

hubieren entrañado la confusion de los inocentes con los culpables.

Esta especie de rehabilitacion debería llevar otro nombre, puesto que la posicion de los que deben aprovecharse de ella es por completo diferente de la de aquellos que están llamados al beneficio de la primera. Es una verdadera reparacion que debe llegar hasta la indemnizacion (1); pues no se trata solamente de reconocer á aquel que ha sido condenado injustamente los derechos de que jamás debería haber sido privado, sino que es preciso reparar, en cuanto sea posible, el mal y el prejuicio sufridos (2).

La demanda de revision debería igualmente estar abierta á los reincidentes, si bien exigiendo de ellos una prueba más lata; así como tambien á los condenados á destierro, y á los que lo están á penas correccionales é incapacitados perpétua ó temporalmente.

(1) De la cual estaría encargada la sociedad como quiere Bentham: hasta este punto llega la solidaridad social.

(2) Cf. Art. 443-447.—*Cod. inst. crim. Demanda de revision.*

LIBRO SEGUNDO.

DE LAS PENAS EN GENERAL.

CAPITULO I.

ESENCIA DE LA PENA.—SU FIN.

SUMARIO.

1. Necesidad de determinar la naturaleza de la pena.—2. Las lenguas no dan á conocer más que un hecho, pero nada sobre su legitimidad.—Desacuerdo entre ellas.—3. Los jurisconsultos no están de acuerdo.—4. Tampoco lo están los filósofos.—5. Qué es lo que conviene llamar pena.—6. Diversas cuestiones que se relacionan con la precedente.

No es ménos importante determinar bien la idea de la *pena* que la del delito; mas tampoco es menor la dificultad. Si consultamos las lenguas, las etimologías, no nos enseñan sobre esto, más que un hecho; nada sobre la justicia de este hecho.

Segun unos, la palabra pena viene de *ποινή*, que significaría propiamente la multa pagada por un homicidio, y, por extension, la reparacion de un delito, la satisfaccion por una ofensa; la venganza, el castigo, la expiacion, la víctima expiatoria, el sufrimiento, la pesadumbre, el dolor, el precio, la recompensa, etc. De aquí las locuciones griegas y latinas: *ποινὰς δοῦσαι ὁ τίται* *pœnas dare, luere*; *ποινὰς ἀπαρτεῖν*, *pœnas repetere*; *ποινὰς λαβεῖν*, *pœnas sumere*.

Segun otros, aquella palabra viene de *πόνος*, trabajo, fatiga, sufrimiento; ó de *pendere*, pagar, segun Varron.

La palabra alemana *strafen*, castigar, viene de *streifen*,

abatir, golpear, derrotar, la cual tendría su origen en *σπέρειν* revolver, agitar, atormentar.

Si consultamos á los jurisconsultos, Ulpiano nos dirá que la pena es la venganza de un delito (1), y los glosadores la definirán: «la satisfaccion de los delitos, impuesta por la ley ó por su ministerio» (2).

Los canonistas se han formado una idea análoga: es decir, una lesion destinada á vengar una falta: *laesio quae punit, vindicans quod quisque commisit*» (3).

Estas diversas definiciones convienen en gran parte en lo siguiente: *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*, que es tambien la de Grocio y Puffendorf.

Los filósofos han buscado la razon de la pena, ora en la justicia absoluta, ora en el fin interesado que se puede proponer el castigo, ora en estas dos cosas reunidas.

Segun Platon, la injusticia es un gran mal, la impunidad un mal más grande aún; de donde deduce, que la pena es un bien para el culpable, viendo tambien en la pena dos grandes efectos: la correccion, el mejoramiento del culpable, y el temor saludable que el castigo puede inspirar á los que cayesen en la tentacion de imitarle.

Aristóteles distingue dos intereses en la pena: el interés del paciente, que puede ser con ella mejorado, la correccion, y el interés de aquel que la impone (la pena propiamente dicha), que sería una especie de satisfaccion.

Plutarco no ve esencialmente en la pena más que un remedio para el alma (4); idea enteramente platoniana, más bien del orden moral que del jurídico, pero que podría muy bien remontar la concepcion fundamental del sistema penitenciario algo más de lo que se creería á primera vista.

Séneca, que cita á Platon en esta materia, opinaba lo mismo (5). Despues de este filósofo, ha sido cuando Cu-

(1) *Noxae vindicta*, D., *De verbor. signif.*, I, 131.

(2) Glos. I., *In rubr. de poenis*.

(3) C., *Poenitentia est quaedam*. Diss. 3.

(4) *ταπεινά τῆς ψυχῆς*

(5) Este filósofo tiene muy bellos pensamientos sobre la penalidad: «hoc semper in omni animadversione servabit, ut sciat, alteram adhiberi ut emendet malos, alteram ut tollat.» (*De ira*, II, 3).—«Nihil minus quam irasci punientem decet: quum eo magis ad emendationem poenis genus remedii loco admoneo» (*Ibid.*, I, § 15 y 16.—V. tambien *De Clementia*, I, 22.—De Platon V. las Gorgias. Cf; Aulo-Gelio, *Noches át. cas*, VI, 14.

jas ha dicho «*Pœna est delictorum sive criminum coercitio inducta ad disciplinae publicae emendationem, et ut exemplo caeteri deterreantur, et non quia peccatum est, sed ne peccetur quia praeterita revocari non possunt, sed caventur futura*» (1).

En el siglo XVIII, cuando los filósofos criminalistas reconocían ménos á la sociedad el derecho de castigar que el de defenderse, la pena no debía ser más que la accion de rechazar la violencia por la violencia, el mal por el mal; idea que bien comprendida, difiere poco de la de los jurisconsultos, puesto que implica reparacion é intimidacion. Tal era la manera de pensar de Beccaria, de Mably, de Rousseau, y de Blackstone, y es aún la opinion de un gran número de criminalistas de nuestros dias, por ejemplo, de Philipps, de Romagnosi y de Rosmini (2).

Kant y otros muchos filósofos de Alemania ven en la pena, en la imposicion de un mal físico por un mal moral, algo que es necesariamente justo, obligatorio, aún para la sociedad, aunque no tuviese absolutamente nada que temer ni del culpable, ni de aquellos que podrían imitarle: la pena es entonces una deuda que la sociedad no puede ni remitir ni conmutar; la justicia absoluta quiere ser pagada, satisfecha; y la sociedad, que está encargada de hacer efectivo este pago á expensas de sus miembros culpables, asumiría la falta que dejase impune. La justicia criminal sería, pues, absoluta, inflexible, obligatoria por si misma de parte del poder llamado á ejercerla, é independiente de toda consideracion interesada. Kant piensa, pues, que es el efecto jurídicamente necesario de un delito (3); mas tememos que confunda el aspecto jurídico ó de derecho de la pena con el aspecto moral, y que ademas no conceda al hombre una autoridad, un derecho en consecuencia de este deber, que sólo pertenece á Dios.

No recordaremos más que una sola definicion, la de Ancillon: «la pena es un mal físico, positivo ó negativo, unido á una accion para apartar de ella al autor, ó si esta accion ya se ha cometido, para separar de ella á otros agen-

(1) V. la Glosa tit. de poenis.

(2) Mas este exige ciertas condiciones y restricciones.

(3) V. *Principios metafísicos del derecho*.

tes, ú obtener una reparacion proporcionada al daño causado (1).»

Como se ve, las etimologías no ofrecen más que un *hecho*, jamás el *derecho* de este hecho; y aún en cuanto á él, no siempre están de acuerdo; lo cual prueba que el pueblo que forma las palabras y concibe las ideas que expresan, no está ménos dividido que los sabios. Las definiciones de éstos no son más instructivas que las denominaciones de aquél; y aunque estuviesen de acuerdo, siempre quedaría el comprenderlas, juzgarlas, ponerse uno de acuerdo con ellas.

Dejemos ya, pues, las palabras y las definiciones, y examinemos por nosotros mismos lo que conviene llamar pena, lo que ésta debe ser, si por otra parte, es posible, y esto sin prejuzgar cosa alguna. ¿Cómo podríamos, en efecto, juzgar de la legitimidad de la pena, de su posibilidad jurídica, si nouviésemos alguna idea de ella, ó si la idea que tuviésemos fuese falsa?

Ante todo, ¿qué es la pena?

La pena es susceptible de ser considerada bajo distintos aspectos, y esta es la razon por que se la define de muy diversos modos.

La pena se presenta á todos los espíritus como un sufrimiento que se hace sentir á un agente por haber atentado contra el derecho de otro. Tal es la idea general que se descubre en el fondo de toda pena.

Mas, ¿con qué objeto se hace sufrir de este modo á aquel que ha lesionado á su semejante?

¿Es por satisfacerse con el placer que se experimenta en hacer ó ver sufrir á aquel que nos ha causado un mal? La pena sería entonces la *venganza personal*.

¿Es por satisfacer la misma necesidad sentida tambien por todos los miembros de una sociedad, á consecuencia del espíritu de comunidad y simpatía que las une, necesidad que es entónces sentida, pero que tambien corre el riesgo de extraviarse?—La pena sería, pues, la *venganza pública*.

¿Es para restablecer una especie de órden perturbado, una especie de igualdad entre un mal físico que no habría debido ser, y un mal de la misma clase que debería ser por consecuencia del primero?—La pena sería entonces

(1) *Del espíritu de las constituciones sociales y su influencia sobre la legislación.*

una justicia distributiva del mal físico, segun la noción de la igualdad.

¿Es, por el contrario, para compensar un mal moral por un mal físico?—La pena sería en este caso una *expiacion*.

¿Es en interés moral del culpable, para hacer renacer en él sentimientos de honradez que jamás debieron borrarse?—La pena no es, en este caso, más que un *régimen moral*.

¿Es en interés de la seguridad individual y pública?—La pena no sería entonces más que la *defensa personal y pública*.

¿Es, en fin, por muchas de estas consideraciones á la vez, ó por todas reunidas?

Esto es lo que es preciso examinar (1).

(1) V. además sobre la naturaleza, el origen, el fin, la medida y la clasificación de las penas, las obras especiales siguientes: Ar. D. R. *Roddalmus, De origine juris puniendi*; L. B. 1742; *Holtze* (G.—G. De) *De natura pœnarum*; Troj., 1754.—G.—G. Hooft, *De pœnarum origine et distributione*; Lugd. Bat., 1763;—L.—J. Nepveu, *De origine et mensura pœnarum*, Maestr., 1773.—S.—J. *Honore, De fine pœnarum*; Lugd. Bat., 1763;—C.—S. Vening, *De fine pœnarum*., 1826.

CAPITULO II.

SI LA PENA TIENE SU RAZON EN LA VENGANZA PERSONAL.

SUMARIO.

1. Qué es la venganza.—2. Sentimiento tanto más vivo y difícil de contener cuanto ménos civilizado es el hombre.—3. La venganza no conoce ni la eleccion ni la medida de la pena.—4. Si el hombre aislado tiene el derecho de castigar.—5. Razon del exceso de los castigos fuera de las sociedades civilizadas.—6. Igual razon del mismo hecho en las guerras internacionales.—7. Progreso del derecho de castigar pasando del estado de aislamiento al de horda salvaje.—8. La venganza está aquí sometida ya á ciertas reglas en cuanto á su naturaleza ó intensidad. La pena es aquí todavía una pasion, pero una pasion ya humana.—9. Diferencia entre la venganza y el instinto análogo al del bruto.—10. Diferencia entre la venganza y la pena propiamente dicha.—11. Consecuencias de la identidad falsamente supuesta entre estas dos cosas.

La venganza es un sentimiento vivo y profundo que nos lleva á maltratar á aquel de quien hemos recibido alguna injuria: es una necesidad hacer mal cuando y á aquel de quien se ha recibido; y parece haber en ella tanto más placer para el hombre, cuando éste es ménos civilizado, ó los sentimientos nobles están ménos desarrollados ó son ménos poderosos. Los salvajes encuentran en ello un irresistible atractivo, y lo sacrifican todo á esta horrible pasion.

«He conocido Indios, dice Adair, que para vengarse, han recorrido mil leguas al través de los bosques, de las montañas y las marismas cenagosas, expuestos á todas las intemperies, al hambre y la sed. Su deseo de venganza es tan violento, que les hace despreciar todos estos peligros, con tal de tener la dicha de arrancar la cabellera del homicida ó de un enemigo, á fin de apaciguar las sombras irritadas de sus parientes, víctimas de un homicidio (1).»

(1) Adair, *Hist. of Amér. indien.*, p. 150. Robertson hace de esta necesidad el carácter distintivo de los hombres en el estado que precede á la civilizacion; explica este sentimiento por la constitucion misma

En el estado de aislamiento, los hombres no tienen otras leyes que aquellas cuyo gérmen ha sido depositado en la razon de todos por la misma naturaleza; gérmenes que necesitan del medio social para desarrollarse.

Apénas existe, pues, una ley natural aun para hombres que casi no son dignos de este nombre. Para ellos no hay más que instintos, é instintos ménos seguros que los de los animales, puesto que los hombres están destinados á guiarse por la razon y no por el instinto.

Si el hombre aislado, el hombre en estado de naturaleza no fuese una suposicion enteramente gratuita, sería, una especie de monstruosidad; no sería ni hombre ni bestia.

Supongamos, sin embargo, que después de haber vivido más ó ménos tiempo con aquellos de quienes han recibido la existencia, los hombres se dispersan y aíslan: ¿cuál será su derecho criminal si llegan á encontrarse de frente y á disputarse una presa? Tal derecho no será ni escrito ni convencional; allí no hay sociedad, ni, por consiguiente, leyes. Será, pues, reputado delito todo acto que parezca tal á aquel que lo sufre; la defensa será proporcionada á la cólera y á las fuerzas del agredido, más bien que á la culpabilidad del agresor; nada de eleccion ni medida en la pena; la violencia, los golpes, las heridas, el homicidio: hé aquí la manera de castigar en esta situacion.

Si la nocion de la pena lleva consigo la de una defensa preventiva, cual es la de hacer perder al agresor el deseo de renovar la agresion, es lo cierto, sin embargo, que el hombre aislado tiene el derecho de castigar en este sentido, y que puede tener concepto de él. Bajo esta relacion, la pena es posible fuera de la sociedad; pero como la seguridad es aquí el fin que se busca, cuanto más débil es el individuo que quiere obtenerla, más extremados pueden ser sus medios, y ménos moderacion puede haber en el castigo. Preciso es reconocer que el derecho de defensa le autoriza para ello.

Este estado imperfecto de la falta de derecho criminal entre hombres aislados, es, empero, el que regula muy frecuentemente las relaciones internacionales, esto es, el estado de guerra. Este se distingue, sin embargo, de aquél por las

de la sociedad salvaje, y cita en apoyo de su asercion á Boucher, Charlevoix, Lery Lozano, Henepin, Colden, Herrera. (Robertson, *Hist. de Amér.*, lib. 14, p. 560 y 561, edit, panth. Littér.)

siguientes diferencias: por un interés mejor entendido á veces; porque tiende al más alto grado de civilizacion, á las negociaciones diplomáticas, á la intervencion pacífica ó armada de potencias amigas, aliadas ó rivales; y por los tratados existentes, que son un comienzo de sociedad cuando han sido libremente consentidos, pero que carecen siempre de una autoridad soberana capaz de hacerlos respetar.

Los pueblos salvajes, por el mero hecho de tener una autoridad soberana ó algo que á ella se aproxima, son ya susceptibles de un derecho penal ménos imperfecto que el que reina entre las naciones más civilizadas. Dichos pueblos están todavía en el estado de naturaleza, en el estado salvaje.

Con el sentimiento apasionado de la venganza que anima al salvaje, se mezcla ya, sin embargo, cierta noción de justicia, puesto que el homicida reconoce que es culpable y se entrega sin dificultad, y acepta la muerte con valor, ménos como expiación que porque es merecida.

Entre los naturales de Nueva-Holanda, si las leyes han sido violadas por un miembro de la tribu, el castigo que se le aplica está en razon de la gravedad misma del delito; mas no parece que la pena de muerte sea jamás aplicada, como se hace en el antiguo mundo, puesto que la destreza de culpable puede casi siempre sustraerle del castigo. En algunos casos se impone el destierro, y este género de castigo es siempre vivamente sentido por los naturales, dotados en general de un amor extremo al suelo natal (1).

No es raro, sin embargo, que ellos se destierren voluntariamente de la poblacion para evitar un castigo merecido. Si vuelven luégo, es porque juzgan que la cólera de las personas lesionadas se ha calmado, y entónces sufren la pena de su delito; pena que, no siendo ya aplicada con pasion, es necesariamente ménos rigurosa (2).

Segun los principios recibidos de que todo delito exige una reparacion, no se debe extrañar que se apele á las vías de hecho, y sobre todo á los duelos, que son su consecuencia (3).

Siempre que un natural ha sido víctima de un asesinato, sus parientes, y segun parece hasta á sus amigos, tienen

(1) Freycinet, *Viaje al rededor del mundo*, t. III, p. 785.

(2) *Ibid.*, id., p. 786.

(3) *Ibid.* id.

derecho, si el verdadero culpable les es desconocido, á llamar á combate á las personas que, habiendo presenciado el suceso, deben responder de las consecuencias, ora haya sido muerto el hombre atacado, ora no haya sido más que herido (1).

La venganza es, pues, ya una pasion humana; el animal se defiende á la vista de su enemigo irritado; mas ¿se vengará? Menester sería para que se vengase, en el sentido propio de la palabra, que tuviese la noción de lo justo y de lo injusto; porque la venganza no es una pasion puramente instintiva y ciega, sino que supone ideas, derechos, teniendo ciertas relaciones con la justicia penal, como veremos despues de hablar del Talion. Mas como el hombre puede exagerar sus derechos, creerse tambien lesionado cuando no lo está; como la pasion puede cegar en esto de varios modos, se comprende que á pesar de todo lo que puede haber de justo en la retribucion del mal por el mal por sentimiento de venganza, la sociedad no puede permitirla, y toma por su cuenta los derechos del ofendido.

Bastaría que la venganza no se distinguiese de la justicia más que por la falta de medida, y sobre todo por el placer inherente á castigar el hombre por sí mismo á aquel de quien ha recibido alguna ofensa, para que difriese de la pena, que siempre se presume justa, aplicada sin pasion y aún con pesar.

Si el derecho de castigar consistiese, como piensan Brukner (2) y Schmalz (3), en la necesidad de aplacar el deseo de venganza excitado por el crimen en aquel que de él ha sido víctima, resultarían de este principio consecuencias prácticas inadmisibles:

1.^a La pena no tendría ya razon suficiente si no existiese ya el ofendido y no hubiese quedado persona que sintiese la necesidad de vengarle, de suerte que el medio más seguro de ser irreprochable á los ojos de la justicia, sería matar á aquel cuyos derechos hubiesen sido lesionados: un nuevo crimen contra su persona, el mayor de todos los crímenes,

(1) *Ibid.* id.

(2) *Ensayo sobre la naturaleza y el origen de los derechos, ó Deducion de los principios de la ciencia filosófica del derecho*; Leips., 1810.

(3) *La ciencia del derecho natural*; Leips, 1831 (al). En derecho, dice este autor. p. 69, la pena no difiere de la venganza.

aseguraría legitimamente la impunidad, puesto que haría jurídicamente inocente al reo, en atención á que destruiría la razón de la pena, la necesidad de la venganza.

2.^a Siendo esta necesidad, hipotéticamente, la base del derecho de castigar, su razón, bastaría que no existiese, como en el idiota ó el niño, para que allí no hubiese pena posible, aún para los crímenes contra las personas, y con mayor razón para los delitos contra las cosas pertenecientes á personas incapaces de concebir resentimiento contra aquellos que atentan contra sus bienes.

3.^a Otra consecuencia de la misma hipótesis, pero muy diferente de la que precede, es que la sed de venganza debería ser la única medida de la pena; y fuera de aquel que la experimenta sin conocer su grado, nadie podría decir en su lugar: «esta es suficiente (1).»

(1) V. además sobre esta materia. Saint—Edme, ob. cit., V.^o Venganza: Cibrajo, *Della economia del mediocro*, t. II, pág. 92, 108 y siguientes; Alb. Du Boys., ob. cit. t. II, p. 12, 46, 248, 264, 577, 581; Dumas, *Usos y Costumbres de Argelia*, p. 181.

CAPITULO III.

SI LA PENA ES LA VENGANZA PÚBLICA Ó SOCIAL.

SUMARIO.

1. La pena no es la venganza pública.—2. Tampoco es la venganza privada.—3. Consecuencias admisibles de lo contrario.

Prevéese la solución de esta cuestión: si la pena no puede consistir legitimamente en la satisfacción dada al resentimiento personal, no hay motivo para que pueda razonablemente definirse: *la vindicta pública*. Enhorabuena que esta sea una manera oratoria de caracterizarla; mas no es permitido pensar que estas expresiones puedan ser tomadas á la letra; puesto que, de lo contrario, el culpable, cuya acción tuviese por cómplice el favor público, ya no sería culpable.

Del mismo modo, el inocente, el hombre de bien, cuya virtud misma ha contribuido á suscitar la envidia y el ódio del pueblo, sería legitimamente víctima de la animadversión pública.

Menester sería decir además que el culpable podría ser justamente castigado en toda la extensión de las exigencias apasionadas de una multitud ciega.

Sería salirse de la hipótesis, hablar de una venganza que tuviera su razón legítima y su justa medida: pues esta razón misma y estos justos límites serían entonces el verdadero motivo de la pena: la venganza no sería más que el móvil, y la satisfacción que ella reclama, una simple consecuencia.

En una palabra, si la pena tuviese su razón en la venganza personal ó pública, bastaría que esta necesidad existiese, que fuese sentida en un grado cualquiera, para que la pena, que debería ser su satisfacción, fuese siempre legítima en sí, siempre justa en su extensión, como bastaría también que esta necesidad no existiese ó no pudiese ser satisfecha, para que la pena no tuviese razón de ser.