

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.<sup>a</sup> 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.

rado una omision poco digna del distinguido rango que ocupa en la Confederacion helvética.

2.<sup>a</sup> La segunda condicion exigida para que haya legalidad en la pena, es que el grado sea en ella determinado por la ley, sin perjuicio del poder discrecional que se atribuye al Juez; el grado es entónces divisible por sí mismo; tiene solamente un máximum y un mínimum.

3.<sup>a</sup> La pena debe ser aplicada al delito que está destinada á reprimir (1).

4.<sup>a</sup> No debe ser pronunciada sino apoyándose en pruebas legales, y no en pruebas que pudieran ser personales al Juez (2). Moralmente, la sentencia que se fundase sobre el conocimiento que el Juez tuviera personalmente del hecho, podía ser irreprochable; pero no sería jurídicamente regular.

5.<sup>a</sup> Las pruebas jurídicas deben ser suficientes, es decir, propias para producir certeza moral (3); si no lo son, el acusado debe ser indemnizado ó puesto en libertad, con la restriccion de un informe más ámplio. Pero este informe sólo debe fundarse en probalidades de cierto valor y por tiempo determinado. El informe más ámplio indefinido sería ya una pena y una pena moral grave.

6.<sup>a</sup> La pena debe ser aplicada judicialmente ó segun las formas exigidas, con arreglo de las formas prescritas por la ley.

7.<sup>a</sup> Debe serlo por el Juez competente (4).

8.<sup>a</sup> Debe serlo segun las leyes penales existentes en la época del delito, á ménos que el acusado no tenga interes en ser juzgado segun una ley más reciente, porque la retroactividad en materia criminal puede admitirse en favor del acusado, si no se opone á ello el interés público (5). No hay, pues, injusticia en juzgar un delito segun una ley más severa, bajo cuyo imperio se hubiere cometido; pero habría injusticia en aplicarle una ley nueva más dura que la que existía en el momento en que tuvo lugar.

(1) L. 10, D., *De legibus*.

(2) L. ult., Cod., *De probat.*; *Capit. Car. Mag.*, 1. 156, lib. V.

(3) L. 5, p. 1. D., *De pœnis*.

(4) L. 131, D., *De verbor. obligat.*

(5) No sería más justo exhumar leyes antiguas más severas que las actuales, que aplicar á los casos presente, leyes posteriores más desfavorables á los acusados. Parece que esto se practicaba entre los Romanos. (Cic., *De Amic.*, II; *Catil.*, IV, 4.;—Sallust., *Jug.*, 31;—Appian, I, 17;—Valer. Máxim., IV, 7, 1.

9.<sup>a</sup> La pena no debe alcanzar, sino á los culpables (1).

Nuestra antigua jurisprudencia exceptuaba en mal hora el crimen de lesa-majestad; era una odiosa copia del derecho romano (2). Ciertas leyes bárbaras habían sido más sábias, la ley de los Visigodos es formal, con respecto á la personalidad de las penas; no admite en esto excepcion (3). La ley sajona era ménos equitativa (4). Pero en la antigüedad en que el principio de solidaridad era en general fácilmente admitido, había ménos escrúpulo sobre la extension de la impunidad en cuanto á las personas. Así es que, en Macedonia y Persia, los padres del culpable de lesa-majestad, eran condenados á muerte (5).

La misma responsabilidad alcanzaba en otras partes á los inocentes por delitos públicos ó privados de otra naturaleza. Toda la familia de Aman fué ahorcada con él (6). Una envenenadora ateniense, Théoris, fué condenada á muerte con todos los suyos (7). Todos los parientes de Hannon sufrieron su fin trágico. En Roma, cuando los esclavos mataban á su amo, áun los que no habian tomado parte en el crimen, los libertos que habitaban en la misma casa, eran también condenados al último suplicio (8). En el Perú, si una jóven consagrada al Sol faltaba á su voto de castidad, era enterrada viva, su seductor ahorcado, y destruida la ciudad en que este hombre había nacido, maldito y desierto el sitio (9). En el Japon, la pena alcanza á los parientes próximos del culpable (10). Una ley semejante existía ántes en Rusia. En China, cuando se comete un gran crimen, los mandarines de la circunscripcion administrativa

(1) L. 18, Cod. Theod., *De pœnis*.

(2) L. 15, § 3.º D., *Ad senat. Turpil.*

(3) «Omnia crimina sequantur auctores. Nec pater pro filio, nec filius pro patre, nec uxor pro marito, nec maritus pro uxore, nec frater pro fratre, nec vicinus pro vicino, nec propinquus pro propinquo ullam calumniam pertimescat. Sed illi solus judicetur culpabilis qui culpanda commisit, et crimen cum illo qui fecerit, moriatur: nec successores aut hæredes pro factis parentum ullum periculum pertimescant.» (*Leg. Wisig.*, I, VI, t. I, l. 48).

(4) Tit. 2, l. 5.

(5) Claud., *ad Horat.*; Am-Marcel., XXIII; Q. Curt., VI-VIII; Justin, X.

(6) Daniel, VI, 24.

(7) Demost., *in Aristc.*

(8) Tacit., *Annal.* XIV.

(9) *Hist. de los Incas*, IV, 3.

(10) *Atlas hist.*, t. V, *Disc. sobre el Jap.*, p. 168.

son destituidos, y los padres castigados (1). La ley del Imperio del Medio, permite tambien que el inocente participe de la suerte del culpable, ó sea castigado en su lugar. Los hijos y nietos, las esposas y los hermanos, están autorizados para seguir á los condenados al lugar de su destierro, por lejano que esté; y todos los parientes próximos tienen la facultad de recibir bofetadas, latigazos y otros ligeros castigos en lugar de sus antepasados (2).

Ya se considere la pena, como una retribucion de un mal físico por un mal moral, como ejemplo propio para intimidar, como medio de mejorar al culpable, como una especie de satisfaccion dada á la justicia, ó como una reparacion del desorden moral (lo que se refiere al segundo punto de vista), debe ser sufrida solamente por el culpable, no por el inocente. Si se ofreció á sufrirla, su reparacion nada evitaría en el fondo, no repararía nada. Si no se ofrecía espontáneamente en expiacion, habría otro crimen.

Basta para comprender mejora aún la verdad de esta proposicion, explicar la ilusion que ha dado origen á la opinion contraria. Dos pueblos están en guerra; no se conocen unos á otros. Son el uno para el otro dos personas morales, como dos cuerpos de nacion. Trátase de vengar un asesinato cometido por uno de los miembros del uno contra uno de los del otro. El pueblo que trata de vengarse, reclama al asesino; se le propone un inocente que quiere satisfacer por el culpable, y se acepta al inocente. ¿Por qué? Porque el pueblo ofendido no ve en el otro que ha cometido la injusticia, más que un todo, un cuerpo, una persona, culpable en uno de sus miembros; y á esta persona es á la que quiere castigar en uno de sus miembros, sin investigar de quién ha cometido el crimen. La pena se cree es sentida de esta manera, lo mismo que de otro modo, en la persona colectiva que se castiga, pues tácitamente se supone que tiene la conciencia de todos sus miembros.

Se parece, pues, indudablemente, la deuda criminal á una deuda civil. Lo esencial en lo civil, es que el acreedor sea pagado. Un tercero puede librar al deudor. Es simplemente una generosidad del que paga para con el que debe, cosa en verdad muy permitida.

(1) El P. Le Comte, *Carta IX.*

(2) *Mém. concern. á los Chín.*, IV, p. 158.

Pero en materia criminal, si es permitido el sacrificio, si al ménos en cierto modo es excusable y no aceptable por la justicia, no es una victima lo que se necesita, como el número de escudos que pide un acreedor (1); trátase, por el contrario, de establecer una igualdad; hay un mal físico merecido, por otro mal físico voluntariamente ocasionado ó por un agente determinado, que es la única persona en quien puede restablecerse el equilibrio de la justicia, porque él es el que falta y no otro; en esto consiste la deuda activa, que es el crédito: este es el vacío que hay que llenar por medio de la satisfaccion.

El verdadero acreedor, en materia criminal, es la justicia, que quiere ser satisfecha en la persona y por la persona del culpable, y que no puede serlo sino de este modo. No es un *sufrimiento*, un dolor en general lo que ella exige, sino más bien una *pena*, es decir, un sufrimiento en un sujeto culpable, y porque es culpable, sin lo cual ni hay pena ni deuda satisfecha. Todos los terceros posibles, ni son ni pueden ser otra cosa que *agentes* de la justicia; pero de ningún modo *deudores* aceptables para ella.

Es una especie de justicia digna de los tiempos más atrasados, aquella en que el inocente es admitido á la pena en vez del culpable. Así lo vemos entre los salvajes. Cometiéndose un asesinato en un miembro de la tribu de los Chactas por un jóven salvaje de una tribu vecina; los Chactas reclamaron el culpable. Iba á ser entregado, cuando el padre del asesino, reconociendo que la reclamacion era justa, pero que el culpable era más útil á su mujer y á sus hijos que él, anciano débil, ofreció su cabeza por la de su hijo. El sa-

(1) Los escudos son de tal naturaleza, que representan otros escudos; son del número de las cosas en que la especie lo es todo, el individuonada: aquellos son los que se prestan, aún cuando nada signifiquen. Pero en derecho criminal, no es un dolor *abstracto* lo que hay que sufrir por la persona que lo merece, que lo debe: es un dolor determinado por el carácter de *penalidad*, y que desde luego no puede ser sufrido sino por el culpable. Si lo es por otro, quíralo ó no, pierde su carácter de pena; no es sino un dolor sin razon, ó contra toda razon jurídica. No es más que un paralogismo absurdo, horrible en materia penal. Es como si en materia civil se pagase á otro a quien no se le debiera. Hay además esta diferencia, que en materia criminal el acreedor es la justicia absoluta, que no puede sufrir sino el que la debe sufrir y no otro. No basta que el culpable consienta en no ser castigado, para ver á un inocente sufrir en su lugar. Esta pretendida sustitucion es tan imposible como que un culpable sea inocente ó un inocente culpable, ó que el uno sea el otro.

crificio fué aceptado (1). La conducta de este desgraciado padre se concibe, pero la de los Chactas no se comprende sino por medio de las aberraciones de que hemos hablado.

He dicho que el sacrificio no sería siempre justo: sería muy reprehensible si fuese acompañado de la creencia de que el culpable hoy indultado volverá mañana á su vida criminal.

10. La décima y última condicion para que la pena sea legal, es que se imponga en el tiempo, lugar y de la manera exigida por la ley ó por la costumbre (2).

No basta que la pena sea legal; es necesario que sea legítima, equitativa y conforme á la razon. Debe, además, ser útil, eficaz.

(1) Nougaret.—Belleza de la *Historia de los Estados-Unidos de América Septentrional*, 2.<sup>a</sup> edic., pág. 260.

(2) L. 18, párf. 15, *De pœnis*.

## CAPITULO XIV.

### CUALIDADES EXTRÍNECAS DE LA PENA

#### SUMARIO.

1. Dos cualidades dominantes: equidad, eficacia.—2. Cualidades subordinadas: analogía, proporcion, divisibilidad, commensurabilidad, revocabilidad, imparcialidad, certidumbre, represion, correccion, ejemplaridad, utilidad moral, etc.—3. Desarrollo.—4. Eficacia de la pena, una vez satisfecha.—5. Utilidad de la pena.—6. Brevedad para imponerla.

Las penas deben, en cuanto sea posible, reunir ciertas cualidades que las hagan tanto más perfectas cuanto mayor es el número y la categoría en que se encuentran.

Las dos grandes cualidades de las penas son la justicia y la utilidad ó la eficacia, cualidades externas, sin duda, que responden más á la aplicacion que á la esencia de la pena, pero cualidades indispensables, que son el fin de todas las demás; es decir, cualidades intrínsecas.

Es mucho más fácil hacer justo un sistema de penalidad y poner de relieve este carácter fundamental que reúne en alto grado las propiedades siguientes: analogía, proporcion, divisibilidad, commensurabilidad, revocabilidad é imparcialidad.

Además, si la justicia es ya una garantía de la eficacia de la pena, se puede decir que esta eficacia aumenta todavía si la pena es cierta, coactiva, correctiva, ejemplar y materialmente útil á la sociedad y al reo.

Tratemos á la ligera estas diversas cualidades.

Segun lo que hemos dicho del principio de la reciprocidad aplicado á la pena, nada más nos queda que decir aquí de la analogía que sería de desear entre la pena y el delito; no debe ser sacrificada sino á cualidades superiores.

La proporcion entre la pena y el delito constituye su justicia rigurosa ó extricta. La lenidad de la sociedad se hace ver aún al culpable mismo, si la pena se ajusta ó no á esta medida sin dejar de ser suficiente. Puede serlo, so-

bre todo, si el que la sufre está convencido de que los que le castigan son compasivos é indulgentes para con él, y no ceden sino á una necesidad que deploran (1).

Pudiendo los delitos de un mismo nombre variar considerablemente en cuanto al grado de daño y de culpabilidad, sería un mal sistema penal el que no fuese susceptible de tantos grados como puede haber en el mismo delito. Volveremos á ocuparnos de esto en el siguiente capítulo.

Conviene tambien que el legislador, el juez, el culpable, el público, la sociedad, en fin, comparen los delitos y las penas. Esta comparacion puede ser muy útil á la sociedad, á causa de la eleccion posible de medios criminales para llegar á un mismo fin (2).

Es ademas una cualidad en la pena la de poder ser perdonada en el caso en que haya sido supérflua ó demasiado severa, ó tambien cuando se hubiere reconocido error en el tribunal.

La pena para los unos, la impunidad para los otros, diferentes penas para los mismos delitos, segun la condicion de las personas, tal ha sido siempre, con poca diferencia, el estado de las sociedades, sobre todo de las sociedades antiguas, de la Edad Media, y de las sociedades asiáticas; en una palabra, de todas las sociedades constituidas sobre el principio de la desigualdad. Y no es que la igualdad material ó aparente sea mucho más justa en derecho civil, sinó que, si la igualdad proporcional es de ordinario la única admisible por ser la única que se aproxima á la igualdad absoluta, verdadera, se ha aplicado con demasiada frecuencia en sentido contrario á la realidad; puesto que era más dura para el ménos culpable, y más leve para el más criminal.

Hubiera sido mejor una igualdad ciega y brutal, una igualdad absoluta para el mismo delito, sin excepcion de personas, que una igualdad proporcional, cuya aplicacion se ha hecho en sentido inverso.

(1) Véase sobre la proporcion entre los delitos y las penas y sobre lo arbitrario de los castigos: Romagnosi, *Genesi del dritto penale*, t. I, pág. 128-178 y pág. 244-293, t. II, pág. 381-387; ed. Firenz, 1834. Cibrario, *della Economia politica del medio evo*, t. II, pág. 93-104. Rosshirt, *Geschite der Deutschenstrafrecht*, t. I, p. 23; *Ens. hist. sobre las leyes*, p. 118; Alb. Du Bois, ob. cit., t. II, p. 379, etc.

(2) V. Bentham, *Teoría de las penas*, I, p. 41 y 42.

Los pueblos salvajes no están al abrigo de este abuso; en ninguna parte es más venal la justicia. Hay que ganar al príncipe, al juez, al sacerdote, para obtener una sombra de justicia; de aquí que el mayor malvado puede alcanzar la impunidad (1). Veremos de esto más de un ejemplo.

Se conoce el criterio de Solon sobre las leyes, sobre su fuerza contra los débiles y su impotencia contra los fuertes.

En Roma variaban las penas segun la condicion del acusado, áun bajo el despotismo imperial (2), pero siempre para herir con más fuerza al débil.

Las leyes de los bárbaros, las de los tiempos feudales, la Carolina, las ordenanzas de los reyes de Francia, los estatutos de los reyes de Inglaterra, en general, todas las legislaciones europeas llevaban impresa esta inicua distincion. Los países donde hay esclavos, como Rusia, y gran parte de los del Nuevo Mundo han conservado en sus códigos penales diferencias que no son sino una consecuencia casi forzosa de la injusticia de las leyes civiles sobre el estado de las personas.

No están todavía muy distantes los tiempos en que los plebeyos eran condenados á seis años de galeras por una ordenanza del más popular de nuestros reyes (3), si tiraban con el arcabuz á una legua de distancia de las selvas, parques, bosques y cotos de la corona (4).

Otra ordenanza del mismo príncipe llega hasta castigar las reincidencias, en materia de caza, con destierro perpétuo, confiscacion de bienes, y áun con la última pena.

Felipe Augusto condenaba al blasfemo á pagar algunos sueldos de multa si era noble, y á ser ahogado si era plebeyo. Una ordenanza de Carlos IX, dada en Tolosa en 3 de Febrero de 1566, despues de haber prohibido vender durante la Cuaresma toda clase de carne, escepto para los hospitales y los enfermos, añade: *Los contraventores pagarán una multa de cien escudos, si tienen de qué, y sino serán azotados en las encrucijadas de las calles donde habiten* (5).

(1) *Hist. de los viag.*, t. IV, p. 193.

(2) XII Tab.; D., lib., 48, tit. 8, 1, 3, pár. 5, 1, 16; tit. 19, 1, 15, 28 y 38, pár. 2 y sig. Cod. lib. 9, tit. 13, D. lib. 48, t. 50, l. 24. Cod. l. t. 9, l. 4 y 31. *Novel.* 77 y 141.—V. tambien la primera carta de Séneca.

(3) Orden. de 1607.

(4) Orden. de 1601.

(5) Pastoret, *Leyes penales*, IV, p. 86.

Un criado, convicto de haber tenido comercio criminal con su señora, era condenado á muerte y ella perdonada (1).

Hemos dicho que, la eficacia de los castigos está asegurada, no sólomente por la justicia de la pena, sino tambien por la seguridad de que será juzgado, por la probabilidad mayor de que el delito será conocido y el autor convenientemente perseguido. Se ha notado tambien que no es el rigor de las penas, sino su certeza lo que contiene á los malhechores.

Ademas, estaremos libres de los atentados de un criminal, al ménos durante el tiempo de su pena, si ésta consiste en la privacion de la libertad ó en el destierro. Bajo el punto de vista de la seguridad no hay pena comparable con la de muerte; pero conviene que sea jurídicamente posible y socialmente necesaria. No es tampoco divisible, ni comensurable, ni remisible. En esto consisten los grandes defectos que deben hacer al juez más circunspecto en su aplicacion. Despues hablaremos de esto.

Si la pena fuera propia para hacer entrar al culpable en sí mismo, para corregirle, alcanzaria el mayor grado posible de eficacia en lo que á ella se refiere. Si la publicidad de la pena intimidase á todos los que desgraciadamente se viesen inclinados á incurrir en ella, la eficacia sería mucho mayor todavía, aunque quizá ménos sensible. Basta, por lo demás, para que sea eficaz con respecto á esto, que sea de tal naturaleza, que produzca una saludable impresion en el espíritu del pueblo, sin salir de los límites de la justicia. Mas para que así suceda, la pena no debe contrariar los prejuicios ni las costumbres de la época ni del país.

Se puede tambien hacer útil la pena, obligando á trabajar al detenido; de este modo será más templada, más fácilmente correctiva y ménos peligrosa para la salud intelectual, moral y física.

El individuo y la sociedad ganarán en esto, segun veremos al tratar del sistema penitenciario. Pero no todas las formas de utilizar la pena son igualmente justas. (2).

(1) Pastoret, *Leyes penales*, IV, p. 48. Cf. sobre la parcialidad ó imparcialidad de las leyes penales. Du Boys *Hist. del der. Crim.*, p. 535, 627, 642, 652, 653; el general Daumas, *Mœurs et coutumes de l'Algérie*, página 198.

(2) Uno de los medios de expiar su crimen segun Zoroastro, es casar á una joven doncella con un sectario suyo (*Vendidad-Sadé*, farg. 14,

Si á las cualidades precedentes añadimos ademas que la pena debe seguir inmediatamente al delito; que el teatro del uno debe ser tambien el de la otra; que debe ser impuesta inmediatamente despues de los debates públicos y de la condenacion, y que la manera de hacerla sufrir no debe ir separada del respeto debido á la humanidad y al infortunio, tendremos todas las condiciones necesarias para la eficacia de la pena.

Lo mismo sucede con el espectáculo de las penas que con el de la muerte, la grandeza, etc.: cuanto más ordinarias son, ménos conmueven. Nueva razon para no multiplicar sin necesidad los delitos legales.

p. 391). Otras veces la pena era utilizada por medio de multas en provecho de la agricultura, del sacerdocio y del estado militar. *Vend. farg.*, 14, p. 388, 390 y 391.