

CAPITULO XXVIII.

SEGUNDO PERÍODO.—EL TALION

SUMARIO.

1. Lo que falta al Talion para ser completamente justo.—2. Sus poderosas razones de ser.—3. Los bárbaros más cercanos al estado de salvajismo lo practican ya. Ejemplo: Nueva-Zelanda, islas Carolinas, Nueva-Holanda.—4. Ley mosaica; legisladores griegos; las Doce Tablas; Mahoma; Hungría; Lituania; Francia; Suiza.

La venganza personal es la primera forma de la pena, y el talion la segunda, porque este es ya efecto de una especie de ley, puesto que la venganza personal puede excederle cuando quiera. El Talion es, pues, la venganza ya limitada y limitada doblemente, es decir, en cuanto á la naturaleza de la pena y en cuanto á su medida. El talion, en la acepcion literal de la palabra, y determinado segun la naturaleza y la medida del delito material, segun su aspecto material y externo, es la primera tentativa del espíritu de justicia para llegar á una equitativa distribucion penal. Sólo le falta para ser justo regularse al mismo tiempo bajo el punto de vista subjetivo ó formal del delito, y las demás circunstancias espirituales que hacen de nosotros agentes morales.

El talion es á la vez demasiado justo, demasiado natural y sencillo para que los pueblos groseros no le adopten; pero es al mismo tiempo muy difícil de establecer para que sea aplicado convenientemente. Debería, por lo tanto, sorprendernos igualmente no encontrarle en aquellos pueblos, ó hallarle siempre inteligente, siempre justo. La venganza excede por lo comun los verdaderos límites, y siempre, atendiendo tan sólo á la igualdad brutal y material.

El talion parece ser el modo de penalidad más ordinario entre los salvajes de Nueva-Zelanda. La muerte debe ser pagada con la muerte, la sangre con la sangre y el robo con el pillaje. Más rigurosos son contra el adulterio, puesto

que imponen la pena de muerte contra los dos culpables (1).

Los principales jefes de las islas Carolinas, gozan de una grande autoridad y ejercen la justicia penal segun los principios más estrictos del talion: ojo por ojo y diente por diente (2).

Por el contrario, segun Cantova, no se castiga allí á los criminales, ni con prision, ni con penas afflictivas, contentándose con desterrarlos á otra isla (3).

Entre los salvajes de la Nueva-Holanda, la ley del talion parece ser, bajo muchos puntos de vista, la regla general que se sigue para la reparacion de los crímenes y de las ofensas. El que ha matado ó herido solamente á uno de sus compatriotas, debe exponerse durante cierto tiempo á las azagayas del ofendido ó de sus parientes, sin otro medio de defensa que un pequeño escudo de cuero endurecido á fuego de dos piés y medio de largo. Algunas veces es la viuda misma la que venga la muerte de su marido sobre algun pariente ó hijo del asesino (4).

El sistema de las penas *expresivas* ó análogas al crimen, parece haber dominado generalmente en la legislacion egipcia, lo que explica el género de mutilacion que se hacia al autor de una violacion; al que revelaba un secreto de Estado se le cortaba la lengua. El delito de monedero falso, de alteracion de pesas y medidas, el de testigo falso y las falsificaciones de los sellos del Estado eran castigados con la mutilacion de las dos manos (5).

La ley mosaica, pasa generalmente por haber admitido el talion con el mas extremado rigor; pero este rigor, segun Grocio, si era algunas veces excesivo, era con frecuencia demasiado indulgente (6): primera razón para pensar que el talion no era entendido literalmente por los Judíos. Puffendorf cita un gran número de autoridades en apoyo de esta opinion (7). El mismo publicista hace notar la imposibi-

(1) Dumont-d'Urbille, *Viajes*, t. II, p. 424.

(2) Kotzbue, *A voyage of discovery*, en 1815-1818.

(3) Cantova, *Lettres edif.*

(4) Freicinet, *Viaje alrededor del mundo*, t. II, p. 784.—Véase tambien: *Viaje de Coreal*, t. I, p. 208; *Viaje de J. de Lery*, p. 272; *Historia general de los viajes*, t. IV, p. 224, 325.

(5) Diod., LXVII.—Véase la *Historia del derecho criminal de los pueblos antiguos*, etc., por M. Alb. Du Boys, p. 20.

(6) *El derecho de la guerra*, etc., II, 26, § 31, 32, 33.

(7) *Derecho de la naturaleza*, etc., VIII, 3, § 27.

lidad absoluta, física ó moral de aplicar siempre de igual manera el principio del talion (1).

Los legisladores griegos eran tambien partidarios del principio del talion (2), al cual se llamaba la ley de Rhadamante á causa de su severidad (3); pero es de creer que en Grecia como en Roma, este principio fué muy limitado en su aplicacion.

La legislacion criminal establecida por Dracon se hallaba ménos fundada sobre el principio del talion que sobre el terror que debiera inspirarse por la severidad del castigo; el cual era el principio de utilidad, abstraccion hecha del de justicia. Otro defecto de esta legislacion, es que sólo vé el lado absoluto y uniforme de la defensa, sin tener en cuenta el grado del daño causado por el delito, como tambien el grado de perversidad segun la naturaleza del crimen.

La reforma de Solon fué, por lo tanto, un gran progreso (4). Dejó subsistente la pena de muerte para el asesinato premeditado, los envenenamientos, los incendios, los atentados contra la democracia, la alta traicion, la desercion á la vista del enemigo, la profanacion de los misterios y el sacrilegio. Por lo demás, Solon parece haber entendido el talion en el sentido de la igualdad proporcional, puesto que quiso que se sacaran los dos ojos al que privaba á un tuerto de la vista (5).

El principio de la pena entre los Cretenses, los Loarios y los Turuanos, era tambien el talion que los Cretenses atribuían á Rhadamanto (6).

La ley de las Doce Tablas lo consagró (7), pero solamente á falta de compensacion ó de transaccion pecuniaria; y

(1) Goguet, *Del origen de las leyes, etc.*, opina de distinto modo.

(2) Pausan., l. I, 28.

(3) Aristóteles, *Eth. ad Nicom.*, V, 8.

(4) Este progreso habría sido más marcado, si la pena no hubiera sido á veces hereditaria. Concíbese que la multa que no es pagada por el padre, sea satisfecha por el hijo; pero lo que es ménos justo es que el hijo pague de su peculio ó sufra la prision por su padre si éste no ha podido pagar la multa. Y todavía se concibe ménos que la infamia pase del padre á los hijos. (Isocr. *para el hijo de Alcibiades*; Plutarco, *Diez oradores, Vida de Antiph.*)

(5) Diógenes Laertes, *Vida de Solon*, § 9.

(6) Aristóteles, *Nicom.*, V, 8; Diodoro, XII, § 17; Heyne, *ob. cit.*, II, p. 38.

(7) Anlo-Gell., XX, I.—Véase en Jacobo Gothofredi, *Oper. jurid.*, tabl. VII, y p. 69, 119.

este género de pena sólo fué conservado para el caso de la acusacion calumniosa (1).

En las sociedades constituidas despóticamente, es donde principalmente hallamos el talion, para lo cual hay dos razones; el desprecio de la justicia y de los hombres y una sencillez pronta y fácil en la aplicacion (2).

Los más laboriosos déspotas hállanse obligados á obrar con frecuencia como si no lo fueran, porque no podrian realizar su tarea, y lo mismo sucede con sus visires. Mahoma, en su calidad de príncipe absoluto, habría quizá admitido tambien el talion (3), aunque no lo hubiera hallado establecido entre los Arabes. Es necesario reconocer, sin embargo, que casi todos los pueblos sometidos al islamismo han seguido el espíritu más bien que la letra de esta parte de su ley (4). Entre los moros de España, por ejemplo, los ricos podían comprar tambien con dinero la sangre que habían derramado, si los parientes del muerto consentían en ello, y el mismo califa no se hubiera atrevido á negarles la cabeza de su hijo culpable de homicidio, si se hubieran obstinado en pedírsela (5).

Los delitos contra la persona, contra la libertad, eran castigados con el talion por la ley de los Visigodos, pero con la facultad de componer y de comprar la pena á peso de oro. La ley no consiente tampoco que se obre de igual manera tratándose de un bofetón, de una puñada, de un puntapié, de un golpe en la cabeza, por temor dice, de que la represalia sea excesiva y peligrosa (6). Estima luego los latigazos que cada una de estas ofensas puede merecer, y distingue tambien segun el mal ocasionado, si ha sido deliberado ó no. En el último caso se puede comprar por cien sueldos un ojo vaciado.

El resto de esta ley contiene un número tan grande de casos en que la composicion es obligatoria, que es evidente

(1) L. 10, Cod., *De calumniat.*

(2) El despotismo es un compuesto de impaciencia y de pereza; ha dicho un viajero espiritual (La Rusia en 1839, por el marqués de Custine, t. I, p. 254).

(3) *Coran*, c. II y IV.

(4) *Historia de Mahoma*, p. 262, por Mills, traduc. de G. Buisson.

(5) Florian, *Resúmen histórico sobre los moros*. Cf. *Libros sagrados del Oriente*, por M. Pauthier, p. 520.

(6) *Leyes Visigodas*, I, VI, tit. 4, lib. 3, *Pro alapa vero, pugno vel calce aut percussione in capite, prohibimus reddere talionem.*

que no admite el principio del talion sino á despecho, cuantas veces se trata de ofensas entre ingénuos. Si es un esclavo el que se ha hecho culpable para con un hombre libre, si por ejemplo, le ha arrancado los cabellos (*decalvaverit*), debe ser abandonado á la discrecion del ofendido. Diferente pena se aplica al liberto que infiere malos tratamientos á un ingénuo, ó un ingénuo á un liberto, como tambien un esclavo contra otro esclavo, etc. Es necesario hacer entre las personas de diferentes condiciones, todas las combinaciones posibles para poder seguir las leyes bárbaras en este laberinto de distinciones, pero gracias á estas, el talion no habría podido en todo caso ser aplicado sino entre iguales; de donde resulta una ventaja y un inconveniente; mas la idea de proporcion en la aplicacion de la pena es por sí misma una conquista importante.

El talion se ha conservado en ciertos países, á título de privilegio; y las leyes húngaras permiten el talion á un clérigo, injustamente acusado por un seglar, así como á los funcionarios cuyos decretos ó sentencias son censurados sin motivo suficiente (1).

El delito, para el cual se mantuvo más largo tiempo, aquel por el cual parece generalmente fácil y justa la aplicacion, es el delito de calumnia en justicia ó de falsa acusacion. Principalmente para este delito se ha mantenido el talion en los tiempos modernos en Lithuania, Rusia y Polonia.

Si alguno acusaba á un Judío de haber matado á un niño cristiano y no podía probar su dicho por tres testigos, sufría la pena á que habría sido condenado el Judío (2).

Esta medida no es la única de este género. La calumnia es tan odiosa, principalmente cuando se cubre con la máscara de la hipocresía religiosa y del celo del bien público; es tan peligrosa al mismo tiempo, particularmente cuando puede ser escuchada con benevolencia por el fanatismo ó la lisonja de los cortesanos, que es difícil vituperar á las legisladores que han protegido la inocencia, haciendo caer sobre la cabeza de los acusadores calumniosos la pena que ellos querían hacer caer injustamente sobre los otros. El edicto de 1551 (3), determinaba que el denunciador con-

(1) Macieiwski, *Slavische*, etc., t. IV, p. 276.

(2) *Ibid.*, 274.

(3) 27 de Junio, art. 31.—Theodorico, en su célebre edicto, había

victo de calumnia fuera castigado con la pena del talion, cuando la denuncia tuviera por objeto el crimen de heregía (castigado á la razon de muerte). Si el talion dejó de ser aplicado en tal caso, no fué por un motivo de humanidad, sino porque su rigor impedía á muchas personas hacerse denunciadoras (1). Sólo se conservó bajó el antiguo régimen para el crimen de lesa-majestad y de testimonio falso (2), y parece que las razones que le habían hecho prescribir para la falsa acusacion en materia de heregía, habrían podido tener el mismo efecto para la acusacion calumniosa en materia de crimen político: para que así no se hiciera, se tuvo en cuenta el propósito de descubrir á los culpables de lesa-majestad más bien que á los herejes (3).

Al principio del siglo XVII, el talion se hallaba todavía bastante extendido en Europa. En Lucerna, por ejemplo, era aplicado de una manera despiadada, áun para el caso de homicidio cometido en legitima defensa: el homicida pagaba con su cabeza, y si se le desterraba no podía volver al país sino á condicion de hacer la paz con los hijos ó con los próximos parientes del muerto, habiendo sido impotente el mismo Senado para abrir al desterrado las puertas de la patria en otras condiciones (4).

Otro ejemplo muy singular del talion se halla fundado en un juego de palabras. Los buenos Suizos habían decidido en su Dieta que fueran condenados á ser ahogados aquellos que, provistos de bulas pontificias, quisieran ponerse

ya castigado severamente y rechazado á los denunciadores calumniosos. Sus palabras merecen conocerse: «Is qui quasi sub specie utilitatis publice, ut sic necessarie faciat, delator existit, quem tamen nos execrari omnino profitemur, quamvis vovera dicens legibus prohibeatur audiri; tamen si ea, quæ ad aures publicas detulerit, inter acta constitutu non potuerit adprobare, flammis dabet absumi (art. 35) occultis secretisque delationibus nihil credi debet, sed eum qui aliquid defert, judicium venire convenit; ut si quod detulit non potuerit adprobare, capitali subiaceat ultioni» art. 50.

(1) Papon, l. XXIV, tit. 1, núm. 3; Julius Clarus, *Quæst.*, 81, número 3; Coquille, *Sobre el fuero de Nevers*, tit. I, art. 23.

(2) Mornac, *Ad. leg.*, 1, D., *De calumniatoribus*.

(4) Y no es que no se haya abusado para recordar por el contrario las desigualdades establecidas por los prejuicios y las instituciones sociales; pero precisamente porque estas desigualdades no son jamás tan chocantes como en las penas, no son tampoco propias para despertar el sentimiento de la identidad de la naturaleza humana.

(4) *Helvetiorum respublica, diversor autor.*, Lugd. Batav., 1627, in 32, p. 374.

en posesion de los beneficios vacantes, con perjuicio de los eclesiásticos instituidos por los obispos (1). Se convendrá en que estas franquicias bien valen las libertades de la Iglesia galicana, al ménos por el rigor de la ejecucion.

Pero hé aquí otro ejemplo del talion por analogía, tomado tambien del mismo pueblo, y que tiene una base un poco más séria.

El que se hacía culpable de una mala accion en estado de embriaguez, era condenado, no sólo á la pena merecida por el delito, sino tambien á la privacion del vino durante un año, y al cabo de este tiempo, el pueblo, en una reunion pública, le concedía de nuevo el uso del vino si merecía este favor, quedando tambien obligado á impedir las riñas de que fuera testigo (2).

(1) «Curtisani, cum sacerdotibus ab ordinariis locorum delectis saepe molesti essent, et vacantia beneficia freti bullis pontificiis invaderent, communi consensu tredecim pagorum decretum est anno 1520, ut tales si pergant suum bullatum jus urgere, in vincula conjiciantur, et in huic renuntient, aquis submergentur: scilicet ut ita bullæ bullis eluantur» (*Ibid.*, p. 320).

(2) «Curtisani, cum sacerdotibus ab ordinariis locorum delecti saepe molesti essent, et vacantia beneficia freti bullis pontificiis invaderent, communi consensu tredecim pagorum decretum est anno 1520, ut tales si pergant suum bullatum jus urgere, in vincula conjiciantur, et in huic renuntient, aquis, submergentur: scilicet ut ita bullæ bullis eluantur.» (*Ibid.*, p. 320).

CAPITULO XXIX.

TERCER PERÍODO.—LA COMPOSICION.

SUMARIO.

1. Progresos de la composicion sobre el talion.—2. El *fredum*, su razon.—3. Si la composicion es una pena ó una reparacion civil.—4. Origen de la composicion.—5. Argos, Loango, Roma, los Germanos.—6. Composicion, primero voluntaria y luego obligatoria.—7. Opiniones diferentes sobre este punto.—8. Conciliacion, distinguiendo los pueblos y los tiempos.—9. Nada hay absoluto en este punto: diversos usos contemporáneos.—10. Circunstancias que hacen, sin embargo, la composicion generalmente obligatoria.—11. Consecuencia de la aceptacion y de la composicion.—12. *Quid*, si el culpable se hallaba sin recursos.—13. Composicion entre los Escandinavos.—14. Cómo se repartía.—15. Composicion entre los Anglo-Normandos.—16. I. De la identidad de naturaleza en las penas en general.—Sus ventajas y sus inconvenientes.—17. II. Tarifa de la pena.—18. III. *Quantum* de la composicion.—19. IV. Diferencia segun los sexos.—20. V. Diferencia segun las condiciones.—21. VI. Diferencia segun las nacionalidades.—22. VII. La composicion llegaba á los herederos encargados otras veces de la venganza de sangre y más tarde de perseguir la *fède*.—Precaucion notable de la ley Sálica.—23. solidaridad en la venganza, en la defensa, etc., en los siglos XIII y XIV en Francia y Dinamarca.—24. VIII. Parte que se concedía á la venganza en la misma época en el derecho danés y en Escocia.—25. Diferencia notable entre las penas reservadas á los delitos privados y las que afectaban á los delitos públicos en la misma época.—Razon de esta diferencia.

Así como el talion es el primer paso hácia la justicia penal, la composicion es el primer grado de la conciliacion y del perdon. El que sólo busca un mal igual al que ha sufrido, se venga todavía, pero ya limita su pasion en la eleccion y la medida de la pena que quiere hacer sufrir al que le ha ofendido; mas el que consiente en que el culpable rescate, con el abandono de sus bienes materiales, la pena que ha merecido, es todavía ménos ciego, ménos implacable en sus resentimientos. Puede ser más interesado que el que se venga, pero es ménos temible, y la satisfaccion que exige y con la que se contenta es más razonable en todo caso que la venganza, puesto que la ventaja que encuentra en una