

## CAPITULO XXI.

### DE LAS DIFERENTES ESPECIES DE PENAS EN GENERAL (1)

#### SUMARIO.

1. La diferencia de las penas no es arbitraria: Su razon.—2. Condicion de una pena.—3. La proporcionalidad de la pena es imposible en el sistema de la unidad genérica de la misma.—4. Discusion de este sistema.—5. Dos clases de penas universalmente admitidas.—6. La infamia, la indignidad, no ha podido sobrevenir sino á consecuencia de las otras dos clases de penas.—7. Crítica del Código penal francés.

La diferencia de las penas no es más arbitraria que la pena misma, y tiene su razon en la diferencia de los delitos. Así como un delito no es simplemente un delito, sino tal ó cual delito, de la misma suerte una pena no es tampoco una pena en general, sino necesariamente tal ó cual pena.

Así como el delito no es tal sino porque atenta á la legítima sensibilidad de otro en su persona, en su honor, en sus bienes, en su consideracion, ó con más brevedad, en su persona y en sus bienes, así la pena no puede ser tal sino á condicion de violentar y hacer sufrir la sensibilidad disculpable en su persona ó en lo que posee y en lo que le es más querido, excepto otras personas.

Si la pena no debiera cambiar de naturaleza segun la naturaleza misma del delito, se debería renunciar á la idea de establecer la debida proporcionalidad con alguna exactitud y de una manera algo cierta entre el castigo y la falta;

(1) Véase sobre este punto. Remmevich y Metzler, *Dissert. de pœnis naturalibus*; Beemann, *Medit. polit.*, 15; Boehmer, *Introd. in jus publ. univ.*, p. 556; Hochstelter, *de Jure pœnarum*; Vico, *de uno Universi juris principio et fine uno*, p. 141, edit. Ferr. Mediol., 1835; Montesquieu, *Espíritu de las leyes*, VI, 9; Ancillon, *Del espíritu de las Constituciones civiles y de su influencia sobre la legislacion*, (all.) Berlin, 1825, p. 231-276; Rossi, t. III, p. 119; Boitard, *Lecciones sobre el Código penal*, p. 22-46, y p. 46-168.

proporcion que ha sido juzgada siempre necesaria cuando es física y moralmente posible. Sería necesario renunciar al principio de la igualdad jurídica, de la reciprocidad, único principio, sin embargo, que permite la aplicacion de la nocion del derecho á teoria de la pena.

¿Qué proporcion exacta hay en efecto entre el ultraje, la muerte y una pena puramente pecuniaria, por ejemplo, y qué medio de castigo habría para el que nada posee? ¿Qué proporcion claramente apreciable hay entre el robo ó la destruccion y una pena afflictiva?

¿Se dirá que la unidad entre el sufrimiento causado por el delito y el que es ocasionado por la pena resulta de la contrariedad que experimenta el delincuente de ser menoscabado en sus bienes? Esto es verdad sin duda; pero es necesario convenir al ménos en que esta es una semejanza muy lejana, cuyos términos son de difícil comparacion y que, por lo tanto, la proporcion es vaga é incierta (1). Sólo la necesidad puede excusar de no hacerlo mejor.

Se pueden, por lo tanto, admitir en principio dos clases de penas por lo ménos; las unas que afectan al culpable en su persona física y moral, las otras en sus bienes, segun que él haya atentado á las personas ó á los bienes de sus semejantes. Si fuera necesario por razones de humanidad, de moral ó de imposibilidad física renunciar á esta proporcionalidad (2), ¿no sería todavía ocasion de realizar entre estos dos géneros naturales de penas una especie de compensacion que sería legítima por la sola imposibilidad de obrar de otra manera y de volver á la máxima del derecho romano, que quien no puede pagar con su peculio debe pagar con su cuerpo? (3).

(1) Hay una naturaleza genérica y una naturaleza específica en la pena como en el delito. La proporcion es ménos visible, ménos perfecta cuando no se puede aplicar á una especie de delito la especie de pena más propia, más análoga. Pero hay tambien una proporcion lejana entre una especie cualquiera de delito y una pena cualquiera, por ejemplo, entre la muerte y la pena pecuniaria. Esta proporcion y esta analogía del género á la especie, basta, por lo tanto, para que haya todavía en rigor una cierta aplicacion posible del gran principio de la reciprocidad en materia penal; pero esta aplicacion es más vaga, y ménos cierta su equidad.

(2) Es decir, entre la naturaleza y el grado del delito de una parte, y la naturaleza y el grado de la pena de otra.

(3) *Qui non habet in cere, luat in corpore*; l. 25, D., *De in jus vocando*.



¿Qué dificultad y qué fuente de arbitrariedad en la estimación pecuniaria de un delito por ultrajes, heridas, muerte, etc.! La misma pena pecuniaria impuesta absolutamente por el legislador, afectaría de igual manera al pobre y al rico, al avaro y al pródigo?

Así se han admitido casi siempre dos clases de penas; las unas que afectan á las personas, y las otras á los bienes; y todos los pueblos civilizados han reconocido además penas morales que afectan á la consideración. En las sociedades ménos cultas hay una opinión pública que es ya una gran potencia. No hay quizá pasión más universal que la del amor propio, pasión que hace nacer la necesidad de la estima de otro, y esta necesidad, cualquiera que sea la naturaleza de su objeto, se encuentra en todos los hombres: todos son sensibles al honor, á la gloria; todos pretenden hacer valer su mérito á los ojos de sus semejantes (1), y por lo tanto, en todas partes hay también penas infamantes, ora sean ó no impuestas á propósito, como tales.

Por lo demás, cuando la vanidad del hombre ó la justa estima de sí mismo hacen que conceda un precio más ó ménos grande á las distinciones externas, á signos de superioridad ó de valor, esta es una coyuntura feliz que al legislador se ofrece. Entónces puede herir solamente el amor propio, y las penas infamantes pueden ocupar un lugar como especie distinta (2). El honor, por frívolo que pueda ser su objeto, es también una especie de bien, á veces un bien inmenso; pero es de una naturaleza muy especial; de suerte que la división común de las penas es muy admisible, pero á condición de que el legislador se aconseje de la opinión en lo que respecta á la infamia.

Debemos decir, sin embargo, que la manera como nuestro Código penal entiende y aplica la división de las penas, no nos parece racional. Admite tres clases de penas: 1.º, las unas afflictivas ó infamantes; 2.º, otras infamantes solamen-

(1) Sábese que los mismos caníbales consideran un honor el saber morir heroicamente en medio de los suplicios, mereciendo por ello un justo renombre después de su muerte.—Los Germanos, los Galos eran muy susceptibles en punto al honor, y hacían consistir una especie de mérito en combatir sin escudo. V. Tácito, *Costumbres de los Germanos*, c. XXIX.

(2) Se puede juzgar de la importancia que han dado los hombres á los signos convencionales por el precio á que los obtienen, así, por ejemplo, la Orden de la Farretiera se paga por lo ménos en 96.000 francos.

te; 3.º, una tercera especie que llama correccionales. Esta división peca por más de un concepto: 1.º, toda pena, excepto quizá las de policía administrativa, lleva consigo cierto oprobio, puesto que no puede ser muy honroso en principio el ser castigado. Sin embargo, como la opinión no se halla siempre de acuerdo con las leyes, si hace excepciones, la ley hará bien en unir la infamia á sus penas, puesto que dará con ello más realce al mérito del que la sufre. La opinión es la que hace la infamia, el honor y el deshonor: la ley nada puede en este punto; pero lo que puede hacer muy bien es privar, en grados diversos, de derechos políticos, civiles, de familia, de empleos, de privilegios, de títulos y distinciones honoríficas, etc. Hállese ó no de acuerdo con la opinión, afecta al individuo, privándole del beneficio ó del uso de estos derechos, y aún puede hacer más, puesto que puede servir á la cosa pública. Hé aquí, en nuestra opinión, los límites dentro de los cuales el legislador puede razonablemente herir la sensibilidad moral de los ciudadanos.

La infamia, propiamente dicha, no debe ser jamás una pena legal, positiva, y si sólo una pena moral, consecutiva de otras penas y fruto de la opinión que la imprime ó no á su albedrío. 2.º Teniendo ó pudiendo tener por fin toda pena, sin exceptuar la de muerte, la enmienda de un culpable, se sigue de aquí que es una mala división de las penas el llamar á unas correccionales y á otras no. El Código ha tomado por especies particulares de penas, dos caracteres de todas ellas, la vergüenza que llevan consigo y la utilidad moral que pueden tener para el culpable; lo cual es más que una falta de lógica, puesto que es, en apariencia al ménos, quitar el lado ignominioso y correccional á la mayor parte de las penas. 3.º Es una tercera falta el haber unido la infamia á las penas temporales, puesto que la infamia es por su naturaleza, perpétua; no se rehabilita un individuo en la opinión pública tan fácilmente como se le abren las puertas de la prisión. 4.º ¿No sería un cuarto defecto haber hecho depender la infamia de la sentencia de un tribunal, más bien que del delito, aunque á causa del delito mismo? (1)

(1) Véase sobre los artículos 6-11 ó sobre el sistema general de penalidad del Código penal francés, la extensa crítica que de ellos hace Boitard en sus *Lecciones*, p. 45-56. El Código penal de Bélgica, si hu-



Más justa nos parece la opinion de Corneille; aunque es cierto que no hay culpabilidad reconocida, hasta que no se ha impuesto la pena.

biese sido reformado segun el proyecto de 1849, hubiera suprimido la distincion de las penas en *infamantes y no infamantes*. «Esta determinacion, dice el ponente, no tiene necesidad de justificacion. Es inútil recordar aqui todo lo que se ha dicho y escrito contra las penas infamantes en virtud de la ley, siendo por otra parte una cuestion definitivamente juzgada. Nada más justo que la sociedad que os da derechos os prive de su goce ú os declare fuera de ella cuando le faltais; pero que la ley declare la infamia, es abusar de su poder: como dice Bentham, no sabe si la opinion aceptará esta letra de cambio girada contra ella.» (*Revista de derecho francés y extranjero*, 1850, p. 669).

Este proyecto propone igualmente la supresion de la deportacion, porque Bélgica no tiene colonias; la del destierro, por respeto á las relaciones diplomáticas con el extranjero y en nombre de la sana política; las de la argolla y la marca, generalmente reprobadas; la de la degradacion cívica, como pena principal, porque es indivisible y castiga muy desigualmente, segun la posicion social de los culpables; la de exposicion pública, cuyos resultados funestos son suficientemente conocidos, y en fin, la de trabajos forzados (*Revista de derecho francés y extranjero*, p. 669-676).

El Código napólitano nos parece razonable cuando declara que «ninguna pena es infamante y que la infamia que resulta de un crimen infamante por su naturaleza ó por su gravedad, sólo se extiende á la persona del culpable» (*Leyes penales napolitanas*, art. 1).

En la India, ni el crimen ni la pena llevan consigo la infamia (Dubois, *Usos y costumbres de la India*, t. II, 455).

## CAPITULO XXII.

DE LAS PENAS AFLICTIVAS Ó CORPORALES.—DE LA PENA DE MUERTE EN PARTICULAR.—DE OTRAS ESPECIES DE PENAS CORPORALES.

### SUMARIO.

1. Carácter de las penas afflictivas.—2. Su variedad.—3. Fecundidad de la imaginacion de los antiguos respecto á este punto.—4. Los bárbaros.—El feudalismo.—5. Progresos en este punto.—Reformas que aún son de desear.—6. De la pena de muerte.—Exámen de su legitimidad.—7. De la mutilacion.—8. De la sangría como pena.—9. La fustigacion, la flagelacion.—10. La marca.—11. Las galeras, los trabajos públicos.—12. La detencion en el sentido genérico de la palabra.—Sistemas penitenciarios.—Especies.—13. Prision, pena natural, antigua; cómo era considerada por los Eslavos.—Partido que de ella saca Austria.—Manera equitativa é inteligente como se aplicaba esta pena en Rusia.—14. A qué clase de delito convendría mejor la privacion de la libertad y en qué sentido conviene para todos los delitos.—15. Detencion preventiva.—16. Destierro, deportacion, confinamiento, relegacion.

Llámanse generalmente afflictivas todas las penas que consisten en una sensacion dolorosa que se hace experimentar: tales son, la pena capital, la de la mutilacion, la de azotes, la marca, etc.

La imaginacion de los hombres ha sido fecunda en invenciones de esta naturaleza. La venganza conduce ya á los salvajes á un cierto refinamiento en los suplicios, por ejemplo, el hacer perecer lentamente á azotes, el mutilar ántes de degollar, el quemar vivo á fuego lento, el hacer perecer por la accion prolongada del agua hirviendo, el enterrar vivo, etc.

Pero los honores de la invencion en este género pertenecen á las antiguas civilizaciones del Oriente. Egipto tenía la mutilacion, la pena capital (1), las minas, los trabajos públicos, el suplicio de la ceniza (2) conocido tambien por

(1) Amasis y Sabacon reemplazaron la pena capital por la mutilacion, los trabajos públicos y aún por los trabajos coloniales (Diod., I, 60, 65).

(2) Herod., II, § 100.