do la actividad patrimonial, la libertad de las personas, en parte, su integridad moral, y por último hasta la vida; de cuyo conjunto nacen las distintas penas, y por lo tanto, las privaciones y sufrimientos que ellas determinan.

2ª Es indispensable establecer la gradación de los varios delitos y formar, conforme á ella, la debida escala de las penas, de tal manera, que la penalidad ofrezca el más conveniente paralelismo entre los delitos y los castigos. De esta doctrina se deduce, que las penas deben ser divisibles y graduables, para que se pueda seguir la variedad del delito, en las posibles gradaciones que determinan el aumento y la diminución de la pena.

3ª La pena debe limitarse solamente á la persona del culpable, porque sería una injusticia castigar á un individuo por hechos de otro, aunque el principio peccata suos teneant auctores, no siempre ha sido respetado por las legislaciones, las cuales sometían también á los hijos á una pena por los delitos de los padres.

4ª Como la pena debe afectar únicamente la personalidad del delincuente, es preciso evitar las que se revelan como atormentadoras, no sólo para él sino para las personas que del mismo dependan; y aunque este principio no puede establecerse de un modo absoluto, porque toda pena produce efectos indirectos, aun sobre personas inocentes, el legislador debe ser muy cauto en esta materia, para no ir más allá de lo que sea inevitable.

5ª La pena no se deja al arbitrio judicial, sino que está fijada por la misma ley, pero no de un modo in-

flexible, puesto que se concede al criterio del juez cierta extensión dentro de un máximum y un mínimum: artículo 66 al 69 del Código Penal Mexicano, concordantes con los artículos 180, 181 y 182. Por esta razón nuestro Código, al establecer que nadie puede ser castigado, sino con las penas impuestas por la ley, las cuales no es dado al juez aumentar, disminuir ni cambiar, sino en los casos que ella expresamente determina, al fijar el castigo de cada delito, deja amplia esfera á la facultad de apreciación del juez, permitiéndole en algunos casos designar la clase de pena y recorrer los varios grados de la señalada.

6ª La pena es igual para todos, en virtud del principio de la igualdad jurídica, consignada en nuestras instituciones.

7ª La pena conserva también el carácter fundamental de la intimidación, como asimismo es fundamental el elemento moral de la enmienda del culpable, en combinación con el progreso verificado en la importante ciencia de las prisiones, es decir, en el sistema penitenciario. El elemento intimidativo, tiende á disminuir en los países en que la pena de muerte ha desaparecido, como una positiva manifestación de los progresos de la legislación penal de nuestra época.

8ª La pena debe ser pública, para que la conciencia jurídica que conoce el delito, conozca también su castigo, siendo éste un medio de restauración de la autoridad de la ley.

9ª La pena no puede tener como materia la lesión corporal; así, los azotes, la mutilación y todas aquellas

que atacan la integridad de la persona física, no deben incluirse en el número de las penas corporales.

10. La pena no castiga tampoco la integridad moral del hombre, por esta razón en la mayor parte de los Códigos, y muy particularmente en el nuestro, no existen como penas la argolla, la marca, los azotes y otras, que además de atormentar, son infamantes; lo cual no impide que la consecuencia de algunas penas, sea la interdicción para realizar algunos actos de la vida pública ó la restricción de los derechos civiles ó políticos del delincuente; finalmente:

11. La pena no puede ser cumplida, sino en virtud de un juicio que irrevocablemente declare á una persona culpable de un delito cierto.

Debo ocuparme, para terminar el presente estudio, de una materia que no carece de novedad, y que se impone como fundamental en los problemas que á la penalidad se refieren; la individualización de la pena, cuya frase se debe al notable jurisconsulto de Viena, Walberg, quien la dió á la circulación en 1869, en su obra titulada "Des princip der individualisiring in Strafechtspflege;" estableciendo en ella con una riqueza de detalles dignos de mención, la relación indispensable que debe existir entre la subjetividad psicológica del individuo y la determinación de la pena.

En la reseña histórica que de ésta hice en el capítulo anterior, se observa que en la época en que el arbitrio judicial preponderaba, la individualización de la pena no tenia base alguna legal, porque la ley no preveía los delitos, hasta que el Código de la Revolución y el de 1810, los consideró en sus preceptos, y

como era natural, de una manera abstracta; pero conla nueva organización de las jurisdicciones y el establecimiento del jurado, las teorías abstractas en que se fundaban aquellos Códigos, llegaron á ser nugatorias, porque pugnaban de frente no sólo con la ciencia, sino con el sentimiento popular, que se manifestaba en los veredictos de los jurados, quienes comenzaron á ensayar, aunque empíricamente, cierto sistema de individualización de la pena, el cual se imponía en presencia de las deficiencias de la ley; en consecuencia, no es posible olvidar, que aquel principio, desconocido en los dominios de la ciencia, siempre ha intervenido, aunque inconscientemente, en las manifestaciones de la justicia penal, principio que es hoy el nudo del problema, que se conoce con el nombre de individualización de la pena.

Se ha pretendido establecer dos clases de individualización, la legal y la judicial, pero esta clasificación no es exacta, porque no es posible que la ley, que sólo prevé el crimen en abstracto, pueda llenar una función tan importante como la que á la individualización de la pena se refiere, y lo que es más grave aún, sin conocer al criminal; por esta razón, yo opino que en el sentido estricto de la frase, no existe la individualización legal, porque en la ley sólo se establecen las causas de atenuación ó de agravación, en vista de la mayor ó menor gravedad del crimen, aunque en este caso se trata de la individualización fundada sobre la responsabilidad, que es la tesis desarrollada en parte por el novísimo Código italiano, que procede de la escuela neo-clásica; sin embargo, al negar aquella función á la ley, no es precisamente en términos absolutos, porque si ella tratara de suministrar los elementos de una clasificación legal de criminales y al mismo tiempo organizara el régimen de la pena para adaptarla á cada agente, ésta sería en cierta manera una individualización aceptable, puesto que los principios enunciados, están en completo acuerdo con la misión que la ley debe llenar, principios que en el porvenir serán la base en que las legislaciones deben inspirarse para resolver estos tan trascendentales problemas de la penalidad.

Por otra parte, se observa que la ley sólo suministra bases y elementos de apreciación más ó menos abstractos, dejando al arbitrio del juez el cuidado de fijar ó de clasificar estrictamente, después de un estudio especial, la criminalidad de cada individuo; y es indudable, que bajo este aspecto, la ley organiza la individualización judicial, que es la única posible, racional y filosófica; de ésta paso á ocuparme.

En efecto, que el juez es el único capaz de conocer al delincuente y de darse cuenta de él, es una verdad que no necesita demostración, pero desde luego se genera una dificultad en los países en que el jurado entra á administrar la justicia en unión de los jueces de derecho, porque es preciso fijar á cuál de estas dos categorías del orden judicial debe confiarse las cuestiones relativas á la individualización de la pena; sin embargo, antes de tratar estas cuestiones, procuraré definir la frase, dándole su verdadero sentido jurídico, aunque considero indispensable hacer algunas reminiscencias, que para esclarecer aquella teoría

son indispensables; me refiero á la idea que ha distinguido siempre la escuela clásica de las demás, en sus concepciones jurídicas en materia de responsabilidad, escuela en la que ha predominado siempre el hecho criminal en su materialidad y bajo el punto de vista objetivo. En esta escuela no se ha estudiado más que el crimen, el criminal ha pasado desapercibido, tal ha sido la fórmula; afortunadamente, la ciencia y el sentimiento popular, se han abierto paso en nuestros días, y la constante aspiración ha sido la de medir la pena, no conforme á la gravedad material del acto ó al mal realizado, sino según la naturaleza del criminal, porque los verdaderos principios de la filosofía penal, no quieren que se inflinja al delincuente un sufrimiento inútil, bajo el pretexto de la justicia; así es, en efecto, si se considera que hoy la pena, en el sentido racional y jurídico de la palabra, no tiene por objeto causar el mal por el mal, ó por un hecho pasado, pues en este caso vendría á dar satisfacción á un sentimiento de venganza individual ó colectiva, no se dirigiría al porvenir, que es ahora la teoría generalmente aceptada, porque la pena como sanción, es un instrumento para el bien, ya sea en el sentido del mejoramiento moral del culpable, ya como una preservación social, y bajo este concepto, altamente filosófico, la pena ha de adaptarse á la naturaleza psicológica del criminal, al que debe herir, puesto que, si no está completamente pervertido, es indispensable que se le ayude á levantarse y á rehabilitarse; pero si es incorregible, es preciso que el castigo sea entonces una medida de defensa social y de preservación radical. En síntesis, esta adaptación del castigo al individuo, es lo que se llama hoy la individualización de la pena.

Para explicar mejor la definición anterior, bastará á mi propósito un ejemplo; la legislación de Francia nos lo suministrará. La ley Bérenger, en la que se establece el sursis condicional, es decir, el sobreseimiento de la pena, para los criminales que por primera vez inciden en el delito, manifiesta en aquel precepto, una lenidad llevada á su grado máximo en esta clase de delincuentes, porque se quiere preservarlos con el perdón, de una nueva caida, que indudablemente los precipitaría en el insondable abismo de las reincidencias. A estos culpables, la ley los ayuda en el camino de su rehabilitación, por medio del sobreseimiento condicional; hé aquí la individualización de la pena, teniendopor base la naturaleza psicológica del agente; en cambio, la misma ley se muestra implacable con los criminales incorregibles por medio de la relegación que se aplica á los reincidentes, y en esta manifestación de la justicia social, no es posible desconocer la individualización de la pena, fundada también en la naturaleza psicológica del criminal. En el primer caso, se les ayuda en el camino de su rehabilitación; en el segundo, la ley los coloca en condiciones de no dañar á la sociedad, la cual habiendo perdido la esperanza de su mejoramiento moral, se defiende y precave de él con estas medidas, que aunque rigurosas, se imponen como necesarias para la defensa social; sin embargo, estos ejemplos de individualización, no satisfacen por completo, porque en la reincidencia, la clasificación individual se hace automáticamente para la aplicación de la ley, y entonces se incide en la individualización legal, que no resuelve el problema; muy al contrario, entorpece su solución práctica, la cual se impone, dejando al juez la apreciación definitiva, porque la ley sólo se ocupa de entidades abstractas, mientras que el juez actúa sobre realidades vivientes, aunque ella debe suministrar las bases de la individualización, pero nunca hacerla.

Ya es tiempo de ocuparme de una manera más concreta de esta teoría de la individualización de la pena, que hoy preocupa tanto á los penalistas, como se observa en el novísimo Código de Italia, que ha seguido con más ó menos restricciones el sistema de individualización legal, sistema que, como he expresado antes, no satisface cuando se aparta de los límites racionales en que la ley debe encerrarse, es decir, los de suministrar las bases de la individualización ó sus elementos, con el fin de que el juez sea el que, por el conocimiento del culpable y del hecho concreto que debe apreciar, aplique la pena, su duración y si es posible designe su régimen.

En nuestra patria, conforme á su ley penal, la individualización tiene por base nuestra teoría sobre las circunstancias atenuantes y agravantes, catalogadas en el Código y determinadas de tal manera en él, que el juez queda encerrado en los infranqueables límites que se le señalan, lo cual determina serios inconvenientes en la administración de la justicia penal, conforme expresé en el capítulo XX de esta obra, al tratar de las contingencias del delito. Cierto es, que el jurado al contestar las preguntas del interrogatorio

que el juez de derecho debe redactar, de acuerdo con las fracciones XI, XII y XIII del art. 308 del Código de procedimientos penales, le da en cierta manera las bases de la individualización de la pena, pero éstas no bastan, si se tiene en cuenta la función que el jurado ejerce, en la que sus juicios son comunmente de impresión; con este motivo, hoy mismo, la ciencia se preocupa en delinear las atribuciones que en tan importante materia deben dejarse al jurado y las que correspondan al juez de derecho, cuya cuestión es muy difícil resolver, si nos detenemos á considerar bajo su aspecto jurídico la institución del jurado, y su importancia en la administración de la justicia penal; sin embargo, y esto es de extrañarse, los expositores del derecho, que tratan de la individualización de la pena, han omitido ocuparse del jurado como si no existiera ó como si no debiera existir, omisión que es trascendental en esta clase de estudios, ya que aquel Tribunal tiene vida propia y actua en nuestras instituciones penales como una entidad real; tal vez se considera que él es incompatible con la idea de individualización, porque las cuestiones de análisis psicológico no pueden ser confiadas á esta justicia del jurado, puramente sentimental é instintiva, por cuyo motivo no se deja á dicho tribunal la misión de la individualización.

Lo cierto es que el sistema del jurado, no tiene otro valor que el de aportar una garantía aproximativa, bajo el punto de vista de la libertad y del honor individuales, por más que siendo él una fracción de la opinión pública, juzgue no por la que se refiere al hecho

incriminado, sino conforme al concepto de la opinión sobre la idea de justicia, y así, no solamente juzga conforme á la prueba del acto, sino también sobre la cuestión general de culpabilidad; por esta razón, se observa en sus veredictos una justicia conforme á la opinión del pueblo, bien sea que condene ó absuelva; en el primer caso, el de condenación, como ésta entraña cuestiones técnicas, el jurado es incapaz de resolverlas, y en consecuencia la opinión pública tampoco puede intervenir en ellas. Finalmente, ya he expresado antes, que el jurado establece, en cierta manera, las bases de la individualización de la pena al contestar á las preguntas del interrogatorio, en las cuales se detallan las circunstancias del delito, y bajo este concepto, el juez de derecho designa la naturaleza de la pena y su duración, que es propiamente hablando la individualización judicial, la única racional y posible, conforme á los adelantos de la ciencia penal.

Hay más todavía, no pueden desconocerse los beneficios aportados por el jurado á estos problemas que sobre la individualización de la pena se indican en nuestra época, puesto que á él se debe el movimiento inicial. En efecto, si hoy se observa marcada tendencia de un carácter absolutamente científico hacia las reformas, no puede negarse que ha comenzado por un sentimiento de reacción puramente humano, inspirado en la justicia popular, ó como hoy se dice, en la justicia de opinión; pero este impulso inicial en la individualización de la pena, preciso es confesarlo, se debe al jurado, él la hace y la hará siempre, aunque inconscientemente ó, para mejor expresarme, por pro-

cedimientos empíricos, los cuales la ciencia pretende reglamentar, con el fin de resolver estos tan trascendentales problemas de la penalidad. En comprobación de aquellas verdades, puedo referirme al desarrollo de la justicia penal en Francia, desde la promulgación del Código de 1810; conforme á este Ordenamiento, la pena se aplicaba brutal y matemáticamente por su carácter abstracto, porque la ley no se ocupaba sino del crimen, nunca del criminal; pero el jurado teniendo en su presencia á un hombre, y con él su vida, su libertad y su honra, no podía permanecer indiferente, y por oposición, olvidaba la teoría abstracta de la ley, el crimen, dirigiendo solamente su atención al agente; así ha procedido antes y de igual manera procederá siempre.

En vista de estos resultados, se ha pretendido clasificar á los criminales, conforme á las simpatías demostradas por el jurado, porque entre ellos existe una categoría en la cual dicho tribunal olvida siempre el hecho, para no ver otra cosa que el sentimiento, el instinto pasional, tal vez irresistible, que ha producido el mal; á esto se ha llamado crímenes pasionales; cierto es que la ley les aplica la misma pena que á los otros, tal es su función abstracta; pero el jurado ha pasado comunmente sobre la ley, absolviendo; hé aquí como procede á la individualización de la pena, porque no tiene en cuenta el crimen, sólo se preocupa del hombre á quien juzga; y aunque pudiera ser una individualización mal aplicada y hasta inconveniente é injusta, es ella la revelación de un instinto de conciencia y al mismo tiempo de un principio, el cual hoy

preocupa la atención de los expositores del derecho, porque la solución de los problemas que entraña la individualización de la pena, pudiera dar al derecho penal, en esta materia, una fórmula definitiva.

Resumo: en estas tendencias de la ciencia, pretendiendo reglamentar la individualización de la pena, individualización hecha hasta ahora, aunque de una manera empírica por el jurado, observo en las opuestas teorías, sustentadas hoy mismo en los albores del siglo XX, que los obstáculos que las separan, deben desaparecer en una época no lejana, para fusionarse sobre el doble terreno de la justicia y de las necesidades sociales.