

madura. No teniendo aun la experiencia de la vida, los jóvenes no pueden creer en la prosperidad de los hombres injustos: les parece que el mundo se hundiría, si triunfase la iniquidad: no saben aun que el mundo está lejos de realizar la justicia de la cual tiene sed, y que solo en otra vida hay que esperar la reparación de todas las injusticias.

En el origen de las sociedades, en los pueblos jóvenes, esta necesidad impaciente de justicia, dejábase sentir como hoy día. «No quiero presentarme más como justo entre los hombres, no quiero que mi hijo lo sea... si el más injusto debe sobresalir.» (Hesiodo, *Los trabajos y los días*.) Así, el primer deber de los que ejercen una autoridad, de un jefe de Estado, como de un jefe de familia, es el castigar y recompensar con justicia: cuando este deber es desconocido, el respeto, la simpatía por la autoridad se desvanece, el desaliento, la desesperación y el encono se apoderan de los hombres. La historia está llena de actos de culpable desesperación, inspirados por la injusta distribución de las penas y las recompensas: la iniquidad excita de tal modo la indignación, que ha llegado á producir revoluciones, lo cual hace decir á Bodin: «Hemos hablado de las causas que han hecho cambiar los Estados y las Repúblicas: estas mismas causas producen sediciones y guerras civiles: la negación de la justicia... la distribución desigual de las penas y los premios, la excesiva riqueza de unos pocos y la extremada pobreza de muchos... la impunidad de los delitos.» (Lib. IV.)

La aceptación de la pena por los mismos criminales, la calma que renace en ellos después de su condena, los ejemplos que he citado de criminales que se han denunciado para sufrir la pena merecida, todos estos hechos, ¿no demuestran aun entre los culpables, la necesidad moral de la expiación, la relación que existe entre la culpa y su castigo?

Sin la menor duda, la expiación social no es lo mismo que la expiación absoluta, que exige el castigo de todas las culpas, y una exacta proporción entre el mal moral y el sufrimiento. La sociedad no tiene el derecho de penar todas las faltas y de hacer expiar á sus culpables toda su inmoralidad. Siendo el fin de la justicia social evitar los delitos, prevenirlos, la pena, «no debe tener sino el grado de rigor necesario, para apartar á los hombres del delito.» (Beccaria, cap. XVI.) ¿En qué refinamientos de crueldad, en qué barbaridades no caería la justicia social, si á fin de hacer expiar por completo el delito, y de pro-

porcionar la pena tan sólo al mal moral, variase los castigos según el grado de perversidad que suponen los distintos delitos! Una pena severa, proporcionada al mal moral y al mal social, deja de ser legítima, si el legislador puede asegurar la observancia de sus preceptos por medios menos rigurosos: una pena, muy benévola, será aun ilegítima, si puede ser sustituida por una sanción civil: tan cierto es que bajo el punto de vista social, la pena debe ser, no sólo justa, sino necesaria, indispensable.

Es cierto además, que en la determinación de la pena, la justicia social debe tener en cuenta el peligro social resultante del acto delictuoso, pues su misión es, la de asegurar la conservación de la sociedad. Pero para el grado de la pena, debe también tomar en consideración el mal moral del hecho. Así es, que los homicidios voluntarios son penados con más severidad que los involuntarios, que los delitos de derecho común son reprimidos con mayor rigor que los delitos sin intención. En la próxima revisión del Código penal, debería á mi entender, señalarse aun más la diferenciamensa que separa el delito voluntario, del involuntario. Así el *maximum* de la pena que castiga el abuso de confianza, es el mismo, (dos años) que el señalado al homicidio involuntario, y el *minimum* es inferior al *minimum* de este último delito. El legislador debería elevar la pena del abuso de confianza, y bajar el del homicidio involuntario. Los delitos voluntarios son no sólo los más culpables bajo el punto de vista moral, sino los más peligrosos bajo el punto de vista social. Además, la amenaza de la pena, establecida para obrar sobre la voluntad y apartarla del delito, no puede realizarse con toda su fuerza sino en los delitos voluntarios (1). Es la voluntad, causa impulsiva del delito, es la inclinación al mal, lo que el legislador debe fijarse más en contener, porque la voluntad viciada del criminal, es lo que le constituye un enemigo público. La distinción que la razón y las legislaciones establecen entre los delitos voluntarios y los involuntarios, basta para repeler el sistema que propone penar el acto dañoso y no el acto inmoral. ¿Cómo no estable-

(1) En el Código penal de los Países Bajos, la duración de la prisión no puede pasar de un año para los delitos no intencionales. El artículo 371 del Código penal italiano es mucho más severo: el *maximum* que fija, puede ser según los casos, de cinco á ocho años.

cer una diferencia inmensa entre el perjuicio resultante de una distracción, de una imprudencia, y el producido por una injusticia voluntaria?

En la represión de los delitos voluntarios, la ley debe tomar en consideración la importancia de los derechos violados: siendo los derechos relativos á la persona más importantes que los relativos á la propiedad, los delitos contra las personas deberían siempre ser penados con más severidad que los delitos contra la propiedad: así, yo no comprendo porque la violación de una niña, sea castigada con una pena menos severa que la fabricación de moneda falsa.

Para demostrar los lazos que relacionan la penalidad con la ley moral, basta recordar, que en materia de crímenes y delitos de derecho común, el juez debe apreciar la voluntad y la intención del acusado. No puede declararle *culpable*, si no le encuentra una voluntad pervertida, una intención maligna. No toda sustracción es punible: para que constituya hurto, es necesario que sea *fraudulenta*. El juez no puede pues condenar, sin apreciar la moralidad del acusado, la intención con que obró: la culpabilidad penada por la ley, es una culpabilidad *moral*, y no orgánica, tal como M. Lombroso se propone establecer.

El juez no se limita á la comprobación de la culpabilidad moral: en la aplicación de la pena, debe tener en cuenta el grado de esta culpabilidad, al propio tiempo que la importancia del mal social causado con el delito. Cada proceso ofrece una fisonomía particular: la culpabilidad de cada acusado varía según el número y clase de circunstancias: de ahí, que la pena ha de variar también. Para tener en cuenta estos matices morales, el legislador ha establecido desde luego un *maximum* y un *minimum*: y luego, juzgando «insuficiente la latitud de uno y otro para graduar las penas que corresponden con exactitud á culpabilidades semejantes, á juicio de la ley, pero tan desemejantes según la conciencia (1)» ha establecido el principio de las circunstancias atenuantes.

Algunos criminalistas, es verdad, critican la extensión del poder que se ha dejado al juez por el artículo 463 del Código penal, en la aplicación de la pena, y el nuevo Código penal

(1) Dictamen de la ley de 1.º de mayo de 1832, con el cual se revisa el Código penal.

italiano, acaba de restringir aquella facultad con el art. 59. Estas críticas no me parecen fundadas: á mi entender, no puede haber buena justicia sin un lato poder de apreciación, dejado al juez para la determinación de la pena. Los matices morales que separan á un acusado de otro, son infinitos: los buenos antecedentes ó la mala conducta habitual, la premeditación, el arrepentimiento, ó la perversidad, los esfuerzos hechos para reparar el delito, ó para conservar sus ventajas, establecen diferencias considerables entre los autores de un mismo hecho criminal (1). No ha llegado el día, en el cual el legislador en Francia, puede como en Bélgica, permitir en algunos casos, la *condena condicional* (2), que da al juez tanta mayor latitud de apreciación, que conviene restringir el poder que le da el principio de las circunstancias atenuantes. Sin embargo, á fin de evitar el abuso que algunas veces se ha hecho de este principio, el legislador podría imponer al juez la obligación de precisar las circunstancias que le parece atenúan la responsabilidad.

Confundiendo el *fin* con la *causa* de la pena, M. Guyau, para separar por completo la justicia social de la ley moral, escribe que, «la pena no se justifica, sino por la previsión de actos análogos en el porvenir, y que no se puede decir que ningún acto pasado merece una pena.» (*Ensayo*, pág. 150.) Cuando hoy la sociedad pena, dice aquel, no es nunca por el acto cometido en el pasado, es sólo, por los que el culpable, ú otros con su ejemplo, podrían cometer en el porvenir. «Es la teoría de Protágoras, reproducida por Séneca y por Hobbes: «Aquel que castiga con razón, castiga no por las culpas pasadas, (porque no es posible impedir que lo hecho, deje de ser hecho), sino por las culpas en lo venidero, á fin de que el culpable no delinca de nuevo y que otros se aprovechen del castigo. (Protágoras.) *Nam, ut Plato ait, nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccatur.* (Séneca.) Según Hobbes, en «la imposición

(1) Los Romanos habían observado ya que los delitos deben apreciarse bajo distintos aspectos, (Digesto, *De panis*, l. xvi, párr. 1.º) y que el juez debe resolver según la naturaleza de cada causa, «después de haberlo pensado todo.» (*Ibid.*, l. xi.)

(2) Esta ley, que permite al juez sobreseer en la ejecución de la pena, habíala propuesto ya Mirabeau: «La razón permite, decía, y la humanidad exige que los jueces usen del poder de suspender ó perdonar el castigo.» (*Reflexiones sobre los efectos de la severidad de las penas.*)

de las penas, no hay que mirar un mal pasado, sino un bien en el porvenir.» (*Del Ciudadano*, sección 1.<sup>a</sup>, párr. 11.)

Sin duda, la pena tiene por objeto prevenir los delitos por medio de la *enmienda* del culpable, y sobre todo por la *intimidación* de aquellos que tendrían la tentación de imitarle; con la enmienda del culpable, la justicia social se esfuerza en prevenir la comisión de nuevos delitos: con el ejemplo de la pena impuesta al reo, se propone prevenir los delitos de una manera general, intimidando á los malos. Asegurar el respeto á la ley, prevenir los delitos, es el *fin* de la penalidad: pero la *causa* por la cual los culpables son penados, es la culpa pasada, es decir, la violación cometida. ¿Podría pensarse á un hombre, si no hubiese violado la ley, únicamente porque puede violarla? ¿Puede imponerse una pena, por la posibilidad, bastante incierta de un nuevo delito, ante un peligro venidero? Reconozco que no se castiga al culpable únicamente por *culpa* pasada para hacerla expiar: espérase obtener útiles resultados de su castigo: pero, si la sociedad tiene el derecho de penarle, es porque lo ha merecido, es por razón de la culpa pasada, y no en previsión de culpas en lo venidero. Así pues, como se ve, es imposible dejar de relacionar la ley penal con la ley moral, la idea de mérito con la de desmérito, y no atribuir á la pena un carácter expiatorio, porque su aplicación es un acto de justicia (1). El mismo criminal acepta la pena como una expiación de su delito (2): algunas veces la reclama, cuando él mismo se denuncia, y le parece que cuando ha sufrido la pena, ha pagado una deuda á la sociedad. Esta á su vez, al ver á los criminales penados como ellos se merecen, comprende que con este castigo, la justicia queda satisfecha, al mismo tiempo que protegida la seguridad pública.

En resumen, la pena es la sanción legítima del derecho de gobernar, ejercido en interés general limitado por la justicia.

(1) Véase en este sentido á Odilon Barrot, *Sesiones y trabajos de la Academia de ciencias morales*, 1856, 2.<sup>o</sup> trimestre, pág. 206; Bertauld, *Curso de derecho penal*, pág. 359; Lainé, *Tratado de derecho criminal*, primer cuaderno pág. 56; Beaussire, *Los principios de derecho*, pág. 129.

(2) «El contacto de la cuerda con la cual se ató á Albert para conducirle al patíbulo, le hizo temblar, y por ello, el verdugo le preguntó.—¿Es que os he hecho daño?—No, contestóle el reo: además es necesario que yo sufra mucho para expiar el mal que he causado á los demás.» (*El mundo de las prisiones*, pág. 144, por el abate Moreau.)

El derecho de penar descansa á un mismo tiempo en la utilidad social y la justicia. La ley penal se refiere á la ley moral, puesto que se funda en la responsabilidad moral: aprecia las intenciones, busca la culpabilidad moral, la criminalidad subjetiva. El castigo de los culpables, es no sólo un acto de defensa social, sino un acto de justicia: sólo se impone á los que lo merecen.

Pero, aun cuando la justicia social se una á la ley moral no se confunde con ella. No afecta á las intenciones culpables mientras no se traduzcan por actos exteriores que constituyan un principio de ejecución: no castiga todas las violaciones exteriores de la ley moral, sino tan sólo aquellas que perturban el orden social, y que no pueden ser bastante reprimidas con sanciones civiles: el rigor de la expiación social, proporcionado á la vez al mal moral y al mal social, resultado del delito, no debe traspasar las exigencias de la seguridad pública, pero debe siempre ser un medio eficaz de intimidación y prevención. Así, las leyes que determinan las penas, no son ni deben ser inmutables: pueden variar, dentro los límites de la justicia, con las costumbres, el clima, el carácter de los habitantes, la frecuencia ó la rareza de los delitos: pueden ser más leves en un país en donde el carácter de los habitantes es tranquilo, formal: más severas allí donde las costumbres son malas y los delitos muy frecuentes. Comprendo así, la supresión de la pena capital en Holanda, pero no en Italia.

El progreso de las leyes penales, no consiste siempre en su blandura. (Arturo Desjardins, *Revista de ambos Mundos*, 1891, pág. 190.) En la época en la cual en Francia se imponía la pena de muerte, en ciento quince delitos, (Pastoret, *Las Leyes penales*, 4.<sup>a</sup> parte, cap. XXI), en particular contra el blasfemo contumaz, el sacrilegio unido á la superstición y la impiedad, la falsificación del dinero, el recortar las monedas, el comprar los recortes, el transporte fuera del reino del oro y de la plata, en mayor cantidad de la necesaria para el viaje, el encubrimiento de un condenado á muerte, el robo doméstico, la quiebra fraudulenta, la ocultación de los objetos robados cuando el robo merecía pena capital, etc., etc., en esta época ha sido prudente, ha sido útil suavizar la pena que resultaba atroz, y muchas veces ineficaz, á causa de esta misma atrocidad. Hoy, el aumento de la criminalidad y de la reincidencia impone al legislador el deber de imponer penas más severas á los crimi-

nales por hábito, aun cuando la primera condena no sea superior á un año de prisión. La persistencia en el delito, no sólo agrava el peligro que el criminal hace correr á la sociedad, sino que constituye también una agravación de perversidad moral, de tal suerte que la justicia de acuerdo con el interés social reclama una protección más eficaz para la seguridad pública, por medio de una represión más enérgica. Siempre que la sociedad procura mucho el contar tan sólo con el rigor de la pena para evitar la reincidencia y contener la criminalidad, la certeza del castigo importa mucho más que su rigor. Que la sociedad aumente esta certeza de la pena por medio de una policía más vigilante, más independiente de la política, con la formación de mejores listas de los jurados, un uso menos frecuente del derecho de gracia, aumentando el plazo de la prescripción en materia de delitos de derecho común: después de haber marcado más el carácter de intimidación que debe presentar la pena, después de haber disminuido las probabilidades de la impunidad, aun así, es necesario hacer nuevos esfuerzos para obtener la reforma de los penados, por medio del aislamiento y el trabajo. Es necesario que hoy no se pueda ya decir ya más de muchas prisiones departamentales, en las cuales los reclusos extinguen en común su condena y donde con la ociosidad se pervierten más y más, lo que Mirabeau decía de Bicetre, después de haberlo visitado: «Sabía como todo el mundo, que Bicetre era á un tiempo hospital y cárcel: pero ignoraba que el hospital se hubiese construido para engendrar enfermos, y la cárcel para producir delitos.»

---



---

Reinaldo Larcans

## CONCLUSIÓN

---

No he estudiado las causas de la criminalidad y los fundamentos de la penalidad, con ideas metafísicas preconcebidas; sé muy bien que el espíritu moderno está cansado de *sistemas* y que lo que quiere son *hechos*: me he contentado con notar el resultado de mi experiencia judicial y de comprobar las teorías de los criminalistas contemporáneos, con las enseñanzas de la práctica.

Las observaciones que he hecho durante muchos años, en los criminales, no me permiten en modo alguno creer en el *criminal nato*. No se nace criminal, se llega á serlo: la anomalía física del criminal es una quimera. Las particularidades físicas que se han especificado, existen en los hombres honrados, como existen en los criminales, y no tienen la importancia que se les ha atribuido. El tipo criminal es una ficción: el delito no es una enfermedad orgánica, que la fisiología y la anatomía no bastan para explicar.

El delito no es tampoco un fenómeno patológico: no puede atribuirse, ni á una neurosis, ni á la locura moral, ni á la epilepsia, ni á la degeneración: el criminal se distingue del loco moral, del epiléptico y del degenerado. El culpable no es el cuerpo, que puede ser bien conformado y sano, mientras que el alma es la enferma: el mismo hombre, con los mismos órganos, puede sucesivamente realizar actos de probidad y actos culpables: actos de abnegación y de egoísmo: sus órganos no cambian, cuando él cambia de conducta. No son los órganos los enfermos, la voluntad es la corrompida, la sensibilidad la perversa.