

discusion y de exámen que más tarde no perdonará nada de lo que debe perecer: de esta manera el principio del mal pudo convertirse en principio del bien.

Sin embargo, hasta el siglo XVIII no debía declararse abiertamente la guerra á la legislacion bárbara aún, que la civilizacion llevaba consigo como un sudario que la envolvía. La pena de muerte, de la cual tanto se había abusado, fué impugnada hasta en su legitimidad, y desde esta época no ha cesado de realizarse el movimiento de reforma, que dista mucho de haberse cumplido ya (1).

Un movimiento análogo se observa en el orden de las penas pecuniarias. Todos los comienzos son débiles y todos los progresos lentos, así en el orden moral como en el físico: existe ya entre ciertos salvajes la facultad de rescatar la pena y de aplacar por medio de dones al que ha sido ofendido. Es verdad que esta no es aún la regla general, pero es ya la excepcion.

Una notable ley que ha presidido al desarrollo y al perfeccionamiento del sistema penal pecuniario, es que la composicion ha sido al principio voluntaria, y era necesario que fuese del agrado del ofendido, quien era libre de rechazarla y de sujetarse al primer sistema, el de las penas afflictivas, que era generalmente el talion. La composicion fué luego obligatoria, pero no regulada todavía, lo que ocasionó nuevas dificultades, siendo el juez el que la fijaba en cada caso particular de una manera un poco arbitraria. Para evitar este inconveniente, la ley procedió de una manera sistemática y general, regulando lo que debía darse por cada clase de delito.

El que se negaba á la composicion ó se vengaba despues de haberla recibido, era castigado doblemente.

Si la sangre debe pagar la sangre, y si era una especie de indignidad y de abuso el poner siempre las cosas en lugar de las personas; si la pena es una especie de sacrificio en el que el culpable es la víctima necesaria, es menester convenir en que los seis últimos siglos de la Edad Media levantaron considerablemente al hombre de este estado de abyeccion. La víctima fué mucho mejor escogida; quizá demasiado bien.

(1) En otra parte hablaremos de la de procedimiento criminal.

Ademas, estaban lejos de desaparecer las penas pecuniarias, haciéndose desde un principio en este género de penas una distincion que se encuentra en gérmen en las costumbres de muchas tribus muy poco civilizadas, en que el rey ó el jefe hace que se le dé una parte de la indemnizacion que impone á título de pena. Este es el principio del *fredum* y de la multa. En un grado superior de civilizacion, no se distinguen de la pena las reparaciones civiles, y no hay entónces penas pecuniarias propiamente dichas; pero con la distincion de la accion pública y de la accion privada aparece la del interés colectivo ó social y la del interés individual. Entónces la pena pecuniaria, que en un principio no tenía más que un fin, apareció tener dos: la composicion degeneró en multa y la multa pudo degenerar en confiscacion. Al lado del bien apareció el mal; pero el bien ha quedado y el mal ha desaparecido, puesto que la confiscacion general ha sido borrada de la legislacion penal de muchos pueblos.

La primera clase de pena infamante es la que impone espontáneamente la opinion; esta pena hiere el amor propio del que la sufre, le enajena la estimacion, la confianza y el interés, y tiende así á privarle de ciertas ventajas materiales al mismo tiempo que le priva de las ventajas morales. Estas son las que principalmente se ha querido arrebatarse al instituir las penas infamantes, las cuales se dirigen principalmente al honor. Es de presumir que las primeras penas de este género se practicaron entre los guerreros, porque en la guerra es donde principalmente se engendra y desarrolla el espíritu de rivalidad. Los hombres han unido primero sus esfuerzos los unos contra los otros ántes de unirlos contra la naturaleza: casi la única cosa de que se enorgullecen los salvajes, es de haber dado muerte á un enemigo; sus títulos á la consideracion, á las distinciones sociales y al mando se hallan en razon directa del número de triunfos que han obtenido en la guerra, cuyos sangrientos trofeos conservan con cuidado, adornan con ellos sus personas, decoran sus cabañas y sus monumentos fúnebres.

Siendo las fuerzas físicas, y sobre todo el valor, el principio del honor militar, la primera manera de castigar á los hombres por este lado fué el hacerlos pasar por débiles y cobardes, y someterlos á operaciones que fuesen un signo

de su debilidad física y moral: así, por ejemplo, se practicaba una sangría al soldado romano que había carecido de valor, y se le hacía pasar por un yugo.

Una segunda clase de penas sugeridas por el ridículo que recae sobre las deformidades físicas ó morales, fué la de someter el cuerpo á una especie de degradacion permanente ó pasajera, segun que se le imprimiese un sello indeleble por la mutilacion ó la marca, ó se limitase á disfrazarle ó á hacerle practicar actos que excitasen la risa del pueblo: de aquí proceden el pilorí, la auténtica, la exposicion, y en una palabra, todos los tratamientos ignominiosos que han hecho sufrir á la persona física.

Sólo en una sociedad medianamente culta pueden ser considerados como bienes y privados como tales, los derechos políticos, civiles y de familia; y por lo tanto, este género de penas sólo puede venir en tercer lugar en el desarrollo progresivo de las penas infamantes.

No debemos creer, sin embargo, que la muerte civil, que es en rigor la privacion de todos los derechos sociales, fuese un progreso en la eleccion de las penas infamantes. En primer término, esta pena no es puramente moral, puesto que afecta directamente á la fortuna, y es además una grave inconsecuencia, porque quien no tiene derechos civiles, no podría subsistir en una sociedad ni aún como extranjero, toda vez que éste goza de todos los derechos naturales, y el muerto civilmente se halla privado de cierto número de ellos. Es una manera de desterrarle ménos franca y ménos lógica que la expulsion directa de la tribu que se encuentra ya entre los salvajes, y que la expulsion indirecta por la interdiccion del agua y del fuego como se practicaba entre los Romanos.

También debemos hacer notar que esta pena, tomada de la ley romana, desaparece poco á poco de las legislaciones modernas, y que Francia en este punto no tiene ni la ventaja de haber dado el ejemplo de la reforma, ni aún el de haberla seguido con mucho celo (1): sin embargo, no se podría reprochar á sus jurisconsultos el haberse quedado atrás en esta materia (2).

(1) Cuando yo escribía esto, aún no había desaparecido de nuestra legislacion la muerte civil, habiendo subsistido en ella bastante tiempo para que se me perdone la critica que de ella hago.

(2) Numerosas y autorizadas voces han reclamado solemnemente

Pero podemos decir con orgullo que nuestro país es uno de los en que mejor se ha sentido y respetado la dignidad del hombre, puesto que de todas las penas, tan numerosas otras veces, que producian el efecto moral de envilecer la naturaleza humana sometiendo á los culpables á tratamientos ignominiosos y convirtiéndolos en objeto de escarnio por parte de la plebe más inculta y grosera, no queda ya casi ninguna. Las penas infamantes han tomado en los pueblos civilizados el carácter decente y sério que es esencial á toda penalidad: á pesar suyo, con tristeza y con piedad debe el hombre hacer sufrir á su semejante; pues de otro modo hace de su infortunio objeto de diversion y de placer, se goza de su pena y comete un acto de inhumanidad y de barbarie. Por otra parte, nada contribuye más á quitar á la pena una parte de su eficacia moral sobre el paciente y sobre el público que el mezclar á ella un sentimiento de ultraje y de burla.

Es cierto, por tanto, que este tercer orden de penas no ofrece ménos progresos en la manera cómo es entendido y aplicado hoy, que los dos órdenes precedentes.

la abolicion de la muerte civil; reforma tanto más necesaria, cuanto que la muerte civil deja subsistente el lazo del matrimonio, privándole de todos sus efectos civiles. (Véase un excelente artículo de Fælio sobre este asunto, en la *Revista de derecho francés y extranjero*, Julio, 1845, p. 481 y sig.) «En ningún Estado de Europa, dice este sabio jurisconsulto, se encuentra establecida como en Francia la muerte civil. Entre los países en que se había introducido con el Código civil francés, Bélgica y los Países-Bajos la han abolido formalmente; en las Dos Sicilias y en el reino de Cerdeña se ha conservado con modificaciones, no ejerciendo en este último país ninguna influencia sobre el matrimonio del condenado. El nuevo Código del gran ducado de Baden la ha abolido implícitamente, y de los otros Estados alemanes, Baviera es el único que la ha admitido, siendo una consecuencia de la pena de cadena. En Inglaterra y en el resto de la Europa es desconocida la muerte civil.

§ V.

Del progreso en la legalidad de la pena.

SUMARIO.

1. La pena debe ser legal.—2. La pena no es al principio conminatoria, sino simplemente efectiva.—3. Toma luego un carácter habitual, tradicional.—4. La escritura tiende á perpetuar los hábitos.—5. El general asentimiento da á las penas una nueva autoridad.—6. La pena saca una nueva fuerza de su legitimidad racional ó absoluta.—7. Prueba histórica de esta marcha del espíritu humano.

No basta que una pena sea legítima ó equitativa y que pueda ser eficaz; es necesario también que sea legal; es decir, que debe ser la expresión de la voluntad del soberano, anticipada y notificada á todos aquellos á quienes interesa; y esta voluntad así manifestada es lo que le da el carácter legal.

En la infancia de las sociedades, la voluntad del padre de familia ó del jefe de la tribu forma toda ley, y no necesita manifestarse previamente ó bajo la forma de principio y de regla, revelándose sólo cuando es necesario: tampoco es preventiva, porque no prevé. No es, por lo tanto, conminatoria, sino simplemente efectiva.

Con el tiempo, esta voluntad suprema establece costumbres y aún principios, siendo natural que se imponga un mismo castigo por un delito igual. El pasado llega á ser una enseñanza para el porvenir; fórmase un uso legal, y se graba en los recuerdos y en las costumbres una ley penal, á la cual se halla sometido moralmente el mismo soberano, porque no se debe sufrir sino el castigo reservado al delito, y éste no puede ser otro que el que se impone ordinariamente: tal es el segundo grado de la formación legal de la pena. Al principio, la voluntad del padre de familia ó del jefe de la tribu, cualquiera que sea, hace la ley, y más tarde, cuando se ha manifestado esta voluntad, todavía hace la ley; pero precisamente de la misma manera que se ha revelado, llegando á ser así su propia ley.

Cuanto más antiguas son las tradiciones, mayor y más

fuerte es la autoridad; y cuanto más impersonales son, más se hallan al abrigo de los cambios arbitrarios: para todos son un derecho adquirido y una obligación que respetar; el soberano no es más que su instrumento, pero tiene el deber de hacerlas vivir y el pueblo el derecho de que se conserven y la obligación de conformarse con ellas.

La escritura les da nueva vida y fuerza, puesto que las costumbres escritas son más inflexibles y su interpretación mucho más fácil. Hasta entonces no eran más que usos; luego son verdaderas leyes expuestas á la vista de todos, manifestadas á todas las voluntades, y cuyo depósito no es ya solamente interior: conviértense por esto en cosas exteriores, por decirlo así; toman cuerpo, se objetivan y se personifican fuera; y son, por último, una autoridad, la autoridad visible, de la cual el magistrado no es más que el servidor y el órgano.

Y todavía adquieren una nueva fuerza, cuando en vez de ser una costumbre escrita y de tener un origen individual quizá y la simpatía de los pueblos, son, por el contrario, la expresión de la razón y de la voluntad de los que se han de someter á ellas.

No ignoramos todo lo que se ha dicho en apoyo del prestigio de la impersonalidad de las leyes, de la santa y misteriosa oscuridad de las tradiciones, de la autoridad puramente exterior de que se hallan rodeadas y de la imposibilidad moral de mandarse á sí mismo, de respetar su propia voluntad, y de darse, en una palabra, leyes fuertes y durables. Los partidarios de esta opinión sólo olvidan dos cosas, pero dos cosas importantes: la primera es que este prestigio de la impersonalidad absoluta de las leyes, cuyo origen se halla envuelto en las tinieblas del pasado, sólo lo es realmente para los pueblos todavía en la infancia, y deja de serlo para el espíritu crítico de los pueblos que han envejecido: la segunda cosa no ménos grave que no tienen presente estos críticos un poco perezosos, es que para los pueblos que ejercitan su razón, no hay más que una autoridad verdaderamente impersonal, la de la razón absoluta, que no está á la disposición de nadie, que se halla por encima de las voluntades individuales y colectivas, que domina los tiempos y los lugares, y que condena inapelablemente todas las instituciones que se hallan en desacuerdo con la naturaleza y el destino del hombre, cualquiera que sea su antigüedad; y

precisamente esta razon soberana, su voluntad absoluta, es la que los pueblos adelantados pretenden hacer pasar cada dia á sus leyes: á ésta es á la que quieren tener por reina, á la que desean obedecer y á cuyos divinos mandatos adoran, porque en ella, más que al hombre, más que á la razon, ven á la razon en sí, á la Divinidad misma.

Así, todo pueblo que comienza por obedecer á la voluntad soberana de sus jefes, que hace luégo de esta voluntad una ley, un principio, una costumbre, que fija esta costumbre por la escritura, ó que se da á sí mismo leyes arbitrarias, cuya autoridad parece consolidarse con los siglos; todo pueblo que comienza así, repetimos, concluye siempre de otra manera. Al lado del espíritu antiguo, paralelamente al culto supersticioso de que rodéa las viejas instituciones, se forma un espíritu nuevo, un culto que tiene por objeto otra divinidad. La jurisprudencia pretoriana, el espíritu filosófico y cristiano que vino á inspirar á los jurisconsultos, dejó subsistir la ley de las Doce-Tablas, la ley de los Quirites, la ley civil, en una palabra; pero la interpreta, establece excepciones, recurre á ficciones, emplea mil medios para burlarla, paralizarla ó suplantarla. En Inglaterra se hacía más todavía, se la hacía caer en desuso sin casi convenir en ella, ó si se le daba satisfaccion aplicándola, se satisfacía al espíritu moderno no ejecutando las sentencias dictadas en nombre del antiguo. ¿Dónde está, pues, el triunfo? ¿Dónde la fuerza? ¿Dónde la autoridad?

§ VI.

Progresos en la ejecucion de la pena.

SUMARIO.

1. El culpable entregado al ofendido.—2. Tibieza en la aplicacion de la pena por parte del poder, poco ilustrado aún sobre sus deberes. —Asilos destinados á los culpables.—Abusos.—Restriccion de estos abusos.

Cuando el poder público es todavía débil ó no comprende toda la extension de sus deberes, limitase á entregar al culpable á aquellos que le persiguen y que han obtenido un juicio de condenacion: algunas veces le abandona enteramente á discrecion de aquéllos, sin determinar la pena que deben imponerle.

En una época más adelantada, cuando el poder público comprende que no es solamente poder judicial, sino tambien poder ejecutivo; cuando todavía concede á la pena escaso interés y parece no considerar aún mision suya el derecho de castigar, sino que únicamente acepta esta carga á título demás fuerte y para satisfacer á los particulares, es muy tibio su celo para que se ejecuten sus propias sentencias, y si no favorece la evasion del acusado como en Atenas, abre asilos á los contumaces y á los condenados fugitivos, cualquiera que pueda ser la enormidad de su crimen: ejemplo de ello es lo que se practica en las islas de Sandwich. Este es el derecho de asilo en su más simple y absoluta expresion, pero tambien la más abusiva.

Este derecho, que se explica principalmente en las sociedades en que el pueblo se ha hecho justicia por sí mismo, ha sido encerrado en justos límites cuando sólo se ha concedido para esperar una informacion y una sentencia regulares, y no ha servido definitivamente de abrigo sino contra los injustos resentimientos. Tal fué su carácter en las instituciones hebráicas.

La piedad poco ilustrada de nuestros padres, al dar mayor extension al derecho de asilo, desconoció su verdadero espíritu; pero el abuso hizo desde los primeros momentos

sentir el remedio. Hoy que la existencia de este derecho se ha hecho inútil por la dulzura de nuestras costumbres y por la fuerza y buena organizacion del poder ejecutivo, el abuso ha desaparecido completamente con el uso mismo.

Ya no existe nada semejante, sino entre las naciones (1), y los gobiernos van extendiendo cada dia el derecho de extradicion.

(1) Excepto quizá para la violencia fisica en materia de deudas.

### CAPITULO III.

#### PROGRESO DE LAS IDEAS SOBRE CADA CLASE DE DELITOS Y SOBRE LA MANERA DE CASTIGARLOS.

##### § I.

**De las diferentes maneras de considerar sucesivamente los delitos contra las personas y de castigarlos.**

##### SUMARIO.

1. Para el homicidio, el talion primero.—Venganza de sangre, deber entre los parientes. — 2. Composicion despues; tolerada, protegida é impuesta.—Confusion de la pena y de la reparacion civil.—3. Vuelta á una justicia más sana: reparacion civil y penalidad, en la misma composicion primero y fuera de ella despues.—4. Pena de muerte aplicada con más sobriedad. — Propósito de abolirla; tentativas para ello.—5. Mejoras en la manera de aplicarla.—Supresion del suplicio propiamente dicho.—6. Infanticidio mejor comprendido en nuestros dias.—7. El suicidio y el duelo igualmente.—8. Las fases de la penalidad relativas al homicidio se encuentran proporcionalmente en la penalidad concerniente á los atentados contra las personas.—9. Circunstancias previstas y mal apreciadas por las leyes bárbaras;—prudentemente abandonadas más tarde á la apreciación de los jueces.—10. Sabiduria relativa de estas leyes.

I. Homicidio por homicidio, sangre por sangre, tal es el primer grito lanzado por la conciencia humana; este es el grito de la justicia cuando el homicidio es deliberado y querido con reflexion, y el matador del asesino restablece por sí la igualdad ante la ley, siendo la venganza de sangre un deber para los parientes de la víctima.

Pero esta venganza se ha complacido á veces en los dolores del suplicio, en cuyo caso desaparece la igualdad y comienza la injusticia.

Los hombres, haciéndose ménos crueles y más desinteresados, se aperciben de que la sangre derramada para vengar la sangre no aprovecha á nadie, de que la satisfaccion de la venganza es tan estéril como pasajera, y que era posible obtenerla, ménos viva quizá, pero de seguro más provechosa. Aceptó por lo tanto la composicion, en la