

CAPITULO IV.

SI LA PENA CONSISTE EN LA RETRIBUCION DEL MAL FÍSICO POR EL MAL MORAL EN LA EXPIACION.

SUMARIO.

1. Transformacion de la cuestion.—2. Importancia de esta cuestion.—3. Tres maneras de considerarla.—Consecuencias.—4. Primer aspecto: si se puede considerar al culpable como fuera de la ley.—5. Si la pena consiste en la reparacion del mal moral por el mal fisico.—6. Si la pena consiste en la satisfaccion de una especie de justicia personificada, satisfaccion que resultaría de la aplicacion de la pena.—7. Manera sintética y mística de concebir ademas la relacion entre la pena y el delito.—8. Si la pena es necesaria de una manera absoluta.—9. La expiacion religiosa ó ceremonial puesta en lugar de la expiacion juridica y moral.

Plantear de este modo la cuestion, es preguntarse si hay alguna relacion de identidad entre estas dos especies de males, y cuál es esta relacion: qué dosis de mal fisico, por ejemplo, sería menester para compensar un mal moral de un grado dado. Planteada así la cuestion, se resuelve por sí misma.

Sin embargo, como este sistema es seguido aún por un gran número de hombres de mérito, y ha gozado, durante largo tiempo, de cierta autoridad, debemos examinarle con algun detenimiento.

Este sistema presenta tres puntos de vista ó tres clases de resultados, segun que se tome al culpable en el estado extra-legal en que se ha colocado, y se le trate en consecuencia sin pensar en mantenerle en el orden social por la pena; segun que se le mantenga, por el contrario, fuera de este orden, al cual no volverá jamás si se es consecuente; y por último, segun que se le retenga en el orden social, pero en cierto aislamiento, y con la resolucio, la esperanza al ménos, de volverle á su posicion primera por el empleo de la pena como medio curativo.

El desorden moral engendrado por el delito, no llevaría

al orden, en el primer caso, sino por la generacion regular de sus consecuencias, todas contrarias al culpable. Esto sería como un orden negativo paralelo al orden moral-jurídico positivo. No tardaremos en explicarnos.

La segunda manera de proceder á la reparacion del desorden social, consiste en mirar el delito como un mal que puede ser borrado por la pena, como una deuda social que sólo la pena puede pagar. Tal es el sistema de la expiacion.

Por último, la tercera manera de hacer salir al malvado del desorden moral en que ha entrado por el delito, consiste en hacer servir la pena para cambiar sus intenciones, sus sentimientos, y hacer nacer en su conciencia el remordimiento, el odio al mal, el amor al bien, y la resolucio de practicarle en lo sucesivo. La pena no es entonces más que un remedio, un medio dietético para llegar á un resultado tan apetecible. Volvamos á estos tres sistemas subordinados:

1.º ¿Se puede mirar realmente al culpable como fuera de la ley y el derecho, por el mero hecho de su crimen? Esta tendencia de algunos filósofos criminalistas (1) á despojar al culpable de todos sus derechos poniéndole fuera de la sociedad, ¿no priva al mismo tiempo y necesariamente al soberano del derecho de castigarle? ¿Le deja al ménos otra pena que aplicar, distinta de la de *destierro*, del *exterminio civil*, para servirnos de una palabra de Pasquier muy significativa? Si el culpable no es de esta manera excluido del cuerpo social, y, sin embargo, no tiene ya ninguna comunio con él; si ya no tiene derecho, la pena capital, ó la servidumbre al ménos, vendría á ser respecto á él siempre legitima. El hombre que no tiene derechos, no es ya una persona juridica, un hombre social; es en este respecto una bestia feroz que es preciso destruir, un muro que amenaza ruina y que se puede hundir; es un animal ó una cosa. Y lo que hay de más notable, es que todos los malos tratamientos que se le puede hacer sufrir, aunque fuesen todavía juridicamente permitidos, no merecen ya el nombre de pena, ó al ménos no están ya sometidos á la razon de justicia que reclama penas diferentes segun la diversidad de los delitos,

(1) Fichte, *Fundamento del derecho natural*, 2.ª parte, ps. 95 y 98.
(al); De Rotteck, *Manual de derecho natural*, t. I, p. 257, Stutt., 1829 (al).

y que, en todo caso, impone una medida dentro de la cual se puede permanecer, sin duda, pero que jamás es permitido traspasar.

El hombre no pierde su cualidad de tal dejando de conducirse de una manera razonable. Pierde sí algunos de sus derechos, mas no puede perderlos todos. No es, pues, verdad que se encuentre colocado fuera de todo derecho; no pierde á lo sumo más que aquellos que desconoce; todos los demás los conserva, como despues veremos.

Sólo se puede, pues, castigar al culpable, si esto es posible, segun la naturaleza y el grado del delito. Decimos si esto es posible, porque se trata aquí precisamente de la razon de la pena, y esta razon es la que buscamos.

2.º En cuanto al sistema que asigna como fin á la pena la reparacion directa del mal moral (social) por el mal físico, tiene más de una afinidad secreta con la venganza y con el Talion. Es notable, en efecto, que segun este orden de ideas, las expresiones: ser castigado, es decir, pagar penas (*luere, solvere pœnas*); imponer penas, (*dare pœnas*); castigar, es decir, reclamar, demandar, exigir, tomar, recibir penas, (*repetere, poscere, reposcere, sumere, accipere pœnas*,) expresen una especie de contrato de pago, de restitution, de sustitucion de la pena á la falta, como si la pena fuese de la misma naturaleza que el bien moral, y estas dos cosas pudiesen suplirse, compensarse, ocupar la una el lugar del otro (1).

La pena es seguramente un bien moral, en el sentido de que es *justa*, merecida, pues que es la aplicacion al agente de su propia máxima de accion; mas esta justicia no repara nada, y todos los suplicios del mundo no bastan á impedir un delito cualquiera, no influyen nada en la intencion de aquel que lo ha cometido; y no disminuyen tampoco el perjuicio que de él se ha seguido.

La pena propiamente dicha, y considerada sólo con relacion al mal que se cree ha de hacer desaparecer, no tiene, pues, ninguna virtud compensatoria, á no ser el triste goce que se puede sentir al ver sufrir á aquel que nos ha hecho mal.

(1) Se dice tambien, segun la misma analogía, recibir su recompensa, lo que se merece, el premio de sus acciones, en vez de ser castigado. Este es un sentido de la palabra *ποινη* como si la pena fuere una cosa absolutamente buena.— V. el *Gorgias*.

Mas los que hablan de la virtud expiatoria de la pena, no piensan en esta compensacion, y se imaginan, por el contrario, que la falta y la pena, consideradas en un mismo individuo, el culpable, son de tal naturaleza, que la segunda hace desaparecer, por decirlo así, la primera, la rescata, la expía, la purifica. De aquí la idea práctica de recurrir á medios de purificacion corporales simbólicos, para lavarse de una falta. De aquí tambien cierta identidad entre la pena, la súplica (*supplicium, supplicare*), la victima (*hostia piacularis*), el precio de la expiacion, los medios de expiacion, el sacrificio en general, la rogativa y la expiacion misma (1).

Trátase de ver si esta teoría mística de la pena es sostenible.

¿Es verdad, en primer lugar, que hay una compensacion posible entre cosas tan absolutamente diferentes como el mal físico y el mal moral? ¿De qué manera desaparecería inmediatamente el primero en favor del segundo? ¿Cómo serían compensados por una sensacion dolorosa la mala intencion y los sentimientos perversos que constituyen el mal moral? ¿Qué hay de comun entre estas dos cosas, y cómo la una podría reemplazar á la otra?

Notemos bien, en efecto, que en este sistema importa poco el sentimiento moral del culpable; para que en él haya expiacion, para que la pena produzca su efecto, basta que se haya aplicado, es suficiente que se haya sufrido. No se exige que sea aceptada por el condenado. Una vez que la pena haya durado hasta el fin, que haya sido soportada voluntaria ó involuntariamente, haya ó no arrepentimiento, ora se continúe siendo culpable en el fondo del alma, ora se haya llegado á ser un hombre nuevo, háyase ó no operado un cambio, una *conversion* en la naturaleza moral del paciente, jurídicamente ha expiado su falta.

En este sistema, en efecto, el respeto á la justicia conmutativa ó de retribucion, no es el motivo de la pena (2); se

(1) *Gesenius, Lexicon. man. hebr. y chald.*, p. 499; b. p. 331; b. 498; b. 690; b. etc; Leips, 1.833. V. tambien Vico, *De constantia philologie*, p. 291 y 339, edic. Milan, 1835. op. lat. Manú dice en sus leyes, que «los hombres que han cometido crímenes y á los cuales el rey ha impuesto castigos, van derechos al cielo, exentos de pecado, y tan puros como los que han hecho buenas acciones (VIII, 318).

(2) Tampoco, segun Fichte, que la nocion de la expiacion y la del derecho son contradictorias. (*Elem. de der. nat.*, II part., p. 127). (al)

quiere hacer desaparecer en aquel que la sufre, no sé qué vestigios de un mal moral pasado, sin pretender en lo más mínimo hacer desaparecer el mal moral actual.

En otro caso, sería preciso en efecto:

1.º Que se estuviese tan seguro de la desaparición del mal moral pasado, por la pena presente, como de la existencia misma de estas dos cosas.

2.º Que la pena cesase desde que se hubiese demostrado su ineficacia, ó lo que puede ser más grave aún, que se aumentase indefinidamente, tanto en duración como en intensidad, hasta que se produjese el efecto.

3.º Que este efecto pudiese hacerse constar.

Pero ¿cómo podría ser observado tal efecto? ¿qué hay en él de sensible ó fenomenal? ¿hay aquí un efecto cualquiera? ¿qué es, en fin, la expiación sino una metáfora peligrosa y grosera, desde que deja de ser confundida con la justicia penal, de que hablaremos despues, ó con el mejoramiento del culpable, de que vamos á ocuparnos?

Que la pena produzca un efecto moral sobre el que la sufre, ó que no produzca efecto alguno, se concibe siempre legítimo ó posible; siempre justo bajo el punto de vista de la reciprocidad ó del derecho; pero no sucede lo mismo con la expiación, que nada significa en derecho, ni es sostenible en la moral, si se la toma como fin y no como medio para obtener el cambio moral del culpable.

Hay, por otra parte, en el sistema de la expiación, no sé qué oscuridad tenebrosa, qué mal reflejo de dureza, de barbarie y de fanatismo, que le hace justamente sospechoso al espíritu ilustrado, positivo y razonador de nuestra época.

Ademas, si la sociedad tuviese la misión de purificar al culpable, y no la de castigarle solamente, ¿por qué éste ha de permanecer despues puro ó impuro? ¿por qué todas las faltas morales, por indiferentes que sean inmediatamente al derecho de otro; por qué, decimos, todas estas faltas no han de entrar legítimamente en nuestros códigos penales, como en las terribles épocas del régimen teocrático?

Digámoslo, pues: la retribución del mal físico por el mal moral es absurda, puesto que admite compensación entre cosas de naturaleza esencialmente diferente. Así, hasta los hombres más religiosos y que siguen aún al sistema de la expiación, pero que entienden, sin embargo, que sólo resta la palabra y que la cosa ha cambiado, rechazan el

castigo por el castigo, es decir, la retribución del mal físico por el mal moral. «No puede haber expiación por el castigo, sino cuando el culpable mismo consiente la pena. Dios quiere, sin duda, que así sea en cuanto á su propia justicia, puesto que quiere el progreso. Si el culpable puede á veces aquí abajo tratar de sustraerse á la pena, en otra parte se somete á ella. Muchos han cometido el error de creer en la eficacia del castigo como tal: el terror de la caída les había impedido ver que la pena del delito no puede borrar el crimen, sino á condición de que el criminal acepte la pena. José De Maistre ha incurrido en este error (1).»

Balianche cae á su vez en otro: no es la aceptación de la pena lo que constituye la expiación. Hay aquí tres casos posibles: ó la pena es juzgada merecida, por aquel que la sufre sin que se someta á ella voluntariamente por el mero respeto á la justicia;—ó es juzgada merecida, y aceptada por sentimiento de justicia;—ó bien, en fin, es detestada por el corazón y negada por el espíritu.

En el primer caso, no hay expiación, y mucho ménos aún en el tercero. ¿Por qué, sino porque el amor á la justicia no es sentido, la expiación no tiene lugar en la primera de estas hipótesis, y la misma idea ha desaparecido en la tercera? ¿Por qué se dice, por el contrario, que hay expiación en el segundo caso, á no ser porque hay á la vez idea y amor al bien?—Mas entónces, ¿es precisamente este amor ilustrado, el que constituiría la expiación? Pero como ésta sería posible sin la pena, como se distingue de ella profundamente, es abusar de las palabras y confundirlo todo, llamar á la pena expiación. La pena no es más que un medio; y la expiación, como efecto, como cambio moral, como conversión, puede ser debida, y más seguramente á veces, á otra causa completamente distinta de la pena, como por ejemplo, al perdón.

La palabra mística expiación indicaría, pues, una conversión moral por medio de la pena, no siendo razonable en otro sentido. Porque preciso es convenir en que el fin es aquí lo único deseable, lo único importante, y que el medio no tiene, por sí mismo, ningun valor, sino que, por el contrario, así considerado, es esencialmente malo, semejante á

(1) Ballanche, *Paling.*, soc., 2.ª part., p. 219.

los venenos que no tienen precio sino á título de remedios, pero que permanecen siendo venenos para las constituciones sanas, y aún para las enfermas, á las que alteran más, cuando no las curan.

Convengo, en que se conserve esta palabra mística y de un sentido oscuro; pero querría también que se condenase en ella el sentido fanático que la atribuye José de Maistre, y se distinguiesen mejor las ideas complejas que expresa cuando se hace de la pena una especie de medicamento moral. Preciso sería además reconocer que la salud moral puede recobrase por otro medio, y que en todo caso, el régimen es útil cuando ha producido su efecto.

También sería preciso distinguir profundamente la noción de la justicia que se relaciona con la idea de la pena, y la noción completamente moral de la expiación.

3.º Un sistema que se parece mucho al de la expiación, y que no se diferencia de él sino por un carácter más religioso y místico aún, es el que impone la pena como satisfacción á la justicia absoluta, á la justicia personificada en Dios mismo, y que la representa más ó ménos sensiblemente animada del sentimiento de venganza, cuya medida no puede absolutamente conocer el hombre.

Más es preciso notar: 1.º que la satisfacción de la justicia absoluta, á pesar de personificarla Dios, es absurda, ó no tiene sentido, si por ella se entiende hacer que lo que ha sido no haya sido, devolver á la justicia, á Dios, lo que le ha sido arrebatado, ó establecer una especie de reciprocidad entre él y el culpable. Tales proposiciones no necesitan más que ser enunciadas para ser juzgadas (1); 2.º que si la satisfacción á la justicia absoluta se entendiera en el sentido abstracto, extra-social, ántes expuesto, aquélla no podría á lo sumo pertenecer más que á la moral, ó más bien á la teodicea, más no al derecho, puesto que la sociedad no estaría en ello interesada.

A decir verdad sobre este punto, tal satisfacción no forma parte de ninguna ciencia humana; si pudiese ser exigida de Dios, Él sólo sabe cómo y en qué grado. No necesita

(1) V. mi *Ética ó Ciencia de las costumbres*, p. 384-395. La misma doctrina ha sido reproducida y desarrollada por mí bajo ciertas relaciones, en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, p. 387 y siguientes, t. V, 1842.

de los hombres para vengar su justicia ultrajada. Aun admitiendo que la pena fuese para el hombre un medio de corregir á su semejante, este medio no es indispensable para Dios. ¿Porqué, pues; recurrir á él, cuando Dios mismo le desdeña ó aplaza su empleo?

No queda más que un camino para intentar la justificación de la pena fuera de la utilidad y necesidad social unidas al principio de la reciprocidad: decir que se impone primitiva, absolutamente al delito, lo cual es hacer de esta proposición: «todo mal social (y moral) merece castigo,» una de aquellas proposiciones sintéticas *á priori*, que es preciso admitir sin buscar su razón, precisamente porque son primitivas; y entonces esta proposición viene á ser un principio universal, necesario, absoluto, inescrutable, una ley de nuestra inteligencia moral, un imperativo categórico absoluto (1), como quería Kant.

Si el principio viene á ser el de la reciprocidad, es decir, si se la funda sobre la idea de la identidad de la naturaleza humana, y sobre esta otra idea también,—que no es, por lo demás, sino una consecuencia de la primera,—á saber, que nuestras máximas de acción pueden volverse justamente contra nosotros mismos, que la ley por nosotros hecha para los demás la hacemos necesariamente también para nosotros mismos, entónces la adopto plenamente; mas con vendría modificar la fórmula de manera que no se comprendiese en ella la moral, y prevenir todas las dificultades que acompañan al principio de la expiación.

Preciso es también reconocer, sin embargo, que si hay una relación de coordinación, ó más bien de subordinación entre el orden físico ó sensible y el orden moral ó práctico, es ésta: que el bien moral llama al bien físico. Mas hay aquí una proposición sintética cuya fuerza es menester no exagerar y cuya justa esfera de aplicación es preciso comprender. No quiere decir seguramente que repugne á la justicia divina hacer dichoso á un sér sin hacerle pasar por la prueba del mérito. El bien físico, la dicha puede existir á título puramente gratuito. Esto sólo significa que el soberano está en la necesidad de recompensar todas las

(1) Krug le encuentra un carácter hipotético, puesto que supone la falta; mas no hay aquí, como Rotteck hace notar justamente, más que una cuestión de palabras.

virtudes y castigar todos los vicios. Hay, pues, allí una proposición sintética que pertenece á la moral y á la teodicéa, pero que no es del dominio del derecho.

Que la sociedad pueda hacer mal á un hombre, porque ésto mismo lo ha hecho á otro, nada más justo; pero que esto sea una *necesidad* jurídica, ó que la sociedad no pueda en ningun caso dispensarse de penar al culpable sin asumir ella misma el crimen que tiene el derecho de castigar, esto es lo que no puede sostenerse sino á lo sumo en teodicéa. Digo á lo sumo, porque bajo el punto de vista del orden absoluto, no pudiendo el mal físico impedir que el mal moral haya existido, sino es infaliblemente un medio de llevar al culpable al arrepentimiento, si la pena no tiene, pues, una virtud purificativa infalible, no repara nada, no expia nada, no conduce á nada: no es más que una venganza inútil, que tiene su *ocasion* en el mal moral, pero que, por el mero hecho de no conducir á nada, no tiene razón de ser; porque la razón de un acto es esencialmente el fin, el objeto de este acto; y si, hipotéticamente, el fin es nulo en cuanto al pasado y nulo en cuanto al porvenir, es, pues, nulo absolutamente, no existe. A lo cual yo añado: no es posible.

Si la pena fuese de una necesidad absoluta, lo sería ménos quizá bajo el punto de vista moral y aún teológico, que bajo el aspecto metafísico; es decir, que Dios no habría podido hacer el mundo sin que,—según las grandes leyes que le rigen, leyes en sí mismas necesarias en la idea divina por contingentes que nos parezcan,—deba sufrir el agente que perturba el orden moral. Menester sería un milagro para sustraer la sensibilidad á las leyes que la rigen en sí misma y en sus relaciones; ¿mas este milagro puede hacerle Dios, si las leyes que gobiernan el mundo físico y el mundo moral no son arbitrarias, sino que tienen su razón de ser, y una razón necesaria, como su origen, en la misma naturaleza divina?

A esta altura, pues, todo puede ser necesario. No es sino quebrantando las relaciones que unen los hechos á las leyes, las leyes á la naturaleza de las cosas, la naturaleza de las cosas á la voluntad divina, la voluntad divina á su suprema inteligencia, esta inteligencia, en fin, que no puede engañarse, ni por consiguiente, estar sujeta á dos maneras opuestas de concebir el mundo, como nosotros encontra-

mos lo contingente, lo arbitrario, lo contrario á lo posible, que, según todas las apariencias, no existe, por consiguiente, para Dios.

Existe además otro modo de entender la pena por la expiación; modo enteramente místico, con más propiedad, modo enteramente supersticioso, imaginado por los sacerdotes de las falsas religiones, por error ó por codicia, pero tan contrario á la religión verdadera, como á la moral y á la justicia. Consiste este modo, de parte del culpable, en someterse á ciertas ceremonias que no son más que la sombra de las penas, pero á las cuales se cree unida una virtud divina, una virtud expiatoria que hace desaparecer el mal como el agua la suciedad material; ilusión fundada en el abuso de las imágenes, en el de la religión que hace obrar á Dios á impulso de los intereses y pasiones de la humanidad, y que, á pesar de suponer el poder divino, tiende á confiar demasiado en su bondad, y á hacer su justicia irrisoria.

De todas estas especies de expiación, las que se empleaban para el homicida eran las más solemnes, y cuando el culpable era de distinción, los reyes mismos no se desdaban de hacer la ceremonia. Así, en Apolodoro, Capréo, que había dado muerte á Iphito, es expiado por Enrithéo, rey de Micénas. En Herodoto, Adrasto viene á hacerse expiar por Creso, rey de Lidia. Hércules y Theséo se sometieron también á las ceremonias de la expiación. Jason, para expiar el asesinato de su cuñado, cortó los extremos del cadáver, y bebió por tres veces la sangre que de él salía, según costumbre en los homicidios. Otras veces, se limitaba á lavarse en una corriente de agua, lo que hace decir á Ovidio (*Fast.*, t. II):

«¡Ah! nimium faciles, qui tristia crimina cædis
Fluminea tolli posse putatis aqua (1).

(1) V. Sobre las expiaciones: *Mem. Acad. inscr. y bellas letras*, tomo I., en 4.º, p. 41.—Cf. Saint-Edme, *ob cit.*, y Voltaire, *Diccionario filosófico*.

CAPITULO V.

SI EL FIN DE LA PENA CONSISTE EN EL MEJORAMIENTO DEL CULPABLE, EN EL ARREPENTIMIENTO Y LA BUENA RESOLUCION, POR MEDIO DE LA RETRIBUCION DEL MAL FÍSICO POR EL MAL MORAL.

SUMARIO.

1. Esta teoría se funda en la confusion del derecho y la moral.—2. Supone lo imposible y lo injusto.—3.—La pena tiende, sin embargo, en el progreso de la civilizacion, á tomar el carácter de un medio de moralidad, pero sin perjuicio del derecho social y privado.—4. Utopia de Platon realizada.—5. La moralizacion por medio de la pena es un fin accesorio en derecho.—6. Consecuencias peligrosas ó terribles del principio contrario.

Supongamos ahora que el cambio moral del culpable sea el fin principal, esencial de esta especie de compensacion que se busca del mal moral por el mal fisico.

¿Puede esta teoría del órden moral servir de razon y de base á la justicia criminal?

Si no se quiere confundir lo que por su naturaleza es distinto, si se quiere distinguir la pena, bajo el punto de vista del derecho, de la pena bajo el aspecto de la moral, y no ocuparse de ella por de pronto más que bajo el primer aspecto, preciso es responder atrevidamente con la negativa.

Nó; porque la enmienda del culpable es un cambio de estado completamente moral, fuera de la esfera del derecho, y que escapa al fuero externo.

La sociedad está ciertamente interesada en que todos sus miembros sean honrados, mas no se puede admitir en principio que tenga el derecho de obligarles á ello por medio de la pena; pues, de otro modo, los hombres que no fuesen aún más que sospechosos podrían ser castigados, sin embargo de no ser para hechos posibles, sino para hechos reales para los que las penas se hallan establecidas.

No obstante, no puede ménos de convenirse en que la pena, considerada como régimen moral, tiende á tomar más y más este carácter en las sociedades más civilizadas de ambos mundos; los sistemas penitenciarios, las mitiga-

ciones llevadas al rigor de las leyes, el descrédito unido á la pena capital; un sentimentalismo, quizá exagerado, pero que demuestra que la conciencia pública avanza más cada día en el misterio de nuestra naturaleza y descubre en ella la parte mayor ó menor de una especie de fatalidad en el destino social de cada uno de nosotros; la piedad que tiende á sustituir á la indignacion para con el culpable: todo esto prueba que el hombre de nuestros dias es imperiosamente inclinado á la misericordia para con el hombre, y que, sin desarmar á la sociedad respecto del crimen, se le reprimirá con calma y aún con generosidad. No se cesará de ver en él un hombre, un hermano criminal; y se creerá con Sócrates, que no ha llegado á ser malo sino porque ignoraba el bien. Se le considerará desdichado y casi bastante castigado con odiar á sus semejantes, con no poderlos amar.

La caridad,—esta es la palabra, pues que hay en ella gran tendencia al perdon,—la caridad tiende de una manera evidente á sustituir á la pena; la moral á ocupar aquí el puesto del derecho.

Este hecho produce un sentimiento eminentemente humanitario, y, desde entónces, eminentemente social; un admirable progreso en sustitucion de la ley del amor, de misericordia, de gracia ó la de derecho ó de justicia; más la moral no es, en fin, el derecho, y el derecho es lo que buscamos.

Hay que añadir, que sería muy peligroso, en el estado general de la moralidad pública actual, dar un amplio y elevado vuelo á los sentimientos generosos; pero preciso es reconocer, sin embargo, que las sublimes utopias de Platon se encuentran tambien en esto realizadas. Este filósofo admirable era ya de opinion que la pena no tiene su razon en el pasado, sino en el porvenir; que es menester castigar, no porque haya habido delito, sino para que no le haya más, por lo ménos de parte del culpable; segun lo cual, la pena no era para Platon, como ya hemos visto, más que un régimen moral, y á este título quería que fuese aceptada como un bien para el culpable (1). El mal fisico era un medio de librar del mal moral, el mayor de todos los males.

(1) V. tambien sobre la aceptacion de la pena: Klausling, *Diss. de oblig. supplic.*, Witt, 1742;—J.—Joach, *Lange Diss. de oblig. delinquentis ad pœnam corporis*. Hall., 1736;—P. Doernig, *De oblig. delinq. ad confess.*

Algunos autores han ido tan léjos en este camino, que han negado que Dios mismo tenga el derecho de castigar sin provecho moral para el malvado (2).

Otros han pensado que la sociedad no tiene este derecho, puesto que no tiene la obligacion de tratar de moralizar al culpable por medio de la pena, y no ven en lo que se llama derecho de castigar más que el derecho de defensa (3).

Volvamos sobre este punto. El mejoramiento del culpable por medio de la pena, puede muy bien ser ambicionado por el legislador; mas no puede ser su principal objeto, por la nueva razon de que no tendrá derecho á castigar al acusado desde el momento en que apareciese arrepentido: toda pena aplicada dejaría de ser legítima en su duracion desde el momento en que hubiese conseguido el cambio moral que es su objeto, y tendría, por el contrario, una eterna razon de ser, mientras no se llegase á este cambio.

Hay más; su intensidad debería aumentarse por la razon misma de su insuficiencia y duracion, á pesar de que ya no hubiese la más ligera agravacion en el delito, á no ser que se prefiriese renunciar absolutamente á la pena como medio reputado impotente para mejorar á un culpable.

Tal es, pues, la alternativa impuesta por la lógica en caso de ineficacia de la pena: ó la impunidad, ó suplicios que podrían ser horribles.

Por otra parte, ¿cómo juzgar de la sinceridad del arrepentimiento? ¿No nos encontraríamos tambien aquí colocados en la triste alternativa, ó de castigar al inocente, ó de dar libertad en mal estado al malvado, despues de haber hecho nacer ó desarrollado en él un vicio más, cual es el de la hipocresía? Hé aquí, pues á dónde conduce el sistema que dá por base *única* á la pena el mejoramiento del culpable.

criminum propr. coram magistr. Leips., 1713.—J.—H. Hedinger, *Quæstio an obligatio ad pœnam delictis sit intrinseca*, Giess, 1698;—Mart. Lange, *Diss. de obl. delinq. ad sustin. pœnas jubet divin. et hum. præscrip.*, Leips., 1688;—J.—P. Palthem. *Diss. de oblig. rei ad. Sanct. pœnalem penamque ipsam*, Goiph., 170-3.

(2) Krug. *Dic. fil.* (al.) art. *Pena*.—Cf. *su derecho natural*.

(3) Romagnosi, *Génesis del derecho penal* (ital.) Dos vol. en 8.º Florencia, 1834, segunda parte, cap. 16 y 18.—V. tambien J.—K. Schmid, *Fundamentos del Derecho penal, Ensayo filosófico-jurídico*, (al.) Augsburgo, 1801.

Ademas, si la sociedad está investida de semejante poder, ¿por qué no extenderlo á las simples faltas, á los simples pecados del mismo modo que á los delitos? ¿Por qué la justicia moral íntegra no habia de ser una parte del derecho penal? Sin duda, la pena impuesta mediante buenas razones por actos civilmente reprobables, puede ser convertida en un tratamiento moral, ora se piense ejercer por ella una especie de retribucion, ora se pretenda procurar pura y simplemente á la sociedad un reposo y una seguridad que tiene el derecho de exigir de parte de todos sus miembros. Mas ¿no sería preciso siempre que hubiese una regla por medio de la cual se determinase la naturaleza y el grado de la pena? Y esta regla ¿puede ser tomada del fin uniforme que se querría entónces alcanzar?