

espíritu de una ley, lo perfecto ó lo defectuoso de sus disposiciones, el origen instintivo, de sentimiento ó de razon de este espíritu, etc., etc.? ¿Cómo, en una palabra, juzgar, criticar, y hacerlo con acierto, sin reglas de crítica y de juicio? No insisto sobre una verdad tan palpable. Los hechos ya me han dado ámpliamente la razon; no tardarán en justificar ademas la marcha seguida.

CAPITULO XI.

DEL DERECHO DE CASTIGAR (1).

SUMARIO.

1. Si el hombre tiene el derecho de castigar á su semejante.—
2. Cuestion resuelta implícitamente por la que precede.—3. Opinión de los autores.—4. Equivocacion desecha.—5. Origen del poder penal.—El derecho de defensa.—6. El derecho de defensa no debe ser considerado como una delegacion divina.—7. El derecho de castigar no pertenece más que á Dios y por qué.—7. No es necesario que lo ejerza por mano del hombre.—9. No lo ha querido, puesto que le ha rehusado las condiciones indispensables para ejercerlo bien.—10. Dios mismo no podría quizá, sin herir su soberana perfeccion, ejercer el derecho de castigar, tal como se le entiende generalmente.—11. Así entendido, el derecho de castigar es á lo ménos muy dudoso, mas conviene conservar la expresion, salvo interpretarla por esta otra: derecho de defensa.—12. Resúmen.

Esta cuestion no presenta ya para nosotros dificultad alguna.

Se puede, es verdad, sostener con igual apariencia de razon lógica que el hombre tiene el derecho de castigar á su semejante ó que no le tiene, segun la idea vedadera ó falsa que se tenga de la pena.

La cuestion del derecho de castigar, presupone, pues, la que acabamos de resolver, y se encuentra por sí misma resuelta.

En efecto, preguntar si el hombre tiene el derecho de castigar, es preguntar si tiene el derecho de defenderse en la medida de la justicia, ó bien si tiene el derecho de ejercer la justicia penal cuando en ello está interesado. Planteada así la cuestion, no es susceptible de dos soluciones.

Los autores han sostenido, sin embargo, que el derecho de castigar no pertenece al hombre; ni al hombre colectivo, á la sociedad, ni al hombre individual. Así, Jark sos-

(1) V. en cuanto al estado de la ciencia sobre esta cuestion un artículo nuestro en la *Revista de Legislacion y Jurisprudencia*, 1845, t. III, p. 221 y siguientes. Cf. Romagnosi, *ob. cit.*, t. I, p. 75-125.

tiene que no es sino en virtud de un mandato del cielo como castiga el soberano, que ejerce en general todos los derechos supremos del Estado.

Segun esta teoría, defendida ya por muchos filósofos franceses del siglo XVIII, por lo ménos en la parte negativa, y combatida por Portalis, como uno de los abusos de esta filosofía (1), la sociedad no tendría el derecho de tocar al culpable.

Si se entiende por pena un mal físico impuesto sin objeto ó por la mera consideracion de que ha habido mal moral, la pena carecería sin duda de razon suficiente, no solamente para el hombre, sino tambien, y sobre todo, para Dios, ser absolutamente sábio, y cuyos actos deben ser perfectamente conformes con la razon.

La pena carecería tambien de razon para Dios, y no habría más que una aplicable por el hombre, si no debiese conducir más que á la satisfaccion de la necesidad de regocijarse por los sufrimientos de otro, por consecuencia del mal que de él se ha recibido, lo cual es propiamente la venganza.

¿Con qué título podría, pues, el soberano castigar como mandatario del cielo, y qué se entiende por un mandato de esta clase? ¿No es preciso que sea positivo y visible? Pero entónces, á no ser por prodigios que el cielo no hace, el soberano se encontraría desarmado, la sociedad misma no podría ya tener jefe, ni la justicia tampoco podría ya ser representada.

¿Este mandato debe, por el contrario, no tener nada de prodigioso, no debe emanar más que del poder sacerdotal? Mas ¿cuál es el poder de esta especie que ha recibido manifiestamente del cielo la mision de hacer y deshacer reyes, de reinar indirectamente por medio ellos? ¿Dónde están sus títulos incontestables, admitidos por todos? Hay que confesar que el derecho divino no tiene sentido más que en las teocracias. Faltaría saber si esta forma social es legítima, bajo qué condiciones, y si es la única que tiene este carácter.

Hay un sentido, segun el cual, sin embargo, el poder es divino: tal es cuando está fundado en la naturaleza de las cosas: es decir, cuando es la expresion de la voluntad comun, bien sea supuesta en virtud de la justicia ab-

(1) *Del uso y el abuso del espíritu filosófico* del siglo XVIII, t. II, p. 889, sobre todo en favor de la pena capital.

soluta de la medida, y por consiguiente no expresada, bien sea enunciada directamente por representacion. Mas entonces es emplear una palabra impropia, pues que nosotros no conocemos la voluntad divina en materia de justicia, sino por la razon.

Hablar de mandato del cielo, es en realidad hablar simplemente de derecho natural, de derecho absoluto, ó emplear un lenguaje desprovisto de sentido ó de verdad; es, como se ha dicho, poner á Dios en el lugar de un príncipe, cuando parece, por el contrario, que Dios ha querido poner á los príncipes en su puesto ó hacerse representar por ellos.

«En nombre de los principios, suficientemente desarrollados en lo que precede, es como nos creemos autorizados para decir con verdad que el hombre no tiene el *deber de castigar por castigar*, que no tiene la mision ni los medios de mantener el orden absoluto del mundo moral en vista del bien moral mismo; que no tiene el *derecho de castigar por castigar* ó con objeto de restablecer el orden jurídico y por la mera consideracion de la necesidad moral ó en sí de este orden, sino que tiene el *derecho de castigar para defenderse*, ó en interés de su conservacion. La sociedad, investida en provecho de todos sus miembros del ejercicio de este derecho, viendo, por otra parte, en la lesion experimentada por uno un peligro y una amenaza para todos los demás, se preocupa justamente del porvenir, y trata de impedir, por medio de una pena por lo demás justa, que la injusticia se repita. El derecho de defensa no se aplica solamente al individuo desarmado, detenido, encadenado y en lo sucesivo impotente; se aplica al porvenir, á la intimidacion, y cuando la sociedad hiere para defenderse, es ménos para defenderse contra aquel á quien hiere, que contra la vuelta, la repeticion de los delitos que tiene proscritos y castigados (1).»

Nadie pone en tela de juicio el derecho de defensa; negarlo sería negar el derecho de existir. Y como se reconocería por esto mismo el derecho de vida y muerte en unos hombres sobre otros, sería faltar á la vez á la justicia y á la lógica. Queda, pues, sentado que el derecho de castigar, si se entiende por esto el derecho de defensa, existe; es ade-

(1) Boitard, *Lecciones sobre el Código penal*, p. 66.

mas necesaria existencia, pues que su negacion conduciría á una contradiccion, es decir, á lo imposible.

Toda la dificultad está pues en saber si el derecho de castigar, bajo el punto de vista de la expiacion, como retribucion del mal por el mal, como medio de correccion ó de enmienda del culpable, es un derecho para el hombre, y si es tambien para él un deber ejercerle; porque, áun suponiendo que haya justicia en hacer á otro el mal que de él se ha recibido, habría aquí un problema de una dificultad poco ménos que insoluble para el hombre. Se pueden muy bien, sin duda, apreciar comparativamente las cosas materiales de la misma especie; por ejemplo, como una moneda equivale á otra del mismo peso y de la misma ley; como un metro de tela de una cualidad dada puede equivaler tambien á otra, aunque aquí ya se presenten matices muy difíciles de notar. Mas las dificultades son, por otra parte, grandes y embarazosas, si se compara, no ya materia con materia, sino cada materia susceptible de ser objeto de derecho, con relacion á uno ó á otro propietario, si se considera la accion culpable en relacion al grado de inteligencia, de libertad y de moralidad del agente. Para administrar recta y cumplida justicia, no es suficiente conocer más ó ménos perfectamente el cuerpo del delito, la naturaleza del mal cometido: es necesario además apreciar el grado de criminalidad que ha presidido á la accion y el grado de sufrimiento que de ella ha resultado.

Hemos establecido el principio de que no hay hombre ni tribunal en el mundo capaz de formar sobre un delito cualquiera un juicio revestido de esta precision necesaria. Hay más; ni el agente ni el paciente mismos son capaces de juzgarse perfectamente en este punto, en lo que personalmente les concierne, y ménos podrán serlo el uno por el otro, ó los dos por un tercero.

Así, bajo este punto de vista, el hombre es enteramente incapaz de administrar perfecta justicia.

Pero supongamos que el hombre que se impone esta ardua tarea fuese tan perspicaz, tan cuidadoso, tan amigo de la justicia, cuanto un mortal puede serlo. ¿Qué sucederá si las pasiones, las preocupaciones, la pereza y la ignorancia vienen á alterar todavía un juicio por otra parte tan difícil de formar!

Afortunadamente es este un problema moral, más bien

que un problema jurídico, y el legislador, el príncipe, el juez, no solamente no están obligados á resolverle, ni tienen esta mision, sino que hasta están obligados á abstenerse de ello. No pudiendo en manera alguna hacer reinar el indicado órden moral en los corazones puros, debe dejar este cuidado á la mirada que puede penetrar en este abismo, al solo poder capaz de realizarlo.

¿Qué sería, por otra parte, la retribucion del mal por el mal, aun suponiendo que fuera posible al hombre? ¿Cuál sería el fin? Si concedemos que es justa, esto es suficiente para que sea sabia. Sólo Dios es bastante perspicaz y bastante poderoso para hacer sufrir á un culpable la justa medida de pena que merece su maldad considerada en su relacion al sufrimiento ocasionado. ¿Pero esta retribucion de un mal físico por otro de igual naturaleza, repara ó puede reparar el mal moral, la culpabilidad? ¿Puede hacer que no haya sido? Ni Dios mismo podría darle esta virtud. No destruye, pues, ni borra el mal moral del delito, y si la expiacion se definiere «la reparacion del mal moral por el mal físico,» la expiacion sería absurda é imposible.

¿Entenderíase, al contrario, por expiacion, la reparacion del mal físico de uno por el mal físico del otro? No hay expiacion posible ni aun en este sentido, puesto que el mal físico ocasionado por el delito, no ha sido menor porque el delincuente sufra ó no un mal igual. Solamente la reparacion civil, que es preciso no confundir con la pena, podrá proporcionar á veces una indemnizacion más ó ménos suficiente. Pero la pena propiamente dicha, no puede en manera alguna dar resultado semejante, á no ser que la necesidad y la satisfaccion de la venganza se consideren aquí como la base del derecho de castigar, lo cual no es, sin duda, el propósito de los que sostienen la existencia de semejante derecho.

Pero, para que estos sentimientos pudieran tomarse en consideracion, para poder definir la expiacion, «el derecho de venganza,» bastaría agravar todo delito de asesinato para evitar la razon de castigar al culpable; bastaría consumir el crimen, para obtener la impunidad; ó bien, bastaría, para desarmar la justicia, que la víctima quisiese perdonar al criminal.

Por último, si la expiacion se define «un medio físico de producir en el culpable el arrepentimiento, el respeto á

la justicia, la simpatía y el amor á la humanidad,» en este sentido el hombre no tiene derecho á castigar: 1.º, porque se trata en esto de un estado moral interno, que no tiene la misión de establecer, al ménos en nombre del derecho; 2.º, porque no conoce este estado; 3.º, porque ignora los medios propios para procurarle; 4.º, porque se prohibiría la aplicación del principio de reciprocidad en caso de crimen capital, puesto que no podría ejercerle, estuviese ó no arrepentido: si lo estaba, la pena sería inútil; si no, convendría no hacer esto imposible matando al culpable; 5.º, porque en todo caso, el arrepentimiento haría inútil la pena, y por lo tanto injusta; 6.º, porque la hipocresía burlaría con frecuencia la justicia; 7.º, porque la pena no sería más que un motivo de engaño; 8.º, porque si la pena no fuese más que un medio de conducir al arrepentimiento, se tendría derecho á prolongarla ó á agravarla indefinidamente hasta que se obtuviese el efecto; 9.º, porque todas las penas conocidas, cuando exceden á la culpabilidad, son medios muy poco seguros de conducir á la enmienda; pueden contener, mas no convertir.

El cambio moral del culpable no puede ser el fin esencial de la pena, ó, si lo es, está en manos de Dios, único que puede saber y hacer lo que conviene en esto.

Pero, ¿no podría Dios delegar en los hombres, en los soberanos, el derecho de castigar? Esto es lo que se ha discutido con frecuencia y se discute todavía. Seríamos de este parecer si se dignase delegar en ellos, á la vez, su sabiduría; de otro modo no podemos comprender que les confiera un derecho que son naturalmente incapaces de ejercer. Y la mejor prueba, á nuestro modo de ver, de que se ha reservado para sí el derecho de castigar, es que ha rehusado á los hombres las luces y el poder necesario para ejercerlo justa y útilmente. Esta imposibilidad de una plena justicia en este mundo es todavía uno de los más poderosos argumentos en favor de la vida futura, si desde luego se admite un Dios santo y providente.

El hombre está todavía tan distante de poder castigar, según se entiende vulgarmente esta parte de la justicia, es tan poco exacto que haya recibido este derecho por delegación celestial, que el mismo Dios no podría ejercerle, sino en tanto que no repugnase ni á su bondad ni santidad supremas, hacer sufrir á una criatura un mal físico sin otro re-

sultado que el sufrimiento mismo, motivado solamente por un sufrimiento igual padecido por una criatura á consecuencia de la acción castigada. Reconocemos que la justicia absoluta no reclama contra esta penalidad vengadora, que hasta parece exigirla; sabemos que la justicia no tiene necesidad de ser útil para ser legítima, que tiene en sí misma su propia razón de ser, que constituye parte del orden moral, del orden del derecho. Pero puesto que por encima del orden jurídico, que es puramente negativo, hay todavía en el mundo moral un grado superior de perfección, el de un bien moral positivo; ¿por qué la pena, restableciendo el orden negativo, corrigiendo el desorden, no sería un medio para un orden mejor que condujese al bien? Y si Dios tiene la inteligencia y el poder necesario para hacer salir el bien del mal, ¿por qué no lo hace? ¿Por qué dejar á los hombres el derecho de torcer su camino, de separar los medios del fin, de agravar el estado moral del malvado endureciéndole por la pena?

Guardémonos de caer en una estéril cuestión de palabras, y puesto que se ha convenido llamar derecho de castigar al derecho de protegerse, de defenderse, sería por lo ménos pueril disputar sobre esto. Sin embargo, para no discutir más, es necesario entenderse.

En resumen: el hombre no tiene la misión de castigar por castigar, es decir, para restablecer el orden moral alterado por el delito, para hacer reinar la justicia absoluta aplicando al delincuente la ley que éste aplica á los otros mediante la acción que le hace culpable. No, aun cuando haya que restablecer en esto una justicia en sí absoluta, objetiva; aun cuando el derecho de castigar propiamente dicho, no consista más que en esto y no en otra cosa; aunque el principio de expiación ó de la pretendida reparación del mal moral por el mal físico, no sea, en comparación del de reciprocidad, sino un principio místico, falso, absurdo y fanático, sin regla y sin medida; aun cuando parezca que el hombre tiene, no solamente el derecho, sino también el deber de hacer reinar la justicia, y toda especie de justicia, por respeto á la justicia misma, sin embargo, como la justicia, así considerada, pertenece al orden absoluto de las cosas, ó bien al orden moral en sí, y el hombre no tiene la misión de hacer reinar este orden más que en su persona individual y no en la sociedad; como le es además

imposible establecer este reinado de la justicia absoluta de una manera perfecta, porque reconoce bastante los caracteres morales del delito, la naturaleza y grado del sufrimiento del que está perjudicado; como no posee los medios más propios para realizar perfectamente la reciprocidad por la perfecta elección de la naturaleza y medida de la pena, el derecho de castigar que le resta, no es, propiamente hablando, sino el derecho de suavizar hasta cierto punto el sufrimiento que padece por el delito, de volver á la calma de una tranquilidad momentáneamente perturbada y de tener cierta seguridad para el porvenir.

La pena tiene, pues, *para el hombre*, su razón en este interés; razón subjetiva, relativa, pero indispensable, extraña hasta entónces á la necesidad moral absoluta de reparar el desórden producido por el delito en el mundo moral. Pero si la pena, tal como el hombre tiene el derecho ó el deber de aplicarla, tiene su razón relativa ó humana en el interés privado y público, tiene su regla y su medida en la justicia absoluta, justicia que el interés, un interés cualquiera, no tiene el derecho de violar (1). En una palabra: la pena es una deuda, cuyo acreedor es la justicia absoluta; los hombres no tienen derecho á exigirla por sí misma; al ménos no están obligados á ello. Todo lo que se les debe es la reparación del mal sufrido por ellos, del mal físico *lato sensu* y garantías para el porvenir. Esto sentado, no hay confusión posible, y en adelante se puede hablar sin ningun inconveniente el lenguaje admitido, puesto que es un idioma hecho y comprendido.

(1) Cf. entre otras obras sobre el derecho de castigar en general, F. J. Goebel, *De legitima sui defensione*.

CAPITULO XII.

QUIÉN PUEDE LEGÍTIMAMENTE CASTIGAR.

SUMARIO.

1. En el estado llamado de naturaleza.—2. Derecho de reciprocidad.—3. Quién debe ejercerle.

En el estado de aislamiento, que de ordinario se llama estado de naturaleza, se ha dicho que el hombre tiene el derecho de defenderse, pero no el de castigar. Puede ayudar á un semejante suyo á rechazar una injusta agresión, pero no puede ayudarle á castigar al agresor.

La pena supone un superior que la imponga y un inferior que la sufra. No hay, pues, pena legítima entre iguales, es decir, fuera de la sociedad, entre salvajes, entre las naciones. Locke, Barbeirac, Filangieri, Burlamaqui y Vattel, Rotteck han sostenido, por el contrario, que el individuo tiene también el derecho de castigar cuando la sociedad no puede hacerlo por él; que la sociedad no está investida de ningun derecho que, bajo una ú otra forma, no pertenezca ya á los individuos. ¿Qué es, pues, la pena, sino el derecho de defensa preventiva, subordinado á un delito anterior y ejercido dentro de los límites de la justicia? Pero respondamos á cada una de las precitadas razones contra el derecho de castigar, tal como lo entendemos.

1.º Es cierto que el derecho de reciprocidad, en cuanto á un mal físico voluntariamente ocasionado, no es sino la equidad con un nombre dado. Decir que el derecho de castigar á nadie pertenece individualmente, sería tanto como decir, que la equidad no es la equidad, ó que un derecho no es un derecho.

2.º Cuando se trata de saber quién debe ejercerle, el individuo ó la sociedad, todavía no es grande la dificultad, porque hay más de una razón para que la sociedad

esté exclusivamente investida de él, cuando puede estarlo útilmente.

La pena es mejor elegida y aplicada en una medida más justa.

Se impone con más seguridad, puesto que ningún culpable es bastante fuerte ante todos para esperar fácilmente la impunidad.

El resentimiento del condenado ó de la familia contra la sociedad, es nulo en comparacion de lo que podría ser contra un individuo.

Si un particular se encargase de castigar á su enemigo, muchos delitos y crímenes quedarían necesariamente impunes por falta de fuerza suficiente de parte del ofendido. El asesinato más hábilmente premeditado, podría escapar con facilidad la justa pena que merece.

Si un hombre débil se viese obligado á recurrir á la astucia para vengarse de otro más fuerte, las relaciones sociales llegarían á ser muy peligrosas. Lo mismo sucedería si se reconociese á los parientes, á los amigos del ofendido, á todos los que pudieran interesarse por él, el derecho de ayudarle á castigar al culpable: se sembraría de este modo la desconfianza y el ódio para obtener asesinatos sin número. La sociedad se vería amenazada de caer en la disolución más completa.

¿Pero es que el hombre, en estado de naturaleza, es decir, considerado con relacion á sus semejantes, como hombre pura y simplemente, y no como ciudadano, no tiene el derecho de castigar á quien le ofenda gravemente, sobre todo cuando no puede recurrir á ninguna fuerza pública para restablecer al ménos por la reparacion civil, la igualdad jurídica entre él y su enemigo? No lo creemos (1), porque todo individuo tiene el derecho de ejecutar una accion que no traspase los límites de la justicia, cuando al obrar de este modo, no perturbe el órden social, lo cual no hay que temer en el estado de naturaleza.

(1) Somos en esto del parecer de Platon, que es tambien el de muchos modernos ya citados. Vease ademas: Cumberland. *De legib. natur. disquis.*, Lond., 1672, I, 26;—Selden, *De jure naturæ et gentium justa disciplinam Hebræorum*, IV, 5, donde se habla de los *jus zelatorum* de los Judios;—el mismo *De jure zelator.*, en los *otia theolog.*, IV, p. 604.—Bud., *Dissert. de jure zelat., in gente Hebr.*:—del mismo, *Theol. mor.*, II, 4. § 6.

Hay más: el individuo está interesado, y legítimamente interesado, no solamente en defenderse, sino tambien en garantizarse por medio de una justa intimidacion, resultado de la pena, contra toda agresion ulterior. Tiene el derecho de *corregir* á su agresor, de manera que le quite la voluntad de cometer una nueva injusticia, tanto con él como con otros hombres.

En resumen, creemos que el derecho de castigar, considerando la pena bajo su aspecto preventivo, y subordinándola siempre á la justicia absoluta, y áun al interés actual, si este interés no exige más que lo que el derecho concede, creemos que el derecho de castigar pertenece al ofendido en estado de naturaleza, que puede ejercerse en este estado por todo hombre que experimente un movimiento de simpatía hácia uno de sus semejantes injustamente maltratado. Esto es lo que el pueblo llama *imponer un correctivo*. Con tal que sea merecido, se preocupa bastante poco de la mano que le impone, aun en el estado social.

No es de necesidad absoluta (sino de necesidad relativa en una sociedad constituida), que la pena parta de un superior. Lo esencial es, lo repetimos, que sea merecida y que no exceda á la justicia.

Para obtener con más seguridad estas garantías y algunas otras de que ántes hemos hablado, todos están de acuerdo en decir que el ejercicio del derecho de castigar debe abandonarse al soberano en el estado social.

¿Pero en qué consiste este abandono? ¿Es por un contrato social, real ó ficticio, por un contrato propiamente dicho, ó por un cuasi-contrato?

Un tradicionalista, un partidario de la teocracia, respondería que es un efecto de la institucion divina.

Un sensualista diría que es en virtud de un contrato ó de un cuasi-contrato.

Un racionalista, que es una consecuencia necesaria de la soberanía, una de sus atribuciones esenciales. Instituido el soberano (poco importa aquí la cuestion de *cómo*), para el sostenimiento del órden social, para servir de lazo de unidad y de principio de vida al cuerpo político, es imposible, en efecto, que la parte disciplinaria de policia y de derecho criminal, no le pertenezca. Aunque quisiera desprenderse de este, no podría hacerlo lógicamente: para descargarse de un deber tan sagrado, para renunciar al ejercicio

de semejante derecho, no tendría más que un medio, abdicar.

Reconociendo pues, que el derecho de castigar, es esencialmente inherente á la soberanía, no hay necesidad de responder á la cuestion: ¿cómo ciudadanos futuros, que se den un soberano, podrán conferirle el derecho de castigar, no teniendo ellos el de castigarse á sí mismos?

Filangieri responde que cada miembro de la sociedad concede al soberano el derecho de castigar á los demás, cuando está interesado en ello, reconociendo así la posibilidad jurídica de ser castigado él mismo, no á petición propia, como si se persiguiese por un delito, lo que es absurdo, sino á instancia del querellante ó del órgano de la sociedad.

Volveremos á ocuparnos de esto, al tratar de la pena de muerte.

CAPITULO XIII.

DE LA LEGALIDAD DE LAS PENAS.

SUMARIO.

Condiciones para que haya legalidad en la pena:—1. Debe ser decretada por la ley.—2. El grado debe ser determinado aproximadamente al menos.—3. Debe ser aplicada al delito que está destinada á castigar.—4. Debe ser pronunciada sobre pruebas legales.—5. Debe ser pronunciada sobre pruebas jurídicas suficientes.—6. Debe ser aplicada judicialmente.—7. Debe ser pronunciada por Juez competente.—8. Debe ser pronunciada despues de las formas prescritas por las leyes penales existentes en la época del delito.—9. No debe alcanzar más que á los culpables.—10. Debe ser impuesta en el tiempo, lugar y manera exigida por la ley ó el uso.

Sabemos por qué condiciones es legítima una pena; resta saber lo que constituye su legalidad.

Una pena es legal, cuando reúne las condiciones siguientes:

1.^a Debe ser inspirada por la ley (1) al menos en cuanto á la intencion y al espíritu.

Un gran defecto en las leyes penales de Atenas es que la pena que debía alcanzar al delito, no era determinada por la ley. Necesitábanse dos juicios: uno que tenía por objeto la cuestion de culpabilidad, otro la de la pena merecida. En el intervalo del primero al segundo juicio, se preguntaba al acusado, qué pena creía merecer. Esta pena era despues discutida comparativamente á la que habia sido propuesta por la acusacion, y despues fallaban los jueces.

¿Quién creería que el canton de Zurich, uno de los más populosos, industriosos é ilustrados de Suiza, no poseía todavía en 1835, un Código de leyes penales, *ninguna ley penal*, segun Rossi? (2) Desde esta época, este canton ha repa-

(1) L. 131, D., *De verbor. oblig.* Excepcion hecha de la disciplina correccional. Es necesario todavía, que se fije por reglamentos ó previas advertencias. (L. 10, D., *De legibus*).

(2) *Tratado de derecho penal*, t. I, p. 60.