

vengadores de las infracciones de la ley moral. En cuanto á nosotros, no intentamos discutir que el orden jurídico descansa en el orden moral, pero una cosa es el dominio de esta ley, y otra el dominio del derecho positivo. Las cosas del mundo moral tienden á un resultado diferente de las cosas humanas. ¿Para qué confundirlas unas con otras y poner al hombre en la triste condicion de dar por fin de la justicia el castigo de las infracciones de la ley moral cuando no hay ni datos ciertos para apreciar exactamente el mal moral ni medios suficientes para proporcionarla indemnizacion bastante?

L. Por lo demás, sería necesario un principio para reprimir su violacion, pero ¿dónde encontrarlo? Los partidarios de la doctrina que combatimos dicen, que cuando se trate de verdaderos delitos, es decir, de violaciones de los derechos concedidos al hombre por la ley natural, no podrá pretenderse que se carece de principios cuya reparacion se persiga (1).

En efecto, aquí se habría violado el principio universal y absoluto preexistente en la eterna ley del orden, y al que dan una sancion material las leyes penales.

Pero bien pronto se echa de ver que si los principios de la ley eterna y del orden moral hubiesen sido formulados en otros tantos artículos de ley, y si de todos los legisladores hubiesen

(1) Está fuera de duda que algunos actos criminales no sólo están prohibidos por la ley positiva con el objeto de evitar males sociales, sino tambien por la ley natural. Ulpiano estableció tal distincion del siguiente modo. «Probra quaedam natura turpia sunt, quaedam civiliter et quasi more civitatis: ut puta furtum, adulterium natura turpe est: enim vero tutela dammare hoc non natura probrum est, sed more civitatis, nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere.» L. 42, Dig., l. 50, tit. 16, *De verborum significat.* De todos modos es necesario para que la accion penal pueda ser reprimida: la existencia de una ley escrita que la prohíba y la pene: que esta ley haya sido promulgada, y que esté en vigor en el lugar donde tuvo origen la accion. Faltando estas condiciones, el causante no podría ser juzgado ni condenado. En efecto, cuando en derecho positivo se habla de la represion de ciertos hechos, ésta no es posible si no existe una ley. Además, el principio sancionado por el legislador no tendría fuerza ejecutiva, si éste no tuviera, como la ley, autoridad en el lugar donde se verificó la infraccion. Esto es así aun en el caso de que la ley positiva sancione un principio de la natural, porque el Juez humano no condena la violacion de la ley natural, sino la del principio de derecho positivo sancionado por el legislador. El juez debe siempre pronunciar la sentencia y aplicar la pena al culpable, en virtud de ley escrita y promulgada.

recibido sancion, de tal suerte que existiera ó pudiera existir una ley penal universal, sería fácil afirmar que un delito cometido en Constantinopla pudiera reprimirse judicialmente por cualquiera de los Estados que sancionaran dicha ley penal universal. Pero todo esto no se realiza ni nos parece realizable.

LI. Verdad es, sin duda, que como dice Faustin Hélie, las leyes penales castigan en todas partes los mismos hechos, porque la conciencia humana reprueba ciertos actos en todos los países, sin que el límite de un rio ó de una cordillera puedan hacer cambiar la naturaleza del hecho (1). Pero esto es así porque existen ciertas condiciones necesarias para la conservacion del orden social, y sin cuyo cumplimiento el Estado no podría subsistir, ni los individuos sometidos á su autoridad permanecer unidos. Por esta razon las leyes penales de todos los países declaran punibles actos como el asesinato, el incendio, la violacion, el robo á mano armada y otros análogos (2). Sin embargo, si tales hechos son para todas las legislaciones igualmente punibles, cuando se trata de determinar los caracte-

(1) Faustin Hélie: *Traité de l'instruct. crim.*, lib. II, ch. X.

(2) El derecho humano no es una verdad especulativa, sino regla positiva y práctica de la vida del Estado, del desarrollo de la libertad y actividad de los individuos que viven en sociedad. El derecho de formular estas reglas pertenece á la soberanía, es decir, al Poder público constituido, que por virtud del mandato que recibió de la sociedad misma, da á tales reglas el carácter propio de la ley, desde cuyo instante puede obligar á todos los ciudadanos á que las respeten y castigar igualmente á los que las violaren. No son, sin embargo, las leyes humanas una creacion arbitraria. Hay en ellas un elemento objetivo, derivado de la naturaleza de los seres para quienes son hechas. En efecto, por varias y susceptibles que sean de cambio las situaciones en que se pueda encontrar colocado al hombre, no pierde jamás su naturaleza. Sin embargo, las leyes humanas son y deben ser diferentes á causa de la variedad de las condiciones históricas á que el hombre está sometido, y de la diversidad de las relaciones sociales. A medida que se conoce más exactamente la naturaleza de los individuos y la del Estado, lo que hemos llamado elemento objetivo del derecho va haciéndose más uniforme. Y del mismo modo, las leyes de aquellos Estados que están, por decirlo así, al mismo nivel en la escala de la civilizacion, presentan muchas más analogías. Sin embargo, jamás se conseguirá la uniformidad absoluta, como nunca será idéntico el modo de ser de los individuos, mientras que multitud de causas físicas y morales hagan diferente la manera de ser de las diversas asociaciones humanas. (Véase la nota (3) al p. 31 de nuestra obra *Effetti internazionali delle sentenze e degli atti (materia civile)*, p. 70; y Arabia, *Diritto di punire lo straniero*.)

téres constitutivos del delito y aplicarle la pena que le corresponde, reaparecen las diferencias.

LII. La existencia y necesidad de tales diferencias entre las legislaciones penales de los Estados, se explica fácilmente teniendo en cuenta que esos principios que hemos considerado como universalmente necesarios para la conservación del orden social, y que constituyen el elemento común de las leyes penales, se aplican después de diverso modo y se modifican por otros principios variables, relativos y contingentes, que dependen de varias circunstancias, como las costumbres, la civilización y la multiplicidad de elementos históricos. Estas causas y circunstancias imprimen carácter nacional á todas las ramas de la legislación de un pueblo (1), así como prestan un especial carácter al conjunto de las diversas instituciones sociales. Esto hace que ciertos hechos sean castigados por las leyes de algunos países y no por las de otros, ó que lo sean con más ó ménos severidad, y son generalmente declarados punibles, no en proporción del mal moral, sino del social que ocasionan. Por la misma razón, las leyes de un mismo país, á consecuencia de las alteraciones históricas de su estado social, disminuyen sucesivamente los grados de la escala penal, y son más severas en una época y en otra más suaves (2).

LIII. Para demostrar que todo Estado tiene el derecho de apreciar según sus leyes la culpabilidad de los actos realizados

(1) Las diferencias entre las varias leyes penales son notables, aún en lo concerniente á los Estados europeos. Así, la bigamia siempre prohibida por nuestras leyes, no se castiga en Inglaterra cuando un cónyuge no ha recibido noticias del otro en siete años. En este caso el segundo matrimonio se declararía nulo. El rapto de menores, que algunos Códigos castigan con la pena de reclusión, dá tan sólo lugar en Inglaterra, á una indemnización pecuniaria. En el Código francés de 1810, no estaba previsto el atentado al pudor, cometido sin violencia en los niños. Y las varias leyes que hoy castigan tal hecho, presentan notables diferencias en cuanto á la edad de la víctima. En Inglaterra el incendio se considera como un delito puramente civil. El Código penal francés revisado en 1832, tiene mucho en cuenta la intención del autor en los homicidios, y distingue á éstos de la muerte dada sin intención. Si examináramos del mismo modo los Códigos de los países más lejanos en que las costumbres y la civilización son diferentes, hallaríamos diferencias más numerosas y esenciales.

(2) En el proyecto de Código penal italiano, actualmente en discusión, se califican como simples delitos muchos hechos que las leyes hoy vigentes consideran como crímenes.

en territorio extranjero, ¿de qué sirve hacer notar que según dos ó más códigos un delito cualquiera es igualmente reprimido, cuando en seguida vemos que sus caracteres esenciales no son los mismos, y que no es susceptible siempre de la misma pena? Por ejemplo: de que todas las legislaciones repriman el rapto, ¿se deducirá que debemos estimarlo y castigarlo según nuestras leyes, cuando los legisladores de los distintos países no están de acuerdo en la determinación de los caracteres constitutivos de este delito?

LIV. Dicen nuestros adversarios que cuando se trata de verdaderos delitos, es decir, de violación de los derechos concedidos al hombre por la ley natural, no podrá decirse que se carece de un principio cuya infracción puede reprocharse al culpable. Pero ¿están todos conformes en determinar de la misma manera los derechos concedidos al hombre por la ley natural? No conocemos exactamente la naturaleza humana ni las leyes que la gobiernan y derechos que la pertenecen. A medida que el progreso de la ciencia y de la civilización nos hacen comprender mejor la naturaleza humana, mejor se conocen sus leyes y derechos: de aquí que un hecho pueda constituir hoy un delito natural, cuando en otro tiempo no hubiera podido ser considerado como tal. Esto sucede, por ejemplo, con el abandono de los niños, que en su origen, según el derecho romano primitivo, no era un delito, mientras que hoy se castiga severamente, y aún como homicidio si causó la muerte del niño. El infanticidio no está castigado en China, y el homicidio á consecuencia del duelo está severamente castigado en unos países, mientras que en otros sólo merece una leve pena.

LV. Pero aún suponiendo que la violación de un derecho concedido al hombre por la ley natural fuese cierta y evidente, ¿sería esta razón bastante para investir en aquel caso á los tribunales del poder de juzgarla y castigarla? Nos parece que el derecho que pueda tener el hombre para juzgar y castigar á los otros, procede de la ley penal (1), y solamente puede

(1) Estamos, sin embargo, muy lejos de admitir que la noción del delito y el fundamento de la criminalidad se deriven exclusivamente de la ley, de tal modo que el derecho penal no tenga en su origen un principio objetivo. La ciencia del

ejercerse en el caso de violar la ley en virtud de la cual se quiere castigar y juzgar. Ahora bien: esto no podría tener lugar en todos los casos, sino sólo en aquellos en que la ley cuya infracción se reprochase, tuviese autoridad y fuese violada. ¿Se querrá por ventura admitir que los habitantes de un país sean súbditos de todas las soberanías, y que sus actos estén regidos por todos los códigos? Si el oficio del juez en materia penal se limita á aplicar la ley; si el derecho de condenar se deriva de la fuerza obligatoria del principio violado, ¿se podrá, dado el caso, aplicar una ley que no tenga autoridad alguna y que no haya sido violada?

LVI. Siguiendo la marcha de nuestros adversarios, llegaría á confundirse el dominio de la ley social con el de la ley moral, el orden jurídico y el orden moral, y aún podría llegarse á la inquisición, proponiéndose, en cuanto fuera posible, el respeto á la ley eterna (1).

LVII. Un último argumento se invoca por los partidarios de la doctrina que combatimos. Dicen que si, según la ley, el extranjero que viene á vivir entre nosotros debe responder de los delitos de que se hizo culpable en otro territorio y que aún no expió, el que espontáneamente venga á gozar de nuestra hospitalidad, no podrá sustraerse el imperio de nuestra legislación. Y entonces nuestro derecho á juzgar y condenar á este extranjero aplicándole nuestras leyes, se derivaría del hecho de que él mismo se hubiere sometido á su autoridad.

Este argumento sería irrefutable cuando el objeto de la cuestión fuese saber si dada una ley, deben los Jueces apli-

derecho represivo y la legislación penal tienen por base la salvaguardia del orden público y del orden social, tales como uno y otro derecho son entendidos por cada grupo social determinado, pero la jurisdicción se deriva de la ley penal.

(1) La religión y la tiranía fueron dos grandes obstáculos opuestos al desarrollo del derecho penal. El poder hierocrático atribuyó al príncipe el derecho de vengar á la divinidad ofendida, y el príncipe pretendió en seguida defender de la misma manera sus propios intereses. Desde entonces, dando como origen al derecho penal la autoridad teocrática ó aristocrática comenzó á alterarse esta ciencia. En nuestros días la ciencia está emancipada de la autoridad religiosa, y á los intereses del príncipe se han sustituido los de la sociedad; pero nos exponíamos de nuevo á iguales peligros, si por medio del derecho penal se quisiera hacer respetar la ley moral, y vengar las infracciones en ella cometidas. Compar. Mancini, *Storia della penalità*.

carla también á los extranjeros. Y, en efecto, ¿quién osará poner en duda que la principal condición necesaria para vivir en un Estado extranjero es la de someterse á las leyes que allí rigen sean favorables ó desfavorables á nuestros intereses! (1) Pero lo que aquí se trata de saber, es si una vez admitido que dentro de los principios del derecho penal todos los actos contrarios á la ley deben ser reprimidos y que es útil á todos los Estados prevenir su impunidad, debería atribuirse con preferencia el derecho de castigar al culpable, ya al Juez del país, cuyas leyes fueron violadas por la realización del hecho á ellas contrario, ya al del lugar en que se encuentre accidentalmente el presunto culpable, ya por último, al de su país. Esta última opinión tiene algunos partidarios y de ella nos ocuparemos más tarde.

LVIII. En nuestro sentir, se conforma con todos los principios: el de atribuir exclusivamente el castigo á la jurisdicción del Estado, cuyas leyes fueron violadas. Fuera de esto, no nos parece más fundada admitir la competencia del Juez del país en que se encuentre el acusado, que la del Magistrado de su patria.

LIX. A las razones hasta aquí invocadas y que parecen ser suficientes para sostener nuestra doctrina, añadiríamos fácilmente otras que tuviesen por punto de partida las mismas consideraciones de oportunidad, con cuya ayuda tratan nuestros adversarios de apoyar su sistema. Dicen, por ejemplo, que la impunidad produciría efectos más desastrosos para nosotros que para el país donde se cometió el delito, porque la desaparición del culpable, es; ante sus compatriotas, como un modo de expiación, mientras que la presencia de un extranjero que goza entre nosotros de la impunidad, nos trae grave perjuicio por el mal ejemplo que da á los naturales. Pero á

(1) Es indudable que si á un legislador hubiera ocurrido consagrar, con preferencia á otros, los principios de exterritorialidad absoluta, ó bien establecer que la competencia de los Tribunales se extendería á seis ó á diez casos, hubiera estado en su derecho al hacerlo, y una vez que hubiese fijado los límites de la jurisdicción de los Tribunales de su país, todo el mundo debería respetar esta ley como las demás reglas del derecho interno del Estado. Por otra parte, si las reglas del derecho penal internacional fuesen admitidas, cada Estado debería respetarlas, para evitar el reproche de haber usurpado una jurisdicción que no le pertenecía.

esto contestamos que para evitar el escándalo de esta impunidad, podría ser útil entregarse recíprocamente los malhechores, y más decimos, ofrecer su envío sin esperar una formal demanda de extradición. Esta manera de obrar no sería justa, sin duda, ni laudable con aquellos Estados cuyas leyes son defectuosas para proteger eficazmente la inocencia oprimida y la virtud calumniada; pero estaría conforme con el derecho y la justicia entre países civilizados, porque la certeza del castigo, sería un freno puesto á la criminalidad.

Pero si tanta importancia quiere darse al escándalo causado por la impunidad de un malhechor, escándalo que á nuestro modo de ver podría evitarse, conviene también tener muy en cuenta el que llevaría consigo el castigo de un delito cometido en país lejano, pues nunca se podría estar seguro de no haber castigado á un inocente. Creemos, en efecto, que ante el espectáculo de un hombre sobre quien pesa grave acusación, entre gentes que desconocen su fama, su conducta, que no han conocido á la víctima, ni las circunstancias del atentado, que no han podido oír las declaraciones favorables ó adversas de los testigos, el sentimiento que debe prevalecer es la piedad más bien que la indignación, porque nadie podrá tener el convencimiento de que el condenado sea verdaderamente culpable. ¡Quién no sabe cuán difícil es la instrucción de un proceso criminal en país distante! Y no se diga que por medio de las requisitorias pueden obtenerse las pruebas, las actas del sumario y las declaraciones de los testigos; porque á éstos contestamos que jamás podrán transmitirse la apreciación moral de los hechos y de las circunstancias locales. Las declaraciones orales hechas durante la tramitación del juicio, tienen decisiva importancia; el movimiento espontáneo de un testigo, la turbación que causa una pregunta que no se esperaba, pueden dar lugar á otras nuevas tanto para el fiscal como para el defensor y modificar la opinión del Juez, que es resultado en las causas criminales, de elementos tan varios que la dificultad principal estriba en prepararlos cuidadosamente.

De aquí deducimos que nos parece opuesto á los principios generales en que se apoyan el derecho penal y la jurisdicción criminal, á los intereses de la sociedad y á los derechos de la

defensa, admitir que pueda juzgarse al autor de un delito en donde quiera que se encuentre.

LX. Dicen además nuestros adversarios, que con nuestra teoría llegaría en muchos casos á legitimarse la impunidad. Podría suceder en efecto, que el delito de que se acusa al extranjero no debiese dar lugar á la extradición, ó que el Estado en cuyo territorio se cometió el delito, se muestre indiferente para el castigo y no acepte la oferta de extradición que se le haga. En semejantes circunstancias, ¿deberá vivir seguro entre nosotros el extranjero que se ha enriquecido en otro país con los despojos del ciudadano de otro Estado, ó que se ha manchado con su sangre, y hallar entre nosotros la impunidad si nuestros Tribunales no intervienen nunca?

Responderemos á esta objeción, que al rechazar la teoría de la extradición absoluta, hemos querido combatir la doctrina de esos eminentes juristas que con muy laudable intención, quisieran hacer solidarias á todas las naciones civilizadas, del deber de protección jurídica, solidarias para el mantenimiento de la soberanía del derecho, solidarias de la represión de los delitos, y por tanto, quisieran conferir á los tribunales de cada Estado una jurisdicción vengadora de la moral universal, y derecho para reprimir todo delito que envuelva un atentado á la ley moral (1), donde quiera que se haya cometido.

(1) Las leyes morales y las leyes humanas deben por su objeto y por su fin distinguirse claramente, pues de otro modo no se podría razonar con exactitud sobre los hechos sociales. Serán leyes morales aquellas en conformidad con las cuales deben existir y desarrollarse los seres, teniendo en cuenta su naturaleza tal como debe ser: se considerarán como divinas si se admite que la naturaleza humana es creación divina, y Dios su fin último; pero no este el lugar para tratar de esto. Las leyes humanas gobiernan á los hombres en cuanto á las relaciones sociales que entre ellos existen, conforme á los principios de la justicia humana y á las condiciones históricas y políticas del pueblo para el cual se han hecho. La determinación de la ley moral, es incumbencia de los teólogos y moralistas, que estudian la naturaleza del hombre tal como debería ser, é inquieren el carácter intrínseco bueno ó malo de las acciones. Los publicistas y los juristas se ocupan de las leyes humanas; estudian el modo de aplicar en cada pueblo los principios de la justicia, y cómo deben ser modificados por la política y los acontecimientos, así como las complicadas y variables relaciones de las combinaciones sociales. Es atribución de los poderes constituidos hacer éstas leyes y de la soberanía sancionadas y hacer que por todos se respeten. Según esto, admiti-

Estamos muy distantes dentro de nuestra teoría, de hacer del Estado el asilo de los malhechores extranjeros. Cuando un extranjero que hubiera cometido fuera del territorio un delito contra otro extranjero, viniese á nosotros, nuestro Estado, debería, como ya hemos dicho, ofrecer su extradición al del territorio en el cual se cometió el delito, y esto, no por respeto á las conveniencias diplomáticas, sino por obedecer al deber internacional de todos los Estados, que deben considerarse solidariamente interesados en prevenir la impunidad de los delitos. Para obrar así, debería bastar al gobierno tener conocimiento oficial del delito cometido en el extranjero. Si la oferta hubiese sido rechazada, nuestras autoridades judiciales no deberían permanecer inactivas, ni proteger á un individuo cuya impunidad ofendería la conciencia pública de nuestro país; debería, por el contrario, tener el derecho de expulsarlo, haciéndole acompañar á la frontera. Esta medida no tendría por objeto la salvaguardia jurídica de la moral universal, sino hacer respetar jurídicamente los derechos de la ciudad, hacer observar nuestras mismas leyes de policía, que se verían violadas si no se expulsara al culpable, proteger á la sociedad perturbada por el inmoral espectáculo de un criminal impune y garantizar á los ciudadanos honrados del riesgo de tan peligrosa hospitalidad.

LXI. Hay gran número de escritores muy autorizados, que á fin de resolver la cuestión que examinamos, quieren establecer diferencias notables entre los extranjeros y los naturales. Según ellos, estos últimos como sometidos siempre y en todas partes á las leyes de su patria, deberían ser juzgados por los tribunales de su propio país, aún por los delitos cometidos en el extranjero. Esta teoría tendría según algunos autores, por fundamento la consideración de que la ley penal es personal, de donde resultaría que los lazos que uniesen al ciudadano á la ley de su país, no podrían considerarse como rotos por entrar aquel en territorio extranjero. Según ellos, el

mos que las leyes penales tienen por objeto la protección del derecho, pero queremos hablar de la defensa de los derechos reconocidos en las leyes positivas, es decir, de las leyes tales como se hacen en el estado vario de la sociedad.

legislador puede obligar á sus súbditos á respetar en el extranjero las leyes que protegen la propiedad, las personas y el Estado, y puede llamarle á dar cuenta de sus actos ante sus mismos tribunales cuando viole dichas leyes, así como puede imponerle aún en país extranjero la obligación de ejercer sus propios derechos, dentro de los límites de la capacidad jurídica que legalmente le reconozca, y en determinadas circunstancias puede tachar de nulidad los actos realizados en el extranjero, sin tener en cuenta las prohibiciones de la ley (1).

LXII. Querer asimilar la ley penal á la ley civil no nos parece cosa admisible. El hombre está en todas partes sometido á las leyes que regulan sus derechos civiles, porque estas leyes determinan los títulos, el estado y los atributos de la persona civil conforme á las nociones jurídicas admitidas sobre esto en el Estado á que pertenece el individuo, é independientemente del territorio en el que pueda aquel desplegar su actividad. De aquí se deduce que mientras el individuo pertenezca á un Estado estará sometido á aquellas leyes del país, que regulan los derechos de la persona civil y no podrá sustraerse á ellas más que haciéndose naturalizar en el extranjero.

No puede decirse lo mismo del derecho público ni tampoco de las relaciones jurídicas que de él se derivan. Admitir que

(1) La cuestión fué larga y ardientemente debatida por los jurisperitos de la Edad Media. Negaban unos y reconocían los otros en los Tribunales de la nación, el derecho de juzgar á sus ciudadanos. Farinacius asegura ser la opinión más extendida y general, la última apuntada. (*De inquisitione*, quest; vii, núm. 21.) Pero él mismo cita numerosos autores partidarios de la opinión contraria. Dichos nombres por él citados, ocupan dos páginas de su obra (quest. cit., vi, núm. 20).—Julius Clarus formula su opinión en estos términos: «Negari non potest quia publice interest, ut hi qui origine vel habitatione sunt subditi, recte vivant, et ubicumque delinquam ab ipso etiam preside suo puniantur. Et certo, si secus fieri, magna daretur occasio delinquendi. Quolibet enim scelestus ab delinquendum in alienas provincias properaret, si sciret, se in loco ubi habitat puniri non posse.» (*Recep. sentent.* quaest, 39, núm. 4.) En el mismo sentido, Boerius: Decis. 270.—Decianus: *Tract. crim.*, lib. iv, cap. 16, núm. 1^o.—Corruvarias: *Pract.* quest., cap. 2^o, número 6^o.—Ayrault: lib. i, part. 4^a, núm. 11; ord.; ord. 1670, art. 1^o.—Fousse: t 1^o, pág. 424.—Siegenbeck: *De delictis extra territorii commissis*.—En Italia son sus partidarios: Rocco: *Diritto internazionale privato*, parte 3^a, cap. 32.—Casanova: *Diritto internazionale*, lección 33.—Ellero: *Opuscoli criminali*, p. 320; y más recientemente Pescatore, en la discusión habida en el Senado con motivo del proyecto de Código penal; sesiones del 15 y 17 Febrero 1875.