

moral, obligando al delincuente á reflexionar por medio del *aislamiento* sobre su estado, á entrar en sí mismo y á tomar la resolución de corregirse. El aislamiento, sin embargo, no puede ser absoluto; el delincuente debe recibir del exterior, y sobre todo por parte de las personas con quienes está en contacto, los consejos y la instrucción moral que pueden volverle al buen camino. A estos medios internos es preciso agregar luego la *disciplina* exterior, de la que necesariamente forma parte un trabajo regular, en relación con los grados de culpabilidad y la capacidad personal. Estos medios de enmienda aparecen, atendido el estado moral del delincuente, como un *mal*, y son sentidos por él como una *pena*, por lo regular muy dura; no obstante, considerados en sí mismos, son un *bien* para el culpable, quien, si tuviese una verdadera inteligencia de su situación, los pediría por sí mismo como cosas buenas y justas. El castigo no tiene, pues, por objeto imponer un verdadero mal al culpable, sino aplicarle los medios de enmienda mas conformes á toda su situación, aunque en su estado anómalo y viciado le parezcan un mal (1).

b. Con relación á la persona ofendida, la pena debe asimismo tener por objeto el restablecimiento del estado de derecho: es preciso, en cuanto posible sea, *restituir* los bienes que han sufrido, ya directamente, ya mediante la prestación de *daños y perjuicios*. Es verdad que muchos crímenes producen un mal irremediable, ó un daño superior á toda reparación; estas son desgracias que ocurren en la vida finita de los hombres, y que ninguna pena tiene el poder de remediar.

c. Con relación al Estado, el castigo tiene por objeto restaurar el orden de derecho, como un bien general que constituye la seguridad de todos sus miembros. La ley, protectora de todos y superior á todas las voluntades individuales, debe alcanzar al criminal que la ha despreciado, para conseguir de él la confesión de su falta, el arrepentimiento, y ser así restablecida en el respeto de todos. Cuando se considera al Estado como un orden moral y divino, el castigo se presenta como el medio de restablecer la armonía destruida por el crimen (Savigny); y hasta imita la justicia divina, que obra también para la enmienda individual y para el restablecimiento del orden universal del bien. Al mismo tiempo, la pena, examinada con relación á la totalidad de los ciudadanos, es un medio de *prevención general* y aun de *intimidación*, porque las

(1) Véase sobre este asunto *M. Ræder: Commentatio an pœna malum esse debeat*, año 1859. Véase también, sobre las diversas teorías penales, la obra reciente de *M. Ræder: Die herrschenden Grundlehren von Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen*, 1867. Las doctrinas reinantes sobre el crimen y la pena en sus contradicciones interiores.)

medidas que implica son á propósito para hacer impresión en los ánimos dominados aun por motivos sensibles, y retenerlos en la senda del bien. Inútil es añadir que la pena es, con relación al delincuente, el mejor medio de *prevención especial*, porque la enmienda supone la conversión sincera al orden moral.

La teoría penal que acabamos de bosquejar reúne así, en la unidad del principio, muchos fines particulares que habían sido separados para hacer del uno ó del otro el principal.

Esta teoría es, en su base, una teoría de justicia; toma su punto de partida en una lesión del derecho, y quiere restablecer el estado del derecho en su origen, la buena y justa voluntad; ella no considera la ley como una especie de Moloch, que pide el sacrificio de los hombres, pero sí quiere restablecer el reino de la ley; del mismo modo que es una teoría de prevención general y especial, ella ofrece, por la enmienda de los culpables, la mayor seguridad para el orden social; la pena es también una reacción contra el crimen, no una reacción ciega, obediente á una ley física, pero sí una reacción inteligente que tiene un fin moral; si el formalismo lógico de Hegel, tan pretencioso como vacío de sentimiento humano, llamaba á la pena la negación de la negación, es decir, del crimen, debe notarse que el crimen no es una simple negación, porque el criminal negando el orden moral y jurídico, hace alguna cosa positivamente mala, que generalmente no se deja anular en sus efectos pero cuyo origen, la voluntad, debe mejorarse positivamente; y Krausse llama con razón una indigna burla de la humanidad á la aserción de Hegel, de que se honra al criminal tratándole, según la ley del talion, de la misma manera que él ha obrado. La justicia social, aunque en el tiempo pasado haya excedido con mucho, por las torturas y el estado de las prisiones, la atrocidad de los criminales, no debe ponerse en el mismo nivel con el crimen y adoptar sus máximas. Ella no debe honrar al criminal; pero debe respetar al hombre en sí y hacer de él nuevamente un miembro digno de la humanidad. La teoría de la enmienda no va en busca de una expiación mística, pero sí de una verdadera expiación por el arrepentimiento, por una reforma, á menudo lenta y penosa, de toda la conducta del culpable.

Las objeciones que se han opuesto á esta teoría carecen de fundamento. Se supone que ella confunde el derecho con la moral, y que la enmienda es un hecho interno; que no es de tal naturaleza que pueda probarse con certeza; que bien puede ser una de las consecuencias de las medidas penales, pero que no puede ser su fin. Sin embargo, la culpabilidad, que forma el punto de partida, es igualmente un hecho interno, que por lo mismo debe determinar el juez según ciertos hechos y circunstancias exteriores, y esta apreciación es

frecuentemente mucho mas difícil y menos segura que la de los directores y empleados de una prision, que durante algunos años se hallan en comunicacion diaria con el culpable. Una certidumbre completa, absoluta, no existe nunca sobre hechos internos, de cuyo derecho con todo no puede prescindirse; nunca existe sobre la culpabilidad y sus grados, ni sobre la enmienda; pero hay una apreciacion media que debe servir de regla; ningun juicio debe estar rodeado de una infalibilidad aparente, debe ser susceptible de rectificacion, como lo veremos muy pronto en la teoría de la ejecucion del juicio. Nosotros demostraremos solamente la ilusion que se hacen los legistas, cuando se proponen restablecer, solamente por el castigo, una voluntad exteriormente conforme á la ley, sin cambiar la disposicion moral del hombre. Se dice además que con arreglo á esta teoría, que para la enmienda deberia obrar siempre individualmente, no se podria establecer un sistema objetivo y una medida general de penalidad, y que en muchos casos no habria proporcion alguna entre la magnitud del crimen y la de la pena, si el culpable, como podrian probarlo muchas circunstancias, se enmendaba pronto y hacia adquirir la conviccion de que obraria en lo sucesivo de conformidad con las leyes. Contra estas objeciones hay que hacer observar por de pronto, que ninguna teoría penal presenta un modo completamente seguro para medir la penalidad segun el grado de la culpabilidad; pero que la teoría de la enmienda ofrece bajo este aspecto la mas grande certidumbre relativa, porque la culpabilidad y la pena correspondiente están determinadas por el mismo principio, segun el grado de perversidad de la voluntad. Todas las demás teorías tienden á un fin quimérico, cuando intentan encontrar un punto de ecuacion entre los actos criminales y las penas. La teoría del talion (ojo por ojo, diente por diente), para no caer en el imposible y en el absurdo (en el caso, por ejemplo, en que el malhechor mismo no tiene ya dientes ó no tiene mas que un ojo), ha debido trasformarse en talion llamado ideal; pero ninguna de estas teorías hará comprender jamás que se pueda hacer una ecuacion, por ejemplo, entre una cantidad de privacion de fortuna para el robado y otra cantidad de privacion de libertad para el ladron; son dos magnitudes inconmensurables, cuya ecuacion se presenta como un despropósito mucho mas evidente que el del matemático que intente hallar la cuadratura del círculo. La teoría de la enmienda, por el contrario, obra con los mismos elementos, proporcionando al grado de perversidad de la voluntad que un criminal ha manifestado en el crimen, las medidas y el tiempo suficiente para corregirla. Es cierto que en este castigo debe tenerse siempre en cuenta la individualidad del hombre y el caso especial; no obstante, del mismo modo que en la estadística, se buscan

los diversos términos medios (lo que se llama el hombre medio), de la mortalidad, del crimen, del suicidio, etc., y que hay para el arte de curar, bien que deba ejercitarse siempre segun el caso individual, ciertas reglas generales, así tambien existen para el arte moral y jurídico de curar, aun cuando apenas se halle bosquejado, ciertas reglas que se refieren al hombre moral medio: estas reglas deben desde luego formularse en la ley, despues aplicarse por el juez, segun la latitud que debe dársele para el juicio, al caso presente, habida consideracion á todas las circunstancias, y, por último, en la ejecucion debe modificarse todavía el juicio, segun la individualidad del hombre.

La teoría de la enmienda no permite la *pena de muerte*. Aunque esta pena aparezca todavía inevitable en la guerra, situacion en sí misma excepcional de la vida social, ella debe desaparecer en la justicia regular de un Estado. Por de pronto, es necesario establecer como principio que el Estado no tiene poder sobre la vida que el hombre recibe inmediatamente de Dios, y que es el origen de todos los bienes y de todos los fines, cuyo cumplimiento no debe el Estado interrumpir, sino facilitar. Siendo tambien el orden social un orden de ayuda y asistencia para el bien como para la desgracia, el Estado tiene deberes que cumplir para con los criminales, que sufren á menudo más la pena de las faltas ajenas, de su familia y de la sociedad misma, que de su propia perversidad; y el Estado no cumple con estos deberes cortando la cabeza á los culpables, pero sí levantándosela, enderezando su sentido moral, corrigiendo la educacion individual, que fué insuficiente ó poco apropiada, en la familia ó en la escuela municipal. No hay despues razon alguna práctica que pueda exigir la pena capital. La opinion antigua, presentada bajo diversas fórmulas y justificando la pena capital como medio de intimidacion, ha sido refutada por la teoría y por los hechos. El malhechor que ha concebido el proyecto de un crimen, ya por excitacion súbita de una pasion, ya por una premeditacion lenta, ha perdido generalmente, por el decaimiento de su poder moral, la fuerza de renunciar por el temor de una pena lejana y de la que espera escapar, á un bien próximo y cierto, que se promete de la perpetracion de un crimen (1). Además, se ha reconocido que la ejecucion de la pena capital es de tal manera desmoralizadora, despierta las pasiones brutales de la muchedumbre hasta un grado tal, que en muchos Estados en Alemania se la ha sustraído á la publicidad, haciéndola sufrir entre las paredes de una prision. Pero una pena que no consiente la luz de la publicidad está destinada á desaparecer bien pronto por completo

(1) Un eclesiástico inglés, destinado á una prision, prueba que de 167 condenados que ha conducido al cadalso, 164 habian asistido antes á una ejecucion (véase M. Holzendorff: *Vortrage über die Todesstrafe*, Lecciones sobre la pena de muerte. Berlin, 1 63).

ante las luces de la razón y ante la conciencia moral y el sentimiento de humanidad. Las causas que contribuyen á que se sostenga todavía son principalmente las preocupaciones y los sentimientos atrasados de las masas que los legisladores tienen demasiado en cuenta. Porque la legislación tiene también la misión de adelantarse en una cierta medida al estado de cultura de un pueblo, de educarle, habituándole á poner su conciencia y su sentimiento en consonancia con los principios más elevados, más humanos, que han de proclamarse por las leyes. El estado de civilización se halla ahora bastante adelantado en la mayor parte de los países de Europa, para hacer desaparecer esta pena del código criminal, y hay motivo para esperar que el respeto que el Estado profesa á la inviolabilidad de la vida humana ha de ejercer una influencia favorable sobre la conciencia, los sentimientos y las acciones de todos sus miembros (1)

B. De la ejecución de la pena.

1. La teoría de la ejecución de la pena se ha formado fuera de la ciencia del derecho penal, que una vez pronunciado el juicio, abandonaba al delincuente en los muros de la prisión para hacerle sufrir la pena dentro del plazo señalado. La

(1) En los tiempos modernos la cuestión de la abolición de la pena de muerte ha dado un gran paso hácia una solución afirmativa. Antiguos adversarios de la abolición se han convertido en celosos partidarios de ella; por ejemplo, M. Mittermaier (que acaba de morir, el 28 de agosto de 1867), cuyo escrito sobre la pena de muerte (*Die Todesstrafe*, etc., 1862), ha sido traducido á muchas lenguas; en los Cuerpos legislativos de muchos Estados (sobre todo de Bélgica, Italia, Austria, Baviera, Sajonia), la proposición de abolir la pena de muerte ha reunido, si no mayoría, á lo menos un número tal de sufragios, que se puede prever que, en una época poco lejana, habrá desaparecido de las leyes esta pena. En Alemania, sobre todo, ha comenzado una nueva época para este asunto, por la Asamblea nacional de Francfort en 1848, que votó con una fuerte mayoría (288 contra 146) la abolición de la pena de muerte (á excepción de los casos previstos por el derecho de guerra), como uno de los artículos de los « derechos fundamentales del pueblo alemán. » Cuando la reacción política, fué restablecida la pena de muerte en casi todos los países, excepto en el gran ducado de Oldenburgo, en el ducado de Nassau, en el de Anhalt-Bernburgo y en Bremen. Los tribunales superiores de los dos primeros países, interrogados hácia 1850 por los gobiernos sobre el restablecimiento de la pena de muerte, han declarado que esta necesidad no se había dejado sentir, y esta pena ha permanecido abolida. Contra esta pena se han declarado: en Alemania, la escuela de Krause, Feuerbach, hácia el término de su vida, Mittermaier, Berner, Nollner, Berger, Glaser, Gotting y otros; en Italia, M. Mancini en sus excelentes *Discorsi per l'abolizione della pena di morte, pronunciati nella camera dei deputati*, 1865, y MM. Pessina, Ellero, Pisanelli y otros; en Bélgica, MM. Haus, Dupetiaux, Vischers, Nypels; en Francia, Lucas Berenger, Ortolan, J. Favre, (en su discurso al Cuerpo legislativo, que rechazó, sin embargo, la proposición por 212 votos contra 25) y otros. La cuarta asamblea de jurisconsultos en Maguncia, 1865, se declaró igualmente, con una fuerte mayoría, contra la pena de muerte.

obra más importante y difícil que se presentaba en este momento apenas pudo sospecharse. Felizmente las autoridades constituidas y los jurisconsultos no son solo los dispositarios del derecho. La justicia es un ministerio general de la cultura humana, y cuando el órgano especial se hace infiel á su misión, surgen del medio del cuerpo social hombres que inspirados de ideas más amplias, de sentimientos más generosos de justicia, preparan reformas y obligan después á la ciencia á ensanchar sus principios para comprender la verdad y el alcance de ellas. Así fué como en mitad del siglo decimooctavo se despertó el sentimiento de humanidad en corazones nobles cuando la ciencia permaneció sorda á su voz, y se comenzó la reforma de las prisiones por infatigables esfuerzos del célebre inglés William Howard, quien sobrecogido de horror y de una viva compasión á la vista del estado de las prisiones en Inglaterra y otros países (la Alemania y la Italia), logró despertar la opinión pública (con el libro *State of modern prisons*), y hacer fundar en Gloucester, en 1774, la primera casa de corrección, con la separación de los presos día y noche (1). De esta manera se sentó la base del sistema penitenciario: con el aislamiento de los presos se comprendió la enmienda como el fin esencial del castigo; se completó el derecho del castigo por el deber del Estado de reconocer en cada hombre sus derechos eternos y sus facultades inagotables de vida y de rehabilitación moral, y de contribuir por los medios de que dispone á la enmienda del hombre corrompido por el crimen. El sistema penitenciario ha hecho desde entonces progresos lentos pero incesantes; la teoría de la enmienda, cuya verdad se confirma en que ella sola forma el enlace natural entre las dos partes separadas hasta el presente del derecho penal, entre la ciencia de los crímenes y de las penas y la de la ejecución de la pena, se halla adoptada hoy por todos aquellos que se ocupan de las prisiones, y ella llama con golpes redoblados á la puerta de la ciencia del derecho penal, que aun obstinándose en mantener sus estrechos principios formalistas, se vé por lo menos obligada á tener cierta cuenta de la opinión ilustrada, reconociendo la enmienda al menos como uno de los fines del castigo. Pero la verdad no se satisface con un reconocimiento parcial; es necesario que la enmienda del culpable, desde el fondo de su ser moral, sea reconocida como el fin esencial, principal, y entonces puede darse por aumento todo lo demás que el Estado ó la justicia puedan exigir.

(1) No es este el sitio para contar la historia del sistema penitenciario; diremos solamente que la reforma detenida momentáneamente en Inglaterra á consecuencia de las guerras con Francia, continuó enérgicamente en los Estados Unidos, por la Sociedad filantrópica de 1787 y los Cuáqueros: en los Estados Unidos ha sido donde fué aplicado en las dos formas, pensilvaniana y auburniana.

El sistema penitenciario se ha desarrollado al principio en América bajo dos forma diferentes, la de Filadelfia en Pensilvania, reformada mas tarde en la prision de Pentonville (cerca de Londres) y la de Auburn (en el Estado de Nueva-York), de las cuales una establece la separacion celular de los condenados dia y noche, y la otra solamente durante la noche, imponiendo el silencio durante el trabajo comun del dia. De estos dos sistemas, el primero ha recibido la aprobacion de la mayor parte de los hombres de ciencia (1) y de práctica que han estudiado estas materias y dirigen las prisiones, porque él solo está acomodado al fin, al paso que en el sistema de Auburn el silencio, aunque pueda mantenerse exteriormente, se reemplaza por un lenguaje elocuente de signos, de manera que el buen gérmen despertado por la instruccion y en el recogimiento se ahoga sin cesar por el aire infectado de una sociedad de hombres viciosos. El sistema de aislamiento completo es, al contrario, el desarrollo consecuente del principio, de que el hombre depravado por el crimen debe aislarse de todas las influencias malélicas, para que su conciencia moral despierte y se enmiende por el arrepentimiento, por los medios de instruccion moral y religiosa, por un ejercicio de todas sus facultades morales é intelectuales y por un trabajo proporcionado á sus alcances. Con frecuencia y por largo tiempo se ha acusado á este sistema de favorecer, por la severidad del aislamiento, la enagenacion mental ó el decaimiento de todas las fuerzas morales y físicas; pero esta objecion, refutada por la estadística, ha sido generalmente abandonada. Sin embargo, es necesario reconocer que este sistema dista mucho de ser perfecto en la aplicacion, que se espera demasiado todavía del silencio de las paredes lo que el corazon y el lenguaje de todos aquellos que tienen que ponerse en comunicacion con los criminales deben llevar á cabo; no basta que el preso sea visitado diariamente durante un corto espacio de tiempo por el director, el eclesiástico, etc.; se ha reconocido desde hace largo tiempo la necesidad, por una parte, de organizar asociaciones morales para la visita y la reforma de los presos, y por otra, de formar asociaciones de patronato para su colocacion conveniente al tiempo de la salida de la prision. Finalmente, es necesario que los códigos penales se pongan en justa relacion con el sistema

(1) Por el sistema pensilvano se han declarado: en Francia, de Tocqueville y de Beaumont, Moreau-Christophe, Ampère; en América, Lieber, el difunto rey Oscar de Suecia; en Bélgica, M. Dupetiaux; en Alemania, Julius, Fuesslin, y sobre todo M. Røder, que lo defiende enérgicamente contra diversas alteraciones actualmente intentadas, particularmente contra el sistema llamado irlandés; véase Røder: *Strafvollzug im Geiste des Rechts*, 1865, de la ejecucion de la pena en el espíritu de la justicia; y: *Besserungsstrafe und Besserungsstrafanstalten*, 1864 (de la pena de correccion y de las instituciones penitenciarias).

penitenciario de aislamiento, que siendo á la vez mas severo y eficaz, exige la reduccion del tiempo de las penas en una gran proporcion.

2. Una cuestion íntimamente ligada con la teoría de la enmienda es la de la *libertad condicional* de los detenidos que despues de un cierto tiempo han dado á la direccion bastantes garantías de una conducta para lo sucesivo irreprehensible, para que pueda soltárseles bajo la condicion de que, en el caso de que cometan un nuevo delito, deban, sin juicio prévio, volver á entrar en prision para sufrir la pena todo el tiempo que reste. La práctica es la que en Inglaterra ha conducido á esta medida (1), aprobada hoy por la mayor parte de los que administran prisiones; pero acogida con viva repugnancia por los hombres competentes y los jueces, que ven en ella un ataque á la autoridad del juicio y aun á la justicia. Esta opinion errónea es todavía una consecuencia de la falsa abstraccion que separa el juicio de la ejecucion de la pena, en lugar de ponerlos en la misma relacion. Ningun juicio humano que se refiera al estado moral, á la culpabilidad, á la perversidad de la voluntad de un hombre, puede aspirar á la infalibilidad y á la inmutabilidad; ha podido engañarse el juez, si no sobre la culpabilidad en general, al menos sobre sus grados, y su juicio debe ser susceptible de reforma segun los nuevos datos suministrados por la experiencia en la ejecucion, que es en algun modo la contraprueba del juicio. Krausse, veía justamente en la ejecucion de la pena un juicio continuado, por el que el juicio dado en el primer estadio puede rectificarse segun el conocimiento adquirido de la individualidad moral del preso.

La libertad condicional se concede hoy bajo la forma de gracia por la administracion; pero aunque no deba ser pronunciada por jueces en el sentido ordinario de la palabra, es, sin embargo, necesario que se tome la decision, segun ciertas reglas, por un consejo compuesto de los principales empleados de una prision.

## CAPITULO VII.

### DE LAS RELACIONES DEL DERECHO CON TODA LA VIDA DE CULTURA DEL HOMBRE Y DE LA SOCIEDAD.

#### § XXXVII.

#### *De las relaciones del derecho con la vida en general*

El derecho es la vida, ha dicho un autor moderno (1), comprendiendo sin

(1) Esta medida ha sido adoptada provisionalmente, desde 1862, en Sajonia, y el gobierno ha declarado repetidas veces (la última vez en agosto de 1867) que habia dado buenos resultados. La comision instituida por el gobierno italiano, en 1862, se ha declarado igualmente por la libertad condicional como por la introduccion general del sistema celular con reduccion de penas.

(1) M. Lerminier ha inscrito estas palabras como epigrafe á su *Filosofía del derecho*.