

CAPITULO VI.

SI LA PENA TIENE POR OBJETO EXCLUSIVO LA UTILIDAD PRIVADA Y PÚBLICA POR MEDIO DE LA INTIMIDACION, LA PROTECCION DEL DERECHO POR MEDIO DEL SUFRIMIENTO, LA SEGURIDAD, EN UNA PALABRA.

SUMARIO.

1. Nada de derecho sin el derecho de hacerle respetar, sin el derecho de emplear al efecto los medios aprobados por la razon.—
2. Distincion entre el derecho de defenderse, de protegerse y el de castigar.—
3. El derecho de defensa puede ser infinito, *jus belli est infinitum*, el de la pena finito.—
4. Prueba de que el derecho de castigar no tiene su razon única en el derecho de seguridad.—
5. Consecuencias inadmisibles del principio de intimidacion como principio único de la pena.—
6. La intimidacion es un principio de utilidad, un principio interesado, que conduce al del placer.—
- Consecuencias.—
7. Resúmen de la cuestion.

El derecho de ser y el de poseer—el derecho de propiedad en la acepcion más lata de la palabra—supone necesariamente el de *proteger* lo que nos pertenece, de *defenderlo* contra toda agresion ilegítima, de *prevenir*, dentro de ciertos límites, todo nuevo atentado que á ello pudiese ser dirigido en nuestra persona ó nuestras cosas, y, en fin, el derecho de forzar á la *reparacion* (reintegracion ó compensacion) del perjuicio por nosotros sufrido. Tal es el derecho de hacer respetar el derecho.

Mas aquel que repara el perjuicio por él ocasionado, no es por esto castigado; solamente no daña á otro. La pena es algo más que la reparacion de la injusticia, esto es, la del mal físico, afflictivo dentro de ciertos límites.

Tambien se distingue la accion civil de la criminal: por la primera se reclama la indemnizacion, por la segunda la pena, y frecuentemente se ejercen en concurrencia contra la misma persona con ocasion de un solo y mismo acto.

El derecho de defender nuestro derecho, de rechazar una agresion injusta, de entrar en posesion de lo que nos pertenece ó del equivalente, no es, pues, la pena, aún en el caso

de que la necesidad rigurosa de la defensa entrañase la muerte del agresor.

El derecho de defenderse contra un enemigo, unido al de prevenirle poniéndole en la imposibilidad de dañarnos, mediante la violencia ejercida sobre su persona, se llama propiamente derecho de *coercion*; el de forzarle á la satisfaccion, á la reparacion del mal causado, es propiamente el derecho de *coaccion*. Por la *coercion* el mal es impedido; por la *coaccion* reparado.

Por lo demás, esta distincion no es de tal modo rigurosa que una de las palabras no se tome frecuentemente por la otra. Cuando se fuerza á alguno á renunciar á la perpetracion del crimen que había comenzado á ejecutar, se ejerce realmente sobre él una *coaccion* que no difiere de la *coercion*, sino por el objeto que se propone, es decir, por una idea. Y del mismo modo, cuando se impide á uno dejar una injusticia sin reparacion, se ejerce una *coercion*.

Ni la conciencia pública, ni aún la conciencia individual abandonada á su espontaneidad, han confundido jamás el derecho de defensa y el de castigo, que son dos ideas diferentes expresadas por palabras diversas en todas las lenguas algo desarrolladas.

La defensa se dirige contra la amenaza y la tentativa, y acaba con ellas; la pena comienza cuando el delito está iniciado ó consumado.

Convienen todos en que la defensa se ejerce legítimamente por el individuo agredido cuando no puede recurrir á la fuerza pública; pero se disputa sobre la cuestion de saber si la pena es ó no de la competencia exclusiva del poder soberano.

El derecho de defensa existe entre iguales; y aun de inferior á superior. Se distingue, en efecto, por lo que respecta á la autoridad, lo que es abuso de poder, *ataque*, de lo que es ejercicio del derecho, la *pena*.

En todo caso, la defensa no puede entenderse de todo sér que tenga el derecho de castigar, y particularmente del sér á quien se cree pertenece realmente el derecho, de Dios. Dios no tiene necesidad de defenderse, pero puede tenerla de castigar. Así es al ménos cómo lo concibe el sentido comun con relacion al hombre.

La eleccion de medios de defensa y la medida de su eficacia depende de las circunstancias exteriores y persona-

les en que se encuentra el que es atacado: es irreprochable, cuando se exagera (sin quererlo) la inminencia y la magnitud del peligro, la debilidad de sus medios para rechazarle, y se traspase en ella la medida absolutamente necesaria. Le es permitido, por otra parte, recurrir á todos los medios propios para hacer respetar su derecho, con tal que la necesidad le autorice á ello, por insignificante que sea este derecho. No hay en ello medida de la pena como de la defensa: no es un medio que sea preciso acomodar á los obstáculos que haya que vencer, sino un fin determinado por un hecho conocido y á su vez determinado. No se puede ya decir aquí: *Jus belli est infinitum*. Los pueblos se atacan, se hacen la guerra, mas no se castigan, hablando con propiedad, cualquiera que sea, por otra parte, el mal que se hagan.

Si la pena no tuviese su razon de ser más que en la seguridad del ofendido, éste tendría siempre el derecho de proporcionarse esta garantía de la manera más completa; pero los medios propios para ponerse al abrigo del peligro, miran al porvenir, mientras que la pena pertenece esencialmente al pasado. Se vuelve á caer, pues, siguiendo esta hipótesis, en el caso de la confusion de la pena del delito con la prevencion (1).

¿Cuál sería, además, la razon de castigar á un homicida, sobre todo cuando no fuese ya temible, en la hipótesis, por ejemplo, de que pudiese ser abandonado en una isla? Se sabe, por otra parte, que había una razon particular para cometer el homicidio de que uno se ha hecho culpable, y que esta razon probablemente no volverá á presentarse jamás, al ménos en lo que á él se refiere, y que, si otros se encuentran en el mismo caso, no serán ya contenidos, segun todas las apariencias, por el ejemplo de la pena impuesta á un atentado semejante. Y en el caso de que se tratase solamente de la seguridad de aquel que ha sido ofendido por un primer delito; ¿con qué derecho se castigaría al culpable si la víctima ha sucumbido? ¿Base singular de la pena aquella que hace lógicamente imposible el castigo del crimen más grave!

¿Con qué derecho, además, se castigaría en este sistema

(1) Entiendo por esta palabra, aquí y en muchos lugares, el acto de fortificarse previamente contra un delito inminente. Esta acepcion y la palabra misma están en el orden natural de las ideas y en el géneo de la lengua.

á aquel que se encuentra en la imposibilidad de reincidir, si se ha quedado paralítico, por ejemplo, si ha perdido la inteligencia, si se ha expatriado, ó si está de tal modo enmendado que no inspira ya inquietud alguna? ¿Con qué derecho se castigaría á aquel que fuese incorregible ó considerado como tal?

Si se castiga al culpable para *intimidar* á aquellos que pudiesen caer en la tentacion de imitarle; en otros términos, si la *intimidacion*, la *ejemplaridad*, es toda la razon de la pena, la menor sospecha bastará para autorizar á castigar, y el más alto grado de castigo será lícito, y aún excelente, si por insignificante que sea el delito, la intimidacion se lleva hasta el terror.

Preciso es decir otro tanto de la seguridad pública, como razon exclusiva de la pena. Aun en este caso, la pena no es más que un medio, y un medio nunca es mejor que cuando es el más adecuado para alcanzar el fin á que tiende.

Añadamos á las razones que preceden relativamente á la seguridad individual garantida por la intimidacion,—razones que se aplican igualmente á la garantía de la seguridad pública por los mismos medios,—que la pena sería lógicamente imposible en este último caso, si el crimen fuese tan atroz que causase horror á todos los miembros de una sociedad, y se estuviese moralmente cierto de que ninguno de ellos intentará renovarle; ó tambien si la sociedad se encontrase tan corrompida, ó fuese tan feroz, que el ejemplo no hiciese sobre ella ninguna impresion, ó la sublevase hasta el punto de provocarla á crímenes análogos.

El principio de la intimidacion, considerado en sí mismo, no es, por otra parte, más que un principio de interés, y no de justicia. Todo interés, pues, que se uniese á una pena, podría desde entónces legitimar la eleccion y la extension de esta misma pena. Se podría, por consiguiente, hacer servir á los culpables de diversion á un tirano, ó á un especulador sin entrañas, de pasatiempo á un déspota, ó á la curiosidad de un fisiologista; y se podría satisfacer con sus sufrimientos á un populacho ávido de emociones sanguinarias (1).

(1) Preciso es revelarlo en interés de la civilizacion y de la moralidad; se ha visto en nuestros dias un pueblo bastante bárbaro para tratar á un prisionero de guerra como culpable, y para dar con su muerte un espectáculo sobre la escena, á guisa de entremés, previos anuncios:

¡Qué hombre de nuestros días, en nuestra civilizada Francia, consentiría que se fundase la pena sobre bases tan arbitrarias, tan irritantes! (1) En resumen:

La pena no cabe en la defensa preventiva ó anticipada, ni en la defensa propiamente dicha. Por de pronto, no es la *prevencion* contra los ataques posibles de parte de personas indeterminadas, prevencion cuyo nombre propio sería *precaucion*, si esta palabra no tuviese una acepción mucho más lata. Toda pena debe recaer sobre individuos determinados y por un hecho determinado, y por consiguiente consumado.

La prevencion no supone más que un atentado probable ó comenzado; la pena, un delito consumado, ó por lo ménos un principio de ejecucion.

La prevencion mira esencialmente al porvenir; la pena al pasado. La prevencion se dirige contra el culpable posible, futuro y más ó ménos probable; la pena recae sobre un culpable real, actual, cierto.

Si la pena no fuese más que el derecho de prevenir un delito posible con ocasion de uno ya consumado, sería perfecta si alcanzase infaliblemente su objeto. Y como la muerte es el medio más seguro de incapacitar á los malvados para dañar á las gentes honradas, la mejor pena, la única excelente, infalible, sería la pena de muerte.

La bondad de una pena no sería estimada sino con relacion al fin que se quisiese alcanzar al castigar, relativamente á la seguridad individual en general. No habría, pues, ya lugar á distinguir las penas en *justas é injustas*, sino solamente en *suficientes é insuficientes* (2).

Si la prevencion tiene su razon en un peligro más ó ménos probable, la pena no tiene la suya más que en el delito; la primera cesa con el peligro, mientras que la segunda vuelve á comenzar, por el contrario, despues que el mal ha sobrevenido.

este pueblo es el de Buenos-Aires.— *Rev. de der. ant.* 849, p. 68.

(1) Cf. sobre el derecho de prevenir una lesion á nuestros derechos amenazados, es decir, sobre el derecho de defensa en general, bajo el aspecto internacional, Rosmini, *Filosofía del derecho*, I, c. 4, p. 695 y siguientes.

(2) Lo mismo sucede con todas las teorías penales que atribuyen á la pena un fin que conseguir, que hacen de ella un medio; todas están expuestas á ser inconsecuentes, inútiles ó exageradas.—V. Hartenstein *Bosquejo fundamental de las ciencias morales*, Leips, 1844 (ale).

CAPITULO VII.

SI LA PENA CONSISTE EN LA RETRIBUCION PROPORCIONAL DEL MAL FÍSICO Ó AFECTIVO POR EL MAL FÍSICO.

SUMARIO.

1. El principio de reciprocidad ó de justicia conmutativa, es el fundamento de esta base de la penalidad.—2. Está de acuerdo con las máximas más antiguas y más universalmente admitidas.—3. Lo está igualmente con la conciencia del género humano, y con la de los malhechores mismos.—4. Diferencia entre este principio y el del Talion brutal.—5. El Talion inteligente y justo está fundado en la analogía y la proporción, y no en la igualdad absoluta, aparente y objetiva.—6. Dos especies de analogías en las leyes penales.—7. Falsa analogía de la Oulogenia.—8. Condicion para que la verdadera analogía sea respetada.—9. La justa reciprocidad de la pena no entraña la necesidad de la aplicacion; esta justicia es un límite que no se puede traspasar, pero al que es posible aproximarse más ó ménos, á voluntad.—10. Remision posible de toda la pena justa, ó de una parte de ella.—11. El principio del Talion rectamente entendido, no es más que el de la reciprocidad ó la justicia conmutativa y tambien de la distributiva; principio supremo de toda justicia.—12. Los criminalistas más autorizados se inclinan mucho á esta opinion.—13. Los sabios de la antigüedad habian comprendido ya el principio de la reciprocidad en materia criminal, tal como debe ser comprendido.—14. Resumen de la cuestion.—El derecho de castigar no existe, hablando propiamente, para el hombre, sino el derecho de defensa, que á veces va más allá que el de castigar.—Este puede moderar el primero y servirle de regla.—En todo caso tiene su límite marcado por el del delito.—Utilidad del principio de la reciprocidad en la hipótesis aún admitida del derecho de castigar, que no es más que el derecho de venganza sometido á una regla, la de la justicia absoluta.

Es incuestionable que hay equidad, justicia igual absoluta en hacer extensiva á un agente que sabe y quiere lo que hace, en la medida en que lo sabe y quiere, la regla de conducta que se ha formado, aunque no haya sido más que una vez, respecto de uno de sus semejantes. De aquí esta máxima, tan antigua como el mundo: no hagas á otro lo que no quieras para tí, la cual no sólo se encuentra en el libro por excelencia de los cristianos, sino tambien en Pitágoras, en Confucio y en todos los pensadores que

han hecho descansar la justicia en el principio de la igualdad (1). Se la vuelve á encontrar tambien, más ó ménos claramente concebida, en el espíritu y el corazón de todos los hombres. Cain, el primer homicida, es tambien el primero que ha reconocido y proclamado el principio de la retribucion del mal por el mal, la igualdad. Su condena por sí mismo es muy notable, porque no se hace esperar un instante. El diálogo entre Dios y Cain, es de la más alta significacion, cualquiera que sea la opinion que, por otra parte, se tenga acerca del carácter divinamente inspirado ó no del libro de Moisés, siendo difícil en todo caso no ver en él una inspiracion natural, profunda, una admirable expresion de la naturaleza moral de la humanidad. Escuchémosle:

«¿Qué has hecho, dice Dios á Cain? La sangre de tu hermano grita de la tierra hasta mí.

»Serás, pues, maldito sobre la tierra, que se ha abierto y recibido la sangre de tu hermano, derramada por tu mano.

»En vano la cultivarás; pues te rehusará sus frutos. Andarás errante y vagabundo sobre la tierra.

»Cain dice á Dios: mi iniquidad es muy grande para que yo pueda ser perdonado.

»Hé aquí, pues, que hoy vos me perseguireis en todos los lugares de la tierra, y que me será preciso en todas partes ocultarme á vuestras miradas, y andaré errante y vagabundo sobre la tierra: *cualquiera, pues, que me encuentre me matará!* OMNIS IGITUR QUI INVENIET ME OCCIDET ME.» (Génesis, IV, 10-14).

Cain ha comprendido que merece la muerte, pues que la ha causado ¡Habla del derecho IGITUR! Aquí está el grito de la conciencia humana (2). Así pues, se ven muchos ho-

(1) Ἀθμός ἰσότης ἴσος; Arist., *Mag. Mor.*, l. 1. Cf. II, 6.º V. 5; Diog., *Laert.*, VIII, 33; Jambl. *Vita Pith.*, c. XXX, sec. 167.

(2) Los Setenta dicen: Καὶ ἔσται, πᾶς ὃ εὗρισχεν με, ἀποκτενεῖ με: Et erit omnis qui invenerit me occidet me. Las palabras καὶ ἔσται expresan la misma idea de necesidad jurídica que la palabra *igitur* de la Vulgata.

No se podría deducir de aquí que la Escritura condene la pena de muerte; una multitud de textos probarían lo contrario.

Hé aquí dos solamente: «de cualquiera que haya derramado sangre humana, su sangre será derramada; porque el hombre ha sido hecho á imágen de Dios.» (*Nomb.* IX, 16). «No se admitirá á compensacion aquel que se haya hecho culpable de homicidio: que muera el mismo inmediatamente (*Nomb.* XXXV. 31.)

micidas no solamente sienten la justicia de la sentencia capital que les alcanza, sino que la sufren con una especie de satisfaccion, penetrados de que la idea de la justicia se cumple en ellos, y que el desórden moral se repara, sobre todo, cuando la pena es aceptada con resignacion, con intencion, con una especie de amor á la justicia absoluta. Así es como Platon, en las páginas sublimes del *Gorgias*, concibe la aceptacion moral de la pena.

No es esto todo; esta admirable escena nos representa ademas dos cosas del más alto interés: la proteccion debida al culpable mismo contra todo movimiento desordenado de venganza, y la remision por el que tiene el derecho de castigar de toda la pena ó de una parte de la pena merecida; es decir, la moral, la generosidad poniéndose en lugar del derecho ó de la justicia absoluta.

«Y Dios le dice: no será así: cualquiera que matare á Cain será muy severamente castigado. Y Dios puso un signo á Cain, por temor de que fuese muerto por el que le encontrare. (*Ibid.*, 16).»

El sistema penal que tiene por base la retribucion del mal físico por el mal físico calculado segun la justicia ó igualdad, es el más antiguo de todos, pues que la venganza no es una base, un principio de penalidad, y en el ejercicio de la venganza se muestra ya cierta necesidad de justicia ó de medida. El principio de la justa reciprocidad no ha sido concebido desde luego más que como un principio de igualdad material absoluta; es el Talion brutal, irracional, injusto en su igualdad misma. Más tarde no ha sido ya más que la analogía en las penas; pero esta misma analogía ha carecido frecuentemente de medida. La moral ha sido más de una vez ultrajada en este sistema penal. No se ha comprendido suficientemente que el respeto á la justicia no puede excluir el de las costumbres. Se ha olvidado igualmente que la analogía no es más que una conveniencia en la eleccion de las penas, mientras que la medida es una necesidad; siendo sobre todo en la medida en lo que consiste la justicia. Hay más: la razon más poderosa en favor de la analogía, es la facilidad misma que da de proporcionar la pena al delito; porque, en efecto, se trata entonces de cosas de la misma naturaleza, fácilmente comparables, y de las cuales los límites de la una asignan los de la otra.

Por lo demás, hay dos especies de analogias en las leyes

penales: una que consiste en ciertas semejanzas entre el delito y la naturaleza del mal que se hace sufrir, y otra en hacer sufrir al culpable por donde ha pecado, aunque no de la misma manera. Esta última analogía es mucho más errónea que la primera, tanto en cuanto á la naturaleza, como en cuanto al grado de la pena; y puede conducir, como en la India, en China y en otras partes, á castigar al ladrón con la pérdida de la mano. En virtud de esta analogía, el parricida tenía hace poco entre nosotros la pena de serle cortada la mano. Los autores del Código de 1810 sospechaban poco, sin duda, que seguían en esto el principio del Talion.

Entre las legislaciones modernas, la de Rusia, conocida con el nombre de Oulogenia, y debida al padre de Pedro el Grande, es notable sobre todo por esta falsa analogía. Los monederos falsos,—también por otra especie de analogía,—son condenados á recibir en la boca metal fundido; los incendiarios son entregados á las llamas; la importación fraudulenta del tabaco es castigada con la hendidura de la nariz, y con la pérdida de ésta, según el número de reincidencias; los ultrajes corporales (golpes, heridas) con la pena del Talion propiamente dicha, más una indemnización de cincuenta rublos por cada miembro cortado ó mutilado (1).

Hay algo más que hacer aún para aplicar sabiamente la pena, según el principio de la analogía: menester es comparar entre sí, no solamente la pena y el delito, sino las personas y su posición respectiva. Atenerse en ello á la igualdad absoluta misma, es desconocer también la verdadera justicia. El rico que roba al pobre, no sería castigado convenientemente sino lo fuese más que en el doble; la pena que sufriese en este concepto podría ser muy inferior al dolor, al perjuicio que habría ocasionado.

¡Cuántas consideraciones, sacadas de las circunstancias agravantes ó atenuantes, pueden además modificar la igualdad absoluta del Talion!

Preciso es no olvidar tampoco, que aunque el Talion proporcional fuese la justa medida de la pena posible, siempre que pueda tener lugar de otro modo, no hay necesidad moral de castigar con este rigor extremo. Téngase

(1) *Hist. gen. del siglo XVIII*, por M. Rayon, p. 330.

muy en cuenta que es necesario, que el interés público lo exija; la justicia lo permite, mas no lo exige (1), lo que quiere es que no se traspase tal medida. La justicia es, pues, aquí un límite, más bien que un motivo; es un principio negativo, más bien que positivo; pero por negativo que sea, su importancia es extrema, y la mayor parte de las legislaciones la han desconocido.

Como se ve, el Talion, á pesar de todos los justos reproches dirigidos contra este principio, tal cual generalmente ha sido aplicado, no es en el fondo más que la igualdad, la reciprocidad, la noción fundamental de toda justicia criminal. Esta noción tiene, por otra parte, la triple ventaja de recordar la igualdad humana; de asociar más íntimamente, con la ayuda de la analogía, la idea de la pena á la del delito, y por último, la de ser esencialmente popular.

La reciprocidad en materia criminal, no es en sí misma más que la consecuencia del principio supremo de todas nuestras acciones sociales, principio que Kant ha formulado como sigue: «Obra de tal suerte, que la regla de tus acciones pueda ser erigida en ley general (2).» Aquí, pues, el delincuente no tiene el derecho de quejarse de que su máxima sea generalizada de manera que le alcance; sino que por el mero hecho de haber creído poder permitirse tal ó cual acto con respecto á seres de la misma naturaleza que él, con el mismo destino y los mismos derechos, no puede evidentemente encontrar mal que semejante tratamiento le sea aplicado.

Así, no dudamos en creer que no hay otro sistema penal fundado en derecho estricto que el de la reciprocidad (3), única regla de la justicia distributiva en materia criminal: todo lo demás es, ó arbitrario ó extraño á la noción del derecho, noción que es el principio supremo de la ciencia de las relaciones jurídicas, de la acción y reacción ecualitarias entre los hombres.

Esta opinión dista mucho de hallarse abandonada: los espíritus eminentes que han reflexionado sobre esta grave

(1) Muchos filósofos de la antigüedad se habían apercibido ya de ello. V. Grocio, II, 20, § 36.
(2) *Principios metaf. de la moral*, de nuestra trad., p. 27.
(3) Lo cual no quiere decir del todo que la sociedad esté obligada á aplicarle, sino solamente que lo está á respetarle sin traspasarle jamás; observación muy importante.

cuestion, á pesar de reconocer, ora sus dificultades, y áun á veces sus imposibilidades físicas ó morales en la aplicacion, ora tambien la conveniencia, la utilidad de apartarse más ó ménos de la severidad del derecho,—utilidad y conveniencia que están en armonía con la dulzura de las leyes modernas;—estos hombres reconocen, no obstante, que la razon y la base de la pena están en el gran principio de la igualdad. Sin hablar de las leyes de Moisés (1), de Solon, de la ley de las Doce Tablas y de otras grandes instituciones que parece han admitido el Talion absoluto con más ó ménos rigor, haremos solamente notar que los pitagóricos, segun Aristóteles (2), que Aristóteles mismo (3), Bodin (4), Montesquieu (5), Genovesi (6), Kant (7), Beck (8), Rotteck (9), Hegel (10), Bentham (11), Rossi (12), y muchos otros que se podría citar ademas (13), se han pronunciado más ó ménos en favor de una retribucion penal que tenga su razon y su medida en el gran principio de la igualdad.

No hay duda que esta igualdad no siempre es posible, sino que frecuentemente sería injusta ó inmoral, si fuese aplicada judáicamente sin inteligencia y sin pudor; mas se incurriría en error al pensar que esta espiritualidad en la reciprocidad entre el delito y la pena, es un gran descubrimiento de nuestros dias: los antiguos habían comprendido ya muybien lo que en ella habría de absurdo, inmoral, iní-

(1) Si el Evangelio ha rechazado el Talion, esto ni es en derecho, ni de una manera absoluta. Por de pronto, no es en derecho, sino en moral y en las relaciones de hombre á hombre. (Matth, v. 26;—Apoc., XXI. 27; XXII, 12.)

(2) *Moral*, v. 5.

(3) *Ibid.*

(4) *República*, VI.

(5) *Espíritu de las leyes*, I, 1.

(6) *Della Diccossine*, Venecia, 1799 (ital.), lib. I, c. 19, § 6-11; II, 7, § 13-23.

(7) *Principios metafísicos del derecho*, de nuestra traduccion, página 199 y sigts.

(8) *Principios de Legislacion*, b. 761, 1806 (ale.)

(9) *Manual de der. nat.*, t. I, p. 257.—Stuttg, 1829 (ale.)

(10) *Obras comp.*, t. VIII, *Fil. del der.*, p. 141, y *Porped fil.*, *Obras Comp.*, t. XVIII, p. 46 y 47 (ale.)

(11) *Teoría de las penas*, t. I, p. 59-72. Es ménos favorable al Talion propiamente dicho que al Talion analógico. (*Ibid.*, p. 73-77.)

(12) *Tratado del der. pen.*, t. I, p. 280 y 281.

(13) Séame permitido recordar solamente algunas líneas de uno de nuestros procuradores generales más distinguidos:

«Si se quiere que la pena este en armonía con los delitos y que el

cuo y cruel, ateniéndose á una semejanza rigurosa (1), frecuentemente errónea y falsa. Aquí se puede decir tambien que la igualdad absoluta y brutal sería una profunda desigualdad; que hay numerosas circunstancias que examinar, circunstancias que trasforman frecuentemente la igualdad absoluta en igualdad proporcional, única equitativa, puesto que es entonces la única verdadera. Trátase más bien de cierta analogía entre el mal ocasionado por el delincuente y el que se le hace padecer á titulo de pena; de cierta proporcion entre el grado del uno y el del otro, que de una semejanza é igualdad rigurosas (2). Esta semejanza sería el aspecto judáico del Talion, aspecto absurdo, literal y farisaico, que no podrian condenarse nunca lo bastante. Se puede ver sobre esta cuestion las razones concluyentes de Kant, razones que Hegel se limita á reproducir; solamente que este último filósofo ha hecho resaltar ademas la semejanza y las diferencias que existen entre la pena y la venganza.

Nada, pues, más claro, más incontestable, más universalmente sentido y concebido que la verdad de esta proposicion: «las acciones de un sér racional deben ejecutarse en nombre de un principio, y este principio debe ser comun á todos los hombres colocados en las mismas circunstancias en que se encuentra el agente.» Sin esta reciprocidad posible, pondriase uno fuera de la ley comun, cada cual obra-

principio de la igualdad proporcional presida á la distribucion de la justicia penal; si se quiere, en fin, excluir de los Códigos criminales la arbitriedad ó su imagen, es preciso determinarse, más ó ménos, sobre una especie de talion.

»Lo que hay de vituperable en este sistema penal es no tomar en consideracion más que el acto exterior, descuidar la intencion, atenerse á la letra del sistema más bien que seguir su espíritu. Lo que, por el contrario, hay de admirable en el Talion, es que tiene por resultado grabar más facilmente la pena en el espíritu de los hombres, herir más vivamente su imaginacion por la semejanza del castigo con el carácter del delito, y responder por lo mismo á esta tendencia del nuevo espíritu hácia la analogía de la pena con el delito, tendencia que tuvo en otro tiempo tan grandes y con frecuencia funestos efectos.

»En la antigüedad, los decenviros romanos, Moisés, Pitágoras y Solon, y en los tiempos modernos Kant, Bentham y Filangieri han prescrito ó recomendado el Talion, ora como principio general, ora como adaptándose muy bien á algunos casos particulares, y como pudiendo convenir, bajo esta última relacion, á los pueblos que ya han llegado á un alto grado de civilizacion.» (M. Chassan, *Rer. ext. y franc. de leg.* t. X, p. 923 y sigs.)

(1) Aul. Gelio, *Noches Aticas*, XX, c. 14, s. 37. Cf. XVI, 10, 8.

(2) *Bodin Rep.*, VI.

ría por sí á su manera, se olvidaría la igualdad humana, se colocaría uno en una sociedad ideal, en la que cada cual se haría á sí mismo la ley, arbitraria y parcialmente.

Preciso es reconocer, por otra parte, que la reciprocidad perfecta no es más que un ideal que sólo Dios puede realizar perfectamente, y que la sociedad no está obligada á hacer reinar la justicia absoluta, ó la justicia por la justicia sobre la tierra, sino que solamente tiene el derecho de defenderse por medio de la pena en una medida justa ó permanecer sometida á esta medida. La pena es una especie de deuda de que el paciente y la sociedad son los acreedores, deuda que ni el uno ni la otra tienen el derecho de perdonar, en parte al ménos. La moral, la moderacion de las costumbres, aconsejan de consuno este perdon.

La justicia penal no es, pues, más que una regla, una medida y un medio, cuyo fin es la conservacion de los individuos y de la sociedad. Esta manera de considerar la pena no está ménos conforme con la Escritura, que hace decir á Dios: «La venganza me pertenece, y yo vengaré,» que con la filosofía.

En resúmen: hablamos de la legitimidad de la pena, ó del derecho de castigar; se trata del derecho de conservacion por medio de la pena; la eleccion, del mismo modo que la medida de la pena, no tiene su regla sino en el principio de reciprocidad, principio que es el de la justicia conmutativa en todas las cosas, y que se aplica igualmente á la justicia distributiva, puesto que cada cual sólo debería recibir del príncipe ó del Estado en razon de su mérito y de sus servicios; principio que domina, por consiguiente, el derecho criminal, el civil, el administrativo y el público. Mas la naturaleza de las cosas, la impotencia del hombre ó la moral, no permiten siempre que la pena sea precisamente de la misma naturaleza que el sufrimiento ocasionado por el delito; lo cual hace, por otra parte, más difícil de determinar la medida de la pena, siendo preciso entonces, para tener una regla, entregarse á analogías más ó ménos disemejantes, y en defecto de estas analogías, recurrir á las compensaciones. Mas se sabe que cuanto más se aparta uno de este modo de la semejanza—que hace fácil la comparacion entre el mal físico ocasionado á título de delito y el que puede ser aplicado en concepto de pena—tanto más difícil es de determinar la medida de la pena,

siendo necesaria gran circunspeccion para no traspasarla; cuanto más pierde la pena su carácter de justicia absoluta, tanto más necesario es tambien dejar de sustituirla por medios de coercion y de coaccion, es decir, medios de simple defensa, sin objeto de intimidar, ni aun de retribuir el mal físico por el mal moral, que es lo que constituye la venganza en la medida del principio de reciprocidad.

En resúmen: si la sociedad no tiene mision ni poder para hacer reinar la justicia absoluta por sí misma en materia criminal, tampoco tiene el derecho de castigar, sino únicamente el de conservarse á sí misma y á sus miembros por los medios que juzgue necesarios. Y como el derecho de defensa, considerado de este modo es indefinido se comprende cómo la sociedad y los particulares están á veces excusados, por protegerse por medios que traspasan la medida permitida bajo el punto de vista de la penalidad. Pero en general, cuanto más sólidamente constituida esté una sociedad, más avanzada sea su civilizacion y más sanas sean sus costumbres, tanto más dulces pueden ser tambien las leyes penales, y permanecer en sus medios de defensa bajo el nivel que la justicia penal absoluta parezca exigir. Por el contrario, en las sociedades en que las costumbres son duras, feroces ó se hallan relajadas, donde la autoridad pública es débil, dichas leyes se creen frecuentemente obligadas, para proteger eficazmente la cosa pública ó los particulares,—á recurrir á medidas extremas. Pero como estos excesos pueden no tener su razon más que en errores imaginarios; como producen frecuentemente un efecto contrario al que se quiere obtener, puesto que exaltan los espíritus y hacen más feroces aún las costumbres; como, por otra parte, los pueblos civilizados no renunciarán desde luego á la idea de que las sociedades humanas tienen el derecho y la mision de hacer reinar la justicia penal, de castigar, en una palabra, bueno es recordar á todos que este derecho, así como el de la defensa, no pueden justa ó útilmente traspasar la medida establecida por el principio de reciprocidad (1).

(1) Cf. sobre esta materia: A.—J. Van Deinse, *De pena talionis ap. varias gentes praesertim ap. rom.* L. Bat 1822; Saint-Edme, *Dic. de la penalidad*; Pauthier *Libros sagrados del Oriente*, p. 520; Du Boys, *Historia del derecho criminal en los pueblos modernos*, p. 267 y siguientes; Dumas, *Usos y costumbres de Argelia*, p. 498.