

ya, sino que afirmo los resultados de las discusiones precedentes.

En el caso contrario, es decir, si el ofendido y el ofensor se hallan sometidos á una autoridad comun, ésta ha recibido necesariamente la mision implícita ó explícita de mantener el órden, y por consiguiente de restablecerlo si fuera turbado. Este es, por otra parte, el interés de todos: el ofendido puede carecer de la fuerza necesaria para castigar, y el mismo ofensor necesita una garantía de que no será castigado con mayor dureza de la que merezca su falta.

La justicia penal requiere, por tanto, ser ejercida por una mano imparcial y fuerte, y esta mano es la del soberano.

El pueblo reunido podría sin duda ejercer este derecho; pero su juicio sería verdaderamente ménos seguro. Por otra parte, si procedía por órden de la autoridad, la representaría y formaría un gran tribunal; y si procedía por el contrario de su jefe, su sentencia sólo sería el fruto de la pasion y del motin. Las *sentencias de celo* (1) y las ejecuciones que les seguían no son más que verdaderos tumultos, en que no sale muy bien librada la justicia. Esta manera de instruir un proceso criminal y de ejecutar la sentencia puede ser más segura que la que resulta de la venganza personal y doméstica, y puede caracterizar el primer grado de la vida social; pero de seguro no pertenece al segundo. No es compatible con una autoridad publica constiuída, y sólo es regular en una aglomeracion de hombres; pero de ninguna suerte en una verdadera sociedad, en donde hay un jefe y subordinados.

(1) Se les creía fundados en el *Deuteronomio*, XIII, 1-9, y los *Números*, XXV, 1-13.

§ III.

Del movimiento progresivo de las ideas respecto á las cualidades y á los grados de la pena.

SUMARIO.

1. Condiciones de la eficacia y de la justicia de las penas.—Diferencia entre estas dos cosas.—2. Una justicia penal para todos.—Falsas distinciones.—3. Arbitrariedad y error en las bases de la eleccion de las penas y en su graduacion.—Atroces extravagancias de las leyes de magestad y otras leyes públicas.—4. Medida sucesiva de las penas.—Escala móvil.—Categoria de los delitos y de las penas.—Fijacion de los grados extremos de la pena.—5. Perjudicial influencia de las denominaciones.—Consecuencias.—6. Resúmen de la cuestion.

I. Para que las penas sean eficaces y justas á un mismo tiempo, se requieren muchas condiciones; y en primer término la eficacia se obtiene por la justicia, pero no recíprocamente. Sin embargo, muchas veces se ha creído, ó ha parecido creerse que una pena era suficientemente justa cuando era eficaz ó parecía serlo, lo cual es un error capital del sistema de la intimidacion.

Difícilmente es una pena justa si carece de analogia, de proporcion y de divisibilidad, y si no es susceptible de ser comparada con otras. Si es irrevocable, todavía puede ser justa; pero la cuestion está en que no sea aplicada entonces sino en los casos en que es evidente la culpabilidad; pero es esencialmente injusta cuando su grado se halla en razon inversa de la culpabilidad, lo que sucede cuando es más severa para el pueblo que para el hombre cuyo nacimiento, educacion y fortuna han debido ser un freno tanto más poderoso, cuanto más fortificado era ó debía ser por el temor de la opinion pública. Todo hombre elevado que desciende al nivel del crimen, cae necesariamente más bajo que el criminal vulgar, y su degradacion es tanto mayor, cuanto más viles han sido los motivos.

Y, sin embargo, esta desigualdad en la distribucion de la justicia penal ha dejado huellas en toda la historia. ¿Podía suceder de otro modo con la institucion de la esclavitud antigua, de la servidumbre y de los privilegios modernos?



¡Qué terrible destino podría estar reservado á un pueblo en que la vida del hombre más inofensivo y más útil pudiera ser arrebatada so pretexto de que el asesino era de condicion superior! Una ley de Polonia ponía á cubierto de toda persecucion al noble que mataba á un campesino, y quedaba libre con tal de poner un ducado sobre el cuerpo de su víctima (1). ¿Una sociedad que llega á tal estado, no es una sociedad juzgada?

II. Miéntas sólo se ha atendido á la utilidad en la pena, es decir, á la ejemplaridad, ha debido carecer de la doble proporcion que constituye la justicia, tanto absoluta como relativa. Una pena ha debido estar con frecuencia sin relacion ya con el delito que castiga, ya con las otras penas, regulándose sobre el interés que se unía al derecho que sancionaba, sobre el grado de la tentacion que se suponía al violarla y sobre el número probable de los que podían sucumbir á ella. Esto explica cómo podía ser ahorcado un hombre por haber matado un pichon en un lugar más bien que en otro. Si se seguían otras bases en la determinacion del grado de la pena, era más por instinto que por principio ó por reflexion. Nada más imperfecto y arbitrario que la escala de los delitos y las penas, que en vez de estar fundada en la justicia absoluta, lo estaba en las pasiones y en los caprichos, ó mejor aún, no se fundaba en nada. ¡Qué confusion, qué caos el de una legislacion en que era un crimen análogo y del mismo grado un delito de lesa-majestad, el atentar á la vida del soberano y el ir al sillico con un anillo que tuviera su efigie (2)! Comprendo que estas son las le-

(1) Sidney, *Del Gobierno*, cap. 3, secc. 10.

(2) Es muy natural que el crimen de lesa-majestad tome un carácter de culpabilidad tanto mayor, cuanto más se acerca al despotismo el poder soberano. Cuando más incontestable es un poder, más sagrado parece á quien se halla revestido de él; de tal suerte, que el orgullo humano, llevado hasta el delirio, ha podido hacer creer á los déspotas que eran especie de dioses, y que ninguna pena era bastante fuerte tratándose de reprimir los atentados contra su persona sagrada. En los pueblos en que el poder es una delegacion ó una tolerancia, en aquellos en que el poder soberano se halla dividido y limitado, aunque sea hereditario, parecen ménos graves los ataques que se le dirigen. Un soberano que castiga á los conspiradores y rebeldes, parece más bien ejercer una venganza que un derecho reconocido, y desde que toma posesion del poder quien de él se ha apoderado, cometería grandísima falta ejerciéndolo mal ó no sabiendo conservarlo. Así los Francos apenas conocieron el crimen de sedicion miéntas conservaron su primitiva constitucion: los hombres libres no pertenecian á nadie; podían ser castigados como

yes de un déspota; pero recuérdense también las de nuestros reyes: hasta el último sigló, por ejemplo, era un caso real, una especie de traicion, un crimen de lesa-majestad, en fin, el forzar las puertas de una prision ó escalar los muros de una ciudad en tiempo de guerra, y aún hoy mismo, un infeliz soldado francés que no ha podido resistir al deseo de ver á su madre enferma, y que se ha escapado por dos veces para ir á su lado, es condenado á expiar este acto de indisciplina con trabajos forzados á perpetuidad (4).

Las penas no tuvieron al principio otra medida que el grado de resentimiento de los que las imponían.

Más tarde, desde que han tenido cierto carácter de fijeza, es decir, desde que el jefe ó el déspota han hecho de esto regla de conducta, han sido graduadas bien ó mal como entre los bárbaros, pero con una inflexibilidad absoluta.

En época posterior, y después de haberse comprendido que esta rigurosa fijeza cuadra mal con los hechos morales tan variados y diversos, se ha hecho la regla muy flexible, dejando al juez la facultad de bajar ó de subir indefinidamente la escala de la penalidad, al ménos en cierto orden de hechos.

Más tarde aún, es decir, después de la reforma del siglo XVIII, se ha sentido la necesidad de circunscribir la libertad del juez sin perjuicio para el condenado. Se ha hecho, por lo tanto, categorías de delitos, especies nominales, tales como el robo, la muerte, etc., en las que se han concebido diversos grados de culpabilidad, pero fuera de los cuales no hay ni muerte ni robo, sin preocuparse mucho por lo demás de si habría allí alguna otra falta (*dolus malus*) digna de castigo. Habría sido necesario cambiar la denominacion, pasar de un cuadro de hechos á otro, complicándose por lo

desertores si abandonaban al jefe que se habían dado para una expedicion, pero no se hallaban obligados á serle fieles indefinidamente. La ley de los Ripuarios establece la multa de 60 *solidi* y la confiscacion de bienes contra el que es infiel al rey; y si Carlo-Magno decreta la pena de muerte contra los Sajones rebeldes, obra como vencedor y como déspota más bien que como jefe de pueblos libres. En una ley hecha para el resto del imperio, este mismo príncipe había ordenado simplemente que se ahogaran las conspiraciones separando á los conjurados. (*Capit.*, año 798.—*Capit.*, año 794, c. 29.—*Aimoin*, lib. IV, c. 83 y 90).

(1) V. *Diario de la moral cristiana*, con ocasion de la memoria publicada por el Ministro de Marina sobre el estado de las cárceles en 1.º de Enero de 1846.



tanto la obra legislativa. Se ha preferido un poco menos de verdad, de profundidad, de exactitud y de naturalidad, pero alguna más claridad y sencillez.

Una vez adoptado este partido, lo demás era sumamente fácil, bastando con establecer un máximo y un minimum, entre cuyos dos extremos solamente podía fluctuar el juez, pero no tenía el derecho, el último juez al menos, de cambiar la especie. Se le definió la muerte, y si no la encuentra en los hechos, no halla culpabilidad de esta naturaleza, ni halla ninguna, porque no tiene facultades para buscar otra: absuelve ó remite la causa á otro juez, á otro tribunal, lo cual es una lentitud y un vicio, principalmente cuando un tribunal superior se halla obligado á remitirla á otro inferior. La facultad de salir de la fórmula, de la designación y de la categoría es mucho más fácil en una organización judicial en que las clasificaciones de los delitos no son atributivas de jurisdicción, y en que el juez criminal es único y puede conocer en toda clase de delitos y de todos los grados, en cuyo caso puede moverse libremente en la escala de la penalidad desde el grado más alto al más bajo, y si há lugar, corregir los crímenes, no ver en los delitos sino simples contravenciones y recíprocamente, según las circunstancias.

Esta perniciosa influencia de las denominaciones ha hecho pensar muy prudentemente á los jurisconsultos que las cuestiones que se han de plantear en el jurado no deben presentarse así con el rigorismo técnico; no se debe preguntar si tal hecho entra en tal definición, sino si tal hecho caracterizado en términos vulgares ó por una circunlocución que explique su naturaleza, se ha realizado ó no.

Y no es esto todo, porque la respuesta podría ser negativa sin que fuera merecida la sentencia de absolución: sería necesario, pues, plantear una cuestión subsidiaria que comprendiese el hecho recriminado, tal como ha tenido lugar, con su naturaleza criminal de un carácter cualquiera, salvo el clasificarle luego.

Pero entónces el juez llamado á pronunciar la sentencia, podría verse obligado á salir del cuadro en donde primeramente se hallaba encerrado en apariencia, y bajar del minimum, es decir, cambiar por completo la naturaleza de la pena, sin preocuparse de la denominación primitiva.

Tal es la situación en que se le coloca actualmente en

muchas legislaciones contemporáneas, y tal es la verdadera extensión de su poder discrecional.

En resumen:

1.º Un poder discrecional absoluto, tanto sobre la elección de la pena, como sobre su grado: estado salvaje en donde ni áun hay costumbres establecidas.

2.º Una pena de un grado invariablemente determinado para tal delito, previsto con más ó menos precisión, pero al cual sería necesario absolutamente adaptar el hecho que se aproxima más á él que á cualquiera otro igualmente previsto: legislación de los tiempos bárbaros y de la Edad Media.

3.º Géneros de delitos previstos, especies más descuidadas, sub-especies casi abandonadas, géneros y especies de penas confiadas al juez, á quien se deja el cuidado de formar la escala entera: legislación de los tiempos modernos. La jurisprudencia se forma de las reglas y de las prácticas del derecho romano, del derecho canónico y de las propias inspiraciones; pero participa también de la legislación bárbara en que aplica un gran número de penas indivisibles, como el fuego, el patíbulo, la rueda, la degollación, y en una palabra, el último suplicio bajo todas sus formas, incluso la mutilación, á delitos que considera más bien bajo su aspecto material ú objetivo, que bajo su aspecto moral ó formal. La árida sencillez y la inexactitud de abstracción se encuentran aquí todavía, pero con penas más terribles.

4.º Una clase de penas indicadas para una clase de delitos, pero con estas dos diferencias: 1.ª, que estos géneros son determinados más naturalmente; 2.ª, que un máximo y un minimum limitan más generalmente el poder del juez.

5.º En fin, se concede al juez la facultad de sujetarse más á los hechos que á las denominaciones, más al espíritu que á la letra. El legislador reconoce la imposibilidad, la inutilidad y áun el peligro de preverlo todo y de determinarlo todo, y no da ya sus categorías sino como cuadros elásticos que el juez está llamado á llenar con inteligencia y conciencia. El juez puede bajar del minimum, pero haciendo una nueva calificación del hecho; pero no puede pasar del máximo, á no ser que haya habido un gravísimo error en la primera calificación.

Si los hechos dan al delito imputado otras proporciones, otra fisonomía, el cambio de la pena que se sigue no es ya



una diferencia en el grado, sino en la naturaleza, á pesar de las semejanzas que podrían existir entre las penas de una clase de delitos y las de otros. Otra nueva circunstancia que distingue el poder discrecional del actual juez del poder del antiguo, de aquel juez al ménos que no tenía el derecho de castigar arbitrariamente.

§ IV.

Movimiento progresivo en la variedad y la eleccion de las penas.

SUMARIO.

1. Eleccion instintiva al principio; pena generalmente corporal.—
2. Pena pecuniaria despues.—No hay sistema penal absolutamente simple.—3. Penas morales en tercer lugar; exclusion de la ciudad.—4. Estas tres clases de penas se entienden de distinto modo, segun los tiempos y los países.—5. Diferencia en este punto entre las legislaciones antiguas y las modernas.—6. Diferentes capas de civilizacion.—7. Del carácter de la penalidad segun los grados de civilizacion, los pueblos y las épocas.—8. El movimiento realizado en la reforma de las penas corporales se observa en las penas pecuniarias.—9. Confusion de las penas y de las reparaciones civiles en el principio.—10. Progresos en la penalidad moral.—Sus diversidades; infamia;—muerte civil.

El primer movimiento de quien recibe una ofensa, principalmente cuando esta ofensa es un atentado directo á su persona, es hacer sufrir al agente el castigo que cree merecer. ¿Y cómo desquitarse en su hacienda si no posee nada? En el principio, pues, la espontaneidad de la venganza y la natural privacion de fortuna del hombre hicieron recurrir á penas afflictivas.

Pero tan pronto como la propiedad se constituyó algo más extensamente (pues no ha habido período de la humanidad en que aquélla no haya existido en algun grado), y se sintieron mejor las necesidades de la vida y fueron mejor comprendidos los cambios de la fortuna, pusieronse entonces por encima de todo los bienes materiales, y se ejerció la venganza destruyéndolos, ó se castigó obligando á abandonarlos.

Si las penas afflictivas han sido las primeras en uso, las pecuniarias han debido ser las segundas; pero conservando siempre las unas una preponderancia marcada sobre las otras.

La sencillez es primeramente una necesidad para el hombre, y hasta mucho más tarde no fué producto de la reflexion y de la ciencia. La sencillez de las primeras edades, así en el órden moral como en el órden técnico, es la de la impotencia, y excluye la diversidad y la armonía, su-



poniéndola, por el contrario, en las edades más avanzadas. Sucede con las instituciones como con las máquinas: comienzan por la unidad simple; continúan por una gran complejidad de ruedas, por no saber economizar los medios para llegar al fin, y concluyen por obtener el resultado apetecido simplificándose por la modificación y combinación más afortunada de las partes que las componen. Aumento de potencia, economía de fuerza, más rapidez en los movimientos, mayor variedad en los resultados: tal es el fruto de una simplicidad que consiste en la unidad combinada de las partes de un organismo físico ó moral.

Al principio nada de ciencia; nada más que ensayos resultantes de combinaciones débiles. La síntesis es simple entónces, porque comienza y el espíritu humano es débil; ese espíritu, que aún no ha comenzado á desarrollarse, sin cultura todavía, sin ejercicio, sin instrumentos propios para ayudarle, sin método, en una palabra.

Su primer progreso puede consistir muy bien en pasar de un orden de ideas simples á otro, por ejemplo, de un sistema de penas puramente afflictivas á otro casi exclusivamente pecuniario. Este es un cambio, una prueba de movilidad en las ideas, movilidad sin la que no habría cambio posible, y por consiguiente progreso.

Esto no quiere decir que todo cambio sea absolutamente una mejora; pero es sin embargo un bien, puesto que es una nueva tentativa, un ensayo, un descubrimiento; y en este caso es algo más, porque es mejor que el hombre pague con su propiedad que con su persona: se compra su mano, su cabeza, como decían las leyes bárbaras.

Observemos á este propósito que el hombre, al pasar de un sistema de penalidad simple á otro, no había olvidado el primero que le servía de base del segundo, no siendo éste, bajo ciertos puntos de vista, sino la figura de aquél: el uno no excluía necesariamente al otro, y con frecuencia se dejaba al culpable la eleccion; la pena afflictiva se acumulaba á veces á la pecuniaria, debiendo salir un dia de estos ensayos un nuevo sistema más perfecto que el primero.

Un espíritu teórico se habría elevado de una vez á los mismos principios de la diversidad de las penas; habría determinado primeramente las diferentes maneras de afectar la sensibilidad humana, y en caso necesario, las diversas especies de lesiones á las cuales nos hallamos expues-

tos por parte de nuestros semejantes, le habrían revelado instantáneamente todos los medios de llevar el sufrimiento y con el sufrimiento la pena al alma del hombre. Pero en un principio sólo se atendió al medio más amplio, y la sensibilidad física fué la que ofreció más ancho campo; luego se tuvo en cuenta la sensibilidad moral que resultaba del apego á las cosas, como condicion de la existencia y del bienestar.

Más tarde, habiéndose desarrollado otra clase de sensibilidad moral, ofrecióse al legislador otro medio de pena contra el culpable. Cuando los derechos de la familia y los de la ciudad se hicieron más extensos, y el papel de cada cual llegó á ser más importante, más ventajoso, más querido y más ambicionado, entónces se pudo pensar en la creación de un nuevo orden de penas, las penas morales propiamente dichas ó penas infamantes; pero este tercer orden de penas dejó subsistir los dos precedentes, porque es de más limitada aplicacion y sólo se ha ofrecido generalmente en una época de civilizacion adelantada.

Sin embargo, no nos engañemos en esto: encuéntrase en gérmen este sistema en ciertos pueblos semi-salvajes en que la pena más severa consiste en ser desterrado de la tribu. Entre los Griegos y los Romanos, como para todos los hombres que tienen una patria y la aman, el destierro, la interdiccion del agua y del fuego, era una gran pena; pero esta especie de pena, la completa privacion de la ciudad, lleva consigo muchos perjuicios materiales para que sea considerada por los pueblos poco civilizados más como física que como pena moral. En nuestras sociedades modernas se considera, por el contrario, más bien moral que física, y por eso comunmente es la accesoria de otras penas.

Si volvemos ahora á las tres clases de penas cuyo origen sabemos, echaremos de ver que han sido entendidas de muy diversa manera segun los tiempos.

Las penas corporales se han impuesto primero bajo la influencia del talion; pero aún en aquella época un gran número de delitos eran castigados más severamente que consiente este principio: la pena de muerte se prodigaba, la mutilacion era muy frecuente y los suplicios ordinarios, ejerciéndose todavía la venganza.

Tres grandes diferencias distinguen en este punto á las legislaciones modernas de las antiguas: una mayor sobrie-



dad en las penas afflictivas, una proporción mucho más justa entre los delitos y las penas, y el no tener ya éstas el carácter de venganza; pero, digámoslo con franqueza; estas tres ventajas no se reúnen en el mismo grado en todas las legislaciones criminales de nuestra época, habiendo algunas en la misma Europa y á las puertas de Francia, que son más dignas de la Edad Media que del siglo XIX. Ha habido sin duda un tiempo en que todos los hombres estaban en la ignorancia, pero los progresos de los unos no han llevado consigo necesariamente los progresos de los otros, puesto que en una época cualquiera de la civilización encontramos todavía bárbaros y salvajes. Tenemos la esperanza de que un día gozarán de los beneficios de la civilización todos los habitantes de la tierra; pero aún está muy lejano ese día feliz.

La civilización presenta, pues, hasta ahora capas, de las cuales las más elevadas no han hecho desaparecer las más bajas asimilándose las, y se puede, cambiando el teatro de la observación, encontrar vivos aún todos los tiempos que han precedido al nuestro. Los salvajes y los bárbaros modernos reproducen las costumbres de los de otras épocas, y, por lo tanto, podemos estudiar el pasado en el presente.

Creeríase finalmente, aunque no nos lo atestiguara la experiencia, que los salvajes han tenido también su refinamiento de crueldad en la pena: la venganza, que es su pasión más viva, les ha dado una grande inventiva en el arte del dolor.

Sin embargo, es natural que los bárbaros, y entre ellos los más ardientes, los más apasionados, los del Oriente, los hayan excedido en crueldad: en Egipto, en Siria, en Persia y en la India, en las comarcas, en fin, en que ha tomado origen la civilización griega, el génio del mal parece haber imaginado todo género de suplicios.

La Grecia, mucho más ingeniosa, pero de un génio ménos sombrío, ménos místico y más acabado, si se me permite la frase, fué mucho ménos cruel; y la China, con su espíritu positivo, parece haberse preservado de este furor legal. No hablo ni de los Escitas, ni de los Germanos, ni de los Eslavos, los cuales pertenecían al Norte más que al Oriente, y entre los que parece no haber sido tan grande el génio del mal y la terrible pasión de hacerlo sufrir.

Los Romanos fueron aún mucho más moderados en sus penas que los Griegos, y se vanagloriaban con razón de esta ventaja, lo que prueba que la buscaban, y que la relativa benignidad de sus leyes penales era en ellos un efecto de la reflexión y de la prudencia de su espíritu, más bien que cuestión de temperamento.

Si los Germanos y los otros bárbaros fueron más crueles que los Romanos, es necesario reconocer que la facultad de rescatar ámpliamente toda pena, aunque proviniera de otro sentimiento que el de la justicia, fué sin embargo un progreso material. Ya era algo el poder comprar su cabeza con parte de su rebaño (1); y si esto era vender la sangre humana, faltar á la dignidad del hombre é incurrir en una bajeza, no era al ménos ferocidad, y la caída no fué tan grande que no se pudiera levantar de ella.

La Edad Media, haciendo renacer la servidumbre bajo otra forma, aunque mitigándola, debió llevar consigo un cierto desprecio de la humanidad y leyes más duras: sin embargo, el cristianismo ayudado del derecho romano concluyó generalmente por suavizarlas. El renacimiento de las letras griegas vino á dar nuevo vuelo al pensamiento cristiano; la filosofía, principalmente la de los siglos XIV y XV, suscitó ya grandes problemas; el pensamiento se desarrolló y el espíritu llegó á ser más fuerte. La reforma del siglo XVI le imprimió un movimiento mucho más poderoso; la reflexión filosófica hallábase en vísperas de gozar de toda su independencia; Descartes y su escuela la libertaron de los lazos de la escolástica y prepararon la libertad de pensamiento, que constituyó la fuerza del siglo siguiente.

La marcha es, pues, incesante y progresiva: la Edad Media con sus invasiones bárbaras, sus tinieblas y su feudalismo ha perturbado sin duda algo la transición de la civilización romana á la moderna; pero esta perturbación no ha impedido al espíritu filosófico cristiano abrirse paso y caminar. La época de nuestras guerras religiosas y civiles hállase caracterizada por una recrudescencia en la severidad de las penas afflictivas (2); y una agitación saludable de los espíritus produjo al mismo tiempo esa necesidad de

(1) «Luitur homicidium certo armentorum ac pecorum numero, recipitque satisfactionem universa domus.» (Tacit. *De Mor. germ.*)

(2) Las ordenanzas de Francisco I, por ejemplo.