

que no debería admitirse la espatriacion (1) en el código penal de una monarquía, ni aun en las aristocracias, tratándose del pueblo, sino que en este gobierno debería usarse solamente contra el cuerpo de los magnates ó nobles, reservándose su uso universal para las democracias. Pero no es este el lugar de tratar mas á fondo estas cuestiones. Dentro de poco tendrémos ocasion oportuna para hablar de ellas, bastando por ahora lo que se ha dicho, para disponernos al examen de la relacion que deben tener las penas con los diversos objetos que forman lo que se llama el *estado de una nacion*, y para ver como deben aplicarse al código penal los principios que espusimos en el libro primero de esta obra, acerca de la *bondad relativa* de las leyes. Sobre esto versarán los dos capítulos siguientes.

---

### CAPÍTULO XXXV.

*De la relacion de las penas con los diversos objetos que forman el estado de una nacion.*

PREPARADOS y dispuestos en su orden los materiales de las penas; fijados y esplicados algunos principios

---

(1) Adviertase que cuando digo espatriacion ó destierro de la patria, no es lo mismo que si dijese destierro de un lugar determinado. La espatriacion es el destierro del estado, y el destierro de un lugar determinado es el destierro de un pais. En el capítulo anterior se manifestó el uso que se puede hacer de esta pena.

generales que pueden determinar su uso, es necesario examinar cual es el influjo que deben tener en el sistema penal las diversas circunstancias políticas, físicas y morales de los pueblos, y establecer de este modo los principios de la gran teoría de la relacion de las penas con los diversos objetos que forman el *estado de una nacion*, para generalizar mas nuestras ideas, facilitar su aplicacion, y hacerlas adaptables á las naciones y pueblos que menos semejanza tienen entre sí.

Para proceder con el orden que conviene en una materia tan intrincada, y sin el cual pierden de vista la verdad el autor y el lector, y consumen inútilmente el tiempo, es necesario empezar esta teoría por el examen de los principios que deben determinar el sistema penal que conviene á la infancia de los pueblos, á la niñez de las sociedades; es necesario que arreglando el curso de mis ideas al de las sociedades mismas, se vea como al paso que el cuerpo social se desarrolla y adquiere cierta fuerza y vigor, debe desarrollarse el sistema penal; que la imperfeccion de la primera edad de los pueblos no puede menos de ir unida con la imperfeccion de sus códigos penales (1); que solo en la madurez del

---

(1) Vease lo que se dijo en el último capítulo del libro primero, donde se espusieron los principios generales de la relacion de las leyes con la infancia y con la madurez de los pueblos. No llevará á mal el lector que llame frecuentemente su atencion sobre la unidad de mis ideas y del sistema de esta obra.



cuerpo político pueden adquirir estos códigos la perfeccion conveniente, y que solo la ignorancia de estas relaciones pudo mover á algunos políticos á declamar contra el sistema de los códigos penales de las naciones bárbaras, los cuales, á pesar de sus superficiales invectivas, tienen y tendrán siempre á los ojos del observador filósofo aquella oportunidad que por desgracia no se halla en nuestros códigos, y aquella bondad relativa de que estamos nosotros todavía muy distantes. Hechas estas observaciones, pasaremos desde luego á examinar los principios que dependen de la relacion de las penas con los demas objetos que forman el estado de las naciones llegadas ya á su madurez, y vendremos asi á esplicar toda la teoría fundada en el influjo que deben tener en el sistema penal las diversas circunstancias políticas, físicas y morales de los pueblos.

Aunque la materia es vasta, procuraré reducirme cuanto me sea posible. Por todas partes se me presentan de tropel las ideas; pero dejo á un lado las que son menos necesarias para mi asunto. La historia de todos los tiempos, lugares y pueblos, me ofrece los hechos que las confirman, de los cuales referiré algunos, sacrificando la mayor parte á la brevedad que tan difícil es de conseguir, y poniendo otros en las notas para satisfacer á los lectores mas curiosos, y no fastidiar á los que no lo son tanto. Las ideas generales sobre las relaciones del sistema penal con la infancia y desarrollo de las

sociedades, serán condenadas por unos como muy atrevidas, y por otros como inconexas con el objeto general de esta obra; pero el lector que vé todo el sistema que me he propuesto seguir, y tiene presente la *universalidad* de mi plan (1), las juzgará muy oportunas, ó á lo menos las tolerará considerandolas como el resultado de una meditacion profunda y de una lectura penosa, que hubiera podido suministrar asunto y materiales para una obra muy vasta, cuando yo lo reduzco á muy pocos pliegos.

Todos los pueblos civilizados han sido salvages, y todos los pueblos salvages abandonados á su instinto natural estan destinados á civilizarse (2). La familia es la primera sociedad; y el primer gobierno es el gobierno patriarcal fundado en el amor, obediencia y respeto. La familia se estiende, se multiplica y se divide: muchas familias vecinas forman una tribu, una horda, una sociedad pura-

---

(1) Yo escribo la *Ciencia de la legislacion* para todos los pueblos y para todos los tiempos. Tengamos presente la propiedad de la ciencia, establecida por Aristoteles: *Scientia debet esse de universalibus et æternis*.

(2) Vease el primer capítulo del libro primero de esta obra, donde se espusieron los motivos de la sociabilidad, y donde solo pude observar los extremos, esto es, el tránsito de los hombres desde la natural independencia hasta la dependencia civil, sin indicar los espacios intermedios que fué necesario recorrer para llegar á él. Esta investigacion, que habria sido inútil para el objeto que me proponia en aquel capítulo, es ahora oportuna y aun indispensable para el que me propongo aquí.



mente natural; y sus gefes ó cabezas viven entre sí del mismo modo que las naciones (1).

El *jus majorum gentium*, ó sea el derecho de la *violencia privada* (2), es el único derecho que reina entre las cabezas de estas familias en esta sociedad primitiva. La fuerza ocupa los terrenos, fija sus límites, levanta sus términos ó mojonos, y defiende su posesion. A esta fuerza se confia la *tutela* de los bienes, de la persona y de los derechos naturales. La jurisprudencia *formularia* introducida en las sociedades civiles no es mas que un símbolo ó imágen de lo que se practicaba en aquel estado, y de lo que practican los pueblos que se hallan todavía en las mismas circunstancias. Lo que hoy

(1) Estos eran los ciclopes de Homero, este era su Polifemo, segun refiere Platon, el cual vé el origen de las dinastías en el gobierno familiar (*Plat. de legib. lib. XI*); y estos eran los primeros *patriarcas* ó sean *padres principes* de la historia sagrada. Siendo soberanos independientes en su familia, ejercian un imperio monárquico asi en las *personas* como en las *adquisiciones* de sus hijos, á los cuales por esta razon llama Aristoteles (*Polit. lib. I*) *animata instrumenta parentum*; y en las tablas decenvirales se les da el nombre de *REI SUÆ*, como se observa en el fragmento tan conocido: *Uti paterfamilias super pecunia tutelave rei suæ legassit, ita jus esto*. El *jus vite et necis* sobre los hijos, conservado por las mismas tablas á los padres de familia, y el derecho del *peculio*, que ha durado mucho mas tiempo, son consecuencias de esta potestad primitiva.

(2) Vease el apéndice de este capítulo, donde se presentará evidentemente demostrada esta idea, que no podria ilustrarse aquí sin distraer demasiado la atencion del lector.

está reducido á nombres, fórmulas y signos, eran entónces actos reales (1). Las cabezas de estas familias terminaban sus controversias con las armas en la mano, ni habia mas decision que el éxito del

(1) Quizá por esta razon los llamaba Justiniano *juris antiqui fabulas*: y en efecto el *Jus Quiritium* de los Romanos no contenia, como lo demuestra el célebre Vico, mas que lo que se practicaba en el antiguo estado de la independencia natural, en que *homines ex leges* (estas son sus propias palabras) *quidque sua manu rapiebant*, usu capiebant, *vi tuebantur, suum usum, seu possessionem rapiebant, et sic vi sua reciperabant: unde erant mancipia res verè manu captæ, nexi debitores verè obligati: verè Mancipationes, Usucapiones, Vendicationes; uti uxores usurariæ, quæ in possessione erant, non in potestate virorum, trinotium usurpabant, hoc est, tres perpetuas noctes usum sui rapiebant viris, ne in eorundem manum, seu potestatem anni usucapione transirent. Judicia duella erant, sive singularia certamina inter duos aequales, quia tertius non erat judex superior, qui controversias. vi adempta dirimeret. Vendicationes per veram manum conserationem (manus enim conserere pugnare est) peragebantur: et vindiciæ erant res verè per vim servatæ. Actiones autem personales erant verè conditiones. Per veras autem conditiones creditores cum debitoribus, qui aut inficiarentur debitum aut cessarent, obtorto collo tractis suam condibant, seu simul ibant domum, ut ibi operis suis nervo nexi debita exsolverent, etc... Hoc jus majorum gentium primi rerumpublicarum fundatores in quasdam imitationes violentiæ commutarunt; ut mancipatio, qua omnes ferme actus legitimi transiguntur, liberali nexus traditione (era este el nudo fingido, con cuya entrega se representaba la tradicion civil) usucapio non corporis adhesionem perpetua, sed possessione principio quidem corpore quæsita, deinde solo animo conservata, usurpatio non usus rapina quadam, sed modesta appellatione, quam vulgo nunc citationem di-*



combate. *Juzgar* y *combatir* eran entonces sinónimos (1). Con la misma mano con que defendían sus derechos, vengaban sus agravios.

En este orden de cosas se ha de buscar el origen de la *clientela*. No todos tienen la fuerza, ó lo que es lo mismo, la virtud (2) que se requiere

---

*cunt*; obligatio non ultra corporum nexu, sed certo verborum ligamine, vindicatio per simulatam manuum conserctionem et vim, quam Gellius appellat festucariam (este el terron del campo, que se presentaba al juez con la fórmula de la reivindicacion: *Ajo Hunc Fundum Meum Esse Ex jure Quiritium*, que mientras duró el *ius arcanum*, se espresó con las solas letras iniciales); *tandem, ut alia omittam, conditio, sive actio personalis non itone creditoris cum debitore, vel cum re debita, vel cum re alia, sed sola denunciatione peragebatur (unde conditiones postea dictæ sunt conditiones, quia denunciare prisci dicebant condicere*. Me he tomado la libertad de reunir aquí varios pasages que se encuentran separados en las obras de este profundo escritor, para ilustrar una verdad que no me parece muy conocida. El que quiera cotejarlos, lea su obra intitulada: *De uno universi juris principio et fine uno, liber unus, cap. 100, 124 y 135*; la que publicó con el título: *De constantia jurisprudentis, part. II, cap. 3*; y finalmente, su *Nueva ciencia, lib. IV, p. 432, 439, 480 y 483 de la tercera edicion de Nápoles*.

(1) Como lo indica la etimología misma de la voz. *Κρινω* significaba entre los Griegos combatir y juzgar. *Decernere*, era entre los Latinos lo mismo que *caedere finire*; y así se decia *decernere armis*. La misma voz se aplicó á los juicios, porque al principio no eran estos mas que unos combates.

(2) Vease la nota del capítulo XI de la primera parte de este libro.

para esta propia *tutela*. Los mas débiles buscan el patrocinio de los mas fuertes; ceden á estos una parte de su independencia natural, y ellos les ofrecen en cambio la tutela de sus derechos, y los medios de su subsistencia. He aquí los *fámulos* ó *servientes* de los héroes de Homero (1); los *clientes* de los tiempos *heroicos* de los Romanos (2); los *ambactos* de los tiempos *heroicos* de los Galos (3); y los *homines* ó *vassalli rustici* de los tiempos *heroicos* mas inmediatos á los nuestros (4).

---

(1) Los llama *δρησῆρες* en la Odisea, lib. XVI, vers. 248, y en otros muchos lugares. Los Griegos se servían de la voz *δραλοο* para espresar los criados esclavos que se hicieron mas adelante con las conquistas. *Δραστηρ* ó *δρησῆρ* era el débil que buscaba asilo en el mas fuerte para huir los riesgos á que le esponia su situacion. En efecto, *δραμα* significa lo mismo que *fugio*.

(2) Vease á Vico, *Nueva ciencia*, lib. I, p. 65, 66, y p. 95 y 96; Dignidad LXX y LXXIX, y la obra del mismo autor, intitulada: *De universi juris principio uno, et fine uno, cap. 104*, donde demuestra con la mas vasta erudicion, y confirma en otros muchos lugares de sus obras, haber sido este el origen de la clientela de los Romanos.

(3) Vease á Cesar, *lib. VI, comm. de bell. Gallico, c. 15*.

(4) En los tiempos *heroicos* de Grecia se llamaban tambien *hombres* los plebeyos, á diferencia de los nobles que se llamaban dioses ó hijos de los dioses; de lo cual nos presenta Homero muchos ejemplos. Esta es una de las infinitas pruebas que nos demuestran que renovándose las mismas circunstancias, vuelven las mismas ideas, y se observan los mismos fenómenos. Vico hace ver que estos *homines*, ó sean siervos rústicos, tomados de los tiempos *heroicos*, no eran en su origen mas que los primeros



En este estado se conserva todavía en la mayor estension la natural independencia entre las cabezas de las familias, como que se consideran y son aun perfectamente iguales entre sí.

¿Se manifiesta la necesidad de defenderse de otra tribu vecina, ó se escita en una cabeza de estas familias la ambicion de sojuzgarla? convida á los demas á que le acompañen en su expedicion. Aceptan la invitacion todos ó parte de ellos, y seguidos de sus clientes acompañan á su caudillo (1). Si el éxito de la guerra es igual por ámbas partes, permanecen las cosas en el antiguo estado. Pero si una tribu sojuzga á la otra, como debe suceder despues de algun tiempo, entónces el vencido es esclavo del vencedor. Sus bienes, sus tierras y los individuos de la tribu se dividen entre los vencedores. El pais es gobernado por un gefe, por sus compañeros, y por los soldados que representan la parte libre de la nacion, miéntras que todo lo demas queda sujeto á la atrocidad y á la humillacion de la esclavitud. El gefe es el caudillo que condujo la expedicion; los compañeros son los patricios, ó las cabezas de las familias que le acompañaron; y los soldados son sus clientes. Al cau-

---

clientes de los Romanos. Vease su *Nueva ciencia*, lib. IV, pág. 495 hasta 510; y *De uno universi juris principio*, etc. cap. 129.

(1) Esto es lo que segun las historias de todas las naciones ha' sucedido siempre en las circunstancias de que hablamos.

dillo se le señala una parte del territorio y de los bienes del vencido; la otra se divide igualmente entre los compañeros, y estos subdividen la suya entre sus clientes.

Aquí empieza el *estado de barbarie*, que siendo el exordio de la *sociedad civil*, dista todavía mucho de su perfeccion. La desigualdad de bienes y el hábito de la subordinacion militar destruyen una parte pequeña de la independencia natural, pero dejan la otra en toda su estension.

El caudillo, el Rey, ó como queramos llamarle, es mas fuerte que cada patricio; pero reunidos estos son mucho mas fuertes que él. Del mismo modo, cada patricio es mas fuerte que cada uno de sus clientes; pero reunidos estos son mucho mas fuertes que él. Esta desigualdad reciproca de fuerza y debilidad conserva en este estado aquella gran parte de independencia natural, de que acabamos de hablar. Observandola por el único aspecto que interesa á nuestro objeto, se manifiesta y debe manifestarse en toda su estension en el sistema penal.

Un senado débil y tumultuoso, compuesto de los patricios y del Rey, ejerce una parte pequeña y casi invisible del poder legislativo; pero el ejecutivo y particularmente el ejercicio del derecho de castigar, ó sea de la venganza personal, ha de quedar aun mucho tiempo en manos de los individuos. Se halla este estado demasiado inmediato al de la independencia natural, para que pueda obtener la cesion de un derecho tan precioso. Es



preciso que subsista aun esta parte del *jus majorum gentium*, pues solo puede irse destruyendo de un modo insensible. Asi, pues, se debe principiar por hacer en ella algunas modificaciones, y establecer ciertas formalidades que deban acompañarla (1). Pero la venganza de la ofensa continúa siendo su motivo, y el único objeto de la pena. El cuerpo social no toma parte alguna en los atentados entre individuos.

*En este estado de cosas*, dice Aristoteles (2),

(1) Con estas formalidades se debe tratar de precaver cuanto sea posible el abuso en el ejercicio de este derecho. Dejo al lector la aplicacion de esta teoria á los hechos que nos muestran que lo que yo digo que debería hacerse, es puntualmente lo que hicieron los pueblos constituidos en estas circunstancias. Creo que la voz *quiritare* de los Romanos, aplicada en los tiempos civiles á algunas acciones judiciales, estuvo destinada en su origen, esto es, en aquellos tiempos primitivos en que se hallaban los mismos Romanos en el primer periodo de barbarie que hablamos, á indicar una de estas formalidades. Antes de llegar el ofendido á tomar venganza, debía *quiritare*, esto es, llamar y anunciar á los patricios, que ya entonces se llamaban *quiries*, la ofensa que habia recibido, y la venganza que queria tomar de ella.

Refiere Homero una formalidad semejante observada entre los de Itaca, los cuales, segun la descripcion que hace de ellos, se encontraban en el grado de barbarie que aquí se supone. Ofendido Telemaco de los robos que los amantes, ó sean los patricios, hacian continuamente en sus ganados, los convoca, y despues de manifestarles los agravios que le habian hecho, y de interesar á los dioses en sus quejas, dice: *Impunè deinde intra domum vos occidam*. Odyss. II, vers. 145.

(2) Aristot. *de Republica*, lib. III. Debe pasar mucho

*no puede haber leyes penales para castigar los agravios, y defender los derechos privados;* siendo la falta de estas leyes la que dió lugar á que los poetas y los historiadores llamasen aquellos tiempos, *tiempos de inocencia y siglos de oro*. Creyeron que no habia leyes penales, porque no habia delitos. Pero las leyes son entonces los brazos, la lanza y la espada del ofendido. Estos son los vengadores de sus agravios y los conservadores de sus derechos, en los cuales, como se ha dicho, no toma parte alguna el cuerpo so-

tiempo ántes que el cuerpo social pueda tomar parte en las ofensas privadas. El primer caso de esta especie, que nos refiere la historia romana, sucedió en tiempo de Tulo Hostilio, con motivo de la muerte de *Horacia*. Homero nos hace ver que en la época de la guerra de Troya, el Griego homicida no estaba obligado á permanecer fuera de su patria sino hasta el momento en que se diesen por satisfechos los parientes del muerto, en cuyo caso quedaba libre de todo riesgo y de toda pena. (*Vid. Feith. Antiq. Rom. lib. II, c. 8, p. 187.*) Por consiguiente, el derecho de castigar estaba entonces entre los Griegos en manos de los particulares. Entre los Germanos se conservaba aun en toda su estension el derecho de la venganza personal en los tiempos de Tacito, esto es, mas de dos siglos despues de haber pintado Cesar sus costumbres, y de haber tenido aquellos pueblos muchas ocasiones de conocer y tratar á los Romanos. *Suscipere tan inimicitias sui patris, seu propinqui, quam amicitias necesse est; nec implacabiles durant. Luitur enim etiam homicidium certo armentorum ac pecorum numero, recipitque satisfactionem univarsa domus, utiliter in publicum, quia periculosiores sunt inimicitiae juxta libertatem. Tacit. de morib. German. cap. XXI.* Vease tambien el capítulo VII de la misma obra.



cial. Si el ofendido perdona al ofensor, ya no tiene este por que temer. Los únicos delitos en que se ejerce el *jus minorum gentium*, ó el *derecho de la violencia pública* (1), son los delitos de *estado*; y estos, en semejante sociedad, son solamente los delitos *religiosos* (2). La supersticion, cuyo auxilio imploraron los gefes de estas sociedades para suplir la debilidad de los vínculos sociales, conserva en cierto modo el órden público con el socorro que suministra la teocracia. Todo lo que es público, ó de derecho público, es objeto de la inspeccion ó del patrocinio de una deidad. Por consiguiente, los atentados contra el público son delitos contra la divinidad, á la cual es necesario aplacar. La pena son las preces ó las súplicas públicas (*supplicium*) (3), la víctima el

(1) Vease el apéndice á este capítulo, donde se hallará la distincion entre el *jus majorum gentium*, y el *jus minorum gentium*.

(2) *Ne quid inaugurato faciunt. Ne quis nisi per portas urbem ingreditor, neve egreditor: moenia sancta sunt.* He aquí dos leyes reales de los Romanos, que se han conservado hasta nuestros tiempos. Añadase á esto la reflexion de que el primer uso que hallamos haberse hecho en Roma de la pena del *Culeo* durante la dominacion de los reyes, fué *adversus deorum violatores*. *V. Valer. Max. lib. I, cap. 1, num. 13.*

(3) De aquí se llamaron las penas *supplicia*, porque en su origen no eran mas que unas súplicas dirigidas á los dioses. Asi las consideraron los Germanos (*Tacit. De morib. German.*), y los Galos; *Cæs. comment. de bell. gall. lib. VI, cap. 15.*

delincuente (*sacer esto*) (1), los jueces y ejecutores ó verdugos los sacerdotes, á quienes la opinion pública da aquella fuerza que falta al go-

(1) *Sei. Quis. Terminom. Exarsit. Ipsos. Boveis. Que. Sacrei. Sunto.* Este es un fragmento de una ley real del código Papiriano, referido por Fulvio Ursino en las notas al libro *De legibus et senatusconsultis* de Antonio Agustin. Tenemos otros fragmentos semejantes, de que no hacemos mencion por no alargarnos demasiado. Las leyes de las XII Tablas conservaron despues esta expresion antigua en las condenaciones á pena capital, y aun en algunos casos espresaban el nombre de la divinidad á que era inmolado el delincuente. En ellas encontramos consagrado á *Jupiter* al que habia violado á un tribuno de la plebe; á los *Dioses de los padres* al hijo impio; y á *Ceres* al que habia quemado las mieses de otro. Estas no son mas que unas consecuencias de las costumbres antiguas y primitivas nacidas de la necesidad, y conservadas luego por el uso. Haré sobre esto una reflexion, y es que me parece que en esta institucion se encuentra el verdadero origen de los sacrificios humanos, tan comunes entre las naciones bárbaras. La feroz supersticion de inmolar á la divinidad un hombre, como se le inmolaria un macho cabrío ó un buey, debió estar limitada á muy pocos pueblos, y mas bien cuando llegaron á depravarse que cuando se hallaban en la infancia. Los sacrificios humanos, comunes á la mayor parte de los pueblos en su infancia, no hubieron de ser mas que los sacrificios de los malvados, de los cuales acabamos de hablar; y en efecto, los reos á quienes se quitaba la vida bajo este aspecto religioso, eran ántes *execrados*, *escomulgados*, *entregados á las furias*; y estos eran los *divis devoti* de los Latinos, y los *αναθηματα* de los Griegos. Esta costumbre, que parece supersticiosa y feroz, fué comun á diversos pueblos, porque lo fué tambien su necesidad en las circunstancias políticas en que la hemos fijado.



bierno (1). Su autoridad no humilla la fiereza del bárbaro, el cual, al paso que aborrece la dependencia de los hombres, está muy dispuesto á re-

---

(1) Hallamos en casi todas las naciones bárbaras, en la época de su barbarie de que hablamos aquí, la judicatura unida al sacerdocio en los delitos que se referían á la divinidad. Vease á Dionisio de Alicarn. lib. II; á Estrabon, lib. IV; á Platon, *de Legib.* lib. VI, y lib. VIII, *init.*; á Justino, lib. XI, cap. 7; y el precioso pasage de Tacito, *de morib. German.* cap. 7, que dice: *Cæterum neque animadvertere, neque vincire, neque verberare quidem nisi sacerdotibus permissum, non quasi in pœnam, nec ducis jussu, sed velut Deo imperante, quem adesse bellantibus credunt.* Entre los Galos eran los *Druidas* jueces y verdugos á un mismo tiempo. Vease á Cesar, *Comm. de bell. gall. lib. VI, cap. 15.* Quizá procedió de este mismo principio, que en algunas monarquías de Asia haya continuado siendo un cargo honroso el de verdugo, con el título de *gran sacrificador*, como se ha observado en otra parte; y este es sin duda el motivo por que en todos los gobiernos bárbaros ha estado siempre el sacerdocio en el cuerpo de los patricios, y el gefe ó el Rey ha sido casi siempre el sumo sacerdote: *Patres sacra magistratusque soli peragunto, ineuntoque. Sacrorum omnium potestas sub regibus esto. Sacra Patres custodiunto.* (*Lex Regia*) *Vid. Dion. Halic. lib. II.* Haciendo Aristoteles en los libros de política la division de las repúblicas, cuenta entre ellas los reinados heroicos, en los cuales, dice, *los reyes dictaban las leyes dentro de sus estados, dirigian la guerra fuera de ellos, y estaban á la cabeza de la religion.* (*Polit. lib. 3, edit. cum Petr. Victor. p. 261 y 262.*) En efecto, el primer rey que separó en Grecia el cetro del sacerdocio, fué Erecteo. (*Vid. Apollod. lib. III.*) Los reyes de Roma fueron tambien *reyes de las cosas sagradas* (*Reges sacrorum*); y así es que, aun despues de la espulsion de estos, se dió el mismo nombre al gefe de los faciales. En

conocer la de los dioses. Estas ejecuciones de la pena, juntamente con las causas que diéron lugar á ellas, se conservan en el cuerpo del sacerdocio por medio de una tradicion que se oculta al pueblo. Por eso las leyes penales se llamaron *ejempla*, y el derecho que las contenia se llamaba *jus arcanum* (1).

Volvamos á los delitos contra los particulares. Hemos dejado el ejercicio del derecho de castigar en manos del ofendido, y no hemos hecho mas que obligarle á algunas formalidades. Este primer paso, que en realidad es muy pequeño, es y debe ser seguido de otro despues de algun tiempo. La venganza obra con el mayor impetu en los bárbaros, en los hombres que no estan aun civilizados. En el primer instante no conoce límites; y así, obligar al ofendido á que interponga alguna dilacion en el ejercicio del derecho de castigar, es lo mismo que debilitar la fuerza de su pasion, y evitar en gran parte sus excesos. He aquí lo que en

---

fin, hallamos los restos de este mismo espíritu en la consagracion de los Reyes, ejecutada en los tiempos bárbaros que sobreviniéron despues. Sabemos que Hugo Capeto hacia que se le llamase *conde y abad de Paris*; y tenemos en los *Anales de Borgoña* escrituras antiquísimas en que muchos Príncipes de Francia se intitulaban comunmente *condes y abades*, ó *duques y abades*.

(1) Vease sobre esto á Vico, *de uno universi juris principio, et sine uno, lib. un. cap. 167 et 168*; y la *Nueva ciencia, lib. I, Dignidad 92.*



este estado de cosas debe prescribir la autoridad legislativa, y lo que prescribió efectivamente (1).

Este establecimiento trae otra ventaja, porque como en este estado de cosas el único objeto de la

(1) Sin recurrir á la historia de los tiempos bárbaros mas inmediatos á los nuestros, que podría dar mucha luz á esta verdad, y en que supongo mas universalmente instruidos á mis lectores, encuentro en la barbarie mas remota, en los *tiempos heroicos* de los pueblos antiguos, una prueba de ella que me parece no debo pasar en silencio. Entre todos los pueblos bárbaros hallamos la institucion de los asilos anterior á la de las leyes penales, esto es, en aquellos tiempos en que el ejercicio del derecho de castigar estaba todavía enteramente en manos de los individuos. En Eurípides vemos á Andromaca refugiada en el templo de Tetis (*Androm. act. I*). Vemos que en la tragedia de *Hecuba* se aconseja á Polixena que se refugie en los templos y cerca de los altares para evitar la muerte, *abi ad templa, abi ad altaria, etc.* (*Eurip. Hecub.*) Vemos en Homero, que Femio busca en el ara de Jupiter un asilo contra Ulises (*Homer. Odys. XXII*). Vemos á Priamo refugiado en el ara de Jupiter Hereco, despues de la toma de Troya (*Pausanias in Corinthiacis*); y en el Edipo Coloneo de Sofocles, vemos que Edipo se refugia en el bosque de las Eumenidas, ademas de otros mil ejemplos que omito por no ser prolijo. Reflexionando sobre esta institucion universal de los tiempos heroicos, busco su causa, y veo que no podía tener otro objeto en los tiempos de que se trata, sino el de librar al ofensor de los primeros impetus de la venganza del ofendido, y dejarle un espacio de tiempo en el cual pudiese buscar los medios de aplacarle con dones, con ofertas, con ruegos, etc. ó que bastase, sino para destruir, á lo menos para entibiar el impetu de la ira, y precaver los excesos de la venganza. El temor de incurrir en la pena del *sacrilegio*, que en aquel estado de la sociedad debía ser, como acabamos de observar, un delito público, porque era un de-

pena es la venganza del ofendido, y está en su mano el derecho de vengarse, de perdonar ó de transigir, se sigue que cuando se le obliga á esta dilacion, es muy fácil que templandose su ira con el tiempo, se aplaque mediante una prestacion que le acarrea una ventaja mas real. Para dar á este establecimiento el apoyo de la fuerza, se concede al ofensor un garante para que le defienda de la ira del ofendido, mientras dura el intervalo que debe mediar entre el delito y la pena, entre la ofensa y la venganza. El *patricio*, el *señor* es el garante de su *cliente*, de su *hombre*, si es este el ofensor; y el Rey, el jefe de la nacion, es el garante del *patricio*, del *señor*, si es este el delincuente. Cuando se verifica la *composicion*, despues de pagar el ofensor al ofendido el precio estipulado, debe pagar á su garante los gastos de la custodia (1). He aquí

lito cometido contra los dioses, debía alejar al ofendido de todo atentado contra su ofensor, mientras este permaneciese en el asilo, el cual no podia menos de ser muy penoso para un bárbaro, que aprecia sobre todas las cosas la libertad personal. Considerado pues el asilo bajo este aspecto, no era mas que un intervalo entre la ofensa y la venganza, ó una tregua, durante la cual podia estipularse la paz, ó evitarse parte de los males de la guerra. Me sirvo de esta espresion, porque no es posible suponer que en el estado de barbarie se resolviese ningun hombre á estarse perpetuamente en un templo, por evitar la venganza del ofendido. Este esfuerzo no podia ser mas que *ad tempus*; y por eso le considero como un simple intervalo ó dilacion.

(1) *Tacit. de morib. German.*



el origen del *fredum* de los tiempos bárbaros mas inmediatos á los nuestros (1).

Este segundo paso facilita con el tiempo otro mucho mas eficaz. Hasta ahora ha sido necesario dejar al arbitrio del ofendido la estension de la pena y la cantidad de su redencion. En efecto, ¿como hubiera sido posible prescribir al hombre arrebatado de ira un límite á su venganza, cuando esta podia seguirse inmediatamente á la ofensa?; Y como se habria limitado la redencion, sin limitar ántes la venganza?

Era pues necesario disponer al *bárbaro* á esta doble operacion, obligandole á dejar pasar cierto tiempo ántes de poder ejercer su derecho en el ofensor: y como la dilacion de que se ha hablado evita los excesos de la venganza, al paso que facilita la *composicion*, abre el camino á la autoridad legislativa para dar otro golpe, mucho mas fuerte

(1) Vease á Dufresne, *Glossar. voce fredum et faida*. Esta era la suma que percibian el ofendido y sus parientes, y aquel el precio que se pagaba al garante por la custodia. Se conservó despues este mismo derecho, aun cuando era diverso su objeto, esto es, cuando no era ya necesaria la custodia del ofensor, porque se habia privado á los particulares del derecho de la venganza, ó sea del ejercicio del derecho de castigar. No se hizo mas que establecer los casos en que se debia pagar el *fredum*, lo que sucedia cuando habia ofensa. El mal que se hacia sin voluntad no estaba sujeto al *fredum*. Vease el código de los *Ripuarios*, tit. 70 y 46; el de los *Longobardos*, lib. I, cap. 31, § 3; la ley *sálica*, tit. 28, § 6; y las fórmulas 2, 3, 4 y 17 del lib. I de Marculfo.

que los dos primeros, á esta parte de la independencia natural, fijando la estension de la pena y la cantidad de la *redencion*. Se establece pues el talion, y por él se arregla el valor de la multa.

Esta pena del talion, tan criticada por nuestros criminalistas que solo saben fijar la vista en los objetos que los rodean; esta pena que debe ser destruida del código de toda nacion que ha llegado á su madurez (1), es sin embargo, en el estado de la sociedad de que hablamos, la institucion mas sabia y la mas oportuna para sus circunstancias políticas.

En efecto, la vemos establecida en todos los pueblos que se hallaron ó se hallan en este estado (2); y si Locke mismo hubiese de proponer un sistema penal para un pueblo que se hallase en el grado de barbarie en que nosotros le suponemos, estableceria el talion, como le estableció Pitagoras (3),

(1) Hablo del talion *in genere*, y no del que ha sido adoptado por la sancion penal en algunos casos. Este último puede convenir aun á los pueblos que han llegado al mayor grado de madurez; y nosotros le hemos propuesto, á ejemplo de Roma, por pena de la calumnia; pero el primero conviene solamente á los pueblos que se hallan en aquel período determinado de barbarie.

(2) Los Europeos que han encontrado algunos pueblos de América en aquel grado preciso de barbarie de que hablamos, han visto establecido en ellos el uso del talion del modo que le hemos propuesto. Vease el *Viage de Coreal*, tom. I, pág. 208; el de *J. de Lery*, pág. 271; y la *Historia general de los viages*, tom. IV, pág. 324 y 325.

(3) Aristoteles en su *Ética* llama al talion *justo pitagórico*, porque le estableció Pitagoras en la Grecia magna, habiendola hallado precisamente en el estado de barbarie de que se trata.