas condiciones accidentales que dependen de la voluntad y de los pactos de los contrayentes, y que pueden ó no existir sin que se altere la naturaleza del contrato. Bentham expone con mucha claridad las condiciones generales que son inherentes al contrato por su naturaleza, y deja para el código penal el tratar del adulterio, asi de la muger como del marido, en lo que nosotros le imitaremos.

Cuestion 4.^a ¿ En qué edad se puede contraer el matrimonio? Las leyes romanas fijaron la época de la pubertad á los catorce años en los varones, y á los doce en las hembras, y permitieron contraer matrimonio en esta edad. Las leyes de la iglesia siguieron en este punto á las leyes del imperio; pero cuando el matrimonio es indisoluble ¿ no es absurdo autorizar al hombre para disponer de su persona en una edad en que aun no se le permite disponer de un campo que valga 20 pesos? La misma objecion puede hacerse contra los votos religiosos , por los cuales el hombre en una edad en que no puede conocer la importancia y las consecuencias del sacrificio que hace, renuncia para siempre á su libertad y á todos los placeres de la vida , horror que no se ve cómo un legislador que no sea enemigo declarado del género humano puede consentir y autorizar.

La pubertad no tiene por la naturaleza una época fija, y esta época varía, no solamente segun el temperamento y constitucion de los individuos sino tambien segun los climas: en Africa se ven muchas mugeres que son madres á la edad de 10 , y aun de 9 años , y en los

países Septentrionales apenas pueden serlo á los 17 ó 18. No puede pues darse sobre este punto una ley general ; pero como vale mas sin duda que los matrimonios se retarden un poco que no que se precipiten y se prevenga á la naturaleza , me parece muy racional la ley francesa que ha fijado la edad para contraer matrimonio á los 18 años cumplidos en los varones , y á los 15 tambien cumplidos en las hembras , principalmente estando autorizado el divorcio , en cuyo caso no importa que el hombre sea menor de edad hasta los 21 años. En España la menor edad dura hasta los 25 años: hasta entonces no puede el hombre enagenar un campo que valga 100 reales ; pero á los 14 ya puede casarse y entrar en un monasterio : absurdos por todas partes.

¿ De quién dependerá la eleccion de un esposo ó de una esposa ? Esta es la quinta cuestion que propone Bentham sobre el matrimonio. Sin duda que la eleccion debe pertenecer á la persona á la cual mas interesa ; y nadie puede ser tan interesado en el matrimonio como los mismos que le contraen , pues puede depender de esta eleccion la suerte de toda su vida ; pero como las pasiones tienen ordinariamente mas influencia que la razon y el juicio en la conducta de los jóvenes , bueno es que sean dirigidos por la madurez y la experiencia de los padres , sin que por esto tiranicen la voluntad de sus hijos.

Bentham piensa que deben distinguirse dos épocas en la edad nubil: que en la primera la falta del consentimiento paterno debe bastar para anular el matrimonio; y que aun en la segunda deberá el padre tener derecho para retardarlo por algunos meses. La legislacion francesa ha seguido á la letra esta doctrina: en Francia el hijo hasta la edad de veinte y cinco años, y la hija hasta los veinte y uno necesitan indispensable-

mente del consentimiento de sus padres para casarse despues que el hijo ha cumplido los veinte y cinco años hasta los treinta, y la hija despues que ha cumplido los veinte y uno hasta los veinte y cinco, aun necesitan practicar tres actos respetuosos con los padres, pidiéndoles su consejo, debiendo pasarse un mes entre acto y acto, y no pudiéndose contraer el matrimonio hasta pasado un mes contado desde la última sumision respetuosa, despues de la cual ya no es necesario el consentimiento de los padres, que de este modo pueden retardar cuatro meses el matrimonio, dándoles la ley este tiempo para que puedan persuadir á sus hijos, y á éstos para que reflexionen sobre lo que van á hacer, y sobre los consejos del padre. Aun despues de haber el hombre llegado á los treinta años, y la muger á los veinte y cinco necesitan hacer una sumision respetuosa á su padre, y solamente pasado un mes despues de ella puede ya el hijo casarse sin consentimiento del padre, que de esta manera, cualquiera que sea la edad del hijo, aun tiene el derecho de dilatar un mes el casamiento. Mas sábia es esta legislacion que la famosa pragmática española de 1776, la cual autorizando al padre á negar su consentimiento *con justa causa*, da motivo á muchos pleitos, de que pocas veces deja de resultar el deshonor de alguna persona ó de toda una familia, con la particularidad de que en ningun caso la falta del consentimiento paterno anula el matrimonio, aunque los contrayentes y los eclesiásticos que le autorizan incurran en ciertas penas.

¿Con cuántas personas al mismo tiempo puede contraerse el matrimonio? Examinando Bentham esta sexta cuestion trata de la poligamia, y demuestra todos los inconvenientes de ella con la mayor claridad. Con efecto, si nace un número igual de hombres y de mugeres, como generalmente se piensa, es claro que si un hombre

toma dos mugeres , hay otro hombre que se queda sin muger ; pero donde nazcan mas hembras que varones, como dicen que sucede en los países orientales, la poligamia no producirá este efecto funesto ; y si por otra parte es tambien cierto que la poligamia és la causa de que nazcan mas mugeres que hombres, podrá decirse que la poligamia misma corrige los inconvenientes de la poligamia ; pero para tolerarla aun en aquellos países es necesario que las mugeres vivan encerradas ; porque un hombre con muchas mugeres en libertad, estaria en una guerra perpetua, en medio de una familia dividida en facciones enconadas por la envidia , los celos y la ambicion.

Los que prefieren los Harens orientales á la libertad racional de que las mugeres gozan en Europa no han comparado á Constantinopla con Paris, la civilizacion, la instruccion, las costumbres, las cualidades sociales de los turcos con las de los franceses. Los hombres que no viven en la compañía de las mugeres son generalmente duros , groseros , intratables, y de aquí viene la grosería que en general se observa en los marinos, y aun en los republicanos austeros, que entregados todos á las serias y fastidiosas discusiones de la política desprecian la sociedad amable, aunque frecuentemente frívola, del bello sexo. ¿Qué motivo puede tener un turco para fatigarse por adquirir las prendas agradables que inspiran á las mugeres el amor y las preferencias? Un turco sabe que tendrá á su disposicion veinte mugeres ansiosas por complacerle, si puede comprarlas, y le importan muy poco los sentimientos de ternura y cariño que él conoce bien que no puede inspirar.

Como la poligamia, segun hemos dicho, no puede existir sin la clausura de las mugeres, la influencia de esta clausura sobre la civilizacion, costumbres y placeres de los pueblos orientales debe atribuirse á la poligamia co-

mo primera causa, y como aunque ella fuera útil al hombre siempre haría la desgracia de las mugeres, no puede negarse que es una institución muy opuesta al principio de la utilidad. Debe tambien tener la poligamia una grande influencia sobre las cualidades físicas de la raza humana; porque un hombre partido entre veinte mugeres, y por consiguiente enervado, no es posible que produzca hombres fuertes, vigorosos y enérgicos, y la especie humana debe degenerar con la poligamia, que por otra parte será una causa para que nazca un número mayor de hembras que de varones.

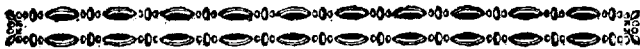
Resta solamente examinar con qué formalidades debe contraerse el matrimonio, para satisfacer á la última cuestion que propone Bentham sobre este contrato. Las proclamas ó amonestaciones, es decir, la publicacion del matrimonio antes de contraerlo, es una formalidad indispensable, porque sirve para probar la libertad de los que tratan de casarse, y para hacer notorio al público el matrimonio á fin de que este sea respetado. Por lo demas, las solemnidades que acompañan la celebracion deben tener por objeto hacer la union mas santa y augusta, y garante, por decirlo así, á la sociedad entera de la inviolabilidad de un contrato que es el fundamento de ella; y me parece muy conveniente que la intervencion de los ministros del altar consagre y santifique el matrimonio. El sacerdote instruirá á los nuevos esposos de las nuevas obligaciones que contraen, y les exortará á desempeñarlas con fidelidad, haciéndoles ver que la religion está en este punto muy de acuerdo con la política y las leyes civiles. Por último, me parece muy conveniente, que á mas del registro civil y general haya en cada parroquia un registro particular de los matrimonios que se contraigan en el recinto de ella: esto contribuirá á conservar con mas seguridad la memoria de estos actos importantísimos, y á imprimir un carác-

ter religioso á la mas santa de las convenciones. Habrá pues un registro civil y otro eclesiástico; pero solamente el primero hará fe; y los interesados podrán no hacerse inscribir en el registro de su parroquia, si de esto puede resultarles algun perjuicio.

PRINCIPIOS

DEL

CODIGO PENAL.



PRINCIPIOS

DEL CODIGO PENAL.

PARTE PRIMERA.

De los delitos.

El objeto de este libro es hacer conocer los delitos, clasificarlos, y describir las circunstancias que los agravan ó los aligeran y atenúan. Es el tratado de las enfermedades que debe preceder al de los remedios.

La nomenclatura vulgar de los delitos, no es solo incompleta, sino tambien engañosa, y era preciso empezar por reformarla ó dejar la ciencia en el estado de imperfeccion en que se hallaba (1).

CAPITULO I.

Clasificacion de los delitos.

¿Qué es un delito? El significado de esta voz varía segun la materia de que se trata. Si se trata de un sistema de leyes ya establecidas, *delito* es todo lo que el legislador ha prohibido, sea por buenas, ó sea por malas razones; pero si se trata de un exámen de teoría para descubrir las mejores leyes posibles, segun el principio de la utilidad, se llama *delito* todo acto que se cree deber

(1) Aqui no se da mas que una idea muy general de la division de los delitos. Véase en el tom. último *la idea general de un cuerpo completo de legislacion*, c. 3.

prohibirse por razon de algun mal que produce ó es propio á producir. Este es el único significado que tiene aquella voz en todo el discurso de esta obra.

La clasificacion mas general de los delitos debe tomarse de la de las personas que pueden ser objeto de ellos : nosotros los dividiremos en cuatro clases.

1.^a *Delitos privados* : son aquellos que perjudican á tal ó tales individuos asignables, (1) distintos del delincuente mismo.

2.^a *Delitos reflexivos ó contra si mismo* : Son aquellos por los cuales el delincuente solamente se perjudica á sí mismo, y si perjudica á otros es solo por consecuencia del mal que se hace á sí mismo.

3.^a *Delitos semi-públicos* : Son aquellos que ofenden á una porcion de la comunidad, á un distrito, á una corporacion particular, á una secta religiosa, á una compañía de comercio; en fin, á una asociacion de individuos que estan unidos por algun interes comun; pero que forman un círculo menos estendido que el del estado.

Nunca es un mal presente ni un mal pasado el que constituye uno de estos delitos; porque si el mal fuera presente ó pasado, serian asignables los individuos que le padecen, ó le han padecido, y el delito perteneceria á la 1.^a clase, y sería un delito privado. Se trata pues en los delitos semi-públicos de un mal futuro, de un peligro que concierne á individuos no asignables.

4.^a *Delitos públicos* : Son aquellos que producen algun peligro comun á todos los miembros del estado, ó sea á un número indefinido de individuos no asignables, aunque no parezca que tal individuo en particular esté mas espuesto á padecer que otro cualquiera (2).

(1) Asignable es un tal individuo en particular con exclusion de cualquiera otro; es Pedro, Pablo ó Francisco.

(2) Cuanto menos individuos hay en un distrito ó una corporacion, tanto es mas probable que las partes ofendidas sean asignables, de manera que á veces es difícil determinar si tal delito es privado ó semi-público.

COMENTARIO.

En la medicina mental ó moral como en la medicina física, el estudio de la patología debe preceder al de la clínica; porque para curar una enfermedad es necesario conocerla. Por esto Bentham antes de tratar de la pena que es el remedio, trata del delito que es la enfermedad.

Este capítulo y algunos de los siguientes, no son mas que extractos de lo que ya nos ha dicho sobre los delitos en el tomo I.º de esta obra, y así no tendremos que detenernos mucho en ellos, y basta remitir al lector á lo que ya tenemos dicho sobre las divisiones de los delitos que aquí nos repite Bentham empezando por la definicion del delito. Si se trata, dice, de definir el delito con arreglo á un sistema de leyes ya establecidas, delito es todo acto prohibido por estas leyes, con razon ó sin ella; pero si se trata de saber (y de eso se trata aquí) de qué actos debe la ley hacer delitos segun el principio de la utilidad, delito será, todo acto libre que produce mas mal que bien. He añadido el adjetivo libre, en la definicion, porque un acto que produzca mal, pero que no sea libre, no será ciertamente un delito: yo caigo de una ventana, y con el peso de mi cuerpo mato á un hombre que estaba debajo: el acto de caer ha producido un mal, pero no es un delito.

Nuestro autor ninguna distincion hace entre el crimen y el delito, como tampoco la hacen las leyes de España, ni acaso deberia hacerse, pero en la legislacion francesa

co. — Cuanto mas considerable sea este distrito ó corporacion, tanto mas cerca está el delito que la afecta de coincidir con los delitos públicos. Estas tres clases estan por consiguiente expuestas á confundirse mas ó menos la una con la otra, pero este inconveniente es inevitable en todas las divisiones ideales que es menester hacer para el método y la claridad del discurso.

los actos nocivos y prohibidos se distinguen en crimen, delito, y contravencion: el crimen es un acto grave que es juzgado por el jury; el delito es un acto menos grave, que es juzgado por el tribunal de policía correccional, y la contravencion es un acto aun menos grave, que es juzgado por el tribunal de policía municipal. Tambien los romanos distinguian, aunque no siempre ni con exactitud, el crimen del delito á que daban el nombre de maleficio; pero llamaban crimen al delito público, y maleficio al delito privado, sin atender precisamente á su gravedad.

Los jurisconsultos romanos conocieron pues por lo menos esta division capital de los delitos en públicos y privados, y sino hablaron de los que Bentham llama reflexivos y semi-públicos no deja de tener mucha escusa su silencio: pues los delitos reflexivos ó contra sí mismo, no son verdaderos delitos como en otra parte lo hemos probado, y como el mismo Bentham tiene que confesarlo en el capítulo siguiente; y pues el delito semi-público tan pronto es público, tan pronto es privado, segun que las personas ofendidas son ó no asignables, ¿por qué no podrá creerse que no se debe hacer de este delito una clase separada? En su lugar hemos hecho ver que las divisiones vulgares de los delitos segun la legislacion romana no son menos completas ni menos claras que las de nuestro autor, y no quiero fastidiar á mis lectores con repeticiones.

CAPITULO II.

Subdivision de los delitos privados.

Como la felicidad del individuo viene de cuatro fuentes, los delitos que pueden atacarla, pueden comprenderse en cuatro subdivisiones.

1.^a Delitos contra la persona.

- 2.^a Delitos contra la propiedad.
- 3.^a Delitos contra la reputacion.
- 4.^a Delitos contra la condicion, contra el estado doméstico ó civil, el estado de padre ó de hijo, de marido y de muger, de amo y de criado, de ciudadano y de magistrado &c.

Los delitos que perjudican por muchos puntos, pueden designarse por frases compuestas: *Delitos contra la persona y la propiedad: Delitos contra la persona y la reputacion &c.*

Subdivision de los delitos reflexivos ó contra sí mismo.

Los delitos contra sí mismo, son, hablando con propiedad, vicios é imprudencias; pero sin embargo es útil clasificarlos, no para someterlos á la severidad del legislador, sino mas bien para recordarle con una sola palabra que tal ó tal acto está fuera de su esfera ó competencia.

La subdivision de estos delitos es exactamente la misma que la de los delitos de la 1.^a clase; porque en todos los puntos en que somos vulnerables por la mano de otro, lo somos igualmente por la nuestra; y podemos perjudicarnos á nosotros mismos en nuestra persona, en nuestra propiedad, en nuestra reputacion, en nuestro estado civil doméstico.

Subdivision de los delitos semi-públicos.

Los mas de estos delitos consisten en la violacion de algunas leyes que tienen por objeto precaver á los habitantes de un distrito de las diversas calamidades físicas á que estan expuestos. Tales son los reglamentos para contener las enfermedades contagiosas, para preservar algunos diques y calzadas, para evitar los estragos de los animales dañosos, para prevenir las hambres y

escasces. Los delitos que propenden á producir una calamidad de este género, forman una primera especie de delitos semi-públicos.

Entre estos delitos, aquellos que pueden consumarse sin la intervencion de alguna desgracia natural, como las amenazas contra una cierta clase de personas, las calumnias, los libelos que atacan el honor de un cuerpo; los insultos á algun objeto de religion, un robo hecho á una sociedad, la destruccion de los ornatos de una ciudad, todos estos actos forman la 2.^a especie de delitos semi-públicos: los primeros estan fundados en *alguna calamidad*: los segundos son de *pura malicia*.

Subdivision de los delitos públicos.

Los delitos públicos pueden ser comprendidos en nueve divisiones.

1.^a *Delitos contra la seguridad exterior*: son aquellos que tienen una tendencia á exponer la nacion á los ataques de un enemigo extranjero; como todo acto que provoca y anima á una invasion del territorio

2.^a y 3.^a *Delitos contra la justicia y la policia*. Es difícil trazar la línea que separa estas dos ramas de administracion: pues sus funciones tienen el mismo objeto que es mantener la paz interior del estado: pero la justicia se emplea particularmente en delitos ya cometidos; su poder solamente se despliega *despues* del descubrimiento de algun acto contrario á la seguridad de los ciudadanos, y la policia se aplica á prevenir los delitos y las calamidades: los medios de ésta son las precauciones y no las penas: *se anticipa* al mal, y debe proveer los males, y proveer á las necesidades.

Los delitos contra la justicia y la policia son aquellos que tienen una tendencia á contrariar ó descaminar las operaciones de estas dos magistraturas.

4.^a *Delitos contra la fuerza pública*: son aquellos

que tienen una tendencia á contrariar ó descaminar las operaciones de la fuerza militar destinada á proteger al estado, ya contra sus enemigos exteriores, y ya contra los interiores que el gobierno no puede sujetar sin hacer uso de la fuerza armada.

5.^a *Delitos contra el tesoro público:* son aquellos que propenden á minorar la renta, á contrariar ó descaminar el empleo de los fondos destinados al servicio del estado.

6.^a *Delitos contra la poblacion:* son aquellos que tienen una tendencia á disminuir el número de los miembros de la comunidad.

7.^a *Delitos contra la riqueza nacional:* son aquellos que propenden á disminuir la cantidad ó el valor de las cosas que componen las propiedades de los miembros de la comunidad.

8.^a *Delitos contra la soberania:* es tanto mas difícil dar una idea exacta y clara de ellos, quanto hay muchos estados en que sería casi imposible resolver esta cuestion de hecho: ¿dónde reside el poder supremo? He aquí la explicacion mas sencilla: se da generalmente el nombre colectivo de *gobierno* al conjunto de las personas encargadas de las diversas funciones políticas. Hay comunmente en los estados una *persona*, ó un *cuerpo de personas* que señala y distribuye á los miembros del gobierno sus funciones, sus departamentos, y sus prerogativas, y que egerce una autoridad sobre ellos y sobre todo. La persona ó el cuerpo que tiene este poder supremo es lo que se llama el *soberano*. Los delitos contra la soberanía son pues los que tienen una tendencia á contrariar ó descaminar las operaciones del soberano, lo que no puede hacerse sin contrariar ó descaminar las operaciones de las diferentes partes del gobierno

9.^a *Delitos contra la religion.* Los gobiernos no pueden tener ni un conocimiento universal de lo que se hace en secreto, ni un poder inevitable que no deje á

los culpados medio alguno de escapar. Para suplir estas imperfecciones del poder humano, se ha creído necesario inculcar la creencia de un poder sobrenatural; (yo hablo aquí para todos los sistemas) se atribuye á este poder superior la voluntad y el poder de mantener las leyes de la sociedad, y de castigar y recompensar en un tiempo cualquiera las acciones que los hombres no habrían podido recompensar ni castigar, y se representa á la religion como un personage alegórico encargado de conservar y fortificar entre los hombres este temor del Juez supremo. Segun esto, disminuir ó pervertir la influencia de la religion, es disminuir ó pervertir en la misma proporcion los servicios que el estado saca de ella para reprimir el delito, ó fomentar la virtud. Lo que propende á contrariar ó descaminar las operaciones de este poder, se llama delito contra la religion (1).

COMENTARIO.

Nada tenemos que añadir aquí á lo que hemos dicho en el tomo último sobre estas subdivisiones de los delitos.

Solamente podrá cualquiera observar que Bentham como arrepentido de haber hecho una clase separada de los delitos reflexivos ó contra sí mismo, nos advierte ahora que estos delitos no son mas, hablando con propiedad, que vicios é imprudencias: pero que es útil clasificarlos, no para someterlos á la severidad del legislador, sino mas bien para recordarle con una sola palabra que tal ó tal acto es menos de su esfera. Confieso que no entien-

(1) Aquí se trata de la utilidad de la religion con respecto á la política, y de ningún modo de la verdad de ella.

Se debe decir *delitos contra la religion*, entidad abstracta, y no *delitos contra Dios*, ente existente; porque ¿cómo un miserable mortal podrá ofender al ente impassible, y afectar su felicidad? ¿en qué clase se pondría este delito imaginario? ¿Sería un delito contra su persona, su propiedad, su reputacion ó su estado?

do bien esto: ¿quiere decir que conviene clasificar los supuestos delitos reflexivos entre los delitos verdaderos para recordar al legislador que en realidad no son delitos, que no son de su competencia, que no están sometidos á su severidad, y que por consiguiente no debe castigarlos? ¿Pero esto no es un embrollo? Confundir con los delitos algunos actos que no lo son, ¿no es dar ocasion á que se formen ideas falsas de las acciones humanas? Para prevenir al legislador que una cierta accion no debe ser castigada, lo mas natural y lo mas sencillo es no comprenderla en el catálogo de los delitos, y si todos los actos que no están sometidos á la severidad del legislador, aunque solamente se hable de los que han sido tratados como delitos por ciertas legislaciones, debieran entrar en el catálogo, tendria éste una extension prodigiosa; ¿por qué no comprender tambien en él el sortilegio y la herejía? En la clasificacion de los delitos no debe haber mas que delitos; y es un modo muy raro de recordar que un acto no es delito el colocarle entre los delitos.

CAPITULO III.

De algunas otras divisiones.

Las divisiones de que vamos á hablar van todas á parar á la division fundamental; pero alguna vez se hará uso de ellas para abreviar, y para denotar alguna circunstancia particular en la naturaleza de los delitos.

1.º *Delito complexo*, por oposicion á *delito simple*: un delito que ataca al mismo tiempo la persona y la reputacion, ó la reputacion y la propiedad, es un delito complexo. Un delito público puede comprender un delito privado: por egemplo: un perjurio que produce el efecto de sustraer un delincuente á la pena, es un delito simple contra la justicia, pero un perjurio que produce el efecto de librar al culpado, y de hacer que la

pena recaiga sobre un inocente, incluye un delito público y un delito privado, y es un delito complejo.

2.º *Delitos principales y accesorios.* El delito principal es el que produce directamente el mal de que se trata: los delitos accesorios son unos actos que han influido de cerca ó de lejos, y han preparado el delito principal. En el delito de falsa moneda, el verdadero delito principal es el acto del que la despacha; porque de aquí nace la pérdida del que la recibe: el acto del que ha fabricado la moneda falsa, no es, mirada así la cosa, mas que un delito accesorio.

3.º *Delitos positivos y negativos.* El delito positivo es el resultado de un acto hecho con un cierto fin; el delito negativo resulta de haberse abstenido de obrar, de no haberse hecho lo que se tenia obligacion de hacer.

En materia de difamacion, Horacio ha distinguido bien estos dos delitos.

..... *Absentem qui rodit amicum,
qui non defendit alio culpante. hic niger est.*

Los grandes delitos en general son de la especie positiva, y la clase de los delitos públicos, es á la que pertenecen los delitos negativos mas graves: basta que el pastor duerma para que perezca el rebaño.

Hay muchos casos en que en un sistema perfeccionado de legislacion penal, el delito negativo debe ponerse al lado del delito positivo. Obligar á un hombre á que pase con una vela encendida y descubierta en la mano por un cuarto que se sabe que está lleno de pólvora, y causar de este modo su muerte, es un acto positivo de homicidio; pero si viéndole ir voluntariamente se le deja hacer sin advertirle del peligro que se conoce, es un delito negativo que debe ponerse en el mismo artículo que el positivo (1).

(1) Sin embargo se debe observar que el delito negativo no inspira con mucho el mismo grado de alarma, y que ademas es muy difícil de probar.

4.^o *Delitos de mal imaginario.* Son ciertos actos que no producen algún mal verdadero; pero que las preocupaciones, los errores de administración, y los principios ascéticos, han hecho que se pongan entre los delitos: estos delitos varían según los tiempos y los lugares: tienen su principio y su fin: crecen ó menguan como las opiniones que les sirven de base. Tal era en Roma el delito por el cual se quemaba á las vestales vivas, y tales han sido la heregía y el sortilegio que han hecho perecer en las llamas á tantos millares de inocentes.

Para dar una idea de estos delitos de mal imaginario, no es necesario agotar el catálogo de ellos, y basta indicar algunos grupos principales. Téngase presente que hablamos al legislador y no al ciudadano: *el mal atribuido á tal accion es imaginario: luego no se deben hacer leyes para prohibirla.* Esta es la conclusion: este es nuestro consejo, y no éste: *luego se hará bien en cometerla á pesar de la opinion pública y de las leyes.*

Delitos de mal imaginario: 1.^o delitos contra las leyes que ordenan ó ciertas profesiones de creencia en materia de religion, ó ciertas prácticas religiosas: 2.^o delitos que consisten en hacer algunas convenciones inocentes que las leyes han prohibido por razones falsas: la usura puede servir de ejemplo: 3.^o Delitos que consisten en la emigracion de artesanos y otros ciudadanos (1): 4.^o delitos que consisten en la violacion de algunos regl mentos prohibitivos, cuyo efecto es incomodar á una clase de ciudadanos por favorecer á otra. Tal es en Inglaterra la prohibicion de exportar las lanas, la cual asegura una ganancia á los fabricantes á costa de los labradores.

(1) El mal de la prohibicion es palpable, y puede ser de los mas graves: Si un hombre es incapaz de ganar la vida en su pais natal, la prohibicion de espatriarse es para él una sentencia de muerte. Cuanto mas se examina el mal del delito tanto mejor se conoce la nulidad de él; porque ¿donde está el individuo sobre el cual pueda recaer en forma de daño?

Quando hablemos de los delitos de lubricidad sin fraude y sin violencia, y de los delitos contra sí mismo, veremos que considerados con respecto al público, deben ponerse en esta misma clase.

COMENTARIO.

Tambien hemos hablado en el tomo último de las divisiones que comprende este capitulo; y tambien puede aplicarse á los delitos de mal imaginario la reflexion que en el anterior acabamos de hacer sobre los delitos reflexivos, ó contra sí mismo. En el principio del capitulo 1.º de esta primera parte del código penal, ha prevenido Bentham que no se propone tratar del delito considerado con relacion á un sistema de leyes ya establecidas, sino considerado solamente como un acto que debe ser prohibido por razon del mal que produce; y considerados asi y hablando exactamente ¿pueden llamarse delitos y ser clasificados como tales los delitos de mal imaginario? Para advertir al legislador que no debe imponer penas á tales actos, no es necesario darles denominaciones que no les convienen, ni confundirlos con actos á que no se parecen. Habria que escribir volúmenes, si se quisiera formar un catálogo completo de los actos que las leyes han condenado como delitos, y han castigado con las penas mas atroces, y que sin embargo no producen mas que un mal imaginario; pero los ejemplos que nos presenta Bentham bastan para explicar su doctrina. Los mas de estos delitos, los que se castigan con una atrocidad mas barbara se deben al ascétismo; pero algunos se deben tambien á la ignorancia de los verdaderos principios de la economia política, de la administracion pública, y aun de las ciencias físicas.

CAPITULO IV.

Del mal de segundo orden.

La alarma ó temor que inspiran los diversos delitos, es susceptible de muchísimos grados, desde la inquietud hasta el terror.

Pero lo mas ó menos de la alarma ¿no depende de la imaginacion, del temperamento, de la edad, del sexo, de la posicion y de la esperiencia? ¿se pueden calcular de antemano unos efectos que varian por tantas causas? En una palabra, ¿tiene la alarma una marcha bastante regular para poder medir sus grados?

Aunque todo lo que está sujeto á la imaginacion, una facultad tan móvil y tan caprichosa en la apariencia, no puede reducirse á una exactitud rigorosa, sin embargo la alarma general producida por los diversos delitos, sigue unas proporciones bastante constantes, que es posible determinar. La alarma es mayor ó menor segun las circunstancias siguientes (1).

- 1.º La grandeza del mal de primer orden.
- 2.º La buena ó la mala fe del delincuente en el hecho de que se trata.
- 3.º La posicion que le ha proporcionado la ocasion de cometer el delito.
- 4.º El motivo que le ha impelido á obrar.
- 5.º La mayor ó menor facilidad de estorbar tal ó tal delito.
- 6.º La mayor ó menor facilidad de ocultarle y de sustraerse á la pena.
- 7.º El caracter que el delincuente ha mostrado en el delito. La reincidencia se refiere á este artículo.

(1) Lo que tienen comun todas estas circunstancias, á excepcion de la primera y la última, es que hacen mas probable la reiteracion del delito.

8.º La condicion del individuo perjudicado, en virtud de la cual los de una condicion semejante pueden ó no pueden sentir la impresion del temor.

En el exámen de estas circunstancias es donde se halla la solucion de los problemas mas interesantes de la jurisprudencia penal.

COMENTARIO.

Á mas del mal de primer órden que es el que afecta inmediata y directamente á la persona ofendida, puede el delito producir, y produce ordinariamente un mal de segundo órden que consiste en la alarma ó miedo; porque el que sabe que un hombre ha sido asesinado ó robado, teme que á él tambien se le robe ó asesine. Esta alarma incompatible con la tranquilidad y con los goces puros, es un verdadero mal mayor ó menor segun las circunstancias personales del individuo afectado, por lo que es imposible dar una medida exacta de los grados de alarma: pero estos grados en general son proporcionados á las circunstancias de los delitos, aunque estas *circunstancias mismas no inspiren el mismo grado de alarma á todos los individuos*. En este capítulo reduce Bentham á ocho las circunstancias que influyen sobre la *alarma general*, y en los capítulos siguientes las explica en particular. Ya hemos dicho, y no debe olvidarse, que la pena de un delito, no solamente debe proporcionarse al mal de primer órden que causa, sino tambien al mal de segundo órden si produce alguno; y aun á veces, este último mal solo es el que justifica la pena, como sucederia en el caso de un pobre hambriento que robase un pan á un rico.

CAPITULO V.

Del mal de primer orden.

Se puede apreciar el mal de primer orden resultante de un delito por las reglas siguientes.

1.^a El mal de un delito complejo será mayor que el de cada uno de los delitos simples en que puede resolverse. (véase *delitos complexos.*, cap.^o 3.^o)

Un perjurio cuyo efecto fuese hacer castigar á un inocente produciria mas mal que un perjurio que hiciese absolver á un acusado culpable del mismo delito. En el primer caso es un delito privado combinado con el delito público; en el segundo no es mas que un delito público.

2.^a El mal de un delito semi-público ó público que se propaga, será *mayor* que el de un delito privado de la misma denominacion. — Hace sin duda mas mal el que lleva la peste á todo un continente, que el que solo la lleva á una pequeña isla poco poblada y poco frecuentada. — Esta tendencia á propagarse es la que hace la enormidad particular del incendio y de la inundacion.

3.^a El mal de un delito semi-público ó público que en vez de multiplicarse no hace mas que repartirse, será *menor* que el de un delito privado de la misma denominacion. — Por esto si el tesoro de una provincia es robado, el mal de primer orden será menor que el de un robo hecho á un individuo: he aqui la prueba de esto. Si se quiere hacer cesar el mal que el particular dañado ha sufrido, no hay mas que darle á costa del público una indemnizacion correspondiente ó equivalente á su pérdida; pero de este modo se pondrán las cosas en el mismo pie que si el robo en vez de haberse hecho á Pedro ó á Pablo se hubiese hecho al público directamente (1).

(1) Aunque en este caso el mal de primer orden sea menor, no suce-

Los delitos contra la propiedad son los únicos susceptibles de esta repartición: con que el mal que resulta de ellos es tanto menor cuanto mas se reparte entre un mayor número de individuos, y sobre todo de individuos mas ricos.

4.^a El mal total de un delito es mayor si de él resulta un mal consiguiente que recae sobre el mismo individuo.—Si á consecuencia de una prision, ó de una herida has perdido un empleo, un casamiento, un negocio lucrativo, es claro que estas pérdidas son una adición á la masa del mal primitivo

5.^a El mal total de un delito es mayor si de él resulta un mal derivativo que recaiga sobre otro. — Si por las consecuencias de un perjuicio que te han hecho, tu muger y tus hijos llegan á carecer de lo necesario, esto será una adición incontestable á la masa del mal primitivo.

Á mas de estas reglas que sirven para apreciar en todos los casos el mal de primer orden, se debe tambien contar con las agravaciones, es decir con las circunstancias particulares que aumentan este mal. Luego veremos una tabla completa de ellas: entre tanto he aqui las principales.

El mal del delito aumentado con una porcion extraordinaria de dolor fisico que no es de la esencia del delito. *Añadidura de dolor fisico.*

El mal del delito aumentado por una circunstancia que añade al mal esencial el accesorio del terror. *Añadidura de terror.*

El mal del delito aumentado por alguna circunstancia extraordinaria de ignominia. *Añadidura de oprobio.*

El mal del delito aumentado por la naturaleza irreparable del daño. *Daño irreparable.*

de lo mismo en el mal de segundo orden; pero esta observacion se presentará luego en el lugar conveniente.

El mal del delito aumentado por una circunstancia que indica un grado extraordinario de sensibilidad en el individuo ofendido. *Sufrimiento agravado.*

Estas reglas son absolutamente necesarias. Es preciso saber apreciar el mal de primer orden, porque en razon de su valor aparente ó real, será mayor ó menor la alarma. El mal de segundo orden no es mas que el reflejo del mal de primer orden que se pinta en la imaginacion de cada uno, pero aun hay otras circunstancias que modifican la alarma.

COMENTARIO.

Es sumamente importante en la legislacion saber apreciar el mal del delito: pues que la pena debe ser proporcionada al delito, lo que quiere decir que el mal que causa la pena debe tener la proporcion posible con el mal que produce el delito. Es evidente que un delito complejo causa mas mal que cada uno de los delitos simples de que se compone: el delito que ataca á un tiempo la persona y la propiedad es sin duda mas nocivo, y debe por consiguiente ser castigado con una pena mas grave que el que ataca á la persona ó la propiedad solamente. El mal de un delito semi-público ó público que se propaga ó multiplica sin repartirse, ó sin que se disminuya la parte del mal que á cada uno toca, es mayor que el mal del delito privado de la misma denominacion. El ejemplo de la peste lo hace ver, ¿y quién puede dudar que el que roba á veinte personas dos mil pesos que deben repartirse igualmente entre ellas hace mas mal que el que roba cien pesos á una persona sola? Pero el mal del delito semi-público ó público que se reparte en vez de multiplicarse, es menor que el mal del delito privado de la misma denominacion; menos mal

hace el que roba cien pesos á veinte personas, que el que los roba á una sola, porque el mal que repartido entre un gran número de individuos es imperceptible, arruinaria á uno solo. Si del mal primitivo del delito resulta un mal consiguiente, el mal total será mayor que el mal primitivo que no tuviera consecuencia alguna, y lo mismo sucederá cuando el mal de la persona ofendida se estiende á otras. Los egemplos de que se sirve Bentham para explicar estas dos últimas reglas, no dejan sobre ellas la menor oscuridad.

Hay ademas de esto algunas circunstancias relativas á la persona ofendida que aumentan el mal del delito: tal es la añadidura de un dolor fisico que no es esencial al delito, como si para robarme me ata el ladron de modo que me causa un dolor sin el cual pudo el robo egecutarse. El terror accesorio agrava tambien el mal del delito, como si mientras un ladron me despoja, me tiene otro puesta al pecho una pistola. Si en una plaza pública me da alguno un bofetón, la añadidura del oprobio agrava el mal del delito: el mismo efecto produce el daño irreparable, como si se corta á uno un brazo, y el aumento de dolor que nace de la mayor sensibilidad de la persona ofendida, tambien aumenta el mal del delito: una palabra grosera que un hombre del pueblo bajo despreciaria como indiferente, puede ser una ofensa muy grande para un hombre de una clase elevada. El tamaño del mal de primer orden influye mucho sobre la alarma que será mayor ó menor en proporcion de lo grave ó leve que aquel mal sea; pero hay ademas otras circunstancias que tambien modifican la alarma, y de las que va nuestro autor á tratar en los capitulos siguientes.

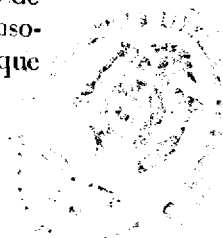
CAPITULO VI.

De la mala fe.

Que un hombre haya cometido un delito sabiéndolo y queriéndolo, ó sin saberlo ni quererlo, el mal inmediato es ciertamente el mismo; pero la alarma que de él resulta es muy diferente. El que ha hecho el mal con *intencion y conocimiento*, se presenta en nuestro espíritu como un hombre malo y peligroso; pero el que lo ha hecho sin *intencion ó sin conocimiento* no se presenta como un hombre temible, sino por su ignorancia, ó por su inadvertencia.

Nada tiene de extraño esta seguridad pública despues de un delito exento de mala fe: obsérvense todas las circunstancias del acto. El delincuente no ha creído obrar contra la ley, y si ha cometido un delito es porque no tenia motivo para abstenerse de él. Si este delito resulta de un concurso desgraciado de circunstancias, es un hecho aislado y fortuito que nada influye para que se cometa otro semejante; pero el delito de un delincuente de mala fe, es una causa permanente de mal: en lo que ha hecho se ve lo que puede y quiere hacer todavía; y su conducta pasada es un pronóstico de su conducta futura. Por otra parte, la idea de un malvado nos entristece, nos amedrenta, y al punto nos recuerda toda la clase peligrosa y malhechora que nos rodea de lazos, y trama en silencio sus conspiraciones.

El pueblo guiado por un instinto justo, dice casi siempre de un delincuente de buena fe que es mas digno de lástima que de castigo; y es porque en efecto, un hombre aunque sea de una sensibilidad comun no puede dejar de sentir el pesar mas vivo por los males de que es causa inocente, y mas bien se le debería consolar que castigar. No solamente no es mas temible que



otro cualquiera sino que aun lo es menos ; porque su dolor por lo pasado , responde de una precaucion mas que comun en lo venidero.

Por otra parte, un delito exento de mala fe ofrece una esperanza de indemnizacion. Si el individuo se hubiera creído expuesto á incurrir en una pena habria tomado precauciones para sustraerse á la ley ; pero en su inocencia se queda en descubierto , y no piensa en resistirse á las reparaciones legales.

Esto es por lo que toca al principio general ; pero la aplicacion es materia de mucha dificultad. Para conocer bien todo lo que constituye los caractéres de la mala fe , es necesario examinar todos los diferentes estados en que puede hallarse el alma en el momento de la accion , sea con respecto á la intencion , sea con respecto al conocimiento : ¡cuántas modificaciones posibles en el entendimiento y en la voluntad ! Un flechero lanza una flecha en la que habia escrito *al ojo izquierdo de Filipo* ; y la flecha toca con efecto al ojo izquierdo : he aqui una intencion correspondiente exactamente al hecho.

Un marido celoso sorprende á su rival , y para perpetuar su venganza le mutila ; pero la operacion le causa la muerte : en este caso la intencion del homicidio no era plena y directa.

Un cazador ve un ciervo y un hombre junto á él : bien conoce que no puede tirar al ciervo sin riesgo de dar al hombre , y sin embargo , tira y mata en efecto al hombre en vez de matar el ciervo : en este caso el homicidio es voluntario ; pero la intencion de matar no era mas que indirecta.

Por lo que toca al entendimiento , éste puede hallarse en tres estados con respecto á las diversas circunstancias de un hecho. — *Conocimiento.* — *Ignorancia.* — *Falsa opinion.* — Tú has sabido que este brebaje era un veneno : tú has podido ignorarlo : tú has podido creer que haria poco mal , ó que en ciertos casos era un remedio.

Estos son los preliminares para llegar á caracterizar la mala fe : nosotros no intentaremos tratar aquí con extension esta materia espinosa.

COMENTARIO.

La mala fe del delincuente puede sin duda influir sobre la alarma; pero hablando con propiedad, ¿puede haber delito exento de mala fe? ¿no trabaja Bentham en este capítulo sobre una contradiccion en los términos? El dolo, ó la mala fe que es lo mismo, es de tal modo esencial al delito, que aun el descuido mas grosero, que en los códigos del derecho romano se llama *culpa lata*, y que en los contratos equivale al dolo, no basta para constituir el delito, por muy grave que sea el mal que produzca el descuido: un egeemplo aclarará esta idea. En una ventana que cae á la calle tengo un tiesto de flores que no he cuidado de asegurar bien; el tiesto cae, y mata á un hombre: el daño es el mismo que si yo le hubiera de propósito tirado el tiesto con intencion de matarle; pero sin embargo, en el primer caso no he cometido el delito de homicidio, y sí en el segundo. Estos actos nocivos hechos sin dolo ó sin intencion de dañar, son los que los jurisconsultos romanos llaman *cuasi-delitos*; expresion que no me parece á mí tan impropia como á Bentham; pues caracteriza bastante bien unas acciones que sin ser verdaderos delitos se parecen mucho á ellos, y producen el mismo mal de primer orden.

Yo creo que en vez de decir delincuente de buena fe, (expresion que envuelve una contradiccion en los términos) se diria mejor agente de buena fe, y entonces podria decirse, hablando con exactitud, que el mal causado de buena fe ó sin intencion por un acto prohi-

bido por la ley, influye menos sobre la alarma que el mal causado por el mismo acto, hecho con dolo, con mala fe, ó con intencion. Digo que el mal nacido de un descuido influye *menos* sobre la alarma; porque no deja de influir algo: pues cada uno puede temer para sí los efectos de un descuido semejante, aunque nadie temerá tanto á un hombre negligente, como á un malvado que hace el mal de propósito.

Bien se ve que esto no altera los principios de Bentham, que no son tan fáciles de aplicar, como de entender; porque la buena y la mala fe no tienen caracteres particulares bastante aparentes para poderlas distinguir fácilmente sin equivocacion. La regla general es, que todo acto prohibido por la ley, se presume hecho con dolo ó de mala fe; pero como la presuncion no es la verdad, el agente podrá destruirla probando que ha obrado sin malicia y de buena fe: prueba que debe dar el acusado y no el acusador que tiene á su favor la presuncion, *sin que por esto pueda decirse que se le obliga á probar una negativa improbable por su naturaleza; pues no niega haber hecho el acto que se le atribuye, sino que afirma haberlo ejecutado sin dolo ó de buena fe.*

Supuesta la malicia inseparable del delito, éste influirá mas ó menos sobre la alarma general, en razon del grado mayor ó menor de malicia: un perverso habituado al delito, que busca y aprovecha todas las ocasiones de cometerle, es mucho mas de temer que un hombre que, seducido por la ocasion que se presenta sin haberla buscado ó estrechado por la necesidad, delinque por la primera vez. Para apreciar el grado de dolo ó de malicia no hay una regla segura; pero por las circunstancias que acompañan á la accion, y por el carácter y hábitos conocidos del delincuente, se puede llegar á un conocimiento bastante aproximado, sino exacto: aqui es necesario que el legislador confie algo, lo menos que pueda, á la prudencia y probidad del juez.

CAPITULO VII.

Posicion del delincuente : cómo ésta influye sobre la alarma.

Hay delitos que todo el mundo puede cometer , y hay otros que dependen de una posicion particular ; es decir, que esta posicion particular es la que proporciona al delincuente la ocasion de delinquir.

¿Cuál es el efecto de esta circunstancia sobre la alarma ? Generalmente propende á disminuirla estrechando su esfera.

Un hurto produce una alarma general : un acto de peculado, cometido por un tutor contra su pupilo apenas la produce.

Por grande que sea la alarma que inspira una extorsion hecha por un empleado de policia, es infinitamente mayor la que inspira una contribucion exigida por unos vandoleros en un camino real , ¿ por qué ? Porque se sabe que el empleado concusionario mas osado, siempre tiene algun freno y alguna reserva ; necesita ocasiones y pretextos para abusar de su poder, al paso que los vandoleros amenazan á todo el mundo y á toda hora, sin que los contenga la opinion pública. Esta circunstancia influye del mismo modo sobre otras clases de delitos, como la seducion y el adulterio ; porque no se puede seducir á la primera muger, que se encuentra como se la puede robar. Una empresa de esta especie exige un conocimiento seguido , una cierta proporcion de bienes y de clase ; en una palabra, la ventaja de una posicion particular.

De dos homicidios cometidos, el uno por heredar, y el otro por robar á fuerza, el 1.º manifiesta un carácter mas atroz, y sin embargo el 2.º excita mas alarma. El hombre que se cree seguro de sus herederos no concibe

una alarma sensible por el primer acontecimiento; pero ¿qué seguridad puede haber contra unos vandoleros? Anádase á esto que el malvado que mata por heredar, no se transformará en asesino de caminos públicos; y no arriesgará por algunos pesos lo que querrá arriesgar por una herencia.

He aquí una reflexion que se estiende á todos los delitos que incluyen violacion de depósito, abuso de confianza, y de poder público ó privado. Estos causan tanto menos alarma quanto mas particular es la posicion del delincuente, quanto menos individuos hay que se hallen en una posicion semejante, y quanto mas se estreche por consiguiente la esfera del delito.

Excepcion importante. Si el delincuente está revestido de grandes poderes; si puede envolver en la esfera de su accion á un gran número de personas, su posicion, aunque particularizada estiende el cerco de la alarma en vez de achicarlo. Que un juez se proponga pillar, matar, tiranizar,—que un oficial militar tenga por objeto robar, vejar, verter sangre, la alarma que ellos excitarán, proporcionada á la extension de sus poderes, podrá ser mayor que la que producen los vandoleros mas atroces.

En estas situaciones elevadas, no es necesario un delito, basta una falta exenta de mala fe para causar una grande alarma. Si un juez íntegro, pero ignorante, envia á la muerte á un inocente, desde el punto en que su falta es conocida, se altera la confianza pública, se hace sentir el movimiento, y la inquietud puede llegar á un alto grado.

Por fortuna este género de alarma puede contenerse de un golpe destituyendo al juez incapaz.

COMENTARIO.

La posicion particular en que se halla el delincuente disminuye en general la alarma que sin aquella circunstancia produciria el delito , tanto mas , quanto mas rara ó poco comun sea aquella posicion ; porque se cree que hallándose el delincuente en otra no hubiera cometido el delito , y son muy pocos los que se hallan en la misma posicion que el delincuente , y que puedan por consiguiente tener la tentacion de imitarle. Por esta razon un robo vulgar alarma mas que un robo hecho por un tutor á su pupilo. La posicion del tutor es muy particular ; y aunque robe á su pupilo no saldrá á robar á la calle , al camino , ni á las casas de otros. Lo mismo puede decirse de los robos que cometen los tramposos en el juego ; y en general , un mal que puede evitarse si se quiere no inspira alarma. Alguna vez la posicion particular del delincuente , en vez de disminuirla aumenta la alarma ; pero sobre esto nada tenemos que añadir á lo que dice nuestro autor.

CAPITULO VIII.

De la influencia de los motivos sobre lo grande de la alarma.

Si el delito de que se trata procede de un motivo particular , raro y reducido á una clase poco numerosa , la alarma tendrá poca extension ; pero si procede de un motivo comun , frecuente y poderoso , la alarma se extenderá mucho , porque serán muchas las personas que se creerán expuestas.

Comparad lo que resulta en quanto á esto de un asesinato cometido por robar , y de otro cometido por venganza. En el primer caso el peligro se presenta co-

mo universal : en el segundo se trata de un delito que no es de temer, á no ser que se tenga un enemigo, cuyo odio haya llegado á un punto de atrocidad bien raro.

Un delito producido por una enemistad de partido causará mas alarma que el mismo delito producido por una enemistad particular.

Ha existido en Dinamarca y en una parte de la Alemania hacia la mitad del siglo pasado una secta religiosa, cuyos principios eran mas espantosos que las mas negras pasiones. Según estos fanáticos, el medio mas seguro de ganar el cielo no era la bondad moral de las acciones, sino el arrepentimiento; y la eficacia de este arrepentimiento, era tanto mayor cuanto mas absorvia todas las facultades : y cuanto mas atroz era el delito que se habia cometido, tanto mas seguro estaba el delincuente de que sus remordimientos tendrian esta energía expiatoria. Esta fue la lógica con que estos furiosos salian de su casa á merecer la salvacion y el cadahalso, asesinando á los niños en la edad de la inocencia ; y si esta secta hubiera podido mantenerse estaba acabado el género humano (1).

Se habla vulgarmente de los motivos como si fueran *buenos ó malos*; pero esto es un error, porque todo motivo en última analisis es la perspectiva de un placer que adquirir, ó de una pena que evitar ; y así el mismo motivo que inclina en ciertos casos á hacer una accion tenida por buena, ó indiferente, puede inclinar en otros casos á hacer una accion tenida por mala. Un indigente roba un pan, otro individuo compra uno, otro trabaja para ganarle;—el motivo que les hace obrar es exactamente el mismo, la necesidad fisica de la hambre. Un devoto funda un hospital para los pobres;

(1) No sé dónde he leído que en Prusia al primer ejemplo de este fanatismo, el gran Federico hizo encerrar al asesino en una casa de locos, porque penso muy bien que darle la muerte no era castigarle sino recomendarle. Esto bastó para contener el delito.

otro va hacer la peregrinacion de la Meca, y otro asesina á un príncipe que tiene por herege: su motivo puede ser exactamente el mismo, el deseo de conciliarse el favor divino, segun las diferentes opiniones que ellos se han formado. Un geómetra vive en un retiro austero y se entrega á los trabajos mas profundos; un hombre de mundo se arruina á sí mismo y arruina á una multitud de acreedores por un fausto excesivo; un príncipe emprende una conquista y sacrifica millares de hombres á sus proyectos; un guerrero intrépido excita el valor del pueblo abatido, y triunfa del usurpador: todos estos hombres, pueden estar animados por un motivo exactamente semejante, el deseo de la reputacion, &c. &c.

De este modo se podrian examinar todos los motivos, y se veria que cada uno de ellos puede producir las acciones mas laudables y las mas criminales. No se deben pues mirar los motivos como exclusivamente buenos ó malos.

Sin embargo, considerando todo el catálogo de los motivos, es decir, todo el catálogo de los placeres y de las penas, podrán los motivos clasificarse segun la tendencia que parecen tener á unir ó á desunir los intereses de un individuo de los intereses de sus semejantes. Siguiendo este plan podrian dividirse los motivos en cuatro clases: *motivo puramente social*: la benevolencia: *motivos semi sociales*, el amor de la reputacion, el deseo de la amistad, la religion: *motivos anti-sociales*, la antipatía y todas sus ramas: *motivos personales*, los placeres de los sentidos, el amor del poder, el interes pecuniario, el deseo de su propia conservacion.

Los motivos personales son los mas eminentemente útiles, y los únicos cuya accion no puede suspenderse, porque la naturaleza les ha confiado la conservacion de los individuos: ellos son las grandes ruedas de la sociedad; pero es necesario arreglar su movimiento, mode-

rarlo y mantenerlo en una buena direccion por los móviles de las dos primeras clases.

No debe olvidarse que aun los motivos anti-sociales, necesarios hasta un cierto punto para la defensa del individuo, pueden producir, y con efecto producen frecuentemente algunas acciones útiles, y aun algunas acciones necesarias para la existencia de la sociedad, por ejemplo, la delacion, y la persecucion de los delinquentes.

Podria hacerse otra clasificacion de los motivos, considerando su tendencia mas comun á producir buenos ó malos efectos. Los motivos sociales y semi-sociales se llamarian en esta clasificacion *motivos tutelares*. Los motivos anti-sociales y personales, serian llamados *motivos seductores*. Estas denominaciones no deben tomarse en un sentido riguroso; pero no dejan de tener alguna exactitud y verdad; porque en los casos en que hay un conflicto de motivos que obran en direccion contraria, se verá que los motivos sociales y semi-sociales, combaten las mas veces en el sentido de la utilidad, al paso que los motivos anti-sociales y personales nos impelen en sentido contrario.

Pero sin entrar aqui en una discusion mas profunda sobre los motivos, detengámonos en lo que importa al legislador. Para juzgar de una accion se debe desde luego mirar á sus efectos, prescindiendo de todo lo demas. Bien conocidos los efectos, se puede despues en ciertos casos subir al motivo, observando su influencia sobre lo grande de la alarma, sin detenerse en la cualidad buena ó mala, que su nombre vulgar (1) parece atribuirle.

(1) Lo que yo llamo *nombre vulgar de los motivos* son los nombres que traen consigo una idea de aprobacion ó de reprobacion: un nombre neutro es el que expresa el motivo sin alguna asociacion de censura, ó de alabanza: por ejemplo, *interes pecuniario* — *amor del poder*, *deseo de la amistad*, ó *del favor*, sea de Dios sea de los hombres, *curiosidad*, *amor de la reputacion*, *dolor de una injuria*, *deseo de su conservacion*; pero estos motivos tienen nombres vulgares, como avaricia, codicia, ambicion, vanidad, venganza, animosidad, cobardia, &c. Cuando un motivo tiene

Asi el motivo *mas aprobado* no podrá transformar una accion perniciosa en accion útil ó indiferente ; y el motivo *mas condenado* no podrá transformar una accion útil en accion mala. Lo mas que puede hacer es realzar ó rebajar mas ó menos su cualidad moral: una buena accion por un motivo *tutelar* se hace mejor; una mala accion por un motivo *seductor* se hace peor. Apliquemos esta teoria á la práctica. Un motivo de la clase de los motivos seductores no podrá constituir un delito, pero podrá formar un medio de *agravacion*: un motivo de la clase de los motivos tutelares no producirá el efecto de excusar ó de justificar ; pero podrá servir para disminuir la necesidad de la pena; ó en otros términos podrá formar un medio de *extenuacion*.

Observemos que no se debe parar en la consideracion del motivo sino en el caso en que es manifesto , y por decirlo asi , palpable ; porque muchísimas veces sería muy difícil llegar al conocimiento del verdadero motivo , ó del motivo predominante , cuando la accion ha podido ser producida igualmente por diferentes motivos, ó cuando muchos motivos han podido cooperar á la formacion de ella. En esta interpretacion dudosa se debe desconfiar de la malignidad del corazon humano, y de la disposicion general á hacer brillar la sagacidad del ingenio á costa de la bondad. Aun de buena fe nos engañamos á veces sobre los movimientos que nos hacen obrar ; y en cuanto á sus propios motivos , son los hombres unos ciegos voluntarios muy dispuestos á enojarse con el oculista que quiere extraerles la catarata de la ignorancia y de las preocupaciones.

un nombre reprobado , parece contradictorio decir que de él puede resultar algun bien: cuando tiene un nombre favorecido , parece igualmente contradictorio suponer que de él puede resultar algun mal. Casi todas las disputas morales ruedan sobre este fondo , y se cortan de raiz con solo dar á los motivos unos nombres neutros. Entonces se puede uno detener en el exámen de sus efectos sin que le importune le asociacion de las ideas vulgares.

COMENTARIO.

Cuando el motivo que ha impelido á cometer un delito es raro y extraordinario, el delito alarma menos que si fuera cometido por un motivo comun; y asi el asesinato cometido por venganza, alarma menos que el cometido por robar: cualquiera puede temer que se le asesine por robarlo; y solo el que sabe que tiene un enemigo encarnizado y vengativo puede temer ser asesinado por venganza.

Supuesto que el motivo del delito influye sobre el grado de alarma, se ha pensado que hay motivos buenos, y motivos malos por sí mismos; pero la verdad es que los motivos son indiferentes, ó que verdaderamente, y en último análisis no hay mas que un motivo único de todas las acciones humanas, el deseo del placer ó del bien. Este deseo es justo, es inevitable, es inseparable de la naturaleza del hombre; pero puede ser motivo igualmente de una accion mala que de una buena. El que roba un pan y el que trabaja por ganarlo, obran por un mismo motivo, la necesidad fisica de la hambre; y el uno es un ladron, y el otro un hombre de bien.

La division de Bentham en motivos sociales, semi-sociales, anti-sociales y personales, no prueba que haya motivos buenos, tales que no puedan producir mas que buenas acciones, y motivos malos que no puedan producirlas sino malas; porque si se reflexiona un poco se verá que no se halla un motivo en cualquiera de las cuatro clases referidas que no pueda producir una mala accion igualmente que una buena, ¿qué motivo mas puro, mas social que la beneficencia? Y sin embargo, si yo robo á un hombre opulento sin otro motivo que el de socorrer á una familia pobre que me ha compadecido, cometeré un robo, una mala accion, por un

motivo social; y por el contrario si persigo á un delincuente en justicia porque le aborrezco personalmente y le deseo mal, haré una buena accion por un motivo anti-social. La denominacion de motivos tutelares y seductores no mudará la naturaleza de ellos, ni hará que degen de ser indiferentes al bien y al mal: una accion nunca será un delito por el motivo solo que la ha producido: lo único que de una accion hace un delito es el mal que produce cualquiera que sea el motivo de ella, llámese tutelar ó seductor. Asi el legislador para calificar de delitos ciertas acciones y otras no, ó de otro modo, para prohibir unas acciones y permitir otras, no debe atender mas que á los efectos de ellas: el motivo cuando mas podrá ser un medio de agravacion ó extenuacion en la pena; y aun para esto es necesario que el motivo sea evidente y palpable; porque, ¿cuán fácil no es equivocarse sobre los motivos internos que determinan al hombre á obrar de un modo ó de otro? Los efectos no se pueden equivocar, y ellos solos son los que constituyen el delito y la medida mas exacta y mas justa de la pena.

CAPITULO IX.

Facilidad ó dificultad de estorbar los delitos. Quinta circunstancia que influye sobre la alarma.

Lo primero que hace el entendimiento cuando se tiene la noticia de un delito, es comparar los medios de ataque y los medios de defensa, y segun juzga que el delito es mas ó menos fácil, es mayor ó menor la inquietud que causa. Esta es una de las razones que hacen el mal de un robo con fuerza armada tan superior al mal de un hurto simple; porque la fuerza puede mas muchas veces y alcanza á cosas que estarian á cubierto de la maña. En el robo á fuerza armada, el que se hace

en las casas alarma mas que el que se comete en los caminos: el que se egecuta de noche, mas que el que se hace de día; y el que se combina con un incendio mas que el que se limita á los medios ordinarios.

Por otra parte cuanta mas facilidad vemos en oponernos á un delito, tanto menos temible nos parece. — La alarma no puede ser muy viva cuando el delito no puede consumarse sin el consentimiento de la persona que pudiera padecer por él. Es fácil aplicar este principio á la adquisicion fraudulenta, á la seduccion, á los desafios, á los delitos contra sí mismo, y en especial al suicidio.

El rigor de las leyes contra el robo doméstico, se ha fundado sin duda en la dificultad de oponerse á este delito; pero la agravacion que resulta de esta circunstancia, no es igual al efecto de otra que es muy propia para disminuir la alarma; á saber, la particularidad de la posicion que ha dado la ocasion al robo. — Conocido una vez el ladron doméstico, ya no es peligroso: necesita mi consentimiento para robarme, y es preciso que yo le introduzca en mi casa y le dé mi confianza: con tanta facilidad para preservarme de él, apenas puede inspirarme alguna alarma (1).

COMENTARIO.

Cuanta mayor sea la facilidad de cometer un delito, tanto mayor será la alarma que inspire; y por el contrario, cuanto mas fácil sea estorbarlo, tanto menor será la alarma: nadie teme los efectos de un delito que no puede cometerse sin su consentimiento, ó que está

(1) La principal razon contra la severidad de las penas en este caso, es que ella da á los amos una repugnancia á perseguir el delito, y por consiguiente favorece la impunidad.

en su mano prevenir. Por esta razon el suicidio sea ó no sea un delito, no puede inspirar alarma, y una ratería inspirará menos alarma que un robo á fuerza armada, porque es mas fácil defenderse del artificio que de la fuerza, y menos arriesgado. Las observaciones de mi autor sobre el hurto doméstico son dignas de un jurisconsulto filósofo, y hacen la crítica de la severidad de las penas con que la legislacion española castiga al ladrón casero: las leyes de Francia no consideran la domesticidad como una circunstancia agravante del robo.

CAPITULO X.

*Clandestinidad del delincuente mas ó menos fácil. —
Circunstancia que influye sobre la alarma.*

La alarma es mayor cuando por la naturaleza ó por las circunstancias del delito, es mas difícil descubrirlo y averiguar el autor de él. Si el delincuente no es conocido, el buen éxito de su delito es un aliciente para él y para otros: no se ve término á los delitos que quedan impunes, y la parte perjudicada pierde la esperanza de ser indemnizada.

Hay algunos delitos que son susceptibles de ciertas precauciones particulares adaptadas á la clandestinidad, como el disfraz de la persona, y la eleccion de la noche para cometer la accion, cartas anónimas amenazadoras para arrancar algunas concesiones indebidas.

Hay tambien delitos distintos á que se recurre para hacer mas difícil el descubrimiento de los otros: así un delincuente prende y tiene encerrada una persona, ó la hace perecer para no ser descubierto y convencido por la declaracion de ella.

En el caso en que por la naturaleza misma del delito el autor de él es necesariamente conocido, la alarma se disminuye considerablemente. — Así unas inju-

rias personales, resultado de un acaloramiento, ó de algun arrebató momentáneo de pasión, excitada por la presencia de un contrario, inspirarán menos alarma que una ratería que afecta la clandestinidad, aunque el mal de primer órden sea mayor ó pueda serlo en el primer caso.

COMENTARIO.

Los delitos que por las circunstancias que los acompañan dan al delincuente la facilidad de ocultarse y de sustraerse á la pena, inspiran un grado mucho mayor de alarma, que aquellos, cuyos autores son necesariamente conocidos; porque se teme que la impunidad tiene al delincuente mismo á repetir su delito, y á otros á imitarle. Se teme con sobrada razón que se multipliquen los delitos que no son prevenidos por el temor de la pena; y por otra parte, la persona perjudicada pierde la esperanza de una indemnización, aunque este último efecto se evitará estableciendo la satisfacción subsidiaria de que en otra parte nos ha hablado el autor: idea digna de él, y que me parece original.

CAPITULO XI.

Influencia del caracter del delincuente sobre la alarma.

Se presumirá el caracter del delincuente por la naturaleza de su delito, y sobre todo, por el tamaño del mal de primer órden que es su parte mas visible; pero tambien se presumirá por algunas circunstancias, y por los pormenores de su conducta en el delito mismo. Ahora pues, el carácter de un hombre parecerá mas ó menos peligroso, segun que los motivos tutelares parezcan te-

ner mas ó menos imperio sobre él, haciendo comparacion con la fuerza de los motivos seductores.

Por dos razones debe el carácter influir sobre la eleccion y la cantidad de la pena: la primera porque aumenta ó disminuye la alarma; y la segunda porque da un indicio de la sensibilidad del sugeto: no hay necesidad de emplear medios tan fuertes para reprimir un carácter débil, pero bueno en el fondo, como para otro de un temple contrario.

Veamos primero los medios de *agravacion* que pueden tomarse de esta fuente.

1.º Cuanto menos estaba la parte ofendida en estado de defenderse, con tanta mas fuerza debia obrar el sentimiento de compasion. Una ley del honor, apoyando este instinto de lástima, impone una obligacion imperiosa de no maltratar al debil, y de perdonar al que no puede resistir. Primer indicio de un carácter peligroso: *flaqueza oprimida*.

2.º Si la flaqueza sola debe despertar la compasion, la vista de un individuo paciente debe obrar en este sentido con una fuerza doble. La sola negativa de socorrer á un desgraciado forma ya una presuncion poco favorable del carácter de un individuo; ¿pues qué se pensará de aquel que espia el momento de la calamidad para añadir una nueva medida á la angustia de una alma afligida, para hacer mas amarga una desgracia con una nueva afrenta, para acabar de despojar á la indigencia? Segundo indicio de un carácter malo: *angustia agravada*.

Es una rama esencial de policia moral, que aquellos hombres que han podido formarse un hábito superior de reflexion, aquellos en que puede presumirse mas sabiduria y esperiencia sean atendidos y respetados por los que no han podido adquirir en el mismo grado el hábito de reflexionar y las ventajas de la educacion. Este género de superioridad se halla en general en las cla-

ses mas distinguidas de los ciudadanos en comparacion de las clases menos elevadas, en los ancianos, y en las personas de mas edad en una misma clase, y en ciertas profesiones consagradas á la enseñanza pública. Se han formado en la masa del pueblo unos sentimientos de deferencia y de respeto, relativos á estas distinciones, y este respeto infinitamente útil para reprimir sin esfuerzo las pasiones seductoras, es una de las mejores bases de las costumbres y de las leyes. Tercer indicio de un carácter peligroso: *violacion del respeto á los superiores* (1).

4.º Cuando los motivos que han impelido al delito son comparativamente ligeros y frívolos, es preciso que los sentimientos de honor y de benevolencia tengan bien poca fuerza. Si se tiene por peligroso al hombre que movido por un deseo impetuoso de venganza quebranta las leyes de la humanidad, ¿qué puede pensarse de aquel que se abandona á acciones feroces por un simple motivo de curiosidad, de imitacion ó de diversion? Cuarto indicio de un carácter perverso: *crueldad gratuita*.

5.º El tiempo es particularmente favorable á la accion de los motivos tutelares. En el primer asalto de una pasion, como en un uracan, pueden ceder y doblarse un momento los sentimientos virtuosos; pero si el corazon no está pervertido, bien pronto la reflexion les restituye su primera fuerza y los trae en triunfo. Si ha mediado un tiempo bastante largo entre el proyecto del delito y su egecucion, esto es una prueba no equívoca de una malicia madura y consolidada. Quinto

(1) Por haber desconocido la utilidad, por no decir la necesidad, de esta subordinacion, cayeron los franceses durante su revolucion en aquel exceso de locura, que los entregó á males inauditos, y que extendió la desolacion á las cuatro partes del mundo. Por no tener los franceses superior no había seguridad en Francia. El principio de la igualdad mal entendido encierra en sí la anarquía, y todas las pequeñas masas de influencia particular son las que sostienen el gran dique de las leyes contra el torrente de las pasiones.

indicio de un carácter malo: *premeditacion*.

6.º El número de cómplices es otra señal de su depravacion. Este concierto de muchos supone reflexion, reflexion mucho tiempo y particularmente sostenida, y ademas, la reunion de muchas personas contra un solo inocente demuestra una cobardía cruel. Sexto indicio de un carácter arriesgado: *conspiracion*.

Á estos medios de agravacion se pueden añadir otros dos menos fáciles de clasificar: *la falsedad y la violacion de confianza*.

La falsedad imprime al carácter una mancha infamante y profunda, que ni aun las calidades brillantes pueden borrar. La opinion pública es justa en este punto. La verdad es una de las primeras necesidades del hombre: es uno de los elementos de nuestra existencia: es para nosotros como la luz del dia. Á cada instante de nuestra vida nos vemos precisados á fundar nuestros juicios, y á sentar nuestra conducta sobre hechos entre los cuales hay muy pocos de que podamos asegurarnos por nuestras propias observaciones, de donde se sigue la necesidad mas absoluta de fiarnos en los dichos de otro; y si en estos dichos hay una mezcla de falsedad, desde aquel punto son erróneos nuestros juicios, y defectuosa nuestra conducta, y engañadas nuestras esperanzas: vivimos en una desconfianza inquieta, y no sabemos donde buscar nuestra seguridad. En una palabra, la falsedad encierra el principio de todos los males, pues en sus progresos produciria al fin la disolucion de la sociedad humana.

Es tan grande la importancia de la verdad, que la menor violacion de sus leyes, aun en materias frívolas, arrastra siempre un cierto peligro: el mas ligero desvio es ya un atentado contra el respeto que se la debe. Una primera transgresion, es la que facilita una segunda, y familiariza con la idea odiosa de la mentira; y si la falsedad es tal en las cosas que nada importan por sí

mismas ¿qué será en las ocasiones importantes en que sirve de instrumento al delito? La falsedad es una circunstancia que tan pronto es esencial á la naturaleza del delito, y tan pronto simplemente accesoria: está necesariamente comprendida en el perjurio, en la adquisicion fraudulenta, y en todas sus modificaciones. En los otros delitos solamente es colateral y accidental, y asi solo en estos puede dar un motivo separado de agravacion.

La violacion de confianza, se refiere á una posicion particular, á un poder confiado que imponia al delincuente una obligacion estricta que ha violado. Puede ser considerada tan pronto como el delito principal, tan pronto como un delito accesorio; pero no es necesario detenernos aquí en estos pormenores.

Hagamos ahora una reflexion general sobre todos estos medios de agravacion. Aunque todos den indicios contrarios al carácter del delincuente, esto no es una razon para aumentar proporcionalmente la pena, y bastará darla una cierta modificacion que tenga alguna analogía con este accesorio del delito, y que sirva para despertar en el alma de los ciudadanos una antipatía saludable contra esta circunstancia agravante. Esto se hará mas claro cuando tratemos de los medios de hacer características las penas (1).

(1) He aquí una cuestion interesante para la legislacion y la moral.

Si un individuo se permite algunas acciones que la opinion pública condena, y no debía condenar siguiendo el principio de la utilidad, ¿se podrá sacar de esto un indicio contrario al carácter de este individuo?

Yo respondo que un hombre de bien, aunque se somete en general al tribunal de la opinion pública, puede reservarse su independencia para ciertos casos particulares en que el juicio de este tribunal le parece contrario á su razon y á su felicidad, y en que se le exige un sacrificio penoso para él, sin que sea verdaderamente útil para nadie. Tomemos por ejemplo á un judío en Lisboa: él disimula, viola las leyes, y desprecia una opinion que tiene á favor de ella la sancion popular, ¿es por esto el mas malvado de los hombres? ¿le creeremos capaz de todos los delitos? ¿será calumniador, ladrón y perjurio si puede esperar no ser descubierto? No: un judío no se entrega mas á los delitos en Portugal que en otra parte. — Si un religioso se permite violar en secreto algunas observancias absurdas y penosas de su convento, ¿se seguirá de aquí que es

Pasemos ahora á las *extenuaciones* que pueden sacarse de la misma fuente, y que tienen por efecto disminuir mas ó menos la pena. Llamo extenuacion á las circunstancias que propenden á disminuir la alarma, porque dan un indicio favorable al caracter del individuo, y se pueden reducir á nueve.

- 1.º Falta exenta de mala fe.
- 2.º Conservacion de sí mismo.
- 3.º Provocacion recibida.
- 4.º Conservacion de persona amada.
- 5.º Exceso en la defensa necesaria.
- 6.º Condescendencia con amenazas.
- 7.º Condescendencia con autoridad.
- 8.º Embriaguez.
- 9.º Infancia.

Un punto comun á estas circunstancias, á excepcion de las dos últimas, es que el delito no ha tenido su fuente originaria en la voluntad del delincuente. La causa primera es un acto de otro, una voluntad ajena, ó algun accidente fisico. Sin este acontecimiento, nunca el culpado hubiera pensado en delinquir, y habria permanecido inocente hasta el fin de su vida, como lo habia sido hasta entonces: aunque no fuese castigado, su conducta futura sería tan buena como si no hubiera cometido el delito de que se trata.

Cada una de estas circunstancias exigiria algunos detalles y algunas explicaciones; pero yo aqui me ceñiré á advertir que se deberá dejar al juez una gran latitud para apreciar en estos diversos medios de extenuacion, la validacion y la extension de ellos.

¿Se trata por egemplo de una provocacion recibida? Es necesario que la provocacion sea reciente para mere-

un hombre falso, peligroso, dispuesto á violar su palabra en un punto que interese la providad? Esta conclusion sería muy mal fundada. La simple razon, alumbrada por el interes, basta para hacer discetair un error general, y no conduce por esto al desprecio de las leyes esenciales.

cer indulgencia: es necesario que haya sido recibida en el curso de la misma riña; pero ¿qué es lo que debe constituir la misma riña? ¿qué es lo que debe mirarse como *reciente* en materia de injuria? Es necesario señalar algunas líneas de demarcacion; *que no se ponga el sol sobre vuestra cólera*, es un precepto de la escritura. El sueño debe calmar el arrebato de las pasiones, la fiebre de los sentidos, y preparar el espíritu á la influencia de los motivos tutelares. Este periodo natural podria servir en el caso del homicidio, para distinguir el que es premeditado del que no lo es.

En el caso de embriaguez se debe examinar si antes de ella ya existia la intencion de cometer el delito, sino ha sido fingida, sino ha tenido por objeto animarse á la egecucion del delito. La reincidencia deberia tal vez aniquilar la excusa que podria sacarse de este medio. El que sabe por experiencia que el vino le expone á delinquir, no merece indulgencia por los excesos á que ha podido arrastarle. La ley inglesa no recibe jamas la embriaguez como base de extenuacion: esto sería, dicen, excusar un delito con otro: esta moral me parece muy dura y muy poco meditada, ella viene del principio ascético, de aquel principio austero é hipocrita que un hombre se cree obligado á sostener mientras ocupa una cierta plaza, y que se da prisa á olvidar en cualquiera otra parte.

Por lo que toca á la infancia, no se trata de aquella edad en que el hombre no puede ser responsable de lo que hace, y en que serian ineficaces las penas: ¿de qué serviria, por egemplo, castigar judicialmente á un niño de cuatro años por un delito de incendio?

¿Dentro de que limites podria encerrarse este medio de extenuacion? Me parece que un limite racional es la época en que ya se presume bastante madurez en el hombre para sacarle de la tutela, y hacerle dueño de sí mismo. Antes de este término no se confia bastante

en su razon para permitirle la administracion de sus propios negocios, ¿y por qué la desesperacion de la ley habia de empezar antes que su esperauza?

Esto no es decir que por todo delito cometido antes de la mayor edad deba necesariamente minorarse la pena ordinaria: esta disminucion debe depender del conjunto de las circunstancias: quiere decir solamente que pasada esta época ya no será casi permitido disminuir la pena por este motivo.

Por razon de la menor edad se deben dispensar principalmente las penas infamantes: el que perdiera la esperanza de renacer al honor, con dificultad renaceria á la virtud.

Cuando hablo de la mayor edad no hablo de la mayoridad romana, fijada por las leyes á los veinte y cinco años; porque es una injusticia y una locura retardar tanto tiempo la libertad del hombre, y retenerle en las fajas de la niñez, despues de haber llegado al cumplimiento de sus facultades: el término que tengo presente es la época inglesa de veinte y un años cumplidos. Antes de esta edad ya Pompeyo habia conquistado algunas provincias, y Plinio, el jóven, defendia con gloria en el foro los intereses de los ciudadanos; y nosotros hemos visto á la Gran-Bretaña, gobernada mucho tiempo por un ministro que dirigia con acierto el sistema complicado de las rentas públicas en una edad en que en otros paises de la Europa no se le hubiera permitido vender una fanega de tierra.

COMENTARIO.

El carácter conocido del delincuente tiene mucha influencia sobre la alarma que inspira el delito; porque un delincuente de un carácter feroz y sanguinario se te-

me mas y es con efecto mas temible que un delincuente, que mas lo es por flaqueza que por malicia y depravacion. Del carácter de un hombre se juzgará por el mayor ó menor imperio que parezcan tener sobre él los motivos tutelares ó los motivos seductores; y de esto podrá formarse un juicio bastante probable por las circunstancias que acompañan el delito, las cuales son otros tantos medios de agravacion ó de extenuacion que deben influir en la eleccion y en la cantidad de la pena; de manera, que esta debe ser de tal ó tal especie, mas ó menos grave segun que las circunstancias que acompañan al delito inspiran un grado mayor ó menor de alarma. Esto es muy justo; porque si la pena debe ser proporcionada al delito, es decir, si el delincuente debe sufrir en la pena un mal proporcionado al mal que ha causado en el delito, sea este mal de 1.º ó de 2.º orden, no tiene duda que el delincuente que inspira un grado mayor de alarma, causa un mayor mal de 2.º orden: pues que este mal no consiste sino en la alarma.

Esta doctrina que es de Bentham y de la razon, no viene bien con lo que luego enseña él mismo en este capítulo despues de haber referido las circunstancias ó medios de agravacion. Aunque todos estos medios, dice, dan indicios nada favorables al carácter del delincuente, esto no es una razon para aumentar proporcionalmente la pena, y bastará darla una cierta modificacion que tenga una analogía con este accesorio del delito. No lo concibo: ¿el aumento del mal del delito no será una razon para aumentar proporcionalmente la pena? ¿Pues en qué consiste la proporcion entre la pena y el delito? La modificacion que Bentham cree bastante, ó realmente es un aumento de pena, ó no es ciertamente bastante; porque si aumentándose el mal del delito no se aumenta el mal de la pena, una parte del delito quedará impune; y esta impunidad parcial producirá *proporcionalmente los mismos fuestos efectos en aquel*

accesorio del delito que producirá la impunidad total en el delito principal. Si el que maltrata á un viejo achacoso es castigado con la misma pena que el que maltrata á un jóven robusto, ¿qué motivo mas ofrece la ley al delincuente para que se abstenga de maltratar al viejo? Casi todos los legisladores han tenido consideracion á estas circunstancias del delito para agravar las penas; y la legislacion francesa considera tanto la premeditacion, circunstancia agravante que denota un carácter perverso en el delincuente, que castiga ciertos delitos con la pena de muerte si son premeditados, y con penas menos severas si no lo son. El jury se sirve frecuentemente de esto para suavizar la horrible dureza del código penal frances que prodiga de un modo espantoso la pena capital. La ley no determina ni puede determinar particularmente si un delito es premeditado ó no: esto queda necesariamente confiado á la prudencia del juez; y el jury siempre hace uso de esta confianza en favor del acusado.

Como hay en los delitos circunstancias agravantes, que aumentando la alarma, ó el mal de 2.º orden exigen que se aumente proporcionalmente la pena, hay tambien circunstancias atenuantes, que disminuyendo la alarma ó mal de 2.º orden, exigen una disminucion proporcional en la pena: todo conforme al principio de que el mal de la pena debe ser proporcionado al mal del delito. Bentham reduce á nueve las circunstancias ó motivos de atenuacion, cuya fuerza solo el juez puede apreciar para adaptar la pena al mal efectivo del delito. No todos los escritores estan de acuerdo sobre la legitimidad de todas estas causas de atenuacion, y hay muchos que pretenden que nunca la embriaguez debe servir de excusa al delincuente. Esta doctrina es demasiado austera y mas conforme al principio del ascetismo ó de la antipatía que al de la utilidad con respecto á un delincuente que no tiene la costumbre de embriagarse, y que no

conociendo los efectos de los licores espirituosos, bebió mas de lo que su cabeza, cuya fuerza tampoco conocia, podia soportar. La embriaguez en este hombre es un delirio, una locura pasajera involuntaria, que le priva del juicio, de la razon, y por consiguiente de la libertad necesaria para delinquir. Otra cosa será en el delincuente que se embriaga por hábito, y mas si sabe que en aquel estado está propenso á delinquir. En el que se embriaga de propósito para animarse á cometer el delito, lejos de ser la embriaguez un motivo de extenuacion, es una circunstancia agravante. La naturaleza de esta obra no permite que cada uno de estos puntos se trate con extension.

CAPITULO XII.

De los casos en que la alarma es nula.

La alarma es absolutamente nula en los casos en que las únicas personas expuestas al peligro, si le hay, no son susceptibles de temor.

Esta circunstancia explica la insensibilidad de muchas naciones sobre el infanticidio, es decir, sobre el homicidio cometido en la persona de un recién nacido con el consentimiento del padre y de la madre. Digo con su *consentimiento*; porque sin esto la alarma seria casi la misma que si se tratára de un adulto; porque quanto menos susceptibles son los niños de temor por ellos mismos, tanto mas pronta está la ternura de los padres á alarmarse por sus hijos.

No pretendo justificar á estas naciones; ellas son tanto mas bárbaras quanto han dado al padre el derecho de disponer del recién nacido, sin el consentimiento de la madre, que despues de todos los peligros de la maternidad, se ve así privada de la recompensa de ellos, y reducida por esta indigna esclavitud al mis-

mo estado que las especies inferiores de animales cuya fecundidad nos es gravosa.

El infanticidio como acabo de definirlo, no puede ser castigado, como delito principal, pues no produce algun mal ni de 1.º ni de 2.º orden; pero debe ser castigado como un encaminamiento á los delitos, como que dá un indicio contra el carácter de sus autores. Nunca se pueden fortificar demasiado los sentimientos de respeto á la humanidad, é inspirar demasiada repugnancia contra todo lo que conduce á hábitos crueles: se le debe pues castigar con alguna nota infamante. Regularmente la causa de este delito es el temor de la afrenta. Es necesaria pues una afrenta mas grande para reprimirlo; pero al mismo tiempo se deben hacer muy raras las ocasiones de castigarlo, exigiendo para la conviccion unas pruebas dificiles de reunir.

Las leyes contra este delito con el pretexto de humanidad, han sido la violacion mas manifiesta de ella. Comparad los dos males, el del delito y el de la pena, ¿cuál es el delito? Lo que se llama impropriamente la muerte de un niño que ha dejado de existir antes de haber conocido la existencia, un acto que no puede excitar la mas ligera inquietud en la imaginacion mas tímida, y que solamente puede causar sentimiento á la misma que por pudor y por compasion no ha querido que se prolongue una vida empezada bajo tristes auspicios; ¿y cuál es la pena? imponiendo un suplicio bárbaro, una muerte ignominiosa á una madre desgraciada, cuya excesiva sensibilidad se prueba por su delito mismo; á una muger ciega por la desesperacion, que á nadie ha hecho mal mas que á sí misma, resistiéndose al mas dulce instinto de la naturaleza, se la sacrifica á la infamia, porque ha temido demasiado la deshonra; y se envenena con el oprobio y el dolor la existencia de los amigos que la sobreviven, ¡y si el mismo legislador fuera la primera causa del mal, si se le debiera mirar

como el verdadero homicida de estas criaturas inocentes, cuanto mas odioso pareceria aun su rigor! Sin embargo, el legislador solo es el que castigando con severidad una fragilidad tan digna de indulgencia, ha excitado en el corazon de una madre el combate dolorosísimo entre la ternura y la afrenta.

COMENTARIO.

La alarma no existe, dice muy bien Bentham, cuando las únicas personas expuestas al peligro, si hay alguno, no son susceptibles de temor. Este es el caso del infanticidio cometido con el consentimiento del padre y de la madre: no puede seguramente producir un mal de segundo orden; ¿pero es igualmente cierto que tampoco produzca mal alguno de primer orden, y que por consiguiente no deba ser castigado como delito principal segun piensa Bentham? Yo no puedo pensar como él: desde que el hombre nace entra en la sociedad: las leyes de ésta le reciben bajo su proteccion, y le dan un derecho á su existencia, erigiendo por consiguiente en delitos los atentados contra este derecho, al cual como cualquiera otro corresponde una obligacion á que no puede faltarse sin violar las leyes, y por consiguiente sin delinquir: ¿qué importa que el niño recién nacido ignore este derecho, y que haya dejado de existir antes de haber conocido la existencia? Un imbecil, un mentecato, es un niño grande que tambien ignora sus derechos, y que tambien existe sin conocer la existencia, ¿y por esto dejará de ser un delito el homicidio de un insensato? Las demas razones de Bentham prueban cuando mas que el infanticidio no produce un mal de segundo orden, pero no que no produzca un mal de primer orden, y esto basta para clasificarle entre los delitos,

fuera de que la sociedad puede alarmarse, si haciéndose muy comunes los infanticidios se la priva de un gran número de ciudadanos que pudieran serla útiles.

Bentham no pretende que la muerte de un recién nacido quede absolutamente impune; pero quiere que se castigue, no como delito principal, sino como un encaminamiento al delito, como un indicio del mal carácter de sus autores, ¿mas cómo puede ser conforme á los principios que Bentham profesa constantemente que un acto que no es delito sea castigado como delito? Porque al fin, el encaminamiento al delito, no es un delito, y menos aun lo es un mal carácter, ¿pues cómo el indicio de un mal carácter puede tomarse por una prueba de delito? Y además ¿es bien cierto que el infanticidio indique un carácter perverso en la madre que le comete? Lo que prueba es un carácter demasiado sensible á la afrenta y al oprobio; un carácter enérgico que hace que se sacrifiquen al honor los afectos mas dulces y deliciosos de la naturaleza, y en verdad que un carácter de esta especie está muy lejos de ser un carácter perverso y odioso. Tampoco está demostrado que el infanticidio sea un encaminamiento al delito, porque las mas de las madres infanticidas, se horrorizarian sí se les propusiera cometer un homicidio ordinario; pero aunque lo fuera debería ser contenido por los remedios preventivos, y no por los remedios penales: luego se entenderá bien esto.

El infanticidio debe pues castigarse, porque ciertamente produce un mal de primer orden, y aun puede producir alarma, como hemos visto, y por sí mismo es un delito; pero decir que debe castigarse no es decir que deba ser castigado con la pena de muerte, que es la que imponen casi todas las legislaciones. Esto es una atrocidad bárbara; porque ¿qué proporcion hay entre el mal que nace del infanticidio, y el que produce una muerte afrentosa, no solamente en la persona que la

*

sufre directamente, sino en todas las que tienen alguna conexión de parentesco, ó amistad con ella? Pienso como Bentham que una pena que impusiese una nota infamante sería la mas conforme á la justicia: por lo menos sería la mas análoga al delito: ¿y qué cosa mas natural que castigar con la deshonra un delito cometido por temor á la deshonra? Aun para esto dice Bentham deben exigirse pruebas muy difíciles de reunir; y dice muy bien; porque en general cuanto mas inverosímil y menos conforme á las reglas ordinarias de la naturaleza sea un hecho tanto mas fuertes deben ser las pruebas de él para creerlo, y es muy inverosímil que una madre quite libre y voluntariamente la vida á su hijo.

Por otra parte, la atrocidad de la pena es causa de que el delito quede impune, y en Francia, cuya legislación castiga el infanticidio con la pena capital, apenas entre mil infanticidios bien probados se castiga uno, lo que no sucedería si la pena fuera análoga y proporcionada al delito: ¿cómo despues de esto deberá pensarse de aquellas leyes que castigan con la pena de muerte el aborto procurado de propósito, cualquiera que sea el tiempo del feto? ¿no castigan un delito imaginario? La muger que se hace abortar principalmente hasta cierta época de su embarazo, á nadie quita la vida: un embrión informe ningun derecho puede tener, y todo delito es la violación de un derecho: el que estorba que el embrión nazca, no hace mas mal que el que estorba que el embrión se forme, y ninguna legislación ha castigado esto como un delito. Finalmente, cuando el legislador guiado por el principio ascético difama y castiga á una doncella que por una flaqueza muy excusable ha sido madre sin aprobacion de las leyes, castigar el infanticidio, es castigar un delito que la ley misma ha producido, y que no existiría sin ella.

CAPITULO XIII.

De los casos en que el peligro es mayor que la alarma.

Aunque la alarma en general corresponde al peligro, hay casos en que no es exacta esta proporción, y en que el peligro puede ser mayor que la alarma.

Así sucede en aquellos delitos mixtos que comprenden un mal privado, y un peligro que les es propio por su carácter de delito público.

Podría suceder que en un estado fuese robado el príncipe por algunos administradores infieles, y el público oprimido con vejaciones subalternas. Los cómplices de estos desórdenes que componen una falange amenazadora y temible, solamente dejarían llegar al trono elogios mercenarios, y la verdad sería el mayor de todos los delitos. La timidez con la máscara de la prudencia, formaría bien pronto el carácter nacional. Si en este abatimiento universal de los ánimos, un ciudadano virtuoso atreviéndose á denunciar á los culpados, era víctima de su celo, la perdición de él excitaria poca alarma: su magnanimidad, no parecería sino un acto de demencia, y cada cual proponiéndose firmemente no conducirse como él, miraría con serenidad una desgracia que estaba en su mano evitar; pero calmándose la alarma, da lugar á un mal mas considerable: este mal es el peligro de la impunidad en todos los delitos públicos: es la cesación de todos los servicios voluntarios que se harían á la justicia, es la indiferencia profunda de todos los particulares por todo aquello que no les es personal.

Se dice que en algunos estados de Italia, los que han declarado en juicio contra algunos ladrones y vandidos, amenazados de la venganza de todos los cómplices tienen que buscar en la fuga una seguridad que las

leyes no podrian darles. Allí es mas arriesgado servir á la justicia , que armarse contra ella; y un testigo corre mas riesgos que un asesino. La alarma que de esto resulte será pequeña , porque cualquiera puede no exponerse á este mal ; pero en proporcion se aumentará el peligro.

COMENTARIO.

Ordinariamente la alarma es proporcionada al peligro ; pero no siempre es exacta esta proporcion , y aun puede existir la alarma sin el peligro, como puede el peligro existir sin la alarma. Los egemplos de que se sirve Bentham explican perfectamente esta doctrina.

CAPITULO XIV.

Medios de justificacion.

Vamos ahora á hablar de ciertas circunstancias que son de tal naturaleza que aplicadas al delito le quitan su cualidad maléfica. Se las puede dar el nombre general de *medios de justificacion*, ó para abreviar, de *justificaciones*.

Las justificaciones generales que se aplican á casi todos los delitos pueden comprenderse en los seis artículos siguientes.

- 1.º *Consentimiento.*
- 2.º *Repulsion de un mal mas grave.*
- 3.º *Práctica médica.*
- 4.º *Defensa de sí mismo.*
- 5.º *Poder politico.*
- 6.º *Poder doméstico.*

¿Cómo estas circunstancias producen la justifica-

ción? Luego varemos que tan pronto traen consigo la prueba de la ausencia de todo mal, y tan pronto hacen ver que el mal ha sido compensado, es decir, que ha resultado de él un bien mas que equivalente. Aqui se trata del mal de primer orden; porque en todos estos casos el mal de segundo orden, es nulo: yo me ceñiré aqui á presentar algunas observaciones generales: hablemos primeramente del consentimiento.

1.º *Consentimiento.* Se entiende el consentimiento del que padecía el mal si lo hubiese: ¿qué cosa mas natural que presumir que este mal no existe, ó que está completamente compensado, cuando se consiente en él? Nosotros admitimos pues la regla general de los jurisprudencistas, *de que el consentimiento quita la injuria.* Esta regla está fundada en dos proposiciones bien sencillas; una que cada uno es el mejor juez de su propio interes: otra, que un hombre no consentiría en lo que creyera serle perjudicial.

Esta regla tiene muchas excepciones, cuya razon es palpable. La coercicion indebida, — el fraude, — la reticencia indebida, — el consentimiento muy antiguo ó revocado, — la demencia, — la embriaguez, — la infancia.

2.º *Repulsion de un mal mas grave.* Este es el caso en que se hace un mal por prevenir otro mayor. Á este medio de justificacion se pueden referir los extremos á que puede ser forzoso recurrir en las enfermedades contagiosas, en los sitios, las hambres, las tempestades, los naufragios: *salus populi suprema lex esto.*

Pero cuanto mas grave es un remedio de esta naturaleza, mas evidente debe ser su necesidad. La máxima de la salud pública ha servido de pretexto para todos los delitos. Para que este medio de justificacion sea válido, es necesario justificar tres puntos esenciales: la certeza del mal que se quiere remediar. — La falta absoluta de otro medio menos costoso. — La eficacia cierta del que se emplea.

En esta fuente se tomaria una justificacion para el tiranicidio, si el tiranicidio fuera justificable; pero no lo es, porque nunca es necesario asesinar á un tirano detestado: basta abandonarle, y es perdido. Jacobo II fue abandonado de todo el mundo, y la revolucion se hizo, y acabó sin efusion de sangre. Neron mismo vió arruinarse todo su poder por un simple decreto del senado, y la muerte que se vió reducido á darse, fue para los opresores una leccion mas terrible, que si la hubiera recibido de la mano de un Bruto. La Grecia alabó á sus Timoleones; pero en las convulsiones perpetuas que la agitaron se puede ver cuán mal llenaba su objeto esta doctrina del tiranicidio: ella solo sirve de irritar á un tirano suspicaz, y hacerle tanto mas feroz, cuanto es mas cobarde. Si se yerra el golpe, las venganzas son horribles, y si se acierta y consuma, las facciones en el estado popular recobran desde este momento toda su violencia, y el partido vencedor hace todo el mal que puede temer para sí. En el estado monárquico el sucesor atemorizado conserva un resentimiento profundo, y si agrava el yugo, el mal que hace se disfraza á su misma vista con un pretexto plausible.

Se dice que los ojos penetrantes de Sila descubrian mas de un Mario, en un jóven voluptuoso, famoso solamente hasta entonces por sus disoluciones: ve cubierto el fuego de la mas ardiente ambicion con la mollicie de las costumbres mas afeminadas, y no mira estos placeres disolutos sino como un velo que oculta el designio de esclavizar á su patria; ¿estaria Sila autorizado por esta sospecha para hacer perecer á Cesar? Entonces un asesino no tendria mas que hacer para justificarse, que anunciarse como un profeta; un embustero en nombre del Cielo, pretendiendo que lee en los corazones, podria inmolar á todos sus enemigos por delitos futuros, y con el pretexto de evitar un mal se haria el mayor mal de todos; se aniquilaria la seguridad general.

3.º *Práctica médica.* Este medio de justificación se reduce al precedente, porque se hace padecer á un individuo por su propio bien. Si un hombre es atacado de apoplejía ¿se esperará su consentimiento para sanarle? Ni aun puede ocurrir la menor duda sobre la legitimidad del remedio; porque es muy seguro que la voluntad del enfermo no es morir.

El caso es muy diferente, si un hombre que goza de sus sentidos y de su razón, niega su consentimiento pudiendo darle ¿se dará á sus amigos ó á los médicos el derecho de forzarle á una operación que él resiste? Esto sería substituir un mal cierto á un riesgo casi imaginario: la desconfianza y el terror estarían continuamente alerta al lado de la cama del enfermo. Si un médico pues por humanidad excede los límites de su derecho, y la operación tiene mal éxito, debe estar expuesto al rigor de las leyes, y su buena intención servirá cuando mas para extenuar su culpa.

4.º *Defensa.* Este es tambien una modificación del segundo medio. Con efecto no se trata de otra cosa que de rechazar un mal mayor; pues aunque se debiera matar á un agresor injusto, su muerte sería un mal menor para la sociedad, que la pérdida de un inocente. Este derecho de defensa es absolutamente necesario; porque la vigilancia de los magistrados nunca podría suplir la vigilancia de cada individuo por sí mismo: ni el temor de las leyes podría jamas contener tanto á los malvados como el temor de todas las resistencias individuales. Quitar pues este derecho, sería hacerse cómplice de todos los malhechores.

Este medio de justificación tiene sus límites. Un individuo solamente puede servirse de los medios de hecho para defender su persona ó sus bienes. Corresponder á una injuria verbal con una injuria corporal, no sería defensa de sí mismo, sino venganza. — Hacer voluntariamente un mal irreparable por evitar otro que

no lo fuese, sería exceder los límites legítimos de la defensa.

¿Pero un individuo puede únicamente defenderse á sí mismo? ¿no debe también tener el derecho de proteger á su semejante contra una agresión injusta? Seguramente la indignación que se enciende á la vista del fuerte que maltrata al flaco, es un bello movimiento del corazón humano: es un bello movimiento el que nos hace olvidar nuestro peligro personal por acudir á los primeros gritos de angustia, y la ley debe guardarse bien de debilitar esta generosa alianza entre el valor y la humanidad; y al contrario conviene que antes honre y recompense al que hace la función de magistrado en favor del oprimido: importa mucho á la salud común que todo hombre de bien se considere como protector natural de cualquiera otro, porque en este caso no hay mal de segundo orden, y todos los efectos de segundo orden son buenos.

5.º y 6.º *Poder político y doméstico.* El ejercicio del poder legítimo trae consigo la necesidad de hacer mal para reprimir el mal. El poder legítimo puede dividirse *en político y doméstico.* El magistrado y el padre ó el que ocupa el lugar de éste, no podrían mantener su autoridad, el uno en el estado, y el otro en la familia, sino estuvieran armados de medios coercitivos contra la desobediencia. El mal que imponen se llama pena ó castigo: en él no se proponen otra cosa que el bien de la grande ó de la pequeña sociedad, que gobiernan; y no es necesario decir que el ejercicio de su autoridad legítima es un medio completo de justificación; pues nadie querría ser magistrado ni padre sino tuviese seguridad para sí en el uso de su poder.

COMENTARIO.

Hay muchas circunstancias que hacen que los actos que sin ellas serian delitos, dejen de serlo; porque ó prueban que el acto ningun mal ha producido, ó que ha producido mas bien que mal. Estas circunstancias son las que se llaman medios de justificacion, ó simplemente justificaciones, y Bentham las reduce á seis.

1.^a *El consentimiento de la persona que padece el mal producido por el acto*; pero es necesario que este consentimiento sea perfectamente libre y deliberado: por consiguiente el consentimiento de un loco, de un borracho, de un niño, de un hombre seducido ó forzado, no es un medio de justificacion.

2.^a *Repulsion de un mal mas grave*. Esta circunstancia justifica algunas providencias duras y al parecer inhumanas, que por evitar mayores males se toman en las epidemias, en los incendios y en otras calamidades, y justificaria tambien el tiranicidio si fuera justificable; pero Bentham cree que no lo es, y que la muerte de un tirano siempre ha producido mas mal que bien. En todo caso, para que la repulsion de un mal mayor sea un medio de justificar el mal menor, es menester lo primero, que sea cierto el mal que se trata de repeler ó evitar; lo segundo, que no haya otro medio de evitarlo ó remediarlo, que el mal que se trata de justificar; y lo tercero, que sea cierta la eficacia de este medio. Estas condiciones son tanto mas esenciales cuanto la repulsa de un mal mas grave, apoyada sobre la maxima *salus populi suprema lex esto*, ha servido de pretexto á todos los delitos.

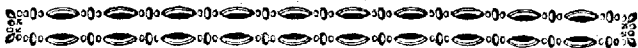
3.^a *Practica médica*. Esta circunstancia justifica al cirujano que por salvar á un herido le corta un brazo ó una pierna. Este medio de justificacion podria comprenderse en el anterior; porque es cierto que el ciru-

jano en el caso propuesto hace un mal por evitar otro mayor; pero si por impericia, el cirujano corta un brazo, que podria conservarse; y el médico por ignorancia tambien mata á un enfermo, ó porque abandona la curacion despues de haberla empezado, la practica médica no le justifica, porque la ignorancia es una culpa en quien profesa la ciencia ó el arte, aunque en los otros no lo sea; y asi la ley Aquilia entre los romanos castigaba con razon al médico que por impericia mataba á un esclavo; pero como ordinariamente es imposible averiguar si un enfermo muere de la enfermedad ó del médico, los homicidios cometidos por ellos nunca se castigan: solo un médico, dice Plinio, puede matar impunemente.

4.^a *Defensa.* Tambien este medio de justificacion puede comprenderse en el segundo: pues el que por defenderse á sí mismo, ó á otro inocente injustamente atacado mata al agresor, hace un mal por evitar otro mayor; pero el derecho de la defensa tiene las limitaciones que expresa Bentham en pocas palabras. Yo solo puedo matar á mi agresor cuando no tengo otro medio de defenderme de él y de salvarme: la defensa debe ser necesaria, y hacerse con el menor mal posible del ofensor. Á estos dos principios está reducida toda la doctrina sobre la defensa propia que tanto ha ocupado á los escritores de derecho natural y á los teólogos. Las mismas reglas deben observarse en la defensa de otra persona, que tambien es un medio de justificacion.

5.^a y 6.^a *Poder político y domestico.* Esta es la justificacion de un padre que castiga á su hijo para corregirle, y del juez que condena á un delincuente para prevenir los delitos, y que en realidad no hacen mas que emplear un mal menor por evitar un mal mayor: con que tambien estos dos medios de justificacion se podrian comprender en el segundo. Delito solamente es aquel acto de que resulta mas mal que bien, y del eger-

cicio legitimo de la autoridad del juez y del padre, resulta sin duda mas bien que mal; y este egercicio no podria tener lugar sino se les autorizase á imponer penas que siempre son un mal.



SEGUNDA PARTE.

REMEDIOS POLÍTICOS

CONTRA EL MAL DE LOS DELITOS.



CAPITULO I.

Materia de este libro.

Despues de haber considerado los delitos como *enfermedades* del cuerpo político , la analogía nos guia á mirar como *remedios* los medios de prevenirlos y de repararlos.

Estos remedios pueden reducirse á cuatro clases.

- 1.º *Remedios preventivos.*
- 2.º *Remedios supresivos.*
- 3.º *Remedios satisfactorios.*
- 4.º *Remedios penales, ó simplemente penas.*

Remedios preventivos. Doy este nombre á los medios que tienen por objeto prevenir el delito , y son de dos especies: directos, que se aplican inmediatamente á tal ó tal delito particular : ó indirectos, que consisten en precauciones generales contra una especie entera de delitos.

Remedios supresivos. Son los medios que tienen por objeto hacer cesar ó suspender un delito empezado, un delito ya existente, pero no consumado ; y por consiguiente prevenir el mal á lo menos en parte.

Remedios satisfactorios. Doy este nombre á la re-

paracion ó indemnizacion que debe darse al inocente por el mal que le ha causado un delito.

Remedios penales ó simplemente penas. Cuando se ha hecho cesar el mal, cuando se ha indemnizado á la parte perjudicada, aun resta que prevenir otros delitos semejantes, ó del delincuente mismo ó de otro cualquiera. Dos maneras hay de obrar para conseguir este fin, la una corregir la voluntad, la otra quitar el poder de dañar: se influye sobre la voluntad por el temor, y se quita el poder por algun acto fisico: quitar al delincuente la voluntad de reincidir, es reformarle: quitarle el poder es imposibilitarle. Un remedio que debe obrar por el temor se llama *pena*, que ésta tenga ó no el efecto de imposibilitar depende de su naturaleza. El objeto principal de las penas es prevenir delitos semejantes. El negocio pasado no es mas que un punto; pero lo futuro es infinito: el delito pasado no afecta mas que á un individuo; pero los delitos semejantes pueden afectarlos á todos. En muchos casos es imposible remediar el mal cometido; pero siempre se puede quitar la voluntad de hacer mal; porque por grande que sea el provecho del delito siempre puede ser mayor el mal de la pena.

Estas cuatro clases de remedios exigen á veces otras tantas operaciones separadas; y á veces la misma operacion basta para todo.

En este libro trataremos de los remedios preventivos directos, — de los remedios supresivos, — y de los remedios satisfactorios. En la tercera parte se tratará de las penas y en la cuarta de los medios indirectos.

COMENTARIO.

Después de haber tratado la patología moral ó el arte de conocer los delitos que son unas enfermedades del cuerpo político, pasa Bentham á tratar la Higiene y la Clínica, enseñando los medios de prevenir y curar aquellas enfermedades, y reduce los remedios de ellas á cuatro clases, dándonos nociones generales en este capítulo, y reservándose para los siguientes el tratar de cada clase en particular. Los remedios preventivos tienen por objeto prevenir el mal antes de que suceda: los supresivos cortarlo cuando ha empezado á suceder y no se ha consumado: los satisfactorios indemnizar á la parte perjudicada por el delito; y los penales, impedir que el mal ya hecho se repita. Esto puede conseguirse de dos maneras, ó quitando la voluntad, ó quitando el poder de dañar: la voluntad se quita por el temor, y la correccion; y el poder por algun acto físico. De este segundo medio solamente puede hacerse uso con el delincuente mismo; pero se puede influir sobre la voluntad de todos por medio de la pena que les quite el deseo de imitar al delincuente.

Para que la pena sea eficaz es menester que el delincuente halle en ella un mal mayor que el bien que buscaba en el delito. El hombre siempre busca su bien, y si cree hallarle en el delito, allí le busca: este bien es el motivo que le hace delinquir; y para debilitar la fuerza de este motivo conviene neutralizarlo ó contrabalancearlo con el mal que se hallará en la pena, y no querrá procurarse un bien á costa de un mal mayor: si ve al mismo tiempo reunidos en el delito el bien y el mal, se determinará naturalmente á obrar por el motivo de estos que sea mas poderoso. Aquí no se hace mas que insinuar los principios. En otra parte se extenderán y se verán sus consecuencias en la aplicacion de ellos.

CAPITULO II.

De los medios directos de prevenir los delitos.

Antes de que un delito se consume , puede anunciarse de muchas maneras, y pasa por algunos grados de preparacion, que á veces permiten detenerle antes de que llegue á su catástrofe.

Esta parte de la policia puede egercerse, ya por poderes que se den á todos los individuos , ó ya por poderes especiales que se confien á ciertas personas autorizadas.

Los poderes dados á todos los ciudadanos para protegerse mútuamente, son los que se egercen antes de que la justicia intervenga , y que por esta razon pueden llamarse *medios ante-judiciales*. Tal es el derecho de oponer la fuerza manifiesta á la egecucion de un delito que se teme , de prender al hombre sospechoso, de tenerle guardado, de llevarle á la justicia , de pedir auxilio, de depositar en manos seguras un objeto que se cree robado, ó cuya destruccion se desea prevenir, de citar á todos los asistentes para que sean testigos, de pedir auxilio á cualquiera para presentar á los magistrados á un hombre cuyas malas intenciones se temen.

Puede imponerse á todos los ciudadanos la obligacion de hacer este servicio, y de egecutarlo, como uno de los deberes mas importantes de la sociedad; y aun seria conveniente establecer algunas recompensas para los que hubiesen contribuido á prevenir un delito, ó á poner al delincuente en manos de la justicia.

Se dirá tal vez que se puede abusar de estos poderes, y que algunos hombres que nada tienen que perder pueden servirse de ellos para hacer que otros les ayuden en un acto de violencia. Este peligro es imaginario, porque la afectacion de orden y de publicidad, no haria

mas que contrariar sus ideas, y exponerles á una pena demasiado manifiesta.

Regla general : no hay mucho riesgo en conceder unos derechos de que nadie puede hacer uso sin exponerse á todos los inconvenientes de su ejercicio en el caso de que no fuesen reconocidos por legítimos. Privar á la justicia del auxilio que puede sacar de todos estos medios, seria sufrir un mal irreparable, por temor de un mal que no puede dejar de repararse.

Pero independientemente de estos poderes que todos deben tener, hay otros que son propios únicamente de los magistrados, y de que puede usarse con mucha utilidad para prevenir algunos delitos que se recelen.

1.º *Amonestacion.* Es una simple leccion ; pero dada por el juez que previene al individuo sospechoso, advirtiéndole que se le tiene á la vista, y recordándole su deber con una autoridad respetable.

2.º *Conminacion.* Es el mismo medio, pero reforzado por la amenaza de la ley : en el primer caso, es la voz de un padre que se sirve de los medios de la persuasion ; en el segundo es la de un magistrado que intimida con un lenguaje severo.

3.º *Exaccion de promesas, de abstenerse de un cierto lugar.* Este medio aplicable á la prevencion de muchos delitos, lo es particularmente á las riñas, á las ofensas personales, y á las maniobras sediciosas.

4.º *Destierro parcial.* Prohibicion al individuo sospechoso de presentarse delante de la persona amenazada de hallarse en el lugar donde ella habita, ó en cualquiera otro sitio señalado para teatro del delito.

5.º *Fianza.* Obligacion á dar fiadores que se obliguen á pagar una multa en el caso de contravenir el individuo sospechoso á lo que se le ha prevenido.

6.º *Establecimientos de guardas,* que protejan á las personas ó á las cosas amenazadas.

7.º *Embargo* de armas ó de otros instrumentos destinados á servir para cometer el delito que se teme ó recela.

Pero á mas de estos medios generales, hay algunos que se aplican especialmente á ciertos delitos. Yo no entraré aquí en estos pormenores de policía y administracion. La eleccion de estos medios, la ocasion, y el modo de aplicarlos, dependen de un gran número de circunstancias; y por otra parte son bastante sencillos, y casi siempre indicados por la naturaleza del caso. ¿Se trata por ejemplo de una difamacion injuriosa? Se deberán embargar los escritos antes de su publicacion, ¿se trata de comestibles, de bebidas, de medicamentos de una especie nociva? Conviene destruirlos antes de que haya podido hacerse uso de ellos. Las visitas judiciales, y los registros sirven para prevenir los fraudes, los actos clandestinos y los delitos de contrabando.

Los casos de esta especie muy pocas veces son susceptibles de reglas precisas, y es indispensable, dejar algo á la discrecion de los empleados públicos y de los jueces; pero *el legislador debe darles instrucciones que estorben los abusos de la arbitrariedad.*

Estas instrucciones se fundarán en las máximas siguientes. Quanto mas riguroso sea el medio de que se quiere usar, tanto mas escrúpulo debe hacerse en servirse de él. Se puede dejar mas libertad en quanto á esto en proporcion de la gravedad del delito que se recela y de su probabilidad aparente, y en proporcion de que el delincuente parezca mas ó menos peligroso, y que tenga mas ó menos medios de egcutar su mala intencion; pero he aquí un límite que los jueces no podrán traspasar en caso alguno, «nunca useis de un medio preventivo de tal naturaleza que haga mas mal que el delito mismo.»

COMENTARIO.

Los remedios preventivos mas que á la justicia tocan á la policía, que como en otra parte hemos dicho, no es otra cosa que un sistema de precauciones contra los delitos y contra las calamidades naturales. Estos remedios son ó directos que se aplican inmediatamente á tal ó tal delito, ó indirectos que consisten en precauciones generales contra una especie entera de delitos. Sobre los remedios indirectos apenas puede darse una regla fija; porque dependen de mil circunstancias que el legislador no puede preveer, y que solamente la prudencia del magistrado puede apreciar para acomodar á ellas el remedio conveniente; pero teniendo siempre cuidado de no hacer con la precaucion mas mal que haria el delito que se desea prevenir.

Los remedios preventivos directos, tampoco pueden sujetarse á reglas constantes, y dependen mucho de la prudencia y del juicio del magistrado; pero sin embargo se conocen algunos cuya utilidad está probada por la experiencia, y tales son los que refiere mi autor, y que siempre sin embargo deberán ser modificados por la prudencia del magistrado; porque en algunos hombres bastará para contenerlos una simple amonestacion, y en otros serán insuficientes las conminaciones, que los jurisconsultos españoles llaman apercibimientos; bastará exigir de unos una simple promesa, y de otros será preciso exigir una fianza. Lo repito, porque conviene mucho no olvidarlo, se debe tener cuidado sobre todo de no causar al sugeto sospechoso mas mal con el remedio preventivo que el que él podria causar con el delito que se quiere evitar. Esto es lo que hace una policía inquieta y suspicaz: con el pretexto de prevenir delitos tal vez imaginarios priva á los ciudadanos de una honesta y legítima libertad: no les deja un momento de sosiego y se-

guridad: les inquieta hasta en sus mismas casas: no les permite gozar de los placeres mas inocentes, mezclando en ellos su vigilancia fastidiosa, y apenas puede el hombre dar un paso con la certeza de que no se le espia, y de que no serán mal interpretadas sus acciones y sus palabras las mas indiferentes. Una policía de esta especie causa mas mal que bien, y á veces sus providencias son mas insoportables que los males que las motivan ó que las sirven de pretexto.

CAPITULO III.

De los delitos crónicos.

Antes de tratar de los remedios supresivos, es decir, de los medios de hacer cesar ó de cortar y suspender los delitos, veamos cuáles son los delitos que se pueden hacer cesar, porque no todos tienen esta capacidad, y los que la tienen, no la tienen del mismo modo.

La facultad de hacer cesar un delito, supone una duracion bastante grande para que la justicia pueda intervenir ó interponerse, y no todos los delitos tienen esta duracion: los unos tienen un efecto pasagero, los otros tienen un efecto permanente: el homicidio y el estupro violento, son irreparables: el hurto puede no durar mas que un momento, y puede tambien durar siempre, si la cosa robada ha sido consumida ó perdida.

Es necesario distinguir las circunstancias por las cuales tienen los delitos mas ó menos duracion; porque ellas influyen sobre los medios supresivos que se las puede respectivamente aplicar.

1.º Un delito adquiere duracion por la simple continuacion de un acto que puede cesar á todo instante, sin dejar por esto de haber sido un delito: la detencion de una persona, la ocultacion de una cosa, son delitos de

este género: primera especie de delitos crónicos : *ex actu continuo*.

2.º Si la intencion de cometer un delito se mira como un delito, es claro que la intencion continuada será un delito continuado. Esta clase de delitos crónicos puede reducirse á la primera : *ex intentione persistente*.

3.º Otros delitos que tienen duracion , son la mayor parte de los delitos negativos , de aquellos delitos que consisten en omisiones : no proveer á la subsistencia de un niño que nos está encargado, no pagar sus deudas , no comparecer en justicia , no revelar sus cómplices , no poner á una persona en el goce de un derecho que la pertenece : tercera clase de delitos crónicos, *ex actu negativo*.

4.º Hay algunas obras materiales , cuya existencia es un delito prolongado : una manufactura dañosa á la salud del vecindario , un edificio que obstruye un camino, un dique que estorba la corriente de un rio &c: cuarta clase de delitos crónicos , *ex opere manentæ*.

5.º Algunas producciones del entendimiento pueden tener el mismo carácter por la intervencion de la imprenta : tales son los libelos, las historias fingidas , las profecías alarmantes , las estampas obscenas; en una palabra, todo lo que con los signos duraderos de la lengua presenta á los ciudadanos ciertas ideas que no se les deben presentar : quinta especie de delitos crónicos : *ex scripto et similibus*.

6.º Una continuacion de actos repetidos pueden tener en su totalidad un carácter de unidad , en virtud de la cual se dice que el que los ha hecho ha contraido un *hábito*. Tales son los actos de la fabricacion de moneda, de operaciones prohibidas en una fábrica , y del contrabando en general : sexta especie de delitos crónicos , *ex habitu*.

7.º Hay duracion en ciertos delitos, que aunque diversos en sí mismos, toman un carácter de unidad por-

que el uno ha sido la ocasion del otro. Un hombre tala una huerta , pega al propietario que corre á estorbarlo, le persigue hasta su casa, insulta á la familia, rompe algunos muebles, mata á un perro favorito, y continua sus estragos. De este modo se forma una cadena indefinida de delitos, cuya duracion puede dar lugar á la intervencion de la justicia: séptima especie de delitos crónicos , *ex occasione*.

8.º Hay duracion en el hecho de muchos delinquentes que de concierto ó sin concierto van al mismo fin. Asi de una mezcla confusa de actos de destruccion, de amenazas, de injurias verbales, de injurias personales, de gritos insultantes, de provocaciones, se forma aquel triste y formidable compuesto que se llama tumulto, motin, insurreccion, precursores de las rebeliones, y de las guerras civiles: octava especie de delitos crónicos , *ex cooperatione*.

Los delitos crónicos estan expuestos á tener su catástrofe: el delito proyectado pára en el delito consumado. Las injurias corporales simples tienen por término natural las injurias corporales irreparables, y el homicidio, y si se habla del hecho de encerrar á una persona, no hay delito que no pueda tener por objeto: disolver un vínculo conyugal que incomoda: efectuar un proyecto de seducción, suprimir una declaracion, arrancar un secreto, estorbar la reivindicacion de una propiedad, conseguir por un atentado algunos socorros forzados.— En una palabra, el encierro debe siempre tener alguna catástrofe particular, segun el proyecto del delincuente.

En el curso de una empresa criminal puede mudarse de objeto como de medios. Un ladron sorprendido, puede por el temor de la pena, ó por el sentimiento de haber perdido el fruto de su delito, hacerse asesino.

Toca á la prevision del juez representarse en cada caso la catástrofe probable del delito empezado, para prevenirla con una interposicion pronta y bien dirigida.

Para determinar la pena debe mirar á las intenciones del delincuente: para aplicar los remedios preventivos y supresivos, debe mirar á todas las consecuencias probables asi proyectadas, como omitidas ó imprevistas.

COMENTARIO.

Los remedios supresivos no pueden aplicarse á todos los delitos, y solo puede hacerse uso de ellos en aquellos delitos que duran bastante tiempo para que el magistrado pueda interponerse entre el principio y la consumacion, y los haga cesar antes de que ésta se verifique. Todo delito tiene su principio y su fin: cuando entre uno y otro media un intervalo que da lugar á la intervencion del magistrado, pueden aplicarse los remedios supresivos; pero cuando el delito se consuma en el mismo momento en que se empieza; cuando todo el mal se hace de un golpe, como en el homicidio, son inaplicables los remedios supresivos, y no quedan otros que los satisfactorios y penales. Antes pues de tratar de los remedios supresivos conviene hablar de los delitos que son susceptibles de ellos, que son aquellos que la interposicion del juez puede hacer cesar, y que Bentham llama delitos crónicos. En este capítulo nos refiere con toda la claridad que pudiera desearse cuáles son las circunstancias que hacen que un delito sea crónico, y no es necesario sobre esto esplicacion alguna; pero su doctrina me sugiere una reflexion muy importante que quiero presentar aqui á mi lector, por si no se me presenta otra ocasion mas oportuna de hacerlo.

Si la intencion del delincuente, dice mi autor, se mira por sí sola como un delito, la intencion continuada, es sin duda un delito continuado ó crónico. Esto es laro; ¿pero debe con efecto mirarse como un delito la

intencion de delinquir por sí sola? Bentham se explica sobre esto como incierto, y dudando; pero si se habla de la intencion pura de delinquir, de una intencion que no se ha manifestado por algun acto externo de agresion, ni ha empezado á ponerse en egecucion: ¿cómo un partidario del principio de la utilidad podrá mirar la intencion de delinquir por sí sola como un delito? Para el sectario de aquel principio, solo es delito un acto de que resulta mas mal que bien; ¿y qué mal resulta de la intencion pura de delinquir que no se ha manifestado por algunos actos externos que sean un principio de egecucion? Pocas veces el que de veras quiere cometer un delito indica la intencion de cometerle, y aunque dé algun indicio, este indicio nunca será una prueba de delito, aunque pueda bastar para aplicar los remedios preventivos. Otra cosa será si la intencion ha empezado á egecutarse: entonces ya hay un delito que consiste, no en la intencion, sino en el principio de la egecucion de ella, y pueden aplicarse los remedios satisfactorios y penales; pero aun entonces castigar este principio de egecucion de la intencion con la misma pena que la intencion consumada, es trastornar los principios mas evidentes de la justicia distributiva, aplicando una pena igual á delitos muy desiguales.

Las leyes francesas castigan la intencion de delinquir con la pena misma que el delito consumado, cuando la intencion ha tenido un principio de egecucion, y solamente ha dejado de consumarse por motivos externos independientes de la voluntad del delincuente; pero cuando éste por reflexion, y por sola su voluntad ha dejado de consumir un delito, entonces la pena no es la misma. Es claro que la ley ha querido presentar al delincuente entre el principio y el fin de su delito un motivo de arrepentimiento, motivo que faltaria, si la intencion empezada á egecutar, y abandonada voluntariamente fuera castigada con la misma pena que el delito

consumado, porque ¿ qué aventuraba en tal caso el delincuente en consumarlo? La legislación penal de Francia castiga con una pena igual dos delitos desiguales, y por consiguiente, no guarda la proporción entre la pena y el delito; porque por más que se diga y se razone, nunca podrá hacerse creer que la tentativa sola del delito, aunque acompañada de cuantas circunstancias se quieran suponer, es un mal tan grave como el delito ya consumado.

Supongamos que un hombre forma la intención premeditada de matar á otro: que para esto le busca en su casa, saltando las paredes, y quebrantando las puertas, ó ventanas; que cuando ya tiene el puñal desembainado y alzado el brazo para atravesar el corazón de su víctima, se presenta de repente un criado, ó sea un ministro de la justicia que le detiene, estorba el homicidio, y prende al delincuente. Esta tentativa premeditada es castigada por la ley francesa con la pena de muerte, como el homicidio premeditado; ¿ y quién dirá que esta tentativa ha causado el mismo mal que el homicidio consumado que ha quitado la vida á un hombre dejando acaso viuda á una muger, y huérfanos á muchos niños? Sin embargo, el mal del delito es la única medida de la pena.

Está muy bien que se haga una diferencia entre la tentativa abandonada por un movimiento interno y voluntario de arrepentimiento del delincuente, y la que se abandona por motivos externos que estorban la consumación del delito contra la voluntad del delincuente; pero esta diferencia será una razón bastante para que estas dos tentativas se castiguen con penas distintas; y con efecto, la segunda debe castigarse con más severidad que la primera; pero no para que ninguna de ellas sea castigada con la misma pena que el delito consumado: el mal de la pena será en tal caso mayor que el mal del delito, y se obrará evidentemente contra el principio de la utilidad. No es este el único punto en que las leyes pena-

les de Francia me parecen demasiado severas , y poco dignas del pueblo á que se han dado, y ciertamente no están en armonía con las luces, con las costumbres , y con la civilizacion de la nacion, como lo han notado muchos sábios juriseconsultos franceses que claman por la reforma de sus leyes criminales.

CAPITULO IV.

De los remedios supresivos para los delitos crónicos.

Las diferentes especies de delitos crónicos exigen diferentes remedios supresivos. Estos medios supresivos son los mismos que los medios preventivos de que acabamos de dar el catálogo : la diferencia no está mas que en el tiempo y en la aplicacion. Hay casos en que el medio preventivo corresponde tan visiblemente á la naturaleza del delito, que apenas es necesario indicarlo. Es naturalísimo que el encierro injurioso pida la soltura de la persona encerrada , y que el hurto pida la restitution de la cosa hurtada en especie: la única dificultad es saber dónde se halla detenida la persona ó la cosa.

Hay otros delitos euales son los atropamientos sediciosos y algunos delitos negativos, particularmente el no pago de deudas que exigen medios mas estudiados para suprimirlos: ya tendremos ocasion de examinarlos en su lugar propio.

Es muy difícil hacer cesar el mal de los escritos perniciosos, porque se ocultan, se reproducen, y renacen con mas vigor despues de las proscripciones mas públicas. En los *medios indirectos* veremos cual es el remedio mas eficaz que se les puede oponer.

Se debe dejar á los magistrados mas latitud en el uso de los medios supresivos, que en el de los medios preventivos; y la razon es clara. Cuando se trata de suprimir un delito, ya hay un delito probado, y por con-

siguiente una pena determinada, y no hay riesgo de hacer demasiado para hacerle cesar mientras no se exceda de lo que debería hacerse para castigarle; pero si únicamente se trata de prevenir un delito, se debe proceder con muchísimo escrupulo: acaso no se ha proyectado tal delito; acaso hay equivocacion acerca de la persona á quien se atribuye; acaso en fin el individuo sospechado obra de buena fe, ó en lugar de delinquir se contendrá por sí mismo. Todos estos *acazos* exigen una marcha pausada y circunspecta, tanto mas, cuanto mas problemático sea el delito que se teme.

Medios particulares para prevenir ó suprimir la detencion y la deportacion ilegítimas.

Estos medios pueden reducirse á las precauciones siguientes.

1.º Tener un registro de las casas de todo género en que son guardados algunos individuos contra su voluntad, prisiones, hospicios para locos y mentecatos, y pensiones particulares en que se reciben enfermos de esta clase.

2.º Tener otro registro que presente las causas de la detencion de cada preso, y que no se permita la detencion de un loco sino con arreglo á una consulta judicial de médicos firmada por ellos. Estos dos registros conservados en los tribunales de cada distrito, estarian patentes al público ó á lo menos cualquiera podia consultarlos cuando quisiese.

3.ª Convenir en una señal que estuviese en lo posible en poder de una persona arrestada, para autorizar á los que pasasen á pedir cuenta á los arrestadores, y acompañarles si declaraban que querian llevar al preso ante el juez, ó á llevarlos á ellos mismos si tenian otra intencion.

4.º Conceder á cada uno el derecho de pedir en jus-

ticia que se le autorice para hacerse abrir cualquiera casa en que sospeche que está encerrada contra su voluntad la persona que busca.

COMENTARIO.

Hemos dicho que los remedios supresivos solamente son aplicables á delitos, cuya duracion dan lugar á que el magistrado intervenga en ellos para hacerlos cesar, y como estos delitos son tan varios, la misma variedad debe hallarse en los medios de suprimirlos ó cortarlos, porque el remedio debe ser adaptado á la naturaleza del mal. En la continuacion de esta obra se verá la aplicacion de esta regla general á los delitos particulares.

Á veces los remedios preventivos son tambien supresivos, y un mismo medio puede servir para prevenir el delito, y para suspenderlo y cortarlo cuando sucede. Á esta clase de remedios pertenece el establecimiento de los registros que aconseja Bentham para prevenir y suprimir las detenciones y deportaciones ilegítimas. En cierto modo todos los remedios son preventivos, hasta los penales: pues el objeto principal de la pena es prevenir delitos semejantes; pero lo que caracteriza los remedios preventivos es que se hace uso de ellos antes de que suceda el delito, y para que no suceda, en vez de que los otros se aplican á los delitos ya sucedidos.

CAPITULO V.

Observacion sobre la ley marcial.

En Inglaterra, en el caso de atropamientos sediciosos, no se empieza asesinando militarmente, sino que la advertencia precede á la pena, se proclama la ley marcial, y el soldado no puede obrar hasta despues que el magistrado ha hablado. La intencion de esta ley es excelente, pero la egecucion ¿corresponde siempre á ella? El magistrado debe transferirse en medio del tumulto: debe pronunciar una larga y arrastrada fórmula que no se oye, y desgraciados de aquellos que una hora despues sean hallados en la plaza, pues estan declarados reos de un delito capital. Este estatuto, peligroso para los inocentes, y difícil de egecutar contra los culpados, es un compuesto de flaqueza y de violencia.

En un momento de desorden el magistrado debia anunciar su presencia por alguna señal extraordinaria. *La vandera encarnada*, tan famosa en la revolucion francesa, hacía un grande efecto en la imaginacion. En medio de los gritos y clamores, no bastan los medios comunes de la palabra: la multitud entonces no tiene mas que ojos, y por consiguiente es menester hablar á los ojos. Una arenga supone atencion y silencio; pero los signos visibles hacen una operacion rápida y poderosa: todo lo dicen de un golpe: no tienen mas que una significacion que no puede ser equívoca, y un ruido afectado, un rumor concertado no pueden estorbar el efecto de ellos.

Por otra parte, la palabra pierde mucho de su influencia por una multitud de circunstancias imprevistas: si el orador es odioso, el lenguaje de la justicia se hace odioso en su boca; y si su carácter, su expresion, su porte presentan algo de ridículo, esto pasa á sus funcio-

nes y las embilece. Esta es una razon mas para hablar á los ojos con símbolos respetables que no están sujetos á los mismos caprichos.

Pero como puede ser necesario juntar la palabra á los signos, una trompa ò bocina es un acompañamiento esencial: la singularidad misma de este instrumento contribuirá á dar á las órdenes de la justicia mas brillo y dignidad, á alejar toda idea de conversacion familiar, á intimidar tauto mas, cuanto no se creará que se oye á un hombre, á un simple individuo, sino al ministro privilegiado, al Heraldo de la ley. Hace mucho tiempo que se usa en la marina este modo de hacerse oir de lejos. Allí las distancias, el ruido del viento y de las olas han hecho ver muy luego la insuficiencia de la voz. Los poetas han comparado frecuentemente un pueblo sublevado á una mar tempestusa: ¿ esta alegoria pertenecerá exclusivamente á las artes agradables? Otra importancia *mucho mayor tendria entre las manos de la justicia.*

Que las órdenes se den en pocas palabras: nada debe haber en ellas que las haga parecer á un discurso comun, ó á una discusion: nada de *parte del rey*, hablado en nombre de la justicia; porque el gefe del estado puede ser objeto de una aversion justa ó injusta, y esta misma aversion puede ser la causa del tumulto, y dispartar su idea, sería inflamar las pasiones en vez de apagarlas. Si el rey no es odioso sería exponerle á serlo; todo lo que es favor, todo lo que lleva consigo el carácter puro de la benevolencia debe presentarse como obra personal del padre de los pueblos; todo lo que es rigor, todos los actos de beneficencia severa, no deben atribuirse á nadie. Enculbrid con arte la mano que obra, y atribuidlos á algun ente de razon, á alguna abstraccion animada: tal es la justicia, hija de la necesidad y madre de la paz, que los hombres deben temer; pero no pueden aborrecer, y á la cual siempre tributarán sus primeros homenajes.

COMENTARIO.

Autorizar á los soldados para que obren militarmente en el caso de atropamiento tumultuoso, sin aviso precedente, es autorizar los asesinatos y confundir en la imposición de la pena al inocente con el culpado: pues por ignorancia ó por otro motivo inculpable pueden hallarse entre los amotinados mil inocentes. La publicación de la ley marcial previene este inconveniente: el magistrado ha dicho que cualquiera que se halle en tal sitio, con armas, ó acompañado de un cierto número de personas, será tratado militarmente: el que viola esta ley ya es delincuente, y el soldado no obra sino como ministro y egecutor de la ley. En estas ocasiones solemnes debe hablarse á la imaginación del pueblo, y mas á los ojos que á los oídos, siguiendo la doctrina de Horacio, que enseña lo que sin él enseñaría bastante la experiencia, á saber, que se imprime con mas fuerza en el espíritu de los hombres, lo que ven que lo que oyen; y en esta máxima está fundada la utilidad del grande aparato que debe acompañar á las egecuciones penales. Bentham despues de alabar la invención de la vándera roja en la publicación de la ley marcial, aconseja que el magistrado hable al pueblo con una bocina: los espíritus superficiales tratarán tal vez de ridicular esta idea; pero los hombres que piensan verán en ella mucha filosofía, como en otras muchas de la misma especie que nos presenta esta obra, y que á primera vista chocan y parecen ridículas, porque distan mucho de las ideas generalmente recibidas.

CAPITULO VI

Naturaleza de la satisfaccion

¿Qué es la satisfaccion?— Un bien recibido en consideracion de un daño ; y si se trata de un delito , la satisfaccion es un equivalente que se da á la parte perjudicada, por el daño que el delito le ha causado.

La satisfaccion será *plena*, si haciendo dos sumas, la una del mal padecido, y la otra del bien concedido, el valor de la segunda parece igual al valor de la primera; de manera, que si la injuria y la reparacion pudieran renovarse, pareciese indiferente el suceso á la parte dañada; si falta algo al valor del bien para igualar al valor del mal, la satisfaccion no será mas que imperfecta y parcial.

La satisfaccion tiene dos aspectos, ó dos ramas, lo *pasado* y lo *futuro*. La satisfaccion por lo pasado es lo que se llama *indemnizacion*. La satisfaccion por lo futuro, consiste en hacer cesar el mal del delito; y si el mal cesa por sí mismo, la naturaleza ha hecho las funciones de la justicia, y los tribunales nada tienen que hacer en esto. Si ha sido robada una suma de dinero, luego que ella ha sido restituida al propietario, ya está completa la satisfaccion por lo futuro, y solo resta indemnizarle por lo pasado de la pérdida temporal que ha sufrido mientras ha durado el delito.

Pero si se trata de una cosa echada á perder ó destruida, solo podrá tener lugar la satisfaccion por lo futuro, dando á la parte dañada un efecto semejante ó equivalente, y la satisfaccion por lo pasado consiste en indemnizarle de la privacion temporal.

COMENTARIO.

Habiendo tratado en los capítulos anteriores de los remedios preventivos y supresivos de los delitos empieza Bentham á tratar en éste de los medios satisfactorios, ó de la satisfaccion, y en esto gasta el resto de esta segunda parte de su obra; y no sin mucha razon trata este punto con mucha extension; pues la satisfaccion es acaso el objeto principal de las leyes penales, como que ante todas cosas conviene reparar el mal producido por el delito, y la satisfaccion no es otra cosa que esta reparacion. Con efecto, la satisfaccion en materia penal es un equivalente que la ley da á la persona perjudicada por el daño que el delito le ha producido: es completa ó incompleta, por lo pasado ó por lo futuro, y debe acomodarse á la naturaleza de cada delito y del daño recibido, como vamos á verlo en los capítulos siguientes.

CAPITULO VII.

Razones en que se funda la obligacion de satisfacer.

La satisfaccion es necesaria para hacer cesar el mal de primer orden; para reponer las cosas en el estado en que estaban antes del delito; y para restablecer al hombre que ha padecido, en la situacion legítima en que estaria si la ley no hubiera sido violada.

La satisfaccion es aun mas necesaria para hacer cesar el mal de segundo orden. La pena sola no bastaria para esto: es muy propia sin duda para minorar el número de delincuentes; pero este número aunque disminuido no podria considerarse como nulo. Los egemplos de delitos cometidos mas ó menos públicos, excitan mas ó menos aprension: cada observador ve en ellos

una contingencia y riesgo de padecer á su vez; y si se quiere desvanecer este temor, es menester que la satisfaccion siga al delito tan constantemente como la pena. Si fuera seguido de la pena sin satisfaccion, cuantos culpados hubiera castigados otras tantas pruebas habria de que la pena es ineficaz; y por consiguiente otra tanta alarma en la sociedad.

Pero hagamos aqui una reflexion que es muy esencial. Para quitar la alarma basta que la satisfaccion sea completa á la vista y al parecer de los observadores, aun cuando no lo sea al parecer de las personas interesadas, ¿y cómo podria juzgarse si la satisfaccion es perfecta para el que la recibe? La balanza en las manos de la pasion se inclinaria siempre al lado del interes. Al aváro nunca se habria dado bastante, y al hombre vengativo nunca le pareceria bastante grande la humillacion y castigo de su contrario. Es menester pues suponer un observador imparcial, y mirar como suficiente la satisfaccion que le haria pensar que á este precio no sentiria mucho padecer un mal igual.

COMENTARIO.

La satisfaccion es necesaria para hacer cesar el mal de primer orden, poniendo á la persona ofendida en el estado en que no hubiera dejado de estar si la ley no hubiese sido violada; y tambien para hacer cesar el mal de segundo orden, destruyendo la alarma, que no existiria si se supiera con evidencia que la persona ofendida por el delito, nada absolutamente habia perdido por él. La pena sola no puede producir este efecto; porque aunque todos los ciudadanos tienen un interes y una satisfaccion en el castigo del delincuente, este castigo es un triste consuelo para la persona perjudicada, si se

queda con su pérdida : todos pueden temer que les suceda lo mismo en igual caso, y la alarma será general. Aun la satisfaccion unida á la pena no destruirá la alarma, sino es completa, esto es, sino indemniza de todo el daño padecido ; pero no es preciso que sea completa al parecer de las personas interesadas, porque entonces raras veces lo seria ; y bastará que lo sea á la vista y al parecer de los observadores imparciales.

CAPITULO VIII.

De las diversas especies de satisfaccion.

Se pueden distinguir seis :

1.^a *Satisfaccion pecuniaria.* Prenda de la mayor parte de los placeres, el dinero es una compensacion eficaz de muchísimos males ; pero no siempre puede darla el ofensor, ni conviene al ofendido recibirla. Ofrecer á un hombre de honor ultrajado el precio mercenario de un insulto, es hacerle una nueva afrenta.

2.^a *Restitucion en especie.* Esta satisfaccion consiste en dar ó la cosa misma que ha sido quitada, ó una cosa semejante ó equivalente á la que se ha quitado ó destruido.

3.^a *Satisfaccion atestatoria.* Si el mal resulta de una mentira ó de una opinion falsa sobre un punto de hecho, se da la satisfaccion con una atestacion legal de la verdad.

4.^a *Satisfaccion honoraria.* Operacion que tiene por objeto, ó conservar ó restablecer en favor de un individuo una porcion de honor que le ha hecho perder el delito cometido contra él.

5.^a *Satisfaccion vindicativa.* Todo lo que es la pena manifiesta para el delincuente, es un placer de venganza para la parte ofendida.

6.^o *Satisfaccion substitutiva*, ó satisfaccion á cargo de un tercero, cuando una persona que no ha cometido el delito se halla responsable con sus bienes por el que le ha cometido.

Para determinar la eleccion de una especie de satisfaccion se deben considerar tres cosas, la *facilidad* de darla, la *naturaleza* del mal que debe compensarse y los *sentimientos* que deben suponerse á la persona perjudicada. Luego volveremos á estos artículos para tratarlos con mas extension.

COMENTARIO.

Bentham distingue seis especies de satisfaccion de que se debe usar segun la naturaleza del mal que se trata de compensar; porque es claro que si á un hombre de bien ofendido en su honor se le ofrece una compensacion pecuniaria, en vez de satisfacerle, se le hace un nuevo insulto, sin embargo de que el dinero, como prenda ó instrumento de casi todos los placeres, es una compensacion eficaz para muchísimos males. De cada una de las seis especies de satisfaccion trata nuestro autor en un capítulo separado, y cuando se hable de la satisfaccion vindicativa daré sobre ella mi dictamen que no es del todo conforme al de mi autor.

CAPITULO IX.

De la cantidad de la satisfaccion que debe darse.

Tanto quanto falte á la satisfaccion para ser completa, otro tanto mal queda sin remedio.

Lo que en este punto debe hacerse para evitar el *deficit* puede reducirse á dos reglas.

1.^a Regla. *Fijarse en seguir el mal del delito en todas sus partes, y en todas sus consecuencias para proporcionar la satisfaccion al mal total.*

Si se trata de injurias corporales irreparables se deben considerar dos cosas: un medio de goce, — un medio de subsistencia, quitados para siempre. En este caso no puede haber compensacion de la misma naturaleza; pero debe aplicarse al mal una gratificacion periódica perpetua.

Si se trata de un homicidio, debe considerarse la pérdida de los herederos del difunto, y compensarla con una gratificacion, pagada una vez, ó periódica por un tiempo mas ó menos largo.

Si se trata de un delito contra la propiedad, cuando tratemos de la satisfaccion pecuniaria, veremos todo lo que debe observarse para poner la reparacion al nivel de la pérdida.

2.^a Regla. *En la duda, haced que se incline la balanza antes en favor del que ha padecido la injuria, que en favor del que la ha hecho.*

Todos los accidentes deben ser por cuenta del delincuente. Toda satisfaccion debe ser mas bien sobreabundante que defectuosa; porque si es sobreabundante el exceso servirá solamente en calidad de pena para prevenir delitos semejantes; si es defectuosa, el *deficit* deja siempre algun grado de alarma; y en los delitos de enemistad todo mal no satisfecho es un motivo de triunfo para el delincuente.

En todas partes son muy imperfectas las leyes en este punto: en las penas se ha temido poco el exceso: en la satisfaccion apenas se ha hecho caso del *deficit*: la pena, mal que en pasando de lo necesario es puramente pernicioso; se reparte con mano pródiga, y la ley ha sido avára de satisfaccion que toda entera se transforma en bien.

COMENTARIO.

Ya hemos dicho antes que la satisfaccion debe ser completa para que cese enteramente la alarma que ha producido el delito, y se repare el mal de él de la manera posible; y digo de la manera posible, porque hay delitos cuyo mal no admite compensacion de la misma naturaleza. Tal es, por egeemplo, el homicidio: en este caso convendrá asignar á la familia del difunto, á sus herederos ó á las personas, cuya subsistencia dependia de él, una gratificacion periódica y perpetua. Si un hombre que vivia de su trabajo, queda imposibilitado por el delito para trabajar, la gratificacion que se le aplique, deberá á lo menos ser equivalente á lo que ganaba cuando trabajaba; y por regla general vale mas que la satisfaccion sea superabundante que defectuosa: el excedente obrará como pena; y por otra parte es muy justo que todos los riesgos recaigan sobre el delincuente, y que todas las dudas se decidan á favor de la persona ofendida. El vicio que en este punto observa Bentham en todas las legislaciones, es demasiado cierto: la pena ocupa casi toda la atencion del legislador, y apenas se piensa en la satisfaccion como un incidente; y solo se verifica cuando al delincuente le quedan algunos bienes despues de satisfacer los gastos judiciales, lo que sucede muy raras veces.

CAPITULO X.

De la certeza de la satisfaccion.

La certidumbre de la satisfaccion es una parte esencial de la seguridad: cuanta menos certeza haya en la satisfaccion, tanto mas se perderá en seguridad.

¿Qué se puede pensar de aquellas leyes que á las

causas naturales de incertidumbre añaden otras facticias y voluntarias? Para evitar este defecto sentaremos las dos reglas siguientes.

1.^a *La obligacion de satisfacer no se extinguirá por la muerte de la parte perjudicada. — Lo que se debia al difunto á titulo de satisfaccion se deberá á sus herederos.*

Hacer depender de la vida del individuo perjudicado el derecho de recibir satisfaccion, sería quitar á este derecho una parte de su valor: seria como si se redujera una renta perpetua á renta vitalicia. No se llega al goce de este derecho sino despues de un proceso que puede durar mucho tiempo: si se trata de una persona vieja ó enferma, el valor de su derecho peligra como ella; y si se trata de un moribundo, su derecho ya nada vale.

Por otra parte, si se disminuye la certidumbre de la satisfaccion, sea umentada en el delincuente la esperanza de la impunidad: se le muestra en perspectiva una época en que podrá gozar del fruto de su delito: se le dá un motivo poderoso para retardar con mil trabas el juicio de los tribunales, ó tal vez para procurar la muerte de la parte ofendida; y á lo menos se escluye de la proteccion de las leyes á las personas que mas necesidad tienen de ella, á los moribundos y valetudinarios.

Es verdad que en la suposicion de extinguirse la obligacion de satisfacer por la muerte de la parte ofendida, podria imponerse al delincuente otra pena ¿pero qué otra pena sería tan conveniente como esta?

2.^o *El derecho de la parte perjudicada, no se extinguirá con la muerte del delincuente ó del autor del daño. Lo que él debia á titulo de satisfaccion lo deberán sus herederos.*

Hacer otra cosa sería tambien disminuir el valor del derecho y fomentar el delito. No es un caso muy raro que un hombre que mira cercana su muerte cometa al-

guna injusticia sin otro objeto que aumentar los bienes de sus hijos.

Á caso se dirá que si se satisface á la parte perjudicada despues de la muerte del delincuente, es haciendo padecer, ó causando un perjuicio igual á su heredero, y que por consiguiente nada se gana; pero hay en esto mucha diferencia; porque la esperanza de la persona perjudicada, es una esperanza clara, precisa y decidida y firme en proporcion de su confianza en la proteccion de las leyes; y la esperanza del heredero no es mas que una esperanza vaga. ¿Qual es el objeto de ella? ¿es acaso la sucesion entera? No: no es mas que el producto neto de lo que queda en ella despues de hechas todas las deducciones legitimas. Lo que el difunto hubiera podido gastar en placeres lo gastó en injusticias.

COMENTARIO.

La certeza de la satisfaccion puede mirarse como una rama esencial de la propiedad y de la seguridad; porque yo debo contar seguramente como mio lo que se me debe, y el delincuente me debe lo que me ha quitado por su delito: luego sino se me dá la satisfaccion quedará minorada mi propiedad en la parte de ella de que me privó el delincuente. Además, la incertidumbre de la satisfaccion excitaria á delinquir, como la incertidumbre de la pena; porque no faltaria quien por enriquecerse á sí mismo, ó por enriquecer á los suyos arrostrase la pena; en vez de que los delitos deben ser menos si se sabe que ningun provecho debe quedar de ellos. Por esto la obligacion de satisfacer no debe extinguirse por la muerte de la persona ofendida ni por la del delincuente. Tal vez se dirá que por esta última regla será castigado el heredero inocente; pero debe con-

siderarse que la herencia no se compone de los bienes todos del difunto, sino únicamente de lo que queda de ellos despues de pagadas las deudas; y la deuda que el difunto contrajo por el delito, no es menos sagrada que la que hubiera contraido por un contrato ó por otro medio: en pocas palabras, el heredero sucede al difunto no solamente en los derechos, sino tambien en las obligaciones: no solo en las virtudes, sino tambien en los pecados, como se explica un jurisconsulto romano.

CAPITULO XI.

De la satisfaccion pecuniaria.

Hay casos en que la naturaleza misma del delito exige la satisfaccion pecuniaria, y hay otros en que ella es la única que permiten las circunstancias.

Se debe hacer uso de ella con preferencia en todas las ocasiones en que puede esperarse que producirá su mayor efecto.

La satisfaccion pecuniaria está en su mas alto punto de oportunidad ó conveniencia en aquellos casos en que el daño padecido por la parte perjudicada, y el provecho que el delincuente ha sacado de su delito, son igualmente de naturaleza pecuniaria, como el hurto, el peculado y la concusion. El remedio y el mal son homogéneos, la compensacion puede medirse exactamente por la pérdida, y la pena por el provecho del delito.

Este genero de satisfaccion no es tan fundado cuando hay pérdida pecuniaria por un lado, sin que por el otro haya provecho pecuniario, como sucede en las talas hechas por enemistad, por negligencia, ó por accidente.

Aun es menos fundado en los casos en que no puede apreciarse en dinero, ni el mal de la parte ofendida, ni el provecho del autor del delito, como sucede en las injurias que tocan al honor.

Cuanto menos incommensurable sea con el daño un medio de satisfaccion, quanto mas incommensurable sea con el provecho del delito un medio de castigo, tanto mas espuestos estan respectivamente á no conseguir su fin.

La antigua ley romana que aseguraba un escudo de indemnizacion al que recibia un bofeton, no ponía en seguridad el honor de los ciudadanos. No teniendo la reparacion medida comun con el ultrage, el efecto de ella era precario, tanto como satisfaccion quanto como pena.

Aun existe una ley inglesa, que es ciertamente un resto de los tiempos barbaros: *manent vestigia ruris*. Una hija es considerada como una criada de su padre, y si es seducida, el padre no puede lograr otra satisfaccion que una suma pecuniaria, mirada como precio de los servicios domésticos de que ha sido privado por el embarazo de su hija.

En las injurias contra la persona, una satisfaccion pecuniaria puede ser conveniente ó no, segun la medida de los bienes de una y de otra parte.

Al arreglar una satisfaccion pecuniaria no se deben olvidar las dos ramas de lo *pasado y futuro*: la satisfaccion por lo futuro consiste simplemente en hacer cesar el mal del delito: la satisfaccion por lo pasado consiste en indemnizar por el daño padecido. Pagar una suma que se debe satisfacer por lo futuro: pagar los intereses corridos de esta suma, es satisfacer por lo pasado.

Los intereses deben correr desde el instante en que sucedió el mal que se trata de compensar, — desde el instante, por ejemplo, en que debió hacerse el pago retardado: — en que la cosa fue tomada, destruida ó desmejorada: — desde que dejó de hacerse el servicio á que se tenia derecho.

Estos intereses dados á título de satisfaccion, deben ser mayores que los corrientes en el comercio libre, á lo menos, si hay alguna sospecha de mala fe.

Este excedente es muy necesario; porque si el inte-

res fuera sólo igual al del comercio, habría casos en que la satisfaccion sería incompleta: y otros en que quedaria un provecho al delincuente: provecho pecuniario si ha querido procurarse un empréstito forzado al interes corriente: placer de venganza ó de envidia si se ha propuesto tener á la parte perjudicada en un estado de necesidad, y gozar de sus apuros.

Por la misma razon se debe calcular sobre el pie del interes compuesto, es decir, que los intereses deben añadirse cada vez al principal, desde el instante en que debió hacerse el pago de ellos, segun la práctica que se observe en los empréstitos libres; porque á cada término hubiera podido el capitalista convertir su interes en capital, ó sacar de él un beneficio equivalente; y si se deja esta parte del daño sin satisfaccion, habrá una pérdida para el propietario, y un provecho para el delincuente.

Los gastos de la satisfaccion deben repartirse entre los delinquentes en proporcion de sus haberes, salvo el modificar esta reparticion segun los diversos grados de su delito. En efecto, la obligacion de satisfacer es una pena, y esta pena sería desigual hasta lo sumo si se hiciera pagar igualmente á dos codelinquentes de bienes desiguales.

COMENTARIO.

La satisfaccion pecuniaria que es la mas general de todas, se emplea en algunos casos porque lo exige la naturaleza misma del delito; y en otros porque es la única que permiten las circunstancias. Por la primera razon se aplica al hurto, á la insolvencia, y á todos los delitos en que son pecuniarios, así el daño causado á la persona ofendida, como el provecho que ha sacado el delincuente; y por la segunda razon se aplica á los deli-

tos por los cuales se causa un mal, sea pecuniario, ó sea de otra especie; á la persona ofendida, sin que de ellos resulte provecho alguno pecuniario al ofensor, como sucede en las talas que se hacen por pura enemistad, en las injurias corporales, y en general en todos los delitos de los cuales no resulta pérdida pecuniaria á la persona perjudicada, ni ganancia pecuniaria al delincuente.

Sin embargo, en todos estos casos exige la justicia una satisfaccion, y apenas puede darse otra que la pecuniaria; y ya que ésta ninguna analogía tenga con el mal del delito, se deberá á lo menos proporcionar á éste en la cantidad. Á esta regla falta la ley inglesa que con mucha razon censura nuestro autor, y faltaba la ley romana que condenaba á diez ases de indemnizacion al ciudadano que diese á otro una bofetada; ley que puso en ridiculo un ciudadano rico llamado Neracio, el cual se hacía acompañar en las calles de Roma por un esclavo cargado con un talego de moneda: daba bofetones á los que encontraba, y mandaba al esclavo que contase á cada uno diez ases: la ley que podia tener alguna razon en el tiempo de pobreza en que se estableció, dejó de ser racional luego que los romanos se hicieron ricos; y la pena que en la primera época podia ser proporcionada al delito, ya no lo era en la segunda, y debió alterarse como con efecto se alteró, aunque demasiado tarde.

Para que la satisfaccion sea completa debe abrazar lo venidero, haciendo cesar el mal del delito; y lo pasado indemnizando por el mal que se ha padecido: por esta regla el que es condenado á pagar una cantidad que ya debiera haber satisfecho, deberá tambien serlo á pagar los intereses del principal, y los intereses de los intereses que siempre serán mas fuertes que los corrientes en el comercio por las razones que expone Bentham. Si son muchos los que deben una satisfaccion por haber concurrido al delito, cada uno pagará en la satisfaccion una

parte proporcionada á sus haberes : pues de otro modo si el que tiene diez fuera condenado á pagar cinco como el que tiene ciento, el uno perdería una mitad de su caudal, y el otro solamente una vigésima parte: el uno quedaría arruinado, y para el otro apenas sería sensible la pérdida, y una apariencia de igualdad cubriría una verdadera desigualdad enorme: en otros términos, entre muchos que han tenido la misma parte en el delito, la igualdad de la satisfaccion debe ser proporcional, y no absoluta; pero de esto hablaremos mas por extenso cuando tratemos de la multa ó pena pecuniaria.

CAPITULO XII.

De la restitucion en especie.

La restitucion en especie es sobre todo importante en aquellos efectos que tienen un valor de afecto ú estimacion personal (1).

Pero realmente es siempre debida, porque la ley debe asegurarme todo lo que es mio, sin forzarme á recibir equivalentes que aun dejan de serlo, desde el punto que me repugnan. Por consiguiente, la seguridad no es completa sin la restitucion en especie: pues ¿qué seguridad habrá para el todo cuando no la hay para parte alguna?

Si una cosa que ha sido quitada á uno de buena ó de mala fe ha pasado á las manos de otro que la adquirió y posee de buena fe, ¿será restituida al primer propietario, ó se dará al segundo? La regla es muy sencilla: la cosa debe darse á aquel de quien puede presumirse que la tiene mayor afecto; y este grado superior

(1). Tales son los inmuebles en general: reliquias de familia, retratos, obras trabajadas por algunas personas que amamos, animales domésticos, antigüedades, curiosidades, cuadros, manuscritos, instrumentos de música, en fin, todo lo que es único ó se estima como tal, aunque no lo sea.

de afecto puede presumirse fácilmente por la relacion que se ha tenido con la cosa, por el tiempo que se la ha poseido, por los servicios que se han sacado de ella, por el cuidado y los gastos que ha costado. Estos indicios se reunirán comunmente en favor del verdadero propietario originario (1).

La preferencia se le debe igualmente en los casos de duda: he aqui porque: 1.º el propietario posterior puede haber sido cómplice, sin que puedan adquirirse pruebas de su complicidad. Si es injusta esta sospecha, como es formada por la ley, y no por el hombre, y como recae sobre la especie, y no sobre el individuo, en nada ofende el honor: 2.º si el nuevo poseedor no es cómplice, puede ser á lo menos culpable de negligencia, ó de temeridad, ya por haber omitido las precauciones acostumbradas para verificar el título del vendedor, ya dando á algunos indicios muy ligeros mas crédito que el que se les debía: 3.º si se trata de delitos graves como el robo con fuerza, importa dar la preferencia al poseedor anterior para fortificar los motivos que le empeñan en perseguir el delito: 4.º si la expoliacion ha tenido por principio la malicia, dejar la cosa en la posesion de otro cualquiera que no sea el despojado, sería dejar al delincuente el provecho del delito.

Una compra hecha por un precio muy bajo debe ser siempre seguida de la restitucion, volviendo el precio pagado por ella; porque si esta circunstancia no prueba la complicidad, es á lo menos una presuncion muy fuerte de mala fe. Al comprador no ha podido ocultarse la probabilidad del delito del vendedor; porque la razon

(1) Si se trata de una cosa ó de un animal que reproduce, se averiguará del mismo modo de parte de quien debe hallarse la superioridad de afecto, con respecto á los frutos y á las producciones, como vino de una viña particular, pótro de un caballo favorito, &c. Sin embargo, podía muy bien ser que las pretensiones del primer propietario no fuesen tan fundadas en este caso como en el anterior; porque el adquirente posterior solamente es propietario segundo de la cosa ó del animal que produce, pero es propietario primero de las producciones mismas.

del precio bajo de un efecto robado, es el riesgo que habria en llevarlo á un mercado público.

Cuando el adquirente tenido por inocente es obligado á causa de la mala fe del vendedor, á restituir la cosa al propietario originario, debe ésto hacerse mediante un equivalente pecuniario estimado por el juez.

Los simples gastos de conservacion, y con mas razon las mejoras y los dispendios extraordinarios, deben ser pagados liberalmente al adquirente posterior; porque esto no solamente es un medio de favorecer la riqueza general, sino que interesa tambien al propietario originario, aunque esta indemnizacion se dé á costa suya. Segun que se concede ó se niega esta indemnizacion, se favorece ó se estorba la mejora de la cosa (1).

Ni el propietario originario, ni el adquirente posterior, deben ganar el uno á costa del otro: el que pierda tendrá derecho á recurrir por su indemnizacion, en primer lugar al delincuente, y en segundo lugar á los fondos subsidiarios de que hablaremos luego. (2).

Cuando es imposible la restitucion idéntica, se debe substituir á ella, en cuanto sea posible, la restitucion

(1) Nada importa que el adquirente tenga buena ó mala fe; porque no, por él, sino por tí, verdadero propietario, se le debe dar un interes en cuidar de la propiedad ó de la cosa que ha caido en su mano. Es muy justo y muy prudente que saque un provecho por todo lo bueno que ha hecho. Se podria establecer una pena contra las omisiones que causasen la desmejora de la cosa; pero mejor se logrará conservarla ofreciendo una recompensa, ó por mejor decir, una indemnizacion por el cuidado de la conservacion. Hay muchos casos en que sería difícil justificar el delito de negligencia; y además cuando la recompensa puede naturalmente aplicarse y no hay peligro en ella, la recompensa y la pena juntas valen mas que la pena sola.

(2) Yo pierdo un caballo que vale treinta libras esterlinas, y tú lo compras á un hombre que te lo vende como suyo por diez. En virtud de la regla anterior tú estarás obligado á cédeme el caballo recibiendo de mí lo que has dado por él. Yo soy el que pierdo, y me quedan que reclamar veinte libras de el vendedor, y en defecto de él podré recurrir al tesoro público; pero si en vez de adjudicarme el caballo, te se hubiera adjudicado á tí, (lo que hubiera podido ser racional en ciertas circunstancias como en caso de enfermedad en que te hubieses acostumbrado al ejercicio en aquel caballo) entonces deberías ser obligado á pagarme el valor entero, y de otro modo se me haría sufrir una pérdida por darte una ganancia; pero en este caso tú tendrás recurso sobre la propiedad del delincuente, y en su defecto sobre el tesoro público.

de una cosa semejante. Supongamos dos medallas raras del mismo cuño: el poseedor de la una despues de haberse apoderado de la otra, la ha desmejorado ó perdido, sea por negligencia, ó sea de propósito. La mejor satisfaccion en este caso es transferir la medalla suya á la parte perjudicada.

En los delitos de este género está muy expuesta la satisfaccion pecuniaria á ser insuficiente, y aun nula; porque rara vez un tercero podrá apreciar el valor de afecto, ó de estimacion personal. Se necesita una bondad bien ilustrada, y una filosofia poco comun para simpatizar con gustos que no son los nuestros. El florista holandés que paga á peso de oro una cebolla de tulipan, se burla del anticuario que compra por un gran precio una lámpara enmohecida (1).

Los legisladores y los jueces han pensado frecuentemente en este punto, como el vulgo, y han aplicado reglas groseras á lo que exigia un discernimiento delicado. Ofrecer en cierto caso una indemnizacion en dinero, no es satisfaccion, es un insulto: ¿qué amante recibirá oro por precio de un retrato querido que un rival le haya quitado?

La simple restitution en especie deja en la satisfaccion un *deficit* proporcionado al valor del goce que se ha perdido mientras el delito ha durado. ¿Cómo se estimará este valor? Esto se entenderá por un ejemplo. Una

(1) Hace algunos años que un canario dió motivo á un pleito ruidoso en no sé que parlamento de Francia. Un diarista que habló de este proceso se divirtió á costa de ambas partes, y trató este negocio como muy ridículo. Yo no puedo pensar como él: ¿acaso no es la imaginacion la que da el valor á los objetos que estimamos como mas preciosos? Las leyes hechas únicamente para deferir á los sentimientos universales de los hombres, ¿pueden dejar de atender á asegurar todo lo que compone la felicidad de ellos? ¿Deben desconocer aquella sensibilidad que nos afecta á unos entes que hemos criado y familiarizado, y cuyos afectos todos nos pertenecen? Aquel pleito tan frívolo al parecer y á los ojos del diarista, era en realidad muy serio é importante: pues que una de las partes había sacrificado en él, prescindiendo del dinero, su proividad y su honor, ¿y se puede calificar de bagatela un objeto estimado en tal alto precio?

estátua ha sido quitada ilegalmente: puesta en subasta hubiera producido cien libras esterlinas segun la tasacion de expertos: entre el robo y la restitution se ha pasado un año: el interes del dinero, es de cinco por ciento: poner á título de satisfaccion por lo pasado: interes ordinario cinco libras: mas por el interes penal segun el capítulo 11, pongamos dos y media: total siete libras y media.

Pero al hacer la regulacion de los intereses no se debe olvidar la deterioracion, sea necesaria ó sea accidental, que la cosa haya tenido en el intervalo entre el delito cometido y la restitution hecha. La estatua no habrá tenido pérdida alguna, á lo menos necesaria; pero un caballo del mismo precio habria necesariamente perdido en valor. Una coleccion de tablas de deterioracion natural, año por año segun la naturaleza de las cosas, es uno de los artículos que deberian formar la biblioteca de la justicia.

COMENTARIO.

Para que la satisfaccion sea completa y haga cesar el mal de primero y de segundo orden, es necesario que la persona perjudicada por el delito sea puesta en el estado en que se hallaba antes de que se cometiese, y en que aun estaria sino se hubiera cometido. Esto solo se consigue con la restitution en especie; porque el equivalente de una cosa no es la cosa misma: si se me ha robado un caballo que en la estimacion comun vale cien pesos, y se me dan cien pesos, no se me da el caballo: no tengo el caballo que tendria sino se hubiera hecho el robo, y no quedo completamente satisfecho. Siguese de aqui que debe ordenarse la restitution en especie siempre que sea posible, principalmente en aque-

llas cosas que tienen un valor particular de afecto ó de capricho, que es inapreciable, ¿qué satisfaccion bastante se dará en dinero á un amante á quien un rival ha robado un retrato de su querida? Pero como sucede muchas veces que es imposible la restitucion en especie, es necesario que entonces se contente la ley con la restitucion de un equivalente en cuanto se pueda; como en el ejemplo anterior, de un caballo semejante, ó del precio estimado prudentemente á eleccion del dueño de la cosa. Aun restituida la cosa, la satisfaccion no es completa sino se indemniza al señor de ella por el goce que ha perdido en el tiempo que ha mediado entre la privacion de la cosa, y su restitucion; y para hacer esta indemnizacion no hay otro medio mas justo y exacto, que el que explica perfectamente Bentham con el ejemplo de la estátua.

Una cosa quitada á su dueño de buena ó de mala fe, pasa á un tercero que la posee de buena fe: el dueño la reclama: ¿deberá serle restituida, ó dejarse al segundo poseedor? Esta cuestion que propone nuestro autor, se decide fácilmente por los principios de la jurisprudencia romana. Do quiera que la cosa esté clama por su señor: *Res abiquaque sit suo domino clamat*, dice un axioma de aquella jurisprudencia; y otro nos enseña que la posesion que solamente puede adquirirse por un acto corporal, se conserva ó se retiene con la intencion sola, ó con sólo el ánimo. Segun estos principios es claro que en el caso propuesto la cosa debe ser restituida al señor de ella; pero Bentham no piensa asi, y establece como una máxima general que la cosa debe darse á la parte de quien puede presumirse que la tiene mas afecto.

Confieso que me ha sorprendido esta doctrina como si el que me ha robado mi caballo prueba que lo quiere mas que yo por los servicios que le ha hecho, por los que aun le hace, y espera le haga, por el cui-

dado y gastos que le ha costado: ¿se quedará con mi caballo, y yo seré privado de él contra mi voluntad? ¿qué será entonces el derecho de propiedad? ¿dónde estará la seguridad? ¿basta que otro ame mas que yo una cosa mia para que yo la pierda, y él la adquiera? No es esta la sola vez en que Bentham por la manía de apartarse de los principios de los jurisconsultos romanos, se aparta de los principios de la razon. En el caso de duda, dice, se debe preferir al dueño; y se reduce á esta preferencia todo el derecho del propietario, y era necesario probar con tanto aparato y razones una cosa tan trivial y de que nadie puede dudar?

En una nota nos dice, que si la cosa de que se habla es, una cosa que produce, deberá averiguarse del mismo modo de qué parte está la superioridad de afecto con respecto al fruto; sin embargo de que en este caso, las pretensiones del primer dueño podrian muy bien no ser tan fundadas como en el caso en que se trate de la cosa misma; porque el nuevo adquirente no es mas que segundo propietario de la cosa, pero es primer propietario del fruto que ninguno ha poseido antes que él; pero si se habla de un poseedor de mala fe, ¿cómo puede decirse esto? ¿será justo premiar su malicia? y por otra parte, cuando Bentham nos ha explicado los modos de adquirir el dominio ó la propiedad, nos ha contado entre ellos el dominio de una cosa productiva, y con mucha razon; porque es muy justo que los frutos de la cosa pertenezcan al señor de ella, y nadie se atreverá á decir que el que roba una cosa se hace señor de ella: nadie, entre los modos de adquirir la propiedad ó el dominio, ha contado el robo. Los romanos distinguian con mucha razon entre el poseedor de mala fe y el poseedor de buena fe: éste hacia suyos los frutos de la cosa agena que poseia, se entiende los frutos consumidos; porque los existentes al tiempo que el señor reclama su cosa, deben serle restituidos. La buena fe ha-

ce veces de dominio; pero el poseedor de mala fe que carece de este título, lo debe restituir todo, la cosa fructífera, los frutos existentes, y los consumidos, en el modo posible, es decir, pagando el valor de ellos; pero que el poseedor sea de buena ó de mala fe, el propietario debe reintegrarle los gastos que hubiese hecho para la custodia y conservacion de la cosa, por las razones que expresa Bentham; y porque no es justo que un hombre se enriquezca con daño ó detrimento de otro, segun enseña un principio del derecho romano.

Si una cosa es comprada por un precio muy bajo, añade nuestro autor, debe ser siempre restituida; porque esta circunstancia, sino prueba complicidad da á lo menos una fuerte presuncion de mala fe: luego si la mala fe (digo yo) en vez de presumirse se prueba, con mas razon la cosa deberá ser siempre restituida sin consideracion alguna al grado ó superioridad de afecto que nos acaba de decir Bentham, debe ser la razon para restituir la cosa al señor de ella, ó dejársela al poseedor actual, posea de buena ó de mala fe; ó por hablar con mas exactitud, al detentador; pues como digimos en otra otra parte, la buena fe, es inseparable de la verdadera posesion, que consiste en ocupar una cosa, creyéndose señor de ella por haberla adquirido por un título justo, es decir, por un título capaz de trasladar el dominio.

Hay mas; no solamente el detentador, sino tambien el que ha poseido de buena fe debe restituir la cosa á su dueño luego que la reclama y se hace conocer; porque en este momento cesa la buena fe, y el poseedor de buena fe se hace un detentador ó poseedor de mala fe; pues ya no puede conservar la cosa creyéndose señor de ella, cuando sabe que lo es otro.

No quiero acabar este comentario sin explicar una nota de Bentham, que mal entendida puede dar lugar á un error de mucha consecuencia. Yo pierdo, dice, un caballo que vale treinta libras esterlinas, y tú lo com-

pras á un hombre que te lo vendè por diez: tú estarás obligado á cedérmelo , recibiendo de mí lo que has dado por él, y quedándome á mí la repetición contra el vendedor ó en su defecto contra el tesoro público. Me parece que seria mas justo dejar la repetición al comprador , en quien se puede sospechar á lo menos mala fe por el hecho solo de haber comprado á un precio demasiado bajo, ¿ por qué el dueño , á quien nada puede imputarse, de quien nada se puede sospechar , ha de ser gravado con el trabajo de hacer esta repetición , y con el riesgo de perder , si hay algun riesgo ? ¿ Puede ser justo que ni aun interinamente se le obligue á pagar lo que realmente es suyo? La injusticia seria mas palpable y chocante si se tratára de un comprador de mala fe; y me parece que seria un justo castigo de su malicia la pérdida del precio que habia dado, y cuando alguno debiera reintegrárselo seria el vendedor y no el dueño.

Esto seria conforme á las leyes romanas, segun las cuales el vendedor queda obligado á la evicción ó saneamiento , es decir, á asegurar al comprador la posesión quieta y pacífica de la cosa que le ha vendido ; y seria tambien conforme á la razón y al principio de la utilidad, el cual exige que el que pierde una cosa por un delito ajeno, sea completamente reintegrado , ó puesto en el mismo estado en que se hallaba antes de haber perdido la cosa. La doctrina de Bentham podrá pues cuando mas tener lugar en el comprador de buena fe, y aun seria mas justo que fuese gravado con la repetición que no el señor de la cosa. Esto haria que el comprador se informase con mas cuidado de las circunstancias del vendedor , noticia que le es indiferente si sabe que en todo caso le será restituido el precio que diese. El que compra en una feria ó en un mercado público con esto solo acredita su buena fe.

Y si la cosa de que se trata se hubiese deteriorado ó desmejorado , ¿ quién será responsable de las desmejo-

ras, el que la posee actualmente ó el que la vendió despues de haberla quitado al propietario? Porque no tiene duda que éste debe tambien ser indemnizado de estas desmejoras. Aqui debe distinguirse entre la buena y la mala fe: si el poseedor actual adquirió la cosa de buena fe no debe responder de ellas, si las desmejoras existian ya, cuando hizo la adquisicion, y el dueño las repetirá del que le quitó la cosa, y fue la primera causa de todo; pero si el poseedor actual adquirió la cosa de mala fe, sabiendo por egemplo que era robada, él responderá de las desmejoras, considerándole como cómplice del ladron. Esta es una cuestion que ha omitido Bentham, y que me parece sin embargo muy importante.

CAPITULO XIII.

De la satisfaccion atestatoria.

Este medio de satisfaccion se adapta particularmente á los delitos de falsedad, de los cuales resulta alguna opinion perjudicial á un individuo, sin que se pueda justificar bien ni el valor, ni la extension, ni aun la existencia de sus efectos. Mientras el error subsiste, es una fuente constante de mal actual ó probable, y no hay mas medio de cortarlo que el de poner en evidencia la verdad contraria.

Aqui se presenta naturalmente la enumeracion de los principales delitos de falsedad.

1.º *Injurias mentales simples que consisten en es-tender terrores falsos*, por egemplo, cuentos de aparecidos, de almas en pena, de wampiros, de brujas y hechiceros, de energúmenos, — voces falsas, propias para llenar á un individuo de miedo ó de tristeza, muertes supuestas, mala conducta de parientes cercanos, infidelidades conyugales, pérdida de bienes, — mentiras capaces de infundir terror en una clase mas ó menos nume-

rosa, como rumores de peste, de conspiracion, de invasion, de incendio &c.

2.º *Delitos contra la reputacion*, de los cuales se pueden distinguir muchas especies: *difamacion positiva*, por hechos articulados, ó libelos injuriosos: *infrimacion de reputacion*, que consiste en minorar la reputacion que no se puede destruir, en ocultar por egemplo al público una circunstancia que haria mas brillante una accion célebre: *intercepcion de reputacion* que consiste en suprimir un hecho, una obra honorífica á tal individuo, ú en quitarle la ocasion de distinguirse haciendo mirar una empresa como imposible ó como acabada: *usurpacion de reputacion*: todos los plagios de autores y de artistas, son egemplos de esto.

3.º *Adquisicion fraudulenta*. Egemplos: falsos rumores, por causa de agiotage: falsas noticias que influyan en el precio de las acciones negociables de alguna compañía de comercio.

4.º *Perturbacion del goce de los derechos anexos á un estado doméstico ó civil*. Egemplo: negar al verdadero poseedor su posesion del estado de esposo de cierta muger, ó de esposa de cierto hombre, de hijo de cierto hombre ó de cierta muger, — atribuirse falsamente á sí mismo un estado semejante, — cometer una falsedad de la misma especie, con respecto á algun estado civil ó algun privilegio.

5.º *Impedimento de adquisicion*. Estorbar á un hombre con noticias falsas que adquiriera ó venda, contestando el valor de la cosa, ó el derecho de disponer de ella: estorbar á una persona que adquiriera un cierto estado como el del matrimonio, con noticias falsas que hacen que se dilate ó se descomponga.

En todos estos casos seria impotente el brazo de la justicia, y nulos ó imperfectos los medios de la fuerza. El único remedio eficaz es una declaracion auténtica que destruya la mentira. Destruir el error, y publicar la

verdad: funcion respetable digna de los primeros tribunales.

¿Qué forma se debe dar á la satisfaccion atestatoria? Ella puede variar como todos los medios de publicidad: impresion y publicacion de la sentencia á costa del delincuente: carteles extendidos á eleccion de la parte ofendida: publicacion en las gacetas nacionales ó extrangeras.

La idea de esta satisfaccion tan sencilla y tan útil está tomada de la antigua jurisprudencia francesa. Si un hombre habia sido calumniado, los parlamentos ordenaban casi siempre que la sentencia que restablecia en su reputacion á la persona ofendida, fuese impresa y fijada en los sitios públicos acostumbrados á costa del calumniador; ¿pero por qué se forzaba al delincuente á declarar que habia proferido una mentira y á reconocer públicamente el honor de la parte ofendida? Esta forma era viciosa por muchos capítulos. Se hacia mal en prescribir á un hombre la expresion de ciertos sentimientos que no podian ser los suyos, y se arriesgaba á mandar judicialmente una mentira; y se hacia tambien mal en debilitar la reparacion por un acto de fuerza; porque al fin, ¿qué prueba una retratacion hecha en justicia mas que la flaqueza y el temor del que la pronuncia?

El delincuente puede ser el órgano de su propia condenacion, si esto se tiene por conveniente para agravar su pena; pero puede serlo sin faltar á la mas exacta verdad, con tal que la fórmula que se le prescriba exprese los sentimientos de la justicia, como de la justicia, y no como suyos propios. »El tribunal ha declarado que yo he proferido una falsedad; — el tribunal ha juzgado que yo no he procedido como hombre de bien; — el tribunal ha decidido que mi contrario se ha portado en este negocio como un hombre de honor.» = Esto es todo lo que interesa al público y á la parte ofendida: es un triunfo harto brillante para la verdad, y una humi-

llacion bastante grande para el delincuente, ¿qué se ganaria en forzarle á decir: »Yo he dicho una falsedad,—yo no he procedido como hombre de bien,—»mi contrario se ha portado como un hombre de honor?» Esta declaracion mas fuerte que la primera en la apariencia, lo es mucho menos en realidad; porque el temor que dicta estas retractaciones, no muda los verdaderos sentimientos; y al mismo tiempo que la boca las pronuncia delante de un grande auditorio, se oye, por decirlo así, el grito del corazon que las desmiente.

Si se trata de un hecho, la justicia corre menos riesgo de engañarse, y la confesion directa de haber mentido exigida en este caso á la parte condenada en su propio nombre, seria casi siempre conforme á su conciencia íntima; pero cuando se trata de una opinion, de la del delincuente, la retractacion que se le manda será casi siempre contraria á su conviccion interior. En tales altercados las personas imparciales condenarán á un individuo diez veces por una que él se condene. ¿Está en un momento de bastante calma, para entregarse á la reflexion? Tiene á la vista el triunfo de su contrario, él mismo es el instrumento de él, y la irritacion del orgullo herido, debe aumentar las prevenciones de su espíritu: puede haberse engañado de buena fe, y se le obliga á acusarse él mismo de mentira: se le pone en una posición cruel, en la cual cuanto mas honrado sea, tanto mas tendrá que padecer, y será tanto mas castigado, cuanto menos merezca serlo.

¿Cuántos bribones no se han hecho declarar hombres de bien por una sentencia dada por los mismos que estaban mas bien instruidos de lo contrario? Y por otra parte, ¿qué significa esta declaracion general? ¿de que tal imputacion sea falsa ó dudosa, se infiere que ninguna otra puede ser verdadera? ¿De que un hombre haya sido una vez calumniado, se sigue que nunca ha delinquido? Y he aqui el inconveniente: basta que una

de estas patentes de honor se conceda una vez á un hombre despreciado, para que haya contradiccion entre la opinion pública, y la sentencia de los jueces: la autoridad de estos se disminuye, y se deja de recurrir á ellos en busca de un remedio, que mal administrado ha perdido su eficacia.

No es necesaria tanta precaucion en las promesas, y basta que la obligacion nada contrario tenga al honor ó á la providad. No se debe exigir de un hombre por ejemplo, que prometa servir contra su patria, ó contra su partido; pero se puede exigir que prometa no combatir; porque esta promesa nada hace perder á su partido ni á su patria, supuesto que se hubiera podido ponerle en la imposibilidad de servir, si en vez de darle la libertad bajo de su palabra, se le hubiera muerto, ó mantenido asegurado en prision.

COMENTARIO.

Hemos dicho que no toda especie de satisfaccion conviene á toda especie de delitos: la satisfaccion atestatoria es particularmente aplicable á los delitos de falsedad de que resulta alguna opinion perjudicial á un individuo, sin que se pueda probar el valor, la extension, y aun la existencia de sus efectos. Bentham refiere los principales delitos de falsedad, que todos consisten en estender voces falsas perjudiciales al público en general, ó á algun individuo en particular. El modo pues de destruir ó reparar el mal resultante de estos delitos, es declarar auténticamente la verdad, y hacerla conocer á todos por carteles, por la voz del pregonero, ó por otro medio de que se hará uso á costa del delincuente. En estos casos los tribunales de Francia siempre ordenan con arreglo á la ley que las sentencias se impriman á

*

costa del delincuente, hasta un cierto número de egemplares. Mas vale esto que forzar al condenado á desdecirse ó á lo que se llama cantar la palinodia, diciendo en público que tiene al ofendido por una persona honrada, lo que puede equivaler á obligarle á mentir; porque si se trata de la opinion particular del delincuente, la sentencia no se la hará mudar; y por otra parte bien puede ser falso lo que ha dicho del querellante, sin que por esto sea este un hombre de bien: si le ha llamado ladrón, podrá no ser ladrón, pero podrá ser un falsario.

Esta satisfaccion atestatoria debe concederse con mucha circunspeccion, y sobre todo nunca se estenderá fuera del hecho de que se ha tratado; y por no hacerlo así se han dado muchas de estas atestaciones ó patentes de honor á picaros conocidos por tales, y han caído en un desprecio absoluto tales sentencias contrarias á la opinion pública. Si se trata de un hecho, por egemplo, de haber Pedro dicho falsamente que ha visto á Juan robar un caballo, no hay inconveniente en forzar á Pedro á que en público diga en el tribunal que ha mentido, y en cualquier caso puede obligarse al delincuente á leer la sentencia que le condena, ó á repetirla leyendoela otro, si él no sabe leer.

Las leyes romanas eran juntamente severas con la infame raza de los calumniadores: les imponian las penas con que se castigaria á los calumniados si hubieran cometido los delitos que se les imputan; y la ley Remia ordenó que con un hierro ardiente se imprimiese una *K* en la frente del calumniador *Kalumniator*, para que todos los que le viesen pudiesen guardarse y huir de un ente tan detestable y pernicioso. El hombre mas virtuoso vivirá inquieto y sin seguridad alguna, donde la calumnia no sea castigada; y la calumnia será muy frecuente donde se proteja y aliente á los delatores, singularmente si pueden egercer su infame oficio ocultando sus nombres, y por consiguiente sin comprometerse.

terse. Á mas de esto, los gobiernos que alientan y premian á los delatores muestran una flaqueza que les hace despreciables, y son enemigos odiosos de la virtud y de la inocencia: el que denuncia al magistrado un delito y se ofrece á sostener su delacion en un juicio, llena uno de los deberes mas sagrados del ciudadano, y es un hombre benemérito de su patria; pero el que denuncia en secreto, el que se esconde y no quiere parecer delante del denunciado, es un ente vil indigno de la compañía de los hombres, y mas si toma una recompensa por la delacion. La legislacion penal francesa que no economiza la sangre y es en general severa, es por otra parte demasiado indulgente y suave con los calumniadores, que comunmente son solamente condenados á penas pecuniarias.

CAPITULO XIV.

De la satisfaccion honoraria.

Acabamos de ver cómo se pueden remediar los delitos contra la reputacion que tienen por instrumento la mentira; pero hay otros mas peligrosos: la enemistad tiene medios mas seguros para hacer heridas profundas al honor: no siempre se esconde en una tímida calumnia, sino que á veces ataca á su enemigo á cara descubierta, pero no le ataca con medios violentos que le ponen en peligro personal. Su objeto es humillarle: el proceder menos doloroso en sí mismo, es frecuentemente el mas grave por sus consecuencias: haciendo mas mal á su persona se haria menos á su honor. Para hacer de él un objeto de desprecio no se debe excitar en su favor un sentimiento de compasion, que produciria antipatía contra su adversario. El odio ha agotado todos sus refinamientos en este género de delitos, y es necesario oponerles los remedios particulares que hemos distin-

guido con el nombre de *satisfaccion honoraria*.

Para conocer la necesidad de estos remedios, es menester examinar la naturaleza y la tendencia de estos delitos, las causas de su gravedad, los remedios que hasta ahora se han hallado para ellos en los duelos, y la imperfeccion de estos remedios. Estas investigaciones que tocan á todo lo mas delicado que hay en el corazon humano, han sido casi enteramente descuidadas por los que han hecho las leyes, y sin embargo son las primeras bases de toda buena legislacion sobre la materia del honor.

En el estado actual de las costumbres de las naciones mas civilizadas, el efecto ordinario, el efecto natural de estos delitos es quitar al ofendido una parte mas ó menos considerable de su honor, es decir, que ya no goza de la misma estimacion entre sus semejantes: que ha perdido una parte proporcional de los placeres, de los servicios, de los buenos oficios de toda especie, que son los frutos de esta estimacion, y que puede hallarse expuesto á las desagradables consecuencias de su desprecio.

Ahora bien: pues que el mal á lo menos en cuanto á lo esencial, consiste en la mudanza que ha habido en los sentimientos de los hombres en general, estos son los que deben considerarse como sus autores inmediatos. El que se llama delincuente no hace mas que una herida ligera, que abandonada á ella misma, se curaria muy pronto: los otros hombres son los que con el veneno que vierten en ella, hacen una llaga peligrosa, y muchas veces incurable.

Á primera vista el rigor de la opinion pública contra un individuo insultado, parece una injusticia chocante. Si un hombre mas fuerte, ó mas valiente abusa de su superioridad para insultar de un cierto modo á otro á quien su flaqueza misma debia proteger, todo el mundo, como por un movimiento maquinal, en vez

de indignarse contra su opresor se pone de parte de él y oprime bajamente á su víctima con el sarcasmo, y el desprecio mas amargo á veces que la misma muerte. Á la señal dada por un desconocido, el público se arroja á porfia sobre el inocente que se le sacrifica, como un dogo feroz que para despedazar á un pasagero, solo espera un gesto de su amo. Así es como un malvado que quiere entregar á un hombre de bien á los tormentos del oprobio, se sirve de los que se llaman hombres de mundo, hombres de honor como egecutores de sus tiránicas injusticias; y como el desprecio que causa una injuria es en proporcion de la injuria misma, esta dominacion de los malos es tanto mas irrecusable, quanto mas atroz es el abuso de ella.

Que una injuria escandalosa sea merecida ó no, es una cosa de que nadie cuida de informarse: y no solamente su insolente autor triunfa por ella, sino que podrá agravarla. Se tiene por honor afligir al desgraciado: la afrenta que ha sufrido le separa de sus iguales, y le hace impuro á su vista, como una excomunion social. Así el verdadero mal, la ignominia de que queda cubierto el insultado, es obra mas de los otros hombres que del primer ofensor: éste no hace mas que señalar la presa, los otros son los que la destrozan: él ordena el suplicio, y ellos son los verdugos.

Que un hombre se arrebate por egemplo, hasta el punto de escupir á otro en público en la cara; ¿qué sería este mal en sí mismo? Una gota de agua que se olvidaria luego que se hubiese limpiado; pero esta gota de agua se convierte en un veneno corrosivo que le atormentará toda su vida, ¿qué es lo que ha causado esta transformacion? La opinion pública; la opinion que distribuye como quiere el honor y la infamia. Bien sabia el cruel contrario que esta afrenta sería el precursor y el símbolo de un torrente de desprecios.

¡ Con que un brutal, un hombre vil, puede á su

voluntad deshonrar á un hombre virtuoso! ¡Puede llenar de pesares y de tristeza el fin de la carrera mas respetable! ¿Pero cómo conserva este funesto poder? Lo conserva, porqué una corrupcion irresistible ha subyugado al primero y mas puro de los tribunales, el de la sancion popular. Por una consecuencia de esta deplorable prevaricacion, todos los ciudadanos individualmente dependen en su honor del mas malo de ellos, y colectivamente están á sus órdenes para egecutar sus decretos de proscripcion contra cada uno de ellos en particular. Esto es lo que podria alegarse contra la opinion pública; y estas alegaciones no carecerian de fundamento. Los hombres admiradores de la fuerza, son frecuentemente culpables de injusticia para con los flacos; pero cuando se examinan   fondo los efectos de los delitos de esta especie se ve que tambien producen un mal independiente de la opinion, y que los sentimientos del público sobre las afrentas recibidas y toleradas, no son en general tan contrarios   la razon como pudieran creerse   primera vista: digo en general; porque hay muchos casos en que es imposible defender la opinion pública.

Para comprender todo el mal que puede resultar de estos delitos, se debe prescindir de todos los remedios, y suponer que ninguno hay. En esta suposicion, estos delitos pueden repetirse   voluntad: la insolencia tiene una carrera ilimitada, la persona insultada hoy, puede serlo mañana, pasado mañana, todo los dias y á toda hora: cada nueva afrenta facilita otra, y hace mas probable una sucesion de ultrages del mismo género. Ahora bien, *en la nocion de un insulto corporal*, se comprende todo acto que ofende   la persona, y que puede egecutarse sin causar un mal fisico durable: todo lo que produce sensacion desagradable, inquietud, y dolor; pero un acto que apenas seria sensible si fuera único, puede producir   fuerza de repetirse un grado de inco-

modidad muy dolorosa ó tal vez un tormento intolerable. Yo he leído en alguna parte que el agua destilada gota á gota, cayendo desde cierta altura en medio de la cabeza desnuda y afeitada era uno de los tormentos mas crueles que se han pensado: *gutta cabat lapidem*, dice el proverbio latino (1). Asi el individuo sometido por su flaqueza respectiva á sufrir á gusto de su perseguidor semejantes vejaciones, y privado como hemos supuesto de toda proteccion legal, estaria reducido á la mas miserable situacion. No se necesita mas para demostrar por una parte un despotismo absoluto, y por otra una esclavitud total.

Pero no es esclavo de uno solo; lo es de cuantos tengan gana de esclavizarle, y es el juguete de cualquiera que conociendo su flaqueza, quiere abusar de ella. Está como un ilota en Esparta dependiente de todo el mundo, siempre temiendo y padeciendo, objeto de la mofa general y del desprecio que ni aun es mitigado por la compasion, en una palabra inferior á todos los esclavos; porque la desgracia de estos es un estado forzado que se compadece; pero el envilecimiento propio del otro, depende de la bageza de su carácter.

Estas pequeñas vejaciones, estos insultos tienen tambien por otra razon una especie de preeminencia en tiranía sobre los tratamientos violentos. Aquellos actos de cólera que bastan para extinguir de un golpe la enemistad del ofensor, y aun para darle un sentimiento pronto de arrepentimiento, dejan ver un término al sufrimiento; pero un insulto humillante y maligno, lejos

(1) Para formarse una idea del tormento que resulta de la acumulacion, y de la duracion de pequeñas vejaciones casi imperceptibles cada una por sí, basta acordarse de las cosquillas prolongadas, y de las persecuciones tan comunes en los juegos y en las riñas de los muchachos. En aquella edad los mas pequeños altercados paran en hechos; porque la idea de decencia no es aun bastante fuerte para contenerlos, pero la ligereza y la compasion, naturales á la infancia, estorban que lleguen hasta un punto peligroso, y la reflexion no les da todavia aquel gusto amargo, que una mezcla de ideas accesorias les hace contraer en la madurez de la vida.

de agotar el odio que le ha producido, parece al contrario que le sirve de cebo; de manera, que este insulto se presenta á la imaginacion como el precursor de una serie de injurias, tanto mas alarmante cuanto es indefinida.

Lo que he dicho de los insultos corporales puede aplicarse á las amenazas; pues aun los primeros no son graves, sino como actos conminatorios.

Los ultrages de palabra no tienen enteramente el mismo carácter, y no son mas que una especie de difamacion vaga, un uso de voces injuriosas, cuya significacion no está determinada, y varía mucho segun el estado de las personas (1). Lo que se da á entender con estas injurias á la parte ofendida, es que se la cree digna del desprecio público sin expresar por qué motivo. El mal probable que puede resultar de esto, es la renovacion de baldones semejantes, y puede temerse tambien que una profesion de desprecio hecha públicamente, no provoque á otros hombres á unirse al ofensor. Esta es en efecto una invitacion que los hombres admiten con gusto. El orgullo de censurar, de elevarse á costa de otro, la fuerza de la imitacion, la propension á creer todas las aserciones fuertes, dan peso á estas especies de injurias; pero parece que ellas deben principalmente su gravedad al olvido en que las han dejado las leyes, y al uso de los desafíos, remedio subsidiario conque la sancion popular ha querido suplir el silencio de la legislacion.

No es extraño que los legisladores temiendo dar demasiada importancia á vagatelas, hayan dejado en un abandono casi universal esta parte de la seguridad. El

(1) Decir á un hombre que es *digno de la horca* no es imputarle hecho alguno en particular, sino acusarle en general de aquella especie de conducta que lleva al hombre á la horca. — Es necesario distinguir bien estas palabras ultrajantes, de la difamacion especial, de la que tiene un objeto particular: ésta puede ser refutada, y da lugar á la satisfaccion atestatoria; pero las palabras injuriosas, siendo vagas, no dejan el mismo asidero.

mal físico, medida bastante natural de la importancia de un delito, era casi ninguno; y las consecuencias lejanas se han escapado á la inexperiencia de los que han fundado las leyes.

El duelo se ha presentado para llenar este vacío. No es este lugar á propósito para investigar el origen y examinar las variaciones, y las extravagancias aparentes de este uso (1). Basta que el duelo existe, que se aplica de hecho, y sirve de freno á la enormidad del desorden, que sin esto resultaria de la negligencia de las leyes.

Una vez establecido este uso, he aquí sus consecuencias directas.

El primer efecto del duelo es hacer cesar en gran parte el mal del delito, es decir, el deshonor que resultaria del insulto; ya no está el ofendido en aquella miserable condicion en que su flaqueza le exponia á los ultrages de un insolente, y al desprecio de todos: se ha librado de un estado de temor continuo: ha labado la mancha que la afrenta habia puesto en su honor: y aun si el desafio ha seguido inmediatamente al insulto, esta mancha no ha hecho impresion alguna, y no ha tenido tiempo para fijarse; porque el deshonor no consiste en recibir un insulto, sino en sufrirlo con paciencia.

El segundo efecto del duelo es obrar en calidad de pena, y oponerse á la reproduccion de semejantes delitos. Cada nuevo egemplo es una promulgacion de las le-

(1) Muchas circunstancias han contribuido á establecer el duelo en la edad de la caballería: los torneos, combates singulares, formados por la gloria, y destinados á juegos, producian naturalmente los desafios de honor; y la idea de una providencia particular, nacida del cristianismo, conducia á preguntar de este modo á la justicia divina, y á confiarla la decision de los pleitos.

Sin embargo, mucho antes del cristianismo ya hallamos el duelo introducido en España como medio judicial. El pasage siguiente de Tito Livio no deja sobre esto duda alguna: *quidam quas disputando controversias finire nequierant aut noluerant, pacto inter se, ut victorem res sequeretur ferro decreverunt. Cum verbis disceptare Scipio vellet ac sedare iras, negatum id ambo dicere communibus cognatis, nec alium deorum hominum ve, quam Martem, se iudicem habituros esse. Lib. 27. paragr. 21.*

yes penales del honor, y recuerda que nadie puede ofender á otro sin exponerse á las consecuencias de un desafio, es decir, al peligro de sufrir segun el suceso del duelo diferentes grados de penas afflictivas, y acaso la pena de muerte. Asi, el hombre valiente que en el silencio de la ley se expone á sí mismo por castigar un insulto, coopera á la seguridad general, trabajando por la suya propia.

Pero el desafio considerado como pena es sumamente defectuoso.

1.º No es un medio que pueda servir á todo el mundo, porque hay clases muy numerosas de hombres que no pueden gozar de la proteccion que él da, como las mugeres, los niños, los viejos, los enfermos, y los que por falta de valor no pueden resolverse á redimirse de la infamia á costa de un peligro tan grande. Además por un capricho de este pundonor digno del nacimiento feudal, las clases superiores no admitieron á las subalternas á la igualdad del duelo: el plebeyo ultrajado por el noble no conseguiria esta satisfaccion. El insulto en este caso puede tener efectos menos graves; pero siempre es un insulto y un mal sin remedio. Por todos estos respetos, considerado el duelo como pena, es ineficaz.

2.º Ni aun es siempre una pena, porque la opinion le da una recompensa que á la vista de muchos puede parecer superior á todos sus peligros. Esta recompensa es el honor anexo á la prueba de valor, honor que ha sido muchas veces mas poderoso para entrar en desafio, que los inconvenientes de él para escusarlo. Hubo un tiempo en que entraba en el carácter de un hombre galante el haberse batido una vez á lo menos: una mirada, un descuido, una preferencia, una sospecha de rivalidad, cualquiera cosa bastaba á unos hombres que no deseaban mas que un pretesto, y que se tenian por mil veces pagados de los riesgos que habian corrido con lograr los aplausos de los dos sexos, á los cuales, por di-

ferentes motivos agrada igualmente el valor. Por este respeto, amalgamada la pena con la recompensa, pierde su verdadero carácter penal, y se hace aun de otro modo *ineficaz*.

3.º El desafío considerado como pena, es tambien defectuoso por su exceso, ó segun la expresion propia que se explicará en otra parte, es una pena muy *dispendiosa*; porque aunque es verdad que muchas veces es nula, puede ser hasta capital. Entre estos dos estremos de todo ó nada, los que se baten, se exponen á todos los grados intermedios, heridas, cicatrices, mutilaciones, miembros estropeados ó perdidos. Es claro que si se hubiera de escoger para la satisfaccion de los delitos de este género, se preferiria una pena menos incierta, menos arriesgada, y que no pudiese llegar á la muerte, ni ser enteramente nula.

Hay ademas en esta justicia penal una particularidad que es propia del duelo, y es que costosa para el agresor, no lo es menos para la parte perjudicada (1). El ofendido no puede reclamar el derecho de castigar á su ofensor, sin exponerse él mismo á la pena que quiere darle, y aun con una desventaja manifiesta; porque la probabilidad está naturalmente en favor del que ha podido escoger su contrario antes de exponerse. Asi pues esta pena es al mismo tiempo *dispendiosa y mal fundada*.

4.º Otro inconveniente particular de esta jurisprudencia del duelo, es el agravar el mal del delito mismo, siempre que no se reclame la venganza, á no ser por una imposibilidad conocida. Si el ofendido no quiere renir, descubre por fuerza dos vicios capitales, falta de valor y falta de honor; falta de aquella virtud que protege á la

(1) El japonés es superior en esta parte al hombre de honor de la Europa moderna: el europeo por la probabilidad de matar á su contrario, da á éste una probabilidad recíproca é igual; el japonés por la probabilidad de excitar el suyo á abrirse el vientre, empieza dándole el ejemplo.

sociedad, y sin la cual no puede conservarse, y falta de sensibilidad al amor de la reputacion, una de las grandes bases de la moral. El ofendido se halla pues por la ley del duelo en una situacion peor que si la ley no existiera; porque si le reusa, este triste remedio se convierte para él en veneno.

5.º Si en ciertos casos el duelo en calidad de pena no es tan ineficaz como parece que debia serlo, solo es en cuanto un inocente se expone á una pena que por consiguiente es mal fundada. Tales son los casos de aquellas personas que por una enfermedad anexa al sexo, á la edad, ó al estado de la salud, no pueden servirse de este medio de defensa. Ellas no tienen recurso en este caso de flaqueza individual, sino en cuanto la casualidad les proporciona un protector que tenga al mismo tiempo el poder y la voluntad de pagar con su persona y combatir por ella. Asi es como un esposo, un amante, un hermano pueden tomar sobre sí la injuria hecha á su muger, á su querida, á su hermana; y en este caso si el duelo es eficaz como proteccion, es solo comprometiendo la seguridad de un tercero que se encarga de pelear por un hecho extraño para él, y en el cual no ha podido tener influencia alguna.

Es cierto que considerando el duelo como una rama de la justicia penal, es un medio absurdo y monstruoso; pero por absurdo y monstruoso que sea no puede negarse que llena bien su objeto principal, *pues borra enteramente la mancha que un insulto imprime en el honor*. Los moralistas vulgares, condenando en este punto la opinion general, no hacen mas que confirmar el hecho. Ahora pues, nada importa que pueda justificarse ó no este resultado del duelo: ello existe, y tiene una causa; es esencial para el legislador el descubrirla y un fenómeno tan interesante no debe serle desconocido.

Hemos dicho que el insulto hace que se mire al ob-

jeto de él como envilecido por su flaqueza y cobardía: siempre puesto entre una afrenta y el vituperio, no puede marchar á paso igual con los otros hombres, ni pretender las mismas atenciones; pero si despues de este insulto yo me presento á mi contrario, y consiento en arriesgar en un combate mi vida contra la suya; ya salgo por este acto de la humillacion en que habia caido: si muero, me he libertado á lo menos del desprecio público y de la insolente dominacion de mi contrario; si él muere yo quedo libre y el delincuente es castigado: si solamente es herido, esto es una leccion bastante para él y para los que pudieran tener la tentacion de imitarle: si yo solo soy herido ó no lo somos ni el uno ni el otro, todavia el combate no es inútil y siempre produce su efecto; porque mi enemigo conoce que no puede repetir sus injurias sin arriesgar su vida: yo no soy un ente pasivo que puede ser ultrajado impunemente, y mi valor me protege como lo haria la ley poco mas ó menos si castigára semejantes delitos con una pena capital, ó afflictiva.

Pero si estandome abierto este camino de satisfaccion, sufro con paciencia un insulto, me hago despreciable á los ojos del público; porque esta conducta descubre un fondo de timidez en mí, y la timidez es una de las mayores imperfecciones en el caracter de un hombre: un cobarde ha sido siempre un objeto de desprecio.

¿Pero esta falta de valor, debe ponerse en la clase de los vicios? ¿la opinion que infama á la cobardía es una preocupacion útil ó perjudicial?

Apenas podrá dudarse que esta opinion sea conforme al interes general, si se considera que siendo la primera pasion de todo hombre el deseo de su propia conservacion, el valor es mas ó menos una cualidad facticia, una virtud social que debe su origen y su acrecentamiento á la estimacion pública mas que á otra causa alguna. La cólera puede encender un ardor momentaneo; pero el

valor tranquilo y constante solamente se forma y madura bajo las dichas influencias del honor. El desprecio pues con que se mira la cobardía no es un sentimiento inútil, y lo que se hace sufrir á los cobardes, no es una pena prodigada sin provecho alguno. La existencia del cuerpo político depende del valor de los individuos que le componen: la seguridad exterior del estado contra sus rivales, depende del valor de sus guerreros, y la seguridad interior del estado contra estos mismos guerreros depende del valor repartido en la masa de los otros ciudadanos. En una palabra, el valor es la alma pública, el genio tutelar, el palladium sagrado por el cual solo puede preservarse el hombre de todas las miserias de la esclavitud, permanecer en el estado de hombre, y no caer mas abajo de los mismos brutos. Pues ahora bien; cuanto mas honrado sea el valor, tanto mas hombres valientes habrá: y cuanto mas despreciada sea la cobardía, tantos menos serán los cobardes.

Aun hay mas: el que pudiendo batirse sufre con paciencia un insulto, no solamente muestra su miedo, sino que tambien se revela contra la sancion popular que obliga al duelo, y se muestra indiferente en un punto esencial á la reputacion; y la sancion popular es el ministro mas activo y mas fiel del principio de la utilidad, la aliada mas poderosa y menos arriesgada de la sancion politica. Si las leyes de la sancion popular estan de acuerdo en general con las leyes de la utilidad, cuanto mas sensible es un hombre á la reputacion, tanto mas dispuesto está su caracter á conformarse con la virtud. y cuanto menos sensible es á ella, tanto mas expuesto está á la seduccion de todos los vicios.

¿Qué resulta de esta discusion? Que en el estado de abandono en que las leyes han dejado hasta ahora el honor de los ciudadanos, el que sufre un insulto sin recurrir á la satisfaccion que le prescribe la opinion pública, se muestra por este hecho, como reducido á una de-

pendencia humillante, expuesto á recibir una serie indefinida de afrentas, — se muestra como privado del sentimiento de valor que hace la seguridad general, — y en fin se muestra como privado de sensibilidad a la reputacion, sensibilidad protectora de todas las virtudes, y salvaguardia contra todos los vicios.

Examinando la marcha de la opinion pública sobre los insultos, me parece que hablando en general, es buena y útil; y las mudanzas sucesivas que se han hecho en el uso del duelo, lo han conformado cada dia mas con el principio de la utilidad. El público haria mal, ó por mejor decir su locura sería manifiesta, si al ver un insulto diera inmediatamente un decreto de infamia contra el insultado; pero no lo hace así, y el decreto infame solamente tiene lugar en el caso en que el hombre insultado, rebelde á las leyes del honor, firma el mismo la sentencia de su degradacion viril.

El público pues tiene en general razon (1) en este sistema de honor: la verdadera falta está en las leyes: *primera falta*, — haber dejado subsistir en los insultos una anarquia que ha precisado á recurrir á este extraño y desgraciado medio: *segunda falta*, — haberse querido oponer al uso del duelo, remedio imperfecto, pero único: *tercera falta*, — haberlo combatido solamente con medios desproporcionados é ineficaces.

(1) ¿Sabe el público la razon que tiene en su opinion? ¿Es guiado por el principio de la utilidad, ó por una imitacion maquinal, y un instinto confuso? El que se bate ¿obra con una mira ilustrada por su interes ó por el interes general? Esta es una cuestion mas curiosa que útil: he aquí una reflexion que puede servir para resolverla. Una cosa es determinarse por la presencia de ciertos motivos, y otra apereibir la influencia de estos motivos. No hay razon ni juicio sin motivo; no hay efecto sin causa; pero para averiguar la influencia que un motivo egerce sobre nosotros es necesario saber replegar su espíritu sobre sí mismo, y anatomizar el pensamiento: es preciso dividir su espíritu en dos partes, una de las cuales se ocupe en observar la otra; operacion difícil, de que por falta de egercicio hay pocas personas que sean capaces.

COMENTARIO.

Este capítulo es uno de los mas sabios y filosóficos de la grande obra que me he atrevido á comentar: exorto á mi lector á que le estudie con atencion, y hallará en él muchas verdades que no conocia, y de que no se han sacado las consecuencias naturales; y defendidas al mismo tiempo con mucha fuerza de razon algunas opiniones generales que algunos tratan ligeramente de absurdas y aun de bárbaras; pero al mismo tiempo hallará tambien ciertas ideas mas ingeniosas que sólidas: yo me propongo notarlas al paso que se me vayan presentando.

Hemos dicho que á cada especie de delito debe adaptarse una especie de satisfaccion análoga que reponga á la persona ofendida en cuanto sea posible, en el mismo estado en que se hallaba antes de que el delito se cometiese, y acabamos de tratar de la especie de satisfaccion que debe aplicarse á aquellos delitos contra la reputacion, que tienen por instrumento la mentira. Ordinariamente el principio de estos delitos es el odio del ofensor al ofendido; pero hay otros delitos que atacan tambien la reputacion, y que mas que odio muestran desprecio del ofensor contra el ofendido, todos son efectos de la enemistad; pero esta obra en los primeros tímida y encubierta, y en los segundos francamente y á rostro descubierto.

El objeto de estos delitos, es privar al ofendido de la estimacion de sus semejantes, y de los provechos que nacen de este sentimiento; y de este modo un acto que nada ó casi nada significaria por sí mismo, se hace gravísimo por la opinion pública, que degrada y envilece al ofendido. Asi el mal de un delito de esta especie no viene tanto del autor de él, como de los otros; y por consiguiente en los otros mas que en el delincuente mismo debe buscarse el remedio. Un carácter particular,

una anomalía de estos delitos es que en vez de excitar la compasion por la persona ofendida, excitan el desprecio: en vez de ponerse todos de parte del ofendido, se ponen de parte del ofensor, haciéndose instrumentos y egecutores de su voluntad, para humillar y mortificar á la persona insultada, lo haya sido con razon ó sin ella, porque esto no se examina: basta que un hombre haya sufrido pacientemente un insulto para que la parte mas escogida de la sociedad, los que se llaman hombres de honor le cubran de oprobio y humillaciones, huyendo de encontrarse y alternar con él. Asi el honor del ciudadano mas virtuoso está á la disposicion de un hombre brutal que quiera insultarle en público: él puede á su gusto llenar de dolor y de amargura la vida y la carrera de un hombre respetable: en un punto tan importante como el honor todos los ciudadanos individualmente dependen de un espadachin, de un ente despreciable, y todos colectivamente se hacen los ministros egecutores de sus inicuos decretos; él no hace mas que señalar la víctima, dice elocuentemente nuestro autor, los otros la destrozan y devoran, ¿y de dónde le viene al hombre perverso, y quién le ha dado este poder extraordinario? El mas puro de los tribunales, el tribunal de la opinion pública, subyugado por una corrupcion irresistible; ¿pero cómo esta corrupcion ha llegado á subyugar el tribunal de la sancion popular? Luego lo veremos.

Bentham nos presenta un cuadro que estremece de un hombre que insultado pacientemente una vez, queda expuesto á serlo de continuo, no solo por el primero que le insultó, sino por cualquiera otro; de manera que parece que todos se creen con derecho á maltratar y humillar siempre al que ha sido una vez maltratado y humillado, y lo ha sufrido con resignacion. Estos malos tratamientos aunque ligeros en sí mismos, se hacen por su continuacion un tormento muy doloroso, y así

*

estos delitos producen un mal verdadero independiente de la opinion pública que le agrava con una especie de encarnizamiento inhumano. Yo concibo bien que esta opinion podrá excusarse en algunos casos particulares; pero en general es absurda, es antisocial, es bárbara: ¿podrán parecer demasiado duras estas voces cuando se habla de una opinion que hace depender el honor de todos los ciudadanos de la inconsideracion ó de la brutalidad de un individuo?

Los legisladores, dice Bentham, temiendo dar demasiada importancia á bagatelas, dejaron en una especie de abandono esta parte de la seguridad, y desprecian unos actos que apenas producian un mal físico perceptible por el momento; y cuyas consecuencias lejanas se occultan á su inesperienza. El duelo ó desafio se presentó á llenar este vacío y á suplir la negligencia de las leyes, añade mi autor; pero si esto fuera cierto, el desafio se habria introducido solamente para castigar delitos que las leyes no castigaban; porque no hay legislacion conocida que no castigue ciertos delitos que atacan el honor, y todas han considerado algunas injurias contra la estimacion como unas injurias personales mas ó menos graves, segun el mal que causen á la persona ofendida; y sin embargo estas mismas ofensas castigadas por las leyes civiles son un motivo de duelo segun las leyes que se llaman del honor. La negligencia pues de los legisladores no dió lugar al desafio, ni lo sostiene, y mal pudo presentarse á llenar un vacío que nunca ha existido.

Asi es necesario buscar otro motivo á la introduccion del duelo, y yo creo hallarle en las costumbres y en las opiniones de los pueblos bárbaros que invadieron y destrozaron el imperio romano. Estas naciones que vivian de la guerra y del pillage, no conocian otra virtud que el valor, y estimaban sobre todo una calidad que les hacia resistir á las fatigas y á los peligros de

la guerra: el hombre fuerte y valiente era el héroe, y el débil y cobarde un objeto del desprecio general. El que recibía una injuria y se quejaba de ella en vez de vengarla, mostraba falta de valor para atacar por sí á su contrario, y el que buscaba la proteccion de las leyes confesaba tácitamente que no podia protegerse á sí mismo con su espada ó con su lanza: este seria tenido por un cobarde bajo, como lo seria el hombre que no atreviéndose á atacar á su contrario buscase otro mas valiente que le ayudase á atacarle.

La nota de cobarde debia ser la mas infamante en unos pueblos para los cuales era el valor, por la necesidad que de él tenian, la primera y mas importante de las virtudes; y he aqui como la opinion pública haciéndose poco á poco favorable al mas fuerte, y contraria al mas flaco, humillando al ofendido, y ensalzando al ofensor sin atender á los principios de la justicia, pudo corromperse y llegó á subyugar al tribunal de la sancion popular. Asi me parece que pudo introducirse el duelo, cuyo origen por otra parte no puede ser muy antiguo, pues que no lo conocieron los griegos ni los romanos, á lo menos para vengar injurias personales; porque si se quiere que el combate entre los Horacios y Curacios fuese un verdadero duelo, el motivo de él no fue un interes privado, sino el interes público de dos naciones rivales. Una vez no solamente autorizado, sino honrado el desafio por la opinion pública, el que no recurria á este modo noble de desagaviarse, era un cobarde, un hombre indiferente é insensible por la reputacion, un hombre que despreciaba la opinion popular, y del cual se vengaba esta opinion degradándolo y cubriéndolo de oprobio.

Ya introducido el desafio, muchas causas han contribuido á sostenerlo: en vano las leyes han señalado penas á todos los delitos contra el honor: en vano han ofrecido satisfacer al agraviado: la satisfaccion misma ha

parecido humillante : el que recurriera al magistrado á quejarse de una afrenta que habia recibido, se envileceria aun mas que si la sufriera con paciencia, sin pedir satisfaccion á su ofensor, y ésta es acaso la mayor dificultad que estorba la abolicion del duelo.

Dos son los efectos de éste, dice nuestro autor; el primero hacer cesar una gran parte del mal del delito; y este efecto le produce infaliblemente como demuestra Bentham; y el otro es, obrar en calidad de pena, y oponerse á la reproduccion de semejantes delitos; pero las observaciones del mismo Bentham nos demuestran que ninguno de los caractéres de una verdadera pena se halla en el desafio: ninguna proporcion tienen el mal del delito y el mal de la pena: ninguna cantidad fija y determinada tiene ésta, ninguna seguridad en la aplicacion, ningun juicio preliminar, ninguna disposicion legal; y por último, ¿cómo sin abusar de las voces se puede llamar pena á un mal que mas frecuentemente recae sobre el inocente que sobre el culpado? Y aunque asi no fuera, ¿qué razon habria para exponer al ofendido por castigar al ofensor? El duelo pues no puede defenderse en calidad de pena; y quanto mas se estudie esta jurisprudencia extraordinaria del desafio, y de lo que se llama puñto de honor, mas absurdos y mas monstruosidades se hallarán en ella.

Hemos dicho que la opinion pública impone una nota infamante al que sufre pacientemente una afrenta en vez de vengarla por un desafio; porque esta conducta prueba falta de valor; pero esta falta de valor ¿es realmente un vicio? La opinion que infama á la cobardía, ¿es una preocupacion perniciosa ó útil? Esta cuestion como todas las de la moral debe decidirse por el principio de la utilidad. Es muy natural que los hombres aprecien las cualidades que les son útiles, y ninguna lo es mas que la del valor, del cual depende la existencia del cuerpo político; y por la misma razon deben

despreciar la cobardía; pero estimar únicamente el valor, y despreciar á un hombre porque carece de él, aunque por otra parte esté dotado de talentos y virtudes, sería una preocupacion que no puede defenderse. Supongamos, aunque no esté probado, que el valor es una cualidad facticia, una virtud social, que puede adquirirse por la educacion, por la reflexion y por el estudio como las otras cualidades de su especie; pero el que ya no lo ha adquirido, acaso porque no se le ha dado una educacion propia para formarla, y que sin embargo hace servicios muy importantes en la magistratura, ó en otros ramos de la administracion pública, ¿no merecerá la estimacion y el reconocimiento de sus conciudadanos, como un militar valiente?

Por fortuna esta preocupacion si aun existe, existe solamente entre un corto número de personas que no tienen otro derecho á la estimacion de sus conciudadanos, que el que les da el valor, el cual se halla á veces en sugetos muy despreciables por todas sus otras cualidades. Asi es que el valor solamente se exige en los militares como una cualidad esencial, cuya falta les degrada y envilece: por esto los desafios son más frecuentes en los militares, y se miran casi como propios de ellos; y un magistrado respetable que reusa un duelo, y no quiera vengar una injuria con la espada, nada por eso perderá en la opinion pública. Aun entre los militares, el que ha dado públicas y repetidas pruebas de valor contra los enemigos de la nacion, y en ocasiones arriesgadas, y se ha adquirido justamente la reputacion de valor, puede sin inconveniente por su honor dispensarse del duelo. Su prudencia nunca se confundirá con la cobardía; porque aunque ésta en general se presume en el que reusa el duelo, la evidencia contraria destruye todas las presunciones.

De todo lo dicho resulta que el desafio es un mal, ó bien deba su origen á una opinion general contraria

á las leyes, ó bien á las leyes mismas, que para absolver á un acusado exigian á veces que probase su inocencia con un milagro: en esto todos estan de acuerdo: lo que importa es saber si este mal es necesario ó incurable, ó se puede remediar; y saber en este caso cual es el remedio apropiado: Acaso es este el problema mas difícil que puede presentarse en materia de legislación penal. Bentham trata de resolverlo en el capítulo siguiente, y nosotros uniremos á los suyos nuestros débiles esfuerzos.

CAPITULO XV.

Remedios para los delitos contra el honor.

Empecemos por los medios de satisfaccion que deben aplicarse á las ofensas contra el honor: despues explicaremos las razones en qué se fundan.

Los delitos contra el honor pueden dividirse en tres clases: — ultrages de palabras, — insultos corporales, — amenazas insultantes. La pena análoga al delito debe obrar al mismo tiempo como medio de satisfaccion á la parte ofendida.

La lista de las penas es la siguiente:

- 1.^a Amonestacion simple.
- 2.^a Lectura de la sentencia pronunciada contra el delincuente, y que leerá él mismo en alta voz.
- 3.^a Poner de rodillas al delincuente delante de la parte ofendida.
- 4.^a Discurso de humillacion que se le prescribirá.
- 5.^a Vestidos emblemáticos que se le pueden poner en casos particulares
- 6.^a Máscaras emblemáticas de cabeza de culebra para los casos de mala fe, y de urraca ó papagayo para los casos de temeridad.
- 7.^a Testigos del insulto, llamados á ser testigos de la reparacion.

8.^a Las personas, cuya estimacion interesa mucho al delincuente, llamadas á presenciarse la egecucion de la sentencia.

9.^a Publicidad del juicio por la eleccion del lugar, la afluencia de los espectadores, la impresion, la fijacion y la distribucion de copias de la sentencia.

10. Destierro mas ó menos lárigo, ya de la presencia de la parte ofendida, ya de la de sus amigos. Por insulto hecho en un lugar público, como mercado, teatro, ó iglesia, destierro de estos sitios.

11. Por insulto corporal, el talion impuesto por la parte ofendida: ó á voluntad de ella por la mano del verdugo.

12. Por insulto hecho á una muger, se peinará el delincuente como muger, y el talion se le podrá imponer por la mano de una muger.

Muchos de estos medios son nuevos, y algunos parecerán ridiculos y extravagantes; pero sin duda son necesarios medios nuevos, cuando la esperiencia ha demostrado la insuficiencia de los antiguos; y en cuanto á la ridiculez aparente, por ésta precisamente son mas adaptados á su fin, y destinados por su analogia á transportar al ofensor insolente, el desprecio de que él ha querido cubrir al inocente ofendido. Estos medios son muchos y varios, para que correspondan al número y á la variedad de los delitos de esta especie, para proporcionarlos á la gravedad de los casos, y para suministrar reparaciones convenientes á las diferentes distinciones sociales; porque no debe tratarse del mismo modo un insulto hecho á una persona subalterna, ó á un magistrado, á un eclesiástico, ó á un militar, á un jóven ó á un viejo. Toda esta representacion de teatro, discursos, posturas, emblemas, formas solemnes ó grotescas segun la diferencia de los casos: en uua palabra, estas satisfacciones públicas convertidas en espectáculos, darian á la parte ofendida placeres actuales, y placeres de reminis-

cencia que compensarian bien la mortificacion del insulto.

Obsérvese que habiéndose causado la injuria por un medio mecánico, convendrá que entre en la reparacion un medio mecánico : de otro modo no se imprimiria en la imaginacion de la misma manera, y sería incompleta. Si el ofensor se ha servido de una cierta forma injuriosa para llamar el desprecio público sobre su contrario, convendrá emplear una forma análoga de injurias para convertir contra él este desprecio. El mal está en la opinion, con que es menester poner el remedio en la opinion. Las heridas de la lanza de Telepho solamente se curaban tocándolas con la misma lanza : este es el símbolo de las operaciones de la justicia en materia del honor : el mal se ha hecho por una afrenta, y solamente se puede reparar por otra.

Sigamos el efecto de una satisfaccion de esta especie. El hombre injuriado reducido á un estado intolerable de inferioridad delante de su agresor, ya no podia con seguridad encontrarse con él en un mismo sitio, y no descubria en lo venidero mas que una perspectiva de injurias; pero luego despues de la reparacion legal, recobra lo que habia perdido, marcha firme, y con la cabeza alzada, y aun adquiere una superioridad positiva sobre su contrario: ¿cómo se ha hecho esta mudanza? Es que ya no se le mira como á un ente flaco y miserable que se puede pisar impúnemente : la fuerza de los magistrados se ha hecho la suya, y nadie se atreverá á renovar un insulto, cuyo castigo ha sido tan ruidoso. Su opresor que habia estado por un momento tan altivo, ha caido bien pronto de su carro triunfal : la pena que ha sufrido á la vista de tantos testigos, manifiesta bien que ya en adelante no es mas temible que otro cualquiera, y no le queda otra cosa de su violencia que la memoria de su castigo: ¿qué mas podia desear el ofendido? ¿haría él mas aunque tuviera la fuerza de un atleta?

Si el legislador hubiera siempre aplicado convenientemente este sistema de satisfacciones, no se hubiera visto nacer el duelo, que no ha sido, y no es todavía mas que un suplemento de la insuficiencia de las leyes. Á medida que se llene este vacío de la legislación con providencias capaces de proteger el honor, se verá disminuir el uso del duelo, y aun cesaria del todo, si las satisfacciones honorarias fueran exactamente del *quilate*, de la opinion, y fielmente administradas. En otro tiempo los duelos han servido como medios de decision en muchos casos, para los cuales, usarlos hoy, seria el colmo de la ridiculéz. Un litigante que enviára hoy un papel de desafio á su antagonista para probar un título ó establecer un derecho, sería tenido por loco; y en el siglo XII era muy valido este medio. ¿De dónde viene esta mudanza? de la que se ha hecho poco á poco en la jurisprudencia. La justicia, instruyéndose y ligándose á formas y á leyes ha ofrecido medios de pruebas preferibles á la del duelo (1). La misma causa producirá todavía los mismos efectos; y asi que la ley ofrezca un remedio seguro contra los delitos que ofenden al honor, nadie querrá recurrir á un medio equívoco y arriesgado; ¿se aña por ventura el dolor y la muerte? No por cierto: este sentimiento es igualmente ageno del corazón del cobarde y del héroe: el silencio de las leyes, el olvido de la justicia, es lo que reduce al hombre prudente á protegerse á sí mismo por este triste, pero único recurso. Para dar á la satisfaccion honoraria toda la extension y la fuerza de que es susceptible, debe la definicion de los delitos contra el honor tener bastante latitud para abrazarlos todos: seguir paso á paso la opinion pública, y ser su intérprete fiel: todo lo que ella mira como atentatorio al honor, miradlo como tal: una

(1) En 1305 Felipe el Hermoso abolió el duelo en materia civil: el mismo habia hecho el parlamento sedentario en París, é hizo mucho por el establecimiento de un órden judicial.

palabra, un gesto, una mirada, ¿bastan á los ojos del público para constituir un insulto? Esta palabra, este gesto, esta mirada, deben bastar á la justicia para constituir un delito: la intencion de injuriar, hace la injuria; todo lo que se dirige á un hombre para mostrarle ó atraerle desprecio, es un insulto y exige una reparacion.

¿Se dirá acaso que estos signos insultantes, dudosos por su naturaleza, fugitivos, y á veces imaginarios, son muy dificiles de averiguar, y que los caractéres suspicaces viendo un insulto donde no le hay, podrian hacer sufrir á unos inocentes penas indebidas?

Este peligro es ninguno; porque es muy facil señalar la linea de demarcacion entre la injuria real, y la imaginaria. Basta que se pregunte al acusado á petición del querellante: »¿ en lo que habeis hecho ó dicho habeis tenido intencion de mostrar desprecio á fulano? » Si lo niega, su respuesta verdadera ó falsa basta para lavar el honor del que ha sido ó se ha creido ofendido; porque aun cuando la injuria hubiera sido poco equívoca, el negarla, es recurrir á la mentira, confesar su culpa, descubrir su miedo y su flaqueza: es en una palabra hacer un acto de inferioridad, y humillarse á su contrario.

En el catálogo que se forme de los delitos que tienen el carácter de insulto, habrá algunas excepciones necesarias. Se debe cuidar de no envolver en este decreto de proscripcion los actos útiles de la censura pública, y el egercicio del poder de la sancion popular: se debe reservar á los amigos y á los superiores la autoridad de corregir y reprender, y se debe salvar la libertad de la historia, y la libertad de la crítica.

COMENTARIO.

Una vez admitido el principio de que el silencio y descuido de las leyes sobre los delitos que atacan al honor, dieron lugar el duelo que se presentó á llenar el vacío de la legislación , y suplir su negligencia, parece natural que el duelo cese luego que las leyes señalen penas convenientes para aquella especie de delitos : porque cesando la causa, debe cesar el efecto: el aforismo *contraria contrariis curantur*, es por lo menos tan cierto en la medicina moral como en la medicina física: ¿ qué es lo que busca en el desafío el ofendido? una satisfacción competente por la ofensa que ha recibido: pues si la ley le da esta satisfacción sin hacerle correr el menor riesgo, ¿ será tan necio que la busque exponiendo su vida?

Así razona Bentham; pero sin embargo, tal es la tiranía de la opinión pública en lo que se llama materias de honor : el agraviado que en vez de lavar con sangre su afrenta , pidiese una satisfacción al magistrado, órgano, y egecutor de la ley, quedaria mas afrentado haciendo ver su miedo y cobardía : el honor tiene mucho de caprichoso y aun de feroz: no reconoce otras leyes que las que él mismo se impone, y la primera de estas leyes es que debe conservarse y defenderse por sí mismo sin buscar un auxilio que demuestra flaqueza. Podrá ser cierto que si los legisladores hubieran desde el principio adoptado el sistema de satisfacciones que propone Bentham para los delitos contra el honor, nunca se hubiera pensado en el duelo, sin embargo de que aun de esto puede dudarse por lo que dejamos dicho en el capítulo anterior; pero una vez introducido el duelo, una vez autorizado y establecido por las costumbres, y aun por las leyes mismas; una vez establecida generalmente la opinión de que el honor debe vengarse y defenderse

á sí mismo, en vano se fatigarán los legisladores, aunque adopten el mejor sistema posible de satisfacciones honorarias; la satisfaccion que se pida á un juez, y se obtenga de la ley, afrentará mas al que la ha pedido, que la afrenta misma de que se ha quejado.

Contra los hechos y la experiencia nada valen las teorías mas ingeniosas y mas filosóficas: no hay legislación alguna entre las modernas que no ofrezca una satisfaccion al ofendido por un delito de los que atacan al honor, y sin embargo, cada día es mas general el duelo. El agraviado que recurre á un tribunal, en vez de recurrir á su espada, no consigue otra cosa que agravar y hacer pública su afrenta: el ofensor será condenado, será humillado por el tribunal; la opinion pública le ensalzará, le honrará y recibirá bajo su proteccion: todos los que se llaman hombres de honor buscarán su compañía y amistad, y todos huirán del que ha pedido y obtenido una satisfaccion judicial, y crecerán degradarse y envilecerse tratando con él.

La naturaleza de la satisfaccion legal ninguna influencia tendrá sobre la opinion; y aun me atrevo á decir que cuanto mas fuerte sea la satisfaccion, tanto mas deshonorará al que la pide, y honrará al que la da. La opinion pública se obstina contra la ley que la desprecia y triunfa de ella. Supongamos que la pena por un gesto, ó por una palabra de desprecio fuese exponer al delincuente al desprecio público en la plaza del pueblo: esta pena no podria llamarse insuficiente, y ciertamente sería análoga al delito, causando al delincuente un mal de la misma naturaleza que el que él habia querido causar al ofendido; sin embargo, es evidentísimo, y así se ha visto muchas veces que el ofensor á quien la ley se habia propuesto afrentar sería mas estimado en adelante; y el ofendido, á quien el magistrado queria honrar, quedaria mas deshonorado: ¿y qué mas se podia esperar de las vestiduras y de las máscaras emblemáticas que pro-

pone Bentham? Estas farsas no afrentarian al ofensor, y llamarian mas fuertemente la indignacion del público sobre el ofendido.

Por otra parte, el honor es tan delicado, tan cosquilloso, tan extravagante á veces, y tan caprichoso, que de cualquiera cosa se resiente y ofende, y siempre habrá muchas ofensas que dependen del capricho, del carácter de los individuos, y de ciertas circunstancias que la ley nunca podrá apreciar. Es verdad que Bentham dice que para dar á la satisfaccion honoraria toda la extension, y toda la fuerza de que es susceptible, la definicion de los delitos contra el honor debe tener bastante latitud para abrazarlos todos; pero por desgracia no es tan fácil poner en práctica este consejo como darlo: lo que ofende gravemente á un hombre, otro no lo siente: una palabra de vilipendio en una época, nada significa en otra: y asi no hay una medida segura para la pena de los delitos que atacan al honor; para aquellos sobre todo que mas frecuentemente provocan los desafios. En España se ven frecuentemente algunos, porque de dos individuos que se encuentran en una calle, ninguno quiere ceder al otro el lado mas inmediato á la pared: ¿quién de los dos es el ofendido, y quién es el ofensor? ¿qué nombre darán las leyes á este delito? ¿Con qué pena le castigarán? Sin embargo, ya empeñada la disputa, hay una especie de deshonor en ceder: ambos se creen ofendidos, y el altercado pára en un desafio. Si el desafiado le reusa queda infamado, y si se queja al juez, hace mayor su infamia. ¿Cómo las leyes, cualquiera que sea el modo de satisfaccion que adopten, podrán evitar este compromiso?

Yo no censuraré los medios que propone Bentham por nuevos, extraordinarios, raros ó ridículos, y los mas de ellos me parecen adaptables á ciertos delitos contra el honor; pero no puedo aprobar la pena del Talion en todo insulto corporal, y menos aun que esta pe-

na sea aplicada por el verdugo ó por el ofendido mismo á su arbitrio. Esta pena infamante me parece dispendiosa (voz que luego se entenderá) y además, ¿habria un ciudadano honrado que se prestase á usurpar al verdugo sus funciones? Esto solo probaria que ninguna ofensa se le habia hecho en el honor, pues que no le tenia, y que por consiguiente ninguna satisfaccion le era debida.

En ciertos insultos hechos á una muger, seria un atentado horrible contra las costumbres; y hacerla verdugo, seria degradar al sexo amable privándole de sus mas bellas cualidades, la dulzura y la humanidad. Por lo demas me parece muy bien que el hombre que abusando de su fuerza contra un ente flaco maltrate de hecho á una muger, sea castigado presentándole al público con trage de muger con una rueca, ú otro instrumento mugeril: esta pena seria infamante; pero el que maltrata á una muger, ya era infame antes de la egecucion de su sentencia, que no hace mas que hacerle reconocer por lo que es.

Los medios de satisfaccion en los delitos contra el honor, pueden considerarse y son en realidad los remedios preventivos del duelo: pues el ofendido que sabe que en los tribunales hallará una satisfaccion proporcionada á la ofensa que ha recibido, no tiene al parecer excusa alguna para tomársela por sí mismo. Digo que no le queda excusa alguna al parecer, y con efecto ninguna le queda racional; pero aun le queda una muy poderosa en la opinion ó preocupacion pública que infama al agraviado que busca su desagravio en la ley y en el magistrado, y no en su valor. Un hombre brutalmente valiente, un pendencista que trata de hacerse temer y respetar por la única cualidad en que sobresale, desafía á un hombre de juicio que ama la paz y respeta las leyes; pero que ama tambien su honor, y respeta la opinion pública, ¿cuál deberá ser su conducta en este apu-

ro? Si recurre á la autoridad quejándose del agresor, satisface á la ley; pero declara su desprecio por la opinion pública que le cubre de infamia y le condena á pasar la vida llena de amargura, y despreciado de todos los que se llaman hombres de honor; y si admite el desafio respetando la opinion pública, falta á la ley, y se expone á las penas de ella, y tal vez á la muerte por la mano de su contrario; porque éste tendrá regularmente las ventajas que dan la fuerza, la destreza y el egercicio ó hábito de batirse. Es verdaderamente horrible la situacion de un hombre de bien puesto entre el deshonor y la ley que regularmente será hollada, como lo es en general toda ley contraria á la opinion pública. En materias de honor una ley conforme á la opinion pública es inútil, y si es contraria, es ridícula.

El único remedio eficaz contra el desafio, seria pues corregir la opinion, y esto es obra mas de la educacion que de la legislacion, aunque el legislador puede contribuir mucho á ella, obrando en el mismo sentido que la educacion. Los libros en que los niños aprenden á leer, los que en una edad mas abanzada sirven de recreo y diversion á los jóvenes de ambos sexos, están llenos de las proezas y alabanzas de héroes espadachines; de caballeros que se ennoblecian y se hacian amar de las damas buscando las aventuras, los riesgos y los desafios. En España al que se presenta á recibir la cruz de las cuatro órdenes militares, se le pregunta si ha sido alguna vez desafiado y no ha admitido el desafio, y esta pregunta se hace á presencia del público á quien se ha dado una ley general, prohibiendo el desafio, ¿pues cómo se quiere que la opinion pública no honre á los duelistas? Para destruir esta opinion deberia precisamente hacerse todo lo contrario de lo que se hace.

Los maestros, y los ministros de la religion podrian trabajar con mucho fruto en la reforma de esta preocupacion bárbara y perniciosa, y por qué no po-

dria enseñarse de propósito en las escuelas militares, que la cualidad que mas honra al ciudadano de cualquier clase que sea es el respeto á las leyes, y que nada deshonra tanto como el violarlas: que el valor es una virtud muy apreciable principalmente en un militar; pero que el abuso de él es un vicio y puede ser un delito muy pernicioso; y que el verdadero valor debe mostrarse contra los enemigos de la pátria, y no contra los ciudadanos pacíficos? ¿por qué no se prohibiria tambien la enseñanza de la esgrima, inútil en la guerra segun que hoy se practica, y que hace ordinariamente á los que sobresalen en ella, provocativos, pendencistas, insultantes y rencillosos? Los buenos soldados no se forman por los maestros de florete; pero yo quiero que esta habilidad pueda ser útil en algun caso rarísimo para defenderse de un agresor, y este pequeño, pequeñísimo bien, ¿es bastante para compensar todos los males que produce? Yo sé que si los hombres no se batian con la espada, se batirian con la pistola; pero tambien sé que los desafíos serian menos; porque casi todos los duelistas de oficio, no lo serian sin la confianza que les inspira su superioridad verdadera ó presumida, y que tienen ó creen tener por su destreza en la esgrima. Cuando un mal no se puede evitar del todo siempre es un bien minorarlo y reducirlo.

Lo que dejamos dicho puede ser muy útil para prevenir los desafíos; pero si los remedios preventivos no alcanzan, es claro que deberá hacerse uso de los supresivos y de los penales. La policia será muy vigilante sobre los duelos, y el magistrado estorbará que se lleven á efecto siempre que tenga noticia de ellos, y den lugar á su intervencion. Deben observarse mucho las reuniones en cafes, espectáculos, paseos, y otros lugares públicos, y los militares merecen en esta parte la primera atencion; porque entre ellos son mas frecuentes los desafíos sin grandes motivos; pero el duelo que no pueda evi-

tarse ó suprimirse, ¿deberá ser castigado como un delito así en el provocador como en el provocado? ¿Y por qué no? La ley como hemos dicho, debe erigir en delito siguiendo el principio de la utilidad, un acto del cual resulta mas mal que bien, ¿y quién puede negar que el desafio es un acto de esta naturaleza? Un observador imparcial y libre de preocupaciones no negará una verdad tan demostrada por los hechos como por el razonamiento.

La ley pues prohibirá directamente el desafio en todos los casos, y castigará con penas proporcionadas al desafiador y al desafiado, aunque no deberá castigar al que se defiende siendo atacado, ni con la misma pena al provocado que al provocador. Las penas serán proporcionadas al mal que haya resultado: el duelo que no se haya llevado á efecto será castigado como una simple amenaza, y por la primera vez bastará una amonestacion, ó un apercibimiento en presencia de algunos testigos; y el desafio consumado, si de él resulta algun mal grave, se castigará como una injuria personal, y aun como un homicidio voluntario y premeditado si de él resulta la muerte de alguno de los duelistas; de manera que en estos casos no será verdaderamente el duelo el que será castigado sino el hecho que de él resulta, y que no se escusa con el duelo. En pocas palabras, el mal resultante del desafio debe tratarse de la misma manera que el que resulta de cualquiera otro acto prohibido por la ley, y conocerán de los desafios los mismos jueces ordinarios que conocen de los demas delitos sin distincion de personas.

El famoso edicto de Luis XIV del mes de Agosto de 1679 contra los duelos tal vez no produjo todo el efecto que podia esperarse de él, aunque no dejó de producir mucho, porque estableció que de las causas de duelos conociesen los mariscales de Francia y sus tenientes; y donde no los hubiese los jueces creados ex-

*

presamente para esto con el nombre de jueces del punto de honor ¿no era esto honrar y ennoblecer el desafío al mismo tiempo que se trataba de desterrarlo? Mandar que en las causas de duelo conozcan unos jueces particulares, llamados del punto de honor, ¿no es confesar que en el duelo hay un cierto honor, y que ya que sea un delito, es un delito honrado, como si hubiera algun delito que pudiera serlo? Es claro pues que aquel edicto, en vez de corregir la opinion que honra á los duelistas, la confirmaba y consagraba. Sin embargo aun hay autores que piensan que convendria crear un tribunal especial para conocer en las causas de desafíos; pero yo no puedo ser de esta opinion, y si se quiere abolir el duelo, es necesario confundirlo del todo con los delitos ordinarios; pero lo que sobre todo es necesario, es que el juez sea inflexible como la ley, y que las penas se impongan irremisiblemente sin consideracion alguna á personas ni á clases.

Ya veremos en otra parte que Bentham piensa que las leyes deben ser indulgentes con el desafío: yo pienso al contrario, que si quieren desterrarlo deben armarse contra él de una justa severidad ¿y por qué no lo harian así? El puede producir un mal gravisimo de primer orden, pues este mal puede llegar hasta la muerte de un inocente; y un mal tambien de segundo orden no menos grande: pues donde el desafío esté tolerado, nunca el hombre de juicio amigo de la paz, padre acaso de una numerosa familia, podrá estar seguro de que un espadachin no vendrá á ponerlo entre el deshonor si se niega á *batirse*, y *el riesgo de ser herido*, y aun de *perder la vida* si admite el desafío.

La legislacion de los franceses ha seguido en este punto la doctrina de Bentham, y es tan indulgente con el duelo, que el código penal ni aun siquiera hace mencion de él. De este silencio han inferido los jurisconsultos practicos que una muerte cometida en desafío

es una muerte excusable, y con arreglo á esta opinion se juzga.

Los tribunales militares ni aun se detienen á averiguar el motivo del duelo, y solo tratan de examinar si en él se han observado las reglas de lo que llaman honor, y si estas leyes fueron observadas, el matador nada tiene que temer. El *jury* compuesto de ciudadanos que han sido casi todos soldados, siguen en el juicio comun la práctica que han visto guardar en el juicio militar; y asi, no solamente los duelos han llegado á ser muy comunes, sino que los duelitas no se ocultan ni tienen porque ocultarse: pues la ley no les prohíbe batirse, ni corren algun riesgo con tal que se batan en regla, es decir, segun las leyes que el capricho ó lo que se llama honor, ha querido introducir y conservar, reglas que han variado segun los tiempos y las costumbres y que son necesariamente variables pues no estan fundadas en algun principio fijo y constante.

Algunos sabios juristas franceses han observado este vacío en su legislacion, y han manifestado deseos de que se llene; pero otros piensan que es necesaria una legislacion y un tribunal particular para el duelo: yo pienso que esto sería hacerle demasiado honor, y que bastaria clasificarlo con los demas delitos, y declarar que no sería un motivo de excusa ó de atenuacion en los males que produjese.

Otros creen que una prohibicion rigurosa del duelo amortiguaria el valor y el espíritu militar ¿pero por qué? los soldados griegos y romanos tenian valor y espíritu militar, y no conocian el duelo; y otros en fin creen que todas las leyes que se dieran contra el desafio, serian ineficaces, y que apesar de ellas siempre habría desafios. Yo tambien lo creo asi, porque veo que siempre hay robos y asesinatos aunque las leyes prohiben y castigan el robo y el asesinato; pero si las leyes no los prohibieran y castigaran ¿no habria mas robos y asesina-

tos? Pues lo mismo sucedería en el desafío; y así es que mientras el edicto que hemos citado de Luis XIV estuvo en observancia había en Francia muchos menos desafíos que después que se olvidó aquella ley muy defectuosa por otra parte. Los desafíos judiciales, los duelos públicos y solemnes tan comunes en los tiempos de la barbarie de los pueblos de Europa, han sido abolidos con mucha facilidad ¿por qué pues se ha de desesperar de abolir los que han quedado con buenas leyes, y una buena educación? Estas dos cosas es necesario que concurren para obrar una reforma tan útil: la educación corregirá la opinión con el auxilio del legislador; y la legislación sirviéndose de los medios que tiene en su mano, completaría la obra de la educación.

Todos los remedios deben emplearse contra una enfermedad tan envejecida, tan arraigada, y tan perniciosa: los remedios preventivos, los supresivos, los satisfactorios, y los penales: los primeros prevendrán algunos desafíos: los segundos evitarán que otros se consumen: por los terceros se dará á la parte ofendida ó perjudicada una satisfacción tan completa como pueda ser, la cual obrará también en calidad de pena; y por los remedios puramente penales se quitará al delincuente la voluntad, ó el poder de reincidir en el delito, y á otros la tentación y el deseo de imitarle.

Aunque al principio esta reforma presentase algunos inconvenientes, éstos no tardarían en desaparecer si las leyes se ejecutaban con energía y sin disimulo: la policía debería ser muy vigilante sin hacerse incómoda y molesta, y podría darse una recompensa después del servicio al que denunciase al magistrado un desafío. Sobretodo es necesario que las leyes señalen penas y satisfacciones, análogas y proporcionadas contra todos los delitos que atacan al honor; porque sin esto el agraviado á quien la ley no ofrecía una satisfacción, estaría obligado á buscarla en su fuerza individual. Establecida

y asegurada esta satisfaccion, ya el desafio seria tratado por sí solo como un delito, aun cuando no tuviera consecuencias: pues siempre seria una desobediencia á la ley; y en este caso la prohibicion del desafio, seria un remedio preventivo de los males que ordinariamente nacen de él.

CAPITULO XVI.

De la satisfaccion vindicativa.

Esta materia no pide muchas reglas particulares. Toda especie de satisfaccion, produciendo una pena para el delincuente, produce naturalmente un placer de venganza para la parte ofendida.

Este placer es un provecho: recuerda la parábola de Sanson: es lo dulce que sale de lo terrible, es la miel cogida en el tragadero del leon. Producto sin gasto, resultado neto de una operacion necesaria por otros títulos, es un goce que debe cultivarse como otro cualquiera; porque el placer de la venganza considerado por sí solo, es como todos los placeres un bien en sí mismo, y un bien inocente mientras se contiene dentro de los límites de la ley; y solo se hace criminal en el momento que los traspasa. No; no es la venganza la que debe mirarse, como la pasion mas maligna y mas peligrosa del corazon humano: es la antipatía, es la intolerancia, son los odios del orgullo, de las perocupaciones, de la religion y de la política: en una palabra, la enemistad peligrosa, no es la enemistad fundada, sino la enemistad sin causa legitima.

Este móvil, útil al individuo, lo es tambien al público, ó por mejor decir es un móvil necesario. Esta satisfaccion vindicativa es la que desata la lengua de los testigos, la que anima al acusador y le empeña en el servicio de la justicia á pesar de los disgustos, los gastos y las enemistades á que se espone; ella es la que sobre

puja la compasion pública en el castigo de los delin-
cuentes. Quitad este resorte, y se paran las ruedas de las
leyes; ó á lo menos los tribunales, solamente acosta de
dinero lograrán que se les sirva; medio que no solo es
gravoso á la sociedad, sino que está tambien espuesto á
inconvenientes muy fuertes.

Bien sé que los moralistas vulgares siempre engaña-
dos por las palabras, no pueden convenir en esta ver-
dad. El espíritu de venganza es odioso, toda satisfaccion
bebida en esta fuente impura, es viciosa: el perdon de
las injurias es la mas bella de las virtudes... Sin duda
aquellos caractéres implacables que con ninguna satisfac-
cion se contentan son odiosos, y deben serlo: el olvido
de las injurias es una virtud necesaria á la humanidad;
pero es una virtud cuando la justicia ha hecho su deber,
cuando ha dado ó negado una satisfaccion. Antes de es-
to, olvidar las injurias es convidar á cometerlas; no es
ser amigo sino enemigo de la sociedad; ¿qué mas podria
desear la maldad que una ley por la cual el perdon si-
guiera siempre á las ofensas?

¿Pero que se debe hacer para dar esta satisfaccion
vindicativa? Se debe hacer todo lo que la justicia exige
para conseguir los fines de las otras satisfacciones, y pa-
ra la pena del delito: no se necesita nada mas. El mas
pequeño escedente consagrado únicamente á este obje-
to, sería un mal sin provecho. Imponed la pena que
conviene, y la parte ofendida sacará de ella el grado de
goce que su situacion permita y de qué sea susceptible
su naturaleza.

Sin embargo, sin añadir nada á la gravedad de la
pena con este objeto particular, se la pueden dar cier-
tas modificaciones, segun los sentimientos que deben
suponerse á la parte ofendida, ya segun su posicion, ya
segun la especie del delito. En el capítulo anterior se
han visto algunos egemplos de esto; y aun se verán
otros cuando se trate de la eleccion de las penas.

COMENTARIO.

La satisfaccion vindicativa, no es como las otras, una satisfaccion particular que la ley adapta á ciertos delitos: está envuelta en toda especie de satisfaccion: pues no puede imponerse una pena al ofensor sin que de ello resulte un placer de venganza al ofendido. Asi es que Bentham nos enseña que la ley nada debe hacer con el designio especial de procurar al ofendido este placer, sino que él debe ser el resultado de las otras satisfacciones; y de aqui infiero yo que nunca la ley debe proponerse hacer gozar del placer de la venganza á la persona ofendida por el delito, ni aun puede la ley dar aunque quiera este placer si repugna al carácter del individuo.

Siendo así, ¿por qué consagrar un capítulo entero á tratar de la satisfaccion vindicativa, que no da la ley, sino que el individuo se toma si tiene un corazon vengativo? Bentham quiso hacer una especie de apología del espíritu de venganza, y le pareció oportuna esta ocasion; pero por mas que diga, un carácter vengativo siempre será odioso y temible. Esto no estorba que la justicia saque algun partido del deseo de la venganza; pero mas partido sacará del amor al orden y al bien general, y este amor basta para desatar la lengua de los testigos, para animar y sostener al acusador en la persecucion del delincuente, y para que todo buen ciudadano se alegre de que un malvado sufra la pena que ha merecido. El testigo que declara por un espíritu de venganza, tan dispuesto estará á deponer contra el inocente, como contra el culpado, si desea vengarse de un inocente, y nó hay que temer esto del testigo que depone por puro amor á la justicia. Es muy natural que el hombre ofendido desee una satisfaccion; pero no es necesario que este deseo esté siempre acompañado de un

espíritu de venganza. No es incompatible desear y aun solicitar que el delincuente sea castigado, y compadecerse de él: se puede perdonar una injuria personal, y desear que la justicia castigue el delito, para evitar los efectos funestos de la impunidad.

Que la venganza no sea una pasión tan maligna y peligrosa como la antipatía, la intolerancia, los odios de orgullo, de preocupaciones de religion y de política, no prueba que no sea una pasión maligna, porque en la malignidad hay mas y menos. Nada importa que el móvil de la venganza pueda ser alguna vez útil al público: el legislador puede aprovecharse de todo para hacer el bien general, y el autor de la fábula de las abejas, pretende que la riqueza, la prosperidad, y la felicidad de que gozan las sociedades civilizadas, las deben á los vicios de los individuos, y hasta cierto punto, si no la demuestra, hace muy plausible esta proposición que á primera vista parece tan chocante.

Un hombre conocido por vengativo, será temido, y en esto podrá ganar algo; pero será tambien aborrecido, y en esto perderá mucho mas.

Aunque el legislador, dice mi autor, no debe agravar la pena con el objeto particular de dar una satisfacción vindicativa, puede darla ciertas modificaciones; pero si estas modificaciones no agravan y hacen mas dolorosa la pena, no sé cómo puedan contribuir á procurar al ofendido el placer de la venganza: pues este placer resulta de ver padecer al ofensor, y es por consiguiente tanto mas vivo, cuanto mas sufre el delincuente. En otra parte nos dice Bentham, que no debe hacerse sufrir á un culpado, ni un átomo de pena mas que la que sea absolutamente necesaria, y cualquiera pena que se impusiera al ofensor por contentar la pasión de la venganza del ofendido, sería un aumento no necesario de pena segun los principios mismos de Bentham.

Este capítulo me parece en general poco digno del

autor de esta obra : parece haberlo escrito con solo el designio de lucir su ingenio defendiendo una paradoja, y haciendo la apología de una pasion que todos los hombres tienen por odiosa. Decir que un hombre es de carácter vengativo, nunca ha sido hacer su elogio: decir que olvida y perdona sus ofensas, es decir, que es un hombre honrado, amable, y virtuoso.

CAPITULO XVII.

De la satisfaccion substitutiva ó á cargo de un tercero.

En el caso mas comun, el autor del mal es el que debe llevar la carga de la satisfaccion; ¿por qué? porque impuesta de este modo, propende en calidad de pena á prevenir el mal, y á disminuir la frecuencia del delito; y si se impusiera á otro individuo no produciria este efecto.

Si esta razon no se halla en el primer responsable, y en su defecto se aplica á otro, entonces la ley de la responsabilidad debe modificarse con arreglo á esto; en otros términos, un tercero debe ser llamado á pagar por el autor del daño, cuando este no pueda dar la satisfaccion, y la obligacion impuesta á este tercero, propende á prevenir el delito.

Esto puede suceder en los casos siguientes.

- 1.º Responsabilidad del amo por su criado.
- 2.º Del tutor por su pupilo.
- 3.º Del padre por sus hijos.
- 4.º De la madre por sus hijos en calidad de tutora.
- 5.º Del marido por su muger.
- 6.º De una persona inocente que saca provecho del delito.

L^o Responsabilidad del amo por el criado.

Esta responsabilidad se funda en dos razones, la una de seguridad, y la otra de igualdad. La obligacion impuesta al amo obra en calidad de pena, y minora la contingencia de desgracias semejantes. Con esto el amo está interesado en conocer el carácter, y cuidar de la conducta de las personas de que responde: la ley hace de él un inspector de policía, un magistrado doméstico, constituyéndole responsable de su imprudencia.

Por otra parte la condicion de amo, supone casi necesariamente una cierta riqueza; y la calidad general de parte ofendida, objeto de una desgracia, nada de esto supone. Cuando hay un mal inevitable entre dos individuos, vale mas echar la carga al que tiene mas fuerzas para soportarla.

Esta responsabilidad puede tener algunos inconvenientes; pero aun sería mucho peor que no existiera; porque si un amo quisiera hacer una tala en la tierra de su vecino, exponerle á algun accidente, tomar venganza de él, y hacerle vivir en una inquietud continua, no tendria mas que hacer que escoger criados viciosos, á quienes podria sugerir que sirviesen á sus pasiones y sus odios, sin mandarles nada expresamente, sin ser su cómplice, ó sin que pudiesen hallarse pruebas de su complicidad; siempre pronto á excitarlos ó á desmentirlos, haria de ellos los instrumentos de sus designios sin exponerse á riesgo alguno (1). Mostrándoles una confianza un poco mas que comun; prevaliéndose de su afecto, de su adhesion ilimitada, de su vanidad servil, nada ha-

(1) Hay muchos modos de hacer el mal por medio de otro sin dejar algun rastro de complicidad. He oido decir á un jurisconsulto frances que cuando los parlamentos deseaban salvar á un delincuente elegian de intento por relator á un hombre poco hábil, esperando que su ineptia produciria medios de nulidad. Esto era verdaderamente mostrar talento en la prevaricacion.

bria que no pudiese lograr de ellos por instigaciones generales, sin exponerse al peligro de mandar cosa alguna en particular, y él gozaria de la impunidad del mal que hiciera por las manos de ellos. »¡Qué desgraciado soy, exclamó un dia Enrique II, atormentado por los altiveces de un prelado insolente! ¡Entre tantos servidores que me ponderan su celo, no hay uno que piense en vengarme!» El efecto de este apóstrofe imprudente ó criminal, fue la muerte del arzobispo.

Pero lo que minora esencialmente el peligro de la responsabilidad en el amo, es la del criado. El verdadero autor del mal, segun las circunstancias debe ser el primero á sufrir todas las consecuencias desagradables de él: debe ser cargado con el peso de la satisfaccion segun el grado de sus fuerzas, de manera que un criado negligente ó vicioso, no pueda decir friamente hablando del daño, »eso es cosa de mi amo y no mia.»

Por otra parte, la responsabilidad del amo no es siempre la misma, sino que debe variar segun muchas circunstancias, que es necesario examinar con atencion.

La primera cosa que hay que mirar, es el grado de conexion que media entre el amo y el criado, ¿se trata de un jornalero ó de un hombre asalariado por año? ¿De uno que trabaja fuera, ó de uno que permanece en la casa? ¿De un aprendiz ó de un esclavo? Es claro que cuanto mas fuerte es la conexion, tanto mas debe aumentarse la responsabilidad. Un mayordomo ó administrador no depende tanto de su principal como un lacayo de su amo.

La segunda cosa que hay que considerar es la naturaleza del trabajo en que se emplea al criado. Las presunciones contra el amo son menos fuertes, si se trata de un trabajo en que su interes está mas espuesto á padecer por la falta de sus agentes; y lo serán *mas* en el caso contrario: en el primer caso ya el amo tiene un moti-

vo suficiente para egercer su vigilancia; en el segundo puede no tenerlo, y toca á la ley el dárselo.

3.º El amo se hallará con mas razon en el caso de la responsabilidad, si la desgracia ha sucedido con ocasion de su servicio, ó durante este servicio mismo, porque es de presumir que ha podido dirigirle, que ha debido preveer los acaecimientos, y que podia velar sobre sus criados mas fácilmente en aquella época, que en las horas que tienen libres.

Hay un caso que al parecer reduce á muy poca cosa la razon mas fuerte de la responsabilidad, si no la aniquila del todo: cuando la desgracia es causada por un delito grave, acompañado por consiguiente de una pena proporcional; si un criado mio por egemplo, que ha tenido una riña personal con un vecino, pone fuego á sus graneros, ¿deberé yo responder de un daño que nunca hubiera podido impedir? ¿si él furioso no ha temido ser ahorcado, hubiera temido ser despedido de mi casa?

Tales son las presunciones que sirven de base á la responsabilidad: presuncion de negligencia de parte del amo, presuncion de riqueza superior á la de la parte ofendida &c.; pero no se debe olvidar que nada valen las presunciones cuando los hechos las desmienten. Por egemplo, ha sucedido un accidente por el vuelco de un carro: nada se sabe acerca de la parte ofendida; y se presume que se hallará en el caso de recibir una indemnizacion del propietario que en el primer instante se presenta á la imaginacion como mas en estado de soportar la pérdida; ¿pero á qué se reduce esta presuncion luego que se sabe que este propietario es un pobre colono, y la parte ofendida un señor opulento; y que el primero quedaria arruinado si tuviera que pagar la indemnizacion, que es para el otro de muy pequeña consecuencia? Asi, las presunciones deben guiar; pero no deben sujetar: el legislador debe consultarlas para esta-

blecer reglas generales ; pero debe dejar al juez la facultad de modificarlas en la aplicacion, segun los casos individuales.

La regla general establecerá la responsabilidad sobre la persona del amo ; pero el juez , segun la naturaleza de las circunstancias , podrá mudar esta disposicion , y hacer que la pérdida recaiga sobre el verdadero autor del mal. Dejando al juez una latitud muy grande para esta aplicacion, el mayor abuso que podria resultar sería ocasionar alguna vez el inconveniente que la regla general produciria necesariamente de cualquiera lado que se fijase. Que el juez favorezca al autor del mal en una ocasion , y al amo en otra , el que queda maltratado no lo es mas por la eleccion libre del juez, que si lo hubiera sido por la eleccion inflexible de la ley.

En nuestros sistemas de jurisprudencia no se han seguido estos temperamentos , y se ha echado la carga entera de la pérdida tan pronto al criado que ha causado el daño , y tan pronto al amo , de lo que resulta que en ciertos casos se perjudica á la seguridad , y en otros á la igualdad que deben preferirse una á otra , segun la naturaleza de los casos.

II.º *Responsabilidad del tutor por su pupilo.*

El pupilo no se cuenta en el número de los bienes del tutor , sino al contrario , en el número de sus cargas. Si el pupilo tiene bastantes bienes para costear la satisfaccion , no es necesario que otro pague por él ; y si no los tiene , la tutela es por sí una carga demasiado pesada para agravarla ademas con una responsabilidad facticia. Lo mas que puede hacerse por la seguridad , es aplicar á la negligencia del tutor , justificada ó aun presumida , una multa mas ó menos grande , segun la naturaleza de las pruebas , pero que nunca pueda exceder de los gastos de la satisfaccion.

III.º *Responsabilidad del padre por sus hijos.*

Si el amo debe ser responsable por las faltas de sus criados, con mas razon deberá serlo el padre por las de sus hijos; porque si el amo ha podido y debido velar sobre los que dependen de él, esta obligacion es mas fuerte en un padre, y mas fácil de cumplir: pues no solo egerce sobre ellos la autoridad de un magistrado doméstico, sino que tiene ademas todo el ascendiente que da el afecto: no es solamente custodio de la existencia fisica de sus hijos, sino que puede tambien dominar todos los sentimientos de su alma. El amo ha podido dejar de recibir ó de conservar un criado que anuncia disposiciones peligrosas; pero el padre que ha podido formar á su gusto el carácter y los hábitos de sus hijos, se presume ser el autor de todas las disposiciones que manifiestan: si son depravadas, esto es casi siempre un efecto de la negligencia, ó de los vicios del padre, y éste debe sufrir las consecuencias de un mal que habria podido prevenir teniendo mas cuidado.

Si se necesita despues de una reflexion tan fuerte añadir una razon mas, se puede decir que los hijos salvo los derechos que les da su cualidad de entes sensibles, hacen parte de la propiedad de un hombre, y deben ser mirados como tales. El que goza de la utilidad de la posesion debe soportar los inconvenientes de ella. El bien hace mas que compensar el mal; y sería muy extraño que la pérdida ó el daño que causan los hijos los soportase un individuo que no los conoce, sino por su malignidad ó su imprudencia, mas bien que aquel que tiene en ellos la fuente mas fecunda de su felicidad, y se indemniza con mil esperanzas de los cuidados actuales de su educacion (1).

(1) Máxima del derecho romano: *qui sentit commodum, sentire debet et onus.*

Pero esta responsabilidad tiene un término natural : la mayor edad de un hijo , ó el casamiento de una hija , poniendo fin á la autoridad del padre hacen cesar el recurso que la ley daba contra él ; porque no debe sufrir la pena de una accion que ya no podia impedir.

Perpetuar por toda su vida la responsabilidad del padre, como autor de las disposiciones viciosas de sus hijos , sería una injusticia y una crueldad ; porque primeramente no es verdad que puedan atribuirse todos los vicios de un adulto á los defectos de su educacion : pues otras diferentes causas de corrupcion pueden despues de la época de la independenciam triunfar de la educacion mas virtuosa, y á mas de esto, bastante infeliz es el estado de un padre cuando las malas disposiciones de su hijo , llegado ya á la edad de hombre , se han manifestado por algunos delitos. Despues de lo que ya ha padecido en lo interior de su familia, el dolor que le atormenta por la inconducta ú el deshonor de su hijo, es una especie de pena que la naturaleza le impone, y que la ley no tiene necesidad de agravar: esto sería envenenar sus llagas sin esperanza, ni de reparar lo pasado, ni de asegurarse contra lo venidero. Los que quieren defender esta jurisprudencia bárbara con el egemplo de la China, no tienen presente que no cesando en aquel pais la autoridad del padre, sino con la vida, es justo que su responsabilidad dure tanto como su poder.

IV.º *Responsabilidad de la madre por el hijo.*

La obligacion de la madre en un caso semejante, se arregla naturalmente por sus derechos de que dependen sus medios. Si el padre vive todavia, la responsabilidad de la madre, del mismo modo que su potestad, está como absorbida en la de su marido ; pero si éste es muerto, como ella toma en su mano las riendas del gobierno do-

mético, se hace desde entonces responsable por las personas sometidas á su imperio.

V.º *Responsabilidad del marido por su muger.*

Este caso es tan sencillo como el anterior. La obligacion del marido depende de sus derechos; y si la administracion de los bienes pertenece á él solo, sin su responsabilidad, la parte perjudicada no tendria recurso.

Por lo demas, aqui suponemos generalmente establecido el orden, aquel orden tan necesario para la paz de las familias, para la educacion de los hijos, para la conservacion de las costumbres, —aquel orden tan antiguo y tan universal que pone á la muger bajo el poder del marido. Como éste es gefe y custodio de ella, responde por ella delante de la ley, y aun está cargado con una responsabilidad mas delicada en el tribunal de la opinion; pero esta observacion no es de nuestro asunto.

VI.º *Responsabilidad de una persona inocente que se ha aprovechado del delito.*

Sucede muchas veces que una persona, sin haber tenido parte alguna en el delito, saca de él un provecho cierto y sensible: ¿no sería conveniente que esta persona fuese obligada á indemnizar á la parte ofendida, sino parece el delincuente, ó no puede pagar la indemnizacion? (1)

Este proceder sería conforme á los principios que dejamos sentados: lo primero el cuidado de la *seguridad*, porque podria haber complicidad sin prueba alguna de ella: y despues el cuidado de la *igualdad*; porque vale mas que una persona sea sencillamente pri-

(1) Máxima general: *neminem oportet alterius incomodo locupletiore fieri.*

vada de una ganancia , que dejar á otra en un estado de pérdida.

Algunos egemplos bastarán para aclarar esta materia.

Agugereando un dique , se ha privado del beneficio del riego á una tierra que estaba en posesion de él , y se ha dado á otra: el que viene á gozar de este beneficio inesperado , deberia dar á lo menos una parte de su ganancia al que sufre la pérdida.

Un usufructuario , cuya hacienda pasa á un extraño por substitution , ha sido muerto , y deja á su familia en la necesidad: el substituto que percibe un goce prematuro deberia ser deudor de alguna satisfaccion á los hijos del difunto.

Un beneficio viene á vacar porque el poseedor ha sido muerto , no importa cómo : si deja muger é hijos pobres , el sucesor les deberia pagar una indemnizacion proporcionada á su necesidad , y á la anticipacion de su goce.

COMENTARIO.

Por regla general toda satisfaccion debe ser á cargo del delincuente , porque siendo personal el delito , deben igualmente ser personales las consecuencias de él; pero hay casos en que no pudiendo el delincuente inmediato dar la satisfaccion , otra persona responde por él : esto se entiende de la satisfaccion ó indemnizacion pecuniaria , y nunca de la penal; porque claro está que hacer perecer á un padre en el cadahalso , porque su hijo ha cometido un asesinato , y se ha substraído á la pena , sería el colmo de la injusticia y del horror. El padre podrá ser castigado por no haber cuidado de la educacion de su hijo , y velado sobre su conducta , pero nunca como asesino , tanto mas cuanto hay caracteres

tan desgraciados que son incorregibles por la educacion.

Habr a pues muchos casos en que ni aun la pena del descuido deba imponerse al padre ; porque aunque se presume que el hijo no hubiera cometido el asesinato , si el padre lo hubiera educado bien y celado su conducta , él padre podr a probar lo contrario ; y una presuncion , por fuerte que sea , nada vale contra la prueba contraria.

Hablando pues solamente de la satisfaccion   indemnizacion pecuniaria el amo responde por su criado. Esta responsabilidad puede considerarse como una pena de la negligencia de los amos , y los har a mas cuidadosos de la conducta de sus criados : el amo es una especie de magistrado doméstico de policia , que es justamente castigado sino desempeña los deberes de esta magistratura. Por otra parte : se supone que un hombre que tiene criados es rico , y el individuo perjudicado por el delito puede ser un pobre : en este caso debiendo alguno soportar la pérdida resultante del delito , vale mas que la soporte el rico que no el pobre ; pero debemos repetir aqui lo que acabamos de decir hablando del padre : la responsabilidad del amo no está fundada sino en conjeturas   presunciones que se desvanecen cuando el amo presenta una prueba contraria.

Por esto la responsabilidad del amo depende de una multitud de circunstancias , que la prudencia del juez debe apreciar , y que la ley no ha podido determinar individualmente : Bentham establece y explica con mucha claridad las reglas generales que deben gobernar en este punto. La primera , la mas importante de todas , es que la satisfaccion substitutiva , solamente debe tener lugar cuando no puede verificarse la satisfaccion directa   principal si quiere llamarse asi ; quiero decir , que cuando el delincuente mismo puede satisfacer por sí ningun otro debe ser obligado á satisfacer por él ,   la manera que el fiador no puede ser obligado á pagar , si-

no cuando no puede hacerlo el deudor principal. La satisfaccion substitutiva es una especie de obligacion accesoria, como la obligacion fideijusoria, de la obligacion principal, sin la cual no puede existir, y que se estingue si el deudor principal paga.

El tutor no debe responder por su pupilo, del mismo modo que el amo por su criado: la condicion de tutor es una carga: la condicion de amo es un beneficio: el amo saca un provecho de su criado: el tutor no saca de su pupilo mas que trabajos y cuidados. Lo mas que puede hacerse es castigar la negligencia del tutor con una multa mas ó menos fuerte, segun las circunstancias; pero que nunca exceda el importe de la satisfaccion, porque el excedente sería una pena pura; ¿y bastará para esto que la negligencia se presuma como piensa Bentham, ó será necesario que se pruebe? Yo pienso que es necesaria la prueba; pues que se trata de imponer una pena, y ninguna pena puede imponerse por solas presunciones, y sin que el delito esté probado. Todo hombre tiene derecho á ser tenido por inocente, mientras no se pruebe que es culpado; y no es Bentham ciertamente el que negará este principio tutelar de la libertad individual, y de la inocencia.

La responsabilidad de un padre por su hijo está fundada en las mismas razones que la del amo por su criado, y aun es mas fundada; porque un amo no educa á sus criados, y un padre educa á su hijo; y la obligacion de un padre á velar sobre la conducta de sus hijos es mas fuerte y mas sagrada que la obligacion del amo á velar sobre la conducta de sus criados; fuera de que el padre tiene mas medios de dirigir á sus hijos, inclinados por un afecto natural á obedecerle y á complacerle, que el amo para gobernar á sus criados, en cuya obediencia y sumision ninguna influencia tienen los sentimientos naturales; pero la responsabilidad del padre solamente debe durar hasta que el hijo sale de la

patria potestad ; porque desde aquel momento queda el hijo independiente , dueño de sus acciones , y deja de estar sometido á la autoridad del padre . Si éste puede probar que ha hecho todo lo posible por corregir á su hijo , y que le ha dado la mejor educacion , segun su clase , pienso que en ningun caso debe responder de un delito que no ha podido estorbar : podrá presumirse que las inclinaciones viciosas y criminales de los hijos vienen de haber sido mal educados , ó de la negligencia de los padres ; pero cuando se prueba lo contrario , desaparecen las presunciones segun hemos dicho .

La responsabilidad de la madre es menos fuerte que la del padre , porque son menos sus derechos , de que dependen sus medios de reprension , que casi todos residen en el gefe de la familia , el cual , como dejamos notado , egerce una especie de magistratura doméstica , á la cual estan sujetos todos los miembros de la familia . Cuando por la muerte del padre toma la madre las riendas del gobierno doméstico , sus derechos son mas extendidos , y en proporcion debe estenderse su responsabilidad .

La del marido por su muger está igualmente fundada en los derechos del marido sobre la muger : él es el gefe , el magistrado que egerce toda la autoridad doméstica , y es justo que responda por las personas que la naturaleza y las leyes han puesto bajo su imperio y direccion , y aun tal vez por esta razon la opinion pública le grava con otra responsabilidad imponiéndole una nota humillante por ciertas faltas de su muger : el tribunal de la opinion pública no es hoy tan severo con los maridos como lo fue en otros tiempos , ó bien se deba esto á los progresos de la razon y de la filosofia , ó bien á la corrupcion de las costumbres .

Ultimamente , responde tambien por el delincuente una persona inocente que ha ganado en el delito , y nada es mas justo como la satisfaccion se limite á una

parte de la ganancia, como en los tres casos que propone Bentham, ó á la ganancia entera, como sucedería en el caso de que un ladron robase un caballo, y le regalase á una persona que ninguna noticia tuviese del hurto: es injusto que uno se enriquezca con detrimento de otro, dice una máxima de las leyes romanas.

CAPITULO XVIII.

Satisfaccion subsidiaria á costa del tesoro público.

El mejor fondo donde pueda tomarse la satisfaccion, es la hacienda del delincuente, porque así llena en un grado superior de conveniencia las funciones de la pena, como hemos visto.

Pero si el delincuente carece de bienes, ¿deberá quedarse sin satisfaccion el individuo perjudicado por el delito? No: por las razones que hemos expuesto, la satisfaccion es casi tan necesaria como la pena, y deberá pagarse por el tesoro público en el caso propuesto; porque es un objeto de bien general, como que la seguridad de todos, está interesada en ello. La obligacion del tesoro público, está fundada en una razon que tiene la evidencia de un axioma; porque una carga pecuniaria dividida en la totalidad de los individuos, es nada para cada uno de ellos, en comparacion de lo que seria para uno solo ó para un corto número.

Si la *aseguracion* es útil en las empresas de comercio, no lo es menos en la grande empresa social, en que los asociados se hallan reunidos por un encadenamiento de casualidades, sin conocerse, sin elegirse, sin poderse evitar, ni preservarse con su prudencia de una multitud de lazos, que pueden ponerse unos á otros. Las calamidades que nacen de los delitos no son menos unos males reales que las que vienen de los accidentes

de la naturaleza. Si el sueño del amo es mas tranquilo en una casa asegurada contra los incendios, aun lo será mas si está asegurada tambien contra el robo. Prescindiendo de los abusos no se podria dar demasiada estension á un medio tan perfectible y tan ingenioso, que hace las pérdidas reales tan ligeras y da tanta seguridad contra los males eventuales.

Sin embargo todas las *aseguraciones* están expuestas á grandes abusos por un principio de fraude ó de negligencia: fraude de parte de aquellos que para sorprender indemnizaciones ilegítimas fingen pérdidas ó las abultan: negligencias, ya de parte de los aseguradores, que no toman todas las precauciones necesarias, ya de parte de los asegurados que ponen menos vigilancia en preservarse de una pérdida que no lo es para ellos.

Se podria pues temer en el sistema de satisfacciones á costa del tesoro público.

1.º Una connivencia secreta entre una parte que se pretenderia perjudicada, y el autor de un delito supuesto, para que se le diese una indemnizacion indebida.

2.º Una demasiada seguridad de parte de los individuos que no teniendo que temer las mismas consecuencias de los delitos, no harian los mismos esfuerzos por prevenirlos.

El segundo peligro es el menos temible; porque nadie descuidará su posesion actual, que es un bien cierto y presente, por la esperanza de recobrar en caso de pérdida un equivalente de la cosa perdida, y aun un equivalente cuando mas: añádase á esto, que este recobro no se conseguirá sin algunos cuidados y gastos; que siempre hay una privacion pasagera, que es necesario sufrir las molestias de un proceso, y hacer el papel desagradable de acusador; y que despues de todo aun en el mejor sistema judicial, siempre es dudoso el éxito. Queda pues bastante motivo á cada individuo para velar so-

bre su propiedad, y no fomentar los delitos con su negligencia.

Mucho mayor es el riesgo del fraude que solo puede prevenirse con precauciones minuciosas que se explicarán en otra parte. Para servir de egemplos basta indicar dos casos contrarios, uno en que la utilidad del remedio sobrepuja el riesgo del abuso; y otro en que el peligro del abuso sobrepuja la utilidad del remedio.

Cuando el daño es ocasionado por un delito cuya pena es grave, y su autor está judicialmente probado del mismo modo que el cuerpo del delito, me parece que el fraude es muy difícil. Lo mas que ha podido hacer el impostor que se pretende perjudicado para adquirir un cómplice, es darle una parte de los provechos del fraude; pero á menos de no haber menospreciado los principios mas claros de proporcion entre las penas y los delitos, la pena en que este cómplice incurriria, seria mas que equivalente al provecho total del fraude.

Téngase presente que antes de que se conceda la satisfaccion debe estar averiguado el delincuente, pues sin esta precaucion seria saqueado el tesoro público: nada seria mas comun que las historias de robos imaginarios, y de supuestos hurtos á mano armada, cometidos por personas desconocidas que han huido, ó de un modo clandestino, y en las tinieblas; pero cuando es necesario presentar un delincuente no es facil la complicidad; porque no se halla fácilmente quien quiera hacer este papel; tanto mas, quanto á la certeza de la pena para el que se carga con el delito supuesto, se añade una pena particular en el caso de descubrirse la impostura, pena de que participan los dos cómplices, y si sob e esto se considera cuánta dificultad hay en fabricar una historia verosímil de un delito absolutamente imaginario, debe creerse que estas especies de fraudes serian muy raras si alguna vez sucedieran.

El peligro mas de temer es la exageracion de una

pérdida resultante de un delito verdadero; pero para esto es preciso que el delito sea susceptible de esta especie de mentira; y este es un caso bastante raro.

Me parece pues que se puede sentar como máxima general, que en todos los casos en que es grave la pena del delito, no hay que temer que un delincuente imaginario quiera cargarse con él por un provecho dudoso.

Pero por la razon contraria, cuando el daño resultase de un delito, cuya pena es ligera, ó ninguna, el peligro del abuso, llegaria á lo sumo, si el tesoro público fuese responsable. La insolvabilidad de un deudor, puede ser un ejemplo de esto. Se trataria hasta con los mendigos si el público respondiera por ellos, ¿y qué tesoro podria bastar para pagar á todos los acreedores, á quienes los deudores no hubiesen realmente pagado? ¿Y cuán fácil no seria suponer deudas falsas?

Esta indemnizacion no solamente seria abusiva, sino tambien sin motivo; porque en las transacciones de comercio, se comprende en el precio de las mercancías ó en el interes del dinero, el riesgo de las pérdidas, de modo que si el mercader estuviera seguro de no perder, venderia mas barato; y así pedir al público una indemnizacion por una pérdida ya compensada de antemano, seria hacerse pagar dos veces (1).

Aun hay otros casos en que la satisfaccion debe estar á cargo del tesoro público.

1.º Casos de calamidades públicas, como inundaciones, incendios; los socorros dados por el estado en estos casos no solamente estan fundados en el principio de que el peso del mal repartido entre todos se hace mas ligero, si no tambien sobre este otro: que el estado co-

(1) Una subscripcion voluntaria, una caja de seguros, destinada á reembolsar á los acreedores perjudicados por la insolvencia de sus deudores, podria ser útil, sin que fuese conveniente á los administradores de los fondos públicos imitar semejante establecimiento. Siendo los fondos públicos el producto de una exaccion forzada, deben administrarse con mayor economía.

mo protector de la riqueza nacional, tiene interés en impedir la deterioracion del dominio, y restablecer los medios de reproduccion en las partes que han padecido. Tales han sido las que se llamaban liberalidades de Federico el grande á favor de las provincias asoladas por alguna calamidad; no eran en realidad otra cosa que unos actos de prudencia y de conservacion.

2.º Pérdidas y desgracias á consecuencia de hostilidades. — Los que han estado expuestos á las invasiones de los enemigos, tienen derecho á una indemnizacion pública, tanto mas cuanto se les puede considerar como unos ciudadanos que han sostenido el esfuerzo que amenazaba á todas las partes, y que se hallaban en los puntos mas expuestos para la defensa comun.

3.º Males irrepreensibles resultantes de los ministros de la justicia. — Un error de la justicia es ya por sí solo un motivo de afficcion, però que una vez conocido este error no sea reparado con indemnizaciones proporcionadas es un trastorno evidente del órden social, ¿no deberia seguir el público las reglas de equidad que él impone á los individuos? ¿No es odioso que se sirva de su poder para exigir severamente lo que se le debe y se niegue á pagar lo que él debe? Pero esta obligacion es tan evidente, que yo la oscureceria queriéndola demostrar.

4.º Responsabilidad de una comunidad por un delito de fuerza, cometido en un lugar público de su territorio. — No es propiamente el tesoro público el que interviene en este caso, sino los fondos del distrito ó de la provincia de donde se toma el caudal necesario para la represion de un delito resultante de una negligencia de policia.

En caso de concurrencia deben anteponerse los intereses de un individuo á los del fisco: lo que se debe á la parte perjudicada á título de satisfaccion debe pagarse con preferencia á lo que se debe al fisco á título de multa. No es asi como lo decide la jurisprudencia vulgar,

pero así es como lo quiere la razón. La pérdida hecha por el individuo es un mal sentido; el provecho del fisco es un bien que nadie percibe: lo que el delincuente paga en calidad de multa es una pena y nada más: lo que paga en calidad de satisfacción es también una pena, y aun más fuerte, y además es una indemnización para la parte perjudicada, es decir, un bien. Cuando pago al fisco, ente de razón, con quien nada tengo que ver, no siento más que el pesar de la pérdida, como si hubiera dejado caer el dinero en un pozo; pero cuando pago á mi contrario, si se me fuerza á hacer á mi costa un bien á quien yo quería hacer un mal, esto es un grado de humillación, que da á la pena el carácter más conveniente.

COMENTARIO.

La satisfacción subsidiaria está fundada sobre el principio de que la pérdida que recayendo sobre una sola persona la arruinaría, es imperceptible repartida entre un gran número. Por este medio los ciudadanos se aseguran unos á otros sus pérdidas, ó bien vengan de delitos ó bien de algunas desgracias ó calamidades naturales: todos en común son seguros de cada uno en particular, pues que el tesoro público se forma de las contribuciones de todos. Así ningún delito quedará sin satisfacción: el mal de primer orden cesará en cuanto es susceptible de indemnización ó satisfacción; y el mal de segundo orden ó la alarma sería también casi nulo. Bentham satisface completamente á los argumentos que pueden proponerse contra esta idea, tomados todos de los fraudes á que podía dar lugar; fraudes que solamente podían existir en los delitos castigados con una pena ligera, de modo que la satisfacción produgese un bien mayor que el mal de la pena; pero la legislación

puede evitar este inconveniente con medidas muy sencillas; evitar la negligencia en el cuidado y custodia de sus bienes, y evitar el fraude, debe ser el doble objeto de estas medidas.

No solamente deben ser aseguradas por el tesoro público las pérdidas procedentes de delitos, sino también las que proceden de calamidades físicas, incendios, inundaciones, yelos &c., de hostilidades, y de errores involuntarios de los ministros de la justicia. Por un delito cometido á mano armada en el término de un pueblo, deberán responder los vecinos de él, y no el público, dice Bentham; pero esto solo puede ser justo cuando los vecinos han podido impedir el delito, y han dejado de hacerlo por negligencia ó cobardía.

En una memoria que escribí hace algun tiempo sobre rentas públicas, propongo que para asegurar la satisfaccion se establezca una caja que podria llamarse de aseguracion; y cuyos fondos se compondrian de un diez por ciento adicional en las contribuciones ordinarias. Estos fondos se administrarian por directores de inteligencia y probidad con independencia del tesoro público: á los que hubiesen padecido alguna pérdida, se daría ó se prestaría con un moderado interes, segun lo exigiesen las circunstancias, y los directores manejarían el caudal que les estaria confiado, como un comerciante hábil y honrado maneja y hace valer el suyo. Este establecimiento verdaderamente mercantil, bien administrado podria contribuir mucho á recobrar y sostener el crédito nacional en España, y aun podria socorrer al gobierno en sus apuros, sin que tuviese necesidad de recurrir en los casos extraordinarios como el de una guerra á empréstitos ruinosos, ó á un aumento de contribuciones que siempre produce disgustos, y á veces conmociones muy peligrosas. Sin duda que en la egecucion de este proyecto se hallarán algunos inconvenientes, como se hallarán en cualquiera modo de satisfac-

cion subsidiaria que se piense; pero debe examinarse, si las ventajas son superiores á los inconvenientes, y yo asi lo pienso. La utilidad de la satisfaccion subsidiaria á costa del público es evidente; pues lo es que cuanto mas se reparte un mal, tanto mas se minora y se hace imperceptible. La cosa es tan clara que no necesita explicarse con ejemplos que cualquiera puede formarse.

FIN DEL TOMO SEGUNDO.

ÍNDICE

De los capítulos que contiene este

TOMO II.

SEGUNDA PARTE DEL CÓDIGO CIVIL.

	PÁG. ^s
CAPÍTULO I. <i>De los títulos que constituyen la propiedad.</i>	5.
COMENTARIO.	17.
CAP. II. <i>Otro medio de adquirir. — Consentimiento.</i>	26.
COMENTARIO.	37.
CAP. III. <i>Otro medio de adquirir. — Sucesion.</i>	44.
COMENTARIO.	53.
CAP. IV. <i>De los testamentos.</i>	63.
COMENTARIO.	68.
CAP. V. <i>Derechos sobre servicios. — Medios de adquirirlos.</i>	73.
COMENTARIO.	82.
CAP. VI. <i>Comunidad de bienes. — Sus inconvenientes.</i>	88.
COMENTARIO.	90.
CAP. VII. <i>Distribucion de pérdida.</i>	92.
COMENTARIO.	93.

PARTE TERCERA.

<i>Derechos y obligaciones que deben aplicarse á los diferentes estados privados.</i>	95.
INTRODUCCION.	Ib.
CAP. I. <i>Señor y servidor.</i>	96.
COMENTARIO.	97.
CAP. II. <i>De la esclavitud.</i>	99.
COMENTARIO.	109.
CAP. III. <i>Tutor y pupilo.</i>	116.

COMENTARIO.	120.
CAP. IV. <i>Padre é hijo.</i>	124.
COMENTARIO.	127.
CAP. V. <i>Del matrimonio</i>	129.
SECCION I. <i>Entre qué personas debe permitirse el matrimonio</i>	130.
SECCION II. <i>¿ Por qué tiempo ? Exámen del divorcio.</i>	136.
SECCION III. <i>¿ Con qué condiciones ?</i>	146.
SECCION IV. <i>¿ En qué edad ?</i>	148.
SECCION V. <i>¿ Á quién toca la eleccion ?</i>	149.
SECCION VI. <i>¿ Cuántos contrayentes ?</i>	150.
SECCION VII. <i>¿ Con qué formalidades ?</i>	152.
COMENTARIO.	153.

PRINCIPIOS DEL CÓDIGO PENAL.

PARTE PRIMERA.

<i>De los delitos.</i>	173.
CAP. I. <i>Clasificacion de los delitos.</i>	1b.
COMENTARIO.	175.
CAP. II. <i>Subdivision de los delitos privados.</i>	176.
COMENTARIO.	180.
CAP. III. <i>De algunas otras divisiones.</i>	181.
COMENTARIO.	184.
CAP. IV. <i>Del mal de segundo orden.</i>	185.
COMENTARIO.	186.
CAP. V. <i>Del mal de primer orden.</i>	187.
COMENTARIO.	186.
CAP. VI. <i>De la mala fe.</i>	191.
COMENTARIO	193.
CAP. VII. <i>Posicion del delincuente : cómo ésta influye sobre la alarma.</i>	195.
COMENTARIO.	197.
CAP. VIII. <i>De la influencia de los motivos sobre</i>	

	<i>lo grande de la alarma.</i>	Ib.
	COMENTARIO.	202.
CAP. IX.	<i>Facilidad ó dificultad de estorbar los delitos. Quinta circunstancia que influye sobre la alarma.</i>	203.
	COMENTARIO.	204.
CAP. X.	<i>Clandestinidad del delincuente mas ó menos fácil.—Circunstancia que influye sobre la alarma.</i>	205.
	COMENTARIO.	206.
CAP. XI.	<i>Influencia del caracter del delincuente sobre la alarma</i>	Ib.
	COMENTARIO.	213.
CAP. XII.	<i>De los casos en que la alarma es nula.</i>	216.
	COMENTARIO.	218.
CAP. XIII.	<i>De los casos en que el peligro es mayor que la alarma.</i>	221.
	COMENTARIO.	222.
CAP. XIV.	<i>Medios de justificacion.</i>	Ib.
	COMENTARIO.	227.

SEGUNDA PARTE.

	<i>Remedios politicos contra el mal de los delitos.</i>	230.
CAP. I.	<i>Materia de este libro.</i>	Ib.
	COMENTARIO.	232.
CAP. II.	<i>De los medios directos de prevenir los delitos.</i>	233.
	COMENTARIO.	236.
CAP. III.	<i>De los delitos crónicos.</i>	237.
	COMENTARIO.	240.
CAP. IV.	<i>De los remedios supresivos para los delitos crónicos.</i>	243.
	COMENTARIO.	245.
CAP. V.	<i>Observacion sobre la ley marcial.</i>	246.
	COMENTARIO.	248.

CAP. VI. <i>Naturaleza de la satisfaccion.</i>	249.
COMENTARIO	250.
CAP. VII. <i>Razones en que se funda la obligacion de satisfacer.</i>	Ib.
COMENTARIO.	251.
CAP. VIII. <i>De las diversas especies de satisfaccion.</i>	252.
COMENTARIO.	253.
CAP. IX. <i>De la cantidad de la satisfaccion que debe darse.</i>	Ib.
COMENTARIO.	255.
CAP. X. <i>De la certeza de la satisfaccion.</i>	Ib.
COMENTARIO.	257.
CAP. XI. <i>De la satisfaccion pecuniaria.</i>	258.
COMENTARIO.	260.
CAP. XII. <i>De la restitucion en especie.</i>	262.
COMENTARIO.	266.
CAP. XIII. <i>De la satisfaccion atestatoria.</i>	271.
COMENTARIO.	275.
CAP. XIV. <i>De la satisfaccion honoraria.</i>	277.
COMENTARIO.	290.
CAP. XV. <i>Remedios para los delitos contra el ho- nor.</i>	296.
COMENTARIO.	301.
CAP. XVI. <i>De la satisfaccion vindicativa.</i>	311.
COMENTARIO.	313.
CAP. XVII. <i>De la satisfaccion substitutiva, ó á cargo de un tercero.</i>	315.
COMENTARIO.	323.
CAP. XVIII. <i>Satisfaccion subsidiaria á costa del tesoro público.</i>	327.
COMENTARIO.	332.



ERRATAS.

PÁGINA.	LINEA.	DICE.	LÉASE.
10.....	20.....	forticado.....	fortificado
15.....	13.....	dan.....	da
35.....	última ..	precedentre....	precedente
38.....	26.....	cotrato	contrato
1b.....	26 y 27	nutrato.....	<i>quítese</i>
39.....	6.....	8.....	9
1b.....	16.....	8.....	9
72.....	7.....	de decemviral	decemviral
79.....	19.....	recibir.....	recibir á
1b.....	24.....	agravie.....	agovie
91.....	31.....	particularres...	particulares
93.....	29.....	deligente.....	diligente
102.....	25.....	prejuicio.....	perjuicio
105.....	25.....	duede.....	puede
107.....	30.....	tiene.....	tienen.
109.....	17.....	diferencia.....	diferencia
124.....	7.....	erudios.....	eruditos
147.....	1.....	revela.....	rebela
148.....	25.....	anterior.....	anterior
151.....	2.....	multiplicacion ..	multiplicidad
155.....	22.....	contradecidia ..	contradicia
157.....	20.....	padace.....	padece
183.....	8.....	quemaba.....	enterraba
211.....	23.....	entonces.....	entonces
223.....	1.....	varemos.....	veremos
1b.....	10.....	padecia.....	padecería
233.....	21.....	á un.....	un
238.....	19.....	manentæ.....	manente
240.....	25.....	necesario.....	necesaria
1b.....	32.....	laro.....	claro
242.....	14.....	coaazon.....	corazon
244.....	16.....	registro.....	registro
245.....	6.....	dan.....	da
256.....	18.....	sea umenta.....	se aumenta
258.....	16.....	espararse.....	esperarse
265.....	29.....	divirtió.....	divirtió
267.....	23.....	ubicumque.....	ubicumque
269.....	2 y 3.	fructiira.....	fructífera
276.....	24.....	juntamente.....	justamente
288.....	34 y 35.	recurir.....	recurrir
326.....	14.....	reprension.....	represion