

á circunstancias atenuantes, y hé aquí al juez más embarazado que el asno de Buridan. ¿Podrá decirsenos cómo se aplicará aquí el *máximum* y el *mínimum* á la vez? Adoptará, sin duda, un justo medio; pero un poco de injusticia y otro poco de justicia, por desgracia, es una verdadera injusticia. ¿Qué hará, pues? Yo sé perfectamente lo que tendría que hacer en nuestra legislación, por ejemplo, si el art. 56 no existiese y el juez no se hallara más embarazado que yo. Le haría callar, sin duda, en nombre del art. 463 (1) y del principio *favores sunt ampliandi*; pero el *in dubio obstine*, ¿qué sería de él en este caso? Tampoco puede abstenerse de juzgar. Completará el *in dubio* añadiendo el *si agere non necesse est*; esto es al ménos lo que nosotros haríamos.

7. Fúndase también en la insuficiencia demostrada de la pena sufrida, puesto que no ha corregido al reincidente. Este argumento es uno de los más débiles, de los más falsos y de los más odiosos.

a) La pena no tiene civilmente por fin esencial el corregir.

b) Aunque tuviera por fin el corregir, no podría tampoco traspasar la justa medida marcada por la gravedad misma del delito á los ojos de los que admiten que la justicia debe servir para medir la pena en el sentido de que ésta no puede exceder de aquella medida, aunque pueda quedar por bajo de ella.

c) Si se admite, sin esta restriccion exigida por la justicia, que la pena debe ser impuesta en el grado necesario para corregir al culpable, y que sólo se considera suficiente con esta condicion, hé aquí las excelentes consecuencias que se derivan de este equitativo principio.

Sería necesario elevar vuestras penas, no solamente al

(1) El Tribunal de casacion ha variado la jurisprudencia en este punto: sent. cas. en Febrero de 1814 (*Bol.* núm. 11); sent. cas. en 22 de Setiembre de 1820. (*Bourguignon*, t. III, p. 48); 2 de Febrero de 1827. (*Bol.* p. 25). ¿Por qué esta jurisprudencia que extiende el beneficio del artículo 463 á los casos de los arts. 57 y 58, no había de aprovechar igualmente á los casos del art. 56? Y, sin embargo, no es así, segun la opinion de M. M. Helie y Chauveau, t. I, p. 308, 2.^a edicion. Nosotros pensamos lo contrario, y fundándonos en la naturaleza de las cosas, razonamos á *fortiori* las disposiciones de los arts. 57 y 58 y las del art. 36, y nos atenemos á las palabras del ponente en la Cámara de los diputados cuando la revision del Código penal en 1832. V. *Teoria del Código penal*, p. 318 y 340, obra por otra parte excelente, de un espíritu verdaderamente filosófico, y en la cual nos hemos inspirado más de una vez.

máximum, como deseais, sino á un grado cualquiera, hasta la pena de muerte si hubiera lugar, y esto para todo delito reiterado, cualquiera que sea, aunque fuera la más ligera contravencion. ¿Aceptais estas consecuencias, vosotros, los que vituperais, no sin razon, la severidad de vuestras propias leyes, mil veces más indulgentes que vuestros principios?

Y no esto sólo: sería necesario que elevárais todas vuestras penas en la aplicacion, áun para el caso en que hayan sido violadas por primera vez. En efecto, quien viola la ley, no teme mucho la pena que le espera, la cual no es, por lo tanto, suficiente. ¿Direis, por ventura, que lo será cuando la haya cumplido y la conozca mejor? Lo concedo; pero os suplico que seais consecuentes. ¿Quién os dice que la misma pena sufrida, una segunda, una tercera vez, no sea también suficiente para prevenir una nueva reincidencia? Suponeis lo contrario, porque no ha podido contener la primera vez al culpable, y es de presumir, decís, que no tendrá más imperio la segunda vez que la primera. Esta presuncion no me parece legítima, en primer término, porque una pena llega á ser tanto más intolerable cuando es más repetida, á ménos que no pierda por el hábito de sufrirla toda su eficacia.

Esta presuncion tiene otro inconveniente todavía, y es el de ser una. No es justo castigar preventivamente ó por un delito que no es cometido; porque entónces se cae en el falso sistema que establece la defensiva ó la pena anticipada como base del derecho criminal, y se convierte toda la legislación penal en leyes contra los sospechosos.

Es inútil responder que esta suspicacia no tiene lugar sino contra los reincidentes, porque, ó es legítima áun bajo este punto de vista ó no lo es: si no lo es, ¿por qué esta iniquidad no podría extenderse igualmente á otros? Si lo es, ¿quién tendría derecho á quejarse de ella y á qué conduciría entónces una distincion?

Pero debemos repetir que no es justo castigar un delito posible, ni áun probable; y eso es lo que vosotros haceis cuando fundais una agravacion fundada de la reincidencia en el temor de una nueva recaida, ó en una falta de correccion suficiente no ha sido corregida.

Notad, además, que si haceis entrar la ejemplaridad en el fin de la pena, será necesario elevarla por esta razon contra todos los delinquentes que se hallan en el principio de

su carrera, porque está demostrado por los hechos que el ejemplo no ha sido bastante eficaz; y entonces, ¿en qué vías de terror no os empeñáis y hasta dónde no os conducirá ese sistema de atrocidades?

8. Antiguamente era el interés del individuo, su moralidad lo que se alegaba; quizá su inmoralidad. Ahora es el interés público, la seguridad comun que se dice no se halla suficientemente garantida sin esta agravacion de la pena.

Pero debemos repetir una vez más: si esta seguridad es la medida de la pena, sed atroces, draconianos y os hallareis quizá más seguros de vuestro hecho. Digo quizá, y debería decir que no, puesto que es cosa probada por los hechos como por el análisis del corazón humano, que cuanto más cruel es una legislación es más detestada; las costumbres son más feroces; las leyes más despreciadas y hay más criminales.

¿Son necesarias tantas palabras para demostrar que el miedo no es la base legítima del derecho de castigar? Tomad todas las precauciones propias para establecer la seguridad, pero que estas precauciones no vayan á castigar delitos imaginarios, por probables que os parezcan.

La seguridad pública (no me refero á la tranquilidad) no es tampoco la medida de la pena, sin que fuera necesario castigar tanto más rigurosamente cuanto el delito fuese más probable, porque es más comun, aunque fuese poco grave en sí mismo. Y la sociedad no puede castigar así en número, abstracción hecha de la gravedad, porque sería razon del entonces castigar á un individuo no solamente por su propio delito, sino tambien por los delitos de sus conciudadanos. Que se eleve la pena, si es susceptible de ser elevada, es decir, si no es ya proporcionada á la gravedad del delito, pero que no se vea una gravedad superior en una especie de enfermedad endémica que hace el delito contagioso. Si este es un mal, debe ser curado por otro medio más en relacion con su verdadera causa.

Hé aquí las grandes injusticias, aparentes al ménos, de la agravacion, fundada en la reincidencia. Un célebre criminalista, Carnot, había hecho notar ya que no es justo acordarse de que se ha cometido un primer delito y olvidar que se ha castigado; que, por otra parte, un primer delito no es una circunstancia del segundo, y que imponer á éste una

pena más grave á causa de aquél, es violar la máxima *non bis in idem* (1).

Todas estas consideraciones no nos parecen sujetas sino á una sola dificultad séria; la de saber cómo se las conciliaría por una parte con las circunstancias atenuantes ó agravantes tomadas del carácter moral del agente, y de otra con la pena que alcanza á la tentativa, áun en el delito frustrado.

Esta objecion no es, sin embargo, indestructible. Puede decirse respecto á la primera dificultad:

1.º Que es perfectamente licito sacar de la moralidad presumida del sugeto motivos de atenuar su pena, puesto que la pena propiamente dicha, y sobre todo un cierto grado de la pena, no es de obligacion para la sociedad que la impone.

2.º Que las circunstancias de este orden que parecen agravantes, deberían eliminarse siempre y no determinarse el grado de la pena sino segun el dolor ó el perjuicio ocasionado, y la dificultad ó la impotencia en que se hallaba de escapar de ella aquel que la ha sufrido. Esta manera de considerar el delito en todas sus circunstancias y sus efectos relativamente al que los sufre, conduciría tambien seguramente al *máximum* de la pena, tanto como las consideraciones morales de otro género. Todo esto se conciliaría, pues, y no nos hallaríamos expuestos á ejercer venganzas para hacer justicia.

Los mismos principios nos conducirían á no castigar en el delito intentado, frustrado, etc., sino el mal cometido realmente, y jamás la intencion, la preparacion ni la ejecucion inofensiva en sí. Pero se podría considerar como un mal punible el terror ocasionado, la perturbacion y la inquietud producidas en el espíritu de aquel contra quien se hace la tentativa, la alarma producida por fuera, y en una palabra, todo el mal que ha sido realmente hecho. De esta manera, la tentativa suspendida ó impedida por un poder extraño (delito intentado ó frustrado) sería castigada en su justa medida, y no nos entraríamos en sutiles y peligrosas distinciones.

De cualquier manera que sea, hay otras cuestiones muy importantes que decidir en la reincidencia:

(1) *Comentarios del Código penal*, t. I, p. 162.

1.º ¿No se deberá tener en cuenta el tiempo, ó no se considerará reincidencia, sino en el caso en que haya recaído en un intervalo de tiempo determinado?

2.º ¿Sería indiferente haber sufrido por completo su pena, ó no haberla sufrido sino en parte, ó haberla prescrito ya?

3.º ¿Bastará quizá con haberla merecido, y con que haya prescrito la acción pública? ¿Cuál será, en fin, el exceso de la pena que corresponda á este exceso de culpabilidad?

Compréndese toda la importancia de estas cuestiones. Si por ejemplo, se fija una duración de seis meses, de un año, etc., pasado cuyo tiempo, un individuo no se halla expuesto á ser condenado más severamente por causa de reincidencia, se seguirá de aquí que aquel que sea más hábil, bastante dueño de sí mismo para esperar que expire este intervalo de tiempo, podrá reincidir impunemente cuanto quiera, por lo ménos en cuanto á la circunstancia gravante, mientras que otro más débil, más excusable, habiendo reincidido quizá ménos veces, será, sin embargo, más duramente castigado, aunque sea ménos culpable. Nuevo motivo para que en este sistema no se tenga en cuenta el estado moral del individuo.

Se ha variado mucho sobre esta cuestión de tiempo. La causa está quizá en haberla querido resolver. Habría sido necesario al ménos llamar la atención del juez sobre la cuestión de saber si el individuo que no ha reincidido en el plazo fijado, ha podido ó no haberlo hacer. Es verdad que no se puede concluir de esta feliz impotencia que haya habido reincidencia en el caso contrario, pero es quizá una razón también para ser ménos severos con los que han sucumbido más pronto á una tentación de todos los días y de todos los instantes.

Por otra parte, el no decidir nada respecto al tiempo es exponerse á hacer perder el fruto de todos los esfuerzos que ha podido desplegar un culpable para no recaer con más frecuencia. Es cierto que esto no es más que un mérito moral negativo, no siempre es evidente, y que la sociedad no se halla obligada á recompensar. Es preferible, en definitiva, que el legislador guarde silencio en este punto, y que abandone este lado de la cuestión á la conciencia del juez.

Cualquiera que sea el tiempo que separe un primer delito de un segundo de la misma naturaleza, la presunción

del cambio moral se halla desmentida por los hechos, y desde el momento en que se desliza por la pendiente de este género de agravación, es necesario tener el valor de mantenerse en ella, y de castigar una reincidencia como tal, por tarde que se cometa. Poderosas razones morales habría en apoyo de esta tesis, pero serían razones morales solamente.

Si es indiferente, para ser castigado como reincidente, haber sufrido la pena toda ó en parte, ó no haberla sufrido, (lo que opinamos nosotros en el sistema), ¿cómo se puede argüir en favor de este sistema, manteniendo la agravación de la segunda pena, so pretexto de la insuficiencia de la primera? ¿Cómo se puede saber que ha sido insuficiente, puesto que no ha sido sufrida, ó sólo lo ha sido en parte? Esta es una nueva injusticia.

Nadie es reputado culpable si no ha sido condenado, y así, aquel cuya acusación ha prescrito, no puede ser considerado como reincidente cuando comete un nuevo delito.

El aumento de la pena señalada á la circunstancia de la reincidencia, debe ser, á juicio de los más sabios jurisconsultos y de los legisladores más inteligentes, el *máximum* de la pena afecta al delito.

La circunstancia de la agravación, dicen, no cambia la naturaleza del delito, y no se puede, por lo tanto, imponerle una pena reservada á un delito superior. Respecto á nosotros, preferiríamos este mal menor á uno mayor; tampoco nos hallamos ménos dispuestos á ver la circunstancia de la reincidencia paralizada por una rehabilitación, que sería una *restitutio in integrum*, un reconocimiento del error de la justicia. La gracia hace presumir que es merecida, y parecería deber procurar las mismas ventajas. En cuanto á la amnistía, es un olvido ántes del juicio, como la gracia es un perdón despues de él: razón también para decidir de igual manera, tanto más, cuanto que no ha habido condenación. Aquí sólo hacemos derecho teórico puro, sin interpretar el Código penal francés, no obstante que no debe olvidarse.

Hemos reproducido sinceramente todo lo que se ha dicho en favor de la agravación, y creemos haberlo apreciado en su justo valor. Dificilmente se nos refutará; pero nos hallamos persuadidos también de que habremos convencido á pocas gentes, y que habrá algunos que todavía mantengan

el criterio de la conveniencia de la agravacion de la pena. Esto es más que un prejuicio; es una especie de instinto que se explica perfectamente por el resentimiento de la venganza, y por la persuasion en que se está de que castigando con más rigor se corregirá con más seguridad. Pero si la venganza es un mal sentimiento, y si la correccion no es un bien que se trate de obtener á todo precio, es claro que no se justificará la agravacion de la pena por esta doble razon: es necesario buscar otras.

Pasemos, pues, á una cuestion más elevada, que es el fundamento del derecho criminal. ¿La sociedad tiene el derecho de castigar, ó sólo tiene el de defenderse? Como trataremos esta cuestion en lugar más conveniente, nos bastará anticipar aquí la solucion y discurrir en consecuencia.

Si la sociedad sólo tuviese el derecho de castigar propiamente dicho, es decir, el de inferir un mal por otro sin ningun interés, ó aún proponiéndose por fin la enmienda moral del delincuente, no podría sin injusticia causarle un mal mayor que aquel que ha sido ocasionado por el culpable, ó más bien el que ha querido causar. No podría tampoco causarle ninguno desde el momento en que le creyera arrepentido, si el cambio moral era el fin perseguido por la pena. En el sistema del derecho de castigar, la agravacion penal de la reincidencia es, pues, absolutamente inexplicable.

Queda el derecho de defensa. Dícese con razon que éste es indefinido. En efecto, no tiene su medida en sí mismo, sino en el grado de energía que se ha hecho necesario para el ataque y para rechazarle. Cualesquiera que sean la naturaleza y la importancia del objeto del derecho atacado, por lo mismo que es un derecho, y que todo derecho es sagrado, el que lo posee se halla por esto investido del derecho de defenderle por todos los medios que sean necesarios: el agresor es quien se ha creado esta posicion más ó menos sensible y sólo á él le es imputable. Y para llevar luego las cosas al extremo, si debe sucumbir en la proteccion del más mínimo derecho que ataque, es decir, si este derecho no puede ser eficazmente protegido sino bajo aquella deplorable condicion, el que lo defienda por semejante medio, no es ménos inocente, en derecho estricto, por reprehensible que pueda ser en moral, que el propietario que hubiera rodeado su jardin de una verja formada con hierros

puntiagudos, si un ratero que hubiera querido saltarla se hubiere clavado en ella.

La defensa es no solamente un derecho, sino tambien inseparable del derecho de ser en principio suficiente ó eficaz.

El legislador que se halla en presencia de una reincidencia posible despues de un primer castigo sufrido, puede pensar razonablemente que los medios de defensa establecidos para el primer delito, y fundados únicamente sobre el principio de la equidad penal ó de la reciprocidad no son suficientes para garantir la sociedad. No tiene para qué ocuparse del grado de libertad y de moralidad del reincidente. No es ni puede ser juez: sólo tiene una mision; la de proteger el derecho de los ciudadanos con medidas que se han hecho necesarias; y esta proteccion comprende aún los derechos del culpable que no deben ser castigados sino en una justa medida, la cual es justa en primer término, cuando no traspasa los límites del mal ocasionado por el delito, y lo es tambien, cuando excediendo al mal ocasionado por la reincidencia, no es, sin embargo, considerada por una razon sana y tranquila, sino como meramente suficiente para contener á un enemigo más ó ménos declarado de la justicia.

Sólo bajo este punto de vista puede decirse que si el legislador cree que es necesaria para proteger suficientemente á la sociedad una pena mayor que el perjuicio, tiene el derecho de castigar con ella los primeros delitos; presuncion que no puede establecer equitativamente. En efecto, jamás hay motivos para pensar que una sociedad se compone generalmente de hombres que quieren su mal, que lo prefieren á su bien, y que colocados entre dos males eligen voluntariamente el peor; y por lo tanto, no hay razon suficiente para traspasar los límites de la justicia en las disposiciones penales destinadas á reprimir los primeros delitos.

En vano se argüiría con el pretendido hecho de que estas disposiciones son consideradas insuficientes, puesto que no impiden en realidad los males que tienden á corregir. Esto no sería más que un sofisma. No se tendrían para nada en cuenta las debilidades y las pasiones humanas, la esperanza de la impunidad, etc.; todas esas cosas que sin ser crímenes en sí mismas, pueden, sin embargo, condu-

cir á ellos. No se atiende á que la severidad de las penas sería tambien insuficiente para prevenir todos los delitos, y que ademas desmoralizaría á los pueblos por su arbitrariedad, al mismo tiempo que tendería por su crueldad á hacerlos feroces.

Es necesario, pues, establecer en principio que habrá siempre delitos por severas que puedan ser las leyes, é indudablemente más delitos aún, cuanto más severas sean. Es necesario inspirarse en un estado de cosas que se funda en la naturaleza humana, y limitarse á los medios represivos dictados ó permitidos por la justicia. La insuficiencia de estos medios es una de esas desgracias necesarias, producto inevitable de la condicion humana, y sería más perjudicial que útil el querer extirparla radicalmente.

Pero esto no es una razon. Habrá siempre reincidencias, cualquiera que sea la gravedad de la pena destinada á reprimirlas, por lo cual es inútil esta agravacion. Sin duda habrá siempre reincidencias; pero si se puede racionalmente esperar que haya ménos aumentando la pena, sin hacerlo con cólera, sin medida, ó bajo el imperio de un terror inusitado, es cierto que se puede por este medio proveer á una más segura proteccion.

El error posible no está en la agravacion misma de la pena, sino en su exceso.

¿Cuál debe ser, sin embargo, la regla de la agravacion para que no exceda de los límites de la justicia? Nada preciso se puede decir sobre este punto. Una vez apartados del principio de la reciprocidad para referirse al de la necesidad de una defensa eficaz, se cae inevitablemente en una cierta arbitrariedad, la cual puede ser injusta si excede de los medios de rigor necesarios para proteger racionalmente á la sociedad. Parece, sin embargo, que á ménos que concurren circunstancias que cambien la especie del delito, es justo: 1.º no cambiar la especie de la pena; 2.º elevarla simplemente á un grado más alto, en el caso en que siendo divisible, no haya sido impuesta al principio en el *máximum*; 3.º si ha sido impuesta en el *máximum*, agravarla por circunstancias accesorias en la manera de hacerla sufrir, por ejemplo, en un régimen más duro, etc. Cualquiera que sea la clase de la pena, pueden adoptarse mil medios con este objeto en los reglamentos de las Casas de correccion.

Resumiendo los puntos capitales de este capítulo, dire-

mos, que si la mayor parte de los legisladores han castigado más severamente la reincidencia que la primera falta, es porque han cedido ó á un sentimiento de irritacion ó de venganza, ó al temor de un mayor peligro para la sociedad en presencia del hábito del mal, ó á la presuncion de la insuficiencia de la pena para un culpable á quien no detendría, aun cuando la hubiera sufrido ya, ó á la suposicion de una mayor perversidad por parte de aquel á quien un castigo sufrido no ha podido contener. Todas estas consideraciones son insuficientes para motivar la aplicacion de una pena superior ó de otra clase, y dificilmente bastan, ni aun en los casos más graves, para motivar el *máximum* de la pena señalada al delito no repetido.

La agravacion de la pena en caso de reincidencia nos parece motivada de hecho en la presuncion de un mayor grado de perversidad, es decir, en una consideracion moral que para nada debiera tener en cuenta el legislador, tanto más, cuanto que esta presuncion podía no ser más que una falsa apariencia, ya que el hábito del mal, y del mismo mal sobre todo tiende á una especie de manía, ya porque la pasion que es su móvil, contraria tanto más profundamente la libertad, cuanto más fuerte y más habitual es (1). De suerte que el culpable léjos de serlo moralmente cada vez más con el tiempo, lo llegará á ser cada vez ménos á medida que pierda más y más su libertad por el hábito del mismo crimen. Si esto no fuera una razon para considerar el hábito de la reincidencia como una monomanía, á ménos que ésta no se hallase claramente establecida, no sería tampoco una razon para tratarla más severamente que el simple y único delito de su especie: lo que nos ha hecho concebir una séria prevencion contra la agravacion de la pena por causa de reincidencia.

Sin embargo, la opinion y la práctica contrarias, casi generales, no dejan de ser importantes, y deben tomarse en séria consideracion, siendó inexplicables, y aún imperdónables, si se le da por base al derecho criminal el simple

(1) Los teólogos moralistas han reconocido tambien que las pasiones son á veces tan violentas que el libre albedrío se encuentra en ellas singularmente debilitado, ademas de que la inteligencia puede ser oscurecida ú ofuscada.—V., por ejemplo, el cardenal Gousset, *Theologia moral*, t. I, c. 2, p. 7, ed. 1853.

derecho de castigar: para encontrar una razon suficiente y legitima, es necesario partir del derecho de defensa más, extenso en sus medios que el derecho de castigar; pero este derecho, si no se halla regulado, atemperado por el derecho de reciprocidad, llega á ser de muy peligrosa aplicacion; la arbitrariedad es inminente, y si la dulzura de las costumbres no viniese á ponerle un freno, la humanidad y la justicia misma podrían sufrir sus consecuencias. Pero es más seguro todavia tener aquí por regla principios claros y ciertos que sentimientos oscuros y dudosos. Se podrán, por lo tanto, indicar algunas consideraciones encaminadas á regular la agravacion de la pena en materia de reincidencia, y esto es lo que hemos hecho.

CAPITULO IX.

DE LA ALARMA, DE LA AMENAZA, DE LA SEGURIDAD PÚBLICA Ó PRIVADA Y DEL DERECHO DE ATENDER Á ELLA.

SUMARIO.

1. Si la pena preventiva es inadmisibile, las medidas de policia, restrictivas de la libertad son muy legitimas.—2. La distincion es necesaria puesto que se funda en principios racionales.—3. El abuso que se puede hacer de ella no aminora su importancia.—4. Hay, por otra parte, medios de prevenirla.—5. Hay sospechas de tal manera fundadas, que autorizan la medida preventiva.—6. La eleccion de estas medidas está muy limitada.—7. No se hallan ménos en el interés de aquellos á quienes alcanzan que en el del público ó de particulares determinados.—8. Restriccion de la libertad y del trabajo; deportacion en caso necesario.

Hemos visto en el capitulo precedente que la sociedad no tiene el derecho de castigar los delitos posibles ni áun probables, ó en otros términos, que las penas preventivas son una iniquidad real. La teoria penal de la sospecha y de la represion preventiva, es pues, inadmisibile.

Pero lo que puede admitirse, lo que es muy justo, lo que se halla perfectamente en las atribuciones de los poderes públicos que están llamados á prevenir el mal asegurando el orden, á ejercer una policia verdaderamente preventiva, es, no el castigar un mal probable, sino impedirlo por los medios que se estimen suficientes.

Esto no es una pura distincion de palabra, y áun cuando ciertos medios preventivos serian más duros que las penas de la misma naturaleza, no por esto dejarian de ser simples medidas de orden y no penas, ni serian ménos legitimas, si se considerasen racionalmente necesarias.

No se nos oculta lo que en apariencia hay de peligroso en armar así al poder contra la libertad individual; pero suponed que el poder ejecutivo es lo que debe ser y nada más; que se halla bajo la inspeccion de un poder superior que está llamado á pedirle cuentas de sus actos; en una palabra, que es jurídicamente responsable, y que esta responsabilidad es efectiva. Ningun peligro verdadero habrá en-