

y como le establecieron nuestros bárbaros padres. Veamos sus ventajas.

Fijado el talion como medida de toda pena, y establecido al mismo tiempo el valor de la redencion que le corresponde en los diversos casos, ó á lo menos en los mas frecuentes, se da al pueblo la primera idea, aunque imperfecta, de la proporcion de la pena con el delito, y de la *composicion* con la pena.

A esta primera ventaja se agrega otra mucho mayor. El que no puede soltar libremente la rienda á su venganza, ni hacer mas daño á su ofensor que el que recibió de él, deja con gusto á otro el cuidado de castigarle, y de vengar el agravio recibido, cuando no se determina á aceptar la conmutacion pecuniaria. El poder legislativo puede y debe aprovecharse entónces de esta disposicion que se ha ido formando insensiblemente en el pueblo, para convertir la *violencia privada* en *violencia pública*, para arrancar de las manos de los particulares el ejercicio de castigar, y conferirle á una magistratura análoga á las circunstancias políticas en que se encuentra entónces la nacion.

El patricio juzgará y castigará entónces como magistrado á su cliente ofensor; y el Rey juzgará y castigará como magistrado al patricio delincuente. He aquí el estado en que halló Ulises á los Feacios (1). He aquí lo que sucedió en Roma en tiempo

(1) Homero, aquel grande historiador de la barbarie,

de los últimos Reyes (1); y lo que sucedió igualmente en las naciones bárbaras mas inmediatas á

aquel poeta que ofrece al filósofo los materiales para observar los diversos estados por los cuales deben pasar los pueblos para llegar al estado civil, nos muestra á los Feacios en este último periodo de barbarie de que hablamos, y nos pinta en pocas palabras su forma de gobierno. Doce Reyes, ó sean patricios, gobernaban la plebe (*δημοι*) dividida en diferentes barriadas ó tribus, y el décimotercio Rey (*Alcinoos*) juzgaba á los doce Reyes inferiores ó sean patricios. En el discurso que atribuye á Alcinoos, se sirve de estas palabras:

*Duodecim enim in populo præclari reges
Principes imperant, tertiusdecimus autem ego ipse.*

Homer. *Odyss.* lib. VIII, v. 390 y 391. Para confirmarse en mi sistema, basta leer toda la narracion que hace con este motivo.

(1) Por este medio acabó Tarquino con gran número de patricios. Hay un argumento fortísimo de que el Rey en este último periodo del reinado heroico de los Romanos juzgaba á los patricios, y es que despues de la espulsion de los Reyes pasó esta prerogativa á los cónsules, los cuales heredaron gran parte de los derechos de los Reyes. Bruto hizo uso de ella para castigar á los partidarios de Tarquino y á sus propios hijos. Hemos observado en otra parte que la ley Valeria fué la primera que moderó esta perniciosa prerogativa, abolida despues enteramente por las leyes de las doce Tablas. Es verdad que en estas leyes se habla en general de ciudadano de Roma; pero demostraremos muy pronto en otra nota que entónces no podian entenderse por ciudadanos sino los nobles. Por consiguiente, el derecho que los cónsules heredaron de los Reyes para juzgar de la vida de un ciudadano, era el de juzgar á los patricios. Tenemos tambien varios argumentos de que los patricios juzgaban como magistrados á los clientes que componian la plebe. Así lo prueba el citado fragmento de la ley real *Patres sacra magistratusque soli peragunto, ineuntoque*; y el que impone una fuerte pena al patricio que abuse de

nuestros tiempos, cuando se hallaron en aquel grado de barbarie que se acerca mas al estado civil (1).

Aquí empieza el *jus scriptum*; y la ley escrita en este estado de cosas no es mas que la *tarifa* de los precios con que se deben componer ó transigir las diversas especies de ofensas (2). Al determinar estas *sumas*, no puede entónces la ley desenten-

este derecho: *Si patronus Clienti fraudem fecerit, sacer esto*. Este último fragmento nos le conservó Servio comentando el verso del sexto libro de la Eneida que acaba: *Aut fraus innexa Clienti*. Es tambien muy verosímil que la repartición ó división que en tiempo de los últimos Reyes se hizo de la plebe en varias tribus, tuviese el objeto de distribuir la jurisdicción de cada patricio en su clientela, sobre cuyos individuos debía ejercer el poder judicial en los juicios familiares. Son muchos los argumentos de que podría valerme para probar esta conjetura; pero los omito en obsequio de la brevedad.

(1) Son tan notorias las jurisdicciones señoriales en este último periodo de barbarie, que seria inútil todo documento relativo á este objeto, pues solo podría dudar de ellas el que ignorase enteramente la historia. Por lo que hace al derecho del Rey para juzgar á los patricios, ó sean los *Proceres* ú *Optimates*, como los llaman los códigos de estos pueblos, no sé como ha habido quien dude que el Rey, asistido de su consejo privado, no solo tuvo este derecho, sino que le ejerció. Las leyes, las fórmulas y los historiadores de aquellos tiempos evidencian esta verdad. Vease á Gregorio Tur. lib. VI, cap. 32 y 35, y lib. X, cap. 18 y 19.

(2) Veanse todos los códigos bárbaros en la *Colección de Lindenbrogio*, y particularmente el *Código de los Longobardos*, lib. I, tit. 6, § 3; el de los *Frisones*, tit. 5 y sig.; el de los *Borgoñones*, tit. 5, 10, 11, 12; el de los *Alemanes*, tit. 58, § 1 y 2; la *ley sálica*, tit. 19, 21, 31, 61; y la historia de Gregorio Turonense, libro IV, cap. 28.

derse de la desigualdad de condiciones entre patricios y clientes, y entre clientes y siervos. Se determina pues la cantidad de la composición por la condición del ofendido, por la del ofensor, y por la naturaleza de la ofensa (1). Hay aun mas.

Las concausas morales y políticas que aproximaron el pueblo á la civilización; la consentida privación del ejercicio del derecho de castigar y de la venganza natural; el lento, pero sensible progreso de las costumbres, y la disminución de la ferocidad, que debió resultar necesariamente del hábito de vivir juntos, y de la reciprocidad de los oficios sociales, pusieron á la autoridad legislativa en estado de poder establecer este sistema penal bajo un aspecto muy diverso del antiguo. Ya no está en mano del ofendido elegir entre el talion y la *composición*. La pena pecuniaria es la pena ordinaria, y la extraordinaria es el talion. Cuando el delincuente ó el ofensor no quiere ó no tiene con que pagar el precio fijado para la composición, se le condena al talion; y la facultad de elegir la pena está, por decirlo así, en la persona del ofensor, y no en la del ofendido (2). Muchas son las ventajas

(1) Veanse los citados títulos del *Código de los Borgoñones*, y ademas de estos los títulos 26, 30, 33, 48, y la *ley sálica*, en algunos de los títulos citados, y en el 37, 41, 45, art. 6, 7 y 8. Con este código estan conformes los demas.

(2) Hablando Gelio de la ley real, que se insertó despues en las tablas decenvirales (*si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto*), nos hace ver que en aquel

de este método; pero las principales son dos: la primera, acabar de destruir el antiguo derecho de la venganza personal; y la segunda, evitar gran parte de los vicios inherentes al talion, que en este estado de cosas no se puede abolir todavía, pero conviene modificarle.

Si comparamos este último período de barbarie con el primero, hallaremos que se ha corrido un espacio inmenso. Ya no existe la venganza personal; no es indeterminada la pena; no es arbitraria la composición; no está en mano del ofendido el talion ó la multa; hay jueces y leyes; hay un código escrito, y magistrados que le aplican á los diversos casos.

Este sistema, muy imperfecto en sí mismo, pero el mejor que permiten las circunstancias en que suponemos la nación, debe producir necesariamente un gran mal con el transcurso del tiempo, y este mal debe producir después un gran bien. La autoridad de juzgar y castigar, concedida al Rey para los patricios, y á los patricios para con los

tiempo, el cual corresponde al período de barbarie de que hablamos, estaba en mano del ofensor y no del ofendido elegir entre el talion y la composición. *Reum* (dice) *habuisse facultatem paciscendi, et non necesse habuisse pati talionem nisi eum elegerisset.* (Vease á Gelio, lib. XI, cap. 1, y á Sigon. *de judiciis*, lib. II, cap. 3.) En los códigos de las naciones bárbaras que se sucedieron después, se halla generalmente establecido este método: y así es que el talion se imponía solamente cuando el reo no quería, ó no tenía con que pagar el precio de la composición. Vease entre otras la ley sálica, en el tit. VI.

clientes, unida á las demas prerogativas de su condicion política, está colocada en manos demasiado fuertes, para que con el tiempo no llegue á causar graves desórdenes. O el Rey se servirá de este instrumento para oprimir á los patricios, ó los patricios para oprimir á los clientes. En el primer caso, la opresion armará á los patricios contra el Rey, y en el segundo armará al cuerpo de los clientes, ó sea á la plebe, contra los patricios. En el primer caso, se unirán los patricios á la plebe para espeler al Rey; y en el segundo, se unirá la plebe al Rey para oprimir á los patricios. En el primer caso, se fundará la aristocracia, como sucedió en Roma (1); y en el segundo, la monarquía, como ha sucedido en las naciones de Europa.

(1) Es un error creer que Bruto instituyó en Roma la democracia. Si, después de la espulsion de los Tarquinos, decayó el sistema antiguo de la *clientela*, no por eso obtuvieron parte alguna en el gobierno los individuos que la formaban, y componian el cuerpo llamado plebe. Continuaron por algun tiempo sin conocer otro dominio que el *bonitario*, instituido en el *censo* de Servio Tulo, indicio de dependencia y de servidumbre; y cuando con la segunda ley agraria, que fué el objeto de la primera ley inserta en las doce Tablas, obtuvieron el dominio *quiritario*, era este todavía muy imperfecto en el uso que hacian de él. Como la plebe no tenia aun *casamientos solemnes*, no tenia tampoco sus efectos civiles, como son la *patria potestad*, la *suidad*, las *agnaciones*, las *gentilidades*, y las *sucesiones legítimas*. Hasta que recibieron los plebeyos *connubia patrum*, que es lo mismo que el derecho de los casamientos solemnes, y no el derecho de emparentar con los patricios, como se cree

El gobierno democrático ha de nacer precisamente de la corrupcion de una de estas dos constituciones. Si la aristocracia llega á ser violenta y tiránica; si la monarquía degenera en un despotismo feroz, entónces el pueblo cansado de padecer despierta de su letargo, levanta la cabeza, vé sus derechos, mide sus fuerzas, combate, espele ó pone en fuga á sus tiranos, erige los trofeos de la libertad en su patria, ó va á establecerlos á otra parte, en islas, escollos, montes ó lagunas, donde el

generalmente; hasta que les comunicaron los *patricios* este método de casamientos, que segun la definicion de Modestino es *omnis divini, et humani juris communicatio*, no podian considerarse como ciudadanos. Si no participaban de los efectos civiles del casamiento, ¿como hubieran podido participar de sus efectos políticos? Cuando obtuviéron esta prerogativa despues de tantos clamores y amenazas, entónces fuéron ciudadanos; pero aun asi hubo de mediar algun tiempo ántes que la soberanía pasase al pueblo compuesto de nobles y plebeyos, pues hasta entónces no se entendia por pueblo sino el cuerpo de los nobles, que eran los únicos ciudadanos. La democracia empezó en Roma con los *grandes comicios*, compuestos, como es notorio, de nobles y plebeyos. Antes de este tiempo, cuando se habla de pueblo, no se entiende sino el cuerpo de los nobles, parte de los cuales formaba el senado, miéntras que todo el órden de los mismos nobles representaba al pueblo. Si no se lee con esta advertencia la historia romana de aquellos tiempos, parece que está llena de contradicciones. Ruego al lector que reflexione sobre esta nota, á la cual no puedo dar mayor estension, y que me ha obligado á meditar mucho sobre la primera constitucion aristocrática establecida en Roma despues de la espulsion de los Tarquinos, los que, como se ha observado, fuéron espelidos principalmente por el abuso que hicieron del derecho de castigar á los *patricios*.

agua y la tierra peleen á su favor y defiendan sus preciosos derechos.

He aquí como se forman los tres diversos *estados civiles*, y he aquí la época de la madurez política de un pueblo, época en que la legislacion, y particularmente el código penal, pueden adquirir la perfeccion que conviene, y fundarse en los principios que dejámos espuestos, y continuaremos explicando en este libro (1).

Dejando al lector la aplicacion de los hechos á esta verdad, veamos el influjo que deben tener en el sistema penal estas tres diversas especies de constituciones; y despues de examinar los principios que dependen de esta primera relacion del sistema penal con la naturaleza del gobierno, pasemos á los que dependen de las relaciones con los demas objetos que forman el *estado de la nacion*, á la cual no consideramos ya en su infancia y niñez, sino en su madurez política. Este será el objeto del capítulo siguiente; pero ántes es necesario ilustrar con un breve apéndice una idea que no he podido explicar aquí, por no interrumpir la serie del discurso.

(1) Ruego al lector que consulte lo que se dijo en el capítulo último del libro primero de esta obra, para ver como en el discurso de ella se van aplicando sucesivamente los principios generales que establecí en aquel libro. Solo buscó la unidad, que es la que debe formar el mérito difícil de toda obra en que se sigue un sistema.

La idea que he dado del *jus majorum gentium*, y del *jus minorum gentium*, supone otras que no podría dejar de insinuar, sin esponerme á que se me acusase de oscuridad. Esta idea depende de la verdadera noción del *derecho*, y del *derecho de gentes*.

Yo defino el *jus la igualdad de las utilidades*. Dejo al lector el examen del valor de esta definición, la cual parece que no fué desconocida á los antiguos, supuesto que unieron á la voz *jus* el calificativo *æquum*.

Defino el *jus gentium* en general, *el derecho de la violencia*, esto es, *la igualdad de las utilidades, adquirida y sostenida por la fuerza*. Esta violencia es *privada ó pública*, y de aquí nace la diferencia entre el *jus gentium majorum*, y el *jus gentium minorum*.

Defino el *jus gentium majorum*, *el derecho de la violencia privada*, esto es, *la igualdad de las utilidades, sostenida por la violencia privada ó particular de las fuerzas individuales*: lo que se verificaba entre los hombres que vivían en el estado *ex lege*, esto es, en el estado de la independencia natural, semejante al de las naciones entre sí, en el que cada uno debe apoyar su derecho con su propia fuerza.

Por último, defino el *jus gentium minorum*, *el derecho de la violencia pública*, esto es, *la igualdad de las utilidades, apoyada por la*

fuerza pública: y esto se verifica en las sociedades civiles, en las cuales todo el cuerpo social tiene la tutela de los derechos de los individuos que le componen. Así, pues, el que se llama comunmente *derecho de gentes*, es el *jus majorum gentium*; y el que se llama comunmente *derecho público*, es el *jus minorum gentium*; siendo esta quizá la razón por que los antiguos jurisconsultos confundieron el *derecho público* con el *derecho de gentes*.

Reflexionando el lector sobre estas ideas que no puedo explicar aquí con mas estension, verá tambien el motivo de las distinciones que observamos con tanta frecuencia en los escritores antiguos, entre *Majorum gentium Dii*, *Majorum gentium Patricii*, y *Minorum gentium Dii*, *Minorum gentium Patricii*. Los *Majorum gentium Dii* eran los dioses mas antiguos, anteriores al origen de las ciudades, como Saturno, Jupiter, Marte, Mercurio, y otros á quienes da este nombre la mitología (1). Los *Minorum gentium Dii* eran los que fueron venerados despues de la formacion de las ciudades, como Quirino. Del mismo modo llamaron los Romanos *Patricii majorum gentium*, á los que descendian de los primeros *padres*, elegidos por Romulo en la fundacion de la ciudad,

(1) Estos fueron doce entre los Caldeos. Los Griegos los espresaban con la sola palabra *δνδεκα*, y eran Jupiter, Juno, Diana, Apolo, Vulcano, Saturno, Vesta, Marte, Venus, Minerva, Mercurio y Neptuno.

esto es, á los que habian estado en la independencia natural; y *Minorum gentium Patricii*, á los que descendian de los patricios creados en tiempos posteriores. Por la misma razon se llamaban *Gentes majores* las familias nobles antiguas, como eran las que descendian de aquellos primeros padres, de quienes formó Romulo el senado; y *Gentes menores*, las familias nobles nuevas que descendian de los padres creados en tiempos posteriores, como eran aquellos de quienes, despues de la espulsion de los Reyes, llenó Junio Bruto el senado casi exhausto con motivo de la muerte de los senadores que perecieron por la crueldad de Tarquino el soberbio.

CAPÍTULO XXXVI.

Continuacion de la misma teoría.

HEMOS llegado ya á la parte de esta teoría, que mas interesa al estado actual de las naciones de Europa. El influjo que deben tener en el sistema penal las diversas circunstancias políticas, físicas y morales de los pueblos que se hallan en el estado de madurez, es el objeto de este capítulo, á que doy principio por la naturaleza del gobierno.

En la aristocracia hay una clase que manda, y otra que obedece. La soberanía y el poder está en el orden de los nobles, y la obediencia en el resto del pueblo.

En la monarquía hay un Soberano que da la ley; un cuerpo de magistrados que la hace ejecutar; un orden de nobles que ilustra el trono, y es ilustrado por él; una gradacion de gerarquías distinguidas con ciertas prerogativas honoríficas, pero no de mando; y, en fin, una clase última que no conoce mucho el honor y teme poco la infamia.

En la democracia, manda el pueblo, y cada ciudadano representa parte de la soberanía. En las juntas populares vé una parte de la corona apoyada en su cabeza, igualmente que en la del ciudadano mas distinguido. Ni la oscuridad de su nombre, ni la escasez de los bienes de fortuna pueden destruir en él la idea de su dignidad. Si el poco aseo de sus paredes domésticas le anuncia su debilidad, no tiene que hacer mas que dar un paso fuera de los umbrales de su casa, para hallar su palacio, ver su trono, y acordarse de su soberanía. Si encuentra en la calle un ciudadano mucho mas rico que él, acompañado de muchos criados, rodeado de muchas personas que le hagan la corte, y adornado con las insignias de la mas ilustre magistratura, no necesita mas que acordarse de la igualdad política que hay entre él y su conciudadano, para apropiarse una parte de su grandeza, en vez de humillarse á vista de su superioridad.

He aquí el diverso aspecto con que se nos presentan las tres formas sencillas de gobiernos moderados. Veamos su influjo en el uso de las penas.

En la aristocracia, el noble proscrito de su pa-