

# PROGRAMA

DEL

## CURSO DE DERECHO CRIMINAL

DESARROLLADO EN LA UNIVERSIDAD DE PISA

POR EL PROFESOR

FRANCISCO CARRARA.

---

TRADUCIDO POR

Octavio Béeche y Alberto Gallegos.

---

PARTE GENERAL.

TOMO II.

---

Tipografía Nacional.

San José.—Costa Rica.

1890.



# PARTE GENERAL.

---

## SECCION SEGUNDA.

### DE LA PENA.

---

#### CAPÍTULO I.

##### IDEA DE LA PENA.

##### § 582.

La palabra *pena* tiene tres distintas significaciones: 1.<sup>a</sup> en sentido *general* expresa toda especie de dolor ó toda especie de mal que causa dolor; 2.<sup>a</sup> en sentido *especial* designa un mal que se sufre en razón de un hecho, malicioso ó imprudente, y entonces comprende todas las penas *naturales*; 3.<sup>a</sup> en sentido *más especial* indica el mal (1) que la autoridad civil inflige á un culpable, en razón de su delito.

Cuando la ciencia criminal trata del examen de la *pena*, que es el segundo objeto de sus especulaciones, emplea la palabra *pena* en su significación *más especial*. También es evidente que cuando Grocio ha definido la pena un mal de *pasión* en que se incurre por un mal de *acción*, no la ha definido en su sentido más especial sino en su sentido especial.

---

(1) En nuestros días se ha negado que la pena deba ser un mal. Sábese, en efecto, que el ilustre Røeder ha comenzado su carrera científica publi-

cando la *Commentatio de questione an poena malum esse debeat*, Gissæ, 1839, donde coloca los fundamentos de un nuevo derecho de castigar.

§ 583.

Beccaria, al definir las penas—*obstáculos sociales contra el delito*—ha expresado el fin de la pena tal como lo concebía, en vez de dar la noción de ella. Carmignani ha traspasado los límites de una definición al querer comprender en ella la razón de ser y el destino de las penas, y formular un sistema al mismo tiempo que una definición.

§ 584.

En la definición de un objeto es difícil comprender su *fin* y su *causa*. Las definiciones deben ordinariamente ajustarse á los caracteres esenciales de lo definido; lo que se refiere á su racionalidad pertenece al desarrollo de la teoría. Es por esto por lo que yo defino la *pena*—*un mal infligido por los Magistrados, conforme á la ley del Estado, á aquellos que han sido en debida forma reconocidos culpables de un delito*. Si un mal se inflige al que no ha sido reconocido culpable, ó por quien no tiene la autoridad necesaria, ó sin una ley que lo establezca, ó de una manera arbitraria, esto será una venganza, una violencia, y no una *pena* en el sentido jurídico. Mas si el juez ha dictado la pena con un fin irracional, ó separándose de la razón penal, se podrá decir que la pena es injusta, abusiva, dañosa, pero siempre será una *pena*.

§ 585.

Para completar la noción de la pena, para comprenderla no como se puede encontrar en la práctica, pero sí como *debe* ser para ser justa, en una palabra, para reco-



nocer las condiciones de su legitimidad, es necesario investigar su *origen* y su *fin*. Estas dos investigaciones son esencialmente distintas.

---

## CAPÍTULO II.

### ORIGEN DE LA PENA.

#### § 586.

El origen *histórico* de la pena difiere de su origen *jurídico*. Es necesario examinarlos separadamente: cuando estudiamos el primero investigamos un *hecho*, cuando tratamos del segundo investigamos la fuente de un *decreto*.

### Artículo primero.

#### Origen histórico de la pena.

#### § 587.

Debemos admitir como una verdad atestada por las más antiguas tradiciones de la humanidad, que la idea de la *pena* ha nacido, en las sociedades primitivas, del sentimiento de la venganza (1)

---

(1) Dubys, *Histoire du droit criminel*. Se puede ver también a Forti, *Opere*, I, ect. 3 y 4, quien considera especialmente el desarrollo del sistema de las penas en Italia en la antigüedad; y una disertación de Bowyer *On the statutes of the cities of Italy*. Londres, 1838. Pero si la historia filosófica de la penalidad puede resumirse en algunas líneas, trazando desde un punto de vista general el desarrollo de las ideas que á ella se refieren, no se puede decir otro tanto de la *historia externa* del derecho penal, es decir, de las diversas costumbres ó legislaciones positivas que se han sucedido en los

diferentes pueblos desde los tiempos más remotos hasta nuestros días. Esto daría materia suficiente para un gran número de volúmenes y pertenecería á la erudición más bien que á la enseñanza científica. Limitémosnos, pues, á señalar algunas de las fuentes en las cuales los que sean curiosos podrán tomar algunas nociones parciales sobre esta inmensa elaboración.— Para la antigüedad más remota tenemos los muy importantes trabajos del infatigable Thonissen, publicados al principio en diversos diarios y reunidos después, en 1869, en dos grandes volúmenes bajo el título de "*Etudes sur l'histoire du droit criminel des peuples anciennes, Inde, Brahmanique, Egypte, Judée*"; y otra obra publicada recientemente por el mismo autor, bajo este título: "*Le droit pénal de la Grèce légendaire*, Bruxelles, 1870. Para la China, las *Leyes fundamentales* publicadas por Staunton. Para la Cochinchina, el *Code annamite*, traducido por G. Aubaret, Paris, 1865. Sobre el derecho romano: Ayrault, *L'ordre, formalité et instruction judiciaire dont les anciens Grecs et Romains ont usé es accusations publiques*, Paris, 1598;—Walter, *Histoire du droit criminel*, traducido por Picquet Damesme, Paris, 1863;—Jareke, *De summis principiis juris romani de delictis eorumque pœnis*, Gottingæ, 1822;—Van Walree, *De antiqua juris puniendi conditione apud Romanos*, Leyden, 1820;—Gruner, *De pœnis romanorum privatiis*, Leipzig, 1805;—Hommel y Syckel, *Quid de pœnis Romanorum criminalibus jure Justiniano obvis philosophice statuendum sit*, Lipsiæ, 1787;—Van der Hoop, *De iis qui antiquitas apud Romanos de criminibus judicarent*, Agæ Batavæ, 1723;—Geib, *Römische criminal processen*, Leipzig, 1842. Para las poblaciones franco germánicas: Georgisch, *Corpus juris germanice antiqui*, Halæe Magdeburgicæ, 1783; y las otras recopilaciones de las leyes llamadas bárbaras, entre las cuales debe notarse, por su origen italiano, el primer código lombardo publicado por Rotharis setenta y seis años antes de la conquista (es decir en 643) en la Asamblea General de Pavía. Para Dinamarca: Veghorst, *Jus Danicum*, Hafniæ, 1698. Para Suecia: Loccenius, *Leges provinciales Sueciæ regni*, Londini Scanorum, 1674. Noruega, después de diversas leyes antiguas mencionadas por Scheel, *De publicis actionibus in causis pœna libus ex præceptis juris Danici y Norvegici*, Hafniæ, 1836, recibió de Christian V un código penal que quedó en vigor desde 1684 hasta el 20 de agos to de 1842. Durante varios siglos, los turcos se han contenido con el Corán como única ley penal, y habrían considerado como temeraria y profana toda codificación nueva: Tornauw, *Le droit musulman*, pag. 239, Paris, 1866. Pero el renacimiento ha hecho nacer generalmente en los gobiernos de Europa el deseo de dictar nuevas disposiciones penales reconocidas conformes á las necesidades de los diferentes países. En Rusia, Jaroslaf ha publicado en el año de 1020 un cuerpo de leyes criminales con el título de *Rouskaja pravda*; después bajo Ivan IV apareció el *Sondnik*, en 1554; Zézas, *Etudes historiques sur la legislation russe*, Paris, 1866;—*Annales de l'Académie de Toulouse*, año 1864, pag. 135;—Giuzzetti, *Principio juris Russiae de delictis et pœnis*, Regimonti Prussorum, 1832.—Lajonia ha tenido el célebre *Speculum Saxonicum*, sobre el cual puede verse á Coringius, *Opera*, IV, opusc. 6, *de origine juris Germanici*, cap. 30, pag. 157, Brunsvigæ, 1730;—Daniels, *De Saxonici Speculi origine*, Bepolini, 1852;—Hæberlin, *Speculorum Saxonici et Suevici jus criminale*, Lipsiæ, 1838;—Wincelier, *De ceteris speculis saxonici speculo Suevici antiquioris*, Gottingæ, 1742; Förster, *De speculo Saxonico fonte jur. Sax. communis* Altorfii, 1718;—Kers-

chau, *De juris Saxonici provincialis compilatione*, Jenæ, 1718;—Thiessen, *An unquam speculum Saxonicum extiterit speculi Epkonis de Reggou antiquius*, Kiliae, 1738;—Kind, *De reprobatis speculi Saxonici articulis*, Lipsiæ, 1761. Más tarde, en 1508, el obispo de Bamberger dió con su constitución criminal un ejemplo que se apresuraron á imitar los otros príncipes de Alemania; esto produjo la constitución de Brandeburgo de 1516, y finalmente la célebre *Constitutio criminalis Carolina*, promulgada en 1532 por Carlos Quinto en la Dieta de Ratisbona, la cual ha sido hasta hace poco tiempo el código criminal de Alemania. Hay gran número de trabajos jurídicos sobre esta constitución; los principales son los Comentarios de Böehmer, de Kress, de Clasen, d' Alberti, la Glosa de Walch y algunas sabias disertaciones como las de Walch, *Opuscula*, III, sec. 2, ejer. 1; de Harpprecht, ejer. 84; de Abegg, *Symbolæ ad historiam juris criminalis*, Vrsataviæ, 1843. Ha sido traducida al francés por Vogel, Maestricht, 1779; y al latín por Böehmer y más recientemente por Abegg, Heidelberg, 1837.—Suiza ha adoptado espontáneamente la Constitución Carolina; Seigneux, *Système abrégé de jurisprudence criminelle, préface*, y casi todos los demás países de Alemania han hecho lo mismo, á excepción del Electorado de Sajonia en donde el elector Augusto prefirió publicar en 1572, una constitución especial, la cual ha hecho célebre el sabio comentario de Carpzovius. Desde muy temprano, los duques de Saboya fijaron su atención en las leyes penales. Una constitución criminal fué publicada en este ducado por Amadeo VIII, en el año 1430; otra semejante por Carlos III, en 1513; otra por Manuel Filiberto, en 1580; otra por Carlos Manuel en 1586; en seguida fueron refundidas todas por Victor Amadeo en la constitución de 1632: tales son las disposiciones que han regido sucesivamente en esta provincia hasta la nueva constitución emitida por Carlos Manuel en 1770. Con respecto á Bélgica, el estado de la legislación penal de esta provincia en el siglo XIII ha sido expuesto por Van Coetsem, *Du droit pénal au treizième siècle*, Gand 1857. En Francia, durante mucho tiempo, se reguló todo por las costumbres locales de las provincias ó de las ciudades y había más de 300; confiadas solo á la memoria, usaban únicamente de la prueba testimonial en los procesos. Carlos VII quiso poner fin á este desorden disponiendo, en la ordenanza de 1453, que todas las costumbres de los diferentes países de Francia fueran escritas; disposición que, no habiendo sido ejecutada, fué renovada en 1495 por Carlos VIII, después por Luis XII, y no recibió su cumplimiento hasta mucho más tarde. Pero no hubo organización general de las reglas de derecho penal, hasta 1539. En este año apareció la ordenanza de *Villers-Cotterets* emitida por Francisco I, y desarrollada sin mejora alguna por Luis XIV en 1670; y sobre estas ordenanzas y sobre otras relativas á delitos especiales, se estableció en el reino de Francia esa jurisprudencia que vemos con espanto en Rousseaud de la Combe, Duplessis, Jousse, Serpillon, Vouglans, etc. En España se encuentran los *Fueros*, y principalmente el *Fuero Juzgo (Forum judicum)*, concluido bajo el reinado de Egica, uno de los últimos reyes visigodos, y el *Fuero Real (Forum Regis)* publicado en 1250; el primero contenía las máximas de la jurisprudencia, el segundo los decretos reales, y servían alternativamente de guía en la aplicación de las penas. Nuevas disposiciones penales fueron dictadas en 1258 bajo el nombre de *Partidas*. Véase Valdeson, *Théorie du Code pénal espagnol*, introducción;—Pacheco, *El Código penal concordado y comentado*,

tomo I, introducción. (A) En Portugal las costumbres penales fueron reunidas por primera vez en el año 1020, por Alfonso V, bajo el título de *Foro de Leão*; otra reforma penal se hizo en 1446 bajo un nuevo Alfonso V: lleva el nombre de *Ordinanze Alfonsine*, las cuales fueron corregidas en 1603 por las *Ordinanze Filippine*. En 1778, doña María I confió la redacción de un código penal á Pasquale Mello. Después de cinco años de trabajo, el célebre profesor presentó su proyecto: fué elogiado en general por los sabios, pero cayó, como sucede, bajo las críticas encarnizadas de sus enemigos. El proyecto fué impreso y publicado con notas por su autor en Lisboa, el año 1823. Es en este estado en el que la filosofía del siglo XVIII ha encontrado la legislación penal, y comenzando su obra de demolición y de reedificación, que dura todavía, ha impulsado sucesivamente á todos los príncipes y pueblos de Europa á esa elaboración de leyes penales, de la cual hemos sido y somos espectadores, y cuya evolución aun no ha concluido.

§ 588.

No hay motivo para que nos admiremos de que un acto reconocido hoy como ejercicio de la justicia, haya sido dado á conocer al hombre por una pasión feroz y culpable.

§ 589.

La Providencia, en sus profundos designios, queriendo someter la creación á un sistema de armonía universal, se ha servido respecto al mundo físico de las fuerzas enteramente materiales de la atracción y de la repulsión, potencias fundamentales, prodigiosos ordenado-

---

(A) Una reproducción completa de todas las leyes y reglamentos españoles se quiso hacer en 1805, en Madrid: y esta colección en cuatro gruesos volúmenes, tenía el siguiente título: *Novísima recopilación de las leyes de España, dividida en XII libros en que se reforma la recopilación publicada por el señor don Felipe II en el año 1567, reimpresa últimamente en el de 1775; y se incorporan las pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales, y otras providencias no recopiladas, y expedidas hasta el de 1804, mandada formar por el señor don Carlos IV.* De los doce libros de esta recopilación, el duodécimo trata exclusivamente de las materias criminales: *De los delitos y sus penas y de los juicios criminales*, que comienza en la página 307 del tomo IV, dividido en 42 títulos, y formando un código penal completo, pero muy infeliz en razón de los tiempos en que se hizo.

(Carrara, *Programma*, Sesta edizione, 1886).

res de los cuerpos, que han realizado la ley eterna del orden físico y que la conservan inmutable.

§ 590.

Del mismo modo ha empleado, para ordenar el mundo moral, las dos fuerzas rivales de propensión instintiva y de aversión, potencias primitivas, maravillosos motores de la voluntad, que fueron la manifestación de la ley natural reguladora del orden moral en la sociedad, con anterioridad á todo cálculo racional y á toda disposición de los legisladores humanos.

§ 591.

Y como la humanidad estaba destinada por la ley de la naturaleza á encontrar *su orden propio* en la sociedad civil, los primeros hombres se vieron impulsados á establecer entre sí relaciones permanentes, por la fuerza de una necesidad moral vagamente sentida, antes de que el cálculo y la observación de los resultados útiles hubiesen probado racionalmente la necesidad de vivir, como lo hacemos nosotros, en el *Estado*.

§ 592.

Del mismo modo, los primeros hombres se vieron impulsados por el sentimiento de la *venganza* á infligir un mal al que había hecho un mal á otro, aun antes de que los cálculos racionales hubieran demostrado que esto era conforme á la justicia é indispensable á la protección de los derechos del hombre. He aquí como la Providencia conduce á las criaturas, á su pesar, á la observancia de sus leyes. La armonía universal es el resultado de un principio único establecido por el Todopoderoso, como instrumento del orden y del progreso en la creación, ya en el mundo físico, ya en el mundo moral.

§ 593.

El sentimiento innato de la *venganza privada*, siendo por su naturaleza una pasión, fué sin embargo elevado á la categoría de un derecho: derecho exigible, derecho hereditario, derecho renunciable á opción del ofendido, derecho que durante siglos fué considerado como *exclusivamente propio del ofendido* ó de sus parientes.— Tal es el origen *histórico* de la penalidad. Lo encontramos en los libros de Moisés, en Homero, y los viajeros lo han encontrado en Asia, en Africa y en los pueblos del Nuevo Mundo.

§ 594.

Después, desarrollándose la civilización bajo la influencia de la religión, tomó ésta la dirección de todos los sentimientos del hombre, y se pensó que los sacerdotes debían ser los *apreciadores* de la venganza privada. Una vez que la idea religiosa penetró en la penalidad, y que los juicios tomaron la forma teocrática ó semiteocrática, la concepción de la *venganza divina* sustituyó á la de la *venganza privada*. Pensamiento muy útil y muy civilizador en un principio, porque esos hombres groseros en su ferocidad, que consideraban la venganza como un derecho propio, no habrían consentido en declinar este pretendido derecho en manos de otros seres semejantes á ellos. Al contrario, fué fácil persuadirlos á que abandonaran este sentimiento, diciéndoles que su ejercicio era un derecho exclusivo de la divinidad.

§ 595.

Mas el progreso de la civilización hizo adquirir á los pueblos la idea del *Estado*, y personificada de este modo la sociedad civil, se fundó sobre esta nueva idea la

organización del gobierno, desembarazándola poco á poco de toda alianza teocrática. A esta nueva idea se adaptó entonces el viejo principio de la *venganza* en las penas. No se vió ya en el *delito* una ofensa hacia el *particular* ó hacia la *divinidad*, sino una ofensa á toda la *sociedad*. No se vió ya en la pena una *venganza privada*, ó una *venganza divina*, sino una *venganza de la sociedad ofendida*.

§ 596.

Así, pues, luego que el sacerdocio hubo quitado al particular el poder de castigar, con el objeto de hacerse el solo árbitro supremo, se vió á su turno arrebatado ese poder por la autoridad que regía el Estado, como representante de la nación ofendida; al principio los delitos sociales y después los religiosos, fueron sustraídos de la jurisdicción del clero, quedando su represión encomendada á las leyes civiles y á las decisiones de los magistrados.

§ 597.

Por lo demás se persistió siempre, en todo el curso de esta sucesión de ideas, en considerar la *venganza* como la idea dominante en el castigo del culpable, y se vivió durante siglos teniendo como buena la fórmula de la *venganza* (*privada, divina ó pública*) sin inquietarse mucho por la legitimidad jurídica de las penas. Este pretendido *derecho de vengarse* parecía tan natural y tan sagrado, que únicamente hubo divergencia sobre el punto de saber á quién pertenecía, y por consiguiente *en nombre de quién* debía ejercerse. He aquí el origen *histórico* de la pena, tal como ha sido demostrado, puede decirse, por la tradición de todos los pueblos. También los filósofos antiguos (sin exceptuar á Cicerón (1)) han

empleado á menudo como sinónimas las palabras *ullio*, *defensio* y *pæna*.

---

(1) Véase Thomasio, *Inst. jur. div.*, lib. 3, cap. 7.

### Artículo segundo.

Origen filosófico de la pena.

#### § 598.

Los que reflexionan no se contentan siempre con razones vulgares para explicarse la ejecución de ciertos actos: se remontan á la contemplación de la idea abstracta de la justicia, porque sienten la necesidad de legitimar los actos del hombre por un principio racional. También, aun en la antigüedad, no faltaron filósofos que, en tanto que los pueblos obedecían en el castigo al sentimiento de la venganza, buscaran una razón más elevada y más verdadera que la de un sentimiento feroz y vicioso. Pero estas ideas no fueron más que fulgores pasajeros; era al siglo XVIII á quien estaba reservado organizar el derecho penal en una teoría filosófica enteramente especial.

#### § 599.

Fué entonces cuando las cuestiones fundamentales del derecho penal comenzaron á preocupar los espíritus y tomaron una importancia preponderante en las ciencias filosóficas. Entonces se comprendió la necesidad de dar á la *pena* una razón *jurídica*, y de investigar si este hecho repetido durante tantos siglos, por el cual una criatura humana era despojada á su pesar de los derechos más sagrados, era un abuso de la fuerza ó el ejercicio irrecusable de un derecho.

§ 600.

He aquí el estudio del *origen jurídico* de la pena, que sigue al de su origen *histórico*. No se investiga ya porqué los hombres *han obrado* de tal modo, sino porqué *podían* y *debían obrar así*, á fin de que, encontrando el hecho un fundamento *jurídico*, pueda ser continuado con seguridad conciencia por los que gobiernan los pueblos, y de que éstos los respeten, no como el desahogo de una de las pasiones más fuertes, sino como el legítimo ejercicio de un derecho al cual el delincuente trata de oponerse.

§ 601.

En esta investigación los publicistas modernos han tomado diversos caminos, con frecuencia contradictorios. Pero la exposición de los numerosos sistemas imaginados para demostrar que el castigo es un derecho y la refutación de cada uno de ellos, excedería los límites de este programa (1). Me limito, pues, á indicar el sistema que me parece verdadero y superior á cualquier otro.

---

(1) Es tal vez imposible enumerar todos los sistemas que han imaginado los publicistas para dar al derecho de castigar su principio fundamental; es también difícil distinguirlos, porque con frecuencia se identifican en el fondo á pesar de ser diferentes en el modo de exponerse. Indicaré, sin embargo, los siguientes:

1º La *venganza*. Hume, Pagano, Vecchioni, Bruckner, Raffaelli, Romano, etc., han confundido el origen *filosófico* con el origen *histórico*; han admitido que una mala pasión puede convertirse en un derecho exigible, y en el deseo de venganza, el cual dicen que es innato en el hombre, han encontrado la legitimidad del derecho de castigar; idea que contiene una contradicción moral.

2º La *venganza purificada* (Luden). La sociedad castiga para que el ofendido no se vengue. Esta idea ha tenido un período de aplicación histórica en las leyes bárbaras: imponiendo la pena de la *composición*, trataban estas leyes de estorbar las discordias de los particulares, como lo prueba claramente la pena dictada por una capitular de Carlomagno contra el ofendido que no aceptara la composición: Georgisch, *Corpus juris germa-*

*nici*, col. 1138, leg. Car. M. 1, 19. Pero, como principio racional, esta idea es *incompleta*; falsea el *objeto* del derecho penal, porque convierte la pena en una *protección*; y no dando razón del *derecho* de hacerme mal por cuanto se teme que *otro* no se venga de mí, echa mano del principio de la *utilidad*.

3º El derecho de *represalias*: fórmula imaginada recientemente por el americano Francisco Lieber en un escrito publicado en Filadelfia en 1838, y que en el fondo no es más que un disfraz de la venganza.

4º La *aceptación*: sistema absurdo y abandonado, en el cual se evade la cuestión haciendo notar que habiendo sido promulgada la ley que impone la pena, el ciudadano al cometer el delito que sabía era castigado de esa manera, se ha *sometido voluntariamente* á esta pena, y no tiene derecho de quejarse; sistema que tiene el doble defecto de preferir una voluntad arbitrariamente presunta, á la voluntad contraria de no ser castigado manifestada positivamente por el delincuente, y de suponer la calidad de enajenable en derechos que no la tienen.

5º La *convención* (Rousseau, Montesquieu, Burlamaqui, Blackstone, Vattel, Beccaria, Mably, Pastoret, Brissot de Warville), ó bien la *cesión* á la sociedad del derecho privado de defensa *directa*. Los unos, en efecto, se limitan á afirmar la *convención*, sin hablar del derecho de hacerla, los otros suponen la *cesión* (Filangieri) del derecho que tiene la persona atacada de matar á su agresor: sin notar el anacronismo en que caen y la diversidad esencial de condiciones entre uno y otro derecho, ó bien imaginando que el derecho de castigar (Grotius, Locke, Micheli, Foikersma) pertenecía por ley natural al ofendido para garantizarse de las ofensas ulteriores de sus enemigos. En todos estos casos se parte de una hipótesis falsa y absurda.

6º La *asociación* (Puffendorf). La constitución de la sociedad da nacimiento al derecho de castigar, por la sola fuerza de la unión social. Idea *enteramente* empírica que explica el hecho por el hecho mismo, y se remonta al sistema de la convención, chocando así con el principio de que el hecho de los padres no puede encadenar la libertad de los hijos.

7º La *reparación* (Klein, Schneider, Welcker). Es un principio absoluto que el que ha causado un daño debe repararlo. Por consiguiente, el delincuente debe reparar el daño que ha causado á la sociedad. Idea que desnaturaliza la pena y que confunde su *fin* con el *principio*.

8º La *conservación*. La sociedad, al castigar, ejerce el derecho que tiene todo ser de *conservarse*; ahora bien, no puede conservarse si no detiene el brazo de los demás castigando al *delincuente*. Esto es lo que se expresa, ya por la simple fórmula de la *conservación* (Schulze, Busatti, Martin), ya por la fórmula de la *defensa social indirecta* (Romagnosi, Comte, Rauter, Giuliani), ó ya por la fórmula más vaga de la *necesidad social* (Feuerbach, Krug, Bayer, Carmignani). Idea peligrosa, porque reviste á la autoridad de una arbitrariedad terrible y, por otra parte, indica la *razón* del castigo pero no demuestra porqué la sociedad tiene el *derecho* de castigar á *una persona* para atemorizar á las demás.

9º La *utilidad* (Hobbes, Bentham). Principio que reposa sobre el falso postulado de que la *utilidad* (entendida en el sentido del bien *materiale*) forma el principio supremo del bien *moral* y un fundamento suficiente del derecho.

10º La *corrección* (Rœder, Ferreira, Mazzoleni, Marquet-Vassefot).

La sociedad tiene el derecho de castigar al culpable para *corregirlo*. Idea seductora pero que *desnaturaliza* la pena; y que no puede justificar el *derecho* pretendido sino haciéndolo derivar del *interés* social, de suerte que entra en el sistema de la *utilidad*.

11º La *expiación* (Kant, Henche, Pacheco). Es un principio de *justicia* absoluta que el que ha *hecho mal* debe expiar su culpa sufriendo un mal. Fórmula demasiado lata que autoriza á la sociedad á vigilar la moralidad *interna* más bien que la *externa*, usurpando la autoridad civil, por lo tanto, un atributo de la Divinidad. La escuela ecléctica le ha puesto por límite la defensa social (Broglie, Rossi, Guizot, Remusat, Pouhaer, Béliame, Haus). Pero si se ha suprimido de este modo el vicio principal, no se han destruido los demás defectos, porque cuando tomamos por fundamento principal de la pena la expiación, y hacemos de ella una *anticipación* de la justicia divina, sufrimos forzosamente las exigencias de la *moral* en la medida de las penas y atribuimos al hombre conocimientos que no pertenecen más que á Dios. Con igual razón se reprochan estos mismos defectos al sistema de la *decaencia* (Schmalz, Fichte), sistema que consiste en *afirmar* que el hombre, al cometer un delito, *depone su dignidad*, y se puede desde entonces despojarlo sin injusticia de sus derechos. Compréndese que no debe verse aquí sino una *aserción* y nada más. Todas estas fórmulas que tienen por base un principio *mora abstracto* muestran perfectamente que el delincuente *merece* ser castigado, pero no explican porqué el castigo es infligido por la autoridad social y exclusivamente por ella: de suerte que, para llegar á este resultado, es necesario una segunda teoría y una segunda demostración. Es por esto por lo que la fórmula de la necesidad social tiene necesidad de una segunda teoría para demostrar la razón de ser del Estado.

12º La *defensa continuada*. Esta fórmula ha sido recientemente propuesta por Thiercelin (*Revue critique*, 1863, vol. 22, pag. 253) como un principio nuevo, pero no me parece más que un simple desarrollo del principio de la *defensa directa*.

Véase sobre estos diferentes sistemas: Franck, *Philosophie du droit pénal*, 1ª parte y su disertación publicada en la *Revue contemporaine*, París, 1862; Bertauld, *Etudes sur le droit de punir*; Ortolán, *Eléments de droit pénal*, §§ 176 á 189;—Trébutien, *Cours élémentaire de droit criminel*, cap. I; Tissot, *Droit pénal*, tomo 1, pag. 195;—Haus, *Du principe d'expiation*;—Mamiani y Mancini, *Lettere intorno alle origini del diritto di punire*;—Tolomei, *Diritto penale filosofico e positivo*, § 32 y sig.: este autor, en sus *Eléments di diritto naturale*, § 630, había ya enseñado una fórmula que, á mi parecer, se identifica implícitamente con la mía, y á la cual nos hemos encontrado conducidos casi al mismo tiempo á nuestro pesar.

## § 602.

El derecho de castigar que pertenece á la autoridad civil emana de la *ley eterna del orden* aplicada á la humanidad; lo cual equivale á decir que emana de la *ley natural*. Cuando digo *ley natural, derecho natural*, no

entiendo por *naturaleza* las *condiciones materiales* de la persona humana. Esta falsa idea, que ha engendrado tantos errores, conduce á confundir los *apetitos* y las *necesidades* del hombre considerado como individuo, con los *derechos* de la humanidad. Los apetitos humanos pueden ser algunas veces la revelación espontánea de la ley natural, cuando son conformes á la razón, es decir, cuando están de acuerdo con el derecho de todos. Pero la ley natural no debe confundirse con la voz que en ciertos casos la proclama. *Precede* á estos apetitos, no *procede* de ellos; del mismo modo ella precede á todo hecho, á toda disposición del hombre. La ley natural es como la concebía Aristóteles: la ley del orden preestablecida para la humanidad por la suprema inteligencia.

§ 603.

En esta fórmula vienen á confundirse el principio de la justicia absoluta (en el cual la ley natural es el tipo primitivo), el principio de la conservación (en el cual es el instrumento providencial) y el asentimiento espontáneo de la conciencia universal que proclama constantemente esta ley. Estas tres ideas (1) se confunden en esta fórmula no como tres cosas distintas que la fantasía de un eclético reuniera para formar un sistema, sino como tres elementos ó condiciones ligados por su naturaleza en un principio *único* del cual no pueden ser separados.

---

(1) La *justicia*, la *utilidad*, la *simpatía* están contenidas necesariamente en la ley suprema del orden: impuesta á la humanidad por un Dios justo, esta ley no puede ser sino *justa*; impuesta por un Dios bienhechor para el bien de la humanidad, no puede ser sino *útil*; grabada por un Dios todopoderoso en la conciencia de todos, no puede ser sino *simpática*, es decir, que debe encontrar en la historia el reconocimiento universal y espontáneo de todas las naciones. Pero es necesario estudiar esta ley suprema en la razón pura, y no buscar su texto en la historia, porque con frecuencia, y durante larguísimo períodos, las pasiones han sustituido la ini-

quidad á la justicia, la utilidad de las minorías á la de las mayorías, y el sentimiento de algunos al sentimiento de un gran número. De este modo, la fuerza dominante ha impuesto leyes que, en lugar de ser la aplicación lógica de la ley suprema del orden, la desconocen y pisotean; por esto las leyes humanas con demasiada frecuencia, por consecuencia de semejantes aberraciones, han sido *injustas, dañosas* al progreso de la humanidad y antipáticas á los que ellas regían. (A)

§ 604.

Que, para la sociedad, el derecho de castigar deriva de la ley natural, se demuestra por la serie de las proposiciones incontestables que siguen:

1º—Existe una ley eterna, absoluta, formada del conjunto de los principios que dirigen la conducta externa del hombre, la cual ha revelado Dios á la humanidad por medio de la conciencia. Esta ley ha sido expresada del modo siguiente por los juristas teólogos: *legem naturalem hominibus imponere Deus et potuit, et debuit, et voluit*. No podemos negarla sin negar que una inteligencia haya precedido á la creación, ó sin rehusarle los atributos de la sabiduría y de la bondad.

2º—Esta ley concede al hombre *derechos* que le son *necesarios* para cumplir su destino en este mundo. Cuando se ha reconocido que el hombre está sujeto por el creador á *deberes*, no se puede sin caer en un absurdo desconocer que la ley *moral* tiene también el carácter de ley *jurídica*, vista la contradicción que habría en que una ley impusiera deberes sin acordar *derechos* que son el medio indispensable para cumplirlos.

3º—De la necesidad absoluta que existe en los hombres de gozar de estos derechos, resulta forzosamente para ellos el derecho de ejercer, aun con coacción, la defensa

---

(A) Este es el concepto puro de la verdadera *justicia* en su modo de ser absoluto, y de la cual decía San Agustín *remota justitia quia sunt regna nisi magna latrocinia?* Pero de la palabra *justicia* se ha abusado, como de tantas otras palabras, y así se dice *ajusticiar* por *ahorcar* á un hombre.—(Carrara, *Programma*, Sesta edizione, 1886).

contra los que, arrastrados por un instinto malvado, violan el deber impuesto recíprocamente á todos de respetarlos.

4.º—Del libre ejercicio de estos derechos, y correlativamente de la obediencia al deber de respetarlos, nace el orden moral externo exigido por la ley natural.

5.º—La necesidad de este orden, es decir, la protección efectiva de los derechos de la humanidad, no se satisface en la sociedad natural, por la doble razón de la imposibilidad de asegurar el juicio del derecho y de su violación, y de la impotencia material de impedir ó de reparar la lesión del derecho.

6.º—Es, pues, una necesidad de la naturaleza humana el estado de *sociedad civil*, es decir, de una sociedad en la cual, sobre los miembros que la componen, exista una autoridad que garantice el orden externo. De suerte que el orden de la *sociedad civil*, bien lejos de oponerse al *orden natural*, es al contrario el único orden que la *ley natural* impone á la humanidad.

§ 605.

Esta serie de proposiciones conduce á la consecuencia inevitable de que la autoridad social exigida por la ley eterna del orden como el único medio de proteger los derechos del hombre, debe ser una autoridad armada de todas las fuerzas (1) que le son necesarias para alcanzar ese fin. Y estas fuerzas le son atribuidas, no por el consentimiento humano ó la conveniencia social, sino por esta misma ley que la ha exigido para *ese fin*.

---

(1) De este mismo fundamento de la *protección del derecho* se deduce para el Estado el derecho (ó más bien el *deber*) de establecer tribunales para cortar las diferencias entre los particulares, y de hacer ejecutar coactivamente sus decisiones: en una palabra, de constituir el *poder civil*. En tanto que esto basta para la protección del derecho, á eso se limita el poder del Estado. Cuando esto no es suficiente, es necesario valerse del poder de

policía y del poder penal. Pero nuestra fórmula de la *protección del derecho* ha sufrido una crítica (ó mejor dicho, dudas) de parte de Chrétien, de Caen, en una disertación titulada: *Droit de punition et droit de défense*, inserta en la *Revue critique*, tomo 33, año 1868, pag. 113. Para que estas dudas puedan ser bien apreciadas y comprendidas, transcribo todo el pasaje: "El señor Carrara, de la Universidad de Pisa, sostiene en general que el derecho del Estado deriva de la delegación parcial de un poder superior y divino que tiene por objeto asegurar la observancia sobre nuestro globo de la ley eterna del orden. Especialmente, el derecho de castigar tiene por base el derecho de tutela, *tutela giuridica*, que el Estado debe ejercer en provecho de cada uno de nosotros. Justificamos el sentimiento de profunda desconfianza que nos inspira esa palabra tutela, que sale tan á menudo de la pluma del autor, con ese sentido tan lato que es propio de la lengua italiana. Si el Estado es *tutor*, resulta que el hombre es un *menor*, un *incapaz*. El Estado estará rigurosamente obligado no sólo á proteger sus derechos contra ilegítimas usurpaciones, sino también á dirigir sus intereses. — Comprometido en esta vía por las palabras de que se sirve, el señor Carrara, aun cuando expresa verdades incontestables, les da un color poco tranquilizador para nuestras libertades individuales. Lejos de defenderlos (*tutelare*) y sobre todo de defenderlos á nuestro pesar (*anche a dispetto di noi*), el Estado debe dejar que nuestros intereses se muevan, se combatan, se venzan los unos á los otros, desde el momento en que son puestos en juego por personas en plena posesión de todas sus facultades humanas cuya seguridad no está amenazada."

Si tuviera la menor sospecha de que la fórmula *tutela giuridica* conduce á las consecuencias que señala Chrétien, sería, lo declaro, el primero en desaprobárla y combatirla; pero esos temores no reposan más que sobre una equivocación, que se refiere á la diferencia de los dos idiomas, y que no se presenta nunca ni puede presentarse en el espíritu de un italiano. La palabra *tutela* tiene un sentido especial en derecho civil: designa un *poder que dirige la inexperiencia de otro*; Chrétien ha creído ver en nuestra fórmula esta significación y ha pensado (como resulta evidentemente del contexto de su objeción) que, tomando por fundamento del derecho de castigar la *tutela giuridica*, concedemos á la autoridad social sobre los ciudadanos poderes iguales ó análogos á los que la ley civil da al tutor sobre el pupilo. — Pero la palabra *tutela* tiene el sentido más general de *protección y defensa*, y es en este sentido en el que nosotros y nuestros compañeros en doctrina (entre los cuales tenemos la dicha de contar á Legrix, *De la récidive*, cap. 1, Caen, 1868) empleamos aquí esta palabra. Que tal es el sentido en que debe tomarse lo prueba, á quien la considere atentamente, la sintaxis misma y el *epíteto* que agregamos: si hubiéramos dicho la *tutela dei cittadini* se habría podido dudar entre la idea de *dirección* (autoridad tutelar) que entraba la libertad individual de los ciudadanos, y el sentido de *protección*, de defensa de los ciudadanos. Pero al decir *tutela giuridica*, designamos evidentemente una *tutela* que tiene por objeto el *derecho*, y como el derecho es eterno y preexistente es imposible que expresemos la idea de una *tutela* de dirección, la idea de colocar el derecho en la *dependencia del prudente arbitrio de la autoridad*, idea que es absolutamente la antípoda de nuestro sistema. La *tutela del diritto*, la *tutela giuridica*, que tanta desconfianza ha inspirado al jurisconsulto francés, no expresa otra cosa que la

*defensa del derecho*, solo que la expresa por medio de una palabra más lata que comprende toda especie de defensa, ya anterior, ya concomitante ó ya posterior á la agresión dirigida contra el derecho. Pero si el derecho es lo que se trata de defender, de proteger (*tutelare*), sería contradictorio á esta idea de la protección admitir un poder que *moderara*, que *reprimiera* ó *limitara* este derecho de algún modo, aunque fuera excediendo las condiciones internas de su naturaleza. La palabra *tutela* en nuestra fórmula tiene precisamente el sentido en que se la ha empleado durante muchos siglos en la fórmula clásica *moderamen inculpatæ tutelæ*. Véase, por lo demás, en cuanto á la fórmula propuesta por Chrétien la nota del § 3939 (segunda edición).

§. 606.

Pero las fuerzas puramente *remuneradoras* (1) y las fuerzas *preventivas* de la autoridad social no llenarían su fin, sin el derecho de castigar á los violadores de la ley jurídica; pues esta misma ley que exige la autoridad y su fin, le confiere también el derecho de castigar. Si hay algún hecho que, examinado á *posteriori*, aparezca evidentemente como el desarrollo de un principio universal y absoluto, es el del castigo del culpable.— Revelado al hombre en todos los tiempos y en todos los lugares bajo la forma del sentimiento de la venganza, purificado en los primeros fulgores de la civilización por la idea religiosa, vuelto por el progreso de las luces á su verdadero carácter exclusivamente terrestre, y en fin, llevado á su último desarrollo cuando se ha visto en él no un derecho del ofendido, del sacerdote ó del soberano, sino un derecho de la humanidad, el poder de castigar ha conservado á través de todas las ideas y de todos los sistemas una autoridad ante la cual las pasiones humanas se han inclinado siempre y en todas partes. Esto demuestra, lo repito, que si hay algún principio que revela con evidencia que emana de la ley eterna que rige á la humanidad, es el del castigo del culpable sobre la tierra.

---

(1) No hay necesidad de demostrar la insuficiencia de los medios

*remuneradores.* La recompensa de los buenos y de las buenas acciones puede ser un poderoso instrumento de mejora social relativamente á aquellos cuyas intenciones son buenas: ella les da la fuerza y la impulsión necesaria para cumplir los sacrificios que algunas veces exigen los grandes actos de virtud. Pero para los que están inclinados al mal, la recompensa es letra muerta. Inaplicable materialmente como medio de impedir los delitos, el método de las recompensas sería, además, vano é irrisorio en presencia de las pasiones que inducen al delito, porque presentan á los ojos del hombre seducido por ellas, en la satisfacción del apetito sensible, una ventaja superior en mucho á la de la recompensa prometido por el Estado, ya sea sensible ó suprasensible.

### § 607.

Por más dudas que puedan suscitarse acerca de la legitimidad del castigo infligido por la autoridad social, no puede negarse que la sociedad civil exige como *única razón absoluta* de existencia, la necesidad de castigar las ofensas causadas á los derechos del hombre.

Para las necesidades *físicas é intelectuales* de la humanidad bastaría, en efecto, una simple *sociedad natural*, regulada por el principio de una perfecta igualdad, sin autoridad y sin leyes. ¿Porqué se dice, pues, que la sola asociación no basta á la naturaleza humana, sino que la sociedad civil, es decir, la autoridad, le es necesaria? Únicamente por causa de las necesidades *morales* del hombre, las cuales sin la autoridad no serían satisfechas, vista la ausencia de toda protección posible del derecho. La necesidad de castigar es la única razón de ser de la autoridad. Suponed que nadie violara nunca el derecho de otro, ó que la ley moral tuviera por sí misma una fuerza de coacción suficiente ó una sanción suficiente, como sucede con las leyes físicas, y la autoridad sería entonces una cosa superflua y una injusticia. La mutua asistencia exigida por las necesidades de la humanidad, y el progreso indefinido del espíritu humano que marcha apoyado sobre la tradición, encontrarían todo lo que les hace falta en la simple asociación fraternal, á la cual es

conducida y en la cual se mantiene la humanidad por la impulsión irresistible de su naturaleza.

§ 608.

Pero la ley moral es susceptible de violación, en razón de la libertad del hombre y de las pasiones culpables que lo arrastran violentamente al mal; ahora bien, esta ley moral tan expuesta á ser violada, no tiene en la tierra por sí misma una coacción eficaz, ni una sanción inmediata y sensible. Las necesidades de la humanidad pedían que esta coacción y esta sanción vinieran á completarla, y el instrumento que la ley eterna destinaba á esta función era la autoridad social: ella llena su cometido por medio de la coacción *preventiva* (oficio de la policía, *buon governo*), y por la amenaza y la aplicación de un mal sensible á los violadores del derecho (poder de represión), y de este modo protege legítimamente los derechos de los hombres y los suyos propios. El fin principal de la sociedad civil es el de fundar el *reinado*, sin ella imposible, *de la ley jurídica*, es decir, hacer vivir á los hombres unidos, gracias al lazo común de la obediencia á la ley del derecho. Toda lesión al derecho individual se opone al *fin* de la sociedad civil, lo que hace que la sociedad sea también dañada. La autoridad social tiene, pues, el derecho de hacer todo lo que sea necesario para alcanzar el *fin* de la *protección jurídica*, y por lo tanto tiene el derecho de conservarse y de defenderse por sí misma, puesto que conserva y protege el instrumento que la ley eterna del orden ha preestablecido como indispensable para hacer *completa* la ley moral. De aquí el derecho para la autoridad de ejercer una coacción *física*, á fin de impedir un delito no cometido todavía; de aquí el poder que tiene de ejercer una coacción *psicológica* sobre los que se inclinan al mal, de amenazarlos con una pena sensible para el caso en que, cediendo al ape-

tito del bien sensible, violaran la ley del derecho. Y como la sola eficacia de la coacción física no bastaría para llenar esa necesidad, se deduce que el poder de represión deriva propiamente de una *necesidad de la naturaleza humana* y no de una *necesidad social* (1).

(1) La fórmula de Carmignani, que ha visto en el derecho de castigar un *jus politicae necessitatis*, aunque menos defectuosa que tantas otras imaginadas con el mismo fin, no responde á las necesidades de la práctica. En efecto, necesidad política quiere decir necesidad de la ciudad, del Estado; ahora bien, el culpable que se ve sujeto á una pena puede siempre responder que no reconocía la razón de ser del Estado, de la ciudad; y si se le repite el argumento ordinario: que las necesidades físicas é intelectuales de la humanidad y su destino á un perfeccionamiento indefinido exigen el estado de asociación, sin recurrir en modo alguno á los delirios del filósofo de Ginebra, puede admitir que á la verdad el hombre es sociable por su naturaleza, y que la asociación es el destino de la humanidad, pero puede continuar negando que esta asociación pueda separarse de los fines de una asociación puramente fraternal fundada sobre el principio de la igualdad, rechazan la legitimidad de un gobierno constituido y declararle un resultado de la fuerza. Por lo tanto, cuando por toda razón del castigo se le alega la necesidad política, se recurre á un postulado que él niega radicalmente, y se ve uno en la necesidad de dar una segunda demostración para justificar la constitución de la sociedad bajo la forma de Estado, y la legitimidad de la prohibición y del castigo. La fórmula *necesidad política* es, pues, incompleta, puesto que permite reclamar la demostración de porqué esta necesidad es productora de derechos. Pero cuando se hace remontar la razón de castigar á la ley jurídica primitiva considerada en los individuos, la necesidad de castigar queda demostrada como derivante de esta ley, y por lo tanto demostrada la necesidad de la sociedad y de la autoridad. El culpable no puede, sin un sofisma y una contradicción evidente, negar estas verdades, cuando son resumidas en esta fórmula. En efecto, cuando él pide razón á la sociedad de la *prohibición* y del *castigo* por el cual se le priva de ciertos derechos, afirma la existencia en sí mismo de aquellos derechos de los cuales pretende contrastar á la autoridad el poder de despojarle. Ahora bien, afirmándolos en *sí mismo*, se ve forzado á reconocer una ley jurídica universal y á confesar que estos derechos existen también *en los demás*. Si los reconoce en los demás, es preciso que confiese *que no tiene derecho* de despojarlos de ellos como lo ha hecho por la acción criminal, y convendría en el derecho que tienen los demás de defenderse contra él: y entonces aparece la razón de la diferencia de situación entre ellos y él: éstos, no habiendo sido los primeros en violar la ley jurídica, tienen el derecho de invocar la protección de esta ley, y de considerarse *injustamente* despojados por él; en cuanto á él, como ha sido el primero en violar la ley jurídica, no puede, sin contradicción, invocar la protección de esta ley en los límites en que el derecho que él afirma se encuentra en colisión con el derecho de los demás. Por lo tanto, el derecho *in genere* de prohibir y de castigar no puede, sin falta de

lógica, ser negado por el culpable, puesto que, en su oposición, se funda sobre el postulado de la existencia de una ley jurídica, la cual tiene que reconocer forzosamente como universal y común para todos; ahora bien, el reconocimiento del derecho es inseparable del reconocimiento de la facultad de defenderlo. He aquí porqué he creído no deber aceptar la fórmula de mi ilustre maestro: si se toma en sí misma, es una fórmula empírica, y si se quiere referirla á un principio racional superior, este principio no puede encontrarse más que en la ley natural, primera fuente del derecho y de su soberanía. La *sociedad civil*, ó de otro modo, la *ciudad*, bien lejos de ser la *causa* del derecho, es el primer *efecto*. No es ella quien crea la ley jurídica, es la ley jurídica quien crea el Estado como medio de hacerse respetar. Encuentro perfectamente justa la observación crítica de Thiercelin (pag. 202 y sig.) “que la fórmula *necesidad social* cae en el error demasiado frecuentemente de confundir el *derecho* con lo que lo garantiza”.

§ 609.

El derecho que tiene la sociedad para castigar, considerado como complemento y sanción indispensable del precepto moral, como causa de la existencia de la sociedad, como prescripción de la ley eterna del orden en la humanidad, reposa, pues, sobre los tres principios de la utilidad, de la justicia y de la simpatía: de la *utilidad*, porque la ley natural tiende únicamente á la felicidad del género humano; de la *justicia*, porque la ley natural, como ley divina, tiene por regla la justicia absoluta, la cual exige el castigo del que hace mal; de la *simpatía*, porque la ley natural, revelada por Dios en el corazón de todos los hombres por medio del sentido moral y de la recta razón, no puede dejar de encontrar un eco de aprobación de sus voluntades en todos los corazones que no están pervertidos por la pasión. Pero estos tres principios no son de los que se aproximan en virtud de un sistema, son las condiciones originales é inseparables de la ley natural.

§ 610.

La pena no es solamente el resultado de una necesidad de la justicia que exige la *expiación* del mal moral:

Sólo Dios tiene la medida y el poder necesario para exigir la expiación conveniente (1). No es una simple defensa que el *interés* de los hombres se procura con detrimento de los demás. No es la satisfacción de un sentimiento del hombre que trata de tranquilizar su espíritu con relación al *peligro* de ofensas futuras. La pena es la sanción de un principio establecido por la ley eterna, que tiende siempre á la conservación de la humanidad y á la defensa de sus derechos, que siempre sigue el camino de la justicia y que responde siempre al sentimiento de la conciencia universal.

---

(1) Como desarrollo natural de esta verdad, y á fin de desterrar para siempre del derecho penal toda idea de expiación, Franck ha propuesto suprimir perpetuamente de nuestra ciencia la palabra *pena* y sustituirla con la palabra *represión*.

### § 611.

El sistema penal, siendo reconocido como una emanación de la ley natural, debe en consecuencia regularse según las condiciones esenciales de la fuente de que deriva. Todo sistema penal que se aleje de una sola de estas condiciones es injusto, antipático y forzosamente dañoso, porque las reglas de la justicia eterna son absolutas é inviolables. De conformidad con estas ideas, veo el principio *fundamental* del derecho penal en la necesidad de defender los derechos (1) del hombre, veo en la justicia el *límite* de su ejercicio y en la opinión pública el moderador de su *forma*.

---

(1) La fórmula *defensa del derecho (tutela giuridica)* es evidentemente distinta en su esencia de la fórmula *defensa social (tutela sociale)*.— La escuela ecléctica ha sentido la necesidad de agregar á esta última la idea del límite de la justicia, idea que, para la fórmula de la *defensa social*, es una cosa *extrínseca, ulterior*, agregada para hacer aceptar la doctrina. Habría necesidad de usar de este expediente puesto que la fórmula de la *defensa social* da al castigo un principio enteramente *material*, y lo deja á la mer-

ced de las exigencias caprichosas y á menudo exorbitantes de la *utilidad*. Al contrario, en la fórmula de la *defensa del derecho*, el límite de la justicia es una cosa natural, intrínseca, inseparable, porque cuando se dice que la autoridad debe defender el derecho, se dice que debe defenderlo tanto en el ofensor como en el ofendido, ó de otro modo, que debe castigar á uno para defender al otro, pero no más allá de las necesidades de la defensa, sin lo cual violaría el derecho del ofensor, y la pena vendría á ser injusta por exageración y no encontraría ya apoyo en la suprema razón de la defensa del derecho. Entre los criminalistas modernos el que se ha acercado más á nuestra fórmula es Ortolán (*Cours de droit pénal*, n.º 176 y sig. y n.º 185 y sig.) Hace notar además, que la fórmula *defensa social* se presta á una interpretación *equivoca*; en efecto, la palabra *social* puede tomarse *activa* ó *pasivamente*. Se toma *pasivamente* cuando se entiende que el derecho primitivo de castigar tiene nacimiento en la sociedad para la defensa *de esta misma sociedad*; y en este sentido la fórmula es antinatural y falsa. Se toma *activamente* cuando se entiende que el derecho primitivo reside en el individuo, y que la sociedad debe ejercer su defensa: en este sentido, responde á la teoría que tengo por verdadera. Si se dice *defensa social* es para expresar que *defiende* y no que es *defendida*. Pero, por lo demás, esta fórmula es inaceptable, precisamente por el peligro de equivocación que encierra.

### § 612.

Esto conduce á la conclusión de que la *libertad del hombre* es en definitiva el fundamento del derecho penal. Destinado por la ley de su creación á ejercer libremente su actividad sobre la tierra en los límites del respeto á la libertad de sus semejantes, el hombre está colocado *ab aeterno* bajo el imperio de la *ley moral*, la cual regula al mismo tiempo sus derechos respecto á los demás y sus deberes hacia ellos. Pero esta libertad no sería real si el freno de una autoridad no asegurara la eficacia de la ley. No es, pues, la sociedad quien hace nacer el derecho de castigar, es *la necesidad de castigar* á los violadores del derecho la que hace nacer la *sociedad civil*: ésta es un resultado necesario de la ley natural, no como *fin* sino como *medio*, como *instrumento* para la represión de la licencia y protección respectiva de la actividad humana. Si se niega que el derecho sea preexistente á la sociedad civil, si no se ve que esta ley eterna es la razón de ser de la autoridad, su auxiliar indispensable, es ne-

cesario en tal caso caer en uno de estos dos extremos, ó bien encadenar la razón humana á un dogmatismo engañoso, ó bien aventurarse sobre el frágil y movedido terreno de la utilidad. En el primer caso, se abandona el derecho penal á la teología y necesariamente se le subordina á un principio falso en los pueblos que no gozan de la verdad de la revelación; en el segundo caso, se le entrega al capricho de las pasiones. Toda otra fórmula no es más que un nuevo juego de palabras, en cuyo fondo se encuentra el vacío ó bien una de estas dos ideas. No hay más que la fórmula de la ley del orden terrestre que mantenga el derecho penal en su verdadera condición de ser un hecho puramente humano, exento de todo ascetismo y tendiendo únicamente á un *fin humano*; un hecho que se refiere á un *principio absoluto*, inquebrantable é inmutable, ya en presencia de los furros de la multitud, ya en presencia de las violencias de algunos. El fundamento de nuestra fórmula es un *dogma*: un dogma universal que legitima las sociedades, los gobiernos, el poder penal y civil, y todo otro poder que exprese la autoridad de la inteligencia humana sobre el hombre; un dogma humanitario que persuade tanto á los cristianos como á los discípulos de los falsos profetas; el dogma por medio del cual el creador ha sometido á los hombres á una ley moral que es jurídica y perfecta, y por lo tanto la pena no es otra cosa que la *sancción necesaria de la ley moral jurídica*. Nosotros no somos más que instrumentos de Dios: gobernantes ó gobernados, no tenemos derecho más que para servir á sus fines.

---

## CAPÍTULO III.

76.

## DEL FIN DE LA PENA.

## § 613.

A menudo se confunde el *fin* de un *hecho* con la *razón de su legitimidad*: esto ha sucedido con la pena, y ha sido una fuente de errores. Las dos cosas son esencialmente distintas la una de la otra. El estudio del *principio fundamental* (1) de la pena conduce á descubrir el *criterio esencial* de las acciones criminales, esto es, el que debe haber en las acciones humanas para que puedan ser prohibidas; y el resultado de este estudio, según nuestra fórmula, se resume en lo siguiente: aquéllas deben ser acciones que lesionan el derecho, de las cuales no se puede obtener completa reparación por la sola *coacción* física, y que exigen una *sanción*. El estudio del *fin* de la pena conduce á descubrir los *criterios de la medida* de los delitos y por consiguiente, de las penas mismas.

(1) No sería posible enumerar todos los escritos relativos al derecho de castigar, pues hay pocos libros de derecho penal en que el autor no haya tratado con más ó menos extensión de este problema fundamental, y las disertaciones especiales sobre este asunto son también innumerables; por tanto, si se quisiera dar una bibliografía del derecho de castigar, habría que hacer una bibliografía universal del derecho criminal. Me limitaré á indicar algunas de las disertaciones menos conocidas: Hermann, *De fundamento juris puniendo*, Leipzig, 1793; Van Troyen, *De jure puniendi*, Groningæ, 1827;—Raussendorf, *De pœnis earumque finibus ex placitis juris nature recte estimandis*, Vitebergue, 1794;—Albecht, *De pœnis earumque finibus*, Vitebergue, 1792;—Rusca Franchini, *Specimen jurisprudentia criminalis*, Mediolani, 1775;—Calisti, *Sulla origine del diritto di punire*, Recanati, 1869.

## § 614.

El *fin* de la pena no es que *se cumpla la justicia*, ni que el ofendido sea *vengado*, ni que el daño sufrido por

él sea reparado, ni que los ciudadanos sean *intimidados*, ni que el culpable *expié* su falta, ni que se obtenga su *enmienda*. Todas estas cosas pueden ser *consecuencias accesorias* de la pena, y algunas de ellas pueden ser deseables, pero la *pena* sería un acto inatacable aun cuando todos estos resultados faltaran.

§ 615.

El fin principal de la pena es el restablecimiento del orden externo en la sociedad (1).

---

(1) Cock (*Diss. de fine pœnarum*), Feuerbach y otros han dicho que es necesario distinguir el *fin de la conminación de la pena*, y el *fin de su aplicación* efectiva; pero Bauer y Kœnigswarter han rechazado esta distinción como una vana sutileza, haciendo observar que no se puede asignar un *fin especial* á la ejecución de la pena. La ejecución no debe ser más que la consecuencia necesaria de la conminación hecha por la ley. Ahora bien, si el juez, al aplicar la pena, se propusiera un *fin diferente* de aquel que tenía en mira el legislador al dictarla, la condenación no sería ya la consecuencia necesaria de la ley, no sería ya una acción *justa*, sino una acción *política*, y en este fin diferente que suponemos el juez podría hallar una razón para no obrar de conformidad con la ley. Sin embargo, el ilustre Tolomei (*Droit pénal*, § 68, p. 47) ha creído conveniente reproducir esta distinción.

§ 616.

El delito ha ofendido *materialmente* á un individuo, ó á una familia, ó á un número cualquiera de personas. Este mal no se repara por medio de la pena.

§ 617.

Pero el delito ha ofendido á la sociedad al violar sus leyes; ha ofendido á todos los ciudadanos al disminuir en ellos la *opinión* de su *propia seguridad*, y al crear el *peligro* del mal ejemplo.

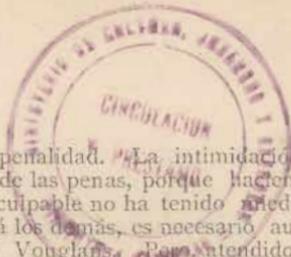
## § 618.

El peligro de la víctima ha pasado ya, puesto que se ha convertido en un mal efectivo; pero el peligro que amenaza á todos los ciudadanos es ahora presente: el peligro de que el culpable, si se le deja impune, renueve contra otros su hazaña, y el peligro de que otras personas, estimuladas por el mal ejemplo, se propongan á su vez violar la ley. Esto produce naturalmente el efecto moral de la aprensión, de la falta de confianza en la protección de la ley, que sobrecoge á todos los ciudadanos que tienen á su sombra la conciencia de su libertad.

## § 619.

Este daño puramente *moral* (§ 118) hace de la ofensa hacia uno solo una ofensa hacia todos, porque turba la paz general. La pena debe reparar este daño, *restableciendo el orden turbado por el delito*. La idea de *reparación* por la cual expresamos el efecto de la pena, encierra implícitamente estos tres resultados: la *corrección* del culpable, la *confortación* de los buenos, la *advertencia* hecha á los que son inclinados al mal; pero esta idea difiere en gran manera de la idea pura de la *corrección* y de la *intimidación*. Una cosa es *impulsar* al culpable á no cometer más delitos, y otra es intentar hacerlo interiormente bueno. Una cosa es recordar á los que tienen malas inclinaciones que la ley ejecuta sus amenazas, y otra es esparcir el terror en los espíritus. El temor y la corrección están contenidos implícitamente en la acción moral de la pena, pero si se quiere hacer de ellos un *fin especial* (1), se desnaturaliza esta acción y se conduce á absurdos al poder penal.

(1) Sin trabajo pueden percibirse las perniciosas consecuencias á que conducen necesariamente, por la fuerza de la lógica, la *intimidación* y la *co-*



corrección consideradas como fin principal de la penalidad. La intimidación conduce á una agravación progresiva perpetua de las penas, porque haciendo ver positivamente el delito cometido que el culpable no ha tenido miedo de la pena, se deduce de ahí que, para aterrar á los demás, es necesario aumentarla. Tal era el insensato argumento de Vonglans. Pero atendidos los defectos de la naturaleza humana, las penas no han logrado ni lograrán jamás impedir los delitos; por tanto, el curso perpetuo de los delitos conduciría, en virtud de aquel razonamiento, á la progresión perpetua de la severidad, sin límite alguno. La corrección, al contrario, por otra deducción lógica igualmente necesaria, conduce á sustraer á la pena al culpable corregido, lo cual vuelve la pena precaria, incierta, condicional, y destruye toda su fuerza moral. (A)

§ 620.

Los ciudadanos que tienen miedo á nuevas ofensas de parte del delincuente, cesan de temerlas, esperando que será retenido por la pena.

(A) Según estas palabras de la nota, unidas á la parte final del párrafo 619, el autor afirma que es un absurdo "sustraer á la pena al culpable corregido", porque esto la vuelve "precaria, incierta, condicional, y destruye su fuerza moral".—A pesar del respeto que nos merece toda idea emitida por el ilustre profesor pisano, pensamos que en esta ocasión sus deducciones lo han llevado demasiado lejos. En efecto, no sólo no nos parece un absurdo, sino que por el contrario creemos que es lo más natural que un delincuente, tan pronto como esté regenerado, deje de sufrir la pena. Debemos fijarnos en que Carrara admite ya que el culpable *está corregido*: que si él basara su objeción en la dificultad de conocer cuándo está en efecto corregido, su aserción sería tal vez más sostenible. Pero aquí no se trata de esto último: él asegura simplemente "que el culpable corregido no debe ser sustraído á la pena"; mas ¿con qué derecho, para qué fines y en virtud de qué principio práctico podría la autoridad retener en una prisión á un hombre que *está corregido*, á un sér incapaz de causar nueva ofensa, de quien la sociedad nada debe temer y sí esperar algo? Ni el *daño mediato*, ni el *daño inmediato* se reparan con seguirle aplicando la pena: con que el homicida, el heridor, el violador, el incendiario permanezcan en una prisión, ni el muerto resucita ni el herido sana, ni la doncella recobra su virginidad, ni el edificio quemado se reconstruye, ni desaparece el temor de los buenos, pues ya había cesado desde el momento en que se supo que el criminal *estaba convertido* en un hombre honrado. Nada, pues, ni aun el más exagerado deseo de conservar el orden social, podría justificar el que se privara al Estado de un hombre que se sabe que es útil. El autor llama *perniciosas consecuencias* las que resultan de la aplicación de la teoría correccional; pero, sin embargo, la práctica y las legislaciones de casi todos los países del mundo se han encargado de refutar su aseveración. En efecto, las reducciones de penas y las gracias por causa de buena conducta, así como la liberación condicional, ¿qué son

Los ciudadanos que temen de parte de los demás la imitación del culpable, cesan de temerla, esperando que el mal que se le inflige sea un *freno* al impulso del mal ejemplo. He ahí como resume la fórmula de la *tranquilidad* el fin de la pena. Esta fórmula expresa á la vez que la pena debe ser un *mal* y que debe ser una *defensa directa*: observación recientemente desarrollada por E. Llerio, y que antes de él por nadie había sido hecha. La pena está destinada á obrar sobre los *demás*, más aún que sobre el culpable (*moralmente*, se entiende); pero no basta que ella obre sobre los *malvados*, es necesario que obre suficientemente sobre los *buenos* para tranquilizarlos tanto con relación al delincuente mismo como respecto á sus posibles imitadores. Así, una pena que sea una sanción suficiente de la ley porque ejerza sobre los malvados una acción suficiente, oponiéndoles un mal más considerable que el fruto del delito, puede no ejercer bastante acción sobre los buenos para tranquilizarlos relativamente al culpable mismo. Hay necesidad de una detención prolongada para que los ciudadanos no puedan temer que el culpable vuelto á la libertad demasiado

---

sino aplicaciones del sistema correccional? Y allí está esa piedra de toque de las grandes verdades sociales, la Estadística, diciéndonos á cada paso y en todo lugar que las consecuencias de ese sistema no son *perniciosas*, no son *absurdas*, sino racionales, justas, convenientes, prácticas. Sólo aferrándonos ciegamente al rigorismo de ciertos principios, á la seducción de su encadenamiento aparentemente lógico, podemos llegar á desconocer hechos reconocidos por todos. Preferible nos parece, ciertamente, rebajar un tanto ese rigorismo de principios; y puesto que la naturaleza humana, por su variedad de manifestaciones en el carácter de cada hombre, no permite el que se aplique un castigo igual para todos los criminales de la misma categoría, no vayamos contra las leyes naturales, no busquemos en las penas caracteres ideales (como el de la *incondicionalidad*) que ni satisfacen la justicia, ni producen ventaja á la sociedad:—contentémonos con tener en la duración de ellas una elasticidad suficiente, tanto para no prolongar injustamente las que ya no tengan objeto, como para no arrojar de nuevo á la sociedad un hombre que de seguro ha de repetir sus crímenes.

pronto, comience de nuevo sus ofensas. He aquí como la idea de la *defensa directa* se une al fin de la *tranquilidad* (1) y viene á completar el criterio de la medida de las penas.

---

(1) Esto trae al caso la observación de que si la palabra *pena* expresa la *materialidad* del hecho social opuesto al hecho individual, la palabra *represión* responde mejor á su *fin* que es precisamente *reprimir*, calmar todas las fuerzas despertadas tanto en los buenos como en los malos por el espectáculo de un delito cometido. Reprimir, no las fuerzas *físicas* del delito que, en un hecho ejecutado, han producido su efecto irrevocable, sino las fuerzas *morales objetivas* del delito, en las cuales se resume todo su carácter social.

§ 622.

De este modo la *pena*, que en nada repara el mal material del delito, es un remedio muy eficaz y único contra el mal *moral*. Sin ella los ciudadanos, que por la repetición de los delitos sentirían de día en día disminuída su seguridad, se verían forzados á abandonar una sociedad incapaz de defenderlos.

§ 623.

El *fin* último de la *pena* es, pues, el bien social, representado por el orden que se asegura protegiendo la ley jurídica, y el efecto de la penalidad viene á confundirse con la causa que lo legitima.

§ 624.

Pero para alcanzar ese *fin* es necesario que la pena produzca ciertos efectos, que son como otros tantos fines más próximos á que la penalidad debe tender. Son estos fines los que determinan los *caracteres especiales* que deben exigirse de ella *invariablemente*.

§ 625.

Derivando estas *condiciones* de la penalidad de su principio absoluto, obligan al legislador mismo, el cual no puede prescindir de ellas, pues la ley del orden es, como ha dicho Bacon, la *lex legum*.

§ 626.

En tanto que trata de investigar esas *condiciones* esenciales, el derecho penal se mantiene á la altura de una *ciencia* puramente especulativa; pero cuando desciende á la elección de los mejores medios de realizar esos principios viene á participar del *arte* (como lo ha observado un gran filósofo, el senador Centofanti), porque sus investigaciones todas se dirigen á los medios prácticos de realizar el voto de esta ley superior y de alcanzar el fin que la ciencia le ha revelado.

---

## CAPÍTULO IV.

### DE LAS FUERZAS DE LA PENA.

§ 627.

Al examinar la pena en su aspecto jurídico, encontramos que se compone de dos fuerzas de la misma naturaleza de las que constituyen el delito (§§ 53 y sig.), y hay en esto perfecta analogía: la fuerza *física* y la fuerza *moral*.

§ 628.

La fuerza *física subjetiva* de la pena consiste en los

*actos materiales* por los cuales se inflige al culpable el mal que constituye el castigo. Sin un acto externo no puede haber pena, como no puede haber delito.

§ 629.

La fuerza *física* de la pena, considerada *objetivamente*, está representada por el bien arrebatado al delincuente ó, en otros términos, por el *sufrimiento efectivo*, resultado doloroso de la pena para el condenado, del mismo modo que la *fuerza física* objetiva del delito expresa el resultado dañoso del delito para el ofendido. La *fuerza física objetiva* de la pena se calcula en razón compuesta de su *duración* y de su *intensidad* (1).

(1) En el lenguaje corriente, la denominación *especial* de las diferentes penas se deduce, bien de su fuerza *física subjetiva*, como cuando decimos: la pena de la horca, de galeras, de azotes, de la argolla, etc., ó bien de su fuerza *física objetiva*, como cuando decimos: la pena de muerte, de detención, de destierro, etc. Este es un accidente sin importancia.

§ 630.

La fuerza *moral subjetiva* de la pena consiste en que ésta procede de la *voluntad racional* del juez competente, que interpreta y aplica la voluntad de la ley.—Sin este elemento, sin un hecho *psicológico* que le dé la legitimidad, el mal infligido no es una pena, sino un hecho violento que no tiene caracteres jurídicos, del mismo modo que si el hecho dañoso no procede de una voluntad inteligente, no hay un delito, sino un hecho casual sin carácter jurídico: le falta, en efecto, el concurso del hecho *psicológico*, y por tanto está privado de la fuerza moral subjetiva esencial al delito.

§ 631.

La fuerza *moral objetiva* de la pena está represen-

tada por el *resultado moral* que el suplicio produce en el alma de los ciudadanos: de los buenos, tranquilizándolos; de los malos, reprimiéndolos.

§ 632.

La grande eficacia social de la pena consiste en esta *fuerza moral*. De la fuerza moral del delito proviene la *ofensa social*; de la fuerza moral de la pena nace la *reparación social*.

§ 633.

Y tal es la importancia de la *fuerza moral* de la pena que algunos criminalistas, entre otros Nicolini, (1) han querido ver *en ella sola*, considerada en sus efectos sobre el alma del culpable, la *verdadera pena*. La prisión, la multa, la muerte misma, según esta doctrina, no son verdaderamente la *pena*, sino los *medios* de producir la *pena*, y son legítimas únicamente á causa de esta *acción* que ejercen *sobre el alma*.

---

(1) En una disertación inédita sobre el derecho de castigar, enviada bajo la forma de carta á Ortolán, en 1843.

§ 634.

No se puede negar esta doble significación de la palabra *pena*. Cuando decimos: *la prisión es una pena*, designamos la *materialidad* de un medio especial destinado á hacer sufrir al culpable. Cuando decimos: *Caya ha sufrido prisión*, expresamos el resultado del medio material empleado contra él: la privación de la libertad personal y el sufrimiento que ella le ha causado. Esta doble acepción de la palabra *pena* resulta claramente de una frase usual que, sin esto, sería contradictoria. Se

dice á menudo: *las penas infamantes no son penas para el infame, las penas pecuniarias no son penas para el rico*; queriendo dar á entender que la *pena* no es una *pena*, se afirmaríá una imposibilidad lógica, el ser y el no ser, si no se diera un doble sentido á la palabra pena.

§ 635.

Esta idea es, pues, exacta, porque el aspecto completamente ideológico en que hace considerar la pena, se prestaría mal á la exposición de la doctrina y casi tergiversaría el lenguaje científico. Sin abandonar la significación material que se da comunmente á la palabra *pena*, se comprende muy bien el sentido ideológico, en cuanto importa á las necesidades de la ciencia, dejando ver distintamente en la *pena* (*medio* de causar el dolor) las *fuerzas* que en ella se encierran y que constituyen su mecanismo y sus resultados.

§ 636.

La *fuerza moral* existe en sus dos aspectos en la pena, antes de que ésta sea infligida; y aun en estado de *amenaza* la pena no obra sino moralmente. Pero cuando el delito, del estado de previsión ha pasado al estado de realidad, la fuerza moral de la amenaza quedaría destruída si la pena no se convirtiera también en una realidad. Es su aplicación material lo que restituye á la amenaza despreciada por el delincuente toda su eficacia sobre los espíritus, y es en este momento cuando se completa la *fuerza moral* de la pena. La aplicación material del castigo se vuelve un hecho jurídico, puesto que hace más sensible en el culpable la *idea* de haber merecido este sufrimiento al violar el precepto, en los buenos la idea que son protegidos, gracias á la sanción del pre-

cepto, en los hombres viciosos la idea de que incurrirán en castigos semejantes si violan la ley.

§ 637.

Pero para que la pena tenga en el más alto grado esta *fuerza moral objetiva*, es necesario que ella responda á las condiciones que exigen su principio fundamental y sus límites.

---

## CAPÍTULO V.

### DE LAS CONDICIONES QUE DEBE TENER LA PENA.

§ 638.

Estas condiciones pueden ser de dos clases, según que emanen del criterio *positivo* de la *defensa* del derecho (*tutela del diritto*), ó bien del criterio de la *justicia* que, reconocido como *limitación*, puede ser llamado puramente *negativo* (1).

---

(1) Si las condiciones que vamos á señalar deben todas, sin excepción, ser siempre respetadas por el legislador para que las penalidades que él establece respondan á las necesidades de la defensa sin herir la justicia, la consecuencia práctica que de ello se deriva es la gran ventaja de las codificaciones penales. El gran beneficio de la codificación en materia penal es forzar al legislador á reflexionar sobre los principios generales de la imputación y la penalidad, á crearse á sí mismo una especie de círculo, á someterse y á conformar á él sus disposiciones. Las penas impuestas por leyes de excepción y de circunstancias son siempre el producto de ocasiones transitorias y de movimientos inconsiderados de miedo ó de cólera; bajo su impulso se respetan mal los preceptos generales de la razón, y es casi imposible mantener las penas de la ley especial nueva en un justo acuerdo con las penalidades ya establecidas por otras leyes. Los códigos generales de derecho penal, si no son hechos al azar, y como se dice, de piezas y trozos, ofrecen siempre una unidad de pensamiento; podrá haber demasiada severidad ó demasiada indulgencia, pero siempre se hallará en ellos la unidad

de pensamiento. Esto procura al Estado la gran ventaja de la uniformidad en la represión, que á la vez sirve para la justicia distributiva y sobre todo contribuye á inspirar al pueblo una fe respetuosa en la bondad de las leyes que lo rigen. El verdadero progreso civil debe proceder siempre de este doble movimiento: las leyes corrigiendo las costumbres, las costumbres corrigiendo las leyes. La acción correctora de la costumbre es *espontánea*, la de las leyes es reflexiva, *calculada á priori*, pero para que el cálculo sea bueno, es preciso que considere el derecho en su universalidad. Para esto se necesita que un nuevo código penal deje subsistir el menor número posible de leyes excepcionales, y que también el menor número de ellas se agregue después al código existente: de otro modo resultarían inconvenientes deplorables y el descrédito general de la justicia penal. Cuando el código penal de una nación, escribía no ha mucho Corne en su excelente libro sobre la reforma penal, se encuentra perdido entre una selva impenetrable de leyes especiales, este código penal *reina y no gobierna*; máxima tan ingeniosa como verdadera. En fin, recordemos simplemente que las reglas relativas á la pena expuestas aquí, como todas las demás concernientes á la imputación y al procedimiento, se aplican indistintamente y siempre á todos los delitos sin excepción. Hubo un tiempo en que desgraciadamente reinó la doctrina de los *delitos de excepción*; fué esa una doctrina muy extendida y de resultados sangrientos: véase Brehm, *De delictis exceptis*, Lipsiae, 1788.—Pero la doctrina actual no tolera ya la palabra *excepción* en derecho penal. *Excepción* significa *desviación de las reglas absolutas de la justicia*; ahora bien, una idea semejante no puede hacerse aceptable por ningún argumento de pretendida utilidad, de miras políticas ó de odio especial á ciertos delitos.—Lo que es justo debe ser observado en las pequeñas como en las grandes faltas, sin excepción alguna; y además, ¿no sería el colmo del absurdo apartarse, cuando se tratara de grandes suplicios, de los principios observados religiosamente cuando se trata de castigos leves?

### Artículo primero.

Condiciones de la pena que se derivan de su principio positivo.

#### § 639.

En esta primera categoría se colocan todas las condiciones que tienen relación con la *eficacia* del castigo.—Para que la pena responda á la ley del orden que exige esta pena como medio de proteger los derechos del hombre, debe ser *sentida* por el culpable á quien hiere, y *sentida moralmente* por los demás ciudadanos. Es necesario, pues, que encierre bajo esta relación las condiciones siguientes:

§ 640.

1<sup>o</sup>—Debe ser *aflictiva* para el culpable, ya *física*, ó al menos *moralmente*. Es una aberración suponer, como se ha hecho, que la necesidad de una pena quedaría satisfecha si se pudiera persuadir á los demás de que el culpable sufre, aunque en realidad no suceda así. Aun cuando esta pena ideal fuera una protección suficiente del derecho respecto á los demás, no lo sería respecto al culpable, el cual se reiría de ella.

§ 641.

2<sup>o</sup>—Debe ser *ejemplar*, esto es, capaz de engendrar en los ciudadanos la *persuasión* de que el culpable ha sufrido un mal. La ausencia de la primera condición hace desaparecer la eficacia de la pena con relación al culpable; la ausencia de la segunda la hace desaparecer respecto á todos los demás, tanto en los buenos como en los malos, por diversas razones. Pero la *ejemplaridad* requerida en la pena no debe ser mirada como un fin principal que ella ha de lograr. (Véase Puthmann, *Opusc. crim.*, p. 265, § *etsi autem*, ad pag. 270; *dissert. de penis exemplaribus*, Lipsiæ, 1787); esto conduciría á la falsa doctrina de la intimidación. Es necesario más bien entenderla como una condición *externa* de la pena en su aplicación, y no darle jamás el efecto de añadir tormentos á la pena más allá de su justa medida, bajo pretexto de hacerla más ejemplar. En una palabra, la ejemplaridad es un resultado que debe obtenerse del castigo, sin que para obtenerlo se altere la medida de éste, saliendo de los términos de la justicia (§ 648).

§ 642.

3<sup>n</sup>—Debe ser *cierta*, y por consiguiente *irredimible*.

La fuerza moral objetiva de la pena consiste más bien en su *certeza* que en su *severidad*, pues ésta sin aquélla es ilusoria. La certeza de que aquí se trata no es la certeza de *hecho*, resultante de la gran probabilidad de que se descubrirán los delitos, lo cual pertenece á las disposiciones del procedimiento y de la policía judicial; es una certidumbre *legal*, la certidumbre de que la ley no admite medio de escapar á la pena cuando en ella se ha incurrido y el delito ha sido reconocido como tal. A esta condición entendida así, se opone el principio que querría hacer admitir la escuela *correcionalista*, de que la pena debe cesar cuando el culpable muestra que está corregido (1).

---

(1) Véase mi discurso sobre la *Emenda del reo* en los *Opuscoli*, vol. I, opusc. 5.

§ 643.

4.<sup>a</sup>—Debe ser *pronta*, pues durante el intervalo entre el delito y el castigo, la fuerza moral objetiva del delito continúa ejerciendo sus funestos resultados, que se vuelven naturalmente más perniciosos á medida que son más prolongados.

§ 644.

5.<sup>a</sup>—Debe ser *pública*. La pena infligida *en secreto* sería lógica si emanara del principio de la *venganza*, de la *expiación* ó de la *reforma*; pero como su principio es únicamente la necesidad de completar la ley del orden, toda pena secreta es un uso ilegítimo de la fuerza (1).

---

(1) Los antiguos también sintieron la necesidad de hacer lo más *notorias* posible las penas impuestas por los delitos: Langlaens, *Semestrium*, lib. 11, cap. I, p. 672. Pero no hay pensamiento alguno, por justo ó útil que sea, que esté exento de desvirtuarse en el movimiento dado por el hom-

bre á su desarrollo: fué así como se desvió el sano principio de la publicidad de la pena, cuando sugirió á los legisladores el servirse del *cuero* del culpable como *instrumento* de esa publicidad, por medio de la argolla y de otras invenciones semejantes que envilecen la naturaleza humana y son necesariamente desmoralizadoras. Wissinger ha dicho con razón (*De dolo et culpa*, p. 88) que la vieja máxima del poeta *decipimur specie recti* cede demasiado á menudo el lugar, en la vida práctica, á la máxima *decipimur specie utilis*. Un ilustre criminalista, á cuya profunda sabiduría tributo homenaje, decía no ha mucho que el hombre se engaña á menudo en la percepción de lo *justo*, pero que raramente se engaña en la percepción de lo *útil*. Me parece que prácticamente sucede lo contrario, y la razón suprema de esto la encuentro en la naturaleza misma de las cosas; la justicia no puede ser más que *una*, en tanto que la utilidad puede ser *múltiple* según los diversos aspectos de un hecho; si el hombre se engaña á menudo sobre la *justicia*, es precisamente porque con mucha frecuencia mide la *justicia* según la *utilidad*.

§ 645.

6ª.—Debe ser infligida de manera que *no pervierta* al culpable. Nosotros no reconocemos como un *fin propio* de la pena la reforma moral del culpable, sino en cuanto la represión de las malas pasiones resulta de su naturaleza de *pena*. Elogiamos sin duda todo lo que pueda hacer un Gobierno por volver á la moral, por medio de la penalidad, á los ciudadanos descarriados; pero una cosa es decir que es necesario *aprovecharse de un hecho* para lograr un *fin ulterior*, y otra cosa es decir que este fin es una *razón*, una *causa* del hecho. Una cosa es lo que concierne al buen gobierno (*policia, buon governo*) y otra lo que corresponde al *poder penal*. Este debe tender á sus propios fines por una vía particular; aquélla debe aprovechar toda ocasión para inclinar al pueblo al bien, pero no es preciso que para esto embarace el movimiento del otro. La preocupación demasiado grande por la reforma del *culpable*, cuando penetra en el derecho penal, conduce á dulcificar la *inflexibilidad* y á quebrantar con gran peligro para la sociedad la idea de la *no remisión (irredimibilità)* de la *culpa*.— Pero si nosotros no vemos un *fin propio* (1) de la pena

en la corrección interna del culpable, (la cual elogiamos desde luego como una obra santa de buen gobierno), rechazamos en cambio todo medio de castigo que envilezca ó corrompa al condenado, ó que le haga más difícil la vuelta al buen camino.

---

(1) Comprendo que estas ideas van contra la corriente del siglo: cada día crece entre los criminalistas el entusiasmo por la doctrina de la *corrección del culpable*. Es fácil ver que ese es el punto principal que llama las meditaciones de los jurisconsultos. La opinión del siglo va hacia este lado como una marea creciente. En Bélgica, Destriveaux ha sostenido que el único fundamento jurídico de la pena es la corrección del culpable. Mazoleni, en Italia, hace de esta idea el fundamento de sus *Nuovi principi di diritto penale*, enseñando que la sociedad *no tiene derecho de castigar al culpable*, sino solamente de *obligarlo á corregirse*. Henke proscribió la prisión perpetua, porque *el culpable ya corregido no debe ser castigado más*; y el código de Bolivia (art. 142 y sig.) adopta esta teoría. Pinheiro, Marquet-Vasselot, Röder, proclaman también el principio de que *la corrección del culpable debe hacer cesar la pena*, y el nuevo código penal del rei de Portugal parece inspirarse en estas ideas: ideas que tienen su origen en un sentimiento loable, pero pluguiera á Dios que no fueran peligrosas cuando invaden el poder penal.

Esta doctrina no es más que una transformación del dogma religioso, y es siempre imprudente en los hombres imitar á la divinidad. Nuestros antepasados se arrogaron el ejercicio de la justicia de Dios, y de ahí resultó el sistema de la expiación: hoy se quiere ejercer la misericordia de Dios, y se erige en sistema el derecho de castigar para corregir. Nunca se consiente en restringir la autoridad en los límites de la *defensa* del derecho.

Sólo Dios sabe la justa medida de la expiación, del mismo modo que sólo él puede armonizar la justicia con la misericordia, y por un acto de arrepentimiento sincero borrar una serie de delitos. Esto es de fe cristiana, de fe necesaria en el orden moral, y casi diré de fe necesaria á la vida. En efecto, el hombre, que está tan sujeto á caer, no podría ya después de la caída volver á encontrar la paz del alma, sino diciéndose, ó bien: renegaré de la creencia á la vida futura y correré ciegamente en el sendero del mal; ó bien: confiaré en el perdón de Dios y me corregiré para merecerlo. Pero esto es para la ley divina, porque Dios, que todo lo ve, distingue el arrepentimiento sincero de la apariencia hipócrita, mientras que el hombre confunde un San Agustín con un Ciappelletto. La *no remisión* de la culpa repugna á la ley divina (la cual, por lo demás, no acepta como medio de borrar las culpas un arrepentimiento inspirado por *el deseo de mejorar nuestra condición sobre la tierra*, ó por los tormentos de la prisión, ó por la esperanza de hacerlos cesar mostrando arrepentimiento); pero la ley humana no puede tener fuerza coercitiva sino adhiriéndose fuertemente al principio de la *no remisión*. Si ésta es incierta, la ley se convierte en objeto de especulaciones artificiosas, y ¡ay de ella si la protección á los culpables va hasta hacer ver en el delito un medio de vencer los rigores de la fortuna!

Yo no soy enemigo del sistema penitenciario; se calumniarían mis intenciones acusándome de esto. Lo apruebo porque quita á la pena de *detención* el vergonzoso carácter de ser, como lo fué durante tantos siglos, un instrumento de corrupción, una escuela de malas costumbres, una ocasión de perniciosas alianzas. Lo apruebo porque es deber de todo gobierno, y aun diré de todo ciudadano, favorecer la moralización del pueblo. Pero se debe corregir al hombre purificando su corazón de las afecciones terrestres, elevando sus pensamientos á Dios, haciéndolo resignado á los sufrimientos de este mundo, y acostumbrándolo así á ver en eso un título de expiación anticipada. No se le debe corregir prometiéndole bienes perecederos ó la exención de castigos merecidos, y menos todavía debe preferirse á su enmienda aparente el peligro real de la sociedad.

La pena no puede ser más que una pena; dulce sin duda, justa, pero proporcionada á *lo pasado*, y sin que los hechos posteriores la modifiquen. La ciencia penal no puede cambiar su divisa ni, para correr tras seductoras ilusiones, abandonar la protección de los buenos por la manía de reformar á los malos. Convengo en que el espectáculo de un culpable corregido es edificante y muy útil á la moral pública; pero corregir un culpable á costa del alivio de la pena merecida, es una excitación á cometer delitos, un escándalo social.

Considero, pues, la reforma del culpable como una cosa muy útil, cuya consecución nunca se esforzará uno demasiado en alcanzar, pero como una cosa absolutamente fuera del círculo del poder penal. Introducirla en él (más allá de lo que forma el *efecto natural* de la pena) me parece una contradicción. *Castigar* significa causar un *mal*. *Enmendar, instruir, educar*, significa procurar un *bien* muy grande. Al aspecto del delito dos fuerzas deben ponerse en movimiento y obrar al mismo tiempo sobre el culpable, fuerzas diferentes en su punto de partida y en el fin á que tienden. La primera considera al *delito*, ve en él un desorden, y quiere inexorablemente que sea castigado á fin de restablecer el orden que este hecho ha turbado. La segunda considera al *culpable*, ve en él una criatura de Dios desviada del buen camino, y quiere conducirlo de nuevo á él. La primera se inspira en el peligro social y en el respeto á la justicia. La segunda se inflama en las aspiraciones de la caridad hacia nuestros semejantes. La sociedad debe procurar que estas dos fuerzas se desarrollen cada una en su esfera de acción, sin embarzarse, sin destruirse; pero asimilarlas en una teoría, unificarlas en su principio y en su fin y colocar en ambas el alma del poder penal, como quiere hacerlo la nueva escuela *correccionalista*, esto, lo repito, me parece una contradicción.

## Artículo segundo.

Condiciones de la pena que se derivan  
de su límite.

§ 646.

De que la eterna regla de la ley natural haya su-

bordinado el principio *positivo* de la defensa del derecho al criterio *negativo* ó *limitativo* de la justicia, resulta que deben exigirse en la pena las *condiciones* siguientes:

1º—No debe ser *ilegal*, esto es, que no es aplicada legítimamente si la ley no la ha dictado antes. Es la ley y no el hombre quien debe castigar. Véase la sabia disertación de Kœnigswarter, *Nullum delictum nulla pœna sine prævia lege penali*, Amstelodami, 1835.

§ 647.

2º—No debe ser *trascendental* (*aberrante*). La *personalidad* es una condición absoluta de la pena. No hay pretexto de utilidad ni razón de defensa que pueda legitimar un mal infligido so color de justicia á un inocente (1).

---

(1) La idea de Platón sobre la herencia de las penas era singular: admitía en principio que los hijos no deben sufrir nada por los delitos de sus padres; pero suponiendo el caso de que el abuelo y el bisabuelo hubieran sido condenados á muerte, proponía que se arrojara del Estado á los descendientes, por pertenecer á una raza incorregible. Esta falsa idea ha sido también cultivada por los Emperadores romanos respecto á los descendientes de la primera generación, en los crímenes de lesa majestad. Pero era la guerra de partido, era el temor y la venganza, y no el sentimiento de la justicia, lo que inspiraba los decretos imperiales. En los tiempos antiguos había más moralidad, las convicciones políticas eran firmes, y era preciso perseguir y dispersar á los hijos de los republicanos, para la seguridad del trono, en la certidumbre de que serían tanto más hostiles cuanto más irritados estuvieran por la pena infligida á sus padres. Hoy, en lugar de confiscación, se da á los hijos de los republicanos decoraciones y empleos, y el efecto es más seguro.

§ 648.

3º—No debe ser *excesiva* (1); es decir, que no debe exceder la proporción con el mal del delito. Todo sufrimiento impuesto al culpable más allá del principio de la *pena*, que es dar al precepto una sanción proporciona-

da á su importancia jurídica, ó más allá de la necesidad de la defensa, que es destruir la fuerza moral objetiva del delito—es un abuso de la fuerza, una crueldad ilegítima. El *exceso* de la pena es vicioso aun desde el punto de vista social, tanto por la influencia que ejerce sobre las costumbres, como porque excita la antipatía pública, y por las consecuencias desastrosas que de ella resultan. La ley es difícilmente obedecida cuando no cuenta con la simpatía de las conciencias. La piedad (2) produce el fenómeno de que los buenos se unen con los malos para eludir la justicia, cuya autoridad vacila. Esta consideración *política* es, por lo demás, superflua, puesto que para proscribir el *exceso* de las penas bastan la razón y la justicia, hecha abstracción de toda consideración empírica.

---

(1) La fórmula *pena excesiva* ofrece un doble punto de vista: según el primero, la regla que prohíbe el exceso de la pena es dictada al legislador por la ciencia, en virtud de un principio supremo de justicia; este es principalmente el sentido en que es necesario tomar la regla que enseñamos aquí. Según el otro punto de vista, el precepto del *no exceso* se dirige al juez: es en este sentido en el que ha sido considerada la regla por los antiguos criminalistas, quienes (sin exceptuar á Cocceius, *De excessu poenarum ordinarium, exercit. 90*), han tratado sin distinción de las restricciones que deben imponerse al legislador y de las restricciones que deben imponerse al juez: no han sabido separar lo que se refiere al grado de lo que concierne á la cantidad, ni lo que toca á la pena de lo que corresponde á la imputación.—La pena puede también hacerse excesiva, en manos del juez, de dos modos: ó bien porque aplique una pena superior á la que la ley le permitía aplicar, y entonces cae en un palpable *exceso* de poder, ó bien porque, habiéndole dado la ley cierta amplitud, no ha usado de ella como la justicia lo había exigido, y entonces cae en una simple *falta de prudencia* judicial. Esta última diferencia es notable á causa de los efectos prácticos que pueden derivarse de ella en materia de revisión de juicios.

(2) Para que yo no tiemble ante el espectáculo de la pena, y para que no lllore por los sufrimientos del acusado, es preciso que el delito haya hecho temblar y llorar al inocente que ha sido víctima de él; entonces la piedad para el ofendido ahoga la piedad para el ofensor. Esta verdad que determina el criterio esencial necesario á un hecho para que pueda ser declarado delito, determina por la lógica de los correlativos el criterio de la penalidad.

§ 649.

4º—No debe ser *desigual*; esto es, que no debe considerar la situación diferente de los delincuentes, cuando ésta no altera la cantidad del delito.

§ 650.

5º—Debe ser *divisible*, esto es, fraccionable, de manera que responda á los diferentes grados de la imputación, la cual se modifica según las circunstancias que acompañan á cada delito; en lo cual es necesario que la obra prudente del magistrado complete la obra del legislador.

§ 651.

6º—Debe ser, en lo posible, *reparable*, porque un error judicial (1) es por desgracia fácil y sus consecuencias son desastrosas. La condenación de un inocente es una trasposición de ideas, pues el instrumento de la justicia se convierte en instrumento de iniquidad; es una verdadera calamidad social, por el espanto que engendra en los ciudadanos, bien superior al que resulta de la impunidad de varios delitos.

---

(1) Todavía en nuestros días hemos visto dolorosos ejemplos de inocentes condenados al suplicio capital. En Francia solamente se ha reconocido la inocencia de *Lesurgnes*, *Badger*, *Ravier* y *Loizerolles*, todos cuatro guillotinado; de *Filippi* y de *Rosaria Dolce*, á quienes el feliz arbitrio del tribunal había conmutado la pena de muerte en la de trabajos forzados á perpetuidad; de *Renosi* y de otros inocentes condenados á una pena temporal. Todos estos hechos pertenecen al presente siglo, y es necesario confesar que si para diez inocentes se ha llegado por casualidad á obtener justificación, debe haber un número mucho mayor que no ha tenido la misma fortuna. (A)

---

(A) El siciliano *Mangiameli*, que fué condenado en 1860 á catorce años de galeras, por acusársele de haber matado á su hijo, murió en ellas tres años después; pero en 1871 el joven, que caprichosamente había desaparecido y que por consiguiente no había sido muerto, volvió á Cuccheri, y

## CAPÍTULO VI.

7.<sup>a</sup>IDEA GENERAL DE LA CALIDAD, DE LA CANTIDAD  
Y DEL GRADO EN LA PENA.

## § 652.

Hasta aquí hemos considerado la pena en su generalidad, esto es, en las condiciones esenciales que, con más ó menos importancia, deben ser comunes á todas

su vuelta sirvió para hacer condenar como falsos los testimonios que habían ocasionado la condenación del infeliz *Mangiameli*, pero no para resucitar la víctima de aquel error de la justicia. En Italia son tan célebres como honrosas para la memoria del magnánimo Rey Carlos Alberto, las cartas patentes por medio de las cuales, con fecha 18 de julio de 1845, fueron rehabilitados los hermanos don Julio y don Salvador Tolu, ahorcados injustamente por asalto y homicidio el año anterior.

Muchos otros casos de poca notoriedad ha recopilado Forlani, en su apreciable escrito titulado *Variazioni sulla pena di morte*. Véase también el caso referido en el *Giornale dei Tribunali di Milano*, año 5.<sup>o</sup>, número 3.

Para concluir esta triste enumeración, tomaremos del *Corriere di Milano* lo siguiente:

“La justicia humana se ha engañado una vez más, y su error ha costado la vida á un hombre. Desgraciadamente, el hecho ha ocurrido entre nosotros.

“En el año 1867 la Corte de Rávena condenó á trabajos forzados por diez y seis años á cierto José Bustacchini, de Roncalceci, que había sido soldado, herido en Custoza, condecorado con la medalla del valor militar y provisto de pensión como inválido, el cual reo aparecía como convicto de un asalto sucedido en la noche del 16 de setiembre en perjuicio de cierto Melandri, también de Roncalceci. Bustacchini era de índole afable y tranquila, tenía precedentes óptimos; estaba en favor suyo el comportamiento que había observado mientras fué soldado y la honorífica distinción conquistada con su propia sangre; negaba obstinadamente el haber cometido el delito y ofrecía probar, como en efecto probó con testigos, la coartada.

“Nada le valió: uno de los tres ofendidos —uno solo—le sostuvo frente á frente que lo había reconocido en la noche de la agresión y lo acusó de haber sido el jefe de la banda asaltante; y el pobre Bustacchini, fulminado por un alegato del Ministerio Público que entonces se llamó *espléndido*, fué declarado culpable por los jurados; la Corte hizo el resto. Bustacchini interpuso recurso de casación, pero la Suprema Magistratura reguladora, habiendo encontrado que todas las formas habían sido escrupulosamente observadas, se lavó las manos en el asunto, y Bustacchini fué enviado á Finalborgo á arrastrar la cadena del forzado. Al cabo de cuatro años de penas,

las penas. Pero así como al examinar el delito en sus especies posibles hemos encontrado (§ 128 y sig.) que puede haber diferencias muy considerables de *calidad*, de *cantidad*, y de *grado* entre un hecho y otro hecho, así también hallamos ahora diferencias análogas entre una pena y otra pena. Y como el estudio de estas tres nociones ha completado la teoría del delito, así el examen de la *calidad*, de la *cantidad* y del *grado* en la pena, completa la teoría de este segundo objeto del derecho penal.

§ 653.

Ya hemos hecho notar (§ 129) que las nociones de *calidad* y de *cantidad*, relativas á diversas *especies* del mismo *género*, así como la noción del *grado*, relativa á diversos *individuos* de la misma *especie*, resultan de que no hay entre especies congéneres, ni entre individuo é individuo, perfecta identidad. También hemos indicado en qué consisten, abstractamente, los caracteres distintivos designados con los nombres de *calidad* (§ 130), de *cantidad* (§ 132) y de *grado* (§ 138). Familiarizados ya con estos términos y estas ideas, no nos resta sino exa-

---

extenuado por la fatiga, roído por el despecho, expiró dejando sumidos en la desesperación á sus ancianos padres, que en aquel hijo único habían fundado todas sus esperanzas, todos sus consuelos.

“Entonces cambia la escena. Poco tiempo después son arrestados dos malhechores, se descubre que están complicados en el asalto de Roncalceci, y ellos mismos se confiesan autores de él, añadiendo al propio tiempo que aquel tal (cuyo nombre no saben) que había sido condenado en lugar de ellos, era inocente, y que su jefe había sido un cierto Lanconelli, el cual es con ellos castigado.

“Se trae de nuevo á la vista el antiguo proceso: pero como el infeliz Bustacchini había muerto, sólo pudo establecerse el juicio de rehabilitación, y la Corte de Boloña, expresamente comisionada por la de Casación, por sentencia del 11 de noviembre de 1873 declaró “rehabilitada la memoria de José Bustacchini, para todos los efectos de ley”.

¡He ahí todo lo que por él pudo hacer la justicia humana! (Carrara, *Programma*, Sesta Edizione, 1886).

minar los diversos criterios por medio de los cuales se pueden aplicar estas nociones á las penas.

§ 654.

La importancia de este triple examen en el delito nace del principio de justicia que exige que cuando dos delitos se unifican en el criterio de la cantidad, de la calidad y del grado, se identifiquen en la imputación (§ 145). Su importancia respecto á las penas nace del mismo principio, el cual exige que, como las diferencias de calidad, de cantidad y de grado producen una diversidad de imputación, haya también una diversidad semejante en la pena. Pero el *grado* en la pena reclama además un examen especial independiente de los caracteres distintivos del delito, como pronto lo mostraremos.

---

## CAPÍTULO VII.

### DEL CRITERIO DE LA CALIDAD EN LAS PENAS.

§ 655.

También en las *penas* el examen de la *calidad* conduce á su *clasificación*; y también en ellas el *elemento particular de relación* (§ 147) que constituye el criterio de su clasificación y determina su diversa *calidad*, debe buscarse en su *fuerza física objetiva*, esto es, en la *diversidad del bien* que la sociedad arrebató al culpable para castigarlo.

§ 656.

Ahora bien, si queremos reducir á ciertas clases principales los bienes de que la justicia puede privar al

hombre para castigarlo, encontramos una división completa de las penas en *cuatro clases*, según que ellas priven al culpable de la *vida*, de la integridad y de la libertad de su *cuerpo*, de su *honor*, ó de su *patrimonio pecuniario*. De las diferencias esenciales de estas cuatro especies de bienes que puede gozar el hombre, resulta la diferencia de *calidad* de las penas, y por consiguiente su distribución en cuatro grandes clases: penas *capitales*,—*aflictivas*,—*infamantes*,—*pecuniarias*.

### § 657.

Contra esta clasificación se ha objetado que es incompleta, haciendo observar que ciertos castigos especiales empleados por algunos legisladores no hallan lugar en ella; por ejemplo, la prohibición de ciertos actos (1). Pero es fácil referir estas privaciones á la clase de las penas humillantes, de las penas pecuniarias ó de las penas aflictivas, según que la prohibición de la facultad importe sólo un descrédito del condenado, ó le cause además una pérdida pecuniaria, ó una restricción de libertad.

(1) Así, el profesor Erio Sala, en su excelente libro recientemente publicado bajo el título de *Rinnuovamento dei buoni studi giuridici*, p. 125, piensa que debe agregarse á la escala de las penas, la de la *prisión de noche* con la libertad durante el día. Apruebo esta idea: he visto su aplicación práctica en el antiguo ducado de Luca, el cual, si bien superaba en pequeñez á todos los demás Estados de Italia, en cambio los superaba también en la bondad de sus leyes de procedimiento penal y en la libertad de la defensa. He visto con mis propios ojos individuos sometidos á esta pena, continuar durante años caminando hasta cuatro y seis millas para volver al lugar en donde debían dormir. Por lo demás, ésta era entre nosotros más bien una ley de policía preventiva que una ley de represión. Pero aunque, adoptando la idea de Sala, se quisiera hacer de ella una penalidad especial dictada por el código, esto no alteraría nuestra clasificación, pues es evidente que esta pena no es más que una *forma* de detención. En las leyes *suntuarias* se quiso en un tiempo sentar una penalidad especial, no siendo siempre dictadas estas leyes por la simple consideración *económica*, sino también algunas veces por consideraciones *penales*: Klein, *Disputatio de lege vestiaria*,

*disput.* 22, p. 1151. Pero estas especies de penalidades encuentran también su puesto sin dificultad en la clase de las penas *afflictivas*, entendida ésta como el conjunto de todas las *restricciones de libertad* infligidas al culpable.

§ 658.

Esta clasificación, desde el punto de vista de la *ciencia*, no reclama sino accesoriamente el examen de los medios prácticos de infligir estas diferentes penas. Ella tiene por fin *determinar* las clases y examinar la *legitimidad*, la *conveniencia* de cada una de ellas.

1º

*Penas capitales.*

§ 659.

Las penas *capitales* son las que privan al culpable de la vida (1).

---

(1) En las leyes romanas la expresión pena *capital* no significaba siempre la pérdida de la *vida*: también se empleaba para designar la *muerte civil* (*diminutio capitis maxima vel media*) no acompañada de la *muerte natural*.

§ 660.

La investigación filosófica del derecho que tenga la sociedad para llevar el castigo hasta dar la muerte al culpable, no conduce á considerar empíricamente la utilidad de esa pena, sino á encontrar el principio contestado de su legitimidad: ella depende, pues, de la solución del problema preliminar del origen racional del derecho de castigar.

§ 661.

Admitiendo con Nicolini como fundamento de ese derecho la ley natural (§ 604) llegamos á la consecuen-

cia de negar el poder de dar la muerte, porque la ley natural es una ley esencialmente *conservadora*: tal es el principio supremo en que se inspira esta ley y al cual se une constantemente, fuera del caso en que la conservación de un sér es *actualmente incompatible* con la de otros seres semejantes; ó, mejor dicho, aunque en este mismo caso, la ley que permite la destrucción, no contraría sino que confirma el principio de conservación. Ahora bien, de este principio supremo nos parece que debe deducirse que la ley de conservación no permite la destrucción de un hombre cuando la *necesidad presente* de la defensa de los otros hombres no exige semejante sacrificio. Habiendo llegado la controversia á este punto, no es hoy ya sostenible la legitimidad de la pena de muerte. En efecto, el estado *actual* de los pueblos cultos no hace ya (para los delitos *ordinarios*, y en la vida normal de los Estados) de la muerte del enemigo social una *necesidad material*; y por lo que respecta á una *necesidad moral* presente, fundada sobre la idea de castigar á un individuo para intimidar á los demás y ofrecerles un ejemplo, (A) podrá afirmarse con el suplicio capital, pero nunca demostrarse de modo que no deje lugar á duda. En el caso del insurgente, la muerte que se le inflige durante la guerra civil no se justifica ya con los preceptos del derecho penal sino con los del *jus belli*; y aun en este caso la muerte del vencido no se funda en último término sino en los temores del vencedor y en la conciencia de su propia debilidad.

Después de Beccaria, la pena de muerte ha sido combatida por Malanima, Brissot, Lucas, Pastoret, Livingston, Carmignani, Ducpétiaux, Puccioni; Pérez de

---

(A) La negación de la ejemplaridad de la pena de muerte no es pensamiento moderno: han llegado hasta nosotros las memorables palabras de Ovidio Cassio, *maius exemplum esse viventis miserabiliter criminosi, quam occisi*. Carrara, *Programma*, Sesta Edizione. 1886).

Molina (1), Castagna, Mancini, Olivecrona, Ellero y muchos otros. La necesidad de esta pena ha sido sostenida, entre los modernos, por Ulloa, Vanghert, Stubel, Bensa, Silvela, Urtis, Trebutien, y en general por los criminalistas franceses. El principio que nosotros oponemos á la pena de muerte hará ver claramente á quien sepa entendernos, que nosotros no atacamos esta pena de un modo *absoluto*, sino únicamente de un modo *relativo*. Reconocemos que es legítima según la ley natural cuando es *necesaria* para la *conservación* de otros seres inocentes; en otros términos, reconocemos su legitimidad para la *defensa directa necesaria*, la cual debiendo reconocerse en el individuo, no puede sin contradicción dejarse de reconocer en la autoridad. Lo que nosotros rechazamos resueltamente, es la falsa doctrina de la *defensa indirecta*: negamos que una pena, cualquiera que sea, se legitime con el fin de espantar á los demás; negamos el principio de la *intimidación*, que muchas personas han tomado por una razón justificante de la pena, y lo negamos por dos motivos: 1º porque la ley natural no sufre que el hombre haga del cuerpo del hombre un *instrumento* de sus fines; y 2º porque si se admite que tal necesidad de *aterrar* á los demás legitima la pena, se llega por la fuerza de la lógica á legitimar la pena impuesta al inocente. Ahora bien, nosotros reconocemos que la necesidad de la *defensa directa* puede haber existido en otros tiempos y puede existir hoy todavía en otros lugares y en condiciones excepcionales, pero no estamos convencidos de que hoy, en pueblos cultos y bien organizados, exista tal *necesidad*; más aun, estamos convencidos de lo contrario, y nuestra convicción aumenta en presencia de que no debe imponerse la muerte al culpable mientras haya *duda* sobre la existencia de esa necesidad. Tal es exactamente nuestra opinión. El principio de que sin la *necesidad de la defensa directa* la

pena de muerte es injusta, lo tenemos por un principio *absoluto*. La aplicación de este principio y el juicio de *tal necesidad* es siempre una cuestión relativa en sí y que depende de *circunstancias externas*. Que se demuestre hoy, si es posible, esta *necesidad directa*, sin recurrir al fantasma de la *intimidación de otro*; fuera de ella, la pena de muerte es ilegítima. Y que no se hable de consideraciones de utilidad á menudo alegadas en este problema, pues es absolutamente imposible ver en la utilidad el fundamento de un derecho (2).

---

(1) Con mucha extensión la ha tratado este autor en su libro titulado *La sociedad y el patíbulo*, Madrid, 1854. Véase la obra reciente de Mittermaier sobre el mismo asunto, bajo este título: *La pena di morte considerata nella scienza, nell' esperienza e nelle legislazioni*, traducción publicada en Luca en 1864. Véanse también Desportes, *Réforme des prisons*, p. 11, París, 1862, en donde reproduce una carta de San Agustín contra la pena de muerte; la excelente obra de Desprez, *De la peine de mort*, París, 1870; la disertación de Fulvio, inserta en el *Giurista* de Nápoles, 6º año, número 42, p. 239, y número 54, p. 425; y los dos volúmenes publicados en Turín en 1865, bajo el título de *La pena di morte al parlamento italiano*, donde se encuentra reunido todo lo que fué dicho en uno y otro sentido en aquella solemne discusión.

---

(2) Algunos, aventurándose sobre las huellas de Filangieri, han objetado que como según la ley natural todos los derechos *originarios* ó *innatos* son inalienables, todas las penas aflictivas contrarian la ley natural como la contraría la pena de muerte. Pero no hay paridad entre ambos casos— Los derechos originarios del hombre son inalienables en tanto que arrebatárselos sería hacer desaparecer la personalidad humana. No pueden, pues, ser enajenados *absolutamente*, pero se puede distraer una parte de ellos cuando el derecho lo permite: Zeiller, *Jus nature*, § 49. Haus, *Doctrina juris philosophica*, §§ 71, 73. Así, no se puede enajenar la libertad, porque esto reduciría al hombre á cesar de ser hombre, privado que fuera de un atributo indispensable á su personalidad. Pero se puede enajenar una parte de ella, y toda la teoría de la eficacia de las obligaciones personales en derecho natural está fundada sobre este principio; en efecto, cuando uno se liga respecto á alguien por una obligación, el hombre le trasfiere una parte correspondiente de su libertad. Ahora bien, lo que el hombre puede hacer por una *convención*, lo puede también hacer por un *acto*. Lo que la ley admite como consecuencia de una convención explícita, puede ser la consecuencia

de un hecho al cual la ley atribuye el mismo efecto. Los votos monásticos, el matrimonio, etc. son válidos según la ley natural. Del mismo modo, no repugna á la ley natural que un hombre, violando la ley del derecho, se obligue á la pérdida, aun por toda su vida, de una parte de su libertad, pues no cesa de ser una persona. Pero repugna á esta ley que uno se prive voluntariamente de la vida, ó que se obligue expresa ó tácitamente á perderla, pues se destruye con eso su personalidad, porque no es posible conservar la vida en parte y en parte enajenarla. He ahí porqué digo (§ 661) que la pena de muerte es contraria á la ley natural, y que las penas aflictivas no lo son. El reproche de *probar lo contrario*, que se ha pretendido hacer á mi razonamiento, acusándolo de destruir todas las penalidades, carece, pues, de base. En efecto, por las penas aflictivas el hombre no hace cesar su personalidad, como sucedería si se hiciese esclavo y por consiguiente destructible á voluntad de su amo. La pena aflictiva restringe la libertad é impide ciertos actos, pero la libertad queda al condenado como derecho formal, aunque limitada en su objeto y él la ejerce, salva la restricción en que ha incurrido al violar la ley: conserva la libertad de conciencia, la libre manifestación de las ideas, la libertad de movimientos en su celda; en una palabra, es siempre hombre, su personalidad no ha cesado. Esto es tan cierto, que todavía puede cometer delitos. Toda esta teoría depende de un principio supremo, de saber si el hombre tiene un *fin* en esta vida y *cuál* es ese fin. El que niega este fin, ó el que (como Spínosa) encuentra el fin de la vida en la felicidad material, llega necesariamente á materializar el bien moral y cae en la perniciosa doctrina de la *utilidad*. Es fácil entonces, para la *conservación* de la cosa pública, dar un paso más y establecer que la felicidad del mayor número debe ser preferida á la felicidad de uno solo, de donde resulta la fatal máxima *salus publica suprema lex est*. Es igualmente fácil dar un paso en otro sentido y conceder al hombre desgraciado la facultad de disponer de su propia vida. Pero si reconocemos el fin del hombre en su perfeccionamiento indefinido, este fin *absoluto* para el cual el orden particular impuesto al hombre por la ley de su naturaleza se une al orden universal, conduce necesariamente á negar al individuo la facultad de disponer de los derechos que son indispensables á su personalidad. Si la ley eterna ha dicho al hombre: "tú no puedes cesar voluntariamente de ser una persona," esta misma ley, para ser lógica, debe haber dicho á la sociedad (que no es otra cosa que un instrumento dispuesto para la defensa de la ley jurídica): "Tú no puedes, cualquiera que sea el hecho de que se trate, someter al hombre á una pena que destruya su personalidad: tú no puedes reducir al hombre á la condición de cosa". O bien es preciso negar que existe una ley moral absoluta, inmutable, que gobierna á la humanidad desde el momento de su creación, ley que no ha sido negada ni aun por los paganos, bien que ellos la entendían á su modo; ó bien, si se admite una ley moral suprema, es necesario deducir de ella una ley jurídica suprema, y por consiguiente, la *inalienabilidad* por nuestro hecho y la *indestructibilidad* por el hecho de otro, de la personalidad humana. Admitir en la inteligencia del Creador la idea de que el hombre puede libremente disponer de su vida, sería suponer una idea contradictoria: creación de cierto número de seres destinados á cierto fin, y facultad en todos estos seres para destruirse, volviendo así imposible aquel fin y burlando los designios de la Providencia, son cosas contradictorias.

Cuando se admite la pena de muerte, tres reglas dominan en su aplicación: 1.<sup>a</sup> debe quedar reservada á los delitos que ocupan el puesto más alto en la escala de los crímenes; 2.<sup>a</sup> debe ser aplicada de modo que haga *sufrir lo menos posible* al culpable: esta es una cuestión fisiológica; 3.<sup>a</sup> no debe ser infligida en presencia del pueblo, porque la vista de la sangre vuelve feroces las almas; el principio de la publicidad puede suplirse por la *notoriedad*, sin convidar al pueblo á ver degollar á un hombre. Los antiguos no se contentaban con condenar á muerte al culpable, sino que querían también martirizarlo. Sería interminable hacer la descripción de los diversos medios imaginados (1) para la aplicación de este suplicio: ellos eran el resultado de la creencia errada de que el fin de la pena es intimidar (2) y de que los pueblos deben ser gobernados por el terror.

(1) En Francia, por ejemplo, había cinco maneras diferentes de dar la muerte al condenado: 1.<sup>o</sup> el *fuego*, para la lesa majestad divina; 2.<sup>o</sup> el *desuartizamiento* en cuatro caballos para ciertos casos de lesa majestad humana; 3.<sup>o</sup> la *decapitación* para los delitos ordinarios, si el condenado era noble; 4.<sup>o</sup> la *horca*, si era un hombre del pueblo; 5.<sup>o</sup> la *rueda*, para los robos cometidos con violencia en los caminos públicos. Véase la sabia disertación de Van Hasselt, *De carnifice*; Décamps, *La place de la Roquette, Revue des Deux Mondes*, vol. 85, p. 182; y sobre el origen del suplicio de la rueda tan extendido en estos últimos siglos, á Langlœus, *Semestrium* lib. 10, cap. 3.

(2) Parece que la idea de ejecutar *secretamente* la pena de muerte fué aplicada por primera vez en Nueva York. Este sistema ha sido adoptado como último recurso por los partidarios de la pena de muerte, para sustraerla por una especie de transacción á una de las objeciones más graves que sus adversarios dirigían contra ella. Ya Boysaymé había hecho notar (*De la justice criminelle en Toscane*, p. 181) que aun los animales experimentan horror y repugnancia á ver morir á sus semejantes. La mejor salvaguardia contra el homicidio es el horror que Dios ha puesto en el corazón del hombre á la muerte de su semejante. El espectáculo de la pena de muerte debilita en los pueblos este horror, y por consiguiente abre y facilita el camino á los delitos cruentos, destruyendo el saludable obstáculo que les opone la ley suprema del instinto. El hombre (añade Lisi en una sabia disertación sobre este asunto), es un sér eminentemente *imitador*. Por esta

doble razón, la multiplicación del suplicio capital debe llevar consigo la de los delitos de sangre; y la historia, testigo fiel de todas las grandes verdades, confirma el sentimiento de los filósofos y de los fisiólogos. Los que quieren mantener á todo trance la pena capital, no pudiendo negar la fuerza de estas objeciones, ceden á ellas para evitar la abolición de aquélla, y recurren á las ejecuciones secretas. Pero si con ello se evita un mal, se despoja al mismo tiempo á la pena capital del prestigio que tanto la había recomendado en los siglos pasados, y conduciendo á los ciudadanos á dudar de la justicia de un hecho que se avergüenza de aparecer á los ojos públicos, se acelera la supresión definitiva del cadalso. En tanto que se daba la muerte al culpable porque se sentía la impotencia de resistirle y á causa de la necesidad de deshacerse de él, su muerte fué una consecuencia lógicamente deducida de la necesidad de la conservación. Era, al mismo tiempo, una consecuencia lógica conceder el *jus uacis* en esos famosos *bandi capitali*, que daban á todo particular libre facultad para matar al enemigo común; *bandi* que se han visto renovados en el actual reino de Grecia por el edicto real de enero de 1865, que ha puesto á precio, en dos ó tres mil dracmas, la cabeza de algunos bandidos. Este sistema ha sido atacado como bárbaro; es bárbaro en efecto, pero rigurosamente lógico. Una vez confesada la impotencia del Gobierno para defender á los ciudadanos contra una horda de asesinos, es preciso confiar al puñal de los particulares esta seguridad general que las armas de los agentes públicos no consiguen garantizar; pero entonces impera el *jus belli* y no el derecho penal. El progreso social y una organización más sólida de la autoridad, han hecho que los gobiernos, en tiempos normales, se avergüencen de una confesión de debilidad semejante, y la *taglia* (acto de poner á precio) ha sido generalmente abolida: eso debía lógicamente conducir, desde el punto de vista de la *defensa directa*, á abolir la pena capital. Pero la pena de muerte fué conservada por un sentimiento de odio y de venganza contra los culpables; y en este orden de ideas las crueldades fueron por segunda vez bárbaramente lógicas en la ejecución del suplicio, pues ellas expresaban precisamente la lógica inexorable del odio; sucedía lo mismo con los ultrajes inferidos al cadáver de los ajusticiados (Klein, *Disput.* 24, p. 1223), con la denegación de sepultura y el establecimiento de las horquillas patibularias tan bien descritas por Molinier, *Notice historique sur les fourches patibulaires*, Toulouse, 1868. Pero del mismo modo que la civilización moderna había impedido á los gobiernos confesar (en tiempos ordinarios) que empleaban la pena capital por debilidad y por miedo, así también les impidió en seguida el confesar que la usaban por odio y por venganza. Entonces el cadalso no tuvo otro apoyo que la razón de ser útil para intimidar á los inocentes, y la doctrina que defiende la pena capital llegó así á su última fase: en esta fase ha encontrado, desde el punto de vista *racional*, la insuperable objeción de que no es permitido servirse del cuerpo del hombre como instrumento para alcanzar sus fines, y el obstáculo de la *indestructibilidad* voluntaria de la personalidad humana. Ha sufrido también, desde el punto de vista *experimental*, la refutación de la historia y de la experiencia, refutación á la cual jamás han respondido los conservadores ni podrán nunca responder, mientras no consientan en que los abolicionistas repitan en naciones grandes la experiencia que han hecho victoriosamente en muchas pequeñas. Ha encontrado, finalmente, desde el punto de vista *utilitario*, la objeción deducida del mal ejemplo que los Gobiernos dan al pueblo, del

estímulo al desprecio de la vida humana y á los delitos de sangre. Para responder á esta última objeción es para lo que se ha puesto en boga la *ejecución secreta*, sin tener en cuenta la contradicción en que se cae. Ciertamente, nosotros convenimos en que si el suplicio capital ha de ser aplicado, sería *menos dañoso* si la ejecución se verifica en secreto; pero no concedemos que de ese modo sea *útil*, y todavía menos, que sea *justo, legítimo, necesario*. Será un mal menor, pero siempre será un *mal*.

2º

### *Penas afflictivas.*

§ 663.

Se llaman *penas afflictivas* aquellas que afligen *físicamente* al culpable sin llegar hasta quitarle la vida. (A)

§ 664.

Las penas *afflictivas* pueden ser *directas (positivas)* ó *indirectas (negativas)*.

§ 665.

Las penas *afflictivas directas ó positivas* son aquellas por medio de las cuales se causa al paciente un sufrimiento por la *mano del hombre*. Son *indirectas ó negativas* aquellas por medio de las cuales se restringe de algún modo al reo la libertad natural de su cuerpo. A las penas que nosotros llamamos *afflictivas directas ó posi-*

---

(A) En Roma existía un pena *afflictiva* especialísima que consistía en la condena *in pistrinis* (en los molinos), leg. 6 y 7, *cod. Theodos. de penis*, lib. 9, tit. 40. Como los romanos desconocían los servicios que podía prestar el agua como fuerza motriz, se vieron obligados á usar los brazos del hombre para moler los granos. Los particulares ricos empleaban á los siervos de este modo en los trabajos privados, y á las obras públicas llamadas *pistrine* se destinaban en Roma los condenados por los delitos más leves. De aquí provino la *Damnatio in pistrinis*, leg. 7, *cod. Teodos.*, lugar citado (Carrara, *Programma*, sexta edizione 1886.)

vas, quieren otros darles el nombre de penas *corporales*; pero, ¿responde esta expresión á todas las necesidades? Creo que no. En efecto, en toda distinción el nombre dado á una especie exige naturalmente para la especie opuesta una denominación opuesta. Por consiguiente, si á las penas aflictivas directas, como la marca ó los azotes, se les llama penas *corporales*, sería preciso llamar penas *no corporales* á las penas aflictivas indirectas, como la prisión ó el destierro. Pero me parece una contradicción que de una especie de penas *no aflictivas del cuerpo* se haga una subdivisión en una categoría de penas *aflictivas del cuerpo*: por esto es por lo que me atengo á la nomenclatura de mi maestro. Sería efectivamente más exacto, según creo, dividir radicalmente en dos clases distintas lo que Carmignani llama penas aflictivas del cuerpo, designando con el nombre de *aflictivas* las que atacan la integridad de la persona ó causan al cuerpo un dolor directo, y *restrictivas* las que limitan solamente el ejercicio de la libertad personal. De este modo las penas se dividirían, no en cuatro, sino en cinco categorías.

§ 666.

Las penas aflictivas *positivas* pueden ser *indelebles* ó *delebles* (A). Son *indelebles* las que dejan una huella permanente en el cuerpo, como la *marca* y la *mutilación*.

---

(A) Aun cuando la palabra *deleble* no se encuentra en el Diccionario de la Academia, nos hemos tomado la libertad de usarla, porque ella expresa exactamente lo opuesto á *indeleble*, y corresponde de un modo perfecto á la italiana *delebile* de que se sirve el profesor Carrara. Por lo demás, la raíz latina abona esta licencia.

Son *delebles* las que no producen este resultado, como los azotes, (1) las *cadena*s, etc.

---

(1) El famoso *knout* usado en Rusia no era otra cosa, cuando se empleaba como pena y no como tortura, que un modo particular de azotar que se hace más terrible por la forma especial del fuede de cuero que da su nombre á este atroz suplicio. Esta pena, muy antigua entre los tártaros, fue introducida por primera vez en Rusia el año 1450, bajo Basilio el Ciego, príncipe de Moscow; pero aun después de haber salido Rusia del yugo de los tártaros, lo cual sucedió en 1481 bajo Ivan Vasilievitch, la pena del *knout* fué conservada y se encuentra en el Código publicado por este príncipe en 1497. (A)

§ 667.

Las penas afflictivas *indelebles* deben ser reprobadas como degradantes de la dignidad humana y á causa de su *perpetuidad*, que es un obstáculo á la enmienda del culpable (1).

---

(1) Las penas indelebles fueron durante un tiempo objeto de una gran predilección, sobre todo en Oriente, donde se conservan aún. Pero la idea en que se inspiraba esta predilección no era única: se buscaron ciertos expedientes, menos por obedecer á la verdadera idea de la pena que como medio útil de impedir al culpable incurrir de nuevo en el mismo delito, y esto con un doble fin: ya para señalar al culpable á los ojos de sus conciudadanos á fin de que pudieran guardarse de él, como hicieron los romanos con los calumniadores, ya para quitar al culpable la posibilidad de repetir el delito, como el cortar la mano á los falsarios, los pies á los ladrones, etc. De la primera idea procedía el que se infligiera la marca, imprimiendo de un modo definitivo sobre el cuerpo del culpable una letra del alfabeto que reproducía precisamente la inicial del delito cometido ó de la pena sufrida. Pancirolo recuerda á este respecto (*Thesaurus variarum lectionem*) que los culpables marcados así se llamaban *homines litterati*; Henckart, *Diss. de stigmatibus*; Mascovius, *opuscula*, vol. 1, opus. 3, *de stigmatibus*. De la segunda idea resultaba que el miembro cortado era justamente el que mejor servía para el delito. También por eso se usaba cortar la nariz á los adúlteros, á fin de que su deformidad alejara de ellos á sus cómplices: Crell, *Dissertationes*, fascic. 2, dissert. 6, cap. 2. p. 91, *De jure manum in foro criminali*.

---

(A) En algunas prisiones alemanas é inglesas se aplica aún la pena de azotes, generalmente hasta en número de veinticinco ó de treinta y seis, y como un castigo disciplinario. Es de esperarse que los rápidos progresos que en este siglo han venido operándose en materia de penalidades, concluyan por desterrar completamente de los países cultos este inhumano sistema.

Las principales penas *aflictivas negativas* son la *detención* y el *destierro*. Agregaría también la *vigilancia de la policía* si ella pudiera verdaderamente ser mirada como una pena (1); pero la idea que prevalece en ella es la de la prevención ejercida como medida de policía y aunque muchos códigos la colocan en el número de las penas, porque hallan conveniente que en ciertos casos sea pronunciada por el tribunal, considerándola científicamente no puedo persuadirme de que sea verdaderamente una pena en el sentido filosófico de esta palabra. En efecto, la medida de esta coerción se calcula prácticamente por la malignidad *individual* verdadera ó presunta del *culpable*, lo cual sale de los términos ordinarios del castigo para entrar en las consideraciones de policía. Esto es lo que han pensado también los redactores del código de las Islas Jónicas, rico por demás en ideas bellísimas. Este código describe una clase especial de sanciones, que los tribunales imponen como completamente extrañas á las penas verdaderas, y las designa así (art. 68 y sig.): *medidas de precaución que tienden á prevenir los delitos, y que pueden ser adoptadas por la justicia respectiva*; luego viene la enumeración: alejamiento, caución, sumisión á vigilancia especial y expulsión fuera del Estado de los condenados extranjeros. Así han demostrado aquellos legisladores que, sin quitar nada á las garantías sociales, se puede hacer un código penal que responda á la exactitud del lenguaje y á los principios de la ciencia. No hay que hablar tampoco de la muerte civil como pena *accessoria*, pues ella está en oposición con la civilización, y ya universalmente proscrita desde que fué abolida (espero que para siempre) aun en Francia, por la ley de 31 de mayo de 1854. Ya no coloco entre las penas restrictivas la interdicción de ciertos ac-

tos y oficios, pues ésta es una pena absolutamente inaceptable. El consejero Cuniac escribía hace poco que esta pena repugnaría á las costumbres francesas; no repugnaría menos, estoy seguro de ello, á las costumbres de todos los pueblos civilizados, y espero haber logrado que se borre del nuevo proyecto de código penal italiano.

---

(1) Véase el trabajo de Emilio Brusa titulado *Della sorveglianza speciale*; la memoria de Auzies inserta en los *Annales de l'Académie de législation de Toulouse*, año 1864, vol. 13, p. 355, y el estudio del sabio profesor Molinier, *ibid.*, pag. 271.

§ 669.

La detención (1) comprende toda clase de castigos por medio de los cuales se priva al delincuente de la libertad, encerrándolo por un tiempo determinado en un establecimiento especial.

---

(1) Sobre las diversas formas de detención usadas en los diferentes pueblos se puede consultar á Van Tuyll, *De pœna ergastuli apud Belgas origine et modo*. En Francia, hasta el código de 1791, la detención no era considerada como una pena, sino únicamente como un medio de asegurar al culpable: Desportes, *Réforme des prisons*, pag. 8, en donde se encuentra la historia contemporánea del sistema penitenciario en Francia; Lucas, *Du système pénitentiaire en Europe et aux Etats Unis*; Vasselot, *Examen des divers théories pénitentiaires*; Silvela, *Necesidad de la pena capital* cap. 13 (publicada en un principio en Francia); el libro publicado en Lóndres en 1820 por la Sociedad para la mejora de las prisiones, bajo el título de *Rules proposed for the government of gaols*; Maconochie, *Crime and punishment*, London, 1836. Van der Brugglem, *Etudes sur le système pénitentiaire irlandais*. El sistema penitenciario, al cual daría de buena gana el nombre de *ortopedia moral*, se remonta según los eruditos católicos, al siglo VI de la era cristiana, y encuentran su institución en un monasterio del Sinaí: *Revue catholique de Louvain*, 1852-53, pag. 708 y sig. Lo que si es cierto es que Clemente XI hizo un ensayo de él en Roma, fundando una prisión para los delincuentes jóvenes, establecida según el sistema celular con aislamiento é instrucción. La civilización del presente siglo hubiera hecho universal el sistema penitenciario, si ideas de economía no le hubieran puesto obstáculos, ocultándole tras el velo de objeciones sofísticas sostenidas por las preocupaciones del vulgo. Así, la proposición formal para la sustitución del sistema penitenciario á la prisión promiscua, hecha en Francia en 1840 por el Ministro Duchâtel, y adoptada en principio por la Cámara de los Diputados y por la Cámara de los Pares, vino á aplazarse indefinidamente en su

aplicación general por la revolución de 1848; debieron limitarse á abrir algunos establecimientos parciales, aprovechando trabajos preparados en el intervalo por la administración: fué así como se pudo abrir en París en 1850 la gran prisión de Mazas. Pero una circular de 17 de agosto de 1853, del Ministro Persigny, declaró terminantemente que el nuevo Gobierno renunciaba al proyecto de separación celular para atenerse á la separación por departamentos (*quartiers*); y para hacer menos impopular este paso retrógrado se autorizó un escrito del Doctor Pietra Santa, publicado bajo este título: *Mazas, études sur l'emprisonnement cellulaire*, en el cual se pretendía alarmar al público con el peligro de enajenaciones mentales y de suicidios provenientes, según se decía, del aislamiento. Van der Brugghem ha presentado de buena fe objeciones contra la aplicación de este sistema á los delitos leves, pero ellas reposan sobre errores. Dice que es absurdo aplicar ese remedio donde la necesidad es menor, porque estando menos pervertidos los que son culpables de delitos leves, hay que temer menos en ellos la corrupción recíproca; pero no observa que un criminal viejo puede á veces cometer también un delito leve y encontrarse así mezclado con los novicios en el crimen. Añade que para los delitos leves la detención es de duración demasiado corta para que pueda esperarse de ella una mejora apreciable, olvidando que el aislamiento, además del fin secundario de la instrucción de los detenidos, tiene por fin principal y primitivo impedir que se perviertan, lo que muy á menudo puede resultar en solo un mes y aun en algunos días de vida común.

### § 670.

Expreso, pues, por medio de la palabra *detención*, todas las formas congéneres de castigo que consisten en encerrar al culpable en un lugar de pena, á las cuales se da un nombre especial deducido del nombre del establecimiento, el que según su naturaleza se llama *prisión*, *calabozo*, *casa di forza*, *casa de disciplina*, *casa de corrección*, *cárcel* (*ergástolo*, en Toscana), *galeras*, etc. Estos diferentes nombres no tienen un sentido determinado que pueda dar una noción constante de ellos. Un nombre que en algunas legislaciones expresa la detención *más grave*, en otras designa la *más leve*: esto depende del derecho establecido, puesto que los nombres no tienen un valor absoluto. Una distinción sustancial entre una forma y otra forma de detención, consiste en la obligación de trabajar. Algunos códigos contemporáneos han hecho de él explícitamente un criterio de agravación, distinguiendo entre la detención con obligación de trabajar

y la detención con libertad de no hacer nada (1). Recientemente algunos espíritus susceptibles han acusado de inmoralidad la idea de imponer el trabajo como *pena*. Esta objeción puede seducir por el primer momento, pero por mi parte no podría llevar tan lejos la delicadeza. Si la sociedad tiene el derecho de restringir la libertad del delincuente, impidiéndole ejecutar ciertos actos, no veo por qué no podría restringir su libertad obligándole á ciertos trabajos, útiles al Estado así como á la parte física y moral del condenado mismo. Se dice que el trabajo debería ser una *facultad* concedida al condenado como *recompensa* de su buena conducta, pero yo no encuentro inconciliables las dos ideas. Dar como recompensa trabajos más agradables y menos fatigosos á los detenidos más dóciles, no impide que se puedan domar las naturalezas más rebeldes con las fatigas más duras. Estas objeciones y otras semejantes por las cuales se llegaría poco á poco á hacer de la prisión un colegio, deben ser referidas al principio fundamental. La sociedad tiene el derecho (salvo la dignidad y la personalidad humana) de *hacer sufrir* al delincuente; la sociedad tiene el derecho de procurar la *mejora* del delincuente. Si la sujeción al trabajo responde á estos dos fines y no tiene nada que degrade la naturaleza humana ó que envilezca al hombre á sus propios ojos, las censuras contra el trabajo forzado no reposan más que sobre vanas preocupaciones.

---

(1) La sujeción al trabajo se encuentra en la pena de galeras (*trivemes* de los antiguos, *trabajos forzados* de los franceses, *cadena* de los españoles), pena que en el sentido propio designaba la obligación de remar en barcos: bajo esta forma creo que fué empleada por los romanos, según lo que dice Langloeus, *Semestrium*, lib. 10, cap. 5; pero en un sentido más lato designa igualmente el empleo del condenado en otros trabajos fatigosos en tierra firme. ¿En qué difería entre los Romanos, la *damnatio in metalla* de la *damnatio in opus metallicum*? Este punto ha sido examinado por Heyner, *Diss. de damnatione ad metalla*, pars. 1, § 3, Lipsice, 1794, donde hace notar que la primera era una pena perpetua acompañada de la *maxima capitis diminutio*, mientras que la segunda producía solamente la *media capitis diminutio* y era temporal.

§ 671.

Respecto á la detención, se ha contestado durante un tiempo, sin razón plausible, el derecho que tiene la sociedad para inflingirla á *perpetuidad*; opinión que la escuela *correccionalista* trata hoy de reproducir bajo otra forma. Por lo demás, esta escuela, á pesar de sus exageraciones, ha realizado grandes beneficios extendiendo el sistema penitenciario (1). Es necesario también notar que los *arrestos*, aunque abandonados por muchas legislaciones, pueden ser muy útiles colocados en el último rango de las penas afflictivas. No debería jamás descuidarse ninguno de los instrumentos que pueden servir para proporcionar á los diferentes grados de imputación un grado diferente de represión, y puesto que al último grado de responsabilidad puede adaptarse el último grado de restricción de la libertad personal (el cual aunque sea el último, puede ser más eficaz que la multa), no es racional olvidarlo.

---

(1) Para la historia del sistema penitenciario, véase la obra de Marquet-Vasselot, y lo que dice Ortolán en su curso en la página 668. Sobre los inconvenientes de las *galeras*, véase Alauzet, *Essai sur les peines* ch. 4.

§ 672.

El *destierro* (1), en sentido *general*, comprende el *destierro propiamente dicho* y la *relegación ó confinamiento*.

---

(1) Serooskerken, *De pena exilii*.

§ 673.

El *destierro* (1), en sentido *propio*, es el alejamiento del delincuente *de un lugar determinado*, con plena liber-

---

(1) Sobre las tres especies de destierro de los romanos, mencionados por Marcien, *leg. v., Dig. de interdict. et releg.*, hay divergencia entre los eruditos; véase Ermann Caunegieter, *observ.*, lib. I, cap. 8.

tad para trasladarse fuera de él á donde le parezca conveniente. Algunos códigos modernos han suprimido el equívoco que resulta de los dos sentidos de la palabra *destierro*, llamando al destierro particular *interdicción de lugar*.

§ 674.

La *relegación* consiste en imponer al culpable la permanencia *en un territorio determinado*, con prohibición de trasladarse á cualquier otro punto del globo (1).

---

(1) Los eruditos disputan sobre el punto de saber si los romanos imponían la deportación á los esclavos. Véase Lyctama, *Membranarum*, lib. 2, egloga 10.

§ 675.

Estas dos penas no admiten *apremio físico*. Toda la coacción consiste en el precepto, y de ahí la necesidad de unir al precepto una sanción especial que constituye un título de delito de creación puramente política, el delito de *quebrantamiento (inosservanza) de la pena*.

§ 676.

Cuando el destierro consiste en la expulsión de *todo* el territorio del Estado, se le llama *extrañamiento (bando)*: cuando la relegación se hace á un lugar de ultramar toma el nombre de *deportación* (1).

---

(1) Sobre las diversas formas de la deportación romana, véanse: Van Vryhosi, *Observationes*, cap. 25, p. 125; Van West, *De pena deportationis, pars 1*, pag. 10; Zigles, *Discep. selecta, thema 48*, § 46; y sobre la conveniencia actual de esta pena, Rubechi, *Della deportazione*. Los eruditos se preguntan si debe decirse que la prohibición del agua y del fuego cayó en desuso entre los romanos cuando la deportación estuvo en uso, y mu-

chos piensan que ambas subsistieron á la vez; ésta es la tesis que sostiene Huber, *Digressiones justinianeæ*, lib. 3, cap. 9, pag. 173.

§ 677.

Todas las penas aflictivas *negativas* sin excepción presentan los caracteres siguientes, que tienen una importancia social:

- 1º La graduabilidad (*graduabilidad*), que no tiene límites, tanto en la *duración* como en la *intensidad*.
- 2º La *reparabilidad* (*reparabilidad*).

§ 678.

Pero la *detención*, comparada con el *destierro*, tiene, en las relaciones antes expresadas, otros caracteres de conveniencia que no presenta el destierro; esto es lo que hace que aun el destierro sea muy defectuoso.

§ 679.

En efecto, la detención prevalece sobre el destierro, en la relación:

1º De la *fuerza física objetiva*, pues el destierro es *sentido* de diverso modo, y puede *no ser sentido* por ciertos delincuentes (1);

2º De la *fuerza moral objetiva*, pues el destierro carece de *ejemplaridad*;

3º De la *moralidad pública*, á la cual no debe la pena oponerse nunca. El destierro es *desmoralizador*; la prisión presenta la oportunidad al buen gobierno y á las asociaciones privadas de intentar la corrección del culpable, fin muy útil y muy santo, al cual debe el derecho penal permanecer extraño, sin poner jamás impedi-

mento para él, favoreciéndolo, por el contrario, en tanto que sea compatible con la naturaleza de la pena.

---

(1) Debe observarse una disposición de la Carolina (art. 161), que en lugar de desterrar á los ladrones reincidentes, ó de relegarlos, los condena á vivir perpétuamente en el lugar *donde han robado*. Este castigo proviene menos de la idea de hacer sufrir al culpable que de la de hacer más difícil á los ladrones la repetición del delito. En este aspecto, esta disposición era más filosófica que el destierro.

§ 680.

Es por estos motivos por lo que la detención con *separación celular* de los condenados va desarrollándose hoy en todos los pueblos civilizados. En efecto, la razón indica y la experiencia muestra que la *promiscuidad* de los detenidos es un foco de corrupción.

§ 681.

Es igualmente por estos motivos por lo que los legisladores modernos han moderado el abuso que antiguamente, por razones dominantes de economía, se hacía del *destierro*, y han llegado á no aplicarlo más que á ciertas faltas que no revelan decididamente una inclinación al mal.

§ 682.

Cuando se trata de graduar la pena de detención, debe examinarse especialmente esta grave cuestión: si bajo la doble relación de la sensibilidad del culpable y de la opinión pública (ó en otros términos, bajo la relación de la fuerza objetiva tanto física como moral de la pena), la consideración de la *intensidad* prevalece sobre la eficacia de la *duración*. Este problema no ha sido suficientemente resuelto por ciertos códigos modernos.

*Penas infamantes.*

§ 683.

Las penas *infamantes* (1) son las que hieren al culpable en su *honor*. Pero como la naturaleza misma del delito ó del castigo puede tener por consecuencia directa y espontánea dañar la reputación del culpable, es bueno hacer notar que la pena que se llama *infamante* es solamente aquélla en la cual la infamia es infligida por una *declaración formal de la ley*.

---

(1) Han tratado más particularmente de las penas infamantes: Woltaer, *Observationum* vol. 1, observ. 22;—Gellerke, *De infamia*;—Van Geuns, *De infamia*;—Hepp, *De la mote d' infamie en droit romain*; Richter, *De nature et indole infamie mediate*. Véanse también: Pacheco, *El Código Penal comentado*, vol. 1, p. 326, y sig.; Bonneville, *De l'amélioration de la loi criminelle*, II, pag. 433;—Mittermaier, *Delle pene infamanti*, en los *Opuscoli* reunidos por Mori, IV, p. 81.

§ 684.

En efecto, se distingue la *infamia de hecho* (que viene de la opinión) de la *infamia de derecho* (que deriva de la ley) según que la deshonor sea infligida *ex judicio hominum*, ó *ex legis sanctione*. La primera era llamada por Ulpiano *naturalis*, la segunda *civilis*. La primera, como observa Woltaer, comienza desde el día del delito; la segunda desde el día de la sentencia. Antiguamente la infamia civil resultaba de la expulsión de ciertas corporaciones: más tarde se introdujo el uso de decretarla expresamente, y prevalecieron dos maneras de infligirla: 1º el decreto del juez que declaraba infame al culpable; 2º el decreto acompañado de una manifestación *material*,

como la argolla, el cambio de vestido, el paseo sobre el asno (1).

---

(1) Donello criticaba la distinción entre la infamia de *hecho* y la infamia de *derecho*; ha sido refutado por Amaya, *in Cod. de infam. thes* 11. Bachovius *ad Treutlerum thes.* 4.

§ 685.

Pero se ha observado justamente que es superfluo infligir la infamia por una disposición de la ley, si el delito entraña ya de hecho la infamia, y que si la opinión pública no corresponde á ella, es un esfuerzo impotente de la ley que la expone á irrisión. En efecto, el patrimonio del honor no existe más que en la opinión de nuestros semejantes, y la ley puede mandar al cuerpo, pero no al espíritu.

§ 686.

Por otra parte, se ha observado también que las penas infamantes tienen el defecto de ser:

1º *Trascendentales*;

2º *Desigualmente sentidas*;

3º *Perpetuas*; y esto por más que Bentham haya soñado con una infamia graduable en intensidad y duración, comparándola á las manchas de un vestido. *Prácticamente*, hay en efecto cierta graduación en la pérdida del honor, en razón de la mayor ó menor aversión que muestra la opinión pública respecto á diferentes actos deshonorosos; pero esta graduación no puede ser hecha por la ley ni regulada de un modo exacto y eficaz.

4º *Destructivas de la dignidad humana*, y por consiguiente *contrarias á la enmienda* (1).

---

(1) Sobre este último punto hace notar Thomasio que debe rechazarse la infamia infligida á los vivos, porque es un obstáculo á la enmienda:

pero que debe aceptarse la infamia aplicada á los muertos, porque corrige á los vivos.

§ 687.

Por estas razones es por lo que, á pesar de las declamaciones de Filangieri, ha prevalecido en la ciencia moderna la idea de excluir del número de las penas la infamia, como dañosa é inútil; conservando, sin embargo, como apéndice de algunas penalidades, la *humillación* reparable, la cual lejos de ser una ofensa á la dignidad humana, expresa al contrario la obediencia á un deber de parte del que ha faltado; y reservando igualmente la deshonra *accessoria* que entraña la pérdida de ciertos dignidades ó de ciertos oficios. También las penas que pertenecen á esta tercera clase, aunque por obsequio al método universal de los criminalistas continúan llamándose penas infamantes, conservan sin razón este nombre pues es contrario á la lógica crear una clase especial de penas y después decir que estas penas no deben existir. Sin embargo, es necesario mantener, ya bajo el nombre de penas *humillantes*, ya bajo otro nombre, una clase *especial* de penas que no atacan al cuerpo ni la propiedad. Con gusto daría á esta clase el nombre de *penas morales*, si no temiera pasar por innovador y si no considerara poco exacta la denominacion de *morales*, á no ser por antonomasia, pues todas las penas deben tener un efecto moral sobre el delincuente. En esta clase debería colocarse: la *amonestación* (cuya historia y utilidad han sido recientemente esclarecidas por el Consejero Bonneville, en un excelente escrito), la *nota censoria*, el *apercibimiento correccional* (*biasimo*), la *interdicción* de ciertos honores y otras semejantes. Pero lo que yo no he osado hacer lo harán otros seguramente, pues así lo reclama el rápido desarrollo que la ciencia ha tomado en nuestros días. La clase de las penas infamantes pertenecerá pronto á la historia.

*Penas pecuniarias.*

## § 688.

Se llama pena *pecuniaria* toda disminución de nuestro patrimonio ordenada por la ley como castigo de un delito. Está en la naturaleza de esta pena que la parte del patrimonio quitada al culpable sea atribuída al Estado; si fuera de otro modo, sería más bien una *indemnización* que un *castigo*. Pero es *moral* que el estado emplee en buenas obras el producto de las multas. La ley puede, en castigo del delito, arrebatar al culpable *todo* su patrimonio y entonces toma la pena el nombre de *confiscación*, ó solamente *una parte* de su patrimonio, y entonces toma la pena el nombre de *ammenda* (A) ó de *multa* según los casos. Esta forma de penalidad debe ser estudiada *histórica, jurídica y filosóficamente*.

## § 689.

Desde el punto de vista histórico, encontramos que la pena pecuniaria ha sufrido notables transformaciones. Se encuentran ya las penas pecuniarias en las leyes mo-

---

(A) La palabra italiana *ammenda* no tiene equivalente exacto en castellano. Según nuestra legislación no existe más pena pecuniaria que la de *multa*. Para que se conozca la distinción que en Italia se hace entre *ammenda* y *multa*, trascribimos la siguiente nota de la sexta edición de esta obra: "No se pueden definir científicamente las diferencias que hay entre la *ammenda* y la *multa*, porque aquí deben repetirse las observaciones que hemos hecho respecto á las diversas formas de detención y á sus respectivos nombres. Nace de los derechos *positivos* de las diversas personas la diferencia entre la *ammenda* y la *multa*. Algunos pretenden derivarla de la distinta naturaleza del *hecho* castigado; otros del diverso *destino del dinero*; otros de otras causas. El nuevo código de San Marino llama *multa* á la pena pecuniaria que se inflige como pena única; y llama *ammenda* á la que se impone como *accessoria* de otra pena."

saicas: consistían, en este pueblo que fué el inventor de la moneda, en el pago de una suma de dinero. Las encontramos también en las tradiciones de otros pueblos, donde se han mantenido aun en los siglos posteriores, bajo la forma de pago de ovejas, de bueyes, de otros objetos, y algunas veces aun de ladrillos (1): bajo la primera forma porque el uso de la moneda no se había establecido todavía; bajo la segunda porque ciertas poblaciones tenían particular necesidad de rodearse de murallas.

En esos pueblos estas condenas tenían verdaderamente el carácter de *penas*; pero se presenta con carácter bien diferente en las tradiciones de los pueblos germánicos y en sus costumbres que, después de haber prevalecido hasta el siglo VI de la era cristiana, se mantuvieron en algunas de estas naciones, y duraron hasta el siglo XIII y aun después. Aunque estos pueblos castigaron durante largo tiempo todos los delitos con penas pecuniarias, es positivo que jamás conocieron esta pena como *pena*. En efecto, las sumas que el delincuente pagaba al ofendido eran el precio de la paz, de la renuncia que hacía la parte lesionada ó su familia al derecho de vengarse, y la suma que los delincuentes pagaban á los jefes de la tribu bajo el nombre de *fredum* era una retribución que el delincuente debía al jefe de la nación por la protección que le había concedido contra la venganza del ofendido. Es singular, como lo ha hecho notar Henke, que entre estos pueblos, durante muchos siglos, la autoridad no defendió á los particulares contra los delincuentes, sino á los delincuentes contra los particulares ofendidos, á fin de que no ejerciesen éstos venganzas excesivas; así, pues, estos pagos no se imponían con la verdadera idea de la *pena*. El *weregeld* (2) dado á los ofendidos era una *indemnización*, y el *fredum* un honorario.

Más tarde, cuando el renacimiento del estudio de las

leyes romanas hubo comunicado una viva energía á las tradiciones del Imperio, otras ideas tomaron vuelo, y los jefes de las naciones buscaron en las constituciones imperiales los títulos de una supremacía más extensa. Se sintió entonces la necesidad de una reforma en las leyes criminales. Fué así como sucedió que las ordenanzas de Francisco I en Francia y la constitución de Carlos V en Alemania, llamada la Nemesi Carolina, así como otros estatutos del siglo XVI (con una suerte análoga á la que ha tenido el presente) hicieron nacer una codificación penal en toda Europa. Estas nuevas reglas, aun destruyendo los antiguos errores y las confusiones que reinaban en el derecho penal, constituyeron sin embargo, un sistema de penas excesivamente cruel (3). La razón de esto se encuentra evidentemente en que se tomó la majestad por fundamento del derecho de castigar. En la Carolina se tuvo netamente por base el principio de que los soberanos deben castigar los delitos porque Dios les ha dado la misión de vengar sus ofensas. Con tales premisas, las penas pecuniarias debían necesariamente desaparecer; y en efecto, las encontramos restringidas á los robos pequeños, á las faltas ligeras. Pero no sucedió lo mismo con la confiscación, que se unió á ciertos delitos, y especialmente á los delitos políticos, como un medio de dar la fuerza y la riqueza á un partido, oprimiendo y debilitando al otro. Cuando el progreso de las luces hubo provocado en materia penal esta conmoción universal que ha dado origen á una ciencia nueva, se vieron cesar por grados los atroces castigos que habían probado tan tristemente su insuficiencia, y los pensadores consideraron de nuevo las penas pecuniarias en su aspecto jurídico y social.

---

(1) En otras partes se imponía la pena llamada de la *carretada* (*carra-ta*), que consistía en imponer al culpable la prestación de una carga de vino, lo que podía contener un carretón. Emminglans, *Jus Lusatense*, art.

175, p. 59. En el libro titulado *Cenni sul foro Bolognese*, pag. 96 y sig. del apéndice, se encuentra consignado en un gran número de documentos que la ciudad de Bolonia conservaba todavía en el siglo XVI el uso de infligir el pago de multas en cierta clase de objetos, como armas, etc. Después, habiendo prevalecido la costumbre de exigir las multas en dinero, se siguió generalmente el sistema de cambiar la aplicación de las multas, que ordinariamente se destinaban al fisco, y se atribuyeron á ciertas obras especiales. Así, en el libro citado se recuerda que el colegio de los Húngaros en Bolonia, destinado á atraer á la juventud alemana á los estudios jurídicos de esta Universidad, fué erigido con el producto de las multas que un decreto de 15 de julio de 1580 ordenaba pagar para esta fundación á los representantes de la nación germánica.

---

(2) Sobre la historia del *weregeld* entre los pueblos bárbaros, y sobre las cuestiones relativas á su determinación, véase Savigny, *Histoire du droit romain*, tomo I, capítulo 3. En el sistema de los bárbaros el *weregeld* siempre era proporcional al daño causado. La idea de proporcionar las penas pecuniarias al patrimonio del delincuente ha sido recientemente acogida por Bonneville, *De l'amélioration des lois crinnnelles*, II, pag. 249. El art. 75 del código español de 1848 exige expresamente que sean proporcionales á la fortuna del delincuente, lo cual aprueba Valdeson. La disposición del código austriaco que ordena la sustitución de la pena pecuniaria por la prisión con ayuno, cuando el acusado tiene tan pocos recursos que el pago de la multa arrojaría á su familia en la miseria, no es una cosa nueva: se encuentra una regla idéntica en una ordenanza de Wurtemberg del año 1567.

---

(3) El más cruel de todos fué el de Francia.

### § 690.

Desde el punto de vista *jurídico*, se investiga si la pena pecuniaria es *justa*; y aquí no puede suscitarse duda sobre la *ammenda* y la *multa*, sino sobre la *confiscación*. La *confiscación* total del patrimonio del condenado ha sido objeto de las críticas de Beccaria, y á pesar de la defensa sofística de ella que ha intentado Cremani (y desgraciadamente no ha sido el único ni el último) ha encontrado general reprobación; pero sus adversarios no están acordes sobre la razón (1) de hacer desaparecer esta pena. Kleinschrod ha pretendido que ella es *justa*, pero la reprueba como *inhumana*. De Broglie la reprueba como *impolítica*, porque ella excita la avidez de



los partidos y perpetúa los rencores de los ciudadanos. Pero podemos muy bien rendir homenaje á todas estas razones secundarias y decir con Carmignani y Rossi que la confiscación de los bienes del condenado es no solamente impolítica é inhumana sino también injusta, porque peca por *trascendencia*, hiriendo á los hijos inocentes más que al culpable. La ley, al admitirla, se pone en contradicción consigo misma, puesto que en el caso de prodigalidad inhabilita al padre para conservar los bienes de la familia. En Francia se conservó en el código de 1810, que Napoleón publicó sin tener el valor de darle su nombre; pero la carta de 1814 la abolió, como en Holanda y en otras partes, y ha sido unánimemente rechazada por los mejores códigos centemporáneos de las naciones civilizadas.

(1) Las diferentes maneras de fundar las críticas contra la confiscación dependen de los diversos principios que se toman por base del derecho de propiedad, del derecho de sucesión y de la sociedad de familia. Si negamos la propiedad en derecho natural, el Estado que la ha dado no tendrá escrúpulo en quitarla; si negamos el derecho de sucesión limitándolo simplemente á las necesidades, si negamos toda copropiedad en la sociedad de familia, nada podrá ya impedir que se despoje á los hijos. En las teorías jurídicas, los principios forman entre sí una cadena continua. Sobre las penas trascendentales y sobre la confiscación han disertado en diversos sentidos: Böhmer, *Exercitatio de pena sine crimine, in ejus exercitatio*; *Exercitatio* 101; Crell, *Dissertatio* 13, p. 416, *de bonis eorum qui ante sententiam mortem sibi consciverunt*; Van Limburg, *De confiscatione bonorum apud romanos*. La confiscación fué reprobada por Platón como trascendental; véase Thonissen, *L'idée de la peine dans Platon*, p. 25. Pocos legisladores se atreverían hoy á reproducir en sus códigos la pena de confiscación de los bienes; hay, sin embargo, algunos que han sancionado el que se trasfiera la pena pecuniaria á cargo de los herederos del delincuente, y no faltan sofistas que defiendan esta tesis. Yo creo que el principio *mors omnia solvit* y la regla de *personalidad* que es su consecuencia, no admiten limitación en materia de penas, cuando éstas no tienen el carácter de indemnización. Se ha intentado objetar que el remedio civil de la separación de bienes, del cual pueden valerse los herederos de la persona condenada á multa, quita el vicio de trascendental que se reprocha á la pena pecuniaria que se quiere reclamar al hijo del condenado. Se dice que gracias á este remedio, el heredero no paga *de suo*, y por consiguiente no sufre la pena, que recae sólo sobre los bienes del condenado. Este argumento, seductor en apariencia, me parece sofístico por dos razones. En primer lugar tiene el defecto de probar

demasiado, puesto que con este argumento se puede restablecer la confiscación universal de los bienes; y en segundo lugar, pregunto ¿quién es el que *sufre la pena*? No es ciertamente el culpable, el cual, á pesar del delito que ha cometido, ha muerto sin sufrir el pago de la condenación. Son únicamente los herederos, á quienes se despoja de los bienes que les había tocado por derecho de sucesión, viéndose empobrecidos por un delito que no han cometido. Yo no podría, pues, conformarme con esta distinción. O bien es preciso desoír las críticas universalmente repetidas contra la confiscación y renunciar á proscribirla; ó bien se hace necesario comprender en la misma reprobación la herencia de las penas pecuniarias. Hay más: en este principio de la herencia de las penas pecuniarias el vicio de *trascendencia* es siempre *constante, cierto y directo*, mientras que en la confiscación, con excepción de los casos en que va unida á la pena de muerte, es incierto é indirecto, puesto que al fin la pérdida del patrimonio es sufrida por el delincuente, y no alcanza sino *por vía de consecuencia* y accidentalmente á su familia inocente: por tanto, si se mantiene el anatema contra la confiscación y al mismo tiempo se sostiene la herencia de las multas, se quita el vicio de trascendencia de donde sólo es posible, y no se quita de donde es cierto é inevitable.

§ 691.

Desde el punto de vista *social*, se ha observado que las penas pecuniarias son *ineficaces* contra los delitos que provienen de pasiones violentas; no se puede usar de ellas sino para los delitos que provienen de la avaricia (1) y entonces deben ser proporcionales al provecho obtenido del delito é ir unidas á las penas afflictivas á fin de evitar el inconveniente de que no sean sentidas, lo cual sucede con la excesiva riqueza ó extrema pobreza del culpable. Catalina II ordenó en su código que las penas pecuniarias fuesen cambiadas cada treinta años, á causa de las variaciones probables de la riqueza pública; pero esta regla sería inútil hoy, pues hacer un código penal destinado á durar siempre, es una pretensión que nadie osaría avanzar. Debe sólo observarse que no pueden fijarse multas iguales para las diversas provincias, cuando hay entre ellas diferencia notable de situación económica. Por todas estas razones, es muy difícil determinar en la ley el criterio de la distribución de las

multas; y por otra parte, no puede admitirse que la cantidad quede abandonada al arbitrio ilimitado del juez (2).

---

(1) Se presenta además la cuestión de si convienen para el robo. Rara vez el que roba tiene recursos que permitan hacer efectiva la multa, y cuando tiene algún patrimonio, la ley, como se ha observado, al privarle de éste para castigar el robo, lo hace más pobre; de manera que si al principio robaba por pobreza, después roba por miseria. El código austriaco ha puesto excelentes restricciones á la pena pecuniaria.

---

(2) Véanse las juiciosas observaciones del ilustre Conforti en su escrito titulado *Intorno al diritto di punire ed al nuovo codice criminale del regno italico* pag. 52.

§ 692.

Apropiándose un pensamiento de Platón (*De legibus*, 11, 12), reproducido por Paul en sus *Sentences*, Filangieri ha propuesto, para igualar la pena pecuniaria entre todos los individuos colocados en condición de fortuna diferente, que se la hiciese consistir en una *parte alicuanta* del patrimonio del culpable; pero como lo han observado justamente Oersted, Rossi y otros, este sistema no produciría jamás, como se espera, la *igualdad relativa* de la pena. No es eso todo: semejante método, á más de ser *inaplicable*, sería *injusto* en su principio, puesto que proporcionaría la cantidad de la pena, no al criterio de la cantidad del delito, sino á accidentes que le son completamente extraños. Debe adoptarse la doctrina de Tittman: que la pena pecuniaria debe ser reemplazada por otra cuando su aplicación haya de conducir al culpable á la miseria, porque entonces sería una confiscación indirecta (1). Hallo también muy sabia la idea de Franck (*Philosophie du droit pénal*), quien, haciendo observar que la conmutación de la pena pecuniaria en prisión, mirada generalmente como una necesidad inevitable, es sin embargo muy dura, propone que antes de proceder á la prisión del deudor insolvente, se le

ofrezca el recurso de pagar la deuda por medio de jornales de trabajo en favor del Municipio. (A)

---

(1) Barbacovi, *De poenis pecuniariis rectè adhibendis; de publicatione bonorum*, Tridenti, 1810. Se puede dar á las penas pecuniarias un papel noble, constituyendo con las multas un fondo destinado á pagar las indemnizaciones debidas al ciudadano que, á pesar de su inocencia reconocida más tarde, haya sido sometido á una condena, ó sólo á un proceso criminal. Sobre este interesante asunto, véase Bonneville, *De l'amélioration de la loi criminelle*, II, p. 541, y apend. n.º 9; el proyecto de las Cortes de 1821, art. 182 á 184; Dessulles, *Détention préventive*, p. 72; y la crítica que ha hecho de este trabajo De Caze en un informe leído en la Academia de Tolosa el 3 de junio de 1863 (*Annales de l'Académie de Toulouse*, vol. 13, p. 199), crítica á la cual, en muchos puntos, no podemos asociarnos. Véase también la nota del § 858, más adelante.

### § 693.

Por lo demás, es bueno no perder de vista que la pena pecuniaria, en la ley criminal, debe ser siempre despojada de toda idea de *indemnización*, distinta de la indemnización propiamente dicha. Esta distinción no es solamente tecnológica, sino que tiene consecuencias jurídi-

---

(A) Las palabras de Franck á que se alude en este párrafo son las siguientes: "Con mayor razón es injusto sustituir con la prisión la multa que no puede pagar el pobre, esto es, una pena de distinto orden, de naturaleza bastante más grave y deshonrosa. ¿No equivale esto á castigar al pobre por su misma pobreza? ¿No es erigir la pobreza en crimen y castigarla á la vez con la afrenta y la pérdida de la libertad? Obligado al pobre que no puede pagar la multa á que trabaje algunos días en beneficio del Ayuntamiento de la Provincia ó del Estado, lo cual valdrá más aún que el dinero del rico, pero no dejéis subsistir en un país civilizado, en un país cristiano, esta desigualdad corruptora y odiosa. Preciso es que desaparezca por uno ó por otro medio, como han desaparecido la marca, la confiscación y la muerte civil; ¡ya ha durado bastante!" (*Filosofía del Derecho Penal*, traducción de Gil Maestre. Salamanca, 1878). Las aspiraciones humanitarias de Franck y de Carrara han sido llevadas á la práctica en Italia, pues el Código Penal emitido el 30 de junio de 1889, que empezó á regir el 1.º de enero de este año de 1890, contiene en su artículo 19 una disposición que permite al condenado la sustitución de la multa por la prestación de trabajo en servicio del Estado, de la Provincia ó del Municipio, computándose cada día de trabajo por cinco liras (un peso) de multa.

cas: la trasmisión contra los *herederos*, la *solidaridad*, y la *responsabilidad de los terceros*, cosas son que pueden ser admitidas cuando una multa, impropriadamente llamada pena, no es en el fondo sino una reparación de daños, pero que repugnan á la multa impuesta verdaderamente como pena; ésta, en efecto, bien que pecuniaria, no debe dejar de ser *personal*. En cuanto á la *solidaridad* de los codelincentes, es necesario considerar dos resultados diversos: el peligro de volver ilusoria la pena, fraccionándola según el número de los culpables, y el peligro de multiplicarla y de aumentarla más allá de su medida, cuando el número de los codelincentes es considerable; peligros que no se presentarían seguramente si se admitiera la *solidaridad* en la multa. Tomando en consideración estos dos peligros opuestos, es mejor, pues, rechazarla y no tener á cada uno de los culpables sino como responsable de la multa que individualmente deba. Es el otro principio el que debe prevalecer cuando la multa no es más que una indemnización; en efecto, aquélla no se aumenta por el número de los contraventores, y todos deben en justicia ser responsables solidariamente. La idea de *pena* que acompaña siempre á la multa reproduce en ella la condición de la *personalidad*; así, pues, como lo han sostenido enérgicamente Rauter, Backer (*De pena multae pecuniariae. Amstelodami; 1849*), Nypels, etc., científicamente no podría admitirse distinción sobre este punto entre la pena corporal y la pena pecuniaria.

---

## CAPÍTULO VIII.

### DE LOS CRITERIOS DE LA CANTIDAD DE LAS PENAS.

#### § 694.

El examen de la calidad de las penas hace conocer su *cantidad natural* respectiva, esto es, la relación de gravedad del sufrimiento que las diversas penas causan en el culpable. Esto permite al legislador, después de haber resuelto el problema del *máximum*, formar la *escala de las penas*: se da este nombre á la distribución de las penas, según su gravedad relativa. Pero el criminalista debe aún, en las penas, examinar la *cantidad política*, es decir, buscar las reglas según las cuales la diferente cantidad natural de las penas debe ser distribuída á los diversos delincuentes; en efecto, la justa igualdad de las diferentes penas á los diferentes delitos es un principio absoluto y supremo del poder penal.

#### § 695.

El primer objeto de esta investigación es determinar la *regla abstracta* de proporción (1) que sirve para esta medida; ahora bien, es hoy una máxima recibida, al menos en la ciencia que, desechando el sistema *armónico* y el sistema *geométrico*, se debe regular la medida de las penas por el solo sistema *aritmético*, esto es, el que toma por criterio de proporción simplemente la *cantidad* del delito. La proporción *geométrica*, que en la medida de la pena querría que se tuviera en cuenta la *condición personal* del delincuente, ha dominado durante largo tiempo; pero es singular que haya dominado con alternativas contradictorias; en efecto, en ciertos países, se tomó en consideración la alta condición del culpable para *agrarar*

la pena en razón al aumento del daño moral del delito (2), y en otros lugares se hizo de ella una razón para *disminuir* ciertas penas, vista la sensibilidad relativamente mayor del delincuente. Suponiendo que estas dos observaciones tengan un fondo de verdad, la consecuencia es que se destruyen entre sí y que de ningún modo se debe tener en cuenta la condición del culpable, sino es en tanto que obre por *sí misma* como *calificando* el delito.

---

(1) Los pueblos primitivos concibieron la idea de la *proporción* de la pena al delito en un sentido enteramente *material*, y llegaron al *talión*. El talión, cuya gran antigüedad nos ha sido demostrada por las más antiguas tradiciones orientales, y que ha sido casi universalmente acogido por los pueblos primitivos, porque es un producto espontáneo del instinto de la venganza, se expresa por la fórmula *ojo por ojo, diente por diente*. Este criterio penal ha sido, con la misma universalidad, reconocido como irracional por los pueblos civilizados. Sin embargo ha encontrado partidarios: Cocecius, *Exercitatio* 37, vol. 2; y aún entre los modernos, ha habido quienes exaltando hasta el fanatismo la escuela histórica, sino han osado proponerlo de nuevo como una bella cosa, no han ocultado al menos, sus simpatías por dicho sistema. Véase Van Thiel, *De pena talionis*; Beeldemaker, *De talionis jure*. No es así como deben considerarse las cosas en la actualidad. ¿Qué proporción existe entre la injuria y la multa, entre el homicidio y la prisión (*casa di forza*)? La *proporción* entre la pena y el delito no debe entenderse bajo una relación *material*, sino en un sentido enteramente psicológico. No se busca una proporción entre un *hecho material* y otro *hecho material*, sino entre un *efecto moral* y otro *efecto moral*. El efecto moral sufrirá siempre, es cierto, en algún modo, la influencia del hecho material, y de la misma manera que el daño es el criterio de la cantidad intrínseca de los delitos, el sufrimiento material será el criterio de la cantidad intrínseca de la pena; pero cuando se quiere determinar la relación entre una cantidad y otra, no es el hecho material lo que se debe considerar para decir si hay justa *proporción*: es necesario considerar la fuerza moral objetiva del delito, y aplicar una pena que tenga sobre los espíritus una fuerza moral suficiente para restablecer el orden combatiendo el desorden moral causado por el delito. Si la proporción de la pena con el delito debiera deducirse del criterio *material*, la medida sería constante en todos los tiempos y para todos los pueblos; ahora bien, al contrario, está fuera de duda que cuanto más moral es un pueblo tanto más puede sin peligro dulcificar el rigor de las penas, precisamente porque el cálculo de su relación es enteramente *moral*. Es en este sentido en el que Nicolini ha dicho con mucha justicia que el código penal es el termómetro de la civilización de los pueblos.

---

(2) Así lo asegura, por ejemplo, Beaumanoir respecto á las costumbres de Beauvoisis.

La proporción *aritmética* responde á la etimología de la palabra *pena*, la cual deriva de *pendere*. La pena no es más que un cambio de valores: es la moneda con que se paga el delito. *Penam*, dice Papiniano (1. 41, *Dig. de pœnis*) *est estimatio delicti*. Pero esta fórmula, cierta en teoría, ha sido con mucha frecuencia falseada en la aplicación por un error sobre el criterio de la *estimación*; ahora bien, este criterio no podrá deducirse nunca de las condiciones *extrínsecas* del delito, las cuales no aumentan ni la *fuerza física* ni la *fuerza moral*. La regla de que *la pena debe ser proporcional al delito* se ha cambiado á menudo en una fórmula oscura. Todos ven la oscuridad, todos dicen que hay oscuridad, pero cuando se trata de considerarla á fondo, unos creen ver una cosa y otros otra. Todos los criminalistas repiten que la pena debe ser proporcional al delito: esta fórmula es de aceptación universal; pero penetrada en el pensamiento de los que la repiten y veréis que lo único que habréis obtenido es un acuerdo sobre la existencia de la oscuridad. Se ha confundido tanto la *proporción* con la *analogía*, como ésta con aquélla; ya la *materialidad* con la *idealidad*; ya la relación de la *pasión matriz* con la relación del *efecto causado*; ya el *bien obtenido* por el culpable con el *daño* que ha causado; y con mucha frecuencia se ha confundido lo que pertenece al *arte de la economía penal* con lo que concierne á la *ciencia de la penalidad racional*; esto es, lo repito, una confusión muy frecuente (1). Por mi parte, propongo una fórmula que podrá no gustar, pero que al menos es neta, decisiva y constantemente lógica; no veo carácter social (sea para el delito, sea para la pena) en la simple fuerza física respectiva; el carácter social del delito (y por consiguiente el motivo de la prohibición) lo

encuentro en su *fuerza moral objetiva*. Si se prohíben ciertas acciones, no es porque sean dañosas á una ó á varias personas, sino porque turban el alma de todos, estimulando á los malos y amedrentando á los buenos. El carácter social de la pena (y por consiguiente el motivo de la conminación) lo encuentro en su *fuerza moral objetiva*. Si se inflige el castigo, no es porque daña al culpable, sino porque apacigua la turbación de los ánimos causada por el delito, y restablece la conciencia de la soberanía del derecho y la seguridad en la sociedad civil. La proporción entre la pena y el delito debe, pues, buscarse en las fuerzas morales objetivas correspondientes y en este sentido la pena representa en el fondo una verdadera reparación social. La pena debe tener toda la fuerza moral objetiva necesaria para destruir la que el delito ha ejercido sobre los ciudadanos. En este cálculo, las condiciones de la naturaleza humana exigen sin duda que se tenga en cuenta el elemento material, en tanto que el mal moral sufre la influencia del mal material, pero el criterio de la proporción consiste únicamente en el cálculo de la acción y de la reacción de las fuerzas morales objetivas: todo lo que se haga de menos es insuficiente y el legislador falta á su *deber*; todo lo que se haga de más es injusto y el legislador castiga sin *derecho*.

---

(1) Rapisardi ha publicado recientemente (Catania, 1862) un proyecto de código penal italiano; y aunque ha tomado por tipo solamente los códigos sardo y napolitano, olvidando que había en Italia cierto código, el código penal toscano, el cual, habiendo obtenido los elogios de los sabios de los más remotos países de Europa, merecía no ser olvidado por un italiano, su libro es, en ciertos puntos, digno de elogio. Pero cuando llega á la pena de muerte (que quiere se mantenga *para honra* de Italia) sostiene que si cuatro malhechores han asesinado á alguno, es injusto condenar á muerte á los cuatro. La cuenta es clara: cuatro vidas humanas valen más que una sola. Esta idea, que el consejero Cuniac llama bizarra, demuestra como se marcha á la ventura cuando se trata de convertir en una realidad práctica la regla general de que la pena debe ser proporcional al delito.

Es una pura ilusión considerar el delito y la pena desde el solo punto de vista de su fuerza física objetiva correspondiente. Si buscamos una igualdad imposible y una relación constante entre los males causados por uno y otro hecho, provocamos opiniones diferentes, y colocamos la ciencia en una vía en que no puede encontrar más que errores. El mismo delito y la misma pena, así lo quiere la naturaleza de las cosas humanas, varían sin cesar, en todas sus aplicaciones, en cuanto al mal efectivamente producido. La muerte de un joven robusto de diez y ocho años causa un mal que no es el mismo, una pérdida que no es la misma, que la muerte de un enfermo sexagenario; y por tanto, en los dos casos, si la muerte es el resultado de un delito, se llama homicidio; si proviene del castigo, se llama pena de muerte. La pérdida de mil francos es insensible para un hombre rico y es la ruina para un padre de familia que, con una pequeña industria, sustenta á duras penas una numerosa familia; por consiguiente, en ambos casos, si resulta del hecho de un ladrón, se la llama robo de mil francos; si proviene del hecho de un juez, se la llama pena pecuniaria. La reclusión de por vida varía de diez á sesenta años, según que se imponga á un joven ó á un septuagenario. Sucede lo mismo con cualquier otro ejemplo. Si consideramos simplemente el mal material que produce el culpable con el delito, ó la sociedad con el castigo, no podemos obtener más que una igualdad ó una proporción nominal y efímera, nunca real y efectiva. Es por esto por lo que el talión, bajo una engañosa apariencia de justicia, oculta una perpetua iniquidad. Pero el delito y la pena no deducen del simple efecto material su carácter social: éste proviene, para uno y otro, de su fuerza moral objetiva correspondiente. No se castiga

porque un hombre esté *muerto*, ni porque esta muerte haya excitado la *piedad* de los ciudadanos, sino por el temor que se ha despertado en ellos y porque se ha disminuido en su alma el sentimiento de la seguridad. Así, los dos casos de privación de la vida, que presentan una desproporción inmensa en cuanto al daño material efectivamente causado, y en cuanto al sentimiento de *piedad* excitado en los demás, son iguales respecto al temor que producen; en efecto, en la repetición del mismo hecho en perjuicio suyo, cada cual prevee un mal que para sí es siempre el mismo (la privación de la vida), y por consiguiente en el alma de cada uno de los miembros de la sociedad la fuerza moral objetiva de este delito ó de esta pena es siempre la misma. No se castiga para que sufra el culpable, y para que sufriendo expíe su culpa ó se arrepienta, se castiga porque la pena amortigua en las almas perversas la pasión del delito y el temor en las honradas. Seguramente ni el delito ni la pena podrán presentar fuerza moral objetiva sin la condición de un daño material ó la privación real de un bien, lo cual produce el efecto moral respectivo, y en ciertos límites el efecto moral tendrá una relación de proporción con el efecto material; pero el criterio político que determina la esencialidad, ya del delito ó ya de la pena, consiste en el efecto moral, y á este criterio fundamental debe conformarse el criterio de la medida de uno ó de otro hecho. Del mismo modo, cuando se ha encontrado la fórmula que determina, de una parte la cantidad del delito y de la otra la cantidad de la pena, la relación de la proporción que se quiere establecer entre las dos cantidades, no debe regularse por la infinita variabilidad del efecto material, sino principalmente por la comparación de las dos fuerzas morales objetivas. No basta considerar minuciosamente en el delito ó en la pena lo que ha sufrido la víctima ó lo que sufrirá el condenado, y correr

tras la quimera de una uniformidad imposible; es necesario ver lo que ha hecho el uno para excitar ó intimidar á los ciudadanos, y calcular lo que hará el otro para tranquilizarlos. Para equilibrar estas dos fuerzas morales, es necesario estudiar la proporción entre el delito y la pena. Cualquier investigación de efectos materiales, cuando una diferencia de fuerza moral no responde á ella, puede dar ocasión de ostentar flores de retórica, pero trastorna la ciencia y conduce al legislador á utopías perjudiciales á la justicia. De lo dicho resulta la conclusión siguiente: la noción del delito descansa sobre principios absolutos; del mismo modo, la noción de la pena reposa sobre principios que son absolutos en tanto que prohíben infligir ciertos males ó pasar de ciertos límites; por consiguiente, la proporción entre la pena y el delito sufre también el imperio de principios *absolutos*, ejerciendo una potencia *negativa* constante. Si se busca, no ya un simple criterio *negativo* de la proporción entre la pena y el delito, sino un criterio *positivo* que dé el *quantum* deseado, se llega al terreno de lo relativo, porque el criterio del *quantum* sigue la diversidad de las condiciones de los diferentes pueblos, que no puede ser revelada más que por la opinión pública, único juez competente de la manera de sentir de cada pueblo con relación á las fuerzas morales objetivas, ya del delito, ya del castigo (1), cuya relación de igualdad constituye el justo criterio de la proporción.

---

(1) De esta verdad se deducen las consecuencias jurídicas que he desarrollado en mi escrito: *Se la unità sia condizione del giure penale* (*Opuscoli*, II, *opusc.* 11), y en mis *Lineamenti di pratica legislativa penale*, *Oservo.* 24; Torino, 1874.

§ 698.

Sentado este principio, las reglas que se deducen

de él en cuanto al método que debe seguirse para encontrar esta proporción, son las siguientes:

1º Al adaptar la escala de las penas á la de los delitos, clasificados también éstos según su cantidad relativa, se debe seguir una marcha *descendente*, esto es, comenzar por los delitos más atroces y aplicarles los castigos más graves; y después pasar de grado en grado á las aplicaciones inferiores.

2º Al escoger la *calidad del mal* que se deba infligir al culpable, se debe tratar de obrar, en tanto que sea posible, sobre la pasión que lo ha impulsado al delito, á fin de privarlo del bien que por su delito ha demostrado desear más (1). Nótese que esta regla no tiene nada de común con la fórmula de la *proporción* llamada *cualitativa*, por medio de la cual un filósofo contemporáneo, bajo el velo de nuevas expresiones, ha intentado reproducir ni más ni menos que la doctrina del talión. La relación entre la pena y la pasión es bien diferente de la relación de *calidad* entre el *mal material* de la pena y el *mal material* del delito. Con la extraña teoría de la proporción *cualitativa*, vendríamos, por ejemplo para el *incendio por maldad*, que es un delito contra la propiedad, á buscar en el mal de la pena un mal que aflija al culpable desde el punto de vista de la propiedad; pero como el incendiario ha obrado impulsado por el odio, se expone sin dolor á dar mil al Estado con tal de hacer daño á su enemigo. Por lo tanto, la teoría de la proporción *cualitativa* es una teoría grosera y bárbara: no solamente carece de razón, sino que es viciosa políticamente. La relación de *calidad* debe establecerse entre la pena y la pasión impulsiva. El estudio de la impulsión, que hemos creído deber aceptar como base de la *medida* de la *imputación*, puede pues presentar elementos útiles para la *elección* y distribución de las *penas*. Se ve, por consiguiente, que la presente regla no pertenece tanto

al *derecho estricto* que *mide* la cantidad de la pena, como á la *economía penal* que estudia (respetando completamente la proporción fundamental del castigo) los medios de encontrar en la aplicación de la pena la *forma* que obre más eficazmente sobre el alma del culpable y de los que son inclinados al mal.

3º En esta difícil operación, debemos seguirnos únicamente por el criterio de la cantidad del delito, sin que influya en nosotros la *dificultad de la prueba* de ciertos delitos. Agravar la *pena* por la dificultad de probar el delito no es otra cosa que vengarnos de nuestra impotencia sobre el culpable; y además, como la dificultad de la prueba hace más fácil que se cometa un *error judicial*, esto viene á aumentar la pena que se inflige, á medida que se aumenta el peligro de infligirla á un inocente. Si objetamos que la dificultad de la prueba hace que muchos delitos queden impunes, llegamos también á encontrar natural que se sufra un mal mayor en razón á un *hecho ajeno* (2).

4º Tampoco debe buscarse una razón jurídica para *aumentar* la pena en la *frecuencia accidental* de ciertos hechos criminales.

---

(1) Landsberger, *De norma pœnam crimini constituendi*, § 8 y sigts.; Lipsitz, 1796.

(2) Haría todavía observar que si se admitiera este criterio, debería seguirse en todas sus consecuencias lógicas. Así, por ejemplo, se debería castigar el robo de *dinero* con más severidad que el robo de objetos reconocibles (*reconoscibili*), el envenenamiento con veneno *vegetal*, más severamente que el efectuado con veneno *mineral* y así sucesivamente.

### § 699.

Esta última proposición ha dado margen á opiniones divergentes, especialmente después que Bentham hubo enseñado que cuando ciertos delitos se arraigan,

debe aumentarse el rigor de las penas. Esta idea había ya prevalecido en el espíritu de un gran número de legisladores, resultando de ella un progreso creciente en la atrocidad de los suplicios: teoría lógica en tanto que se procedía con la idea de que el *fin de la pena es impedir los delitos*. Estas ideas servían de razonamiento á Vouglans cuando decía que la continuación del delito á pesar de la amenaza de la pena, es una prueba demostrativa de que las penas adoptadas hasta hoy son insuficientes, y que por consiguiente es necesario aumentarlas. Estas mismas ideas seguía Jenull cuando hacía notar que, para el que ha cometido un delito, la pena es siempre demasiado dulce, puesto que no basta para detenerlo. Esta observación, cierta aparentemente, es inexacta en el fondo, porque se olvida que si el malhechor ha cometido el delito, no es porque calculaba que sería *ligeramente castigado*, sino porque esperaba quedar impune; es verdad tan constante en los delitos *reflexivos*, como en los delitos cometidos por un *arrebato de ira* la de que el agente, bajo la influencia de una pasión súbita, no calcula ni la *gravidad* ni la *certeza* del castigo. Si nos obstinamos en ver el fin de la pena en la cesación de los delitos, jamás nos detendremos en aumentar la severidad. Es cierto que con respecto al que ha cometido un delito, la amenaza de la pena ha sido insuficiente, puesto que la ha despreciado; pero por lo menos basta en cuanto á los demás, y si el delincuente la ha despreciado, no es porque haya calculado que iría á la prisión en vez de ir á galeras, sino porque durante el arrebato no ha pensado ó porque ha calculado que no sería descubierto: de donde se deduce que con este cálculo de la impunidad habría despreciado igualmente cualquier otra pena aun más terrible. Tampoco parecía natural que la engañosa doctrina del aumento de la pena en razón al aumento de ciertos delitos pudiera ser acogida por crimi-

nalistas que, mejor instruídos, habían rechazado el principio de la utilidad y el fantasma de la intimidación, como por ejemplo Trebutien, *Cours de droit criminel*, I, pag. 32. Puffendorf, al contrario, enseñaba desde su tiempo (*Jus naturæ et gentium*, lib. VIII, cap. III, § 22) que la frecuencia de los delitos es un motivo para aligerar los castigos (1) porque se debe indulgencia á aquel *qui fuit abreptus, torrente similia patrantium*. Esta opinión, que él fundaba en el principio *moral*, ha sido reproducida recientemente por el profesor Veratti, quien la apoya además en razones *políticas*: el considerable número de condenados á una pena severa es un mal para la sociedad; la pena excesiva contra un delito frecuente es siempre más intolerable que la pena excesiva contra un delito raro é insólito; el exceso de rigor contra un delito frecuente se resuelve con más facilidad en impunidad general. Otros, siguiendo las huellas de Grocio, (*De Jure belli*, lib. II, cap. XX, § 35) han distinguido entre el oficio del magistrado que, conforme al deber que le incumbe de calcular la moralidad especial del hecho, debe encontrar en la frecuencia de ciertos delitos una excusa para los que son arrastrados por el mal ejemplo, y el oficio del legislador que, según ellos, debería en razón de la frecuencia aumentar la defensa en proporción al acrecentamiento del peligro. Carmignani se opone con fuerza á esta regla cruel, ya por razones políticas, ya fundándose en la justicia, la cual no podría tolerar que se infligiera al delincuente una pena más grave á causa de delitos cometidos por otros. Si el aumento del número de ciertos delitos se produjera después de una corrección legislativa que hubiera modificado la pena, la frecuencia desacostumbrada de la infracción podría considerarse entonces como un hecho revelador de un error legislativo y aconsejar su reparación; pero, fuera de este caso, el aumento ocasional de ciertos delitos debe ser es-

tudiado por la autoridad y corregido en sus *causas*: estas serán, en general, la falta de vigilancia de la policía, ó bien, en particular, ciertas circunstancias excepcionales como la miseria en materia de robos, las agitaciones políticas por resistencia á la autoridad, etc. La llaga una vez descubierta, debe curarse por medios preventivos y no recurrir al fácil pero triste expediente de agravar las penas, porque de este modo se aumenta el mal en vez de remediarlo (2).

---

(1) Esta opinión ha sido reproducida por Puttmann, *Probabilium* vol. 2, cap. 15, pag. 113; Burghart, *De panis pro frequentia delictorum temperandis*, Lipsiæ 1773.

---

(2) Resumiendo nuestra opinión sobre el grave objeto de la *proporción entre la pena y el delito*, que todos reconocen y proclaman como una verdad, considerada como *proposición general*, pero que todos entienden á su manera cuando se trata de aplicarla, decimos que la proporción entre las penas y los delitos—1º no debe buscarse en el *talión*;—2º no debe buscarse en la *proporción cualitativa*, fórmula sofística imaginada por Vera para disfracar el talión;—3º ni en la *analogía*, que ha encendido las hogueras en toda Europa;—4º ni en la *prevención*, que conduce á las mutilaciones;—5º ni en la *dificultad de la prueba*, que aumenta los peligros que corre la inocencia;—6º ni en la *frecuencia* de los delitos, que hace la pena trascendental;—7º ni en la *condición personal* del delincuente;—8º no debe abandonarse al *arbitrio* del juez;—9º debe examinarse la *impulsión* criminal para determinar la *calidad*, pero no siempre para determinar la *cantidad* de la pena;—10º la *cantidad* proporcional de las penas debe medirse únicamente por la *fuerza moral objetiva del delito*. Esta última fórmula es, á nuestro juicio, la única que mantiene al derecho penal en los límites del servicio de la defensa y no le conduce á ofender la justicia y la humanidad.

## CAPÍTULO IX.

### CRITERIO DEL GRADO EN LA PENA.

#### § 700.

La degradación de la cantidad particular de un *hecho* criminal, producida por la ausencia excepcional ó por la disminución de alguna de sus *fuerzas*, degradación que constituye una causa de *disminución* de la imputación (§ 207 y sig.), implica en buena justicia una disminución de la pena. Pero en tal caso la degradación no proviene de los elementos de la *pena* sino de los elementos del delito considerado en sus condiciones *individuales*: se disminuye la *imputación*, y la modificación de la pena no es más que una consecuencia necesaria de esta disminución. La teoría del *grado* en materia de *penas* conduce, por el contrario, á examinar las razones para modificar el castigo que derivan únicamente de las condiciones y del *fin de la pena*. Por lo tanto, esta teoría supone que, en un caso particular, la *cantidad del delito* no es *alterada*, ni su individualidad degradada, y que sin embargo se debe cambiar la medida ordinaria del mal destinada regularmente á esta especie de delitos; en una palabra, presupone ó al menos admite que el *hecho criminal* agota *en sí* todos los momentos morales y físicos, de modo que merezca la pena *ordinaria*, y que sin embargo hay *causas* que obligan á modificar esta pena, aunque ni los caracteres materiales ni los caracteres físicos sean por esto modificados.

#### § 701.

Estas causas pueden provenir de estos dos caracteres de la pena: que es un instrumento del *bien social*, y que debe representar la cantidad proporcional de *mal*

que debe sufrir el delincuente, y que el legislador ha creído justo infligirle. Las primeras se llaman *extrínsecas ó políticas*; las segundas pueden llamarse *intrínsecas ó jurídicas*.

Algunas de estas causas entrañan una simple *modificación ó conmutación* de la pena; otras pueden llegar hasta hacer *desaparecer* toda penalidad, aun merecida.

§ 702.

La diferencia entre el grado del delito y el de la pena no ha sido siempre bien señalada por los criminalistas, principalmente fuera de Italia: sea porque se haya abandonado el conocimiento de las circunstancias atenuantes al arbitrio indefinido del juez, como en Francia (1), sea que se haya subordinado este arbitrio á las definiciones de la ley, como en España y en el proyecto de código portugués (hecho por Jordao en 1861), siempre se ha confundido en las *circunstancias atenuantes* lo que modifica la imputación con lo que modifica la pena. Ha resultado de aquí una divergencia notable entre las escuelas, y además una apreciación inexacta y desigual de las excusas especiales, ya injustamente rechazadas, ya injustamente aceptadas sin las limitaciones necesarias. Refiriéndonos á aquella diferencia, basta hacer notar que si se admite la causa de excusa sin tener á la vista esa distinción capital, se deducirá que cierta causa que no tiene otra razón de ser que la *calidad* de la pena, será admitida ó rechazada con relación á toda clase de pena; lo que conducirá, tanto en uno como en otro caso, á una injusticia. Al contrario, si se observa con escrupulosa exactitud la distinción de la escuela italiana, deberá decidirse, cuando el delito no ha disminuido en sus fuerzas, que la imputación queda en su plenitud; después, considerando la pena destinada á este delito, *en su*

*relación* con la persona del delincuente ó con ciertas *consideraciones políticas*, se encontrará una razón de justicia ó de conveniencia para modificar el mal que representa la pena ordinaria. Explicaré la idea de esta distinción por medio de una comparación. Para recomendar un trabajo á un obrero, se calcula el valor de la obra en sí misma, y se da al obrero el precio que ella merece; he aquí un cálculo análogo al de la cantidad en los delitos. Pero si el obrero ha hecho el trabajo con muy poca inteligencia, ó lo ha dejado imperfecto, se deduce esto del valor ordinario de la obra: he aquí la analogía con el grado en el delito; pero si se da al obrero algo más que el valor ordinario, porque es pobre, ó porque tiene mucha familia, ó bien en reconocimiento de otros servicios ó porque se le quiere atraer, entonces se presenta la analogía con el grado en la pena. La obra es la misma, tiene el mismo valor intrínseco que cualquiera otra obra semejante. Si, en consideración á la persona, ó por un motivo interesado, se ha dado al obrero algo de más; ó si, al contrario, se le da menos porque se le ha hecho anteriormente algún servicio, ó por alguna otra consideración personal que no influya sobre el valor intrínseco de la obra, se procede exactamente como lo hace la ley cuando aumenta ó disminuye la pena en dos hechos que tengan intrínsecamente el mismo valor. El grado de la pena no cambia ni el título, ni la cantidad, ni el grado del delito; hace que la pena, que es el precio con que la sociedad paga el delito, deba ser modificada, por razones puramente relativas al individuo culpable, á pesar de que el valor del delito no cambia.

---

(1) Esto une la cantidad política de la pena á su *proporción armónica*, que consiste precisamente en dejar al arbitrio ilimitado del juez el cuidado de poner en armonía la cantidad de la pena con cada delito. Es, en el estado actual de la doctrina, una cuestión vital al mismo tiempo que controvertida, la de saber si se hace bien en conceder á los jueces (magistrados ó jurados) la facultad de rebajar de la medida ordinaria la pena, en razón de

*circunstancias atenuantes* no definidas previamente por la ley, conforme al sistema introducido en Francia en 1810 por el artículo 463 del código penal, ampliado por la reforma de 1832, imitado por ciertos códigos italianos, y llevado á su más lata aplicación por el código de Bremen. Este sistema, ha sido calurosamente elogiado por Mittermaier (*Eco dei Tribunali*, no. 1340) por Lambert (*Philosophie de la cour d' assises*, Paris, 1861, pags. 85-87), y generalmente por los franceses modernos que lo han aceptado por un motivo empírico, para hacer más raros los veredictos de no culpabilidad. Ha sido, al contrario, combatido duramente por Feuerbach, como destructor de la fuerza moral objetiva de la pena, y por Lipmann, porque en virtud de este sistema la autoridad judicial invade el poder legislativo (Véanse los *Annales de l' Académie de Toulouse*, année 1865, pags. 97-98). Los partidarios de las atenuantes indefinidas, que no se contentan con sólo facilitar la condenación, buscan un principio racional para apoyarlas é invocan estas dos proposiciones: 1<sup>a</sup> que la justicia exige que se proporcione la pena á la criminalidad subjetiva; 2<sup>a</sup> que la criminalidad subjetiva no puede ser apreciada *á priori* por la ley; que no puede serlo más que por el juez que tiene ante sí al sujeto activo del delito. Pero la experiencia hace dudar mucho si los jurados, al admitir ó rehusar las circunstancias atenuantes, juzgan al *hombre del delito*, ó al *hombre de la audiencia* que los ha sabido enternecer con sus artificios ó que los ha irritado con su desfachatez; lo cual cambia en una pura hipótesis el pretendido juicio de la criminalidad subjetiva. Además, es siempre un problema científico el de saber si verdaderamente la ley es impotente para definir *á priori*, á grandes rasgos, las diferencias de la *criminalidad subjetiva*. Una cosa ha facilitado el camino á esta elaboración, y es la distinción radical entre la *cantidad* del delito, que depende del punto de vista *objetivo*, y el *grado* del delito, que depende del punto de vista *subjetivo*. La dificultad que se teme hoy relativamente al *grado*, se temía antiguamente respecto á la *cantidad*, y los jueces de entonces tenían, para *agrarar* la pena, el poder indefinido que se quiere dar hoy á los jurados para *dulcificarla*. Pero el progreso de la ciencia permite á los legisladores definir todas las agravantes que aumentan la cantidad de los diversos delitos, y el sistema bárbaro de las agravaciones *ad arbitrium* puede ser abolido para siempre sin que la justicia peligre. ¿Por qué no se hace otro tanto con las degradantes? Un estudio analítico concienzudo muestra que esto es posible. El único punto que queda entonces indeciso, es el del cálculo de las *pasiones* consideradas como excusantes. ¿Pero de dónde proviene esto? Del desacuerdo que subsiste siempre entre los *médicos alienistas* y los *jurisconsultos*; éstos rehusan aceptar la doctrina de los primeros sobre ciertos estados del alma que los médicos alienistas quieren hacer admitir en principio como modificantes de la imputación (el código toscano, en el artículo 64, remedia este disentimiento). Ahora bien, esto es precisamente lo que se nota al estudiar el estado actual de la justicia en Europa: es un hecho que donde el sistema de las atenuantes no es aceptado, la doctrina de los *jurisconsultos* es la única que regula las penas; en tanto que en los países en que se admite el sistema de las *atenuantes libres*, prevalece la doctrina de los *médicos alienistas*, porque encuentra más simpatía en los jurados que no son legistas. ¿Deberá la ciencia soportar por más tiempo este estado de contradicción en que se encuentra la justicia en casi todas las naciones civilizadas de Europa? ó, más bien, ¿no será de su deber hacerlo cesar por una decisión definitiva? Pero volvien-

do á la fórmula de la *criminalidad subjetiva* que se dice no puede ser *prevista á priori* por la ley, como yo no me pago de aserciones vagas y nebulosas, querría que los defensores de esta tesis diesen á su fórmula una realidad concreta por medio de ejemplos, y me atrevo á creer que no lograrían oponerme uno solo que no pueda referirse á un tipo previsto por la ley, con tal que se evite el vicioso método de las definiciones materiales. La demostración de lo que sostengo no es compatible con los estrechos límites de una nota, pero es cierto que en Toscana, durante muchos años, se ha administrado buena justicia bajo el código de 1853, sin recurrir á las atenuantes arbitrarias. La *verdadera* razón sobre la cual se apoya el nuevo sistema, no es pues la fórmula de la *criminalidad subjetiva* que es necesario buscar, puesto que ella tiende á confundir al hombre del día del delito con el hombre del día de la audiencia: la única *verdadera* razón relativamente á los jurados, es la de *facilitar las condenaciones*. ¿Pero será esta una razón *justa*?

---

## CAPÍTULO X.

### RAZONES POLÍTICAS Ó EXTRÍNSECAS PARA MODIFICAR LA PENA.

#### § 703.

El fin último de la pena es el bien social; pero cuando circunstancias especiales muestran que la aplicación del rigor ordinario de la pena en un caso dado, aunque *conforme á la justicia*, causaría á la sociedad más daño que el que experimentaría con dejar impune ó castigar muy poco al culpable, se produce un conflicto entre las exigencias de la justicia rigurosa y las del orden externo. Sería *justo* aplicar la pena ordinaria, pero esto causaría más desorden que el que resultaría de la omisión ó de la disminución de la pena.

§ 704.

Si el derecho de castigar tuviera por fundamento la justicia absoluta, debería cumplirse ésta, aunque peciera el mundo; si el fin de la pena fuera la expiación, ésta no podría ser omitida. Pero la justicia no es más que un criterio *limitativo* del derecho penal (§ 612): su fundamento es la *defensa* del derecho, y en toda defensa entra siempre el cálculo comparativo del mal más grande y del más pequeño; su fin *inmediato* es el *restablecimiento del orden*, y cuando por razones humanas el orden completo no puede obtenerse, *el orden se encuentra en un desorden menor*. Así pues, el bien mayor para los miembros de la sociedad puede ser una razón para separarse del rigor de la justicia, y de aquí puede surgir una serie de causas, que se llaman *extrínsecas* á la pena, las cuales reclaman la supresión ó la modificación de ella por razones que son á la vez inherentes á su *fin* último y á su *fin* inmediato, pero nó á su *naturaleza*.

§ 705.

La justicia sería lesionada si, bajo pretexto del bien público, se aumentara la pena ó se despreciaran sus preceptos; en efecto, la justicia es el *límite* del derecho de castigar. Pero no se la ofende en el caso inverso; precisamente porque no es más que un *límite*, interviene en el poder penal para *impedir* que se castigue cuando ella lo prohíbe; pero no para *imponer* castigos siempre que ella lo mande, si á esto no responde la necesidad de la defensa del derecho, ó si su ejecución expone á peligros más grandes el derecho que se quiere proteger.

§ 706.

Por lo tanto, es claro que puede haber razones *políticas* (ó extrínsecas) para *disminuir* la pena, pero no se pueden admitir razones *políticas* para *aumentarla*. *La política no puede jamás obligar á la justicia á que castigue más; la política puede obligar á la justicia á castigar menos, porque la justicia abstracta no es ya justicia social cuando ocasiona desórdenes.*

§ 707.

Estas causas políticas se dividen naturalmente en dos categorías (creo que Carmignani por inadvertencia no ha establecido más que una clase), y esta subdivisión deriva del poder ó de la impotencia en que se encuentra la ley de preverlas á *priori*. Refiriéndome al principio de que la ley debe, en tanto que sea posible, regular de antemano todos los casos que pueda prever, pido que la ley se conforme entonces á ese gran deber para las causas políticas que por su naturaleza pueden preverse, describirse y definirse por sus caracteres pronunciados, y consecuentemente que se remita su examen y aplicación al prudente juicio del magistrado, dirigido por las disposiciones previsoras de la ley. Pero por más que se desee excluir de esta materia la arbitrariedad humana, no siempre puede conseguirse. En efecto, hay razones políticas cuyo examen no puede ser ni guiado por la ley por medio de reglas ciertas, ni confiado al juicio del magistrado, porque dependen de condiciones muy variables y que pertenecen á la alta política.

§ 708.

De aquí proviene la necesidad de formar de estas

causas dos categorías distintas. Llamo á una-serie de causas que la ley *no puede determinar*:—dependen inevitablemente del *derecho de gracia*, derecho soberano (1) con respecto al cual la ciencia puede dar indicaciones generales, pero no puede limitarlo á *priori*; es el Poder Ejecutivo quien, en cada caso particular, debe verificar y apreciar la conveniencia de su ejercicio. La otra, que llamo-serie de causas que la ley *puede determinar*—no permite el ejercicio del derecho de gracia, ni el arbitrio del príncipe, ni el del magistrado: todo está regulado de antemano por la ley, la cual se decide á acoger estas dulcificaciones, no por razones de *justicia*, sino por razones de *utilidad pública*. Estando así establecidas por la ley, parece que deberían bajo esta relación tener el carácter de causas *jurídicas*; sin embargo, las coloco con Carmignani en la clase de las causas extrínsecas ó *políticas*, porque tal es su origen racional.

---

(1) En nuestros días el derecho público no duda en reconocer en el derecho de agraciar á los delincuentes un atributo exclusivo de la soberanía; pero en la Edad Media este derecho fué, en ciertos límites, ejercido también por personas que no tenían una soberanía propia, y aún por corporaciones religiosas. (Véase la monografía publicada por el sabio Molinier, bajo este título: *Notice historique sur le droit d' accorder des graces aux criminels, dont jouissaient autrefois le chapitre de la cathédrale de Rouen et les évêques d' Orleans; Toulouse, 1870*). El derecho de gracia del obispo de Orleans fué ejercido por la última vez en 1784 y el del capítulo de Ruan en 1790.

### Primera Serie.

Causas políticas no determinables por la ley.

#### § 709.

Para que se reserve al *Poder Ejecutivo*, ejerciendo el derecho de gracia, el conocimiento de ciertas circunstancias que hagan conveniente modificar ó suprimir enteramente la pena merecida por un culpable, es neces-

rio (1) que estas circunstancias tengan un carácter *extraordinario*, accidental, y particular á esta especie, con respecto á las condiciones del país, á sus necesidades, y á mil otras consideraciones á las cuales no es permitido que el magistrado eleve su vista, y que no es posible que el legislador, por una disposición general, comprenda en sus previsiones. Es, pues, imposible enumerarlas por la razón misma de su origen. Los autores admiten, por ejemplo, y presentan como razones que permiten aprobar el ejercicio del derecho de gracia: los *servicios prestados* por el delincuente (2) *el temor de las perturbaciones*, *el gran número de culpables*, la *necesidad* que el país tiene del delincuente, ó el reconocimiento que le debe, etc. (A).

(1) No queremos decir con esta expresión que el derecho de gracia, estando reconocido y admitido por la ley fundamental, pueda tener restricciones en su ejercicio: creemos, al contrario, sentar la regla de que los jueces no pueden conocer de estas circunstancias extraordinarias, las cuales están reservadas al juicio puramente gracioso del príncipe. También es cierto que este juicio no es susceptible de control, y que el príncipe puede consi-

(A) Entre nosotros estas causas están expresamente determinadas en la ley; el artículo 106 del Código Penal de 1880, dice así:

“Los tribunales que pronuncien la sentencia que cause ejecutoria contra el reo, podrán recomendarlo por el órgano respectivo al Poder á quien la ley confiere la prerrogativa de indultar, expresándolo así en la propia sentencia, en cualquiera de los casos siguientes:

1º—Cuando sepan particularmente que el delito es falso ó muy inferior del que resulta del proceso, aunque conste lo contrario en la causa.

2º—Cuando el reo haya prestado servicios eminentes á la República, y su conducta haya sido recomendable y constantemente buena antes del delito.

En este número están incluídos los que hayan sido declarados por la ley, Beneméritos de la Patria.

3º—Cuando hayan mediado en el delito circunstancias extraordinarias de aquellas que, no habiendo podido ser previstas probablemente por las leyes, manifiesten que el reo obró contra sus propios sentimientos é inclinaciones, arrastrado al delito por algún estímulo poderoso ó disculpable; ó que en el delito tuvo más parte la pasión, la desgracia, la miseria ó el error, que la malicia ó la depravación del corazón.

4º—Cuando sea un pueblo entero el delincuente, ó un cuerpo de tropas ó una porción de hombres que pase de veinte individuos.”

derar como razones para otorgar la gracia, aun las circunstancias que, deferidas por la ley al examen de los magistrados, no han sido aceptadas por éstos. Sin embargo, es todavía una regla aceptada entre los jurisconsultos españoles contemporáneos, que la ley puede someter á ciertas condiciones el derecho soberano de gracia, y han puesto por ejemplo una ley de las *Partidas*, que rehusaba á la Corona el derecho de hacer gracia á los delinquentes que no habían obtenido el perdón del ofendido (Véase también San-Felice, *vol. 1 decís 53*, y Caldero, *decís. 35*). Esto es una tradición de la idea de la venganza privada en el castigo de los delitos; todavía hoy no faltan entre nosotros jurisconsultos que piensan que en los delitos que no dan lugar más que á una *acción privada*, no debe admitirse la gracia del príncipe como medio de extinguir la pena. Por lo que hace á mí considero, aun en estos delitos, el derecho del ofendido como un derecho puramente negativo ó *impediente*, y no como un verdadero derecho *penal*.

---

(2) Sobre los *servicios prestados* por el delincuente, véanse buenos desarrollos en Puttmann, *Miscellanea, cap. 16. et Opuscula crim., opusc. 11*; Caldero, *Decisiones Cathalonice, decís. 68*, pag. 128; Catalano, *Tractatus criminalis*, pag. 232, n.º 4; y sobre el gran número de culpables, Maradei, *Observ. 2*.

### § 710.

Se ha escrito mucho contra *el derecho de gracia*: Beccaria, Pastoret, Barbeyrac, Bernardi, Filangieri, Bentham, Bavoux, Kant, Livingston y otros autores modernos lo han atacado; pero sus objeciones han sido combatidas, y el derecho de gracia se ha mantenido, sin embargo, á pesar de la guerra que se le ha hecho. Puede ser muy útil cuando es sabiamente ejercido.

### § 711.

La *gracia* pertenece al *Poder Ejecutivo*. Es bien diferente de la *amnistía* (1) que pertenece al *Poder Legislativo* (A). Ésta, más *general* en sus *causas* y más *extensa* en sus *efectos*, no sólo *extingue* la *pena*, sino

---

(A) El artículo 102 de nuestra Constitución vigente, reformado por decreto de 19 de junio de 1882, dice así:

“Son deberes y atribuciones del Poder Ejecutivo:.....  
19.º—Indultar, conmutar y rebajar las penas con arreglo á las leyes y de la propia manera rehabilitar á los delinquentes.”

que borra el delito. Esta idea está comprendida en la misma etimología de la palabra *amnistía* (*olvido*).

(1) Sobre las diferencias entre la *gracia* y la *amnistía*, véase Hermann, *De abolitione criminum*; Steck, *De amnistia*; Berthauld, leçon 21; Legoux, *Droit de grâce*; Arcos Orodea, *Estudios sobre la regia prerrogativa de indulto*, inserta en la *Escuela del derecho*, vol. 5, pag. 64. Las opiniones de los publicistas están divididas. Hello (*Le régime constitutionnel*, 2<sup>a</sup> partie, tit. 1 cap. 2 sect. 10, § 1) enseña que el poder de conceder la amnistía difiere del derecho de gracia en que aquél pertenece exclusivamente al Poder Legislativo. Esta opinión es teóricamente la más exacta: la amnistía no es, en realidad, más que una derogación de la ley en su actividad, en su aplicación; es una invasión al Poder Judicial cuyo curso se interrumpe por una inversión de atribuciones. En efecto, si el Poder Legislativo es por su naturaleza superior al Poder Judicial al cual impone reglas de conducta, el Poder Judicial á su vez, en un gobierno bien organizado, prevalecerá sobre el Poder Ejecutivo, el cual no debe ser más que el ministro de la ley y del juez. Toda inversión de esta gerarquía por medio de la cual el Poder Ejecutivo quisiera dominar al Poder Judicial, sería siempre una violación de las garantías del régimen constitucional. Faustin Hélie (*Instruction criminelle*, § 195) sostiene, al contrario, que el derecho de gracia comprende al de amnistía; hace notar que la amnistía no es más que una *gracia anticipada*, que deriva de la misma fuente, puesto que es un acto de clemencia. Pero el primero de estos argumentos carece de consistencia, y ambos prueban demasiado; tienen, por lo tanto, el defecto más grave que se puede reprochar á un argumento. Si mañana el rey diera un decreto ordenando que en lo sucesivo los ladrones no serían ya perseguidos, se debería entonces decir que ésta es una *gracia anticipada* y un razgo de clemencia hacia las gentes necesitadas; pero, en el fondo, es también una derogación de la ley declarar que no se castigarán ya los robos cometidos hasta el presente, ó decir que no se castigaran los robos que se cometan en 1876. Por la segunda fórmula, se deroga la ley en su parte *punitiva* y *prohibitiva*; por la primera se deroga únicamente en la parte *punitiva* y no en la *prohibitiva*. Son más fieles á la exactitud las deducciones jurídicas, aun las que obedecen á la necesidad política, de los que, (Daloz *v.º Amnistie n.º 23*) reconociendo en el Poder Legislativo el derecho de amnistía, han dicho que debe considerarse como *delegado tácitamente* en el rey por el Poder Legislativo, considerando que el Poder Ejecutivo es el único que puede conocer las necesidades de la nación que exigen, en interés de la paz pública, que se olviden ciertos hechos. Ésta es una razón sólida. Por más celosos que seamos por la conservación de las garantías constitucionales, es necesario admitir que cesen en ciertos momentos de necesidad suprema, y que el jefe del Estado provea á las necesidades urgentes: aún los fieros republicanos de Roma reconocieron esta necesidad. Es por esto por lo que la primera opinión, aunque más cierta en teoría, ha carecido de éxito en la práctica; y en la actualidad la jurisprudencia ha establecido como un punto incontestable de derecho público que las amnistías sean acordadas por el rey: Daloz, *v.º Amnistie*, n.º 3; Casanova, *Diritto Costituzionale*, vol. 2, pag. 49, édition Cammelli; Florence, 1869. En Italia, la delegación del poder de conceder amnistía no ha sido tácita: se en-

cuentra en términos expresos en el artículo 830 del Código de Procedimientos Penales. Es también una cuestión, y una cuestión difícil, la de saber si la amnistía puede ser acordada en los delitos que no se persiguen más que por requerimiento de parte.

Está fuera de duda que las amnistías deben recibir de los tribunales las más lata interpretación posible: Corte de Casación de Florencia, sentencia de 11 de noviembre de 1868 y otra de 15 de julio del mismo año, *Annali italiani*, vol. 2, part. 1, pag. 149; Nicolini, *Procedura penale*, § 934. Por consiguiente si se concede amnistía por el hecho principal, se debe considerar que también se ha concedido por los hechos accesorios que han servido de medio (Faustin Hélie, § 197) aunque no hayan sido especificados en la amnistía. Se ha hecho de este principio una notable aplicación en provecho de un hombre que, por escapar de la quinta, había hecho un certificado falso: Merlin, *Répertoire*, v.º *Amnistie*; Casación, 7 de enero de 1809, 4 de mayo y 19 de julio de 1810. Entre los antiguos prácticos, ha habido quien haya querido distinguir entre el *indulto* y la *abolición*, diciendo que se debía interpretar el primero *latamente* y la otra *restrictivamente*: y ha habido quien ha propuesto esta cuestión (que se reproduce hoy en las Cortes italianas): si la amnistía puede extenderse á los delitos que todavía no están en conocimiento de la justicia, *nondum delata*. Se ha pretendido que nó, por argumento de la l. 2. C. *De abolitionibus*, y de la regla *voluntas non trahitur ad incognita*, haciendo notar que no es posible presumir que el príncipe haya querido la abolición de los delitos que no podía conocer puesto que eran todavía desconocidos por la justicia. Pero el sofisma de esta objeción ha sido revelado por Catalano, *Tractatus criminalis*, pag. 353, cap. 8. n.º 5, y cap. 2 n.º 75, y por otros que él cita.

## Segunda Serie.

Causas políticas determinables por la ley.

### § 712.

Pertencen á esta serie todas las circunstancias que tienen ciertas condiciones *uniformes* de relación entre la pena y el bien público, y precisamente por esta *uniformidad* es por lo que se las puede definir *á priori*. Estas circunstancias deben ser examinadas por el *Poder Legislativo*, sancionadas como *regla constante* por la ley general cuando se consideren admisibles, y remitidas á los magistrados para su aplicación. Tal es el *perdón* del ofendido en los delitos que no dan lugar más que á una acción privada (1); tal es según la doctrina de los prác-

ticos, la *confesión del culpable* hecha en tiempo útil y que aprovecha á la justicia; en fin, la *prescripción* de la *pena*.

(1) El *perdón* de la parte lesionada se cuenta entre los modos políticos; en efecto, si en ciertos casos, como en el adulterio, se concede á la remisión del ofendido el poder de hacer desaparecer la pena, no es por un principio de justicia sino por consideraciones de orden público. Se encuentra también en algunos antiguos estatutos italianos, entre las causas de disminución de la pena, la *remisión* que el contumaz *hace de su persona* en la justicia; y esta idea ha sido reproducida en Italia en algunos edictos contemporáneos. En los países en que se admitió esta causa, estaba evidentemente *determinada á priori* por la ley y no era *jurídica* sino *política*. No era *jurídica*, porque la pena ordinaria no se alteraba en sus proporciones en provecho del individuo, puesto que se presentaba él mismo; era *política*, porque la ley había creído prudente admitirla para disminuir el número de los criminales que se ocultan y que hacen temer siempre nuevos delitos; para volver la pena más rápida y para que se escapen de ella con menos frecuencia. Pero semejantes disposiciones legislativas son siempre una confesión implícita de la impotencia de la autoridad para obtener el arresto de los enemigos de la sociedad. Es precisamente por esto por lo que las encontramos en los antiguos estatutos de los siglos XV y XVI, época en la cual las luchas entre los soldados y los bandidos fueron, como se sabe, tan sangrientas como continuas; las encontramos en nuestros tiempos, por las mismas razones, en las leyes sobre el bandillaje: las mismas causas conducen á los hombres á los mismos hechos. Pero en tiempos normales, y en un estado tranquilo, esta promesa de excusa no es buena porque en el fondo es una transacción con el delincuente, transacción que ha conducido, hace apenas cuarenta años, á Estados débiles hasta el punto de asegurar una renta á los malhechores para librarse de ellos. Todas estas cosas son deplorables. Se puede solamente, en buena justicia, admitir que el juez, en los límites de la pena *determinada relativamente*, use con indulgencia de la latitud que le concede la ley, viendo en la sumisión espontánea un signo de arrepentimiento. ¿Quién tendría valor de aplicar la pena de muerte á un culpable que ha venido por sí mismo, con la confesión en los labios, á ofrecer su cabeza á la justicia?

### § 713.

Carmignani ha atribuido, sin distinción, al Poder Ejecutivo el conocimiento de todas las causas extrínsecas: no hay para él ninguna que pueda formar el objeto de medidas legislativas generales, y en este orden de ideas ha enumerado entre las causas de gracia, aun la *prescripción de la pena* y la *confesión del culpable*. Al decir que la prescripción de la pena no debe ser admiti-

da en virtud de una ley general llegaba, contra la opinión de un gran número de criminalistas autorizados, á seguir la doctrina que prevaleció en Toscana; pero al decir que la ley no puede conferir á los magistrados la disminución por causa de *confesión*, iba no solamente contra la doctrina de los prácticos sino aun contra la práctica universalmente admitida en su tiempo en Toscana. Hasta en 1853, ha sido una regla constante de nuestros usos judiciales, que el juez debía tomar en cuenta en descargo del condenado la confesión espontánea que hubiera sido *útil* á la justicia. En legislación hay mucho que decir en ambos sentidos sobre esta materia. Por una parte, es contradictorio que la ley diga de antemano que cuando un acusado haga una confesión en contra de sí mismo ó de sus cómplices, habrá una disminución de pena. Este sistema parece inmoral á algunas personas: ven en él una transacción odiosa con el delito y temen que resulte de él una excitación al crimen. Por otra parte, es un hecho que si la utilidad política puede ser considerada como una justa razón para disminuir un poco el rigor de la pena, esta utilidad, cuando deriva de la confesión de un acusado, no puede ser ni reconocida ni convenientemente apreciada si el conocimiento de la *espontaneidad* y de la *importancia* de la confesión judicial no se defiende á los magistrados ante los cuales se sigue el proceso. Ellos solos, consultando su conciencia, están en estado de decir si, faltando esta confesión, se habrían encontrado ó nó en la necesidad de absolver. También, colocando esta causa de disminución entre las causas de gracia soberana, se la desnaturaliza y se la vuelve menos provechosa, puesto que la incertidumbre sobre el punto de saber si será tomada en consideración, debilita el valor dado á la confesión espontánea. La utilidad política de esta causa de disminución consiste en lo siguiente: suponiendo cierto que se hubiera dudado absolver por falta de prueba,

vale más castigar menos que verse obligado á absolver á un culpable (1). Admitiendo desde este punto de vista la disminución que resulta de la confesión, no hacemos más que referirnos á nuestro principio de la *defensa del derecho*: la fórmula *utilidad política* que nosotros empleamos no es otra cosa que la utilidad de mantener la *defensa del derecho*, que en último análisis se obtiene mejor castigando *menos* que no castigando absolutamente (2). De otro lado, la aparente inmoralidad de esta incitación política á hacer confesiones, no es evidente más que en el caso de los *decretos de impunidad*, los cuales con razón se reprueban hoy generalmente, y está templada además por la condenación que sufre, aunque menos severamente, el culpable que confiesa. La moral pública admite voluntariamente que se trate con más dulzura al que confiesa: sea porque la confesión, cuando se hace contra sí mismo, es una garantía de arrepentimiento; sea porque el público nota que sin una confesión la justicia habría sido eludida; sea porque esta idea se refiera al gran principio religioso de la remisión del pecado. Es en estas últimas consideraciones en lo que los partidarios de la escuela moderna correccionalista encuentran la razón decisiva para admitir esta excusa. En cuanto á mí, no considero estas razones como fundamento de la excusa, sino como una sólida respuesta á la objeción deducida de su inmoralidad. La razón fundamental para admitirla, la encuentro suficientemente en el servicio que presta á la protección del derecho.

No puedo aprobar el proyecto portugués, que querría que se colocara la *denegación* del culpable en el número de las circunstancias que *agravan* la pena. Agravación quiere decir cantidad mayor de castigo, y una cantidad mayor de castigo supone necesariamente una cantidad mayor en la falta. Ahora bien, ver en la denegación del reo una falta especial, es una crueldad que se opone

á los sentimientos á menudo invencibles de la naturaleza humana. No me asociaría, pues, á los que sostienen que se debe agravar la pena del culpable, pero no tendría inconveniente en unirme á los que dicen que es necesario atenuar la pena del culpable que confiesa útilmente. Esta diversidad de razones y de medios no es una sutileza gratuita ó un vano amor á las fórmulas: se remonta á los grandes principios que dominan la ciencia, y se deducen de ella en la práctica las consecuencias más varias y más importantes.

---

(1) Esta razón, que ha prevalecido en el código austriaco (art. 46, letra h.), no ha sido aceptada en otros códigos modernos (por ejemplo, en el proyecto portugués, art. 66, n.º 3) que, admitiendo la disminución por causa de confesión *útil ó nó* á la justicia, han confundido en ella la consideración del *arrepentimiento* (A).

---

(2) Esta causa de disminución de la pena ha sido rechazada por algunos autores, entre otros por Muller, *De causis mitigandi poenam in delictis*, Coburgi, 1776, el cual en el § 19 la coloca en el número de las causas que llama *mitiganti spurie*, pero sin considerarla desde el punto de vista de la utilidad que tiene para la justicia que es la única verdadera razón que existe para admitirla. Las divergencias con respecto á esta atenuante y á algunas otras, que no son admisibles sino bajo ciertas condiciones, provienen en general del error de confundir las causas *de atenuación de la pena* con las causas *de disminución de la imputación*: como esto conducía á rechazar aquéllas en ausencia de las otras, se llegó, por una necesidad lógica, á borrarlas todas, y á colocarlas todas á la vez á merced de la gracia soberana. Es á Carmignani á quien corresponde el mérito de haber esclarecido la diferencia esencial que hay entre estas dos especies de causas, aunque no haya dado á su ingeniosa teoría todo el desarrollo que en buena lógica debía obtener. Por consiguiente la doctrina de que la confesión útil á la justicia debe producir la disminución de la pena, es una doctrina común: la ley sálica, el antiguo estatuto de Luca, *lib. 3, cap. 8*, y otros estatutos italianos la han sancionado expresamente. Caldero, *Decisiones Cathalonie*, *decis.* 20; San Felice, *vol. 2 decis.* 324; Forti, *Conclusioni*, pag. 151. Solamente en tiempo de la tortura, se discutió acerca de la confesión hecha por medio del

---

(A) Según el inciso 9.º del artículo 11 de nuestro Código Penal de 1880, es circunstancia que atenúa la responsabilidad criminal "ser el primer delito y confesarlo con sinceridad, aunque esté comprobado en autos."

tormento y la confesión hecha después de haberlo sufrido. Stoffel, *An ob spontaneam delinquentis post tormenta superata confessionem, pœna ordinariam locum habeat; Lipsiæ, 1769.*

§ 714.

La prescripción de la *pena* ha proporcionado á los criminalistas un objeto de grave discusión, y esta cuestión ha sido resuelta diversamente por los legisladores. Muchos autores (1) (y en primer lugar Bentham, completamente transformado en moralista) ha encontrado malo que un código prometa la impunidad al cabo de cierto número de años á un culpable reconocido como tal *por una condenación* judicial; esto, á sus ojos, es premiar la desobediencia, el arte de ocultarse y la evasión.

---

(1) Henkel ha atacado calurosamente el sistema de la prescripción en materia penal: *Utram delictorum pœna pœscriptione in foro recte tollantur necne; Vilebergæ, 1793.* Es más fácil probar la inadmisibilidad de la prescripción, sea de la acción, sea de la pena, que buscar la razón, tanto de la una como de la otra, en el detestable sistema de la *interrupción* arbitraria. Si se me pusiera á escoger, preferiría no admitir nunca la prescripción, á admitirla ó nó según el gusto del ministerio público. O las razones para admitirla son buenas, y entonces la pluma de un acusador no puede hacerlas desaparecer, ó son malas, y entonces deben rechazarse siempre y por todos. Hay además que observar una diferencia según la pena de que se trate. Cuando se trata de la pena de muerte, repugna la idea de ejecutarla contra un hombre de sesenta años, en virtud de una condenación que sobre él había recaído cuando tenía veinte. Al contrario, cuando se trata de penas restrictivas, el argumento del olvido presunto del delito prueba demasiado, desde el momento en que se admiten las penas perpetuas. En efecto, si el olvido presunto de la culpa libra de ir á galeras al que ha pasado treinta años en el destierro ú oculto, no se comprende porqué esta presunción de olvido no libra al culpable que después de la condenación ha pasado treinta años en galeras. La sola respuesta posible á esta objeción es la que se deduce de la diferencia que hay entre la pena que todavía no ha empezado á ejecutarse y la continuación de la pena en curso ya. Véase también á Langloeus, *Semestrium lib. 12 cap. 1 pag. 709; Ravius Principia universæ doctrinæ de pœscriptione, cum notis Eichmanni, § 151 y sigs.*, y la sabia disertación de Riedel, *De pœscriptione criminum*, Berolini; 1831. Véase, para la interrupción, *ibid.* cap. 5. Cuando se admite el sistema de la interrupción, sea para la prescripción de la acción, sea para la prescripción de la *pena*, se presenta la cuestión de saber si los actos de persecución hechos en un país extranjero

tienen fuerza interruptiva: esto es lo que ha examinado Thézard en la *Revue-critique*, tome 28, pag. 376. Un punto sobre el que hay acuerdo en la doctrina contemporánea, es el de que cuando se admite, según la *naturaleza* y la *gravedad* de los delitos, una diferencia en el tiempo requerido para prescribir, no se reconocen ya delitos *imprescriptibles*, esto es, *exceptuados* á perpetuidad de este beneficio en razón de su atrocidad: Puttmann enseña (*Adversariorum* vol. 1, cap. 7) cómo se ha regulado otras veces este punto. La diferencia de los términos, que depende de la distinta *naturaleza* de los delitos, hace nacer también esta interesante cuestión: si para los efectos de la prescripción la *naturaleza* del delito debe definirse según el *título propuesto por la acusación*, ó según el *título aceptado en un juicio de contumacia*, ó bien según el título que *en definitiva* haya sido reconocido como único conforme á la *realidad*, cuestión rebatida en Francia y entre nosotros; y la otra, no menos controvertida, de los términos que deben aplicarse á los delitos en que una *excusa* ha modificado el *título* aparente: Morin, art. 7944 y 9029.

### § 715.

Según esta doctrina, la prescripción de la *acción* es admisible, porque como falta la sentencia judicial, no hay certeza sobre la culpabilidad. Los ciudadanos no saben positivamente si este hombre es un criminal afortunado ó la víctima desgraciada de una injusta sospecha; también es conveniente extinguir una acción que se ha dejado tanto tiempo inactiva y que se viene á renovar cuando el tiempo ha hecho más difícil el conocimiento de la verdad. Pero prescribir la *pena* después que el delito ha sido confirmado por una sentencia del magistrado, es, dicen, trocar en perjuicio de la sociedad la incuria de sus agentes (1), es confesar la debilidad de la ley, es ultrajar la moral, es asegurar al crimen un triunfo escandaloso (2).

(1) La prescripción de la pena ha sido bastante mal defendida por los que han querido encontrar su fundamento en la *presunción de abandono* hecho por el ministerio público. Esto podrá ser un buen criterio para cuando se trate de prescribir la *acción privada*, porque el particular tiene el derecho de obrar ó de no obrar, y este derecho es facultativo en él; pero el ministerio público, tiene no solamente el derecho, sino el *deber* de ejercer la acción y de hacer ejecutar las condenaciones; y si algunas veces cree no deber ejercer una acción, se abstendrá de ejercerla no porque piense que esto es *facultativo* de él, sino porque siendo juez de sus *deberes*, cree no tener en es-

te caso el *deber* de obrar. Hablar de *abandono presunto* ó de *renuncia* del ministerio público, es un error muy grave, un verdadero absurdo; es colocar al ministerio público por sobre la ley, la cual obliga á él tanto como á los demás ciudadanos. Se necesita ser ciegamente idólatra de este ministerio para dejarse ofuscar por tales sofismas. Pero si la prescripción de la pena ha sido defendida por tres falsos argumentos (*el abandono presunto, la expiación presunta y la posesión de impunidad*) sería dejarse llevar de una ilusión demasiado frecuente creer que se ha demostrado la falsedad de la doctrina porque se han combatido algunos falsos argumentos por medio de los cuales se había imprudentemente tratado de defenderla. Para sostener la prescripción de la pena, queda un cuarto argumento: *la cesación de la razón de castigar*; él no puede ser contestado, y esto basta (A).

(2) Hay un caso en que los argumentos contra la *prescripción de la pena* presentan una solidez particular: es el caso del que, habiendo empezado á sufrir la pena, se sustrae á ella evadiéndose. En esta hipótesis se puede decir con toda verdad que la prescripción y el perdón son un premio acordado á la falta, un premio acordado al delito de evasión. Sin duda el caso de evasión presenta caracteres excepcionales, y la certeza de poder prescribir es una excitación terrible para la evasión, pero esta particularidad no es suficiente para desechar la regla general: ella podría permitir limitarla, ó cuando mucho, en las disposiciones especiales de un código sobre la pena de la evasión (cuando se aplique alguna pena á ésta), introducir como penalidad accesoria la *imprescriptibilidad* de la pena que sufriría el culpable; pero si se puede decir que el evadido, al prescribir la pena, obtiene un premio por su delito, no se puede decir otro tanto de los demás culpables, porque sustraerse de cualquier otro modo á la pena impuesta, no es un delito, sino el ejercicio irrochable de la libertad natural.

(A) La prescripción de la pena, considerada en su verdadera esencia jurídica y según las exactas ideas de los romanos, no es otra cosa que la prescripción de la *actio judicati*. La nomenclatura moderna trueca en esta distinción la exactitud por una hipérbole. Del delito nace la *acción* que produce la *condena* del delincuente: de la sentencia de condenación nace la *acción* para obtener la *ejecución* de la condena. A pesar de ser diversos el origen próximo y el objetivo inmediato, son siempre dos *acciones*, dos manifestaciones de la *actividad* de dos *derechos diversos*: el derecho de hacer juzgar y condenar y el derecho de hacer aplicar la pena en cumplimiento de la sentencia. ¿Qué quiere decir *prescribir la pena*?Cuál es el sentido jurídico de esta fórmula? Menos mal expresado estaría si se hubiese dicho *prescribir la condena*, la cual contiene en sí el derecho y la acción ejecutiva. Pero *prescribir* quiere decir *extinguirse*; y cómo puede extinguirse una *pena* que aun no ha nacido? Otra inexactitud sería también la de aquel que en apoyo de la prescripción de la pena invocase la regla enseñada por muchos prácticos, de que *penae ob temporis post delictum longitudine mitigantur*: Hartmann Pistor, *Observat.* 61, Francofurti et Lipsiae, 1679. De ese modo se confundiría una *disminuyente* con la prescripción, que es *dirimente*. Pero el trascurso del tiempo considerado sólo como disminuyente de la pena, aunque nada tiene que ver con la *prescripción*, porque en ésta extingue la acción

## § 716:

Otros, al contrario, (Puffendorf, Dunod, Trébutien, Mesnard, Haus, Villeret) no han considerado más que el

ejecutiva y en aquélla sólo modifica sus efectos, merece sin embargo observaciones especiales, sobre todo en aquellos casos en que por expresa disposición de las leyes positivas se prohíbe aplicar ciertas penas después de un determinado intervalo de tiempo. De tal procedimiento se hallan ejemplos en los códigos contemporáneos, con respecto á la *pena de muerte*. Aun esta causa es, pues, determinable *a priori* por la ley; y pertenece al número de las causas políticas, porque con razón se calcula que la ejecución de un hombre, aunque sea culpable, producirá en el público universal piedad, cuando el tiempo ha debilitado el horror al delito. La ley que consigna esta causa es, por lo demás, sabia y laudable, y no deberían olvidarla aquellos que se jactan de partidarios de la abolición progresiva, si realmente fueran tales. El código de Vaud, de 1843, dispone en el artículo 60: *cuando un delito merezca la pena de muerte, y trascurren tres años sin que la sentencia haya sido pronunciada, la pena se conmuta por la de treinta años de reclusión*. El pensamiento de este código queda completado con el artículo 62: *La pena de muerte no se ejecuta contra el culpable que ha incurrido en ella:—1º cuando este culpable sea menor de veinte años en el momento en que comete el delito; 2º cuando sea de setenta ó más años en el momento del juicio ó de la ejecución (y he aquí la edad como disminuyente de la pena, mas no de la imputación § 228); 3º cuando hayan trascurrido tres años desde el día en que el delito ha sido cometido, sin que la sentencia haya sido ejecutada*. Esto se llama querer ser abolicionistas progresivos de buena fe y no por hipocrecía. Ni tampoco puedo pasar por alto el tercer caso de ese artículo, según el cual á la mujer en cinta condenada á muerte de pleno derecho se le conmuta la pena por treinta años de reclusión. Y esto se llama ser humanitarios sinceramente. No es tal la regla que suspende la ejecución para después del parto. ¡Situación horrible la del hijo que viene al mundo para hacer sonar la hora fatal de su madre! Esta suspensión se llamó *humana*, pero muy erradamente: era *justa* porque no mataba al inocente (¡gran virtud!); pero llamarla humana es un abuso de la palabra, porque no es humano lo opuesto á un acto *injusto*. Y es hacer gala hipócritamente de luchar por la equidad, mientras se lucha vigorosamente por el derecho. El código de Vaud ahorra á la mujer en cinta esta agonía: no la mata por razón de *justicia*, porque el *derecho* no tolera que se dé muerte á un inocente; pero además conmuta la pena á la mujer por una consideración de *humanidad*, para no ponerla en la situación de apresurar la caída de la cuchilla de la guillotina sobre su cuello, con los esfuerzos que haga para dar un ciudadano á la patria. Nuestros Licurgos se encogieron de hombros ante estos ejemplos, y dirán que la gracia puede repararlo todo, como en otro tiempo decían que las atenuantes lo reparaban todo. Pero entonces, repito, para qué hacéis un código penal? Por qué os jactais de hacer un código progresivo? (Ca. rara, *Programma*, Sesta Edizione, 1886).

*fin* de la pena. Cuando el delito y la condenación se olvidan, dicen ellos, el desorden ha cesado; la pena que se inflige entonces no tiene objeto: no tiene otro efecto moral que el de excitar la piedad. ¿Condenaríais á muerte á un hombre de sesenta años por un delito que cometi6 á los veinte? El drama de la pena se desarrolla á los ojos de una generaci6n para la cual el drama del delito no es mäs que un hecho hist6rico. Ésta es la mäs s6lida raz6n sobre que se apoya la prescripci6n de la *pena* (1). La f6rmula de la prescripci6n deducida de la *posesi6n de impunidad* es una f6rmula empírica. La posesi6n de un estado contrario á la ley no puede tener eficacia jurídica.

---

(1) Sobre estos principios se fundan las disposiciones de algunos c6digos que ven en el trascurso del tiempo una raz6n para disminuir ciertas penalidades particulares. Así, el c6digo de Vaud (*arts.* 60, 62) dispone que si despu6s de una sentencia de condenaci6n á muerte trascurren tres a6os (*arts.* 60 y 77), 6 si trascurre este t6rmino despu6s del delito que merecía esta pena sin que ésta haya sido ejecutada 6 pronunciada, la pena de muerte se cambia de pleno derecho en la de treinta a6os de reclusi6n. Existía en las *Partidas* de Espa6a esta singular disposici6n: que cuando un acusado hubiera estado, en raz6n del procedimiento, detenido durante dos a6os, sin que se se hubiera pronunciado ninguna sentencia contra 6l, sería de pleno derecho declarado absuelto. Esta disposici6n parece fundarse en la presunci6n de que aquel á quien el juez, en dos a6os de investigaciones, no ha podido probar su delito, es un inocente.

### § 717.

Otros (Le Sellyer, Rodi6re, Zillebeecke, Faustin Hélie, Boitard, Hoorebeecke, etc.) agregan que la justicia debe declararse satisfecha con las angustias que el condenado ha sufrido durante todo el tiempo que se ha ocultado. Esta observaci6n no me parece ni positiva, ni conforme á los principios. Se funda sobre una abstracci6n filos6fica, sobre una presunci6n que puede ser errada, y no da una raz6n jurídica de sí misma, sino es para los que buscan en la pena la expiaci6n moral. Sin embargo, ésta puede ser la raz6n mäs popular, y tal vez

el mismo vicio que tiene de ser una razón moral será lo que la vuelva popular, porque es un hecho notable que en derecho penal todos se creen autorizados á subir á la tribuna y á pronunciar una opinión: poetas, filósofos, periodistas, teólogos, romanceros, médicos, todos razonan *ex professo* en derecho penal. ¿Pero por qué sucede esto? Precisamente porque se falsea la idea de este derecho, sea confundiéndolo con la ley moral pura, que está al alcance de todos, sea regulándolo sobre el interés político, que cada uno se cree en estado de apreciar. Esta puede ser la razón que á menudo vuelve populares ciertas máximas amparadas á la moral ó á la política, las cuales, bajo la crítica severa del derecho, aparecen al primer golpe de vista ó jurídicamente erróneas ó peligrosas (1). Desde el punto de vista jurídico, las razones de la *posesión* de impunidad y de la *expiación* moral presunta no son más que palabras, la razón de la dificultad de la prueba no tiene valor alguno en presencia de una cosa juzgada, como sucede en el caso de una sentencia de condenación pronunciada *contradictoriamente* contra el culpable, y por consiguiente el único argumento sobre que puede basarse la prescripción de la *pena*, es el de que después del trascurso de cierto lapso de tiempo desde la condenación, la ejecución carece de *ejemplaridad*.

(1) En Roma la prescripción de la *pena* se encontraba comprendida en la prescripción general del *actio ex judicato*, la cual se cumplía en treinta años: Hoorebecke, pag. 8;—Villeret, *De la prescription*, § 21. En las leyes llamadas bárbaras, no parece haber traza de la prescripción de la *pena*. Es cierto que la prescripción de la *acción* se admitía entre los Visigodos, ¿lo estaba también en las Capitulares de Carlomagno? Esta cuestión se ha debatido entre Bertauld y Villeret. En el renacimiento del derecho romano se adoptó generalmente la prescripción de la *acción* por el lapso de veinte años, el cual estaba disminuido para los delitos menores. Sin embargo, la ordenanza de Luis XIV, de 1670, declaró el *duelo* imprescriptible, y aun algunos doctores pretendieron extender la imprescriptibilidad á la *lesa majestad*: ésta era la opinión de Jousse y de Vouglans. Pero para la prescripción de la *pena* no se encuentra ninguna disposición particular, aun en la Carolina.

Entre los códigos modernos, la prescripción de la pena está admitida por los de Sajonia, Wurtemberg, Brunswick, Francia, Nápoles, por el sar-

do, por el de Módena, por el proyecto portugués art. 174 y por el código belga. at. 91 y sigts. No se admite en los códigos de Prusia y Brasil ni en el toscano (A).

(A) También en Costa Rica existe la prescripción en materia penal; y nuestro código hace distinción entre la prescripción de la acción penal y la de la pena, consignando las siguientes reglas relativas á una y otra:

“Artículo 114.—La acción penal se prescribe: respecto de los crímenes, en diez años; respecto de los simples delitos, en siete años; y respecto de las faltas, en cuatro meses.

Cuando la pena señalada al delito sea compuesta, se estará á la mayor para la aplicación de las reglas comprendidas en los tres incisos anteriores de este artículo.

Las reglas precedentes se entienden sin perjuicio de las prescripciones de corto tiempo que establece este código para delitos determinados.

Artículo 115.—El término de la prescripción empieza á correr desde el día en que se hubiere cometido el delito.

Artículo 116.—Esta prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente crimen ó simple delito; y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él; pero si se paraliza su prosecución por tres años ó se termina sin condenarle, continúa la prescripción como si no se hubiera interrumpido.

Artículo 117.—Las penas impuestas por sentencia ejecutoriada, se prescriben:

Las penas de crimen, en diez años;

Las de simple delito, en siete años;

Las de faltas, en cuatro meses.

Artículo 118.—El tiempo de la prescripción comenzará á correr desde la fecha de la sentencia que causa ejecutoria, ó desde el quebrantamiento de la condena, si hubiere ésta comenzado á cumplirse.

Las sentencias dadas contra reo ausente, aunque no causen ejecutoria, servirán sin embargo para los efectos del inciso anterior de este artículo.

Artículo 119.—La prescripción del presente artículo se interrumpe, quedando sin efecto el tiempo transcurrido cuando el reo durante ella cometiere nuevamente crimen ó simple delito, sin perjuicio de que comience otra vez á correr.

Artículo 120.—Cuando el reo se ausentare del territorio de la República, sólo podrá prescribir la acción penal ó la pena, contando por uno cada dos días de ausencia, para el cómputo de los años.

Artículo 121.—Tanto la prescripción de la acción penal, como la de la pena, corren á favor y en contra de toda clase de personas.

Artículo 122.—La prescripción será declarada de oficio por el tribunal, aun cuando el reo no la alegue.

Artículo 123.—Si el reo se presentare ó fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal ó de la pena, pero habiendo ya transcurrido la mitad del que se exige en sus respectivos casos para tales prescripciones, deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos ó más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agra-

## § 718.

Los argumentos son graves tanto de una como de otra parte, y tal vez la dificultad pudiera resolverse por medio de prudentes distinciones; pero, en general, debe admitirse una prescripción de la *pena*, como se hace comunmente. Notemos, además, que en las condenaciones por *contumacia*, la lógica exige (si se acepta la prescripción de la acción por todas las razones que la hacen aceptable) que se admita también la prescripción de la pena. En efecto, si queremos permanecer fieles á las razones supremas de la justicia que hacen admitir la *prescripción de la acción*, no podemos, en mi concepto, aceptar la teoría de la interrupción de esta prescripción, lo cual la dejaría al arbitrio del ministerio público. Así, no debiendo la prescripción de la *acción*, á mi modo de ver, ser interrumpida por el juicio de contumacia, y estando reducido á la nada este juicio cuando el condenado purga su contumacia, la prescripción de la acción se opone al nuevo juicio que debiera hacerse *ex integro*: así lo enseña Nicolini, *Proc. pen.*, pag. 8 n<sup>o</sup> 1237. Esto debe conducir á admitir, aun con más facilidad, la prescripción de la pena infligida por una sentencia contradictoria. La opinión de que el juicio *por contumacia* interrumpe la prescripción de la acción, hace ilusoria esta clase de prescripción y conduce á todos los inconvenientes perjudiciales á la inocencia, los cuales han hecho admitir en todo el mundo que la *acción penal* debe tener un término

---

vante, y aplicar las reglas de los artículos 72, 73, 74 y 75, sea para la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta.

Esta regla no se aplica á las prescripciones de las faltas, y especiales de corto tiempo.

Artículo 124.—Las circunstancias agravantes comprendidas en los números 15<sup>o</sup> y 16<sup>o</sup> del artículo 12, no se tomarán en cuenta, tratándose de crímenes, después de siete años á contar desde la fecha en que tuvo lugar el hecho, ni después de cuatro en los casos de simples delitos.

de prescripción. Esta observación, como se comprende fácilmente, muestra que somos contrarios al sistema de los que opinan que debe interrumpirse la prescripción de la *acción*. Varios han enseñado y sostenido que la *acción penal* puede durar cincuenta y más años, con tal que el funcionario inquisitor ó acusador haya *interrumpido* su prescripción por algún *acto de instrucción* hecho por intervalos á su voluntad. Se deja, de este modo, al *arbitrio* de un hombre el poder de dejar prescribir ó nó una acción penal contra quien le plazca: este es un primer abuso. Además, se ve claro que esta idea proviene de una mala deducción hecha del derecho civil. Pero la prescripción penal no está fundada, como la prescripción civil, sobre la protección de las personas vigilantes y el castigo de las negligentes. Sería ridículo que por castigar la negligencia de un juez se pusiera en libertad á un culpable, y que se dejara á la sociedad sin defensa. Semejantes ideas no tienen nada de común con el derecho penal.

Las razones de la prescripción de la *acción* son dos: 1.<sup>a</sup> la *cesación* del *interés* que la *sociedad* tiene para castigar; 2.<sup>a</sup> el peligro de que el inocente *no pueda defenderse* si se retarda el ejercicio de la acción. Pero ninguna de estas razones conduce á la doctrina de la *interrupción*: no la primera, porque los actos de *instrucción* de un juez no hacen revivir ese interés que la sociedad tiene en castigar, que se supone desvanecido con el tiempo; no la segunda, aunque se haya querido precisamente argumentar sobre este punto en favor de la *interrupción*. Se ha dicho que, cuando los actos de instrucción han sido continuados de tiempo en tiempo, aquél que es llamado por la justicia en razón de un delito que data de veinte ó treinta años, no puede pretender que se le ha causado algún perjuicio por esta llamada tardía, ni que

ha olvidado los hechos, ó que se han muerto los testigos, ni que los documentos que mostraban su inocencia han desaparecido: los actos continuados contra él, dícese, le han dado la voz de alerta, y debe, por consiguiente, estar en condiciones de presentar su defensa en cualquier momento que se le acuse. De este modo, los actos intermediarios de instrucción hacen desaparecer la razón de prescribir la acción. Pero, desde luego, este argumento no suprime ni el peligro de la muerte de los testigos, ni los demás accidentes perjudiciales á la defensa, y, en segundo lugar, parte de una *falsa suposición*, á saber: que los actos de interrupción, para tener fuerza *interruptora*, deben ser notificados regularmente al acusado; ahora bien, en las legislaciones que admiten la *interrupción* esto no existe absolutamente: estos actos interrumpen la prescripción aunque sean hechos contra una *persona incierta*, la interrumpen aunque *no hayan sido notificados* al acusado y la interrumpen contra *todos* aunque no hayan sido notificados más que á *uno solo*. Así pues, el argumento carece de solidez. Y no se diga que el culpable debía tener cuidado de informarse si el proceso continuaba ó si estaba suspenso: semejante objeción peca evidentemente por la petición de principio de la culpabilidad del acusado (1). Razones idénticas conducen á dudar de la fuerza interruptora aún del juicio *de contumacia*. En efecto, si se puede decir con razón que este juicio no debía ser ignorado por el culpable cuando él estaba *presente* en el país, no sucede lo mismo en el caso de *ausencia* inocente. Personas mal intencionadas pueden aprovecharse de la ausencia de un hombre honrado para acusarlo de un delito falso; y si él, después de viajar quince años por países extraños, vuelve á su patria, se encuentra evidentemente en el mismo embarazo que aquél á quien se reprocha un delito que durante diez ó quince años no ha sido objeto de ninguna investiga-

ción. Esta materia es muy delicada y no ha sido examinada aún como debiera serlo (A).

(1) La poca consistencia de esta objeción se nota claramente si recordamos que, según las reglas aceptadas en materia de *interrupción*, la prescripción se interrumpe aun en un proceso que ha sido comenzado *contra desconocidos*, y que puede durar diez años y más también *contra desconocidos*. Se necesita valor, en verdad, para sostener que el ciudadano *debía saber* que se instrúa un proceso *contra él* y preparar su defensa, cuando aun los mismos funcionarios judiciales tal vez ignoraban que hacían el proceso *contra él*. Dimitry de Glinka, entre otros (*Philosophie du droit*, pags. 113, 115), ha demostrado que el sistema de la *interrupción* para actos de procedencia es irracional; pero encuentra una causa de interrupción *en el delito cometido posteriormente*. Cuando se considera la *corrección* como el fin de la pena, y la *enmienda presunta* como el fundamento de la prescripción, se llega en buena lógica á rehusar siempre la prescripción al que ha continuado cometiendo delitos: este es el sistema seguido por el código de Wurtemberg y por otros. Esta interrupción, adoptada también por los códigos de Bolivia, art. 159, del Perú, art. 105, n.º 2, de los Grisones, § 58, y de las Islas Jónicas, art. 154, tiene al menos un principio racional; pero sucede lo mismo con la opinión de los que, viendo una interrupción (en vez de una simple suspensión) en la *demencia* del acusado sobrevinida después del delito que se le imputa, practican la piedad hacia un infeliz encerrado en una *casa de locos* declarando que la sociedad le hará una guerra perpetua? Para apreciar debidamente los deplorables efectos y la injusticia del sistema de la *interrupción*, véase Blanche, *Deuxième étude*, art. 64 ns. 192 y sigs.

(A) Ciertamente, este método irracional y bárbaro de conceder facultad al acusador para prolongar á su gusto indefinidamente la acción penal y hacerla durar hasta sesenta años, interrumpiendo su curso con actos sucesivos de procedimiento, es una novedad del siglo presente, tomada de las leyes napoleónicas por la única razón de la analogía con la prescripción civil; analogía que es radicalmente sofisticada. En mis *Pensieri sul Progetto di codice* (Firenze, 1874) en el capítulo 10 he demostrado que la interrupción por actos de procedimiento en las materias criminales no se admitía en el Derecho Romano, ni en las antiguas prácticas, y jamás se admitió tampoco en la antigua Francia, donde aun hoy los criminalistas que prefieren al positivismo los sanos dictados de la razón, reprobaban este sistema como una enormidad insensata y cruel, sostenida únicamente por los que quieren prostituir el derecho penal haciendo de él una arma de partido político.

Magistralmente combate Sesse la analogía de lo civil con lo criminal en la interrupción por actos de procedimiento, en sus *Decisiones Aragonenses*, decis. 432, donde con el auxilio de numerosos doctores y repetidos ejemplos de los prácticos españoles, demuestra que la prescripción veintenal de la acción de homicidio se prescribe y se interrumpe sólo con la citación á juicio ante el juez competente. Con gusto reproduzco la siguiente observación de este escritor (entre las muchas razones que invoca para sostener su tesis):

## CAPÍTULO XI.

### RAZONES JURÍDICAS Ó INTRÍNSECAS PARA MODIFICAR LA PENA.

#### § 719.

La pena debe ser *un mal* para el delincuente, y debe ser la *cantidad* precisa de *mal* que el legislador juzga suficiente para proteger el derecho, sin exceder la proporción de la cantidad respectiva de los delitos. Los cálculos del legislador se fundan sobre esta relación; pero esta relación puede *variar* y entonces es necesario modificar ó aun suprimir la pena (1).

---

(1) Se ha querido ver, independientemente de la situación particular del individuo, una causa para dulcificar las penas en el estado general de las costumbres y del clima de un lugar con relación á otro; esta cuestión ha sido tratada de un modo hábil y sabio por Drieling, *De eo quid valeant natura et vis cæli ad indolem populorum temperandam criminumque penas definiendas. Trajecti ad Rhenum*, 1803. Pero estas consideraciones no se refieren á la teoría del *grado* en la pena, se refieren á la determinación general de su *cantidad* en la formación de un código, y recuerdan las notas que presenté á este respecto en la disertación sobre la unidad del *derecho penal* (*Opuscoli*, vol. 2 *opusc.* 11) y en mis *Lineamenti di pratica legislativa*, observ. 24.

#### § 720.

La relación puede variar, ya por circunstancias *individuales*, ya por el cambio de voluntad del *legislador* (1). En ambos casos hay una *causa jurídica* que

---

nº 16; *et tandem quia hæc via succurritur fraudibus, quibus possent innocentes puniri si solo appellatu erga reum judici oblatu perpetuaretur ætio criminalis, et impediretur cursus præscriptionis posset enim de facili accusator diserte dolose, et malitiose accusationem: et etiam vindicare, donec reo bona fide viventi suæ defensionis copia morte testium, vel eorumdem oblivione, et absentia tractu temporis subtraheretur, ne ergo eveniat innocentes puniri, æquum erit nocentes transacto illo tempore non posse accusare.* Véanse también mis *Opuscoli*, vol. 2, *opusc.* 13. (Carrara, *Programma*, Sesta Edizione, 1886).

conduce á modificar la pena en que se ha incurrido por razón del delito.

---

(1) Muchos códigos contemporáneos han establecido como regla constante una disminución especial de las penas en provecho de los que han cometido el delito en país extranjero (A). Cuando existen disposiciones de este género, estando el caso resuelto por las leyes del país, el juez debe conformarse á ellas. Pero si las leyes del país han guardado silencio, es necesario examinar si esta circunstancia debe ser considerada por el Magistrado como influyente sobre la cantidad de la pena: algunos prácticos son de esta opinión, Ciazzi, *Dissert.* 26 n<sup>o</sup> 56. Muchos autores, considerando las cosas superficialmente, han censurado esta idea, haciendo notar que los derechos del hombre extranjero tienen tanto valor como los derechos del italiano: esto es considerar el delito desde el solo punto de vista del *daño inmediato*, olvidando que el país extranjero puede modificar el *daño mediano*, tanto bajo la relación de la turbación de los buenos como del mal ejemplo. En todo caso, sería un error referir este problema á nuestro actual objeto, considerando esta circunstancia relativamente á la *cantidad ó al grado de la pena*. Dudándose tenerlo en cuenta, entraría en el cálculo de la *cantidad del delito*, porque la razón para admitirlo no podría encontrarse más que en una disminución de las *fuerzas morales objetivas* del delito. Es muy fácil tomar uno por otro de estos dos puntos de vista diferentes, confundidos desde hace mucho tiempo, y que aun hoy mismo quieren muchas escuelas confundir; pero esta confusión es radicalmente errónea, y causa peligrosos embarazos en la solución de los más interesantes problemas: es necesario guardarse de ellos con cuidado, con tanta mayor razón que, en general, los que han tratado aun *ex profeso* de las razones de disminuir la imputación, han hecho una confusión de todo lo que puede influir sobre la *imputación* y sobre la *pena*, sobre la *cantidad* y sobre el *grado*, y esto ha arrojado mucha oscuridad en la doctrina penal.

§ 721.

Por lo tanto, estas causas jurídicas pueden resultar de accidentes *individuales* ó de accidentes *legislativos*.

---

(A) Respecto á los delitos cometidos en el extranjero, nuestro actual Código Penal dispone en el artículo 6<sup>o</sup> que "los crímenes ó simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República por costarricenses ó por extranjeros, no serán castigados en Costa Rica, sino en los casos determinados por la ley."

La excepción que establece este artículo es la que se halla en el 128 del mismo código, referente á los delitos contra la seguridad exterior del Estado cometidos por costarricenses.

## Artículo Primero.

### Accidentes individuales.

#### § 722.

En los casos ordinarios, y para la mayor parte de los delinquentes, la relación de proporción entre el mal de la pena y el mal del delito, es la que la ley ha establecido; pero se encuentran casos extraordinarios en que esta relación *se altera* por la situación excepcional del *individuo* que debe castigarse: la justicia exige entonces que, por obediencia al principio, se modifique su aplicación. En semejante caso tenemos un aumento ó una disminución *relativa* de la pena desde el punto de vista de la sensibilidad del culpable. El mal que sufriría el individuo por la aplicación de la pena ordinaria no sería el *mismo mal* que sufren los demás, es decir, no habría el grado de fuerza física objetiva que, en las previsiones de la ley, debe haber con respecto á los demás delinquentes. Según la situación *individual* del culpable, este mal sería *mayor ó menor*, de tal modo que la pena tendría en la especie una *fuerza física objetiva* que, con relación á este individuo, sería sensiblemente mayor ó menor que lo que es ordinariamente; entonces, manteniendo la igualdad de la pena, se castigaría desigualmente, y por consiguiente la pena sería injusta cuando la situación particular del culpable le diera una fuerza objetiva exagerada, y sería insuficiente cuando le diera una fuerza objetiva inferior.

#### § 723.

Estas causas, que se llaman *intrínsecas* á la pena, deben, pues, admitirse ó por principio de justicia, ó por

la necesidad de defender el derecho; el juez conocerá de ellas según las reglas sentadas *á priori* por la ley.

§ 724.

Ahora, como esta diversidad presunta de sensibilidad puede ser *mayor ó menor*, es claro que deben resultar de ella razones para *disminuir* la pena y razones para *aumentarla*; disminución ó aumento que puede hacerse, sea pasando *de una especie* de pena á *otra*, sea quitando ó agregando á la pena *sufrimientos accesorios*, sea aumentando ó disminuyendo la duración del castigo, sin modificar la especie (1).

(1) Es necesario no olvidar que el *grado* en la *pena* no responde exactamente á la idea del *grado* en el *delito*: en materia de *penas*, entramos en la teoría del *grado*, aun cuando se cambie la *especie* de *pena*; en materia de *delitos*, desde que llegamos á un cambio de *título*, no entramos ya en la teoría del *grado*, sino en la de la *cantidad*. Es por esto por lo que ya he dicho, en su lugar, que para el delito no hay circunstancias que *agraven* la *imputación*. Las circunstancias que *agravan* un hecho criminal cambian su *especie* y aumentan la *cantidad*; de donde se sigue que la imputación dada á este hecho, rodeado de tales circunstancias, es la *imputación* que se atribuye *ordinariamente* á esta especie de hechos, considerada en sus condiciones materiales, sin que influyan en nada las circunstancias individuales. El *hecho* se ha *cambiado* pero se imputa *tal cual es*; es siempre la imputación ordinaria del *título*; solamente que este título ha venido á ser *otro* y su cantidad se ha aumentado por razón del cambio de las circunstancias. Dos ejemplos harán esta doctrina más clara. Cuando la acusación sostiene que un robo es calificado por la domesticidad, un homicidio por la premeditación, no suscita una cuestión de *grado* ó de *aumento* de imputación más allá de la medida ordinaria del hecho, suscita una cuestión de título, quiere que el hecho sea referido á los robos domésticos ó á los homicidios premeditados, y no á los robos ú homicidios simples. Si obtiene buen éxito, hace cambiar el *título* (la especie) del hecho, y el hecho transportado de este modo á otro lugar presenta una *cantidad* mayor y sufre la imputación relativa que le es debida. Pero si en seguida el defensor del culpable opone la *minoridad* ó la *embriaguez*, etc., es también una cuestión de *grado* la que se suscita: ni la *calidad* ni la *cantidad* del delito se han modificado, el ser jurídico (que consiste en una relación de contradicción entre el hecho y la ley) no se ha cambiado, pues no cambia la disposición de la ley que define el hecho. Es siempre un robo doméstico, y como robo doméstico debería incurrir en la imputación que corresponde á un delito de esta calidad y de esta cantidad; pero el acusado era menor ó estaba ébrio, era cómplice y no autor principal: entonces la

imputación ordinaria atribuida por la ley á este título de delito *se degrada* por razones individuales. Así, cuando hablamos de circunstancias que agravan el delito, debe entenderse circunstancias que, modificando la *calidad* del delito, aumentan su *cantidad*. Cuando decimos que no hay *grado* en el aumento, suponemos que el título no se ha alterado, y supuesto eso negamos que pueda haber circunstancias *individuales* que *aumentan la imputación* sin alterar el *título* del delito. Finalmente, si consideramos que el acusado está gravemente enfermo y si, en consecuencia, á la pena de galeras en que hubiere incurrido se sustituye la de la prisión, no sólo esta circunstancia no cambia la cantidad ni la calidad del delito, sino que ni aun el delito se degrada; lo que se degrada es la *pena*. La diferencia es muy pronunciada y no está únicamente en las palabras, sino que tiene su origen en la *naturaleza de las cosas*, en las *ideas fundamentales* que regulan la medida de los actos humanos.

Los criminalistas que han reunido en la teoría del *grado* del delito las causas de disminución y las causas de agravación, han confundido el grado con la cantidad. Aun el mismo Carmignani, en la primera edición de sus *Elementa* había caído en esta confusión, y con razón se corrigió en las últimas ediciones. La doctrina de las causas que *agravan* el delito pertenece á la *Parte Especial*, y no es sino en la materia de la *cantidad del delito* donde se pueden determinar los caracteres normales, como hemos indicado en los §§ 201-206.

## Primera Serie.

### CAUSAS DE DISMINUCION.

#### § 725.

Pertencen á esta serie las circunstancias que hacen presumir en el culpable una *sensibilidad física excepcional*, las cuales harían la *fuerza física objetiva* de la pena ordinaria mucho más grave para él que para los demás.

#### § 726.

Así, la *edad avanzada*, el *sexo*, la *locura sobrevenida*, las *enfermedades* (1) son razones, en materia de penas *aflictivas*, para aplicar una pena diferente á los ancianos, á las mujeres y á los enfermos, á pesar de que no hay razón para disminuir la imputación. Se obra de modo que ciertos castigos que, como pena ordinaria, son sopor-

tados por los demás, no se vuelvan para ellos tal vez una causa de muerte y sean por lo tanto crueles y exorbitantes. La cantidad del delito y la imputación no varían, la proporción de la pena no se hace geométrica: obtenemos la justicia *concreta* sin alterar las reglas de la justicia *abstracta*. Se ve, por lo tanto, el razgo acentuado que distingue el grado del delito del grado de la pena, aun en el caso en que uno y otro se refieran estrictamente á una consideración de justicia. La degradación del delito disminuye sus fuerzas y exige que se impute menos, independientemente de la pena que le corresponda: el menor está exento tanto de la pena de galeras, como de la de prisión ó multa. La degradación de la pena no modifica el delito, pero la pena sufre una degradación porque vendría á ser relativamente excesivo el mal que la constituye; ahora bien, la influencia de esta consideración puede alcanzar á unas penas y á otras nó: la epilepsia es una razón para no infligir la pena con aislamiento, pero no lo es para no infligir la multa. Cuando una causa jurídicamente propia para disminuir ciertas penas es transportada á la doctrina del grado en el delito, su eficacia se hace universal, aun con relación á las penas para las cuales no existe razón de disminución. Por lo tanto, esta confusión no sólo produce un error desde el punto de vista científico y tecnológico sino que también engendra graves errores en la práctica.

---

(1) En esta serie se coloca como causa no de *remitir* sino de *suspender* la pena, el *embarazo* de la mujer, en la única hipótesis de una condenación á muerte. Aquí el principio jurídico no deriva de consideraciones hacia la mujer condenada, sino del deber de no hacer la pena trascendental, haciendo morir á la criatura inocente que lleva en su seno. El uso de suspender la ejecución capital de la mujer en cinta remonta á los tiempos más antiguos: Langlæus, *Semestrium lib. 11, cap. 1* pag. 709.

§ 727.

A esta serie de causas pertenece la *prisión preven-*

*tiva* sufrida por el culpable con anterioridad á la sentencia: cuando ésta *excede de cierta medida*, debe disminuirse de la penalidad merecida, porque el mal de esta penalidad, sobreviniendo después de los sufrimientos de una larga prisión, se encontraría agravado. Tal es la fórmula conciliadora por medio de la cual ha sido resuelta la disputa entre los que querían que se dedujera de la pena *toda* la prisión preventiva, y los que querían que no se tomara *absolutamente* en consideración; y esta solución se funda en la respuesta de Modestino l. 25 *Dig. de pœnis*. Digo resuelta por la ciencia en sus últimas decisiones, porque entre las legislaciones contemporáneas un gran número conserva todavía el antiguo rigor, por ejemplo la legislación francesa y sus imitadoras (1). En Francia no solamente se tiene la mayor latitud para arrestar á los prevenidos, aun cuando se trate de pequeños delitos (esta es una cuestión que no debemos tratar aquí), sino que no existe disposición alguna que permita, una vez condenado el culpable, tener en cuenta la prisión preventiva, aunque se hubiera prolongado inhumanamente. El dilema sobre que se funda este sistema es el siguiente: ó bien el acusado es absuelto, y entonces no hay medio de indemnizarle de la prisión sufrida por una injusta sospecha; ó bien es condenado, y entonces debe imputársele á él mismo el haber sufrido esta otra consecuencia de su delito. Pero la segunda parte de este dilema no es cierto más que en el caso en que el proceso se haya terminado con la rapidez debida; es falsa cuando la ausencia de los testigos, la incuria del juez, y otros accidentes que no dependen del culpable, la han prolongado. Por lo tanto, la doctrina que distingue entre la prisión necesaria y la prisión indebida, es la única verdadera y la única justa (2).

---

(1) En Francia no se toma en consideración ni aun la prisión sufrida durante una *apelación* ni durante un *recurso* aunque esté admitido. El ar-

título 24 del código de instrucción criminal es inexorable. Véase Chauveau (Théorie, I, 233), y Bertauld (*Leçons de Code pénal*, leçon XIII, pag. 280). Sobre la historia de la prisión preventiva y de la libertad provisional en Francia, véase Pastoret, *Les lois pénales*. Sobre el deber de deducir aun la pena sufrida durante el recurso de casación, y durante el juicio del recurso, aunque éste no haya sido admitido, véase la disertación de Puccioni en el apéndice al 2º vol. de su sabio *Comentario sul Codice penale*.

(2) De Rauschenberg (*De l'indépendance civile*, Paris 1862), despliega una gran fuerza de argumentación para demostrar el deber de deducir á los culpables, de la pena á que hayan sido condenados, la prisión preventiva. Pero en medio de la expansión generosa de sus sentimientos humanitarios, este autor tiembla y duda. Él propone (§ 113) que sea una facultad para el juez deducir *en todo ó en parte*, de la pena que inflige, el tiempo pasado en la prisión por el condenado antes de la sentencia; después, como si temiera haber ido demasiado lejos, se apresura á agregar: *sin que jamás la pena pueda ser borrada enteramente por la detención preventiva*, lo cual equivale á decir que si el culpable que ha sufrido seis meses de prisión preventiva es el autor de un delito que merece ocho meses de prisión, el juez puede deducir toda la prisión sufrida, pero si es un culpable que merece un mes de prisión, no podrá gozar de este beneficio. Parece increíble que, en medio de tanta filantropía y grandeza de alma con que se honra el pueblo francés, las tradiciones de las ordenanzas y las máximas de Jousse y de Vouglans (quienes olvidaban los preceptos de Tiraqueau) hayan podido dejar huellas tan profundas para hacer temer como una benevolencia excesiva hacia los malhechores la obediencia á estos deberes de humanidad y de justicia que otras naciones reconocen desde hace mucho tiempo. Parece increíble que en Francia se ignore que desde hace noventa años se admitió en Toscana la deducción de la prisión preventiva prolongada sin necesidad; que se la deduce, no según el arbitrio de los jueces, sino en virtud de una obligación que les es impuesta por la ley, y que se tiene en cuenta aun cuando contenga toda la pena que deba aplicarse, sea declarando que la prisión sufrida *hará las veces de pena* (fórmula antigua) sea declarando que la pena se *considera como sufrida* por medio de la prisión preventiva (fórmula nueva). Un sabio magistrado francés (Bertrand, *De la détention préventive*, Paris, 1862) se ha esforzado por probar que las leyes francesas son más humanas á este respecto que las leyes inglesas. ¿Por qué no ha hecho, al contrario, la comparación con las leyes toscanas? Creo que si la hubiera hecho habría examinado el modo como se aplica entre nosotros la prisión preventiva y como se atenúan los males que produce, y se hubiera notado que una larga experiencia ha DEMOSTRADO la bondad de nuestro método, no se repetiría ya con él que está DEMOSTRADO que la ley no puede determinar *a priori* los casos en los cuales deba emplearse la prisión preventiva (A).

Las leyes toscanas no sólo sientan el principio de que debe tenerse en

(A) Estas y otras notas que he creído conveniente agregar, confío en que no parecerán superfluas ó fastidiosas á los estudiantes: ellas tienen en mira ponerles en guardia, bien contra ciertas sutilezas, ya contra ciertas arbitrariedades, ó bien contra ciertas durezas, y también persuadirlos de que la más pura y sana de las doctrinas criminales es la de la escuela genuina italiana.

cuenta la prisión indebida sufrida por el culpable, sino que desde el 30 de noviembre de 1786 han sancionado el derecho del acusado absuelto á una *indemnización por parte del Estado* en razón á la prisión que ha sufrido. Véase el artículo 46 que hemos transcrito en la nota del § 554. Estas ideas que algunos encuentran nuevas, cuentan cerca de un siglo de existencia real entre nosotros, y mientras que otros se empeñan en honrar con ellas á la escuela alemana, en Alemania se recuerda bien su origen, y se tributa á la ley toscana el homenaje que le es debido, como lo ha hecho Van Leuwen en la disertación *De damno reo absoluto illato publice resarciendo, Trajecti, 1842.* (A).

### § 728.

En esta serie entra también el *concurso de varias penas*, que en determinados casos es una *causa de disminución*. He aquí de qué modo: hemos dicho (§ 167) que cuando un hombre ha cometido varias violaciones de la ley, que no se unen una á otra en la relación de *medio á*

Y ciertamente que demasia lo he debido convencerme de que esta nota no era superflua, cuando con dolor he visto que los extravíos ultramontanos contagian á veces aun á los buenos juristas italianos. Un escritor, cuyo nombre callo por respeto, en sus observaciones al proyecto de código penal italiano, ha censurado ha poco en nuestro proyecto la proposición relativa al abono de la prisión preventiva; y he aquí su argumento: es *injusto*, dice, abonar al condenado la prisión sufrida, porque con esto se trata *ad imparia* al culpable y al inocente. Si el encarcelado resulta inocente, nadie le indemniza el mal sufrido; si por el contrario resulta que es un fascinoso, se repara el mal con escrupulosa exactitud: ésta es una iniquidad. Pero á mí me parece que en buena lógica este argumento llevaría derecho á la conclusión de que debería encontrarse el modo de indemnizar también al inocente! Mientras que llevarlo por el contrario á la conclusión opuesta es manifiestamente sofístico. Si nõ puede hacerse justicia á *todos* será entonces injusto hacerla á aquellos á quienes es posible!!! Este modo de argumentar se asemeja perfectamente á la lógica del quebrado que teniendo veinte mil de deudas y diez mil de capital, se dice á sí mismo: puesto que no me es posible pagar á todos, *justo* es que no pague á nadie. (Carrara, *Programma*, Sesta Edizione, 1886).

(A) Pero á los juristas estacionarios y crueles responde la historia con sus continuos progresos. Mientras que hace diez años se disputaba si debería ó no computarse la prisión *indebida*, y yo parecía progresista porque me contentaba con mantener la teoría en los términos de las leyes toscanas de hace noventa años, encuentro que hoy yo mismo he permanecido estacionario ante la última doctrina, que sostiene que debe computarse *toda*

*fin* (caso en el cual se unifican para agravar la imputación aumentando la *cantidad* del delito), y que no constituyen un *delito continuado* (lo que entrañaría una disminución de la imputación, comparada con la que debía darse á los dos delitos, § 520), el autor de estas violaciones debe ser considerado como responsable de varios delitos diferentes, lo cual produce la consecuencia de que debe incurrir en *todas* las penas establecidas para todos esos delitos.

§ 729.

Tal es la regla; pero ella conduciría á infligir el mal de la segunda pena á un culpable ya debilitado por la primera, ó acumulándose los males aumentarían de *intensidad* hasta hacerse intolerables, y varias *duraciones* de la pena, en la brevedad de la vida humana, pueden hacer perpetuo un castigo que según la mente de la ley debiera ser temporal. Estas observaciones han dado por resultado que se considere esta regla como contraria á los principios de humanidad.

---

la prisión preventiva, sin atender á que sea debida ó indebida. El pensamiento en que se inspira esta doctrina es sencillísimo: puesto que la cárcel preventiva es también una *pena*, debe por consiguiente ser computada toda en la pena merecida. Con la distinción entre prisión indebida y debida obedecéis á la justicia con respecto á los que sufren prisión *indebida*; pero no observáis la justicia con respecto á los que sufren prisión *debida*, puesto que en ésta puede haber la diferencia que existe desde tres días hasta tres meses; diferencia que vosotros no calculáis en absoluto, aun cuando los dos detenidos deban responder del mismo delito. Un *correo* fué arrestado inmediatamente, y su proceso se terminó en el tiempo *debido*; el otro *correo* fué arrestado en la víspera de la sentencia. Imponed, por ejemplo, á ambos los mismos meses de prisión: pero á esta condena el primero deberá añadir la prisión sufrida debidamente, y el segundo nó porque fué más moroso. ¿Habréis tratado igualmente en la pena á los que fueron iguales en el delito?

Por mera erudición puede verse entre los antiguos á Caldera *Variarum lectionum*, lib. 1, cap. 2 en Meermann, vol. 3, pag. 628. Y véase también á Fontanella y Paoli citados en la nota 5 del § 899. (Carrara, *Programma*, Sesta Edizione, 1886).

Sin embargo, los partidarios del rigorismo, fundándose en un fragmento de Ulpiano (l. 2, Dig. de *privatis delictis*) han aceptado la regla de la *acumulación* de las penas, teoría que debería prevalecer si la única razón de la pena fuera la justicia ó si su fin fuera la expiación, pues seguramente no se puede decir que un segundo delito sea equivalente á la expiación del primero. A la inversa, los humanitarios han proclamado la teoría de la *absorción* (1) que consiste en decidir que *la pena mayor absorberá las demás*, y se aplicará sólo como equivalente á todas, para la defensa del derecho. Este método más *indulgente* ha debido prevalecer en las legislaciones más *severas*, precisamente por causa de su excesiva *severidad*: contradicción aparente, pero que responde á la verdad, y que hace ver que el exceso del rigor se destruye algunas veces por sí mismo. En Francia donde todo robo simple, por ejemplo, es castigado con prisión que puede llegar hasta 5 años (y hasta 10 en los reincidentes), la doctrina de la *acumulación* permitiría infligir á un ladrón cincuenta ó sesenta años de prisión, y en otros casos cuarenta ú ochenta años de galeras. Con vista de tan larga medida de *máximum* la teoría de la *acumulación* sería en un aspecto *imposible*, y en otro *inútil*. Además, la extensión de los *máximum* es una compensación natural de la no admisión de la *acumulación*, pues el juez, pudiendo reservar el *máximum* para el caso en que el culpable esté acusado de varios delitos, llega de este modo á encubrir el inconveniente de que un delito produzca la impunidad de otro. Hasta aquí, nada hay que decir; pero el mal está en que se deja al arbitrio del juez lo que la ley debería hacer, y que este arbitrio, que puede no ser siempre prudente, nos expone á ver aplicar el *máximum* al que no es culpable más que

de un delito y el *mínimum* al que ha cometido varios. Generalmente en Francia no se teme el arbitrio del juez tanto como nosotros lo tememos, y esta confianza hace soportar ciertos sistemas que la ciencia no puede aplaudir. Ésta es una de esas observaciones que caracterizan de un modo general las diferencias que separan la escuela francesa de la italiana.

(1) He visto en algunas escuelas colocar la *absorción de la pena* entre las causas de extinción de la *acción penal*. Éste es un error que consiste en confundir la acción penal con la pena, lo cual no debe permitirse ya hoy. La acción penal destinada á perseguir el delito cuya pena va á ser absorbida por otra pena más grave infligida al mismo tiempo, no se obtiene por este medio: ella ha concluido su curso, ha vivido lo que debía vivir, puesto que ha existido durante todo el procedimiento, y ha sido eficaz para conducir al juez á la *declaración de culpabilidad*; solamente que, cuando está á punto de alcanzar su último fin, es decir, la aplicación de la pena, ha encontrado un obstáculo externo que ha paralizado este último momento de su eficacia. El juez no ha podido, refiriéndose á esta acción, hacer la declaración ulterior: *Inflíjole un año de prisión*; en efecto, como debía infligir al propio tiempo al mismo culpable, por otro delito, cinco años de prisión, por ejemplo, la ley de absorción le prohibía hacer esa condenación. ¿Pero puede decirse que por esto la acción se ha extinguido? Pienso que no; y esto no es un simple juego de palabras, es una cuestión muy importante en el fondo: lo demostraré por medio de un ejemplo que hará ver el gran interés que hay en referir siempre con exactitud cada hecho jurídico á su verdadera causa jurídica. Un marido ofendido acusa á alguno de adulterio, y lo prueba; pero el culpable había también, en la sorpresa, herido al criado, y éste, por su parte, lo persigue por heridas leves. El juez llamado á conocer de ambos delitos declara al acusado culpable de lesiones. Pero (supongamos que esto acontece en Francia) en virtud de la regla de la absorción absoluta, reconoce que no puede infligir pena alguna por la herida leve, porque está absorbida en la pena de adulterio, y condena al culpable á tres años de prisión. Pronunciada la condenación, el marido se arrepiente y perdona al culpable: éste queda exento de la pena de adulterio, pero ¿en cuanto á la herida, es la *pena* ó la *acción* la que está extinguida? Si es la acción, el culpable quedará completamente libre por el delito de lesiones, sin que ninguna otra pena más grave sirva para reprimir su maldad. Si al contrario decís que la pena está extinguida, pero que la acción está solamente detenida, suspendida en su último desarrollo, la acción de lesiones subsiste, y no encontrando, por efecto del perdón, el obstáculo que le impedía alcanzar su último fin, es decir, la condenación, toma de nuevo su curso cuyo efecto será alcanzar dicho fin. Lo mismo puede suceder en la hipótesis de una amnistía ó de una gracia. Por tanto, decimos que la absorción sirve para extinguir ó disminuir la pena, pero que no extingue la acción.

## § 731.

En este conflicto, aparece una doctrina *eclectica* que propone que se admita hasta cierto punto la doctrina de la *acumulación* y para lo demás la doctrina de la *absorción* (1). (De este modo, la doctrina de la *acumulación* en su sentido *absoluto*, ha sido comunmente rechazada). Para esto, es necesario ver en el concurso de varias penas una causa de disminución operada en provecho del acusado, cuando la suma de las penas merecidas sobrepasara de cierta medida si se le aplicaran todas. Esto no es más que un *expediente*, aceptable á falta de algo mejor, y la observación del práctico reconocerá sin pena el gran inconveniente de este método, que trata de mejor modo á los que son más culpables. Pero puede ser que la ciencia no haya dicho sobre esto su última palabra (2).

---

(1) El sistema de la absorción ha sido también adoptado por el código bávaro de 1861; véase la *Revue critique*, tomo 22, pa. 464. Sobre la manera lata y lógica con que se aplica en Francia la regla de la *absorción*, aun en el caso de acciones penales ejercidas *sucesivamente* ante diferentes tribunales, véase la interesante disertación de Morin, *Journal de droit criminel*, art. 7984, tomo 37, pag. 97.

(2) La teoría de la absorción ha sido desarrollada con mucha ciencia por Bertauld (*l. c. leçon XIV*) y ha sido sostenida por Raffaelli, *Nomotesia penale*, 5, 50. Ortolan (§ 1153 y sigts.) critica ambos sistemas con mucha exactitud de razonamiento, y propone (§ 1157) una combinación de las dos teorías. Otra combinación ha sido propuesta por el consejero Bonneville en la monografía intitulada *Du concours des crimes*; *Gazette des Tribunaux* de 13 y 14 de julio de 1862.

## § 732.

La *pobreza* del delincuente puede, desde cierto punto de vista, referirse á esta serie. Digo desde cierto punto de vista, porque esta causa es de una naturaleza anormal y varía según las razones que se tengan para tomarla en consideración. En efecto: 1º si la *extrema*

*pobreza* es considerada como una causa de excusa en ciertos delitos contra la propiedad, en razón á la presión que la miseria ha ejercido sobre el alma del delincuente, tal hecho queda comprendido en la teoría de las *pasiones*, en el *grado del delito*: la *fuerza moral subjetiva* de este delito particular ha estado, en este individuo, disminuida por la miseria, la cual ha restringido su libre albedrío en la determinación. Desde este punto de vista, no se trata del grado en la *pena*: se disminuye la *imputación*, y solamente como consecuencia se llega á la disminución, no de tal ó cual especie de pena, sino de *toda penalidad*. 2º Si consideramos la *pobreza* como una causa que hace *políticamente peligrosa* la aplicación de cierta pena, entonces no se trata ya del *grado en el delito*, y de la *disminución de imputación*: entramos en el *grado de la pena*, y en las causas *extrínsecas* ó *políticas*, pues al cambiar la penalidad, la ley no ha tenido en consideración al acusado, sino el bien general. Por eso, para las penas *pecuniarias* aplicadas á los ladrones pobres, se ha hecho notar que son impolíticas: se ha dicho que el que antes de la pena robaba por *necesidad*, después de ella roba por *miseria*. Desde este punto de vista el código austriaco tiene en cuenta la *pobreza*, como una causa que debe tomarse en consideración en las penas pecuniarias; y es tan cierto que la razón de la conmutación no es la indulgencia hacia el culpable, que la pena se cambia en una pena más grave: evidentemente este orden de ideas es enteramente político. 3º En fin, si la pobreza del condenado se toma en consideración *por atención á su familia*, entonces no nos encontramos ni en el *grado del delito*, ni en las razones *políticas* de modificar la pena: entramos en las *causas jurídicas*, pues la razón de la suavidad se encuentra en un principio de *justicia*, el principio de que la pena no debe ser *trascendental* y hacer sufrir al inocente más que al

culpable. Por esto, en el código austriaco se ordena á los jueces mitigar en su *duración* ciertas *penas afflictivas*, agravándolas en su *intensidad* si el acusado tiene una *familia pobre que mantener*. Aquí no se puede ciertamente decir que el *delito*, por ejemplo, el delito de lesiones, sea *degradado* por esto; no es tampoco una consideración *política* lo que prevalece, y si acaso entra en ello la consideración de no llenar la ciudad de infelices, esta consideración no es más que accesoria; la razón principal y determinante es que se quiere hacer oposición á esa injusticia que el inocente sufre por el culpable. Es pues una causa *jurídica* determinada á *priori* por la ley, y cuya apreciación y aplicación no son *facultativas*, sino *obligatorias*, para los jueces.

Estas indicaciones bastan para mostrar que distinciones de este género, muy exactas en sí mismas, no son sutilezas de escuela, sino verdades racionales que producen en seguida en la práctica consecuencias importantes, si se observan fielmente, y confusión, arbitrariedad é injusticia si se las olvida.

## Segunda Serie.

### CAUSAS DE AUMENTO.

#### § 733.

No pertenecen á esta serie las circunstancias que agravan el título del delito, como por ejemplo: la fractura en el robo, las armas prohibidas en las heridas, etc. La doctrina del *grado* no tendría límites si no la entenderíamos así. Estas circunstancias conducen á aumentar la *cantidad* de la pena porque se aumenta la *cantidad* del delito, están ligadas á los *hechos* generales, en los cuales determinan un cambio de título y de cantidad; las

causas del *grado* en la *pena* deben siempre referirse á la *persona* del delincuente (A).

(A) Esta observación puede tener una influencia práctica con respecto á la cuestión que propone Morin (art. 8978) en los términos siguientes: *Si cuando el juez encuentra en un acusado la combinación de excusantes y de agravantes, debe primero calcular la agravante y después la disminuyente, ó viceversa?* Parecerá que esto se reduce á lo mismo, pero no es cierto respecto á aquellos códigos que adoptan en la penalidad el sistema llamado de los *grados*, en lugar del de *máximum* y *mínimum*. Esclareceremos con ejemplos esta diversidad de sistemas. El código toscano sigue el método de los *máximum* y *mínimum*,—cárcel de dos meses á tres años,—*casa di forza* de cinco á quince años, y otras semejantes: cuando quiere ordenar que se pase de una especie á otra (de la *casa di forza* á la cárcel, ó de la cárcel á la multa) lo dice expresamente, dejando siempre libertad al juez para extenderse según las circunstancias, desde el *mínimum* hasta el *máximum* de la respectiva especie señalada. El código sardo, al contrario, adopta el sistema de los *grados*. No se contenta con decir (art. 53), por ejemplo: la pena de galeras no podrá ser menor de diez años ni mayor de veinte; esto va primero, y luego aumentando las restricciones del juez añade: *la duración de esta pena consta de dos grados*: 1er. grado, de diez á quince años. 2º De quince á veinte años. También en casos particulares conmina con la pena de galeras de primer grado ó bien con la de segundo grado. Finalmente, para las agravantes y disminuyentes establece siempre aumento ó disminución de algún grado. Por ejemplo, la reincidencia (artículo 122) lleva consigo el aumento de uno ó dos grados sobre la pena ordinaria; y la tentativa (artículo 98) es castigada con la pena ordinaria disminuida de uno á tres grados. No quiero examinar aquí la cuestión de práctica legislativa, acerca de si el sistema de los *grados*, molesto en las Cámaras Legislativas y muy embarazoso en la práctica, deba preferirse al sistema más simple de los *máximum* y de los *mínimum*, por medio delcual el lecho de Procasto en que el juez está colocado permite una elasticidad de conciencia más liberal. Digo solamente que el sistema de los *grados* aumenta la importancia del problema que he propuesto aquí, de si deben calcularse primero las agravantes y luego las disminuyentes ó viceversa. En efecto, en la aplicación práctica, el adoptar uno ú otro método de cálculo conduce en ciertas ocasiones á una diferencia de muchos años de pena, y en otras á la diferencia de aplicar la cárcel ó la reclusión. Esta variedad es tan positiva y sensible que las Cortes de Casación han debido muchas veces tratar de aquel problema, y han emitido opiniones divergentes y contradictorias. Ahora bien, si he de expresar mi opinión sobre aquel problema como punto abstracto científico, afirmo que debe distinguirse entre las agravantes de la *imputación* y las agravantes de la *pena*. Si se trata de causas que aumentan la *imputación*, ya que éstas con toda exactitud no puede decirse que *agranan* el delito, pues no *cambian* el título (por ejemplo, la premeditación en el homicidio, la violencia en el hurto, y otras semejantes), pareceme que deben calcularse en primer lugar las *aggravantes*, precisamente porque éstas son necesarias para definir el verdadero título que ha de darse al delito. Así, ante

## § 734.

Es preciso, pues, para hallar los casos de esta segunda serie, suponer que el delito conserva su *cantidad normal*, y que debe sin embargo *aumentarse* la cantidad de la *pena* por razones *intrínsecas* á la pena misma. En cuanto á las causas *extrínsecas de aumento*, como ya he observado, no pueden admitirse, pues no hay razón de *utilidad social* que permita *agravar* la pena contra un individuo más allá de la cantidad fijada al delito por la ley, á cuyos ojos todos los hombres son iguales.

## § 735.

No creo que pueda colocarse en esta serie la *calidad de extranjero*, pues el *destierro* que se acostumbra añadir á la pena ordinaria contra el delincuente extranjero

---

todo tengo que decir si se ha cometido un parricidio, un latrocinio, una violencia pública ú otro parecido; y después de encontrada la pena ordinaria que merece el respectivo título procederé á degradarla según las disminuyentes. Diré: la pena del parricidio es la muerte; pero fué solo una tentativa, luego debo descender de uno á tres grados bajo la pena de muerte. Pero si al contrario se tratare de *agravantes de la pena*, pienso que debe procederse según el método inverso. Primero debe definirse la penalidad que habría de imponerse al reo en caso de no ser reincidente; encontrada ésta, debe aumentarse contra el mismo según las reglas que la ley dicta. Y es de necesidad lógica con respecto á aquellos códigos, que el más ó el menos de rigor en los efectos de la reincidencia, sean proporcionales á la pena que habría merecido el acusado si no hubiera sido reincidente.

La cuestión es difícil, y exigiría un tratado especial por la infinita variedad de casos y formas en que puede presentarse. En la especie referida por Morin el conflicto era entre la reincidencia y las circunstancias atenuantes: agravantes de pena y atenuantes de pena. La Corte adoptó el cálculo que en el caso era *más favorable* al acusado; y en tal hipótesis deberá ser siempre éste el supremo criterio regulador. Pero la naturaleza de las cosas exige que las modificaciones del título, en más ó en menos, sean establecidas siempre con anterioridad á las modificaciones en más ó en menos de la penalidad. Si el concurso es de menos circunstancias modificantes de la pena en sentido opuesto, sin cambiar en nada el título ni la imputación, yo no veo otro criterio determinante de la precedencia del cálculo entre ellas, que el del *favor* del acusado. (Carrara, *Programma*, Sesta Edizione, 1886).

no me parece que sea una verdadera pena, sino más bien una *defensa directa*, una negativa de hospitalidad ulterior á aquel que se ha mostrado ingrato é indigno de la que primeramente recibió.

§ 736.

Las razones para aumentar la pena se reducen, pues, á la *reincidencia* (1), es decir á la circunstancia de que el delito proviene de un hombre que ha sido ya precedentemente condenado por otro delito.

---

(1) Feith, *De delicto iterato*. Wofelaer, *De concursu delictorum*. Fockema, *De iterato crimine*. Bonneville, *De la récidive*. Scheurlen, *De lla recidiva*, en los *opuscoli* de Mori, II. p. 107. Trébutien, I, pag. 289. Buffe, *De la récidive*, París 1868. Nypels, *De delictis recidivis*, Lovanni, 1828.

§ 737.

No puede decirse que por la *reincidencia* haya crecido la *cantidad* (A) del segundo delito; la *reincidencia*

---

(A) La *cantidad natural* ciertamente que nó. No sería por este motivo un error encontrar en la tentativa un aumento de *cantidad social*, siguiendo la opinión de Bentham, que en el hecho de ser el delito cometido por un reincidente halló una razón de aumento del daño mediano (véase antes la nota del § 205) y esto porque se aumenta el temor de la gente honrada, viendo que la pena no sirve para refrenar á los culpables; y también crece el mal ejemplo, mostrando á los malvados cómo desprecia las penas quien ha sufrido el rigor de ellas. Pero como estos sentimientos tienen por punto cardinal la idea de la insuficiencia de la pena, y más especialmente son *accidentales* en cuanto se relacionan con el conocimiento de la *reincidencia* en el público (como lo explico en la nota al § 738), yo persisto en considerar la *reincidencia* como una agravante de la *pena*, siguiendo un criterio cierto y constante, antes que tomar un criterio *accidental, condicional y relativo*. Esta es una verdad que tiene dos facetas; pero en una de ellas es siempre *verdad* cierta; en la otra puede ser *verdad hipotética*. En la *reincidencia* es necesario, pues, reconocer que el recargo de pena nacido de ella tiene su fundamento en una *presunción*. Pero no ya en la *presunción de mayor maldad*, lo cual sería una fórmula peligrosa y falaz; sino en la *presunción de mayor insensibilidad* del reincidente con respecto á la pena sufrida la primera vez. (Carrara, *Programma*, Sesta Edizione, 1886).

no es en modo alguno una causa de aumento de la *imputación*. Esta es una suposición errada que ha hecho nacer muchas graves objeciones contra el castigo de la reincidencia. El culpable, se ha dicho, ha *saldado* ya su primera deuda, sería injusto imputársela por segunda vez, y en vano los moralistas claman contra la mayor perversidad del reincidente, pues el derecho penal, juez competente de la *maldad del acto*, no puede sin traspasar sus límites considerar la *maldad del hombre*. Estas críticas sostenidas por buenos criminalistas (Carnot, Tissot, etc.), no podrían contestarse si el aumento de rigor contra los reincidentes debiera ser considerado como consecuencia de un aumento de imputación (1).

---

(1) Gesterling, uno de los más resueltos adversarios de la reincidencia, presenta el siguiente dilema: ¿Queréis *imputar* al reincidente el *primer delito* ó la *primera pena*? El *primer delito*, es una injusticia porque ya lo habeis imputado una vez; la *primera pena*, es también una injusticia, pues este es un *acto vuestro*, y no un *acto de él*. Este dilema lo resolveremos fácilmente, si vemos la razón de la agravación contra el reincidente, no en el cálculo de la *imputación*, sino en el cálculo de la *fuerza objetiva* de la pena, la cual, en tanto que sea posible debe ser mantenida en una proporción *real*, con la fuerza objetiva del delito. Además, como muy bien lo ha hecho notar Nypels (*De recidivis*, 1828., p. 14) *en realidad* el que ya ha sufrido una pena, sufre la segunda vez menos que el que no tiene la experiencia de ella, y por consiguiente no se le castigaría *menos*, aplicándole la *pena ordinaria*, que al que delinque por primera vez.

### § 738.

Por tanto, la *única* razón aceptable para aumentar la pena del *reincidente*, es la insuficiencia relativa (1) de la pena ordinaria, insuficiencia demostrada por el hecho mismo del culpable, esto es, por la prueba positiva que resulta de que haya despreciado la primera pena.

---

(1) Recientemente Faranda, en sus *Osservazioni su i nuovi progetti di codice penale italiano*, ha resuelto combatir este sistema; pero sus objeciones aunque ingeniosas, no me han decidido á cambiar de opinión. Dice que la reincidencia es una razón para aumentar la imputación porque: 1º la

imputación debe proporcionarse no solamente á la *cantidad natural*, sino también á la *cantidad política* del delito; 2º cuando las *calidades de la persona que ha delinquido* aumentan la alarma que resulta del delito, se aumenta su *calidad política*. Estas dos proposiciones son incontestables; pero Faranda añade que cuando el delito es cometido por un *reincidente*, esto es una condición del hecho que *aumenta la alarma pública*, y aquí me tomo la libertad de ser de otra opinión. No niego que algunas veces el delito pueda ser cometido por un malhechor cuya *reincidencia* sea tan *notoria* en la ciudad, que inmediatamente todo el mundo se asuste: es incorregible, la pena *no lo ha enmendado*; de manera que la emoción pública aumentará. Pero ese resultado es excepcional; depende de que sea *notoria* la reincidencia, y no puedo admitir que una regla que debe ser *general* y absoluta, como el aumento de la pena del reincidente, pueda fundarse sobre una condición que es *eventual* é inconstante. La alarma pública debe medirse por los caracteres que presente en el *momento del delito*; no debe esperarse, para examinar sus condiciones, hasta después de la decisión del proceso, hasta después de la sentencia. En la mayor parte de los casos, aunque el público sepa inmediatamente que Tacio es el autor del delito, no sabe que cinco ó seis años antes, y tal vez en una provincia lejana, este Tacio ha sufrido otra pena por un delito análogo, lo cual produce contra él el *efecto legal* de la reincidencia; por tanto, no puede alarmarse más, como por vía de adivinación, cuando tenga noticia del delito. Se sabe bien cuanto ha costado á los gobiernos descubrir un medio de probar *materialmente* las reincidencias; sábase igualmente á cuantas discusiones jurídicas, á menudo difíciles, ha dado lugar la declaración definitiva del estado de reincidencia. No puedo, pues, aceptar una idea que conduce á calcular la alarma concomitante al delito según una circunstancia que, las más de las veces, no se revela á los ojos del público sino después de un largo intervalo y á consecuencia de procedimientos judiciales. Por tanto me parece más verdadera la fórmula inversa: no es constante que *en el día del delito* haya sido mayor la *fuerza moral objetiva* del delito; esto puede suceder respecto á un reincidente notorio, pero no respecto á muchos otros reincidentes. Por el contrario, es constante que *en el día de la condena*, cuando el público adquiere la certeza de que el delito ha sido cometido por un reincidente, la *fuerza moral objetiva de la pena* se vuelve relativamente *menor* si no se aumenta la pena. En efecto, siendo evidente la reincidencia, el público no cree ya que la pena ordinaria, que no pudo refrenarlo la primera vez, sea suficiente para conseguirlo la segunda. Encontrando, pues, que la pena ordinaria es *insuficiente para su fin político* (la tranquilidad), se hace legítima la agravación de esta pena. Con la doctrina opuesta deberíamos, en buena lógica, rechazar en muchos casos, el aumento de la pena del reincidente. Cayo comparece hoy en juicio en Turín como culpable del delito de heridas que allí ha cometido. Se ha llegado á descubrir que en 1863 Cayo había sufrido en Palermo un mes de prisión por otras heridas. Se han hecho todas las investigaciones necesarias para establecer la identidad de este Cayo culpable en Turín con el Cayo ya castigado en Palermo. Pero este hombre demuestra que ni en Turín ni en toda la provincia había nadie que conociera su delito precedente, y opone al juez que no puede someterlo á una pena más grave por una hipótesis desmentida por los hechos, y que es injusto castigarlo en virtud de una suposición que se desvanece ante la realidad de las cosas. ¿Cómo podrá entonces el juez responderle que

aumenta la imputación porque ha *excitado una alarma mayor* en la ciudad de Turín? Su conciencia tendrá que dudar. Pero si el juez participa de nuestra opinión no habrá de dudar, pues al determinar la pena el juez tiene el deber de calcular escrupulosamente la que va á imponer, no sólo en sus *fuerzas físicas* sino también en sus *fuerzas morales*, y de compensar por el aumento de unas la deficiencia accidental de las otras, á fin de que el castigo sea adecuado á la necesidad y de que restablezca en los espíritus la confianza de que la pena impuesta será un freno bastante fuerte.

§ 739.

El legislador ha pensado que, con relación á tal delito, tal cantidad de mal sería una pena suficiente, y ella lo es en efecto para el *mayor número*. Si alguno, á pesar de esta amenaza, llega á cometer el delito, se supone que esto sucede porque no ha experimentado la pena, y se cuenta con que la *experiencia del castigo* que se ha impuesto á su primera falta, le servirá de lección suficiente para el porvenir. Este segundo cálculo queda confirmado por la experiencia en la *mayor parte* de los delincuentes. Pero cuando, después de haber *experimentado el castigo efectivo*, un condenado recae en el delito, hace ver claramente que desprecia esa pena: muestra que *para él* este sufrimiento no ha sido un freno bastante fuerte. Repetir contra él la *misma pena* sería ejecutar un acto *inútil*, puesto que la presunción de *suficiencia relativa de fuerza objetiva* en esta penalidad, ha sido contradicha por los hechos.

§ 740.

Hay presunción de insuficiencia relativa de la *fuerza física* objetiva de la pena, vista la insensibilidad que muestra aquel hombre en presencia del mal que ha sufrido. Es por esto por lo que, en razón á la naturaleza de este individuo, excepcionalmente más insensible, se hace preciso aumentar la pena si se desea racionalmente obtener un efecto útil. Así, cuando el culpable,

permaneciendo insensible á la condena en que ha incurrido, comienza de nuevo á insultar la ley y á atacar la seguridad de los ciudadanos, es él mismo quien declara que el primer castigo, que para la generalidad de los culpables es suficiente, *para él* ha sido demasiado suave. Por consiguiente, no puede tachar de injusticia á la sociedad si ha recurrido contra él á un castigo más severo.

§ 741.

Hay insuficiencia relativa de la *fuerza moral* objetiva de la pena, pues el espanto que el primer delito había causado, calmado con el castigo del culpable, renace en cierto modo cuando este individuo, después de la pena, comete delitos otra vez. La pena ordinaria no es ya un remedio bastante enérgico para tranquilizar á los miembros de la sociedad, puesto que la experiencia ha demostrado que ella es impotente para domar á aquel individuo (1). Tal es el orden de ideas con que puede justificarse la agravación de la *pena* contra los reincidentes, aunque hayan satisfecho su primera deuda y aunque la imputación quede en su estado normal. Hay una modificación en el cálculo de la *cantidad relativa* de la *pena*, y nada más. La recaída después de la pena sufrida muestra, para servirme de la bella fórmula de Ellero, que la pena *ordinaria* que para la generalidad de los hombres es suficiente como *pena* y como *defensa*, no es suficiente ni como pena ni como *defensa directa* con respecto á una naturaleza excepcionalmente insensible. Cualquier otro modo de justificar la agravación que resulte de la reincidencia, es arbitrario y errado.

---

(1) Todas estas dificultades desaparecen para los que profesan la doctrina *correccionalista*: encontrando el fin de la pena en la enmienda del culpable, ven una razón suficiente para tratar con más severidad al reincidente, en la prueba de que es inorregible.

Se dice que la reincidencia es *verdadera* (A) cuando el culpable vuelve á delinquir después de haber *sufrido* la pena; es *ficta* cuando vuelve á delinquir después de la *condena*, pero sin haber sufrido materialmente el castigo que se le ha impuesto. En el primer caso la reincidencia consiste en que *ha sufrido la pena*; en el segundo, en que *ha incurrido en la condena*. Hay reincidencia *propriadamente dicha* cuando el condenado recae en un delito del *mismo género*, y reincidencia *impropiamente dicha* cuando recae en un delito de *diferente género*. Para hacer uso de esta distinción, es necesario suponer que la reincidencia proviene más del *delito* que de la *pena*. En la práctica pueden, por tanto, presentarse cuatro combinaciones diferentes: 1<sup>o</sup> la reincidencia *verdadera y propriadamente dicha*; 2<sup>o</sup> la reincidencia *falsa é impropia*;

---

(A) Cuando el reo aparece acusado de varios delitos sin que haya recaído condenación por los delitos precedentes, no se le llama *reincidente*, sino que se dice que ha *reiterado (iteratore)*; y esta concurrencia se tiene en cuenta en el juicio á que es llamado para responder del *último* delito y de los precedentes en conjunto. Y aquí surgen otras reglas que fueron ya expuestas en el lugar respectivo. Acerca de esta noción especial de la reincidencia todas las legislaciones contemporáneas están de acuerdo; mas no lo están en imponer un aumento de pena á las diversas especies indicadas aquí; por ejemplo, el código francés aumenta la pena aun por la reincidencia *ficta é impropia*. El código torcano, al contrario, no considera sino la reincidencia *verdadera y propia*. Para ser reincidente, según este código, no basta haber sido *condenado* otra vez, sino que se necesita también haber expiado enteramente la pena, porque no puede decirse que es de naturaleza insensible á aquel padecimiento quien no lo ha sufrido. Y se necesita además haber sido condenado por un delito de la misma *especie*, porque el no haber recaído en la *especie* del delito cometido la primera vez, da lugar á argumentar que la primera pena lo había corregido de aquella primera pasión malvada, y que debe esperarse que la nueva pena sirva para corregirlo también de la segunda: limitar el odio contra los reincidentes únicamente á la *reincidencia verdadera* es una necesidad lógica y hasta jurídica del sistema adoptado por nosotros. Limitarlo sólo á la reincidencia *propia* no es sino obedecer á una *hipótesis* bastante *problemática*. (Carrara, *Programma*, Sesta Edizione, 1886).

3º la reincidencia *propriadmente dicha* y *falsa*; 4º la reincidencia *verdadera* pero *impropia*.

§ 743.

Este aumento de pena puede en seguida variar hasta el infinito en su aplicación práctica, y varía en efecto según las escuelas y las legislaciones; variaciones que recaen ya sobre las *condiciones*, ya sobre los *efectos* ó ya sobre la *duración* de la reincidencia (1).

---

(1) Véase el escrito que he publicado bajo el título de *Cenni sulla recidiva*, en mis *Opuscoli*, vol. 2. opus. 14.

## Artículo segundo.

### Modificaciones legislativas.

§ 744.

Los *cambios legislativos* son frecuentes, sobre todo en el movimiento de nuestro siglo, y recaen á menudo sobre materias penales (A).

§ 745.

Esos cambios derivan naturalmente del progreso de la *humanidad* y no del progreso del *derecho*, pues éste (como he dicho en la pág. 16) es *absoluto é inmutable*.

---

(A) Los cambios legislativos pueden entrar en la esfera penal respecto á las *competencias* (Morin, artículo 9012); pero el estudio de éstas no corresponde al presente lugar como consideración que valga por sí misma, pues si el cambio de la *competencia* no es sino un efecto natural del cambio de *pena*, este efecto ulterior no merece que se le trate especialmente. La variación de la competencia será una deducción espontánea de la variación del título ó de la pena. (Carrara, *Programma*, Sesta Edizione, 1889).

Si después de cuarenta siglos la humanidad descubre una *verdad*, no es que esta verdad haya *nacido* hoy: no es que la *verdad* progrese, es que la humanidad en su marcha llega á adquirir el conocimiento de ella. Lo que hoy es *contrario al derecho* lo era hace un siglo, siquiera la ley positiva de entonces, á consecuencia de un error, lo declarase *conforme* al derecho, y recíprocamente. He ahí la razón por qué, v. gr., no se quema hoy á los mágicos y á los hechiceros, con los cuales en otros tiempos se han hecho atrocidades. Las modificaciones pueden también derivarse de otras causas: del cambio de las condiciones políticas de una nación, que ha vuelto ciertos delitos menos graves; del desarrollo de la civilización que, purificando el sentido moral, ha hecho suficientes para la represión ciertos castigos menos severos que en la barbarie del pasado, en la ferocidad de las costumbres, no bastaban para la protección del derecho. Así, pues, el mismo resultado puede obedecer á causas diferentes: ora se cambia la penalidad porque se reconoce que *siempre ha sido* injusta, ora se modifica porque el cambio de las condiciones la ha hecho *volverse* injusta. Lo absoluto, en derecho, está en los principios y no en la manera de aplicarlos, la cual debe naturalmente variar.

## § 746.

El progreso humano produce, pues, necesariamente estas modificaciones, aun en el derecho penal; y aunque *en la práctica* pueda suceder (lo cual es demasiado frecuente) que una ley nueva, lejos de ser un progreso y de alcanzar una verdad, retrograde y se aparte de una verdad ya conocida (como ha sucedido en Francia cuando en 1824 se trató de restablecer las penas contra los *pecados*), esta aberración que la ciencia puede deplorar y por causa de la cual puede el pueblo gemir, no debe ser

admitida por el magistrado, para quien la ley en vigor, suprema intérprete del derecho, no es criticable. Para el magistrado encargado de calificar la naturaleza del hecho atribuido al reo, la *ley actual* es siempre conforme al verdadero derecho, y la ley abrogada debe eliminarse.

§ 747.

Sentado lo anterior, es evidente que este carácter de *justicia presunta* de la ley actual, hace muy interesante el estudio de los efectos que las variaciones de las leyes penales pueden producir respecto á hechos consumados bajo la ley modificada.

§ 748.

Ciertamente, esa investigación no se refiere á *hechos cumplidos*, y se consideran como tales relativamente á la penalidad los delitos ya *juzgados* irrevocablemente por los tribunales. Si estos delitos han sido alcanzados por la pena en vigor el día de la sentencia, una ley diferente aun cuando sobrevenga antes de que la pena haya sido sufrida completamente, no puede tener efecto retroactivo ni dar lugar á un nuevo examen *judicial*: la autoridad gubernativa es la única que cuando la nueva ley es más suave, puede usar del derecho de gracia, y esto en tal caso puede convertirse algunas veces en un *verdadero deber* (1).

---

(1) Esto fué escrito en 1860; más tarde, en 1865 creí que era bueno examinarlo de nuevo, cuando ví en el proyecto de un nuevo código penal italiano un artículo que ordenaba, sin distinción, que aun las condenas irrevocablemente pronunciadas antes quedarían modificadas por la nueva ley, para el resto de su ejecución. He expuesto mis ideas sobre este asunto en la primera parte del examen del proyecto de código que corre inserto en mis *Opuscoli*, vol. 2, *opusc.* 17, 1 (A).

(A) Y es cierto que la proposición que siento en el texto no puede aceptarse como absolutamente verdadera sin restricciones y limitaciones, como por ejemplo, en el caso de condenación á pena capital (Carrara, *Programma*, Sesta Edizione, 1886).

§ 749.

Pero sí es interesante este examen respecto á delitos ya consumados que al aparecer la ley nueva no están juzgados todavía, ó lo están de un modo revocable. Cuando se llega á conocer de estos hechos *ex integro*, ya porque *jamás* han sido juzgados, ya porque el juicio es revocable *por apelación* ó *por contumacia purgada*, ¿se deberá aplicar la ley en vigor el día del delito, ó la ley en vigor el día de la sentencia? Esta es una cuestión transitoria.

§ 750.

En tanto que lo consideramos como un hecho, el delito está consumado invariablemente: es tal como nació, y los acontecimientos posteriores no tienen el poder de cambiar en él ni un átomo.

§ 751.

Siquiera lo consideráramos como un *sér jurídico* resultante de la relación de contradicción entre el *hecho* y la *ley* (§ 35), podríamos decir que el delito ha tenido en este aspecto también cumplimiento pleno el día en que nació. Pero el *sér jurídico* tiene necesidad de prolongar su vida hasta el momento en que se opera su último efecto, y si en este momento esa vida es modificada porque la relación entre el *hecho* y la *ley* ha cambiado, el *sér jurídico* cuya vida ha cesado ó se ha modificado, no presenta ya las condiciones que le son necesarias para producir aquel efecto, y no debe por tanto producirlo.

§ 752.

Por consiguiente, es preciso reconocer que la *nueva* ley penal puede ejercer influencia aun sobre el delito

*anterior*; pero tal influencia no puede determinarse sin recurrir á distinciones importantes.

§ 753.

Debe ante todo observarse que si la nueva ley modifica las relaciones de competencia, siempre es retroactiva, porque es una ley de procedimiento, y el sistema opuesto engendraría inmensas dificultades en la práctica. También debemos notar que, si la nueva ley ha *abolido* un modo de penalidad, la aplicación de la antigua pena en que se incurrió en el momento del delito, se hace *imposible*. Así, pues, ya sea *más grave* ó *más leve* el nuevo sistema de penalidad es una necesidad para el juez aplicarlo; salvo que el legislador haya provisto á la equidad de la proporción por medio de disposiciones transitorias adecuadas. En estos dos casos la ley posterior, por una *necesidad material*, es siempre retroactiva.

§ 754.

Pero cuando el sistema de penalidad (por ejemplo, la *casa di forza*, las galeras) no se altera y es por tanto *materialmente* posible aplicarlo á los delitos anteriores, suponiendo que la ley nueva cambie su *especie y cantidad* en la aplicación á ciertos delitos, ¿deberá aplicarse á los delitos anteriores la pena antigua ó la nueva?

§ 755.

El principio de la *no retroactividad* de la ley no es absoluto en materia penal; y por eso el cambio de ley, aunque omitido por los antiguos teóricos, debe figurar en la ciencia entre las razones *jurídicas* (ó intrínsecas á la pena) para modificar la medida del castigo en que ha-

bría incurrido el culpable, si hubiera sido juzgado en el momento del delito (1).

(1) No impugno que la modificación de la nueva ley pueda algunas veces expresar un juicio sobre la *imputación* del delito, en vez de un juicio sobre la *penalidad*; el examen de estos casos debería por consiguiente haberse colocado en otro lugar, y precisamente al hablar de las modificaciones, no de la pena, sino de la imputación. Pero esto nos habría conducido á repetir esta teoría en dos lugares; y por eso hemos preferido omitirla en la materia de la *imputación*, y reservarla enteramente para esta ocasión, ya porque la verdad de los principios no sufre con ello, ya porque el caso más general es el de que la ley nueva modifique solamente la *penalidad*, ó bien porque la modificación de la *penalidad* es siempre la consecuencia *sensible* de la innovación. Habría modificación, no de la *pena*, sino de la *cantidad* del delito, si la ley nueva dijera, por ejemplo, que el robo doméstico no sería considerado como robo calificado; en efecto, en esta hipótesis la *penalidad* de los robos calificados no se ha alterado, sino que se ha modificado la *noción del delito*. Al contrario, no hay más que una modificación de la *penalidad* en la ley nueva que diga por ejemplo, que los daños no serán ya castigados con *prisión*, sino con *multa*, porque en esta hipótesis no se altera la *noción del delito*, sino únicamente la *penalidad*. Pero si al formar un curso teórico, tratáramos de todas las variedades posibles, caeríamos en infinitas repeticiones. Es necesario agrupar en un solo lugar los principios generales que regulan ciertas cuestiones, aunque en determinados casos ese arreglo pueda parecer menos exacto.

### § 756.

Nadie osa sostener que el principio de la *no retroactividad* deba cesar en *perjuicio* del culpable. Si la nueva ley declara delito lo que no era, ó impone penas más graves que las que señalaba la ley anterior, el hecho ejecutado bajo la antigua ley da al culpable el derecho de no ver empeorada su situación por las nuevas ideas del legislador. El delito es un sér jurídico que nace de la relación de contradicción entre un hecho y la ley; ahora bien, no puede haber contradicción entre un hecho y una ley que *todavía no existe* (A).

(A) Esta circunstancia sería considerada por algunos franceses como una excusa legal; pero sería también aquí una locución falsa y sofisticada. Las condiciones de todo delito están irrevocablemente determinadas por su cronología: *nunquam ex post facto crescit præterit criminis destinatio*. (Carrara, *Programma*, Sesta Edizione, 1886).

§ 757.

Pero en el caso inverso el principio de la *no retroactividad* debe ceder no sólo ante consideraciones de humanidad ó de política (pues entonces la causa no sería *jurídica*) sino ante reglas de *estricta justicia*.

§ 758.

¿Qué dice la nueva ley que modifica la penalidad de un delito? Proclama que era injusto aplicar á este delito la pena exagerada con que la antigua ley lo amenazaba. Ahora bien, bajo el imperio de esta nueva ley, el magistrado aplicaría el rigor de la ley abolida si se apoyara en el pretexto de que el día del delito, á causa de un error ya corregido por el legislador, *se creía justa* la antigua pena: esto sería *secundum jus scriptum*, pero no *secundum justitiam*. Insistiendo en la idea de una *relación de obligación* ya creada por la ley existente en el momento del delito, caeríamos en el error de extender al derecho penal las reglas de los actos y convenciones civiles, y convertiríamos el delito en un *cuasicontrato*. La aplicación de la pena por el juez forma parte de la ejecución de la ley; pero al modificar la pena en provecho del culpable, la ley nueva se convierte, por una necesidad implícita, en un obstáculo á la *ejecución* de la ley anterior abrogada (1).

---

(1) El mismo razonamiento se aplica al caso en que la nueva ley ha puesto al arbitrio del juez una pena que antes era *absolutamente determinada*. Así, el nuevo código de Baviera, de 1861, ha dejado al arbitrio del juez un poder más amplio en la determinación de las penas. Esta disposición ha sido alabada generalmente, y se repite hoy que es un progreso, porque las *ideas del día* y el estado actual de la ciencia reclaman ese arbitrio. No es este el lugar de discutir si esta vuelta á las ideas de hace un siglo, si esta marcha hacia la proporción *armónica* es verdaderamente un progreso. Si comparamos lo que se escribe hoy para probar que es un progreso extender el arbitrio del juez y lo que se escribía hace ochenta años para probar que

era un progreso quitar á los jueces todo arbitrio, comprenderemos fácilmente que en una y otra ocasión se ha abusado de la palabra *progreso*. Pero de cualquier modo que sea, es cierto que cuando la ley nueva concede este arbitrio, alcanza su influencia sobre los delitos anteriores, aunque no tenga en mira sino el porvenir, en el sentido de que el juez podrá usar *en provecho* del acusado del arbitrio que acaba de serle concedido.

§ 759.

De donde se deduce que la ley penal posterior *más suave* se aplica aun á los delitos *anteriores*, cuando todavía no han sido juzgados definitivamente (1).

---

(1) Rauter, gran partidario del absolutismo, da una razón muy fútil para demostrar que una ley nueva más suave debe aplicarse aun á los delitos anteriores á su promulgación. El príncipe, dice, al dictar una pena más suave, ha *renunciado al derecho* que tenía de aplicar una pena más severa. Esta fórmula es un monstruoso cúmulo de errores; se considera el castigo de los delitos como un *derecho del príncipe*; se supone que tiene el poder de renunciar á este derecho, aun en perjuicio de la seguridad pública: se reproduce *a posteriori* en la ciencia la idea del *contrato*, hoy rechazada por todos *a priori*. Pero esta fórmula no es más que un desarrollo del falso y fatal principio de que toda justicia emana del rey.

§ 760.

Esta regla invariable se extiende también al caso de *cambios repetidos* de la ley. Si á la antigua ley más severa se ha sustituido una ley más suave, y se tornó en seguida á la prístina severidad, el delito cometido bajo la primera ley deberá, á pesar de la tercera, aprovecharse de la *indulgencia intermedia*; en efecto, á la publicación de la segunda ley, el delincuente había adquirido un derecho á esta indulgencia, el *retardo* para juzgarlo no debe trocarse en perjuicio suyo y este derecho no puede serle arrebatado por la tercera ley (1).

---

(1) Véase Rafaelli, *Nomotesia penale*, vol. 5, p. 63. Hay un caso singular de aplicación de esta teoría en la hipótesis de un cambio de ley, no *sobrevenido*, sino *preestablecido*. Esto sucede cuando una ley penal es hecha

con la disposición expresa de que durará *sólo cierto tiempo*, un año por ejemplo. No debe creerse que esta hipótesis sea fantástica: es suministrada por la historia, se ha realizado en el caso resuelto por la Corte de Casación de Francia el 24 de setiembre de 1868, Morin, art. 8910. Había sido cometido un delito en el curso del año durante el cual la ley excepcional estaba en vigor, pero se le quería llevar ante la justicia y someter á juicio después de la expiración del año: se decidió que una ley penal no podía recibir su ejecución cuando ya no existía, aunque se quisiera aplicar á hechos que hubieran pasado estando en vigor. Este sistema es exacto, aunque encuentre la objeción especiosa de que de ese modo la ley hecha para un año no duraría nunca un año, sino algunos meses ó algunas semanas menos, atendida la necesidad de un intervalo entre la violación y el juicio definitivo.

§ 761.

Tales son los principios generales de esta materia: ellos se inspiran, en definitiva, en la regla de que la *indulgencia debe prevalecer* (1), regla que puede decirse que es absoluta. Estos principios están, por lo demás, llenos de dificultades en la aplicación práctica.

(1) Por sentencia de 10 de marzo de 1865, la Corte de Casación de Nápoles ha declarado que en todos los casos en que la ley penal sea cambiada, se deben presentar á los jurados dos cuestiones: la una formulada según los principios de la ley antigua y la otra según los principios de la ley nueva, á fin de que la Corte pueda enseguida juzgar en derecho si, vistas las circunstancias que lo acompañan, el hecho es tratado con menos severidad por la ley antigua ó por la nueva. Lo cual me parece que prueba que, al decidir cual es la ley más suave, bien que esto dependa de cuestiones de *hecho*, se decide verdaderamente una cuestión de derecho.

§ 762.

En tanto que se trate de un cambio en la *especie* de pena, ó de un cambio sólo en el *máximum* ó sólo en el *mínimum* de la *cantidad*, estamos en el caso simple, y la solución de la cuestión práctica es muy fácil. Pero la dificultad se presenta en el caso complejo, esto es, cuando la nueva ley encierra, no un cambio sólo en el *máximum* ó sólo en el *mínimum* de la duración de la pena, sino un cambio en los dos. Supongamos que una ley de 1872



haya castigado cierto hecho con pena de un mes á cuatro años de prisión, y que una ley de 1873 lo castiga con pena de uno á tres años de prisión ó *viceversa*. Se trata hoy de juzgar un acto ejecutado bajo la ley antigua. Admitiendo la regla abstracta de que debe aplicarse la pena más suave, resta decidir cuál de las dos lo es: si consideramos el *minimum*, la ley antigua es más suave; si miramos el *máximum*, lo es la más nueva.

### § 763.

Algunos autores (Chauveau, Morin, Haus, § 87, etc.) han enseñado que debemos considerar como más suave la ley *que rebaja el máximum*. Pero si al mismo tiempo ella eleva el *minimum*, ¿no llegaríamos á la consecuencia de que un hecho de poca gravedad, al cual se hubiera aplicado cuando fué cometido un mes de prisión, no podrá ya, según la nueva ley (considerada más suave en razón á la rebaja del *minimum*) ser castigado con menos de un año de prisión?

### § 764.

Otros (Bertauld, Trébutien, etc.) han pensado que debe siempre considerarse como más suave la ley *que rebaja el minimum*. Pero si al mismo tiempo ella eleva el *máximum*, ¿no llegaríamos á la consecuencia de que á cierto delito al cual la ley en vigor el día de su consumación no permitía aplicar más de tres años de prisión, se le impondrán cuatro en virtud de la ley posterior, con el especioso pretexto de que la nueva ley es la más suave?

### § 765.

Otro (Le Sellyer) ha imaginado un cálculo de *pro-*

*porción*, y hace depender la solución del problema de que el aumento del *máximum* sea mayor ó la rebaja del *mínimum* más considerable. Pero aunque fuera verdadera matemáticamente, esta fórmula es en derecho esencialmente arbitraria, y no remedia ningún inconveniente. Además, si por casualidad las diferencias se compensan, no resuelve la dificultad.

§ 766.

Otros han sido de parecer que se deje la *elección* al culpable, y que se le dé facultad para declarar cuál de las dos leyes es la que considera más suave. Sistema contrario al principio de no admitir convenciones en materia penal. Otros han pensado en reunir las dos leyes, y aplicar ambas en lo que tengan de más suave. Pero este sistema ha sido censurado por la Corte de Casación de Florencia, la cual ha reconocido que era un absurdo que un *hecho único* fuera juzgado al mismo tiempo según *dos leyes*.

§ 767.

Me parece que la cuestión no puede resolverse por medio de una proposición *absoluta*, porque cuando comparamos dos leyes y encontramos en ellas una doble diferencia, de un lado más rigor y de otro más indulgencia, es imposible que encontremos el absoluto en una cosa que es variable en sí misma, ni que demos una definición única de una cosa que tiene dos modos de ser completamente diferentes.

§ 768.

Se necesitaría, pues, según creo, que el magistrado encargado de aplicar la regla de que la ley más suave de-

be prevalecer, decidiera ante todo la cuestión de la cantidad y del grado de imputación del hecho, y que estableciera preliminarmente mediante ese examen, si el hecho criminal del reo, vistos sus caracteres particulares, corresponde al grado de imputación más bajo ó al más alto.

§ 769.

Resuelto en cada caso este problema por medio de una fórmula especial, se hace más fácil decidir si la mayor indulgencia se encuentra en la ley que rebaja el *máximum* ó en la que rebaja el *mínimum*. Nada exige que se resuelva el problema por medio de una proposición absoluta cuando lo absoluto es imposible, y nada se opondrá, al contrario, á que se determine por un cálculo concreto que jamás engaña.

§ 770.

Una cuestión transitoria análoga es la que se presenta con relación al cambio de la ley sobre *prescripción*. Si el delito ha sido cometido bajo el imperio de una ley que fijaba la prescripción en diez años, por ejemplo, y después, al año siguiente, el término ha venido á cambiar por motivo de una nueva ley á cinco ó á quince años: los culpables que han comenzado á prescribir bajo la primera ley, si fueran arrestados en el primer caso al cabo de seis años, y en el segundo al cabo de once, ¿podrán invocar la prescripción?

§ 771.

Aquí la cuestión se complica en razón á la naturaleza incierta de la *prescripción*, la cual por un aspecto parece una ley de *forma* y por otro una ley de *fondo*.

§ 772.

Si consideramos la prescripción como una ley de *forma* ó de procedimiento, la regla es que estas leyes son por su naturaleza retroactivas. Si la consideramos como una ley de *fondo*, la regla contraria es la que prevalece. De ahí el conflicto entre los dos sistemas.

§ 773.

Algunos autores la han considerado como una ley de *forma*, y han dicho que siempre debe aplicarse la *nueva ley*. Este sistema halla una objeción en el principio de que las leyes supervenientes no pueden *empeorar* jamás la condición del reo (1).

---

(1) Puede decirse que esta opinión estaba rechazada por la jurisprudencia, y había caído en olvido en las escuelas. Pero recientemente algunos han querido resucitarla, sosteniendo que es la más exacta de las cuatro opiniones contrarias en que queda comprendida toda solución posible de la controversia. Es el destino de las opiniones jurídicas sufrir una vuelta, como todo en el mundo, y esto proviene de que cada autor quiere decir cosas nuevas, ó al menos aparentarlo; pero como no á todos es dado decir lo nuevo, á veces se recoge una antigua idea abandonada y rechazada, y se la hace salir de nuevo á luz. Los argumentos con que se querría eliminar la regla de que la ley más suave debe prevalecer, para conservar siempre la prescripción de la ley nueva (aunque ésta sea más severa que la ley precedente) y para darle una retroactividad que puede ser fatal á muchos condenados que están al concluir su prescripción, son poco ó nada concluyentes. Consisten en *refutar*, más bien que en demostrar; método artificioso, muy fácil, y que con demasiada frecuencia empleado á menudo logra engañar y hacer triunfar el sofisma. Se desea sostener una opinión, y en vez de presentar los argumentos en que ella se funda, se refuta el parecer contrario: en esta refutación se escogen los argumentos más débiles de la opinión que se ataca, se demuestra fácilmente que son erróneos, y en seguida se exclama: la razón está de nuestra parte. Pero ésta es una falsa dialéctica, pues como sucede á menudo que al sostener una opinión *verdadera* se presentan argumentos *errados*, no es lógico deducir de la refutación de un argumento errado que ella prueba la falsedad de la opinión combatida, cuando esta opinión se apoya sobre otras razones no rebatidas, y cuando no se presentan argumentos decisivos para sostener el parecer contrario. Aquí el conflicto no sería entre la doctrina que quiere aplicar la *ley nueva* y la que quiera aplicar la *ley antigua*: ambas son para nosotros erróneas é inaccepta-

bles. El conflicto sería entre la doctrina que quiere aplicar la ley *más suave* y la que quiere aplicar la ley *nueva*, aun cuando sea más severa. Ahora bien, para atacar la preponderancia de la ley más suave, se han hecho esfuerzos para demostrar la futilidad del argumento deducido del art. 2281 del código Napoleón y de pretendidos derechos adquiridos por el condenado. Críticas muy justas si se quiere combatir el sistema de la preponderancia *absoluta* de la ley *antigua*; pero con ellas nada se dice contra la preponderancia de la ley *más suave*. Esta preponderancia se funda sobre un principio de humanidad según el cual no podría sufrirse que de dos delinquentes que han cometido el mismo día un delito semejante, pero de los cuales uno haya sido condenado el 10 y otro el 11 de abril de 1870, el primero haya prescrito su pena el 10 de abril de 1875 y el segundo no la prescriba hasta el 11 de abril de 1880, por la sola razón de que en el día decisivo sobrevino una ley que cambió la prescripción de cinco años en prescripción de diez años, ó que no la prescriba jamás si la nueva ley ha abolido la prescripción de la pena. Esta es la razón sólida que hace prevalecer excepcionalmente la ley antigua cuando es más suave que la ley nueva, y no veo que los adversarios hayan respondido nada á esta consideración. Por lo demás la regla general de que la ley nueva no obra retroactivamente cuando es más severa y sí cuando es más suave, tiene un fundamento de justicia en la situación diferente de la sociedad con respecto al culpable, y del culpable con respecto á la sociedad. La ley nueva es un hecho espontáneo de la sociedad, y por tanto nada hay de injusto en que ella se considere como ligada por su propio hecho y se prohíba á sí misma rehusar á los culpables anteriores la indulgencia que ha proclamado justa para los reos futuros. Pero, á la inversa, es inicuo que la sociedad, por un acto voluntario, se atribuya derechos en detrimento de otro, y que pueda arbitrariamente empeorar la condición de un ciudadano que, si ha sido culpable, lo ha sido bajo una ley más suave. Nosotros no decimos que este hombre haya adquirido un derecho á la indulgencia (no discutimos esta fórmula porque no tenemos necesidad de ello): la *equidad* es la fuente de su derecho cuando pide que se le juzgue según la ley que ha violado, y no según una ley que no ha podido conocer ni prever.

### § 774.

Otros la han considerado como una ley de *fondo*, y han dicho que siempre debe aplicarse la *ley antigua*. Este sistema, aunque más lógico (pues el culpable sufre siempre la situación que él se ha creado), encuentra sin embargo un obstáculo: 1º en las consideraciones de orden público que rigen la prescripción; 2º en el absurdo que hay en que un delito cometido, por ejemplo, hace *seis* años sea amparado por la prescripción, en tanto que se persigue, porque no está prescrito, un delito semejante cometido hace *nueve* años.

## § 775.

Merlin, que con demasiada frecuencia ha trasportado á las materias penales los procedimientos del derecho civil, ha imaginado un medio que está en razón compuesta del tiempo requerido por la ley antigua, del tiempo requerido por la ley nueva y del tiempo corrido desde la consumación del delito hasta la publicación de la ley nueva. La diferencia entre el resultado de esta proporción y el nuevo término representa el tiempo que necesita el culpable para acabar de prescribir (1). Pero, como puede verse, este sistema es *arbitrario*, y no aplica ni la ley antigua ni la ley nueva, sino una ley creada por Merlin. Sin embargo, también aquí la autoridad de la persona ha prevalecido y ha logrado por un momento hacer adoptar este sistema en la práctica de los tribunales franceses.

---

(1) Sea, por ejemplo, 10 años el antiguo término, 6 el tiempo trascurrido, 20 el término nuevo—10:6::20:12—necesita el culpable para prescribir, no 14 años como en el primer sistema, ni 4 como en el segundo, sino 8 años. Sea al contrario 12 el antiguo término, 4 el tiempo trascurrido, 6 el nuevo término—12:4::6:2—el culpable no prescribirá en 2 años como en el primer sistema, ni en 8 como en el segundo: necesita entonces 4 años, diferencia entre la resultante de la *proporción* y el nuevo término.

## § 776.

Pero el mismo Merlin se vió obligado en seguida á cambiar de parecer y á hacer que la jurisprudencia reconociera el error á que la había arrastrado. Así es que podemos considerar hoy como admitido generalmente en la teoría y en la práctica un cuarto sistema más racional, sostenido por hábiles criminalistas: este sistema proclama que de las dos leyes es necesario siempre aplicar la que es *más favorable al acusado*, ya sea la ley antigua, ó

ya la más reciente que ha cambiado el término requerido para prescribir la *acción* ó la *pena* (1).

(1) Recientemente se ha censurado á todos los que han tratado de la cuestión de la retroactividad ó de la no retroactividad de una ley nueva sobre la prescripción penal, diciendo que ninguno había distinguido entre la prescripción de la *acción* y la prescripción de la *pena*. Pero yo no alcanzo á comprender cómo se podría distinguir, porque, á mi modo de ver, lo que se llama comunmente *prescripción* de la pena no es siempre más que una *prescripción de acción*. El robo cometido por Tacio lo expone á la *actio furti* en tanto que no es condenado; después de la condenación, debe sufrir la *actio iudicati*. Dónde está, pues, la diferencia? La diferencia es ciertamente radical cuando nos preguntamos si debemos *admitir* la prescripción contra la *pena* así como contra la *acción penal*; la diferencia es también sustancial cuando se disputa sobre la diferencia de los *términos* de dos prescripciones, suponiendo admisibles la una y la otra. Pero estando resueltos estos dos primeros problemas, estando admitidas las dos prescripciones y determinada su duración restrictiva, llegamos al examen de los efectos de la teoría de la no retroactividad en la hipótesis de un cambio de ley que se refiera á la admisión ó á la duración de una ú otra de estas prescripciones, ó de ambas á la vez; entonces, repito, no alcanzo á comprender la razón que haya para dar al problema de la retroactividad soluciones diversas á causa de una diferencia entre la prescripción de la acción y la prescripción de la pena. Repito que no puedo concebir esta diferencia, y los que nos han hecho el reproche de no haberla notado no se han tomado la molestia de mostrarnos porqué deberíamos haberlo hecho.

### § 777.

Este sistema considera la prescripción como una ley de *fondo*: cuando la ley más favorable es la ley antigua, obedece al principio invariable de justicia de que la ley nueva no puede empeorar la suerte del culpable; al contrario, cuando la ley más favorable es la nueva, se apoya en el principio de que la prescripción en materia penal es de orden público.

### § 778.

Así, pues, toda esta doctrina de la influencia jurídica que la ley nueva puede tener sobre las penas aplica-

bles á los hechos anteriores, se resume en una sola fórmula que da la solución de todos los problemas y de todas las combinaciones posibles: en tal materia *prevalece siempre lo que es más favorable al acusado*. He ahí la verdad última á que debe conducir esta teoría.

FIN DEL TOMO SEGUNDO.

—:O:—

## Índice alfabético de las materias.

---

Los números son los de los párrafos, salvo indicación contraria.

### A.

ACEPTACIÓN, fundamento del derecho de castigar, 601, nota 1, 4º

ACTOS preparatorios. Son distintos de la tentativa, 358.

Actos preparatorios en materia de complicidad, 465, 466, 472-475.

ACCIÓN civil y acción penal.—Fuente y fin de estas acciones, 540-545. A quién pertenecen 546-549 y 557. Cómo se adquieren, 558-564. Su independencia recíproca, 565-576. Extinción de estos derechos 577-581; *adde*, 730, nota.

ADHERENCIA, forma de participación en el delito, que entra en el *favoreggiamento* (este contiene además la idea de un auxilio prestado al culpable para sustraerlo á las consecuencias del delito que ha cometido), 466 *in fine*.

- AMONESTACIÓN, pena *moral*, 687 *in fine*.
- AGRAVACIÓN de la pena. Véase *Aumento*.
- AUXILIO.—Forma de participación en el delito, 466, 468.—Medida de la imputación del auxilio, 472-475. Auxilio posterior á la consumación, 476. *Adde* 482 y 484.
- ALARMA resultante del delito, 118.
- AMNISTÍA.—En qué se diferencia de la gracia, 711 y la nota.—Interpretación de la amnistía, 711, nota *in fine*.
- ANIMALES.—¿Pueden ser sujetos pasivos del delito? 48, nota.
- ARBITRIO del Juez. Véase *Proporción armónica*.
- ARRESTO (pena de), 671.
- ASOCIACIÓN, fundamento del derecho de castigar, 601, nota 1, 6º •
- ASOCIADO (*socius in crimine*). Véase *Sociedad*.
- ATENTADO.—Véase *Tentativa*.
- AZOTES.—Se usan aún en las prisiones alemanas é inglesas, 666 nota A.
- ATENUANTES.—Véase *Circunstancias*.
- ATENUACIÓN de la pena. Véase *Disminución*.
- AUMENTO (causas de) de la pena, 733 y sig. Rein-  
cidencia, 736-743.
- AUTOR principal del delito, 427 y sig. Es distinto del primer motor, 429 y 430, del *auxiliador* y del *fautor*, 430 *in fine*.
- AUXILIADOR (*auxiliator*). Véase *Auxilio*.
- ACUMULACIÓN, Véase *Concurso*.
- AYUNO.—Prisión con ayuno, 689, nota.

APERCEBIMIENTO correccional, pena *humillante* (ó *moral*) 687 *in fine*.

AMMENDA.—Especie de multa, 688. No tiene equivalente en castellano, nota A. 690.

## B.

BIENES.—Seis clases de bienes á los cuales puede atacar el delito. Esta distinción sirve de fundamento á la división de los *derechos naturales* del hombre, 162.

BANDIDAJE.—Postura á precio de la cabeza de los bandidos, 662, nota 2, al medio. Disminución de pena en favor de los que se presentan á la justicia, 712, nota.—Asimilación de la tentativa á la consumación y de los cómplices á los autores, 472, nota *in fine*.

## C.

CASO fortuito. ¿Cuándo hay caso fortuito? 78 y 84. El caso fortuito no es imputable, 85. Excepción de esta regla, 270.

COSA juzgada en lo civil. No tiene influencia sobre lo criminal, 569-572. *Non bis in idem*, 578 y la nota.

CIRCUNSTANCIAS agravantes, 140, nota. *Adde*, 205.

CIRCUNSTANCIAS dirimentes (ó justificantes), y disminuyentes (ó excusantes), 143 y

144. Trasmisión de estas circunstancias á los codelincuentes, 505-509.
- CIRCUNSTANCIAS atenuantes (sistema de las).—  
Críticas, 702, nota.
- CLIMA.—Su influencia sobre la cantidad de las penas, 719, nota.
- COAUTOR, 427. Es distinto del correo, 471, *adde*, 484.
- CÓDIGOS.—Utilidad de los códigos en materia penal, 638, notas.
- CÓLERA, pasión ciega, causa de disminución de la imputación, 323-327.
- COMPLEXIDAD del delito, 52 y la nota.
- COMPLICIDAD,—Idea de la complicidad, 426 y sig. Cuatro modos de participación de varias personas en el mismo delito, 431. Primer modo: concurso de acción sin concurso de voluntad, 432-438.—Segundo modo: concurso de voluntad sin concurso de acción, 439 y sig.—Mandato, orden, violencia, consejo, sociedad (véanse estas palabras), 442-463. Complicidad negativa, 464.—Tercer modo: concurso de voluntad y de acción, 465 y sig.—Sistema de asimilación de los cómplices á los autores, 472, nota.—Anomalías de la imputación en la complicidad, 485 y sig.: principio, 486.—3 series de casos excepcionales, 487.—Primer caso, cesación de la conformidad de las volun-

tades, 488-497.—Segundo, falta de conformidad de la acción con la voluntad, 498-504.—Tercer caso, falta de conformidad en la posición jurídica de los codelincuentes, 505-509.

CONCURSO de varias penas, causa de disminución, 728 y sig.—Dos sistemas radicales: acumulación, absorción, 730.—Sistema intermediario, 731.

CONFESIÓN del culpable, razón para modificar la pena, 712.

CONFISCACIÓN, pena pecuniaria, 688. Es injusta é impolítica, 690.

CONNIVENCIA ó complicidad negativa, 464.

CONSEJO de cometer el delito (forma de la complicidad), 442, 449, 451 y sig. Eficacia del consejo, condición de la imputabilidad, 460-463. Véase también 486 y sig.

CONSERVACIÓN, fundamento del derecho de castigar, 601, nota, 8º y 12º; y 608, nota.

CONSUMACIÓN del delito, 398, 465 y sig. *Adde*, 97 *in fine*, y 79.

CONTINUACIÓN.—Delito continuado, 510 y sig. *Adde*, 484, 4º Idea de la continuación, 514-520. Criterios, 521. Primer criterio, unidad de la ley violada, 522-526. Segundo criterio, unidad de determinación, 527-536. Resumen, 537. Importancia de la continuación en materia de prescripción, 538.

- CONTRATO social, pags. 7 y sigts. (*tomo primero*).
- CONTRAVENCIÓN.—Véase *Trasgresión*.
- CONTUMACIA (juicio de) no interrumpe la prescripción de la acción, 718.
- CONVENCIÓN, fundamento del derecho de castigar, 601, nota, 5º y 6º
- CORRECCIÓN del culpable, fundamento del derecho de castigar, 601, nota, 10º, y 645. *Adde*, 582, nota; 619 y la nota; 642 *in fine*, 671, 679, 3º; 741, nota.—Nota A, 619.
- CORRESPONSABILIDAD 466 y sig. Medida de la imputabilidad del correo, 470. El *correo* se distingue del coautor, 471.—*Adde*, 484, 2º, y 486 y sig.
- CRÍMENES y delitos.—Crítica de esta distinción, 51, nota.
- CRIMINALIDAD.—Si la criminalidad subjetiva puede ser determinada *a priori*, 702, nota.
- CULPA.—Definición, 80; *adde*, 78. Análisis de la definición, 81-86. Medida de la imputación de la culpa, 87-90. *Adde* sobre la imputabilidad de la culpa, 124-127, y 267-271.
- COSTUMBRES.—El estado de las costumbres de un pueblo influye sobre la cantidad de las penas, 719, nota.
- CASA DI FORZA, de disciplina, de corrección, 670.
- CONFINAMIENTO, 674.
- CALIDAD, cantidad y grado en el delito (en ge-

neral), 128-145; en la pena (en general), 652-654.

**CALIDAD** en los delitos. Idea general, 128-129. Definición, 130. Criterio de la calidad, 146 y sig., y particularmente 150. Acción única violadora de varios derechos, 165-170. Calidad en las penas; criterio, 655. Cuatro clases de penas, 656-658.

**CANTIDAD** en los delitos. Idea general, 128-129. Definición 132; desarrollos, 133-136. Criterio de la cantidad, 171 y sig.:— Tres sistemas, 173. Primer sistema, de Romagnosi, 174-181; segundo, de Rossi, 182-186; tercero, del autor, 187-206. Cantidad en las penas: cantidad natural, política, 694. La cantidad de la pena debe proporcionarse á la cantidad del delito, 695-697.— Consecuencias de este principio, 698-699.

**CUASI DELITO**, 86.

**CUESTIONES** prejudiciales, 568. Cuestiones transitorias; regla general, 778. Cosa juzgada, 748. Influencia de la nueva ley sobre los hechos que no han sido juzgados irrevocablemente, 749 y sig.— Distinciones, 753-769. Ley nueva que cambia el término de la prescripción. (Véase *Prescripción*).

## D.

DECADENCIA, fundamento del derecho de castigar, 601, nota, 11<sup>o</sup>

DEFENSA continuada, véase *Conservación*.

DEFENSA del derecho, véase *Tutela giurídica*.

DEFENSA legítima, 288 *in fine* y sig. Fundamento de la legitimidad de la defensa privada, 290-295, véase *Temor*.

DEGRADANTE, DEGRADACIÓN. Véase *Grado*.

DELITO.—Definición, 20 y 21. Sinónimos de la palabra delito, 22. Análisis de la definición, 23-31. Orígen del delito, 32 y 33. Objeto del delito, 34-39 y 42-49; *adde* 152 y 153. Sujeto del delito, 40 y 41. División de los delitos, 50-52, 154-164 y 514. Fuerzas del delito (véanse estas palabras), 53-127. Calidad, cantidad y grado (véanse estas palabras), 128-509. Delito continuado (véanse estas palabras), 510-538. Efectos jurídicos del delito, 539 y sig. Cesación de sus efectos: sentencia absolutoria, indulto soberano, remisión, prescripción, muerte, condenación definitiva (véanse estas palabras), 577-581.

DELITO continuado, Véase *Continuación*.

DELITO flagrante, 51.

DELITO imperfecto, 349 y sig. Es imputable, 352. Se debe imputar menos que el

- delito perfecto, 353-355. Tentativa, delito frustrado (véanse estas palabras), 356-425.
- DELITO frustrado. Idea general, 399-401. Definición, 402. Desarrollos, 403 y sig. Resumen, 424. Medida de la imputación del delito frustrado, 425; *adde*, 404.
- DEPORTACIÓN, 676.
- DESEO, 28 *in fine*. Véase *Pensamiento*.
- DETENCIÓN sus diferentes formas: prisión, trabajos forzados, etc., 669-671.
- DETERMINACIÓN.—Véase *Pensamiento*.
- DEBER violado, criterio de la cantidad según Rossi, 173 y 182-186.
- DISMINUCIÓN (causas de) de la pena, 725 y sig. Edad, sexo, locura, enfermedades, 726. Prisión preventiva, 727. Concurso de varias penas, 728-731. Pobreza del delincuente, 732.
- DISCERNIMIENTO, 221-223.
- DOLO.—Definición, 69. División: dolo determinado, indeterminado, 70 y 71; dolo reflexivo, irreflexivo 72-77. Para dar lugar á la imputabilidad del agente, no es necesario que el dolo sea contemporáneo de la consumación, 79. Influencia del dolo sobre la cantidad, 197-200; *adde* 196.
- DAÑO.—Daño efectivo, potencial, 96-101; daño inmediato y daño mediato, 102 y sig. Patrimonio natural y social del hom-

bre, 105-109; daño inmediato privado, público, 110-116; daño mediato, 117 á 127. El daño tomado como criterio de la cantidad, 173 y 187-206.

DERECHO de castigar (fundamento del). Véase *Pena*, origen filosófico.

DERECHO penal. Es absoluto en sus principios fundamentales, páginas 22 y sig. (*tomo I*). División del derecho penal, pág. 23. (*Ibidem*).

DERECHOS naturales del hombre, 161 *in fine* y 162.

DESTIERRO, pena afflictiva, 672 y sig.

DIARIOS (inserción en los), 551.

## E.

ESCALA de las penas, 694.

ESCUELA penal francesa. Se inclina á la severidad, 435, nota *in fine*. Asimilación del delito tentado al delito consumado, 355, y de los cómplices á los autores, 472, nota. Prisión preventiva, 727, notas. Arbitrio del Juez, 730 *in fine*. Circunstancias atenuantes, 702, nota.

ESCUELA penal italiana, página 25 *in fine* y 26, (*tomo I*) escuela política (Romagnosi), ascética (Rossi), jurídica ú ontológica (Carmignani, Carrara), 321, nota.—*Adde*, 173 y sig.

EDAD, causa de disminución de la imputación, 215

- y sig. División de la vida humana en cuatro períodos, 218-231. Prueba de la edad, 232. La edad también es una causa de disminución de la pena, 726.
- EMBAJADORES (delitos cometidos por los), 41, nota.
- ENMIENDA del culpable. Véase *Corrección*.
- ERROR, causa de degradación, 251 y sig. Reglas sobre la admisión de esta degradante, 257-264. Diferencia entre el error superable y la culpa, 265.
- ERRORES judiciales, 651.
- EXTRANJERO.—Delitos cometidos en país extranjero, 720, nota. La calidad de extranjero en el delincuente, no es una causa de aumento de la pena, 735.
- EXCEPCIÓN (leyes de), 638, nota.
- EXCUSA.—Véase circunstancias disminuyentes.
- EJECUCIÓN del delito, 398 y 465 y sig.
- EXPIACIÓN, fundamento del derecho de castigar, 601, nota, 11º y 610.
- EMBARAZO, causa de suspensión de la ejecución de la pena capital, 726, nota.
- ENFERMEDADES, véase *Disminución de la pena*.
- EMBRIAGUEZ, causa de degradación de la imputación, 332 y sig. Diferentes clases de embriaguez, 338-343. Resumen, 344.
- EXTRAÑAMIENTO pena afflictiva; en qué consiste 676. Caracter del extrañamiento infligido al delincuente extranjero 735.

## F.

FAUTOR, el que es culpable de *favoreggiamento*.

FAVOREGGIAMENTO (protección del culpable contra la justicia), 416 *in fine* y 476 y sig. Es un delito *sui generis*, 477-478. El fautor se distingue del continuador y del auxiliador, 480, nota, 482 y 484.

FLAGRANTE delito, 51.

FUERZAS, 1º *del delito*. Idea general, 53. División y subdivisión, 54-58. Fuerza moral, 59 y sig. Inteligencia y voluntad, 61-62. Intención (véase esta palabra), 63-67. Dolo (véase esta palabra), 68-77 y 79. Culpa (véase esta palabra), 78, 80 y 91. Fuerza física. Idea general, 92-94. Fuerza física subjetiva, 95; objetiva: daño (véase esta palabra), 96-127. 2º *de la pena*. Fuerza física, moral, 627. Fuerza física subjetiva y objetiva, 628-629.— Fuerza moral subjetiva, objetiva, 630-637.

FREDUM, 689.

## G.

GALERAS.—Véase *Detención*.

GOBIERNO (oficio ó poder de buen). Véase *Policía*.

GRACIA (derecho de), 708 y sig. La gracia di-

fiere de la amnistía, 711; *adde*, 748 *in fine*. No perjudica en nada la acción civil, 573.

GUERRA civil. Derecho de quitar la vida al vencido, 661, 1er. *par. in fine*.

GRADO.—1º *En el delito*. Idea general, 128, 129 y 137. Definición, 138. Desarrollo 139, 144. Criterio del grado, 207-210. Del grado en la fuerza moral, 211 y sig. Con relación á la inteligencia del agente, 212 y sig. Causas físicas de degradación: edad, sexo, sueño, sordomudez, locura (véanse estas palabras), 214-250. Causas ideológicas: ignorancia y error (véanse estas palabras), 251-271. Con relación á la voluntad del agente, 272 y sig. Violencia, impulso de las pasiones (véanse estas palabras) 284-344. Del grado en la fuerza física, 345 y sig. Delito imperfecto: tentativa, delito frustrado, complicidad (véanse estas palabras), 349-509. 2º *En la pena*. Idea general, 652-654. Causas de degradación, 700 y sig. Diferencia entre el grado en la pena y el grado en el delito, 702; *adde*, 724, nota. Razones políticas para modificar la pena, 703 y sig. Causas políticas que la ley no puede determinar, 709-711;—que la ley puede determinar, 712-718. Razones jurídicas para modificar la pena,

719 y sig. Accidentes individuales, 722 y sig. 1º Causas de disminución (véase esta palabra) 725-732. 2º Causas de aumento (véase esta palabra) 733-743. Modificaciones legislativas (véanse estas palabras), 744-778.

## H.

HISTORIA del derecho penal. Véase *Penas*, origen histórico. *Adde* Prolegómenos, pág. 7 y sig. (*tomo I*), 745, y 645, nota. Historia de las penas pecuniarias, 689,—del derecho de gracia, 708, nota, y 709, nota *in fine*. Talión, 695, nota 1.—Penas indelebles, 667. Pena de muerte, 662, notas. Detención, 669, nota. Prescripción de la pena, 717, nota.

HUMILLACIÓN accesoria á ciertas penas, 687. Penas humillantes, *ibid. in fine*.

HECHO (delitos de) permanente, pasajero, 51.

## I.

IGNORANCIA.—Se confunde, en derecho penal, con el error, 251.

IMPULSIÓN criminal (*spinta criminosa*) criterio de la cantidad de los delitos, según Romagnosi, 173-181.

IMPUTABILIDAD É IMPUTACIÓN.—Definición 1 y 2. División, 3-7. Condiciones de la imputación civil, 8, de la imputabilidad social, 9-20.

INACCIÓN (delitos de), 30.

INALIENABILIDAD de los derechos originarios.—Error de Filangieri, 661, nota 2.

INDEMNIZACIÓN debida á los que han sido injustamente condenados ó acusados, 692, nota, y el texto citado en la nota del 554. La indemnización es esencialmente distinta de la multa, 693.

INDULTO.—Acto del Poder Legislativo que extingue la acción penal, 578; á diferencia de la abolición, no destruye el delito, 711, nota *in fine*.

ITERATORE.—Diferencia del *iteratore* con el *reincidente*, 742, nota A.

INFAMIA.—Véase *Penas infamantes*.

INSTIGACIÓN.—Lo que comprende esta palabra, 442.

INSTRUCCIONES dadas para facilitar el delito, 462.

INTELIGENCIA, condición de la fuerza moral del delito, 61, 59 y 63. Disminución ó falta de inteligencia, 212 y sig. (Véase *Grado* del delito con relación á la inteligencia del agente).

INTENCIÓN.—Definición, 63. Intención perfecta, imperfecta, 64-65. Intención directa, indirecta, 66-67. La escuela francesa castiga la intención en la tentativa, 355. Intención diferente ó semejante.

entre los que tienen parte en el delito,  
437 y sig. (Véase *Complicidad*).

INTERRUPCIÓN.—Véase *Prescripción*.

INTIMIDACIÓN, falso principio, 661, 2º *par*, 619 *in fine* y la nota. *Adde*, 641.

INVIOLABILIDAD del príncipe, 41, nota.

IMPULSO de las pasiones, véase *Pasiones*.

## J.

JORNALES de trabajo ejecutados en vez de la multa, 692 *in fine*.

## K.

KNOUT, 666, nota.

## L.

LEGÍTIMA defensa. Véase *Defensa*.

LIBERTAD.—El derecho penal no restringe la libertad humana, la protege, páginas 15 *in fine* y 16. La libertad es el fundamento del derecho penal, 612.

LEY natural ó ley del orden. El derecho de castigar deriva de esta ley, 602 y sig. y páginas 9 y sig.

LOCURA, circunstancia que destruye la imputación. Definición, 248. Consecuencias, 249 y 250.

## M.

- MAJESTAD, fundamento del derecho de castigar, 689 al medio.
- MANDATO de cometer el delito, forma de complicidad, 442 y sig. Imputación igual del mandatario y del mandante, 455-457; *adde*, 486 y sig.
- MÉDICOS alienistas. Algunos sostienen que la imputación no puede tener grados, 210, nota, y 249, nota 2; *adde* 247, nota.— Divergencia entre ellos y los jurisperitos respecto á la excusa derivada de las pasiones, 702, nota, hacia el medio.
- MINAS (condenación á las), entre los romanos, 670, nota.
- MODIFICACIÓN ó supresión de la pena. Véase *Grado en la pena*: causas de degradación, 700 y sig.
- MODIFICACIONES legislativas, razón jurídica para modificar la pena, 744 y sig. Justicia presunta de la ley nueva, 746-747.— Cosa juzgada, principio de la no retroactividad de la ley, 748. Cuestiones transitorias (véanse estas palabras) 749-778.
- MORAL.—Actos simplemente contrarios á la moral ó á la religión, 92-94 y 100.
- MUERTE (Pena de). ¿Tiene la sociedad el derecho de infligirla? 660-661. Reglas para la aplicación de esta pena, 662.
- MUERTE civil, pena accesoria, 668 *in fine*.

- MUERTOS.—Ultraje á la memoria de los muertos, 47, nota 2. Véase también *Sepultura*.
- MOTOR.—Primer motor del delito, 429-430, 439 á 454, *passim*, y 484.
- MUJER en cinta. Véase *Embarazo*.
- MUJERES.—Véase *Sexo*.
- MODERAMEN, *inculpate tutela*, véase *Defensa* (legítima).
- MULTAS, 688-693. Véase *Penas pecuniarias*.
- MOLINOS.—(Condena á los). Pena aflictiva que existía en Roma, 663 nota A.

## N.

- NATURALEZA (Estado de), pag. 7.
- NECESIDAD, fundamento del derecho de castigar, 601, nota 8º, y 608; *adde* 33.
- NOTA censoria, pena humillante, 687.

## O.

- OBEDIENCIA pasiva, 316, nota.
- OBJETO del delito, 34-39, 42-49, 152-153.
- ORDEN (ley del). Véase *Ley natural*.
- ODIO, es distinto de la cólera, 327.
- ORDEN de cometer el delito (forma de la complicidad), 442, 444, 446, 448.

## P.

- PERDÓN de la persona ofendida, no perjudica la

acción penal, 573. Excepción de esta regla, 578; *adde*, 712. Véase también 709, nota 1.

PASIONES.—Impulso de las pasiones, 317 y sig. División de las pasiones desde este punto de vista, 321-322. Cólera y temor, 323-331.

PATRIMONIO natural,—social del hombre (Véase *Seguridad*), 105-109.

PRETERINTENCIÓN.—Causa de degradación de la imputación, 271.

POBREZA del delincuente, razón para modificar la pena en general, 732 3º, la pena pecuniaria en particular, 692.

PECADO, es distinto del delito, 15, 28, 94; *adde*, 746.

PENA.—Idea de la pena, 582 y sig. Tres acepciones de esta palabra, 582. Definición de Beccaria y de Carmignani, 583. Definición del autor, 584. Origen de la pena, 586 y sig. Origen histórico: sentimiento de la venganza, 587 y sig.; derecho de venganza privada, 593; venganza divina, 594; vindicta pública, 595. Origen filosófico, 598 y sig.: sistemas diversos, 601 y la nota y 613; sistema del autor, 602-612; *adde*, páginas 13 *in fine*, 14 y 15 (*tomo I*). (Véanse también *Tutela giurídica*).

Fin de la pena, es distinto del fundamento de la pena, 613. En qué con-

siste, 614-623. Medio de obtenerlo, 624-626. Fuerzas de la pena (véanse estas palabras), 627-637. Condiciones que debe tener la pena, 624-626; dos clases de condiciones, 638.—Primer punto de vista, 639: debe ser aflictiva, 640; ejemplar, 641; irredimible, 642; pronta, 643; pública, 644; no debe pervertir al culpable, 645. Segundo punto de vista: no debe ser ilegal, 646; trascendental, 647; excesiva, 648; desigual, 649; debe ser divisible, 650; reparable, 651. Calidad, cantidad y grado en las penas (véanse estas palabras).

**PENAS AFLICTIVAS.**—Definición, 663. División, 664-666. Penas indelebles, 667. Penas aflictivas negativas, 668. Detención, 669-671. Destierro y relegación, 672-675. Extrañamiento y deportación, 676. Comparación de las penas aflictivas negativas, 677-682.

**PENAS CAPITALES.**—Definición, 659. Pena de *Muerte*. (Véase esta palabra).

**PENAS HUMILLANTES,** 687.

**PENAS INFAMANTES.**—Definición 683. Infamia de hecho, de derecho, 684. Crítica de las penas infamantes, 685-687.

**PENAS MORALES Ó HUMILLANTES,** 687.

**PENAS PECUNIARIAS.**—Definición y división, 688. Punto de vista histórico, 689;—jurídico, 690;—político, 691-692.

PENSAMIENTO.—No es por sí sólo un delito, 15, 28, 428, 440.

PLURALIDAD DE DELITOS.—Como se la distingue del caso de *continuación*, 521 y sig.— (Véase esta palabra. Véase también *Concurso de penas*).

POLICÍA.—Poder de policía ó de buen gobierno, distinto del poder penal, páginas, 16, y sig. (*tomo I*), y 645; *adde* 97.

PODER PÉNAL.—(Véase *Policía*).

PREMEDITACIÓN, el más alto grado del dolo, 73; *adde*, 77.

PREPARACIÓN.—Actos preparatorios, 393, 398 y 465. Distinción, 358.

PRESCRIPCIÓN de la acción civil y de la acción penal, 575 y 576; *adde* 574; modo político de extinción, 578. Punto de partida de la prescripción, 579. Interrupción, 580. (Véase también 538).— Prescripción de la pena 712 y sig.— Crítica de esta prescripción 714-727. Opinión del autor 718. Cambio de ley sobre la prescripción, cuestiones transitorias, 770 y sig. Primer sistema, que aplica la ley nueva, 773.— Segundo sistema opuesto, 774. Sistema de proporción, 775. Cuarto sistema, distinción, 776-778.

PRUEBA (dificultad de la). No es una razón para aumentar la pena, 698, 3<sup>o</sup>

PREVENCIÓN.—Insuficiencia de los medios preventivos para proteger el derecho, 606 y

la nota. Véase también *Prisión preventiva*.

PRISIÓN CELULAR.—669, nota y 680. Prisión de noche, 657, nota. Prisión preventiva, causa de disminución de la pena, 727. Prisión con ayuno, 689, nota.

PROYECTO, 28. (Véase *Pensamiento*).

PROMULGACIÓN de la ley penal, condición del delito, 25.

PROPORCIÓN entre la pena y el delito, 694 y sig. Divergencia entre los autores, 696 y 699, nota 2. Proporción armónica, 702, nota; apreciación de este sistema, 758, nota; *adde*, 695. Proporción geométrica, 695; aritmética, 695 y sig.; cualitativa, 698, 2º y 699, nota 2, 2º.

PROTECCIÓN del derecho. (Véase *Tutela giurídica*).

PROVOCACIÓN, 325.

PROHIBICIÓN de ciertos actos, 657; de ejercer ciertos artes y oficios, 668 *in fine*; de obtener ciertos honores, 687 *in fine*.— Prohibición del agua y del fuego, 676, nota *in fine*.

PELIGRO temido, corrido, 97.

POSTURA á precio (*Taglia*). Véase *Bandidaje*.

## R.

REINCIDENCIA.—Causa de aumento de la pena, 736 y sig. Reincidencia cierta, ficta propia, impropia, 742.

- RECOMPENSA.—(Véase *Remuneración*).
- REFORMA del culpable (Véase *Corrección*).
- REITERACIÓN.—(Véase *Pluralidad de delito y Con-  
curso de penas*).
- RELEGACIÓN, 674.
- RELIGIÓN.—(Véase *Moral*).
- REMISIÓN.—(Véase *Perdón*).
- REMUNERACIÓN.—Es insuficiente para proteger  
el delito, 606.
- REPARACIÓN, fundamento del derecho de casti-  
gar, 601, nota, 7º. Obligación de re-  
parar, 540. Reparación civil, social,  
541 y sig y 632. Reparación natural,  
pecuniaria, reparación de honor, 550-  
551;—vindicatoria, 552;—por sustituc-  
ción, 553;—subsidiaria, 554-556. Ac-  
ción civil, penal. (Véase *Acción*).
- REPETICIÓN.—La repetición frecuente de un deli-  
to no es una razón para aumentar la  
pena, 698 *in fine* y 699.
- REPRESALIAS, fundamento del derecho de casti-  
gar, 601, nota, 3º.
- REPRESIÓN, valor de esta palabra, 621, nota.
- RESISTENCIA.—La resistencia pasiva no es un de-  
lito, 562.
- RESENTIMIENTO.—Justo resentimiento, 325.
- RETICENCIA ó complicidad negativa, 464.
- ROBO.—Pena de muerte infligida por el tercer  
robo, 514 *in fine*.
- RECEPTACIÓN, 480 nota y 484.

## S.

- SEPULTURA (Violación de), 47.
- SEXO, no es una causa de degradación de la imputación, 233-237; es una causa de disminución de la pena, 726.
- SOCIEDAD natural,—civil, pag. 8 y sig. (*tomo I*), §33, 607 y 608.
- SOCIEDAD para cometer delitos, 441, 450-454, 458. Véase también 486 y sig.
- SOLIDARIDAD defensiva de los miembros de la sociedad, 464, nota 2.
- SUEÑO, SONAMBULISMO, 238-240.
- SPINTA CRIMINOSA.—(Véase *Impulsión*).
- SORDOMUDEZ, 241-247.
- SEGURIDAD.—El delito la ataca 26, 107 y la nota. Seguridad, pública privada, 154 y sig.

## T.

- TALIÓN, 695, nota.
- TENTATIVA.—Definición, 356. Análisis de la definición, 357-380. Degradación de imputación en la tentativa, 381-398; *adde*, 353-355.
- TRANQUILIDAD.—Fin de la pena, 621.
- TRASGRESIÓN, violación de las leyes de policía, 26 *in fine* y páginas 20-21 (*tomo I*). Clasificación de las trasgresiones, § 150.
- TRABAJO infligido como pena, 670. Trabajos forzados. (Véase *Detención*).

TUTELA GIURÍDICA (Defensa ó protección del derecho), razón de ser de la sociedad civil, páginas 12-13, (*tomo I*) § 607 y 612; fundamento del derecho que tiene la sociedad para castigar, 605, 608, 611, nota; *adde*, 26-27 y 107, nota.

TEMOR, fundamento de hecho de la dirimente que resulta de la legítima defensa, 289.—Carácter que debe presentar, 296-310. Temor, pasión ciega, 323, 324, 326 y 328.

TRASCENDENTAL (pena). La pena no debe ser trascendental, 647. Las penas infamantes lo son, 686. La confiscación lo es también, 690.

## U.

UTILIDAD, fundamento del derecho de castigar, 601, nota, 9º; consecuencia de la ley del orden, 603, nota.

## V.

VENGANZA, fundamento histórico de la pena, 587; fundamento jurídico de la pena, 601, nota, 1º, 2º y 3º. Venganza razonada, 107, nota, al medio.

VEJEZ.—No es por sí misma una degradante, 228 y sig.

VINDICTA pública, 595-596.

- VIOLENCIA, causa de degradación de la imputación, 278 y sig. Definición, 284.— Acción ó reacción bajo el imperio de la violencia, 285-288. Fundamento de hecho de la dirimente, véase *Temor*, 289 y sig. Violencia impropriamente dicha, 311-316. Véase también 442, 2º y 3º, 444-448.
- VIGILANCIA de la policía, medida preventiva, 668.
- VOLUNTAD (véase *Grado*), 272-344.

## W.

WEREGELD, 689.

FIN DEL INDICE ALFABÉTICO.

—:O:—