do simplemente que la obediencia sea legítima. Pero esto es lo mismo que no resolver nada; porque lo que se trata de averiguar es precisamente cuándo es legítima y obligatoria la obediencia.

La comisión, adoptando en este punto las doctrinas del célebre Ortolán, ha puesto como un principio, que la obediencia pasiva á un superior legítimo, en el orden gerárquico, no es punible, aunque el mandato constituya un delito, sino cuando esta circunstancia sea notoria ó se pruebe que el acusado la conocía; porque la presunción está siempre á favor del que obedece las órdenes de su legítimo superior.

Circunstancias atenuantes.—Circunstancias agravantes.

Por buena que se suponga una ley penal, pecará por demasiado severa en unos casos y por muy benigna en otros si no deja á los jueces alguna libertad para aumentar ó disminuir las penas dentro de ciertos límites fijados en la misma ley, en atención á las circunstancias que precedieron, que acompañaron y que se siguieron al delito, y de las personales del delincuente, para proporcionar la pena á la gravedad de aquél. Esto demuestra, sin dejar lugar á duda alguna, que es racional, justo y necesario el sistema de circunstancias atenuantes y agravantes.

¿Pero deberá dejarse la designación de ellas al arbitrio de los jueces? Evidentemente no; porque entonces se daría lugar á que aquéllos disminuyeran ó aumentaran las penas á su antojo y sin causa suficiente para

hacerlo, ó se vería, como se ha visto en Francia, el escandaloso absurdo de que declarasen los jurados por mayoría, y aun por unanimidad, que había habido circunstancias atenuantes, siendo así que cada jurado había tenido en consideración una circunstancia diversa, y que no había habido más de un voto para cada una de ellas.[1]

Por esto hemos preferido hacer una enumeración prolija y minuciosa de cuantas circunstancias atenuantes ó agravantes nos han parecido dignas de tomarse en consideración. Todavía más: las hemos dividido en cuatro clases, valorizándolas por su gravedad intrínseca y no por el estado moral del agente, por el alarma que producen y por el daño que causan, como lo hicieron los autores del proyecto de Código penal de Portugal, porque dentro de cada una de esas categorías que ellos hicieron, caben circunstancias de muy distinta gravedad.

Fijadas las que pueden admitirse, y su valor respectivo, no habrá dificultad alguna para imponer la pena, aun cuando concurran á la vez en el mismo delito y en la misma persona circunstancias atenuantes y agravantes. Hoy, por el contrario, en dos ó más casos idénticos no sería remoto ver que los jueces aplicaran penas muy distintas en gravedad, por no tener reglas semejantes á las que se han fijado en el Proyecto.

Por esa misma causa no se quiso facultar á los jueces para que admitieran cualquiera otra circunstancia que no sea de las mencionadas en él, aunque sea de

1 Bonneville, tomo 1º páginas 83 y siguientes.

igual ó mayor gravedad que aquéllas, como se hizo en el Código español y en algún otro; porque esto, aunque en menor escala, tiene los mismos inconvenientes que el no fijar en la ley las circunstancias que se hayan de admitir. Pero como es imposible que el legislador las prevea todas, y no es justo que habiendo alguna atenuante de notoria importancia se deseche tan sólo porque no ha sido prevista, la comisión propone en su Proyecto que en ese caso el juez que pronuncie la sentencia que cause ejecutoria, informe sobre ello al Gobierno para que éste reduzca ó conmute la pena impuesta, si creyere justo hacerlo.

Tomadas todas estas precauciones, es de esperarse fundadamente que no se haga del saludable sistema de circunstancias atenuantes y agravantes el injustificable abuso que algunos jueces ignorantes ó malévolos han hecho de la famosa ley 8ª, tít. 31, partida 7ª

Responsables de los delitos.

No admite duda que para castigar á los delincuentes, debe atenderse no sólo á las circunstancias personales de aquellos y á las del hecho en que consiste el delito, sino también á la participación que en éste hayan tenido; y sería hoy inadmisible que se impusiera al autor de un delito la misma pena que á sus cómplices y á sus encubridores. Estas son las tres únicas clases de delincuentes que se admiten en el Proyecto, porque aunque en uno que otro código se hace una clasificación más numerosa, la comisión ha preferido la mencionada, porque debe procurarse la sencillez en las leyes, cuando de esto no resulta inconveniente.

SISTEMA PENAL ADOPTADO.

Prisión.—Pena capital.

Sobre estos dos puntos, dije lo que me pareció conveniente en la breve exposición con que, en 31 de Octubre de 1869, elevé al Gobierno el Libro primero del Proyecto adjunto. Creo, por lo mismo, que bastará reproducir aquí lo que entonces expuse, pero haciéndole algunas modificaciones.

Nada hay que no sea grave y difícil en un código penal; pero lo más delicado de él por su trascendencia, el trabajo verdaderamente cardinal, consiste, sin disputa, en la elección de las penas. Sobre este punto están conformes los criminalistas modernos, en que la pena por excelencia y la que necesariamente debe servir de base á un buen sistema penal, es la prisión aplicada con las convenientes condiciones, como la única que, á las calidades de divisible, moral, revocable y en cierto modo reparable, reune las de ser aflictiva, ejemplar y correccional.[1]

Las más importantes de todas esas circunstancias son, sin duda, las tres últimas; pues con ellas se alcanza el fin único con que las penas se imponen, el de evitar que se repitan los delitos que con ellas se castigan. En efecto; por medio de la intimidación se alejará á todos del sendero del crimen; y por medio de la corrección moral del condenado, se afirmará éste en los buenos propósitos que la pena le haya hecho formar, y que de otro modo quebrantaría muy fácilmente. Los legis-

1 Ortolan: Eléments de Droit pénal," núm. 1365.

ladores antiguos y casi todos los modernos no han empleado sino el primero de estos dos medios, curándose muy poco ó nada del segundo; á pesar de que, como observa un respetable autor,[1] hace mchos siglos que el jurisconsulto Paulo, dijo: "Pœna constituitur in emendationem hominum."

Pero ¿se puede alcanzar este gran fin con la pena de prisión? Sí, en verdad, con tal que se aplique por un tiempo proporcionado á la naturaleza y gravedad del delito y en establecimiento adecuado al objeto: que no tengan comunicación alguna los presos entre sí: que se les impongan ciertas privaciones ó se les concedan ciertas gracias, según sea mala ó buena la conducta que observen al estar cumpliendo su condena: que durante ella se les ocupe constantemente en un trabajo honesto y lucrativo, y se les forme con una parte de sus productos un pequeño capital, para que tengan de qué subsistir cuando estén libres: que á los que carezcan de instrucción en un oficio ó arte, se les dé, así como también en las primeras letras, en la moral y en la religión; y, finalmente, que por un término suficiente de prueba, den á conocer la sinceridad de su arrepentimiento, para que no haya temor de que recaigan al volver á la sociedad. Hé ahí las medidas que aconsejan los criminalistas filósofos, y las que al eminente Livingston inspiraron tal confianza, que se avanzó hasta decir: "Yo "creo firmemente que muchos de los condenados, cuan-"do vuelven á la sociedad serán miembros más dignos "de ella que otros que, por no haber cometido un de-

1 Ortolan, núm. 210.

"lito de gravedad, no hayan incurrido en una pena se-"mejante."[1]

Acaso sea esto suficiente, pero ha hecho todavía más la comisión: pues ha establecido que tengan un recargo en su pena, hasta de un tercio de ella, los reos que al estarla sufriendo se manejen mal; y que se haga una rebaja hasta de la mitad á los que hayan dado pruebas irrefragables de su arrepentimiento y enmienda: que el fondo de reserva de los primeros sea menor que el de los segundos y que se expida á éstos un documento fehaciente, no sólo de que han purgado su delito, sino también de que por su buen comportamiento se les ha juzgado dignos ya de volverse al seno de la sociedad, sin peligro alguno para ésta, lo cual equivale á una rehabilitación.

Como á pesar de todas esas medidas, á cual más racional y filosófica, podría haber algún peligro en que, sin preparación alguna, se pusiera á los condenados en absoluta libertad, entregándolos de improviso á todas las seducciones, á todos los peligros del mundo, después de muchos años de privaciones y encierro, la comisión ha cuidado de que los presos estén en comunicación constante con su familia y con otras personas capaces de moralizarlos con su ejemplo y sus consejos, y de proporcionarles trabajo. Además, ha fijado como período último de prueba uno de seis meses, en que poniéndolos en completa comunicación y dándoles alguna libertad, no quede ya duda de que es verdadera y sólida su enmienda.

1 "Report made by E. Livingston on the plan of a penal Code," pag. 44.

Averiguado esto, se les otorgará una libertad provisional, á la que se ha dado el nombre de preparatoria y que será revocada en el momento en que las faltas del que la disfrute den á conocer que salieron fallidas las esperanzas que se habían concebido de su regeneración. Más breve: hemos querido y procurado que, para otorgar una libertad completa y definitiva á los reos, que son unos verdaderos convalecientes de un mal moral, se obre con el mismo tiento y consideración que se emplean con los que convalecen de una grave enfermedad física. En suma, Ciudadano Ministro, el plan de esta comisión se reduce á emplear en el castigo de los delitos, y como medios eficaces de impedir que se cometan otros, los dos resortes más poderosos del corazón humano, á saber: el temor y la esperanza; haciendo palpar á los reos que si tienen una conducta arreglada, solamente sufrirán la tercia parte de la pena que sufrirían en caso contrario: que se ahorrarán no pocas privaciones y padecimientos, y que de hombres despreciables y aborrecibles se convertirán en miembros útiles de nuestra sociedad.

Con semejante perspectiva, y después de haber estado por largo tiempo entregados al trabajo y recibiendo una instrucción moral y religiosa, la comisión no duda que muchos de los criminales vuelvan al sendero del honor y de la virtud, porque, como dice Bonneville con la elocuencia que acostumbra: "Todos estos "desgraciados que, á pesar de sus vicios, conserven aun "el sentimiento de la dignidad de hombre: todos aque-"llos que tengan una madre, una esposa ó hijos á quie-"nes amar y mantener: que no hayan renunciado á los

"santos goces de la familia: que suspiren por el aire, "por el sol, por su independencia, ¿no sentirán saltar "su corazón y que se dilata con esta preciosa esperan-"za? ¿No experimentarán una emoción de dicha y de "orgullo, al pensar que con su buena conducta y so-"metiéndose voluntariamente á las leyes, podrán por sí "mismos conquistar la libertad y tal vez el honor?"[1]

Estas no son vanas ilusiones, porque el resultado feliz que la Comisión se promete, no solamente lo hace esperar la sana razón, sino que lo tiene acreditado la experiencia; pues Inglaterra, Irlanda y Sajonia están recogiendo hace años, copiosos frutos del sistema indicado, aunque no lo han planteado todavía con todos los requisitos convenientes: lo adoptó ya la ilustrada comisión que formó el proyecto último del Código Penal de Portugal, que es en el que mejor se aplican los principios de la ciencia: se ha propuesto su adopción en Italia;[2] y no tardará mucho en generalizarse en todas las naciones civilizadas.

El que todavía dude de los asombrosos resultados que ha producido y está produciendo en las tres primeras de las naciones citadas, se desengañará leyendo los documentos intachables que, como prueba de aquellos, presentan Bonneville[3] y Léon Vidal,[4] y lo que dice Simonet en su juicio crítico de la excelente obra que

1 Tomo 1º, pág. 596 de su obra intitulada: "De l'amélioration de la loi criminelle."

2 Léon Vidal: "Aperçu de la Législation anglaise sur la servitude pénale et la libération conditionnelle et révocable."—Nota 4ª

3 Capítulos 4º, 5º y 6º de la obra citada antes.

4 Opúsculo citado.

Van-den-Brugghen dejó escrita sobre el sistema penitenciario de Irlanda.[1]

Como verá vd. en el artículo 136 de nuestro Proyecto, se previene que el período de seis meses que precede á la libertad preparatoria lo han de pasar los reos en un establecimiento distinto de aquel en que hayan estado presos el tiempo anterior. Así se practica en Inglaterra é Irlanda, con muy buen éxito; y los inconvenientes de no hacerlo así son tan palpables, que sin necesidad de exponerlos, esperamos se decida el Supremo Gobierno á destinar para ese objeto algunos de los ex-conventos de México que hoy pertenecen á la Nación.

He indicado ya que la comisión emplea como medio indispensable para la corrección moral de los reos la completa incomunicación de ellos entre sí. Y como este es un punto que se ha debatido mucho, y en el que no están conformes todavía los criminalistas, la comisión se cree obligada á indicar siquiera las diversas opiniones que hay sobre esto y los fundamentos de la que ella ha preferido.

Los diversos sistemas penintenciarios que hay, son los siguientes: 1º El de comunicación continua entre los presos; 2º el de comunicación entre ellos, sólo durante el día; 3º el de incomunicación absoluta ó de aislamiento total; y 4º el de separación constante de los presos entre sí, y de comunicación de ellos con los empleados de la prisión, con los sacerdotes de su culto y con otras personas capaces de moralizarlos.

1 Revue critique de Législation et de Jurisprudence, tom. 2, pág. 180.

El último de estos cuatro sistemas, que es el que ha adoptado la comisión, salva todos los inconvenientes que se atribuyen á los otros tres: tiene en su apoyo la opinión de los más célebres criminalistas; y es, también, el que mereció la aceptación unánime del Congreso Penitenciario que se reunió en Francfort-sur-le-Mein y en Bruselas en 1846 y 1847, compuesto de hombres de diversas naciones, todos competentes en la materia, y entre los cuales se hallaba el gran jurisconsulto Mittermaïer, á quien se ha considerado como el primer criminalista del siglo. Así lo acredita la primera de las declaraciones que dicho cuerpo hizo y que literalmente transcribe Ortolan en su inestimable obra ya citada.[1]

La base de este sistema, consiste en quitar á los presos toda comunicación moralmente peligrosa, y en facilitarles todas las que tiendan á moralizarlos.[2] Pues bien, ¿puede darse mayor peligro de corrupción que el de estar en contacto con los criminales? Para Livingston ninguno le iguala, y así lo da á entender muy claramente en estas notables palabras: "El vicio es más "contagioso que la enfermedad: muchos males del cuer-"po no se comunican ni aun por el contacto; pero no "hay un solo vicio de los que afectan el alma que no "se pegue por la comunicación constante. Todavía se-"ría menos irracional poner á un hombre en una casa "apestada para curarle un simple dolor de cabeza, que "encerrar para su corrección á un delincuente en una

1 En la nota del núm. 1515 de su obra citada antes.
2 Ortolan, núm. 1451 de su obra ya citada.

"prisión montada bajo el sistema común."[1] Esto mismo había dicho cuarenta años antes nuestro sabio compatriota el Sr. Lardizábal en su precioso discurso sobre las penas.[2]

No les falta razón, porque el simple hecho de estar en roce con los famosos criminales, de tratar con ellos, y tal vez de tener que obedecerlos, avergüenza, degrada y envilece á sus propios ojos aun á los delincuentes mismos, si no han perdido enteramente todo sentimiento de dignidad: vienen después las relaciones que los presos que se comunican entre sí contraen necesariamente, los unos por inclinación, los otros por gratitud á tal ó tal agasajo, á esta ó aquella muestra de consideración que reciben de sus compañeros de infortunio, y los más por el temor que aquellos les inspiran. Esos lazos ya no se desatan nunca, y más ó menos tarde arrastran á nuevos y mayores crímenes á los que alcanzaron la libertad después de haber expiado sus delitos anteriores. No hay, pues, otro medio de prevenir esa gangrena y de evitar al mismo tiempo las conjuraciones y fugas de los presos, que la separación y aislamiento de ellos. Hé aquí lo que en compendio dicen autores de nota:[3]

Esto supuesto, no puede adoptarse ningún sistema

1 Página 43 de la obra citada.

2 En el capítulo 3º, párrafo 3º, números 28 y 29.

3 Ortolan, números 1451 y 1452.—Tocqueville y Beaumont en su famosa obra intitulada: "Du système pénitentiaire aux Etats-Unis et de son aplication en France."—Bentham: libro 2º, capítulo 5º, de su "Teoría de las penas legales."—Rossi: "Traité de Droit pénal," libro 3º, capítulo 8º, página 416, párrafo 5º, y página 417, párrafo 3º de la edición de Bruselas de 1843.

penitenciario que tenga como base la comunicación de los presos entre sí, ya sea que la admita sólo durante el día, ó ya de día y de noche; porque no solamente será imposible realizar una de las miras principales que el legislador debe proponerse en la imposición de las penas, á saber: morigerar á los delincuentes para que no reincidan en sus delitos, sino que los cometerán después mayores por haberse desmoralizado más en la prisión. Tampoco debe adoptarse el sistema de aislamiento absoluto, así porque con él se priva á los delincuentes de toda comunicación moralizadora con otras personas, como porque sería un suplicio insoportable que se ensayó ya en Pittsburg, y al cual fué preciso renunciar.[1]

Después de lo dicho hasta aquí, se comprende bien, sin necesidad de comentario, que para ser consecuente con sus principios, tenía necesidad la comisión de abolir, como abolió en su proyecto expresamente, la pena de presidio, la de obras públicas, y toda especie de trabajo fuera de las prisiones, pues además de que todas ellas tienen el defecto capital de poner en comunicación completa á los criminales unos con otros, les hace perder para siempre la vergüenza, que es un retraente poderoso del delito.

También he indicado antes que para alcanzar la regeneración moral de los reos condenados á prisión, debe dárseles instrucción moral y religiosa; y ahora agrego que esto es absolutamente preciso, porque sin esa base no puede ser perfecto ningún sistema de prisio-

1 Laboulaye: "L'Etat et ses limites," página 144, edición tercera.

nes. Tal es el sentir de autores muy respetables, y del Congreso penitenciario ya mencionado.[1]

Desechar esta opinión, sería tan absurdo como no querer poner los medios para conseguir el fin á que se aspira, porque si se admite, como es preciso admitir, que uno de los más importantes fines de las penas es la enmienda del penado, y que los gobiernos deben procurar á toda costa conseguirlo, es inconcuso que no deben hacer á un lado el auxilio más poderoso que pueden tener, la instrucción moral y religiosa. Si ella es útil y eficaz en todas circunstancias, nunca lo es tanto como cuando se da á los presos, y á presos condenados á la soledad y al silencio. Abrumados con el peso de su desgracia, entregados á la contemplación de ella, y atormentadosc on sus remordimientos, abren su corazón, naturalmente, á todo lo que puede proporcionarles un consuelo, á cuanto puede servir de lenitivo á sus pesares; y reciben la instrucción moral y religiosa como un bálsamo reparador que, devolviéndoles la tranquilidad y la esperanza, les hace tomar la resolución de abandonar para siempre la senda del crimen. No pocas veces quebrantarán estos laudables propósitos; mas no por eso deben despreciarse los medios de verlos realizados, pues aunque sólo se consiguiera la

1 Bentham, libro 2º, capítulo ya citado.—Livingston. página 44, párrafo 3º de su citada obra.—Chauveau et Hélie, "Théorie du Code pénal," libro 1º, capítulo 5º, número 52, párrafo "Une dernière," edición de 1861.—Ortolan en la obra citada, núm. 1477 y en la nota 1ª al número 1515.—Laboulaye, Tocqueville y Beaumont, en sus respectivas obras citadas, y Rossi, "Traité du Droit pénal," libro 3º, capítulo 8º, párrafo último.

enmienda de unos cuantos culpables, siempre sería digno del legislador consagrar en un código ese pensamiento tan noble y generoso.

Tal vez se nos objetará que esa idea no puede plantearse, por estar vigente la ley que prohibe la enseñanza de la religión en los establecimientos sostenidos por el Gobierno. Mas la comisión ha creído que esto no es un obstáculo, y que debe hacerse una formal excepción de esta regla respecto de las prisiones, tanto por las ventajas que producirá, como queda demostrado, cuanto porque no hay en ello el inconveniente único que con dicha ley se quiso evitar, á saber: el de que sería, en cierto modo, contrariar el principio de libertad religiosa someter á personas de distintas creencias á la enseñanza y prácticas de una sola religión.

Ni por un momento ha sido esta nuestra mente: lo que nosotros proponemos es que se instruya á los presos en sus respectivas religiones: que se les proporcionen los medios de practicar sus preceptos, y que se inculquen á todos las máximas de una sana moral, que es lo que se hace en Inglaterra y en los Estados Unidos de América. Esto en nada se opone, ciertamente, á la libertad religiosa; y antes bien es una nueva sanción de ella, puesto que á cada cual se le permite el libre ejercicio de la religión que profesa. Además: si el Estado se apodera de un individuo y le priva de su libertad ¿no es cierto que contrae la obligación de llenar para con él los deberes que le impide cumplir por sí mismo?

Acaso por este motivo se esté tolerando que personas de distintas sectas protestantes entren á las prisiones

de esta capital á hacer predicaciones á los presos. Y si esto se permite, no sin grave inconveniente, ¿cuál puede haber en que la autoridad reglamente la enseñanza religiosa, haciendo que ningún preso reciba instrucción sino en la religión que él tenía adoptada de antemano? Esto será, sin duda, lo mejor; pues de otro modo, sucederá que los presos se queden sin religión ninguna, ó cuando ménos vacilantes en la que antes profesaban, porque hoy escucharán una doctrina, mañana oirán la contraria, y no sabrán después á qué atenerse. Para obviar á este mal, y evitar los abusos que eran ya muy graves por los cambios de religión en las prisiones, se previno en Inglaterra que, á su entrada, todos los presos declaren á qué religión pertenecen: que cada cual asista á los oficios de la suya, y que sea instruido en ella por sus respectivos ministros. De estas y otras prevenciones dice Vidal que hacen honor á la tolerancia religiosa de Inglaterra, y que son casi las mismas que se observan en Francia.[1] ¿Y por qué no hemos de hacerlo así nosotros? ¿Por qué llevar el espíritu de libertad religiosa á un extremo de exageración á que no lo han llevado dos naciones tan tolerantes ó ilustradas como Inglaterra y los Estados Unidos de América?

Esto dije en la citada exposición del Libro 1º. y un año después, en Octubre de 1870, se reunió en Cincinati un Congreso nacional compuesto de 230 personas, para tratar de la disciplina de las penitenciarías y establecimientos de reforma. En esa numerosa asamblea,

1 Vidal, en las páginas 43 y 44 de su opúsculo citado.

compuesta de gobernadores, de directores de escuelas de reforma, de capellanes de penitenciarías, de cirujanos de prisiones y de otros muchos empleados y personas prácticas en la materia, se acordaron 37 proposiciones que, casi en su totalidad, son el resumen de los principios adoptados en el susodicho Libro 1º, que corrió impreso un año antes.

Así consta en un opúsculo que en estos días ha circulado en esta capital, impreso en Nueva York en el presente año, con el título de "La cuestión penal;" y si hago mérito de ese escrito, no es por una vanidad pueril, que no tiene la comisión, sino porque viendo que en los Estados Unidos, que es una nación esencialmente práctica, se trata de adoptar el sistema que nosotros proponemos, acaso no lo tacharán de una mera utopia los personas que son enemigas de toda innovación.

La mejora moral de los reos ha sido también la mira á que se dirigen las prevenciones sobre el castigo de los sordo-mudos y de los jóvenes delincuentes menores de diez y ocho años, así como algunas de las reglas que, sobre indulto, aparecen en nuestro Proyecto. Ellas en nada atacan la esencia del derecho que el Ejecutivo tiene de otorgarlo, si es exacta la idea que la comisión se ha formado de esa importante prerrogativa. Nosotros creemos que el indulto no se debe conceder caprichosamente, pues aunque es una verdadera gracia, su concesión debe fundarse en algún motivo razonable. De no ser así, serviría en muchos casos para sancionar una injustificable impunidad, para desprestigiar la ley y alentar á los criminales con la esperanza de burlarla