

sufrir los culpables de crímenes públicos ó privados que dan lugar á una acusacion en justicia.

COMENTARIO.

1. Cuando la justicia criminal era poco más que un negocio privado, cuando no existía el procedimiento de oficio, cuando en cada una de las penas no se veía, ó apenas se veía más que una sustitución de la venganza, era consiguiente á tales principios que el desistimiento de la acusación, que el perdón de la parte ofendida, trajesen consigo la remisión ó la no imposición de la pena. El sistema entero podría ser absurdo; pero esta segunda parte de él era lógica, era consecuente con la otra parte que le servía de fundamento y de premisas.

2. Lo que no se concibe ni puede explicarse sino por el poder de las tradiciones y de los hábitos, es que, admitido el enjuiciamiento sin acusación particular, reconocida la personalidad del Estado como la primera en esta clase de negocios, sustituida la idea de la vindicta social á la de la venganza privada, arrancado todo lo criminal á la esfera de los particulares intereses para elevarlo á la categoría de público, se haya todavía seguido dando una extraordinaria importancia á aquel desistimiento, á aquel perdón, y se haya tenido presente su existencia ó no-existencia para el fallo de los procesos, y hasta para los indultos pretendidos del Soberano por los que se creían dignos de tal gracia.

3. De cualquier modo que sea, nuestro Código ha entrado ya en los buenos principios. La acción criminal no compete por lo común á los ofendidos, sino al ministerio público; la acción de reparación, la de responsabilidad civil es la única que les compete. De esta pueden usar ó no usar, según sus convicciones, según sus ideas, según sus intereses; pueden abandonarla desde luego, pueden desistirse después, no tienen ningún estorbo que en su ejercicio ó no-ejercicio los compela. Renunciándola expresamente, la condenación surtirá sus naturales efectos: la responsabilidad misma, en la parte que correspondiere al condenante, quedará extinguida de todo punto.

4. Sobre los motivos que pueden producir esta condenación, el artículo no dice, ni debe decir, una palabra. Toda vez que ese acto no tiene más que consecuencias civiles, la ley criminal no tiene que ocuparse en él para lo más mínimo: estará sujeto á las reglas comunes de aquella otra legislación. Proceda de sentimientos generosos, ó de sentimientos interesados; sea un verdadero perdón, ó sea una transacción disimulada ó manifiesta, todo ello es igual para sus efectos en el proceso. Desde que se limitan, como se han limitado, sus consecuencias, ya deben, y no pueden menos de ser enteramente permitidas semejantes transacciones.

Elas no influyen en la penalidad propiamente dicha: ellas no afectan más que á la reparación. Todo el negocio, pues, es una cuestión de dinero: cuanto puede haber en ella de menos noble y caritativo, es tomar una parte, para eximirse de disputar sobre el todo.

5. El artículo concluye con una justísima excepción. Sabido es que hay delitos, en los cuales no puede procederse sino á instancia y con consentimiento del agraviado. Los motivos de esto fácilmente se conciben y en su lugar los expondremos y los justificaremos. Pues bien: en semejantes casos, si el ofendido nada hace, si desde luego desiste de su injuria, claro está que no puede haber ni principio de proceso: si perdona, después de haber instado, claro es también que ha de sobreseerse en la causa. Esta no puede subsistir sin su concurrencia; y ni en religión ni en justicia puede impedir la ley á ningún particular que perdone los males que se le han inferido.

Artículo 22.

«No se reputan penas la restricción de la libertad de los procesados, la separación ó suspensión de los empleados públicos, acordadas por las autoridades gubernativas en uso de sus atribuciones, ó por los tribunales durante el proceso, ó para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan á sus subordinados y administrados, en uso de jurisdicción disciplinal ó atribuciones gubernativas.»

CONCORDANCIA.

Cód. brasil.—Art. 37. *No se considera pena la prision del procesado por una infraccion, para prevenir su fuga, ni la suspension de los magistrados decretada por el poder moderador en la forma establecida por la Constitucion.*

COMENTARIO.

1. Los males de que habla este artículo son tristes necesidades, dolorosas condiciones de nuestro ser, ó de la organización social en que vivimos. A veces caen sobre culpables: cuando menos, sobre los que son sospechados de culpa; pero, ó por su tenuidad, ó por no ser efecto de sentencias, dice la ley, de acuerdo en este punto con la práctica y la opinión común, que no tienen el carácter, ni corresponden á la verdadera esfera penal. No se reputan penas, por más que á veces sean graves pade-

cimientos. Cuanta humanidad sea posible en las leyes; cuanto esmero se suponga en los tribunales, si pueden disminuirlos, no alcanzarán de seguro á evitarlos.

2. Todas las legislaciones del mundo han tenido que preceptuar que se custodie en prision á los acusados de graves delitos. ¿Es por incomodarlos? ¿Es siquiera por considerarlos como reos?—No: la ley no declara culpable sino á aquellos sobre quienes ha caido una sentencia condenatoria. Pero la misma ley tiene que proveer: 1.º, á que no eludan su accion personas sobre quienes pesa una sospecha atendible; y 2.º, que no preparen falsos y convenidos medios justificantes, esos mismos que aparecen iniciados de graves infracciones. De aquí la necesidad de la prision: aquí tambien la necesidad de la incomunicacion, al ménos por cierto tiempo. Podrán disminuirse, podrán aliviarse esas fatales exigencias de la condicion humana: suprimirlas del todo,—ya lo hemos dicho,—no será jamás, posible.

3. Lo que puede hacer la ley es lo que consigna en este artículo. Declarar que en ese triste hecho no hay intencion penal: descargarlo de toda la parte moral que acompaña á sus castigos; procurar á la vez que se reduzca á lo estrictamente necesario, á aquello que sólo la necesidad produce y abona. Por lo demás, á las verdaderas necesidades, la ley como el hombre, tienen que doblar la cabeza.

4. El artículo habla en seguida de la separacion y suspension de los empleados públicos. Cuando esta es acordada por los tribunales como una consecuencia de la formacion de causa, nos presenta de todo punto un caso análogo á los anteriores. El funcionario de cuya conducta se sospecha justamente no puede continuar en su destino en tanto que se averigua la verdad. Padecerá con la separacion, padecerá su familia más quizá que con verdaderas penas legales; pero, ¿qué hacer en semejante caso? Toda vez que se hayan tomado prudentes precauciones para atajar la obra de la calumnia, ¿quién puede pedir más ni á la ley ni á los tribunales?

5. Nada decimos de las separaciones gubernativas en los destinos amovibles. Esta no es cuestion de derecho, de justicia: eslo de administracion.

6. Vengamos á las correcciones disciplinares. Aquí hay en rigor culpa, y tambien en rigor penalidad verdadera. El superior que corrige á su subalterno, en la realidad de las cosas, ejerce un acto jurisdiccional, é impone un castigo, producto de una falta. Pero es esta materia tan múltiple y tan ténue, que el Código no ha querido elevarla á la esfera penal. Es ménos aquello que el grado mínimo que en ésta se supone. No hay la unidad siquiera, sino una leve fraccion. La prudencia, más que la lógica, es quien le ha guiado en esta parte; y el buen sentido nos dice que ha tenido razon en dejarse guiar por ese principio (1).

(1) Sobre esta jurisdiccion disciplinal, véase el Reglamento provisional para la admi-

Artículo 23.

«La ley no reconoce pena alguna infamante.»

Digesto — *Lib. III, tit. 2, l. 1.*.... *Infamia notantur qui ab exercitu ignominiae causa ab imperatore, eove cui de ea re statuendo potestas fuerit, dimisus fuerit. Qui artis lubricae, pronuntiandive causa, in scaenam prodierit. Qui tenocinium fecerit. Qui in judicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse iudicatus erit. Qui furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus erit. Qui pro socio, tutelae, mandati, depositi, suo nomine non contrario iudicio damnatus erit. Qui eam, quae, in potestate ejus esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit, eamve sciens quis uxorem duxerit non jussu ejus in cujus potestate est: et qui eum quem in potestate haberet, eamve qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit.*....

Cód. repetit. prael.— *L. II, tit. 12, l. 9.* *Si forti condemnatus est, citra verbera quoque fustium, fama damnus subsistit.*....

Partidas.— *L. 5, tit. 6, P. VII.* *Sentencia cayendo dada contra otro por alguno de los judgadores ordinarios, condenándole por razon de traicion, ó de falsedad, ó de adulterio, ó de algun otro yerro que hoviesse fecho, tal sentencia como esta enfama al condenado. Esso mismo serie si alguno que fuesse acusado de furto, ó de robo, ó de engaño, ó de tuerto, que hoviesse fecho á otro, pleitasse ó echassen dando algo sin mandado del judgador, por razon que lo non acusassen, ó non llevassen adelante la acusacion que hoviesse fecho dél. Ca semeja que*

nistracion de justicia, art. 20; las Ordenanzas de las audiencias, arts. 25, 75, 226, 227 y 228; los Estatutos de los colegios de Abogados, art. 15; el decreto de 5 de Junio de 1844, artículos 11, 12 y 15; la ley de 4 de Junio de 1857, art. 5; el decreto de 4 de Noviembre de 1858, regla 1.ª; el reglamento de juzgados de 1.ª instancia, artículos 92, 109 y 110; las leyes de ayuntamientos y gobiernos políticos; y los aranceles judiciales de 1846, art. 622.

otorga aquello de que lo habian acusado, pues que assi pleitea (transige) sobre ello. Otrosí decimos: que aquel que es condenado que peche algo á su compañero ó al huérfano que hoviesse tenido en guarda, ó aquel que lo ficiera su personero, ó aquel de quien hoviesse recibido alguna cosa en guarda, por razon de engaño que hoviesse fecho á cualquier de ellos, es enfamado por ende. Pero si tal sentencia fuesse dada por alguno de los jueces de avenencia, estonce non seria enfamado aquel contra quien la diessen: é aun decimos que aquel que es fallado haciendo el furto, ó alguno de los otros yerros que de suso diximos, ó que lo otorgue el mismo en juicio, ó si por razon de algun yerro que hoviesse fecho le fuesse dada pena de feridas, ú otra pena pública, es enfamado por ende.

Cód. franc.—Arts. 7 y 8, refundidos en 1832.—Las penas afflictivas é infamantes, son: 1.º, la muerte; 2.º, los trabajos forzados perpétuos; 3.º, la deportacion; 4.º, los trabajos forzados temporales; 5.º, la detencion; 6.º, la reclusion. Las penas infamantes son: 1.º, el extrañamiento (bannissement); 2.º, la degradacion cívica.

Cód. napol.—Art. 1.º No hay pena alguna infamante.

La infamia que resulta de un crimen infamante por su naturaleza ó por su gravedad, no se extiende mas allá de la persona del culpable.

Cód. esp. de 1822.—Art. 29. Para todos los efectos civiles se considera como pena corporal la de infamia.

Art. 30. Ninguna otra pena lleva consigo la infamia sino únicamente los trabajos perpétuos y la de muerte por traicion. En las demás no hay infamia sino cuando la ley la declara expresamente al delito.

COMENTARIO.

1. El problema de las penas infamantes es un problema grave y debatido en las dos esferas, de la ciencia y de la práctica.—Séanos permitido copiar aquí lo que respectivamente á ellas dijimos hace algunos años en nuestras lecciones de Derecho penal. No es largo, y no hemos variado en nuestro juicio.

2. «Sobre este punto—el de las penas infamantes, decíamos:—lo pri-

mero que debemos examinar, es si hay efectivamente tales penas. No porque dudemos nosotros que los legisladores las hayan decretado y querido establecer,—(los códigos de casi todos los pueblos las comprenden)—sino porque dudan muchos, niegan muchos, que hayan conseguido el fin que se proponian, y hecho padecer la honra por medios puramente penales. Esa es una cuestion de opinion, se dice, puramente de opinion, en la que ningun efecto puede tener la voluntad legal. Por una parte,

Lo que infama es el crimen, no la pena;

como están declarando y predicando mucho tiempo há, los poetas y los filósofos: por otra, cuando la ley quiere entrometerse á dispensar su apreciacion en estos asuntos, tal vez suele verse burlada por el sentimiento comun, que protesta altamente contra sus decisiones. Comun ha sido, por ejemplo, en Inglaterra condenar á la vergüenza como libelistas á escritores de la oposicion; y léjos de que el pueblo los tenga por deshonorados, semejante condena ha sido para ellos un verdadero triunfo. ¿No prueba todo ésto, se concluye, que la esfera de la honra y de la infamia está esencialmente separada de la esfera legal, de tal modo que no puede influirse en aquella por medio de esta segunda?

3. »Por lo que á mí toca, sin embargo, no me parece concluyente el argumento; y creo poder juzgar aún que las leyes, prescindiendo del crimen, tienen accion y poder sobre la honra de los hombres. Sin duda alguna, el verdadero delito causa la infamia; pero tambien las penas que han recaído sobre una persona la suelen causar, aun ignorándose la razon porque recayeron. Cuando se nos dice de un desconocido que ha estado en presidio, sentimos desde luego, y sin necesidad de saber otra cosa, la repugnancia consiguiente á un hombre mas ó ménos deshonorado. Desde aquel punto miramos ya de otra suerte sus relaciones, y cuidamos de apartarnos de él, para no contagiarnos con su comunicacion. Es verdad que semejante sentimiento puede no ser definitivo; y que si llegamos á entender que aquella persona fué víctima de una gran injusticia, reformaríamos nuestra creencia, y le concederíamos nuestra estimacion. Pero adviértase bien cómo sucede ésto, y se conqcerà el poder, no absoluto, pero sí efectivo que tiene la pena. En primer lugar, por el hecho de esta sola formamos ya nuestro juicio; y en segundo, nótese que para reformarlo, exigimos nada ménos que la completa conviccion de una injusticia. No es pues cierto, como ha dicho la filosofia, que sólo el crimen produzca la infamia: prodúcela tambien el castigo, aunque no siempre que se imponga, aunque no siempre que lo decrete el código.

4. »Y cuenta que no hemos hablado hasta ahora sino de castigos comunes, de aquellos que no se imponen para infamar, y en los que este resultado es indirecto y ajeno á la voluntad del legislador. Pero hay otros,—y no puede dudarse—que recaen directamente sobre la honra, encaminados á menguarla, y que obtienen sin remedio este resultado.

Tales son, por ejemplo, la marca y la exposicion ó argolla, que indicamos ligeramente entre los castigos personales. Así el uno como el otro corresponden mas bien á la categoría de que ahora tratamos, y son en ella los tipos mas notables. La argolla puede causar incomodidad, y la marca puede causar dolor; pero todo ésto no es nada en comparacion de lo que afectan á la honra, y del sello que dejan impreso en el infeliz que los ha padecido. Cuando ha habido personas que se suicidaran por no ser expuestos ó marcados, evidente es que no los conducia á tal extremo el dolor físico que temieran experimentar, sino el inmenso dolor moral de su nueva é insostenible posicion.

5. »Así lo comprende en efecto la sociedad entera, que no olvida nunca la estancia en la argolla, que no concede nunca su indulgencia á la marca que se lleva, ya sea en la frente, ya sea en la espalda. La sociedad separa de sí á los que han corrido ese destino, y levanta entre ella y ellos un muro que nunca podrán salvar. Este es el gran defecto de semejantes penas. Todas las demás, aun aquellas que hieren indirectamente la honra, dejan siempre abierto el camino para la rehabilitacion: éstas de que tratamos son las únicas que lo cierran, creando esas posiciones incompatibles, que jamás pueden volverse á hallar en armonía. El hombre que estuvo en la argolla, y que fué allí entregado á la mofa y al desprecio público,—todavía más aquel otro, á quien se grabó la señal indeleble de la infamia, son ya ramas cortadas del árbol de la sociedad, que nunca más podrán volver á reunirse á su tronco. La sociedad lo sabe, y ellos lo saben tambien; y de aquí una situacion de guerra necesaria é inacabable. Para semejantes reos están de más los proyectos de reforma y las instituciones penitenciarias: valiera más suprimirlos de una vez, y se conseguiria al ménos tranquilizar las alarmas, que no pueden ménos de causar miéntras existan.

6. »Vése por lo que acabo de decir, que no soy de ningun modo partidario de las penas infamantes. Reconozco que existen, y le concedo á la ley la posibilidad de establecerlas; pero le niego el derecho, les niego á ellas la legitimidad. Harto es ya que las otras penas de que se vale la justicia humana, produzcan efecto sobre el honor, y, aunque indirectamente, tiendan á vulnerarlo. Pero establecer de un modo directo esta clase de penalidad, herir á los hombres en su honra, atacarla y destruirla de la manera que se hace por tales castigos, repito que no es justo, que no es legítimo; que no es conveniente. Ninguna de estas calificaciones puede merecer lo que propende á levantar una separacion eterna entre la sociedad y los criminales; lo que de tal suerte lanza de aquella á los segundos, que nunca jamás pueden volver á pasar sus límites.»

7. «De todo lo dicho se infiere que el legislador debe absolutamente prohibirse el uso de semejantes penas. Es un arma de malos efectos en su mano, y que por lo mismo no puede nunca legítimamente empuñar. La honra y la fama son seguramente un gran bien: pero no se sigue de aquí que haya utilidad en hacerlo objeto de penas, menguándolo ó des-

truyéndolo. Por lo mismo que son una vida preciosísima, y que se empañan con un soplo, es menester que cuiden los soberanos de no arrancarlás á ninguno de sus súbditos. Una de dos: ó se aprecia, ó no se aprecia la honra. Si esto último, las penas infamantes no son penas. Si lo primero, ¿quién es el que se atreve á tocar á ese depósito, y á destruir así un tan alto principio de todas nuestras instituciones sociales?»

8. Tales eran nuestras doctrinas en 1840: tales son tambien en 1848 y en 1856.

9. A primera vista parece que el Código ha profesado las mismas ideas. Declarando que no reconoce pena alguna infamante, da á entender que no sólo no atribuye este carácter á las que dispone, si no que no emplea ninguna que esté dotada de él. Por una parte desecha las que lo son; por otra, no hace tales—como otras legislaciones—á las que no llevan necesariamente ese distintivo.

10. Pero ¿es ésto completamente exacto? ¿no habrá habido algun error, alguna inadvertencia en la aplicacion posterior de estas máximas?—Mucho nos lo tememos. El Código consagra la pena de *argolla*; y en nuestro juicio, ésta es una de las que infaman por sí. Si pues nuestro juicio es cierto, de nada servirá que el artículo presente diga: «no reconozco como infamante tal pena;» porque el mundo le responderá: «tú no puedes despojar á los hechos del carácter que la opinion pública les ha dado, en materias que son de su dominio. Lo que naturalmente deshonorará, tú no puedes hacer que deje de deshonorar. El uso de esa pena es contrario á lo que estableces y proclamas.»

11. Pero dejemos el exámen de esta cuestion para mas adelante. El artículo actual sólo consagra un principio inspirado por buenas ideas, y que merece completa aprobacion. Si despues se le infringe, cuando lleguemos á aquel punto será cuando debamos señalarlo y censurarlo.

CAPÍTULO SEGUNDO.

DE LA CLASIFICACION DE LAS PENAS.

Artículo 24.

«Las penas que pueden imponerse con arreglo á este Código, y sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente