





1 ~~XXX~~  
C-12

REAL ACADEMIA

DE

JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

BIBLIOTECA

*Núm.* .....

*Estante* .....

*Tabla* .....

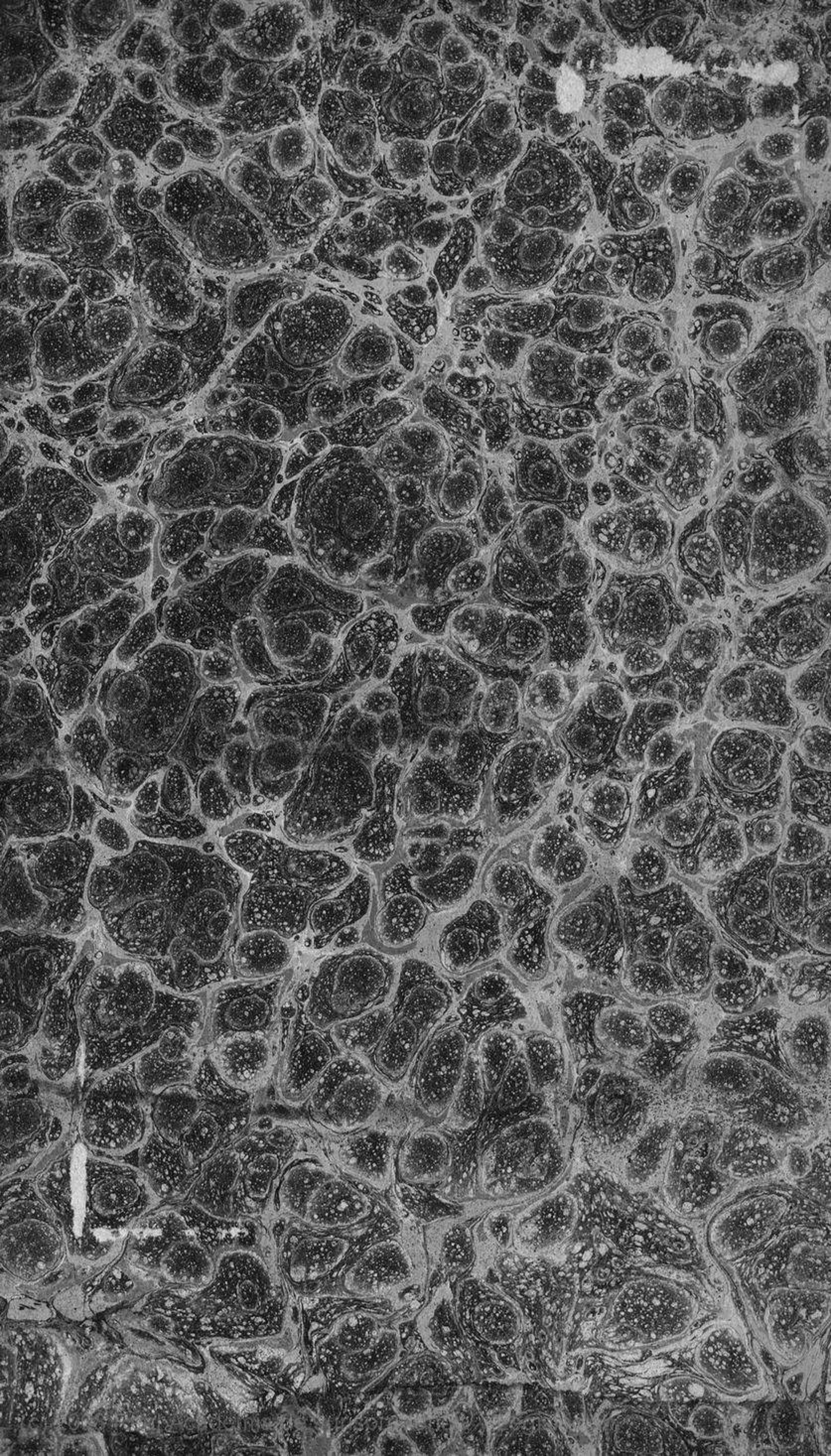
~~5. F.~~

OBSERVACIONES

.....  
.....  
.....

1894







PAP.



1/12751  
1 ~~XXX~~  
C-12

**TRATADO**

**DE**

**DERECHO PENAL.**

ESCRITO EN FRANCÉS

**POR MR. P. ROSSI,**

PROFESOR DE DERECHO POLÍTICO Y CONSTITUCIONAL EN LA  
UNIVERSIDAD DE PARÍS, Y DE ECONOMÍA POLÍTICA EN EL  
COLEGIO DE FRANCIA.

*Traducido al idioma español*

**POR**

**DON CAYETANO CORTES.**



\_\_\_\_\_  
**TOMO II.**  
\_\_\_\_\_



**MADRID.**

**IMPRESA DE DON JOSÉ MARÍA REPULLÉS.**

**1839.**



ESTADO DE LOS REALES DECRETOS  
DE  
DIRECCION GENERAL

DE

DE

DE

DE



MADRID

DE

1839



---

---

# LIBRO SEGUNDO.

---

## DEL DELITO.

---

### CAPÍTULO XII.

*De las causas de justificacion ó disculpa.*

**C**onsidérase justificado á aquel que, al cometer una accion en la apariencia criminal, se encuentra sin embargo personalmente en un estado tan excepcional, que en este caso particular queda destruida la moralidad intrínseca del agente.

Llamamos disculpable á aquel cuyo estado excepcional al tiempo de verificarse la accion era de tal naturaleza que le hace acreedor á una mitigacion de la pena ordinaria, y aun á una esencion absoluta de pena legal.

La legítima defensa justifica al homicida de su agresor.

Es disculpable el marido que, *impatientiâ justidoloris*, da muerte á su muger y á su cómplice, sorprendidos *in fraganti*.

Una causa de justificacion escluye toda imputabilidad penal. El agente es inocente.

Un motivo de disculpa disminuye la imputabilidad penal; puede reducirla á sus menores términos

:



y aun apartar toda pena social, pero no establece la inocencia del agente.

La justificacion y la disculpa proceden, segun los diversos casos, de la legitimidad intrínseca del acto, á pesar de sus consecuencias perjudiciales á tercero y de su apariencia criminal,

De la ignorancia ó del error,

De la violencia.

En el primer caso, el acto está justificado, aun cuando hayan concurrido plenamente á él la voluntad é inteligencia del agente. No hay intrínsecamente delito; y si hablamos de él al tratar de la cuestion de la imputabilidad, es con el fin de reunir en un solo cuadro las diversas causas de justificacion, y tambien porque la graduacion de la moralidad del acto, en estos casos mas que todos los demas, solo puede ser hecha por el juez, y el legislador debe reducirse á indicaciones puramente generales, como en lo relativo á la moralidad del agente.

La ignorancia es la carencia de toda idea acerca del objeto de que se trata.

El error es una consecuencia de la desconformidad que hay entre las verdaderas cualidades de los objetos y las ideas que el agente se ha formado de ellas.

El ignorante no sabe nada. Aquel que está en el error piensa saber, y cree otra cosa diferente de la verdad.

Puede padecerse equivocacion acerca del hecho y del derecho; puede haberla acerca de las cualidades esenciales de las cosas, ó sobre circunstancias puramente accesorias.

La ignorancia puede ser general, absoluta, ó limitada á ciertos objetos particulares.

La violencia puede ser fisica ó moral.



## CAPÍTULO XIII.

*Legitimidad intrínseca del hecho, á pesar de sus consecuencias perjudiciales á tercero, ó de su apariencia criminal.*

El mal causado á otro no es imputable al agente como delito, cuando le ha merecido el paciente y está autorizado por la ley, ó cuando se ha hecho con un fin legítimo de conveniencia para aquel que le ha padecido.

El viajero que rechaza un agresor á mano armada; el soldado que reprime una sublevacion de orden de su superior; el cirujano cuyo enfermo sucumbe en una operacion arriesgada, cometen actos justificados plenamente á los ojos de la razon y de la ley.

El hombre atacado debe solo contener la defensa en sus legítimos límites; en el capítulo 8.º del libro 1.º hemos tenido ocasion de indicarlos.

El cirujano puede tambien, en ciertos casos, no consultar la voluntad del enfermo; pero debe no obstante acomodarse á todas las reglas establecidas para la práctica legítima de su arte.

No se hablaria correctamente si se dijese que el cirujano, y aquel que se defiende de una agresion injusta, obran violentados fisica ó moralmente.

Por lo demas, esta solo es una cuestion de palabras sin ninguna importancia verdadera.

Asimismo, el soldado, el agente de policia, el carcelero &c., que obedecen las órdenes legales de sus superiores, cumplen con un deber. Sus actos son irrepreensibles.

Pero ¿lo son sin escepcion, en todos los casos,



siempre que hayan sido ordenados por un superior? Esto es preguntar, en otros términos, si la obediencia llamada pasiva es un deber absoluto.

La cuestion de la obediencia pasiva es una de aquellas de que mas han abusado las pasiones políticas y el espíritu de partido: unos por aflojar todos los vínculos de orden, de subordinacion y de dependencia militar y política; otros, por convertir al soldado en una máquina destinada á servir á la tiranía.

Un soldado, un agente de policia, ó cualquiera otro funcionario ó agente de la fuerza pública, no deja por eso de ser un hombre; es decir, un ente moral y responsable.

Supongamos que un gefe militar, al atravesar con su tropa las calles de una ciudad pacífica, mande de repente á los soldados que hagan fuego á los transeuntes; el tal gefe, si no está atacado de locura, es seguramente un asesino. ¿Serian inocentes los soldados que le hubiesen obedecido? ¿Podrian justificarse con la orden recibida? Ciertamente, no lo podrian á los ojos de la moral. Para ello sería menester que el uniforme privase al hombre que le viste de toda razon y de todo sentido moral.

¿Deberán quedar libres estos mismos soldados de toda responsabilidad legal?

Esta es la única cuestion que puede promoverse.

“El soldado no debe racionar.” Tal es el aforismo ordinario con que se pretende resolver la cuestion de un modo absoluto.

El soldado no debe racionar: ¿respecto de quién? ¿de todo superior suyo? ¿de su cabo? ¿de su capitán? ¿de su coronel? ¿Debe contener su razon en todos los casos, ó en alguna solamente?

Si debe convertirse en máquina para con todo



superior suyo y en todos los casos, será necesario absolverle cuando haya matado á su Rey de orden de su gefe.

Si debe distinguir entre un superior y otro, entre una y otra orden, menester será que discurra. Poco importa que sea facil ó difícil de hacer tal distincion; siempre es cierto que tiene obligacion legal de hacer uso de su inteligencia; siempre es cierto que deberá decir en un caso dado: No obedeceré; siempre es cierto que la doctrina de la obediencia pasiva, incomprendible en moral, no es menos absurda en política.

Probemos á traer la cuestion á sus verdaderos principios, por lo que hace á la imputabilidad legal. Las demas cuestiones relativas á la obediencia pasiva no son propias del asunto que estamos tratando.

El hombre no puede ser un instrumento material. No puede abdicar su conciencia; nadie tiene el derecho de mandarle que la sacrifique; nadie puede dispensarle el cumplimiento de la ley moral, ni privarle de toda responsabilidad.

Asi pues la obediencia debida por el inferior á un superior supone la legitimidad de la orden dada. Este es un principio moral, eterno é inalterable.

Pero ¿qué es un superior? ¿Qué debería ser por lo menos? Revestido del poder de mandar y aplicar la razon y su autoridad á los asuntos humanos, se considera por esto solo que la conoce y tiene deseo de aplicarla; es reputado juez competente de las medidas que hay que tomar, graduador legitimo de los actos que hay que cumplir. Asi que la presuncion está en favor de la orden suya. La legitimidad de esta debe presumirse, y esta presuncion es fundada. De aqui resulta que el inferior que obedece no es responsable por principio general del hecho que ha cometido.



Tal es, tal debe ser la regla, donde quiera por lo menos que exista un gobierno que pueda reconocer la razon.

Pero la presuncion no es una certidumbre; cualesquiera que sean las prendas dadas por la organizacion política del Estado, los hombres investidos del derecho de mandar pueden abusar de él. Sus ordenes pueden ser ilegítimas.

La cuestion es saber si, por consideraciones de orden público, la presuncion de que hablamos puede transformarse en presuncion *juris et de jure*, que no admite la prueba del contrario.

Distinguimos tres órdenes de hechos:

Aquellos que son susceptibles de poder ser señalados por el mandamiento directo de la ley;

Aquellos que la ley no puede perdonar por sí, pero cuyo legítimo cumplimiento puede casi afianzar por medio de formas y garantías particulares;

Por último, aquellos que, por la naturaleza de las cosas, deben dejarse al libre discernimiento, á la libre accion de los hombres del poder.

La ley humana es tambien obra de los hombres, y el mandamiento del legislador puede ser inicuo. No obstante, impuesta la ley bajo una forma general, refiriéndose á hechos venideros, sin conocimiento ninguno de las personas, todas las presunciones se reunen en favor suyo, especialmente en los paises en que no es obra de uno solo. Ademas es menester tener un punto de asiento material y sensible en el orden público. Poner, por decirlo así, en juicio la ley, sería solo dislocar el poder legislativo y despojarle de todas sus formas tutelares. Asi pues, desobedecer á la ley puede ser en ciertos casos un acto de virtud; pero no puede recaer imputabilidad política sobre aquel que la cumple, cualquiera que sea.



Los juicios, y todos los actos de justicia en general, son los hechos mas patentes entre aquellos á cuyo cumplimiento da la ley formas y garantías particulares, propias para dejar á todos tranquilos acerca de la conformidad de estos hechos con los principios de justicia. Sucédeles á estos actos lo que á los actos legislativos. Quien obedece el mandamiento, quien le ejecuta, debe estar esento de toda responsabilidad: no puede admitirse excepcion sin trastornar la economía del sistema social.

Queda el tercer orden de hechos, aquellos que deben dejarse, en la esencia y en la forma, al libre discernimiento de los hombres investidos del poder de mandar. Para el cumplimiento de estos hechos exige el superior del inferior la obediencia gerárquica. Exígesela terminantemente de los militares, y tambien se impone á todo funcionario público respecto de un superior que da una orden sobre un objeto de su competencia. Solo que las consecuencias de la desobediencia no son las mismas para los empleados civiles que para los militares.

El delito del militar desobediente á su superior es moral y políticamente mucho mas grave que el de un empleado civil, por las consecuencias desastrosas que puede acarrear la desobediencia militar y que no debia ignorar el delincuente.

Hasta ahora todo va bien. La obediencia gerárquica es un deber, porque la presuncion está en favor de la legitimidad del mandamiento. Sin embargo, no es la presuncion derivada de un acto de prision decretado con formas legales, de una cosa juzgada *quæ pro veritate habetur*, de la lectura repetida de la ley marcial y de la intervencion de un magistrado civil. La presuncion solo está fundada en la eleccion que ha hecho el gobierno del superior que da



la orden. La ley no ha tomado ninguna otra precaucion.

Ahora bien, teniendo solo en consideracion la ley positiva, ¿quiere esto decir que ha querido hacer á todos los subordinados otros tantos instrumentos puramente materiales?

Evidente es lo contrario, cuando solo les prescribe la obediencia gerárquica y en las cosas que dependen de la jurisdiccion de sus superiores. Hace un llamamiento al libre discernimiento de los subordinados para el examen de estas dos condiciones. Las mismas leyes militares reconocen este principio. Asi todo centinela que se deje relevar por los que no sean sargentos ó cabos de la guardia á que pertenece, es castigado con una pena grave. Igualmente los vocales de un consejo de guerra, á quienes su general mande que no sigan las fórmulas de la ley, se harian culpables si cumpliesen esta orden.

La obediencia gerárquica no es pues absolutamente ciega y pasiva, aun en derecho positivo.

Empero si un oficial encargado de mantener el orden en un paseo público, ó en un teatro, mandara á los soldados de su destacamento que hiciesen fuego á una poblacion pacífica y pasasen á cuchillo á niños y mugeres, ¿deberia declararse reo de insubordinacion al soldado que se negase á obedecer la orden de su gefe? ¿Podria al contrario no declararse reo de asesinato á aquel que se apresurase á cumplirla? ¿Debe su razon, por cuyo medio está obligado á reconocer si el oficial lo es de su arma y de su cuerpo, si tiene derecho de darle órdenes, debe, digo, mantenerse enteramente pasiva sobre la naturaleza de la orden dada, cerrar los ojos á la evidencia, y no ver el crimen, aun cuando aparezca tan patente que el ente mas tosco no pudiera desconocerle?



¿Cuál puede ser la excusa del subordinado que cumple una orden inicua por obediencia gerárquica? ¿Alegar una ley que le prescribe la obediencia, textualmente, aun en el caso de que la orden dada fuese patentemente criminal? No. Los mas ardientes apóstoles de la obediencia pasiva no se han atrevido sin embargo á escribir tales palabras en la ley, y si se propusiera que fuese tal la esposicion de su idea, no se atreverian á admitirla.

Aquel que cumple una orden injusta puede decir en justificacion suya: "Yo he creido que la orden era legítima: habiéndola recibido de mi superior, no imaginé que me la diese sin motivo, por severa que me parecia. He podido dudar de su conveniencia, pero no he creido hacerme instrumento de un crimen." Esta defensa debe ser válida en el mayor número de casos. Es la espresion de la verdad, ó por lo menos presenta un hecho tan probable, que la prueba del contrario debe recaer contra la acusacion. Tambien es necesario reconocer que el orden político reclama la impunidad del subordinado, siempre que la disculpa alegada tenga apariencia de verdad.

Pero si no existe tal apariencia, si el crimen es evidente, si no es posible que un ser dotado de razon pueda interpretar la orden de dos diversos modos, si el gefe de una patrulla, parándose de repente á la vista de un niño, manda á los soldados que le degüellen, el hecho no tiene ya disculpa. Toda presuncion de legitimidad desaparece, quien cumple la orden solo es mandatario de un criminal, y debe ser responsable de su ejecucion. Nadie se atreveria á afirmar lo contrario. No obstante, el soldado habria obedecido las órdenes de su gefe, de su gefe en faccion, y cuyas secretas instrucciones ignoraba. Pero el hecho mandado era patentemente criminal, y



tal que el soldado ha debido necesariamente decir para sí: Es imposible que esta orden sea legítima. Ha debido decírselo con la misma certidumbre que dice interiormente: Este sargento es de seguro el sargento de mi compañía; no es un hombre que se le parece y que se ha puesto su uniforme é imitado su modo de hablar. En una palabra, la obediencia gerárquica deja de ser una disculpa para el agente, cuando la criminalidad de la orden dada es tan evidente que destruye la presuncion de la legitimidad del mandamiento.

Asi es necesario distinguir entre las diversas órdenes que el superior puede dar al inferior. Cuando la orden es una de aquellas sobre que la ley ha establecido formas particulares, el inferior debe negar la obediencia si estas formas no han sido observadas; el hecho le es imputable, cumo cumpla la orden.

Empero como la imputacion supone que el inferior ha debido entender en la observancia de las formas establecidas, la responsabilidad solo pesa sobre el funcionario á quien va dirigida la orden, y no sobre los agentes subalternos llamados para cooperar materialmente á la ejecucion.

Cuando la orden no es de aquellas sobre que se han establecido formas particulares, y que encierra un crimen ó un delito previsto por la ley, es menester hacer una distincion.

Si el hecho ordenado es parecido ó análogo en su forma á aquellos que el superior puede mandar legítimamente sobre todas las cosas de su jurisdiccion, el inferior que ejecute debe estar esento de responsabilidad penal.

Esta regla debe aplicarse con mucha latitud á los militares que cumplen las órdenes de sus gefes en objetos del servicio, especialmente en tiempo



de guerra, y mas todavía á la vista del enemigo. Porque, por una parte, el estado de hostilidad justifica actos que serian criminales en tiempo de paz ó sobre el territorio de la patria, y por otra, el inferior no tiene medios para juzgar las combinaciones militares, ni para estimar las exigencias del servicio, y las terribles necesidades de la guerra.

Si, por el contrario, el hecho ordenado está despojado de todo carácter exterior que pueda dar á entender al agente subalterno que el superior obraba legítimamente y en el terreno de su jurisdiccion, hay imputabilidad; hay de parte del inferior participacion mas ó menos criminal en el delito.

Los funcionarios subalternos no deben sin embargo ser considerados como entes mas materiales, como instrumentos mas ciegos que el esclavo de un romano: la servidumbre y el terror no paralizan su inteligencia ni encadenan su libre albedrío. Ahora bien, los romanos aplicaban la misma distincion á los esclavos: *Servus non in omnibus rebus sine pœna domini dicto audiens esse solet: sicuti si dominus hominem occidere... servum jussisset. L. 20. D. de oblig. et act. (XLIV. 7.)—Ad ea quæ non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si dominis... obtemperaverint. L. 157. D. de reg. jur.*

Por lo demas, reconocemos que la ley no puede trazar una línea exacta de demarcacion entre la obediencia imputable del inferior al superior y la que no lo es.

Puede, en ciertas categorías de hechos y por miramientos políticos, poner á los inferiores á cubierto de toda responsabilidad. Pero tambien es facil comprender que la libertad y la justicia se resentirian igualmente, si el principio de la irresponsabilidad del inferior cobrase mucha latitud. El si-



lencio del legislador es muchas veces un acto de prudencia: en punto á obediencia pasiva, si se quiere decir todo, ó se dice de mas ó se dice de menos.

El subordinado debe obrar moral y racionalmente, de su cuenta y riesgo. Debe obedecer á su gefe, y presumir la legitimidad de la orden recibida, toda vez que no vea patentemente lo contrario. Su conciencia y su razon no deben serle inútiles. Los tribunales, que son los únicos jueces competentes y libres estimadores de la imputabilidad, resolverán si ha hecho el uso conveniente de ellas; los tribunales, á quienes el deber manda que le castiguen si ha desobedecido sin motivo ó si á sabiendas ha servido de instrumento á un crimen, y que le absuelvan si se ha negado á obedecer una orden criminal.

Entre las causas de justificacion no hemos contado el consentimiento de la parte perjudicada por el delito. Esta no seria efectivamente mas que una cuestion de palabras. La parte tiene ó no el derecho de disponer del bien destruido por el hecho que se imputa. En el primer caso, si ha consentido en ello, no hay siquiera apariencia de delito: en el segundo, su consentimiento no puede borrar la culpabilidad que el acto tiene de suyo.

La justicia social puede encontrar á la verdad, ora en el consentimiento previo, ora en la ratificacion posterior, ora en la falta de queja ó reclamaciones de parte de las personas agraviadas, un motivo para no desplegar su accion contra ciertos delitos, ó aplicar á los delincuentes una pena inferior á la que habrian debido sufrir sin alguna de las circunstancias indicadas. Estas son graduaciones políticas que se dejan al libre discernimiento del poder social; pero no son causas de justificacion. El agente puede quedar impune; pero no es inocente.



Aquel que consiente en un delito, aun cuando sea objeto pasivo de él, lejos de quitar al acto su cualidad criminal, puede ser su cómplice en ciertos casos, y algunas veces uno de los primeros culpables. Pueden promoverse sobre esto graves y curiosas cuestiones particulares. No es este el momento de resolverlas.

Advirtamos al concluir cuántas vanas y peligrosas discusiones se evitan, cuando, elevándose á la naturaleza moral de las cosas, se reconoce que el delito no es en sí mas que la *infraccion de un deber*, y que esta definicion sirve de punto de partida. La espresion *infraccion de un derecho* es la que ha dado origen á mas de una ambigüedad, relativamente á los efectos del consentimiento de la persona perjudicada por el delito.

## CAPÍTULO XIV.

### *De la ignorancia y del error.*

La ignorancia y el error pueden proceder de causas independientes de la voluntad del agente, y de causas que le son mas ó menos imputables.

Siendo involuntarios en el primer caso la ignorancia y el error, no puede culparse de ellos al hombre, ni para hacerle cargo de los hechos á que han dado lugar, ni para echarle la responsabilidad de la causa de estos hechos, de su estado de ignorancia ó de error.

La ignorancia imputable, ó como se llama *voluntaria*, es por el contrario resultado de un hecho negativo, de una omision de que puede pedirse cuenta á aquel que hubiera debido adquirir los conocimientos que le faltan.



Hablemos primeramente de las causas principales de ignorancia ó de error involuntarios.

## CAPÍTULO XV.

### *De la edad.*

Las facultades morales é intelectuales del hombre solo se desarrollan á cierta edad y progresivamente. El hombre se encuentra sometido en su niñez al imperio de la vida animal: su sentido moral está todavía embotado, y su razon es endeble é incierta. Desconoce la naturaleza moral de las acciones humanas, ó no hace mas que entreveerla en confuso al través de una niebla; ni siquiera sabe discernir todas sus consecuencias materiales.

La ley moral no encuentra en él un ente responsable desde su aparicion en el mundo, y la justicia humana no tiene que pedirle cuenta de sus acciones. *Infantem innocentia consilii tuetur.*

¿Cuál es el momento en que empieza la responsabilidad moral del hombre? ¿En qué señales podemos conocerla?

Y en primer lugar no tenemos mas medios que la induccion para reconocer el desarrollo de la razon del niño. Solo comparando los razonamientos y actos del niño con nuestros razonamientos y nuestros actos en circunstancias análogas es como inferimos por analogía que comprende, que ratiocina, que distingue el bien del mal, lo perjudicial de lo útil. Las apariencias exteriores del desarrollo puramente fisico no son mas que indicios engañosos del desarrollo intelectual y moral. Mas de un hombre se ha mantenido mentecato toda la vida con un cuerpo, en la apariencia por lo menos, bastante bien formado y razonablemente crecido.



Trátase de hechos de conciencia ocurridos en la interioridad de otra persona que el juez. ¿Podrá este graduarlos de otro modo que poniendo, por decirlo así, su propia conciencia en medio de todas las circunstancias exteriores en que el agente se encontraba colocado, atribuyéndose en cierto modo sus palabras y sus actos para preguntarse luego: ¿Tenía el sentimiento del bien y del mal, la conciencia de la moralidad de sus actos, quien se condujo de tal modo en tal estado de cosas? ¿Han debido sus hechos originarse de una voluntad esclarecida y perversa á la vez?

Al estimar la moralidad de un niño, también es menester distinguir entre el desarrollo de la inteligencia y el del sentido moral, entre los diversos progresos del alma humana. Aquellos que han observado la niñez, han podido advertir que el sentido moral está muy desarrollado en los niños, cuya comprensión es todavía muy corta y cuya instrucción se encuentra muy atrasada, al paso que en otros arroja ya el talento vivos destellos, sin que el sentimiento moral se aproveche aun de esta luz. Este hecho es irrecusable, y no nos toca tratar aquí de indagar su esplicacion. Solo debemos observar que un niño pudiera en el primer caso, impelido de un movimiento purísimo de suyo, cometer un acto reprobable por falta de conocer su ilegitimidad relativa; y que un niño cuya inteligencia se haya adelantado al sentido moral puede ver solo en el delito una sutileza y cometerle con maña, como buen lógico, sin que haga impresion en su ánimo toda la gravedad del mal moral.

Así pues la práctica racional del único medio que tenemos para juzgar de la imputabilidad de un niño no deja de tener sus peligros. Le presentan, por ejemplo, á un niño acusado de robo una manzana y



una moneda; coge esta última, y se infiere de ello que conoce el valor de las cosas, que su inteligencia está desarrollada, y que de consiguiente ha obrado con malicia tomando el bien ajeno. Aventurada es la conjetura. Acaso ha elegido la moneda como un objeto menos comun para él que la manzana, mas reluciente, mas á propósito para los juegos á que queria entregarse. En Inglaterra fueron condenados dos niños por crimen de homicidio, el uno de nueve años y el otro de diez, y fue ajusticiado el de mas edad, porque despues de cometido el hecho trató de ocultar el cadáver en vez de esconderse, habiéndose considerado esta accion como una prueba de entero discernimiento. ¡Prueba muy incierta sin embargo, especialmente si no estaba probado que hubiese pensado con antelacion en los medios de ocultar el cuerpo del delito! Porque es menester no confundir el horror y el miedo que causa á un niño un hecho criminal despues que le ha cometido, con el conocimiento previo y distinto de la naturaleza y de las consecuencias de hecho que va á cometer.

Tocante á la duracion de la capacidad intelectual del hombre, depende de causas que entreveemos confusamente, pero cuyos efectos no tenemos medio alguno de graduar con exactitud. Casi puede tenerse por cierto que el desarrollo del niño varía segun su organizacion fisica, las circunstancias exteriores de que se encuentra rodeado, y el interés directo que por su educacion se toman. ¿Pero estamos seguros de que no existen otras influencias ignoradas de nosotros? ¿Que no hay algun misterio que se esconde á nuestra observacion? No olvidemos que el desarrollo de la niñez se verifica en los arcanos de un ser incapaz de observarle, seguir sus fases diversas y referir la marcha que ha llevado.



¿Cuántos niños hay cuya organizacion fisica parece defectuosa, ó no presenta por lo menos ningun indicio de superioridad sobre las de los demas, cuya educacion se decuida enteramente, que se encuentran en medio de circunstancias susceptibles solo de retrasar su desarrollo ó de darle una funesta direccion, y sin embargo sobresalen por un juicio sano y un sentimiento moral muy puro y delicado? Con mas frecuencia todavia se ven niños, colocados exactamente en las mismas circunstancias exteriores, recibiendo la propia instruccion, sometidos al mismo influjo de educacion, y que en su organizacion fisica no presentan ninguna diferencia notable, quedarse sin embargo á gran distancia unos de otros en sus progresos intelectuales, y mas todavia en el desarrollo del sentido moral.

De todos modos, y teniendo solo en consideracion las influencias que nos son mas ó menos conocidas, siempre es cierto que no tenemos ningun medio de inferir con certidumbre del conocimiento de estos antecedentes la realidad y la latitud de sus efectos en cada individuo. No hay un solo maestro que pueda afirmar con antelacion que tal año, tal mes, y mucho menos tal dia, habrá terminado el desarrollo moral de su discípulo, en el sentido de que podrán ya entonces imputársele plenamente sus acciones y hacerle responsable de ellas. Tampoco hay hombre que, despues de haber examinado la organizacion fisica de un niño y leído el diario mas exacto y minucioso de toda su vida, pueda inferir de esto que tal dia, ni mas temprano ni mas tarde, ha debido tener este niño plena conciencia de sus actos, y discernir el bien del mal hasta el punto de justificar la accion de la justicia.

Resulta de estas consideraciones:

:



1.º Que es imposible señalar *à priori* el momento en que la razon del hombre adquiere el desarrollo que justifica la imputacion penal.

2.º Que es imposible, aun por medio de la observacion, establecer un término fijo aplicable á todos los niños.

3.º Que tampoco hay para cada individuo en particular ninguna señal única, cierta y exterior en cuya virtud se pueda decir que esta ó aquella persona ha debido poseer, en tal época de su vida, las cualidades de que resulta la imputabilidad moral de los agentes.

4.º Que en su consecuencia la imputacion no puede hacerse por regla general, sino solo en cada caso particular é individual.

5.º Que solo puede ser resultado de la impresion causada en la conciencia del juez por la totalidad de hechos y circunstancias del caso particular.

Hablando rigurosamente, estas consecuencias son aplicables á todo individuo acusado, cualquiera que sea su edad. Siempre es una verdad que la moralidad del agente solo puede ser certificada por el examen de cada caso especial. Es un hecho individual y que, por la naturaleza misma de las cosas, no se presta á ninguna aplicacion de una regla general é inalterable. Decir á los jueces: Siempre que un hombre de tal edad haya sido autor de un hecho prohibido, le declarareis culpable de él; es decirles: Siempre que no prueben que el barómetro se encuentra á tal altura, fallareis que hace buen tiempo.

Verdad es que en la práctica no procedemos enteramente del mismo modo, cuando se trata de fallar sobre la imputabilidad de un niño y la de un adulto. Desde luego dudamos de la responsabilidad del primero, cualesquiera que sean las apariencias



criminales del hecho imputado; tocante al segundo, luego que el hecho está probado, nos sentimos inclinados por el contrario á reconocer la responsabilidad de su autor (1). Tambien es el principio de analogía el que da origen á este juicio. Habiéndonos enseñado la esperiencia que entre cien niños, perpetradores de hechos prohibidos por la ley, se encuentran noventa sin responsabilidad moral, y que de cien personas adultas hay una apenas que evite las consecuencias del delito por el estado de sus facultades intelectuales, inferimos que por principio general los adultos son responsables y los niños no.

La conclusion es legítima si se circunscribe á los límites de una *presuncion*, si se traduce por esta fórmula: Todo niño es irresponsable, á menos de que no se pruebe que el principio de la moralidad se habia desarrollado en él antes del hecho que ha cometido; todo hombre es responsable, á menos de que no se pruebe que, por una escepcion particular, carecia del principio creador de la imputabilidad.

Pero las espresiones *niño* y *persona adulta* no señalan una época determinada de la vida humana, en el lenguaje comun por lo menos. ¿Cuál es el año en que debe desaparecer la primera *presuncion* para hacer lugar á la segunda? Volvemos á caer en las mismas dificultades, porque esta pregunta no es susceptible de una respuesta absoluta, aplicable á todos tiempos y lugares. El desarrollo fisico y moral del

---

(1) No hablamos ahora de la responsabilidad en general, mientras que depende del discernimiento del agente, de la posibilidad de que haya habido de su parte moralidad en el acto. En otra parte se tratará la cuestion de saber si, estando el agente en posesion de su razon, hay hechos materiales cuya prueba puede bastar por sí para atestiguar la culpabilidad del acusado. (Cap. XXIV.)



hombre se abrevia ó retrasa segun los climas y la naturaleza de las instituciones políticas y morales del pais. La observacion, el examen de los datos estadísticos, deben servir en cada Estado para determinar el punto que separa la edad en que la *mayoría* de los autores materiales de actos prohibidos por la ley penal obra todavía sin discernimiento, de aquella en que el *mayor número* de acusados, si verdaderamente ha cometido el delito imputado, se ha conducido á sabiendas; en otros términos, la edad en que es menester aplicar la presuncion de irresponsabilidad, y aquella en que se puede al contrario admitir la presuncion de responsabilidad.

El código francés ha fijado este punto de separacion á la edad de diez y seis años, y no conocemos ningun hecho que autorice á reclamar contra esta medida.

Pero pueden preguntarnos: ¿Á qué conduce semejante medida? ¿Quiere esto decir que los jurados deben creerse obligados á declarar la culpabilidad de un acusado que ha cometido el hecho imputado á la edad de diez y seis años y un mes, por la sola razon de que no se les ha probado que se hallaba en estado de demencia propiamente dicha? ¡Guárdelos el cielo de ese error! Lo repetimos; la actividad del discernimiento á la edad de diez y seis años no es ni puede ser mas que *presunta* por el legislador: lo repetimos; el juicio de imputabilidad es absolutamente individual, y debe dejarse á la conciencia del jurado. Toda ley contraria á este principio sería radicalmente ilegítima: observarla sería infringir el mas sagrado de los deberes. Si escuchando con atencion los debates, los acusados se convencen de que el acusado, aunque de mas edad que diez y seis años, ha obrado no obstante sin discernimiento, de-



ben absolverle, como le absolverian si no tuviese diez y seis años. En punto á imputabilidad, sobre todo lo relativo á la moralidad del agente, el legislador da instrucciones mas bien que establece leyes.

Sin embargo importa la distincion que se hace entre los acusados de menos de diez y seis años y los que tienen mas edad. Primeramente llama con especialidad la atencion del tribunal sobre la cuestion de imputabilidad en sus relaciones con la edad del acusado en el momento del delito; pone á cargo de la acusacion el probar que el acusado de menos de diez y seis años ha obrado con discernimiento, y obliga á someter al jurado la cuestion especial de saber si ha obrado efectivamente con él (1). En una palabra, aplica á los menores de diez y seis años la *presuncion favorable*, y decide que no puede establecerse la presuncion contraria sino contra aquellos que han cometido un hecho prohibido por la ley penal, despues del año decimosesto de su vida. En segundo lugar, como todo es progresivo en el hombre, como no pasa nunca de un estado cualquiera al opuesto mas que por transiciones sucesivas, la edad es una causa de justificacion ó un motivo de disculpa, segun los casos: de justificacion, si el niño ha obrado sin discernimiento; de disculpa, si, habiendo obrado con él, estaba todavía en aquella época de la vida en que la ligereza y la irreflexion son naturales por decirlo asi. *Ætati et im-*

---

(1) Por el artículo primero de la ley francesa del 25 de junio de 1824, los individuos de menos de diez y seis años están sujetos, en ciertos casos, á la jurisdiccion del tribunal correccional, aun cuando sean acusados de *crimen*.



*prudentiæ succurritur. Miseratio ætatis ad mediocrem pœnam judicem producit.* Mas vale sin embargo que la misma ley mitigue la pena.

Concluiremos con algunas observaciones que, á nuestro parecer, no carecen de importancia sobre un asunto tan delicado, y en que el menor error quita á la justicia humana toda su legitimidad.

Y en primer lugar, es patente que al tratar de determinar por la ley el punto de separacion entre la edad favorecida por la presuncion de irresponsabilidad y aquella sobre quien pesa la presuncion contraria, conviene alargar el primer período mas allá del límite indicado por la observacion y los resultados estadísticos. No siendo la regla establecida por la ley mas que una fórmula general deducida de cierto número de casos particulares, no siendo espresion de la verdad absoluta, el legislador debe dejar la probabilidad de errar de parte de la presuncion favorable mas bien que del lado opuesto. ¿Qué importa en la esencia que algunos jóvenes eviten la pena que acaso han merecido, ó que sufran un castigo inferior á la pena ordinaria? Pero un juicio que manchase infundadamente la vida de un joven, un juicio que asentase esos golpes irreparables reservados al crimen sobre los extravíos de la primera juventud, sería un acontecimiento aciago que indignaria á las conciencias y deprimiria la justicia. Ahora bien, aunque las indicaciones de la ley relativas á la edad del acusado no puedan nunca privar al tribunal del derecho de aplicar su libre modo de pensar á la cuestion de imputabilidad, y absolver al acusado de cualquiera edad que pareciese no haber obrado con discernimiento, es natural sin embargo que la opinion del legislador ejerza un influjo sobre el ánimo de los jurados; por lo menos se verán impelidos á tener en



cuenta la presuncion desfavorable al acusado desde la edad señalada por la ley, y estarán de consiguiente mas dispuestos á graduar equitativamente las pruebas que propendan á apartar la imputabilidad del acusado.

Sin duda que sería ridículo prolongar hasta la mayoría civil el curso de la presuncion favorable. El conocimiento del bien y del mal puede muy afortunadamente desarrollarse en el hombre antes de que haya adquirido la necesaria capacidad para gobernar sus asuntos.

Menester es pues fijar en menos de veinte y un años la edad á que empieza la imputabilidad presente. Aunque ciertos delitos sean siempre mas disculpables en los jóvenes que en los hombres de una edad madura, estos motivos de indulgencia deben influir sobre la medida de la pena mas todavía que sobre la cuestion de imputabilidad.

Pero aun fijando la edad de cerca de diez y seis años como punto de partida de la presuncion de responsabilidad, no es razonable detenerse en esta sola distincion, y esponer á un niño de siete á ocho años á que comparezca ante la justicia. La presuncion *positiva* y la presuncion *negativa* siguen, cada una en su respectivo sentido, una progresiva creciente, á medida que se alejan de su comun punto de partida. La presuncion de inocencia está en su *maximum* en un niño de dos ó tres años; la de culpabilidad en un hombre de veinte á veinte y cinco.

Entre el dia del nacimiento de un hombre y la edad de diez y seis años hay pues un punto en que la presuncion de inocencia es bastante leve para que el acto individual merezca ser examinado. Pero antes de llegar á este punto, la presuncion de inocencia es tan poderosa que debe dominar el hecho y es-



cluir todo examen. Sentar en el banquillo del acusado á un niño que no tiene ocho ó nueve años cumplidos, es un escándalo, es un acto aflictivo que no puede nunca obtener el asentimiento de la conciencia pública. Lo que hay que dar á estos infelices muchachos es una educacion, no pensar en imponerles una pena. ¿Quién podría hacerlo con entero convencimiento de la culpabilidad del acusado? ¿Quién podría afirmar que la sentencia no sería un movimiento de odio contra el hecho mismo, mas bien que una graduacion imparcial de la culpabilidad del acusado?

No se diga que nuestros temores son infundados, y que nunca entabla accion la justicia contra niños de esta edad. Muy recientemente todavía los periódicos nos anunciaron que un niño de siete años habia comparecido ante un tribunal francés. Fue absuelto á la verdad, y sentimos no recordar el nombre del presidente del tribunal, y especialmente las insignes y severas palabras que les dijo á los que habian sido motores de tal procedimiento.

Por lo demas, si se sobrentiende que los niños de menos de ocho á nueve años no deben ser encausados, ninguna cosa puede justificar una ley que haga estas causas posibles.

Vengamos á la vejez. Á la verdad, esta es muchas veces causa del desfallecimiento de las facultades intelectuales del hombre.

Sin embargo no se considera la sola edad, por adelantada que sea, como un motivo de disculpa, y mucho menos como un hecho incompatible con la imputabilidad del agente.

El anciano sigue sujeto á la presuncion de culpabilidad, mientras esta no sea destruida por pruebas contrarias, capaces de demostrar que ha obra-



do en un estado de verdadera mentecatez.

Es sencilla la razon de esto. La moralidad del agente en materia criminal es compatible con un decaimiento de las facultades que pongan á un mismo individuo incapaz de gobernar bien sus asuntos ó de consagrarse á trabajos intelectuales.

Encuéntrese por diversa causa en el caso de un jóven de diez y ocho á veinte años, cuya imputabilidad penal es compatible con la incapacidad civil.

El anciano que comete un crimen tiene ademas contra sí los hábitos morales que ha debido tomar, el entibiamiento de las pasiones de la juventud, y por último, la falta de muchas causas impulsivas del delito.

Si la ley mitiga el castigo impuesto al anciano, esta blandura solo es debida á la consideracion de la excesiva gravedad que tendrían ciertas penas en su aplicacion á un hombre de edad muy avanzada.

## CAPÍTULO XVI.

### *Del sexo.*

La ley no puede tener dos pesos y medidas en cuestiones de imputabilidad, en atencion al sexo de los acusados.

Nada prueba que el sexo de la muger sea para ella un motivo general de justificacion ó disculpa.

Á la verdad, hay crímenes mas disculpables en una muger que en un hombre. Tambien hay contravenciones de policia cuya importancia é inmoralidad ha podido no saber una muger con mas probabilidad que un hombre. Pero es imposible establecer reglas generales sobre este punto.



Á los tribunales corresponde juzgar los hechos absolutamente individuales.

Tocante á los hechos generales que influyen sobre la imputabilidad de la muger, pero solo respecto de tal ó tal crimen, no debemos ocuparnos de ellos en esta obra. Estas consideraciones deben tener lugar mas bien en la teoría de cada delito en particular.

No obstante, en muchas legislaciones se mitiga el sistema penal respecto de las mugeres. Estas modificaciones de la penalidad dependen mas bien de otras circunstancias que de la culpabilidad del agente.

## CAPÍTULO XVII.

### *Del estado de enfermedad.*

Es evidente que solo puede trartarse aqui de las enfermedades que destruyen ó suspenden el ejercicio de nuestras facultades intelectuales, y que reciben diferentes nombres, como son *locura*, *mania*, *rabia*, *imbecilidad*, *mentecatez* y otros.

Son hechos individuales que destruyen la presuncion de imputabilidad para todos los actos cometidos en estado de enfermedad. *Fati infelicitas excusat.*

El legislador puede aqui, como en la cuestion del discernimiento de la niñez, establecer principios generales y algunas instrucciones; pero no podría establecer *à priori* reglas de imputabilidad aplicables á los diferentes casos particulares.

Aunque el legislador guardase silencio sobre las cuestiones de imbecilidad ó locura, no por eso dejaría de proceder el juez con absoluta independendencia.

Encargado de declarar si un hombre ha obra-



do á sabiendas y voluntariamente, debe buscar los elementos de su conviccion en su conciencia esclarecida por los hechos, y en su conciencia solo.

Asi que la ciencia del derecho considera, en los límites de su jurisdiccion, los hechos relativos á las enfermedades mentales, mas bien para los jurados y jurisconsultos que para los legisladores.

Los sentidos exteriores, los sentidos internos, nuestra organizacion fisica, nuestras fuerzas vitales y animales son cosas de que necesitamos en nuestro estado presente para ejercitar las facultades de nuestra alma. ¿Y por qué? No lo sabemos, pero esta necesidad es un hecho. Pierda su estado de sanidad el órgano considerado como centro de nuestras sensaciones, padezca lesion ó trastorno nuestro cerebro, y el ejercicio de nuestras facultades intelectuales queda paralizado ó interrumpido.

Si, por el contrario, podemos ejercer libremente nuestras funciones animales y vitales, tambien pueden obrar sin trabas nuestras facultades intelectuales. Resulta de esto entonces para todos los individuos un cierto modo de existir y de ver, que es muy análogo al de todos los demas, sobre un gran número de objetos cuando menos. Si nos llaman luego la atencion ciertas diferencias notables, la diversidad de educacion, de posicion social, de fortuna, y otras circunstancias particulares, se nos presentan como esplicaciones fundadas de estas aparentes anomalías. Asi no inferimos de ello que haya falta de analogía entre el modo de existir del individuo y el nuestro, porque conocemos que en circunstancias iguales pudiéramos conducirnos del mismo modo.

Pero si esta analogía desaparece de un modo declarado é inesplicable, si un individuo no se for-



ma ya de los objetos comunes las mismas ideas que nosotros, si no asocia las ideas que todos asocian, si no siente ya los efectos que hacen palpitar el corazón de todos los hombres, si ha perdido la memoria de sus relaciones personales mas caras y mas estrechas, si tiene sobre sí mismo, sobre su ser, sobre su estado, creencias desmentidas por la opinion comun, decimos de él que le aqueja una enfermedad mental, que se halla en estado de demencia.

En una palabra, juzgamos de la locura por sus efectos y la singularidad de ellos.

Tambien damos con harta frecuencia el nombre de locos á hombres cuyas acciones conservan no obstante á nuestros ojos el carácter de la impuntabilidad moral, á hombres que no son mas que extravagantes y singulares.

Y es porque la locura tiene tambien su mas y su menos, su principio y su plenitud.

Y es tambien porque hacemos un uso indebido de la palabra *locura*. Esta solo es muchas veces la espresion del desprecio ó de una compasion desdenosa.

Al juzgar las circunstancias que caracterizan la locura, son de temer mas particularmente los errores en la administracion de justicia. Tienen una cierta particularidad horrible el juicio civil que condena á la inhabilitacion á un hombre que sabe que tiene sana la razon, y el juicio criminal que condena á un hombre atacado de perturbacion mental. Pero es mas facil de cometer error en la justicia penal que en la justicia civil por el interés que puede tener el mismo acusado en aparentar la demencia, y prepararse en una serie de actos fingidos, calculados con anticipacion, un medio de sustraerse de la pena.

La observacion ha dado algunos medios para dis-



tinguir diferentes especies de locura. Sin embargo, no andan uniformes sobre esto todos los hombres del arte.

Los unos distinguen en las enfermedades mentales el delirio febril propiamente dicho, el delirio no febril ó la demencia, y la tontería ó mentecatez. Distinguen la demencia en locura ó melancolía, según que recae sobre todos los objetos ó sobre un gran número por lo menos, ó solo sobre un objeto exclusivamente.

Los otros, procediendo por grados del mal de menos gravedad al de mayor, reconocen la melancolía, ó delirio exclusivo sobre un objeto;

La manía sin delirio, que resulta del pervertimiento de lo que llaman funciones *afectivas* (*quæ animum movent*), y que se anuncia por un impulso ciego á cometer actos violentos y sanguinarios, sin que padezcan sin embargo, dicen ellos, las funciones del entendimiento una alteracion sensible;

La manía con delirio ó trastorno de las facultades intelectuales, la cual es continua ó periódica, y deja ó no lúcidos intervalos al enfermo;

La demencia ó estincion del pensamiento, caracterizada por la pérdida de la memoria de todo estado anterior y la desaparicion de la facultad de comprender y de juzgar, quedando reducida la cabeza del enfermo á no ser, por decirlo así, mas que una caja en que todas las ideas adquiridas antes de la enfermedad se revuelven inconexas y desordenadas, y tienen al enfermo en una especie de actividad continua, sin objeto ni intencion;

Por último, la mentecatez ó fatuidad que resulta de la obliteracion, de la gradual estincion de toda facultad intelectual y afectiva, y que se manifiesta, ora por una especie de desvarío acompañado



de muchos sonidos medio articulados, ora por la taciturnidad del enfermo, la pérdida de la palabra, consecuencia de la falta de las ideas.

Otras divisiones se han querido hacer; otros sistemas han sido presentados. No haremos mencion de ellos: *Non nostrum est tantas componere lites*. Pero mucho tiempo transcurrirá antes de que se esté de acuerdo acerca de tal punto. La observacion no ha dado todavía bastantes materiales para fundar una teoría incontestable, y los mismos observadores no estan á cubierto de toda acusacion por su modo de observar. El espiritualismo teme la observacion de los hechos puramente fisicos, y hace de ellos un desden que no es de todo punto desinteresado. Sus adversarios pretenden por el contrario saber, comprender y esplicarlo todo con las alteraciones del fluido nervioso, de la bilis, de la sangre, del pecho, de los intestinos y de la sustancia cerebral: ¿qué sé yo cuántas cosas? Á nosotros los profanos nos es imposible creer ni admitir ninguna teoría, mientras los médicos nos presenten cincuenta sistemas, opuestos entre sí, y todos fundados igualmente sobre la práctica y la observacion.

Sin embargo las cuestiones judiciales no pueden quedarse sin solucion. La demencia es un hecho harto cierto por desgracia; y es un principio incontestable que no puede imputarse ninguna de sus acciones al hombre atacado de locura.

En medio de estas dificultades, los jueces deben encomendarse mas bien á su razon natural y á la observacion comun, mas bien que á las prematuras teorías de los sabios. Ahora bien, véanse las instrucciones y reglas que acerca de esto nos parece indicar la luz natural.

1.º Hay tres especies de enfermedades men-



tales, bastante distintas entre sí por sus caracteres exteriores y sensibles: la demencia pacífica, la locura acompañada de actos de violencia y accesiones de furor, y la mentecatez ó imbecilidad. El carácter comun de estos tres estados es la ignorancia del valor moral de las acciones, la estincion de la conciencia. El hombre loco ó mentecato no sabe lo que hace, y obra maquinalmente; si tiene una voluntad, es como la del bruto; está movido por apetitos, puede serlo por la esperanza y el temor, no lo es por el conocimiento de lo que es bueno ó malo de suyo, ni por el deseo de hacer lo uno y lo otro. Así pues no experimenta satisfaccion interior ni remordimiento. Lloro con el bien, riése del mal, y hace ambas cosas indiferentemente, porque no las distingue.

2.º La enfermedad puede tener una transformación, durante el curso de la vida del enfermo, y pasar de una especie á otra. Se han visto maniáticos que han caído en la melancolía, y con mayor frecuencia acaso en la mentecatez; algunas veces, aunque muy raras, se han visto mentecatos que, habiendo sido atacados temporalmente de manía por una causa fortuita, recobraron luego enteramente el uso de la razon. — De todas maneras, la cuestion esencial de resolver, en cada caso particular, es siempre la de saber si el hombre que dicen está atacado de perturbacion mental habia perdido ó no la conciencia de sí mismo y de la naturaleza de sus acciones.

3.º Esta cuestion no puede ser resuelta ni por el simple reconocimiento de la organizacion fisica del hombre, ni por las observaciones médicas, ya generales, ya particulares, acerca del individuo de que se trata. Verdad es que la locura va acompañada



muchas veces de síntomas físicos externos. Algunas veces también es hasta sintomática, es decir, la señal y el efecto de una enfermedad corporal. En este último caso, es casi siempre transitoria, y desaparece con la enfermedad que la ha motivado. Pero las señales físicas no bastan, generalmente, para confirmar la perturbación mental. No son bastante positivas ni suficientemente características. Muchas enfermedades inflamatorias ó de irritación están caracterizadas con los mismos síntomas, sin que ocasionen ninguna alteración en las facultades intelectuales.

4.º La insuficiencia de los síntomas físicos no autoriza sin embargo á desdeñar el testimonio de los peritos. Es menester consultar con preferencia los médicos acostumbrados á la curación de las enfermedades mentales, y aquellos que han asistido ya al acusado en simples enfermedades físicas. El juez que desdeñe su testimonio es un imprudente: aquel que toma su parecer por una resolución infringe el más sagrado de los deberes; sustituye la conciencia de ellos á la suya, y se conduce como un ciego.

5.º En vista de la totalidad de los hechos ó circunstancias es como debe el juez ó el jurado formar su opinión sobre la moralidad del individuo que se dice atacado de perturbación mental para reconocer *si omni intellectu caret*.

6.º No solo deben estudiarse las circunstancias y los hechos que han acompañado á la acción que se imputa, sino aquellos también que la han precedido y seguido después. La demencia, á escepción de cuando es sintomática, no es un hecho aislado y transitorio; y comunmente no se manifiesta de un modo repentino, y menos todavía por un crimen material. La razón del hombre solo se ilumina y desvanece por grados; lucha antes de sucumbir, y vuel-



ve á aparecerse de vez en cuando antes de que la envuelva una nube espesa é impenetrable.

7.º Asi el juez que fundándose en un hecho aislado, por singular que parezca, se apresure á declarar la demencia del agente, hará una declaracion precipitada é irracional.

8.º Tambien es evidente que los hechos de que mas debe desconfiar el juez son aquellos que han acompañado ó seguido al acto que se imputa, como que pueden ser efecto de un fingimiento de parte del agente.

9.º Empero si son examinados cuidadosamente, y se hacen al acusado interrogatorios seguidos y bien dirigidos, es casi imposible que los jueces no descubran por todas estas circunstancias reunidas el estado verdadero de su espíritu.

Acabaremos examinando rápidamente algunas cuestiones importantes.

La mas grave es seguramente la cuestion de la demencia parcial, señalada con el nombre de melancolía, manía sin delirio, ó monomanía. ¿Hay demencia parcial? ¿Son actos de demencia los llamados de monomanía?

Parece que no puede ponerse en duda el hecho de una demencia parcial; en todos tiempos ha sido observado. Los antiguos criminalistas notaron su existencia y reconocieron que podia haber falta de razon, de conocimiento del bien y del mal relativamente á ciertos objetos, sin que padeciese en lo demas alteracion sensible el ejercicio de las facultades morales é intelectuales. Cuando se presente este caso, deben aplicársele las mismas reglas que acabamos de marcar para juzgar la locura completa. El fallo es mas difícil, pero los principios son los mismos. El punto que hay que certificar es siempre la no conciencia

:



del bien y del mal, relativamente al acto en cuestion. Pero de que exista una demencia parcial, no se sigue que todos los actos sin causa conocida sean actos de demencia, ni que sus autores los hayan cometido despues de perdida enteramente la conciencia de si mismos, y de la naturaleza de sus acciones.

¿Qué son estos actos, en efecto? Hechos aislados, un gran crimen, un asesinato cometido sin ninguna causa aparente, sin que se eche de ver alguna de esas causas que esplican ordinariamente, sin justificarla, la accion criminal. Estos hechos eran conocidos de los criminalistas; muchos de ellos señalaban el homicidio sin causa bajo el nombre de *homicidio brutal*. Esta denominacion se encuentra todavía en algunas legislaciones. No se inferia de aqui, á la verdad, que el asesino debiera quedar impune; imponíasele, por el contrario, el *maximum* de la pena. ¿Tenian razon? No creemos seguramente que se nos sospeche de deferencia hácia los antiguos criminalistas, pero seguimos en este caso su parecer: no vemos en este crimen sino un asesinato premeditado, y premeditado por mucho tiempo. Hemos visto á algunos hombres acusados de *homicidio brutal*; nos han parecido que eran profundamente inmorales, pero de ninguna manera atacados de enfermedad mental.

“El hombre, mientras está dotado de razon, no obra nunca mas que impelido de una causa.” Enhorabuena. Pero ¿será menester declarar locos á todos aquellos que cometan un hecho aislado por una causa ignorada de nosotros, y cuyo impulso no sentimos? “Ha hecho el mal por amor al mal.” Decimos esto, sin que nos quedemos sorprendidos, de quien murmura de su prójimo, de quien le calumnia, se niega á hacerle el mas leve servicio, se apresura á darle una mala noticia, y no pierde ocasion de hacer resaltar sus



defectos y culpas, sin interés personal, sin cólera, sin segunda intencion, sin otro motivo que el placer de causar daño, de ver padecer, de hacer mal. Dése á ese hombre un grado mas de perversidad, mas valor y un puñal, y se tendrá un asesino *brutal*, que no será mas loco de lo que lo son el calumniador y el maldiciente. Sin duda que el hombre que no vive prevenido contra una mala inclinacion puede verse impelido, en cierto modo, mas allá de todo lo que en un principio preveía. Ya lo hemos hecho notar (Lib. 1.º cap. 9.): llega un momento en que el hombre que ha acariciado un deseo criminal se encuentra sometido á él, tornándosele de repente irresistible, como un esclavo atado á un animal feroz. Si en aquel instante se le quiere llamar maniático, si se afirma que en aquel momento su razon está estraviada, no disentimos de ello: mas lejos vamos todavía; porque estamos convencidos de que tal es el estado en que se encuentran muchos delincuentes en el último momento de la ejecucion de un gran crimen. ¡Gran Dios! ¿Qué sería el hombre si pudiera acercarse al mas horrendo delito, mirarle de frente, y tocarle conservando aun la calma de su razon? ¿De dónde proceden, sino de ese extravío, de esa embriaguez que siente el criminal al acercarse la catástrofe, los olvidos, las inadvertencias, las faltas singulares, los objetos abandonados, las huellas no borradas, las palabras imprudentes, que levantan luego la voz contra el asesino, que le arrastran, que le acosan, que le abrumen, como irresistibles acusadores, ante el tribunal de la justicia humana? ¿Cuál es el hombre, por poco ejercitado que esté en la práctica del foro, que no ha tenido mas de una vez ocasion de decir: ¡Qué extrañeza! este infeliz no tenia mas que haber hecho esto, y se salvaba. Sí;



pero esa cosa tan sencilla, tan natural, tan facil de hacer y de ver, no la hizo, no la ha visto, no la sospechó siquiera; y no obstante muy interesado estaba en verla y en hacerla.

¿Se le absolverá sin embargo como á un hombre atacado de demencia? Nadie ha pensado tal. Ahora bien, aquellos que se dicen atacados de monomanía no estan en una posicion distinta. Conocen primeramente la inmoralidad de su propension, tienen la conciencia de sí mismos y del mal que van á hacer; no caen en estado de desacuerdo sino cuando el deseo que han dejado de dominar los impele al término postrero de la carrera; estan asustados del crimen que han cometido; saben que han hecho un mal, y sienten su remordimiento: cosas todas incompatibles con la verdadera locura.

El monomaniático es como un hombre que poco á poco se ha ido aficionando al vino. Su salud se altera, el médico le advierte con tiempo y le hace ver la muerte en el fondo del vaso lleno del licor prohibido. El enfermo bebe sin embargo, y muere. Aquellos que le conocen dicen que estaba loco, y que ha obrado como tal. Asi es la verdad, segun el lenguaje vulgar. ¿Pero se hallaba en estado de verdadera demencia? No; solo era un borracho. Sabia el mal que se estaba haciendo; no habia echado en olvido los preceptos del médico; las consecuencias de su vicio le eran conocidas, y á pesar de eso bebia.

Es posible que haya locuras cuya responsabilidad recaiga sobre aquellos que estan atacados de ellas; locuras, por decirlo asi, deseadas, en razon á que el enfermo habia podido preveer que, siguiendo cierto género de vida, descuidando ciertas distracciones ó ciertos remedios, insistiendo con sobrada complacencia sobre ciertas ideas, podia resultarle la demencia.



Pero la justicia humana no puede pedir cuenta de estos hechos, ni de los que hubiesen sido cometidos por efecto de una locura que se cree ocasionada voluntariamente. Misterios son estos que no tiene derecho ni interés de descubrir. Los actos cometidos en estado de demencia no dejan de ser por eso actos discurridos, empezados y llevados á ejecución sin ninguna moralidad. Basta esto; no hay imputabilidad á los ojos de la justicia humana.

No sucede lo propio con los hechos llamados actos de monomanía. El agente conoce su naturaleza y los quiere ejecutar á pesar del conocimiento del mal. Aun cuando se admitiese un instante de verdadera locura en la última esplosion de su deseo criminal, no puede justificarse con este desvarío pasajero, el cual, propiamente hablando, no es la causa, sino el efecto de él. No priva á la perpetracion del crimen del carácter que tiene de un hecho que atestigua la resolucion criminal del agente.

Con estas consideraciones estamos lejos de querer negar que un hecho, absolutamente inesplicable y extraordinariamente atroz, no sea nunca, aunque aislado, efecto de una verdadera locura. Sobrados enigmas encierra el hombre físico y moral. Por otra parte, ¿quién se atrevería á afirmar que la demencia no puede empezar nunca por un acto de verdadera ferocidad? Así el juez debe prestar la mas severa atención á las causas de esta clase. Este es uno de los cargos mas temibles de su ministerio. Cuando los hechos pareciesen suficientes para admitir la duda, el partido mas prudente sería acaso suspender el juicio hasta una época mas remota. Si hay verdadera locura, debe descubrirse; el hombre entregado al brazo de la justicia no puede evitar que se hagan con él observaciones exactas y no interrumpidas.



Pero, en todo estado de cosas, el juez y el jurado no deben olvidar nunca que el carácter de la locura es el trastorno de las facultades intelectuales. Menoscabarian las leyes del orden moral y del orden político, si, por su sentimiento mal entendido de humanidad, disculpasen con pretesto de locura la violencia y estrañeza sanguinaria de ciertos deseos.

¿Será menester imputar á un maniático los actos cometidos durante un intervalo lúcido? Esta cuestion es de escasa importancia en la práctica. La vigilancia que se ejerce con los maniáticos, aun en las intermitencias de su enfermedad, es una garantía contra los crímenes que pudieran cometer. Si el crimen fuese cometido, no propiamente durante un intervalo lúcido, sino despues de una interrupcion bastante larga de locura para que el individuo fuese abandonado á sí propio como si hubiese recobrado la salud, no hay duda de que el acto le sería imputable. Por último, si á pesar de la vigilancia con él ejercida, un maniático cometiese una accion criminal en un intervalo lúcido, deberia ser responsable de ella rigurosamente hablando. Pero ¿quién se atreveria á declarar la culpabilidad del agente, si los intervalos lúcidos son de corta duracion, si no vuelven periódicamente, si está probado que el estado ordinario del acusado es una perturbacion mental? ¿Cómo convencerse de que, precisamente en el momento en que ejecutaba el acto en cuestion, el acusado era *compos sui*? Por otra parte, ¿cuál sería la conveniencia de semejante juicio? ¿cuál el efecto de la pena sobre el público?

Recordemos con este motivo que debe suspenderse todo procedimiento, todo juicio, y por último la ejecucion, si el acusado ó el condenado caen en demencia. Superfluo es indicar las razones. Ahora bien,



esto es lo que sucedería probabilísimamente en el caso de un maniático acusado por un hecho cometido en algún intervalo lúcido. Volveríale la locura antes de que la justicia hubiese acabado su curso.

Háse suscitado la cuestión de saber, si la mentecatez destruye la responsabilidad del paciente en toda especie de actos prohibidos por la ley penal. Algunos criminalistas han pretendido que el mentecato conservaba bastante razón para discernir el mal de los actos mas graves reprobados por la ley natural, y que en su consecuencia solo era disculpable de los actos prohibidos unicamente por las leyes positivas y particularmente de los delitos de omision. Pero toda cuestión desaparece cuando se forma una idea exacta de la imputabilidad, cuando se reconoce que es el juicio y no la ley quien debe resolver todos estos diversos casos, que son enteramente individuales y no pueden ser comprendidos en una fórmula general. ¿Y á qué se reduce entonces la cuestión propuesta? Si el juez reconoce una mentecatez completa, descarga al acusado de toda responsabilidad; si no reconoce mas que un desbarato parcial de las facultades morales, examina si la inteligencia del acusado estaba en relacion con la naturaleza del acto por él cometido, y si la totalidad de las circunstancias prueba que tenia conciencia de si mismo y de la moralidad de su acto. Estas son puras cuestiones de hecho, sobre que sería infundado establecer *à priori* ninguna regla general.

Háse ido mas lejos: se ha tratado de penetrar los misterios del sonambulismo. Se ha preguntado si los sonámbulos eran responsables de los actos cometidos durante su sueño. Los jurisconsultos y los profesores de medicina han manifestado acerca de esto diferentes opiniones.



Los unos absuelven á los sonámbulos con tal que no tengan enemistades mortales , porque en este caso es para ellos evidente que el homicidio cometido durante el sueño es un efecto de los sentimientos criminales que tenian cuando estaban despiertos.

Los otros, mas severos todavía , sostienen que el sonámbulo no ejecuta nunca mas que los actos que ha meditado en su vigilia, y que los ejecuta con tanta mas libertad cuanto que está libre de toda influencia esterna.

Por último , los mas indulgentes no les imputan los hechos cometidos en el sueño mas que como actos de negligencia.

Si, despues de todos estos fallos , preguntamos á nuestra vez qué cosa es el sonambulismo y cuál es el estado en que durante el sueño se encuentra nuestra alma, á menos de que no estemos dispuestos á contentarnos con ingeniosas conjeturas, nadie nos dará una respuesta satisfactoria. Y la razon es muy sencilla. El estado de sueño, este estado sobre que los sabios no han titubeado en darnos fallos absolutos en materia penal , es un estado á que no alcanzan nuestras observaciones. Los sonámbulos, á quienes se quiere hacer delincuentes, no son sin embargo personas que puedan observar ; porque no es observar durante el sueño recordar al despertar los sueños que se han tenido.

Estas discusiones ociosas sobre la imputabilidad penal de las acciones cometidas en el sueño solo merecen ser citadas como un ejemplo notable de la temeridad del hombre cuando quiere arrojarse sin freno ni guia al campo de la justicia moral. Basta recordar un momento los limites é imperfecciones de la justicia humana, para reconocer que no tiene me-



dios, necesidad, ni derecho de inquirir las acciones cometidas durante el sueño.

Los sordo-mudos, especialmente los que lo son de nacimiento, se hallan tambien en un estado casi completo de mentecatez. Hay en ellos falta de ideas, y particularmente de nociones morales. Sin embargo no todos tienen el mismo grado de ignorancia, y muchos de ellos parecen haber sido en cierto modo restituidos á la vida moral por medio de la instruccion.

¿Es responsable un sordo-mudo de sus acciones? Tambien es esta una cuestion puramente individual. El jurado debe asegurarse antes de todo por todos los medios posibles del estado intelectual y moral del acusado, y no olvidar nunca que, en caso de duda, debe responder declarando su irresponsabilidad.

## CAPÍTULO XVIII.

*De las causas de ignorancia ó de error accidentales y transitorias.*

Á estas diversas causas mas ó menos absolutas y permanentes de ignorancia y de error involuntarios, es menester añadir las causas puramente accidentales y transitorias. El hombre mas prudente ó perspicaz puede incurrir en error acerca de un hecho particular, ó ignorar las circunstancias que hubieran debido disuadirle del acto que acaba de cometer. *Facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallit.* L. 2. D. de juris et fact. ignor. (XXII, 6.)

El mal cometido por ignorancia ó error no imputables, no ha sido previsto ni voluntario. No hay



en el delito. Es lo que llamamos una desgracia, un accidente, un caso fortuito.

La sola cuestion que hay que examinar en cada caso particular es saber; 1.º si efectivamente habia ignorancia ó error acerca del hecho ó de sus circunstancias esenciales; 2.º si este error ó esta ignorancia son ó no imputables al agente.

Las circunstancias esenciales del hecho son las que le habrian dado el carácter de delito, ó de un crimen mas grave ó de otra especie distinta, si el agente las hubiese conocido.

La ignorancia y el error no son imputables, cuando cualquiera hombre razonable y prudente habria podido en iguales circunstancias estar en la ignorancia é incurrir en el propio error. *Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi neque negligentissimi hominis accipiendam, verum etiam ejus qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit.* L. 6. §. 2. D. jur. et fact. ignor. (XXII, 6.)

En el capítulo siguiente se darán mas esplicaciones sobre esta materia.

## CAPÍTULO XIX.

### *De la ignorancia y del error imputables.*

La ignorancia y el error son imputables al agente, ya sea cuando se ha colocado en un estado capaz de alterar y perturbar sus facultades intelectuales, ya cuando ha descuidado adquirir los conocimientos necesarios, para evitar el mal de que ha sido autor.

En ambos casos ha faltado á un deber; en ambos casos no ha hecho de sus facultades intelectuales y morales el uso que la razon le prescribia.



Pero si la justicia requiere por una parte que sea responsable, en cierta medida, del mal ocasionado por su imprudencia ó descuido, por otra no permite que se le impute este mal como un hecho meditado y voluntario. Entre los resultados de la imprudencia y del descuido, y el acto deliberado, existe la misma diferencia que entre lo negativo y lo positivo. Aunque el hombre de estado fuera sordo á la voz de la justicia, no desecharia sin embargo esta distincion; porque si un acto de descuido puede algunas veces ser tan materialmente peligroso como un acto voluntario, es no obstante menos alarmante. Y ademas la opinion pública se alzaria contra toda ley que colocase á estos actos en la misma línea. Algunas aplicaciones harán resaltar la evidencia de este principio: hablemos primeramente de los actos cometidos en una perturbacion de espíritu.

## CAPÍTULO XX.

### *De la embriaguez.*

Distantes se hallan de estar conformes las opiniones de los jurisconsultos y los fallos de los legisladores acerca de la culpabilidad de los actos cometidos en la embriaguez.

Unos no reconocen un motivo de disculpa en la embriaguez, supuesto que esta es un acto reprehensible de suyo. Comparan á un hombre borracho con otro que hubiese cometido la falta de dejarse arrastrar de una pasion funesta, como la venganza, la cólera ó los zelos.

Otros ven en la embriaguez un motivo legítimo de disculpa.

Otros tambien hacen una distincion entre la



embriaguez habitual y la embriaguez accidental, entre la embriaguez impensada y la embriaguez producida con el fin de encontrar una disculpa para el crimen que se medita.

Estas diversas opiniones no suponen una análisis muy exacta del hecho que se considera.

La embriaguez voluntaria, aun aquella que es resultado de un momento de olvido, es un acto reprehensible de suyo, y que no deja de ser peligroso para el orden público. Es posible que en ciertos países sea menester contar entre los delitos á la embriaguez voluntaria, especialmente cuando es habitual y va acompañada de publicidad y de escándalo.

Pero ahora no debemos considerarla bajo este punto de vista. La cuestion es saber si los delitos cometidos en estado de embriaguez son imputables, y hasta qué grado puede elevarse la imputabilidad del agente. Ahora bien, la embriaguez, cuando es completa, priva enteramente del conocimiento del bien y del mal, del uso de la razon. Es una especie de demencia transitoria. El hombre que se embriaga puede ser culpable de una gran imprudencia, pero es imposible decirle con justicia: "Ese hecho, ese crimen, le comprendiste tú en el momento de cometerle." Si pudiera uno ponerse á arbitrio en estado de verdadera demencia, ¿podria condenarse á aquel que hubiese usado de tan funesto privilegio como autor, á sabiendas y voluntario, de los actos cometidos durante su locura?

Cuando fuese restituido á la razon, podria imponérsele una pena por haberse puesto voluntariamente en un estado peligroso para los demas, como se castiga á aquel que fuma en un almacen de pólvora. Pero imputarle un hecho particular, sería que-



rer lo que es moralmente imposible: imputabilidad y falta de razon; hay contradiccion en las palabras.

Lo propio sucede con la embriaguez completa, si es verdad que suspende enteramente el uso de la razon y el conocimiento de sí mismo. Por aversion que se tenga á la embriaguez, nunca se hará que un hombre haya comprendido lo que estaba fuera de estado de comprender.

No cabe comparacion entre la embriaguez y una pasion violenta. Aquella tiene una causa material y esterna; no es la imaginacion del hombre que se exalta sobre un objeto determinado y le impele á cometer cierta accion particular, la cual tenia ya sus raices, por decirlo asi, en un deseo concebido por él en estado de calma y de razon.

La embriaguez completa es una causa material de ceguedad; priva del conocimiento del bien y del mal en todas las cosas; un hombre enteramente borracho dará golpes en una riña, firmará como testigo falso, ultrajará al pudor y entrará con la misma indiferencia en una trama de alta traicion. Al volver en sí se habrá olvidado de todo, y quedará igualmente sorprendido, cualquiera que sea el hecho que se le cuente como obra suya.

Alégase el peligro que corre la seguridad pública en reconocer á la embriaguez como un motivo de justificacion ó disculpa, y la facilidad que hay de abusar de este medio de defensa. — Indaguemos primero lo que es justo.

Un hombre que nunca hace uso del vino, le bebe por mandato del médico; una razon fisica cualquiera es causa de que este vino le emborrache, le trastorne enteramente la razon y le ponga furioso. Este hecho es posible, y aunque no lo fuera, importaria poco. Nadie puede negar la posibilidad, en



ciertas circunstancias, de una embriaguez completa, de todo punto accidental é involuntaria.—Este hombre comete en su embriaguez un acto prohibido. ¿Quién es el juez, cualquiera que sea la escuela filosófica á que pertenezca, que dando por probado el hecho, se atreverá á decir al acusado: Eres delincuente?

Hay pues una embriaguez que debe eximir de toda pena al autor del hecho material, como la locura, como la niñez. No hemos hablado de ella al tratar del estado de enfermedad por no interrumpir el asunto. Sentar el principio de que la embriaguez, aunque sea completa y absolutamente involuntaria, no es nunca un motivo de disculpa, es castigar á un ente moral por los actos de una máquina.

Háse dicho que los hombres embriagados, aun accidentalmente, solo cometian en su embriaguez aquellos actos á que estaban ya predispuestos en estado de salud. Es la misma doctrina que se ha querido aplicar á los sonámbulos. Se quiere castigar una intencion *presunta*, un deseo vago, sobre el fundamento de un acto puramente material.

Si hay una especie de embriaguez que exime de toda pena en los hechos particulares cometidos durante la enfermedad, hay tambien otra que solo hace disculpable el hecho. *Per vinum lapis capitalis pœna remittenda est, et militæ mutatio irroganda.* L. 6. §. 7. D. de re milit. (XLIX, 16.) Es cuando el delito es efecto de un movimiento de cólera escitada por esta especie de embriaguez que priva del uso de la reflexion, sin extinguir sin embargo enteramente en el hombre borracho la conciencia de sí mismo y del mal que ha hecho. *Delinquitur autem aut proposito, aut impetu aut casu... Impetu, cum per ebrietatem ad manus aut ad ferrum venit.* L. 11. §. 2. D. de pœnis. (XLVIII.)



Por último, la embriaguez completa puede hacer al hombre responsable, no del delito intencional, sino del delito cometido por imprudencia: es cuando la embriaguez ha sido voluntaria ó efecto de un olvido reprehensible de suyo.

La prudencia política no desdeña estas distinciones. La embriaguez ha sido considerada en muchas legislaciones como una circunstancia atenuante, como un motivo de disculpa.

Una ley de la república italiana (29 de febrero de 1804) contenía sobre esto distinciones muy ingeniosas, relativas á la embriaguez habitual, á la reincidencia en el estado de embriaguez &c. Era llevar demasiado lejos las minuciosidades de la legislación; pero no existía jurado, y convenia no dejar demasiada latitud al juez sobre el hecho y el derecho al mismo tiempo.

En los países en que la ley no hace mérito alguno de la embriaguez, los tribunales otorgan una impunidad absoluta, aun en los casos que merecen cierto grado de castigo, ó pronuncian sentencias que reprobaba la opinion pública.

Por lo demas, un jurado que esté penetrado de la importancia y religion de su ministerio, no podrá vacilar. Debe seguramente vivir prevenido contra la impostura y la mentira, y no olvidar nunca que la embriaguez es uno de los pretextos mas fáciles de alegar, y á que, menester es confesarlo, los testigos se prestan con bastante buena voluntad. Pero si el jurado está convencido de que el hecho ha sido cometido en estado de completa embriaguez y maquinalmente, no puede, sin faltar á su conciencia, declarar delincuente al acusado.

La cuestion es mas delicada cuando, averiguada la embriaguez, parezca á los jurados suficiente co-



mo disculpa é insuficiente como justificación, sin que la ley admita esta distincion. Acaten la verdad y la justicia, la primera y la mas santa de las leyes, del solo modo que les es posible, y las leyes positivas no tardarán en ponerse de acuerdo con ella y el interés público bien entendido. El jurado es la conciencia de la sociedad.

## CAPÍTULO XXI.

### *De los actos cometidos por arrebató.*

La observacion nos descubre tres diversos estados internos: el estado de serenidad, el de pasion y el de cólera.

Un hombre codicia el dinero ageno: estudia los medios de apoderarse de él, examina los sitios, sigue los pasos de su víctima, aprovecha el momento oportuno, y comete el robo con la ayuda del asesinato. Su accion es seguramente resultado de un deseo criminal, de un deseo que ha ido creciendo poco á poco, y que al cabo ha llegado á ser bastante fuerte para impelerle al crimen. Pero nada de súbito ni impensado ha tenido la resolucion del culpable.

Otro hombre se enamora de una muger y desea casarse con ella; varios obstáculos se oponen al casamiento; su pasion aumenta y se enciende: loco de amor, y con la imaginacion trastornada, quiere hacer la última tentativa y se traslada á los sitios en que vive la que ama, esperando vencer todas las dificultades y alcanzar su mano; pero la encuentra en medio de la pompa nupcial dirigiéndose al altar para desposarse con su rival. Entonces le mata, y le mata en el instante mismo, apoderándose de la primera arma que encuentra. Este crimen es efecto tambien de un deseo desordenado, de una pasion



que no ha sido reprimida, pero que era posible reprimir y contener en los límites de la moral. *Satis natura homini dedit roboris, si illo utamur si vires nostras colligamus, ac totas pro nobis, certe non contra nos, concitemus. Nolle in causa est, non posse prætenditur.* Séneca, epíst. 116.

Empero nadie pone en duda la grandísima diferencia que hay entre estos dos homicidios. La hemos explicado ya en el cap. XI del presente libro: el segundo homicida ha obrado sin reflexion y en el estado de pasion.

Figurémonos que este amor sea ilícito, y que la muger es una muger casada. La pasion se enciende mas con los obstáculos. Despues de una larga espera, le dan al fin una cita; llega el momento tan deseado, y el amante atraviesa la puerta de la casa conyugal. Sobreviene el marido; la muger esclama en medio del susto que está perdida, que su marido va á matarla, que la ha amenazado; y cae sin sentido á los pies de su cómplice, teniendo ya pintada en su rostro la palidez de la muerte.

Entra el marido; sorpréndese al principio, pero luego brilla en sus ojos el fuego de la venganza; ciego entonces el amante se arroja sobre el enemigo como un tigre, y le mata.

Este homicidio, si pudiera ser considerado aisladamente, pareceria menos criminal que el primero. Tambien es impensado, instantáneo, y mucho menos personal.

Sin embargo no es esa la respuesta definitiva de la conciencia. Si en el primer caso ve un homicidio muy vituperable, en el segundo ve un asesinato. La distincion es justa.

Los dos actos, aisladamente considerados, carecen ambos de premeditacion. Pero, en el segun-

:



do caso, el asesino debió preveer que el acto ilícito que cometia podia acarrear funestas consecuencias, que no fueran resultado necesario del acto premeditado. Iba á buscar la muger ajena, iba á introducir el crimen en el lecho conyugal, debia parar forzosamente su reflexion sobre los efectos eventuales del primer delito. Pudo no preveer cuál sería á punto fijo el éxito de su empresa, pero no la empezó con pureza de corazon, sin ninguna intencion de cometer el mal. Estaba en cierto modo preparado á vencer todos los obstáculos, á sufrir todas las consecuencias del primer hecho. Aquel que ha cometido un homicidio por un movimiento instantáneo de resultas de algun paso inocente, ha podido, cometido ya el hecho, quedarse tan sorprendido como contristado de él. El segundo homicida ha podido contristarse tambien, pero ha dicho para sí al mismo tiempo, ha debido decirse por lo menos: Verificóse una de las desgracias que yo preveía.

En ambos casos no se encuentran los motivos de justificacion ó disculpa que tiene la embriaguez, porque no hay estincion temporal, ni parcial ni completa, de la inteligencia. La voluntad ha sido la que, arrastrada de la pasion, se ha precipitado en el crimen.

En ambos casos, si se considera aisladamente el hecho del homicidio, ha habido una simple comprension del mal, no ha habido reflexion.

Mas considerando al segundo homicidio en la totalidad de las circunstancias que ofrece, debe notarse que la reflexion ha podido, á la verdad, no fijarse sobre el hecho especial, pero que ha tenido tiempo de reconocer que del acto premeditado podian originarse consecuencias funestas. La prueba



está en que la mayor parte de aquellos que acometen actos que pueden tener consecuencias de este género, no se olvidan de proveerse de armas. Si no tienen la intencion de matar, tienen al menos la de defenderse. ¿Y qué es la intencion de defenderse cuando se coloca uno voluntariamente en una situacion en que la legitimidad está de parte del ataque, y la sinrazon de parte de la defensa?

Figurémonos ahora otro caso. Un jóven ha obtenido la promesa de casarse con aquella á quien ama: la vispera de su casamiento oye ridiculizar á su novia en una comida, y toma su defensa. El burlon insiste en vez de callar, y añade á la burla el ultraje de la calumnia. Irritado entonces el mozo le da un mentís, y le provoca á desafio. El ofensor se mofa de él, y repite los ultrajes. Trábase una violenta disputa; el jóven agarra un cuchillo, y los golpes de la venganza cierran para siempre la boca al ofensor.

No solo el homicidio no es premeditado, sino que ha sido provocado ademas. Una causa exterior, imprevista, instantánea, ha trastornado el ánimo del agente escitando fuertemente su cólera. No es un hombre que ha ido poco á poco soltando la rienda á un deseo que llega á convertirse en una invencible pasion; mucho menos un hombre que, para cometer una accion ilícita, se ha colocado en una situacion que podia arrastrarle á actos mas criminales todavia. El súbito arretrato de la cólera se distingue de la violencia de un deseo: *Ira furor brevis*.

La inteligencia queda ofuscada. La razon del hombre está como envuelta de improviso en una nube; no sabe lo que se hace, y la violencia y rapidez de sus movimientos tienen algo de maquinal.



Sin duda que la cólera no justifica las acciones humanas: sin duda que varía, según las circunstancias, la atenuación moral derivada de la cólera. ¿Ha sido esta provocada? ¿Lo ha sido por un motivo grave? ¿Estaba la culpa de parte del provocador? Según se ha notado ya, *Non tam ira quam causa iræ excusat.*

No es menos verdad que, si la provocación excluye en todos los casos la premeditación del acto ejecutado en un súbito arrebató de cólera, en muchos de ellos debe ser causa de que se atenue ulteriormente la pena. No solo no ha habido reflexión de parte del agente, sino que la misma percepción del mal no ha podido ser clara ni distinta. La cólera es una especie de embriaguez incompleta.

Hay pues crímenes premeditados, ya directa, ya indirectamente, en el sentido de ser una consecuencia, que debió ser prevista, de un delito premeditado; crímenes no premeditados, y por último delitos provocados.

Estas distinciones morales obtienen el asentimiento de la conciencia universal.

Admitenlas todos los sistemas; porque el peligro y la zozobra no son iguales en las tres especies de homicidio. La justicia y la prudencia política deducen el mismo resultado.

Hay, á la verdad, crímenes á que no pueden aplicarse estas distinciones. Estos pormenores deben tratarse mas bien en el análisis de las diversas especies de delitos.

Pero, reconociendo que la provocación, exceptuando algunos casos, debe ser una causa general de disculpa para todos los delitos que pueden ser, por su naturaleza, resultado de una cólera repen-



tina, ¿cómo se habrán de determinar los motivos de provocación y su importancia relativa para la atenuación del delito? ¿Debe el legislador señalar de antemano los hechos de provocación que pueden solos hacer disculpable el hecho, y determinar hasta qué grado puede rebajarse la pena?

Tal es, en efecto, el método seguido en algunas legislaciones; pero nos parece poco racional.

El mismo hecho no produce siempre una provocación igualmente fuerte, ni una disculpa en igual grado legítima. Un hecho desdeñado por la ley puede llegar á ser, en circunstancias dadas, una provocación violenta, irresistible, y justificar la atenuación de la pena mas todavía que otro hecho materialmente mas grave.

Si hay casos en que la provocación debe eximir de toda pena, puede convenir que estos casos sean determinados por la ley, como conviene que la propia ley determine cuáles son los crímenes que no puede hacer disculpables ninguna provocación.

Pero, una vez admitido el principio de disculpa por la provocación, sería organizar una justicia muy tosea y muchas veces muy embarazosa para los jueces trazar con antelación el círculo en que han de encerrarse necesariamente sobre una cosa sujeta á tantas variaciones y modificaciones diversas. El legislador debería reducirse á fijar el *maximum* de la rebaja que puede recibir la pena en caso de que declare el jurado que es cierto el hecho de la provocación. También pudiera irse mas lejos, y preguntarse al jurado si el acusado ha cometido el delito en primero ó segundo grado de provocación. Las diferencias de cada grado deberían ser luego estimadas por el juez para la aplicación de la pena, porque suponemos que la ley se limita á fijar su



*maximum* y su *minimum* para cada grado de provocación. Por último, algunas legislaciones distinguen en las pependencias, en que hay comúnmente cólera y delito por ambas partes, el delito del primer provocador y el del hombre provocado; también se ha previsto el caso de una pendencia en que fuera imposible reconocer cuál ha sido el provocador.

## CAPÍTULO XXII.

### *De la negligencia.*

El hombre se conduce con negligencia cuando, antes de obrar, deja de adquirir las noticias necesarias para que su acción no sea ilegítima.

Si el mal derivado de un acto de negligencia recae de un modo sensible sobre la sociedad ó sobre los individuos, el culpable sufre una pena, ó es condenado á la simple reparación civil, según la gravedad de la culpa y las necesidades del orden social.

El mal material ocasionado por negligencia puede ser tan grave como el del acto deliberado. El mal moral es siempre menor.

El mal moral es proporcionado á la gravedad de la culpa.

La culpa está en razón directa de la posibilidad del acontecimiento nocivo y de la facilidad que tenia el agente de preveerle.

Recorriendo la serie de los actos de negligencia, se llega por una parte al *minimum* de la culpa, al acto que casi no podemos distinguir del caso fortuito; y por otra, al *maximum* de la negligencia, al acto cometido con conocimiento, no precisamente del mal determinado que se ha hecho, sino de la probabilidad de un mal en general.



*Casu delinquitur, cum in venando telum in feram missum hominem interfecit.* L. 11. §. 2. D. de pœn. (XLVIII. 19.). La culpa es minima, especialmente si se ha cazado con las precauciones de costumbre.

*Si putator, ex arbore ramum cum dejiceret, vel machinarius hominem prætereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat, nec ille proclamavit, ut casus ejus evitari possit.* L. 31. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.).

Pueden imaginarse casos mas graves todavia que el manifestado por el jurisconsulto romano.

Pero siempre es cierto que el acto cometido por negligencia y el hecho voluntario y deliberado no pueden, sin renunciarse á la sana razon, ser confundidos entre sí. Los jurisconsultos que se han complacido en confundir la negligencia gravísima con la intencion directa, han sido inducidos á error por los actos que solo dan lugar á la reparacion civil: han confundido la causa con su resultado. Cuando el orden social no reclama una pena, poco importa que el acto sea efecto de la intencion directa ó de una negligencia gravísima: la reparacion civil es proporcionada, en ambos casos, á la importancia del mal material. Puédese en tal caso no hacer distincion alguna, sin muchos inconvenientes, entre la negligencia y la intencion directa. Pero ante la justicia penal no pueden tratarse asi las cosas *grosso modo*; la pena debe ser, antes de todo, proporcional á la moralidad del acto y á la del agente: *In lege Cornelia dolus pro facto accipitur; nec in hac lege culpa lata pro dolo accipitur.* L. 7. D. ad leg. Cornel., de sicar. (XLVIII. 8.)

Para estimar el grado de negligencia, es menester tomar en consideracion sobre cada caso particular la condicion de la persona, el tiempo, el lu-



gar y la naturaleza del acto que ha sido causa inmediata del delito de negligencia. Es imposible reducir todos los diferentes casos á un corto número de fórmulas claras y precisas. Las tentativas que se han hecho sobre este punto han sido, á nuestro parecer, infructuosas. No se ha hecho mas, por decirlo así, que rebozar la dificultad con frases que la han dejado aparecer de nuevo enteramente en el instante de la aplicación. Si se teme dar á los jueces sobrada latitud en la aplicación de la pena, una latitud que hiciese necesaria un segundo y profundo juicio de su parte acerca del hecho, pudiera establecerse por la ley que la negligencia puede ser en primero y segundo grado, debiendo declarar el jurado cuál es aquel de que se culpa al acusado. El juez aplicaria luego la correspondiente pena, en los límites marcados por la ley, y que en tal caso serian mas reducidos.

De todas maneras, la graduacion de la negligencia, considerada como colocando al agente en estado de ignorancia ó de error acerca del hecho, es una cuestion individual que la ley deja al arbitrio de los jueces y de los jurados.

Si por el contrario, el acto es voluntario de suyo, la ley no admite mitigacion, so color de que el agente no conocia la ley que ha infringido. Sirve de regla que no disculpa la ignorancia del derecho.

Puede ignorarse la existencia de la ley positiva; pueden no comprenderse las relaciones de esta ley con la ley moral; por último, se puede creer infundadamente que la ley positiva es injusta, que prohíbe un acto lícito, y aun el cumplimiento de un deber. En este último caso, el agente puede cometer un crimen por motivos puros, desinteresados, y aun esponerse á grandes sacrificios para llevarle á



efecto. Los asesinos del mariscal de Ancre afirmaban que no sentían ningún remordimiento, que estaban convencidos de la legitimidad de su acción. Y seguramente es permitido suponer que el asesino del príncipe de Orange creía de buena fé ejecutar un acto de virtud y de heroísmo, cuando era Felipe, un rey, un monarca muy devoto, quien ponía el puñal en manos del asesino por un manifiesto publicado á la faz de la Europa, y en que prometía á quien matase á Guillermo magníficas recompensas y hasta ejecutoria de nobleza. Por último, nadie duda de que las atrocidades cometidas por un sentimiento religioso, como aquellas de que fue teatro el canton de Zurich hace pocos años, no hayan sido hechas con pleno convencimiento, por parte de sus autores, de que obedecían á un deber.

No insistiremos sobre los motivos del principio de que no disculpa la ignorancia del derecho, porque son sobrado conocidos. Es posible en rigor que un ciudadano ignore la existencia de una ley penal; es posible que no comprenda sus causas. Pero no podría la justicia humana admitir la prueba del primer hecho sin abdicar de sí misma, por decirlo así. Los hechos son innumerables en su variedad infinita; pero son limitadas las reglas de derecho penal, y todo hombre tiene medios de conocerlas, tanto á lo menos como se necesita para que se abstenga del crimen: *Cum jus finitum et possit esse et debeat.*

También es posible que un ciudadano no comprenda las relaciones de la ley positiva con la ley moral. Esto no le exime de conformarse con ella.

El tercer caso parece mas dudoso. Repugna á primera vista que se castigue á aquel que ha cometido el mal con el íntimo convencimiento de que hacía el bien. ¿Cuál es el hombre honrado que querría



pronunciar una sentencia contra aquel que hubiese infringido una ley que el mismo juez creyese inicua, una ley que prohibiese á los padres dar educacion á sus hijos? Ahora bien, aquel que infringe una ley justa creyendo firmemente que es inicua ó que no es obligatoria, ¿no está, tocante á él, en el mismo caso que aquel que quebranta una ley reprobada por la conciencia universal? ¿Podrá aplicársele la pena sin ofender á la justicia? ¿Será otra cosa el juicio que un acto de política?

Creemos que es mas lata la responsabilidad moral del hombre. Si, no estando atacado de locura, concibe y alimenta errores funestos, opiniones extravagantes, desmentidas por la conciencia universal y por la ley escrita, debe atribuirse esto á su vida interna, á toda su vida moral. Pervertida su alma por inclinaciones no reprimidas ó errores admitidos con ligereza y halagados hasta el punto de degenerar en fanatismo y supersticion, ha echado voluntariamente un velo sobre su inteligencia. Voluntariamente se ha colocado en cierto modo fuera de la humanidad. No le llega ya la verdad, no por efecto de una enfermedad, no por efecto de un instante de ceguedad pasagero, no por efecto de un momento de distraccion tocante á algunas circunstancias de hechos variables y materiales, sino á causa de una barrera interior que el mismo hombre ha levantado. ¿Qué digo de que no le llega la verdad? él la ha arrojado de sí. Su conciencia le hablaba al principio el lenguaje de la humanidad, y le alumbraba con su luz. Pero él la ha apagado; y esto no puede ser, no ha sido obra de un instante ni de un dia.

Es tanto menos disculpable, cuanto que la voz solemne de la ley, la conciencia pública formalmente



revelada en las palabras del legislador, la autoridad del poder conservador del orden social, todo le advertia de su yerro. Era advertido de él con tiempo, y de modo que la advertencia podia serle útil y saludable. Su inteligencia ha tenido lugar de comprender, su libertad ha podido elegir; si el socorro ha sido nulo, es porque antes, mucho tiempo antes, poco á poco y voluntariamente, habia cerrado, por decirlo asi, las puertas de la verdad á su espíritu: *Imputet sibi.*

Hay, á la verdad, pueblos enteros que han hecho falsas aplicaciones del principio del bien y del mal. Hay pueblos en que los hijos manifiestan á sus padres su adhesion filial abreviando los dias de su vejez. ¿Debe ser graduada la responsabilidad moral de estos pueblos, á los ojos de la justicia absoluta, de diverso modo que la de un individuo que se estravía en medio de una sociedad civilizada, que piensa, habla y obra de diverso modo que él; en que la enseñanza, la religion, las costumbres y las leyes contradicen á cada paso sus funestas opiniones? Esta investigacion nos llevaria demasiado lejos de nuestro objeto. Cuando el error es comun, el legislador participa de él, ó cuando menos no se atreve á combatirle de frente. Todavía se quemán viudas, tal es por lo menos nuestra creencia, en las posesiones inglesas de la India.

Es menester no confundir la ignorancia del derecho con la inobservancia de las reglas que la ley impone con el fin determinado de evitar accidentes y desgracias.

El maestro de obras que, omitiendo las precauciones mandadas por los reglamentos de policia, ocasione la muerte de algun trabajador ó transeunte, no es culpable de homicidio voluntario, por la sola



razon de que se reputa que ha conocido dichos reglamentos. A la verdad, es culpable de haberlos infringido voluntariamente; es culpable de esto, aun cuando tal omision no hubiese acarreado ningun accidente; pero, por lo que hace al homicidio, solo le es imputable la negligencia. El acto deliberado y de voluntad es la omision; el homicidio es una consecuencia que le es mas ó menos imputable, segun que el accidente tenia mas ó menos probabilidad; pero en aquella no habia intencion directa de cometerle. La inobservancia de la ley puede ser á la verdad un delito *sui generis*, y un acto que revele la negligencia del agente, relativamente á otro hecho.

## CAPÍTULO XXIII.

### *De la violencia.*

Tiene lugar la violencia propiamente dicha cuando, cediendo un hombre á una fuerza fisica irresistible, ejecuta una accion que no hubiese cometido si hubiera sido libre de obrar ó no. El acto, siendo involuntario, no es imputable. El autor inmediato del hecho es solo un instrumento material.

Pero la violencia fisica es un acto raro en extremo y muy poco probable. Puede producir mas bien una omision que un hecho positivo; porque es mas facil impedir á una persona que obre, que violentarla fisicamente á que haga algo.

Queda la violencia moral. Encuéntrase uno en estado de violencia moral cuando se está entre dos males inmediatos, de modo que uno de los dos sea imposible de evitar. Aquel que, en tal situacion, toma el partido de cometer el acto vedado, no se conduce involuntariamente; no está paralizado verda-



deramente el juego de su libertad, pero la facultad de elegir está encerrada en límites muy estrechos. No puede mantenerse pasivo, en el sentido de que no puede menos de tomar alguno de los dos partidos que le quedan; padecer un mal inmediato, ó hacer daño á otro.

Es menester examinar primero la naturaleza moral del mal que se quiere apartar. Este mal puede ser justo, injusto, ó no tener moralidad alguna, ser de fuerza mayor.

Hacer daño á otro, quebrantar la ley por evitar un mal de que estamos afligidos ó amenazados con justicia, es infringir una obligación, es hollar el derecho. No ha lugar á justificación ni á disculpa. Tampoco hay violencia moral, en el sentido de que el único partido que se debe tomar es someterse, padecerse las consecuencias de las propias faltas, mientras por lo menos no sea posible desviarlas sino infringiendo un deber y menoscabando el derecho ajeno. El disipador, el holgazan, no tiene el derecho de apoderarse de la hacienda ajena por evitar el hambre y la vergüenza, así como el reo de muerte no tiene derecho de matar á sus guardias para evadirse.

Tocante á los males injustos, tenemos el derecho de rechazarlos, y aun con la fuerza, en caso de necesidad. Solo somos responsables del exceso de la defensa. No hay duda, ni incertidumbre en la elección; no hay, propiamente hablando, violencia moral, así como no la hay respecto de aquel que, en vez de perder su crédito, promueve una acción judicial contra su deudor.

¿Sucede lo propio cuando, por evitar un mal injusto, en vez de dar contra el ofensor, cometemos un acto perjudicial á tercero?



El principio riguroso es que nadie tiene derecho de hacer daño á otro con el fin de evitar un mal. No hay pues motivo de justificacion: *Suum cuique incommodum ferendum est, potius quam de alterius commodis detrahendum.* (Ciceron.) No siendo imputable al tercero la justicia del mal que queremos evitar, no puede justificar nuestra accion respecto de él. Su derecho subsiste entero, y no estamos autorizados para descargar sobre su persona el peso de que nos encontramos abrumados. Por lo que hace á él, no puede llamarse injusto el mal que queremos evitar, una vez que no es autor suyo: por lo que hace á él, es como si estuviéramos amenazados de un mal de fuerza mayor, sin ninguna moralidad.

Ahora bien, en este caso no quedaríamos justificados haciéndole daño, como no quiera impedirnos evitarle, ó si, viéndose amagado del mismo mal que nosotros, procurase huir de él á nuestras espensas. Por *summum jus* pudieramos entonces rechazarle y sacrificarle á nuestra salvacion. Pero no es posible ninguna justificacion respecto de aquel que nada tiene que ver absolutamente con el mal que nos amenaza.

¿Hay por lo menos motivo bastante de disculpa?

Es evidente que la pregunta no admite respuesta absoluta y general.

¿Quién podría disculpar á aquel que, por evitar el incendio de su casa, entregase su huésped á un asesino, ó á aquel que, por evitar la pérdida de sus efectos, cualquiera que fuese su valor, aligerase su embarcacion arrojando un pasajero á la mar?

Asi, en caso de males desiguales, no hay disculpa si se causa á otro la muerte ó un mal de mucha gravedad por evitar un mal mas leve.



Si el mal que se desea evitar es de una importancia casi igual á la del mal que se causa, no hay disculpa tampoco, si se hace á otro un mal cualquiera por evitar un mal llevadero. Cometer un robo por comprar el silencio de un calumniador es un hecho sin disculpa.

En una palabra, el acto no puede ser disculpable sino cuando el agente cede al instinto de su propia conservacion, cuando se encuentra á la vista de un peligro inminente, cuando se trata de la vida. No se acusa á aquel que, en la alternativa de morir de hambre en medio del océano, degüella á su compañero de desgracia, y busca un alimento horroroso en el banquete de un tigre. Ni se le acusa ni se le justifica; se le compadece, se le disculpa y exime de toda pena.

¿Para qué castigarle, en efecto? ¿Qué utilidad reportaria el orden social de semejante castigo? ¿Cuál es el peligro, cuál la zozobra que inspiran semejantes actos? ¿Qué interés hay en prevenirlos, en tener una víctima en lugar de otra, ó dos en lugar de una sola? Aquel asimismo que, amenazado de veras de una muerte cercana, consiente por evitarla en convertirse en instrumento de un crimen, es disculpable. Le falta el heroismo, pero ¿puede exigirle la justicia humana? El acto no es legitimo, pero ¿será conveniente la amenaza de un castigo? Aquel que teme la muerte, que prefiere cometer un homicidio á perder su propia vida ¿se contendrá con la amenaza de una pena remota?

El orden material, único que la justicia humana está encargada de mantener, no requiere la represion de actos cometidos en tan terribles circunstancias. Como ha observado un célebre criminalista: *Juris conditores... conatum magis et quasi adumbrationem.*



*virtutis quam virtutem ipsam à subditis exigunt.* Cremani. de jur. crim., lib. 1. part. 1. C. 4. §. 4.

¡Guárdenos el cielo de considerar estos actos como plenamente justificados á los ojos de la justicia moral!

El hombre debe sacrificar al deber hasta su propia vida. Tiene el deber de conservarla, pero un deber mas sagrado todavía le manda respetar la ajena. El mayor número de jueces que sentenciaron á Luis XVI votaron poseidos del terror, de un terror que no era pánico: si este príncipe hubiera sido absuelto, es sumamente probable que muchos de los individuos de la Convencion hubieran sido pasados á cuchillo por los bandidos que rodeaban la asamblea; muy probablemente el mismo rey habria sido asesinado. ¿Y quién se atreveria sin embargo á justificar el voto de estos jueces? La pequeña república de Ginebra se vió tambien ensangrentada por las iras de un puñado de bandoleros que remedaban á los terroristas de Francia. Pero en Ginebra, lo mismo que en Francia, hubo tambien esos actos de firmeza y de valor que, en medio del desenfreno del crimen, parecen destinados á protestar en favor de la naturaleza humana, y á conservar el hilo de la tradicion del bien y de lo justo. Un dia, entre otros varios, en que los escaños de la justicia estaban ocupados por hombres íntegros y de un carácter eminente, comparecieron ante el tribunal de Ginebra dos hombres sobremanera odiosos á la faccion dominante, rodeados de hombres feroces que pedian á gritos su muerte. Ni las amenazas ni el terror fueron capaces de alterar el ánimo de los jueces. Los acusados fueron absueltos, pero no evitaron la muerte, pues fueron sacrificados al pie de la escalera del tribunal. Los jueces que podian absolverlos, no tenian ningun me-



dio de defenderlos. Este crimen podia haber sido previsto, y los jueces tenian todos los motivos de temer su realizacion; podian temer tambien poner en riesgo su vida, sin salvar la de los acusados. ¿Quién se atreveria sin embargo á censurar su sentencia y no ver en ella mas que un acto de sandez, un cálculo errado? ¿Quién se atreveria á asegurar que una sentencia fundada en tales consideraciones no habria sido, cuando menos, un acto de flaqueza muy vituperable?

Sin embargo la gravedad de las circunstancias puede ser, en ciertos casos, una disculpa moral y legal á la vez. El mal moral y el mal político quedan ambos rebajados, cuando solo han podido evitarse con un esfuerzo que exige se despliegue todo el poder y valor que encierra en su mas alto punto la naturaleza humana. La mitigacion moral es particularmente legitima cuando el agente se ha visto asaltado, por decirlo asi, de acontecimientos imprevistos que han embarazado su libertad y oscurecido al mismo tiempo la luz de su razon; entonces es disculpable por violencia moral y por ignorancia.

Antes de dejar esta materia, no será inútil hacer observar lo difícil que es, en ciertos casos, graduar exactamente la moralidad de las acciones que parecen cometidas por violencia moral. Muchas veces sentimos en nosotros mismos una diferencia íntima entre dos actos, sin que nuestra razon llegue á encontrar analizando el hecho una explicacion satisfactoria de la diversidad de nuestros sentimientos.

Unos navegantes acosados por una borrasca arrojan al mar el bien ageno por salvar sus personas: su accion nos parece, no disculpable, sino legitima. Un infeliz que se siente próximo á espirar de inanición, despues

:



de haber suplicado inútilmente á un panadero que le dé un pedazo de pan, le toma por fuerza ó por astucia; probablemente será castigado por ladrón; el juicio nos parecerá acaso severo, pero no nos reconocemos con derecho para declararle inicuo. No obstante, en ambos casos se trata de destruir la propiedad ajena; en ambos casos esta destrucción se hace por la necesidad de salvar la vida, por instinto de la propia conservación. Vituperaríamos severamente al propietario de las mercaderías, en caso de que tuviese poder y valor para oponerse al arrojamiento de ellas al mar comprometiendo de esta manera la vida de los viajeros; no menos severos seríamos con el panadero que dejase morir de hambre á un mendigo sobre el umbral de su puerta. Tales son las analogías de los dos casos: ¿cuáles son las diferencias?

¿De dónde viene vuestra reprobación? Del deber que encontramos tienen ambos propietarios de acudir en auxilio de sus semejantes, especialmente en caso de absoluta necesidad. Si tal es el deber moral de los propietarios, tienen un derecho cualquiera aquellos á quienes se debe el socorro. Hasta aquí la analogía es completa. Pero los deberes son unos requeribles, y otros puramente morales; á los primeros corresponden derechos positivos y perfectos, á los otros derechos imperfectos. El derecho perfecto autoriza á buscar en su ayuda la autoridad pública, y en caso de necesidad, hasta la fuerza particular. El derecho imperfecto no tiene tal eficacia; aquel que le ofende, solo es responsable del acto ante la justicia moral. Ahora bien, ¿son de igual naturaleza el derecho del mendigo y el del navegante? ¿Son correlativos á dos deberes requeribles?

Entre el mendigo y el panadero no hay mas relación que el vínculo general de la humanidad. El men-



digo se muere de hambre, el panadero es un hombre duro, avaro é inhumano; pero ¿es causa directa del hambre ó de la muerte del primero? ¿Le ha usurpado sus derechos? ¿Le ha privado de algo, despojado de algun medio? ¿Ha invadido la esfera de su individualidad? No. Ó sino, ¿ha ocurrido entre él y el mendigo algun hecho particular que haya modificado legítimamente las relaciones generales de un hombre con otro y colocado á estas dos personas en una situacion particular? No, tampoco; no media pues deber requerible. Si el mendigo toma el pan legítimamente, todos los mendigos del pais, todos los mendigos de la tierra tendrán el mismo derecho.

¿Sucede lo propio respecto del propietario de mercaderías y del navegante? No lo creemos.

Cuando un buque va cargado de cosas y de personas, este hecho establece una particular relacion entre tales personas y los propietarios de tales cosas. Es sabido que la navegacion tiene sus riesgos; se reúnen para arrostrarla, y corren la misma suerte. Pero aunque las leyes guardasen silencio y no se hiciera ningun convenio espreso, no por eso dejaria de reconocer la razon condiciones tácitas, un estado especial de derecho entre estas personas, y una de estas condiciones seria que, llegado el caso, se arrojarán al mar las mercaderías por salvar la vida de los marineros y viajeros. Supóngase lo contrario, y supóngase al mismo tiempo que haya un medio de asegurarse de que en caso de necesidad se aligerará el buque arrojando á la mar á los pasajeros, ó que no se le ha de aligerar; supóngase proclamada esta ley en el puerto al tiempo de darse á la vela, y veremos al mismo tiempo quedarse en tierra á los viajeros; y si algunos de ellos se embarcan, serán mote-



ados de imprudentes ó tenidos por unos infelices que se ven obligados á sacrificarse al capricho y á la fuerza.

Supuesto esto, figurémonos al buque acosado por una borrasca, y próximo á zozobrar si no se le descarga de gran parte de su peso. El propietario está á bordo; cegado por la codicia se opone á que se arrojen al mar sus mercaderías. ¿Está en el caso del panadero que le niega el pan al pobre? De ninguna manera. Una obligación positiva, derivada del hecho especial que ha mediado entre él y sus compañeros de infortunio, le manda no resistirse á la avería. Oponiéndose á ello, usurpa los derechos ajenos, y quiere privarles con provecho suyo de un medio de salvacion que les corresponde. En el momento en que el buque no ha podido salvarse mas que arrojando las mercaderías, desapareció su derecho de propiedad; no porque un hombre cualquiera tenga urgente necesidad de su bien, sino porque tal es la ley natural que se deriva del hecho especial que le ha colocado en una relacion determinada con la gente del buque; las mercaderías solo han sido embarcadas con esta condicion; poco importa que sea tácita ó espresa. ¿Es igualmente propietario del buque, su capitán? La cuestion no cambia con esto, siempre es la misma la condicion con que se han embarcado los demas. Subsisten el mismo hecho especial, la misma relacion necesaria de derecho, el mismo deber requerible. ¿Hay á bordo un hombre que ha sido recogido casualmente en alta mar, y solo por caridad? ¿Qué importa? Con negarse á recibirle, se habria imitado al panadero que le niega el pan al pobre: hubiérase infringido un deber, pero no un deber requerible. Pero una vez admitido á bordo, está bajo la proteccion de la ley comun; el mismo hecho establece en favor suyo la



misma relacion que ha establecido para los demas. El panadero puede negarse á dar el pan; pero, dado que le haya una vez, no puede recogerle ya.

Asi los navegantes no estan en estado de violencia moral; su accion es legitima, y no hacen mas que ejercer un derecho. Su acto está justificado por su inocencia intrínseca, á pesar de su apariencia criminal (cap. XIII.). El pobre que se está muriendo de hambre se encuentra en estado de violencia moral: en el supuesto tiene solo que escoger entre el robo y la muerte. Su accion es ilegítima, pero disculpable.

El grado de la disculpa depende de las circunstancias. Si el agente se encuentra en la necesidad de escoger entre dos males, sin que de parte suya haya ninguna culpa, la imputabilidad moral será muy corta, si el mal que evita es muy grande, y muy leve aquel que comete: lo contrario sucederia en circunstancias opuestas.

Aqui se presenta de nuevo la observacion que ya hicimos acerca de la incapacidad en que está el legislador de preveer todos los casos disculpables y fijar con antelacion todos los grados de disculpa. Pero esta incapacidad no justifica una legislacion en que, por eludir la dificultad, se quiera prohibir á los tribunales hacer mérito de ninguna modificacion de la culpabilidad que la ley no hubiese previsto. El jurado debe tenerlo presente para declarar no culpable al acusado, por lo menos á los ojos de la justicia humana, siempre que la culpabilidad le pareciese sumamente leve por la violencia moral. Cuando la disculpa no alcanza á impedir la declaracion de culpabilidad, tócale al juez examinar si, á lo menos, no se está en el caso de aplicar el *minimum* de la pena establecida por la ley. El juez debe hacer tambien mé-



rito, en la esfera de sus poderes, de la moralidad del agente en cada caso particular.

## CAPÍTULO XXIV.

### *De la imputacion.*

Hemos llamado *imputacion* á la declaracion del poder competente que afirma la culpabilidad de un individuo determinado, como autor responsable de un hecho señalado y prohibido por la ley penal.

De las doctrinas que hemos espuesto acerca de la naturaleza y condiciones de la imputabilidad se deduce:

1.º Que siendo la declaracion de culpabilidad nada mas que una graduacion de la moralidad individual, en cierto momento y en sus relaciones con un hecho particular ejecutado por un individuo determinado, el legislador debe dejarla al libre albedrío de la conciencia del juez, el cual examina todas las pruebas alegadas en la acusacion y en la defensa.

2.º Que graduándose solo la moralidad por la justicia humana en los límites del orden material, el juez no debe certificarse del desmerecimiento moral y absoluto del acusado, ni de sus intenciones perversas en general, sino únicamente del concurso positivo de la inteligencia y voluntad del agente en el acto ilícito previsto por la ley penal, la *resolucion criminal*.

3.º Que en su consecuencia, al graduar la culpabilidad especial, la imputacion debe ser proporcionada á la malicia del agente, solo en el sentido de que la justicia debe tener presentes, ya las causas involuntarias que puedan haber obscurecido la inteligencia ó embarazado la libertad del agente, ya los



hechos que prueben que ha obrado por un movimiento irreflexivo, en circunstancias disculpables, ó, por el contrario, con reflexion y sin viso de disculpa.

4.º Que si el legislador puede dar algunas instrucciones generales para estimar estos diversos grados de culpabilidad y aplicar una pena proporcionada, no puede empero, sin despojar de toda moralidad á la administracion de justicia, dictar con antelacion los fallos particulares que debe pronunciar el juez en cada caso particular.

En otra parte encontrarán un lugar mas conveniente la esplicacion ulterior de estas proposiciones y su aplicacion respectiva tocante á la forma de los procedimientos.

Debemos sin embargo esponer aqui anticipadamente algunas consideraciones acerca de la marcha lógica que debe seguir, cuanto sea posible, la justicia humana para fallar con mas certidumbre acerca de la imputabilidad. Estas reflexiones pueden arrojar alguna luz sobre las materias que trataremos en breve.

Preguntar los medios de convencerse de la culpabilidad del agente material de un hecho prohibido por la ley penal, es preguntar los medios de tener conocimiento de los actos internos de otro hombre.

Es ya tan difícil, en un gran número de casos, adquirir pleno y total convencimiento de la realidad de la accion material imputada al agente, que se tiene razon en temblar cuando se piensa que hay que fallar al mismo tiempo sobre la parte moral del hecho. No basta decir: Fulano ha herido á uno; es menester decir: Fulano es culpable de esta herida.

Recordemos primeramente algunas nociones esenciales.



La justicia humana no lee en los corazones: es necesario buscar con trabajo la verdad, con la ayuda de hechos materiales capaces de convencer á una conciencia ilustrada.

Tocante al acto exterior, el juez recibe algunas veces la prueba mas directa que puede esperar, la prueba testimonial. Sin embargo el testimonio no gira siempre sobre el acto mismo que se imputa, sino sobre las circunstancias que le han precedido, acompañado y seguido. Entonces la justicia procede arguyendo de los hechos secundarios el hecho principal, aventurándose á establecer un sistema de causales para el caso especial de que se trata. En otros términos, solo forma su conviccion por *inferencia*.

Este juicio es el único que puede pronunciar tocante al acto interno, tocante á la intencion del agente. En este mundo no hay mas que un solo testigo directo de la intencion, y es el agente mismo.

Empero, sin examinar ahora si conviene ó no hacer uso de este medio de prueba, los casos en que él pudiera satisfacer la conciencia del juez no son tantos que deban destruir la regla que acabamos de establecer.

Solo pues procediendo de lo conocido á lo desconocido, de los hechos exteriores y sensibles á los hechos internos y que no estan al alcance de los sentidos, es como puede llegar el hombre á conocer lo ocurrido en la interioridad, en el *yo* de uno de sus semejantes. Cuando no haya sucedido nada material y sensible, el hombre no tiene que pronunciar ningun juicio, todo lo ignora. Le son necesarios *hechos*.

Pero ¿qué son, para una induccion tan peligrosa, los hechos secundarios, accesorios, y que



no tengan ninguna relacion directa ni inmediata con la pretendida intencion criminal? Se está conspirando; y Pedro, que se encontraba ausente, vuelve de repente á su pais sin un motivo satisfactorio al parecer, aunque habia dicho que sería largo su viaje: muchos conspiradores eran conocidos suyos, y al llegar se apresura á participarles su vuelta y verlos á todos. Á pocos dias estalla la conspiracion. Nada ostensible ha hecho Pedro; no importa; conspiraba con ellos. Se le acusa por lo menos, y jueces complacientes le condenan. Dícenle conspirador; ¿qué saben ellos? ¿Qué vínculo necesario hay entre los hechos de Pedro, y el designio de conspirar? ¿No se ha suspendido nunca un viaje por capricho, por cansancio, por no haberse calculado bien los recursos pecuniarios, por haberse despertado una pasion que el honor impide declarar, en fin, por otras mil causas distintas y que nadie se cuida de revelar? ¿Quién vuelve á su pais nativo sin desear ver á sus amigos? ¿Se le ocurre á nadie escribirles: Venid á verme, siempre que no hayais tramado en mi ausencia alguna conspiracion?

Menester es pues distinguir diversos órdenes de hechos.

Un hombre comete una falsificacion de escrito privado, haciendo desaparecer por medio de procedimientos químicos algunas palabras de un acto y sustituyéndoles otras ventajosas para él

Sigamos á este hombre en la perpetracion de su crimen. Mientras le meditaba y trabajaba en cometerle, no ha dejado de hacer el mismo método de vida. Bebia, comia, salia, volvía á su casa, veía á sus amigos y despachaba sus negocios. Estos son hechos de la vida ordinaria. ¿Qué relacion hay,



aparente por lo menos, entre estos hechos y la intencion de cometer una falsificacion? Ninguna.

Al mismo tiempo se ha proporcionado, de un modo mas ó menos mañero, mas ó menos clandestino, sustancias químicas, siendo asi que él no se ocupaba de química; se ha encerrado en su cuarto con mas frecuencia que solia; se han encontrado en él pedazos de papel en que se habian hecho varias pruebas para borrar lo escrito &c. ¿Qué connexion tienen estos hechos con la intencion de cometer una falsificacion? Una connexion incierta, puramente conjetural. Cuéntense estos hechos á diez personas prudentes y honradas, cada una de las cuales tenga formado igual concepto de la moralidad del individuo. Si goza de buena reputacion, nadie sospechará el crimen; si su reputacion es equívoca, podrán despertarse sospechas en el ánimo de alguno. Si su reputacion es mala, acaso todos sospecharán que meditaba un crimen. Pero dígaseles, en este último caso, que afirmen sobre su alma y sobre su conciencia que aquel hombre ha meditado declaradamente un crimen, y el crimen cabalmente de falsificacion de escritura privada: por muy persuadidos que esten de los hechos que se les hayan contado, no afirmarán nada.

Manifiésteseles por último que el mismo hombre ha sustraído un acto con sello privado, que por medio de un procedimiento químico ha borrado de él ciertas palabras, y que luego, procurando imitar la letra del escritor primitivo, les ha sustituido otras de tal naturaleza que el papel representa, en vez de una obligacion onerosa, una obligacion á su favor; convénzaseles de la verdad de estos hechos, y no titubearán en inferir que aquel hombre *ha tenido intencion* de cometer el crimen de falsificacion. ¿Por qué?



Porque ven una relacion directa entre estos hechos materiales y la intencion de cometer dicho crimen.

¿Quién nos revela esta relacion, esta conexión? Ya lo hemos dicho; nuestra conciencia. Le aplicamos el mismo juicio que pronunciaríamos sobre nosotros mismos en circunstancias análogas. (cap. X). No suponemos que un ente razonable se conduzca de tal modo sin saber que comete un acto ilícito, y sin tener intencion de sacar provecho de él.

¿Podemos sacar fundadamente igual induccion de los hechos ordinarios de la vida, y aun de los hechos particulares que hemos mencionado? No; porque la conciencia y la esperiencia nos enseñan que tales hechos son compatibles con la pureza de nuestras intenciones.

Los hechos del segundo orden son, á la verdad, actos de ambigüedad. Pueden ser efecto de una resolución criminal, pero tambien lo pueden ser de un proyecto irreprensible, y no es necesaria su conexión con aquella.

El crimen es resultado de dos hechos: de un hecho interno, y de un hecho exterior; de un hecho interno que es la causa, y de un hecho exterior que es el efecto. Trátase de proceder del efecto á la causa, de aplicar á los juicios criminales el mismo método que sirve al hombre para descubrir nuevas verdades, y es un principio de creencia. ¿Pero puede haber certidumbre moral acerca del proyecto criminal, la única que sobre estas materias es posible, si los hechos esternos son tales que pueden ser asimismo resultado de otra causa, de un pensamiento y de una resolución sin tacha?

Los actos de ejecucion son pues, antes de todo, los hechos que pueden servirnos de base para llegar hasta el intento criminal del agente. En un bill pre-



sentado al parlamento de Inglaterra en 1737 (9 Jorge II, cap. 35, secc. 10, 13), habia una cláusula que aplicaba la pena de deportacion á todas las personas que viajasen con armas en número de tres, si dos testigos aseguraban que habian tenido *intencion* de cometer ó favorecer el crimen de contrabando. No solo no se requeria la prueba del hecho material del contrabando para justificar la intencion, sino que se privaba al jurado de hacer la *imputacion* y se encargaba de ello á dos testigos. Asi decia un par de Inglaterra desechando el bill:

“En nuestras leyes no conocemos el crimen establecido por inferencia, y la intencion maliciosa no puede ser probada por testigos. No puede admitirse otra prueba que la de los hechos. Tócales luego al juez y al jurado inferir de los hechos probados, si han sido ó no cometidos con intencion criminal. Pero ningun juez, ningun jurado tiene, segun nuestras leyes, el derecho de suponer, y menos todavia el de decidir, qué actos indiferentes de suyo han ido acompañados de una intencion criminal.”

Hay mas: la prueba de la ejecucion del hecho material por el acusado basta muchas veces por sí para producir pleno convencimiento de la culpabilidad del agente. Pruébese que Fulano ha echado abajo las puertas de una casa, asesinado á su propietario, y robado el arca del dinero; seguramente el jurado no requiere mas para declarar á Fulano *culpable*, para resolver que ha obrado voluntariamente y á sabiendas. Y es porque el hecho, no siendo susceptible de suyo de dos esplicaciones, la culpabilidad de Fulano está suficientemente establecida, á menos de que, por via de escepcion, no esté positivamente demostrado que en el momento de la accion se hallaba privado de su libertad, ó de su na-



tural inteligencia. La presuncion de culpabilidad que pesa sobre todos los hombres de cierta edad, autores de hechos prohibidos por la ley penal, adquiere, por la naturaleza del hecho material, el grado de certidumbre moral.

Pero el acto material no está siempre en una relacion tan íntima y tan necesaria con la resolucion criminal.

Fulano, que es farmacéutico, se ve acusado de envenenamiento, á causa de haber equivocado una receta medicinal, ora dando veneno en lugar de la sustancia prescrita por el médico, ora acrecentando la dosis señalada: ¿bastará probar que Fulano ha sido verdaderamente autor del hecho material para inferir de esto que es *culpable* de envenenamiento? Su inocencia es conciliable con el hecho material.

Puede ser una desgracia y no un crimen, efecto de un momento de distraccion, cuando mas de una negligencia. Menester será pues probar la culpabilidad con otras circunstancias. Menester será probar, por ejemplo, que Fulano era enemigo capital del difunto; que por equivocacion ó aturdimiento el criado ha ido aquella vez á su botica; que despues de haber despachado la receta, Fulano ha dado muestras de tener una agitacion extraordinaria; que, contra su costumbre, ha preguntado á muchas personas por la salud del enfermo; que no ha apuntado la receta despachada &c. &c. Probadas estas circunstancias, un juez podrá acaso declarar la culpabilidad del acusado.

Importa hacer aqui algunas observaciones.

1.<sup>a</sup> Cuando para completar la prueba de la intencion criminal se necesitan algunas circunstancias accesorias, otros hechos distintos del hecho material, como sucede en los casos que acabamos de ver, es—



tos mismos hechos ó circunstancias accesorias serán alegados probablemente en la acusacion, no solo para probar la resolucion criminal de Fulano, sino tambien con el fin de probar mejor que ha sido efectivamente autor del acto material del envenenamiento. Pero esta prueba supletoria é indirecta de la accion material no es necesaria de suyo. La ejecucion del hecho material pudiera estar plenamente probada por otra parte; pudiera serlo por prueba directa, lo cual no es posible nunca para la intencion criminal. Asi pues, alégueselas ó no, aun cuando sea con el fin de establecer la accion fisica del acusado, estas circunstancias accesorias no dejan de estar por eso destinadas *esencialmente* á probar la imputabilidad cuando no resulta del simple hecho material.

2.<sup>a</sup> En este caso, la *imputabilidad* del acusado estaria pues reconocida, aunque no revelada por la accion material; lo cual parece, á primera vista, contradictorio con nuestra teoría. Tambien aqui no es mas que aparente la contradiccion. Seguramente hay hechos prohibidos por la ley penal, cuya ejecucion material *no basta* para convencer de la culpabilidad del agente; hemos dado de ello un ejemplo. Pero ¿es menos esencial por eso la prueba de la ejecucion ó del principio del hecho material? ¿Qué son todas las circunstancias accesorias si se les quita este apoyo? Si se minan los cimientos de un edificio, todo él se viene á tierra. Porque se ha verificado el envenenamiento, porque el veneno ha sido en efecto suministrado por Fulano, por eso las circunstancias que no constituyen el hecho material, que podian no haber existido, aunque el hecho se hubiese llevado á efecto, toman cuerpo y cobran importancia, luego que se ha demostrado su realidad. Pero prescindase del hecho material y consérvense estas circunstancias, y



entonces ya no queda nada. Fulano ha sido quien despachó la receta; Fulano era el enemigo capital del enfermo; Fulano es quien preguntaba con zozobra por la salud de su enemigo &c. &c. Pero está probado por otra parte que la pócima dada por Fulano fue tirada sin ser reconocida, que se puso otra en su lugar; en una palabra, el hecho material contra Fulano ha desaparecido. Lo repetimos, ¿qué queda entonces? Nada, aun cuando la justicia humana pretendiere tomar conocimiento del simple delito moral, de la sola resolución criminal.

3.<sup>a</sup> No vayamos tan lejos: en vez de suponer que el hecho material contra Fulano está destruido por la prueba de que debe ser atribuido á otra persona, figurémonos únicamente que el juez está dudoso acerca del acto material; no del acto material considerado en sí mismo, sino acerca del autor de él. Si no miente á su conciencia, el juez absolverá al acusado. ¿Podría efectivamente disipar sus dudas con el convencimiento de las circunstancias accesorias? ¿Podría inferir de estas circunstancias, aisladamente consideradas, que el veneno dado por Fulano ha sido efectivamente la causa de la muerte del enfermo, y que Fulano habia tenido intencion de envenenar á su enemigo?

Porque, nótese esto, es menester en tal caso que las circunstancias accesorias concurren á dos fines; que completen la prueba del hecho material y la de la intencion; que afirmen primero las bases del silogismo, y luego que les den la eficacia de que carecen para fundar esta conclusion: Fulano ha obrado con intencion criminal.

4.<sup>a</sup> Pueden, seguramente, imaginarse otras circunstancias que acrecenten el número de las que hemos mencionado por via de ejemplo. No queremos asegurar que no pueda hallarse nunca una coleccion



de hechos secundarios, capaz de producir á la vez el convencimiento de la culpabilidad material y moral del agente, suplir primeramente la falta de la prueba directa de la ejecucion del hecho material, y completar luego la de la intencion cuando no resulta suficientemente de la naturaleza del hecho ejecutado. La conciencia del juez puede, en ciertos casos, contentarse con estos medios de induccion.

Téngase empero cuidado de no confundir los hechos secundarios, que sirven de medios para llegar hasta el hecho principal y reconocer su autor, con las pruebas de ellos. Estos hechos secundarios pueden servir, es verdad, de pruebas indirectas y circunstanciales del hecho principal, pero con la condicion de que cada uno de ellos, de que cada medio de induccion esté plena y directamente probado; que lo esté considerado como hecho material *sui generis*, que lo esté por último independientemente de toda suposicion gratuita de intencion criminal, relativamente al hecho principal. Si se supone arbitrariamente la intencion, es facil reunir en derredor de esta hipótesis una porcion de actos secundarios, de circunstancias accesorias, que cobrarán así una vida, un colorido capaz de hacer una gran impresion sobre los ánimos distraidos. Pero este es un procedimiento que ni la justicia ni la lógica reconocen. Primeramente debe probarse la ejecucion ó el principio de ejecucion del hecho material, como si no se tratase de escudriñar la intencion. Probado una vez este hecho, basta ó no para revelar la intencion criminal. Si basta, está dicho todo. Si no basta, es necesario entonces examinar si las circunstancias accesorias, ya las mismas que han servido para inducir el hecho material, ya otras diferentes, dan una prueba complementaria de la intencion criminal del agente.



5.<sup>a</sup> Por último, el juicio sobre el hecho considerado como obra del acusado, y el formado sobre la intención criminal del agente, no son en la práctica dos actos tan distintos como nos los figuramos por el análisis. Cabalmente porque la prueba de la ejecución del hecho material comprende las mas veces la de la culpabilidad del agente y el convencimiento de su crimen, por uno y otro de los elementos que le constituyen, se forma, por decirlo así, de un solo golpe la conciencia del juez. Pero, aunque el juez no se dé siempre exacta cuenta del procedimiento intelectual que engendra su doble convencimiento, aquel no es menos verdadero y el único conducente á hacerle descubrir la verdad.

Ahora podemos estimar en su justo valor una distinción que los prácticos han espresado, según su costumbre, en términos bastante singulares. Queremos hablar de la distinción de la *culpabilidad (dolus)* en *real* ó *personal*; otros han dicho *presunta* ó por *demostrar*; *objectiva* ó *subjectiva*. Estas espresiones les han sido, al parecer, sugeridas por el derecho romano. Por una parte han encontrado el principio de razón: *Dolum ex indiciis prespicuis probari convenit*, enunciado literalmente, entre otros, en la *L. 6. C. de Dol. mal*; por otra, en el fr. 36. *D. de Verb. oblig.*, el jurisconsulto ha dicho: *Res ipsa in se dolum habet*. Hé aquí el *dolo real* de los prácticos.

Facil es criticar esta espresion; demasiado facil es observar que el *dolo* no debe ser nunca una simple *presuncion*, sirviendo de base á una condena; que la resolución criminal, siendo solo un resultado de la inteligencia y de la voluntad, está siempre en el ánimo, en el *yo* del agente, y nunca en el acto material; y que así es un absurdo hablar de *dolo real* ú *objectivo*. Pero la distinción no deja de ser por eso

:



conforme á la naturaleza de las cosas. Es la distincion entre la culpabilidad que resulta *prima facie* del acto material, y la que debe probarse posteriormente con otras circunstancias, con otros hechos.

En las cláusulas del Código penal francés relativas al crimen de falsificacion se encuentra un ejemplo tan justo como notable de esta distincion. Dice el artículo 145: "Todo funcionario... que en el desempeño de su destino cometa una falsificacion, ora contrahaciendo firmas, ora intercalando renglones en los registros despues de formalizados y cerrados, será castigado &c." Pero el artículo 146 sigue despues en estos términos: "Tambien será castigado todo funcionario &c. que, al redactar instrumentos de su ministerio, altere *fraudulentamente* la sustancia ó circunstancias de ellos, ya escribiendo convenciones distintas de las que hayan sido fijadas ó dictadas por las partes, ya &c." El artículo 145 designa lo que los prácticos llaman falsificacion material, *dolo* real, culpabilidad presunta, objetiva: *Res ipsa in se dolum habet*. Efectivamente, ¿cómo imaginar que un hombre libre y sano de juicio ha podido inocentemente poner en un documento una firma por otra, ó intercalar nuevos renglones en sus registros cerrados? La acusacion puede pues reducirse á probar este hecho, salva la facultad del acusado para probar que se encontraba en el caso raro de una *escepcion*. No sucede lo propio con los casos previstos por el artículo 146. A cualquiera hombre le puede suceder que comprenda mal lo que otro hombre le dice, que estienda equivocadamente su idea, que omita, al escribir, una circunstancia importante, y esto sin ninguna intencion criminal, aunque por otra parte deba ó no tachársele de negligencia. Necesaria sería pues una prueba, una demostracion ulterior de la



*culpabilidad* del agente. Esto es lo que indica la ley con la palabra *fraudulentamente*, introducida en el artículo 146 y omitida en el artículo 145. Nadie se imagina que el legislador ha querido decir que en el caso del artículo 146 deba haber habido intención para que haya falsificación, y que en el del artículo 145 pueda haber falsificación sin intención. El legislador ha querido dar por sí, con los términos del artículo 146, una garantía á los funcionarios, poniéndoles en este caso á cubierto de toda persecución, siempre que la acusación no pueda establecer su culpabilidad por otros medios que la simple prueba del hecho material.

Esta distinción puede aplicarse ventajosamente á uno de los puntos mas delicados del derecho penal por las íntimas relaciones que tiene con las libertades públicas. Quiero hablar de los delitos de imprenta. ¿Trátase del *autor* de un libelo? *Res ipsa in se dolum habet*. Porque se considera que todo hombre que se entremete á escribir debe comprender el sentido de sus espresiones, y haber meditado lo bastante un escrito destinado á ver la luz pública. Así, si el escrito es en efecto un libelo, resulta de él *prima facie* la culpabilidad de su autor. ¿Trátase, por el contrario, del impresor? Aunque, en tesis general, pueda mirarse al impresor como cómplice, es una verdad sin embargo que su culpabilidad (repetimos que ahora no tomamos en consideración la negligencia) no resulta con igual certidumbre del simple hecho material de la impresión de la obra. Comunmente el fin directo del impresor no es contribuir á la publicación de *este* ó *aquel* escrito, sino trabajar, activar su industria y ejercer su comercio. Puede suceder facilmente que no preste gran atención á cada una de las espresiones de los escritos que le presentan; puede ser que no



las comprenda, pues el oficio del impresor no es necesariamente una profesion letrada; puede tambien ocurrir que introduzcan en sus prensas una página de un escrito, una correccion, una alteracion hecha á escondidas de él, sin ninguna cooperacion de su parte. En una palabra, el simple hecho de la impresion no es de aquellos de que puede decirse: *In se dolum habent*. En su consecuencia, justo es imponer á la acusacion el deber de establecer la culpabilidad del impresor sobre otros hechos y circunstancias que el simple hecho de la impresion.

En resolucion, consideramos como una de las doctrinas mas importantes de la legislacion penal la siguiente teoria.

1.º La ejecucion, ó por lo menos, el principio de ejecucion del hecho material que constituye el delito, es un elemento esencial del convencimiento de la culpabilidad, es decir, de la intencion criminal del agente. Queria el delito; luego le ha cometido, ó le empezaba á cometer, ó por lo menos preparaba los medios de cometerle: este argumento, por torcido que sea, es un argumento inadmisibile y que sobrepuja á las fuerzas de la humanidad. Es necesario ir del hecho á la intencion, y no de la intencion al hecho: principio tanto mas esencial cuanto que la imputabilidad no debe resultar asi de una disposicion á hacer daño, si la ocasion se presenta, ni de un deseo vago, ni de un sentimiento de enemistad y de odio, sino de la resolucion positiva de cometer uno de los delitos previstos por la ley penal. Esto resulta de la doctrina de la imputabilidad.

2.º La ejecucion del hecho material puede producir sola, en un gran número de casos, la conviccion de la culpabilidad del agente, á menos que no pruebe un hecho particular y de escepcion. En otros



muchos casos, la ejecucion del hecho material, aunque completa, no acarrea por el contrario la conviccion del juez tocante á la culpabilidad del agente: es necesario que se prueben otros hechos y otras circunstancias juntamente con el hecho principal.

3.º En *tesis general*, estas circunstancias accesorias no deberian servir de demostracion positiva de la *culpabilidad* de un acusado sino mientras estan enlazadas con la ejecucion de un hecho *en contra* del mismo acusado. Deberian solo *suplir* lo que falta á la revelacion que el solo delito material hace de la culpabilidad de su autor; acudir en auxilio de la justicia, cuando la *imputabilidad* del acusado no resulta *prima facie* de la ejecucion del acto prohibido por la ley penal.

4.º Por último, si en algunos casos particulares hay precision de apartarse de estas reglas fundamentales de *imputacion*, no se debe nunca olvidar que con esto se arroja uno á un camino escepcional lleno de peligros y dificultades.

¿No tiene esta doctrina mas importancia que la de ofrecer á los jueces y á los jurados instrucciones útiles para ejercer su ministerio?

¿Es ociosa al legislador, ya para describir ciertos delitos, ya para elegir las reglas que deben establecerse relativamente á los actos preparatorios y á la tentativa?

¿Quiere esto decir que ninguna resolucio criminal puede ser considerada como delito, si no ha ido acompañada de ejecucion, ó de un principio de ejecucion del acto resuelto?

Por último, suponiendo que la resolucio criminal pueda, en ciertos casos, castigarse antes de ejecutado ó principiado á ejecutar el hecho material, ¿cuáles son las prendas capaces de suplir el elemen-



to esencial del convencimiento de la imputabilidad, elemento de que carecerian los jueces, segun el supuesto? Graves y espinosas cuestiones que acometeremos á medida que se vayan presentando en el transcurso de nuestro trabajo.

## CAPÍTULO XXV.

### *De los actos que preparan ó constituyen el delito.*

Los actos del hombre, ser mixto, son exteriores ó internos.

La primitiva causa de sus actos exteriores y voluntarios está dentro del hombre, en el misterioso asiento de sus facultades morales, en la accion de su inteligencia y de su libertad; solo aparecen fuera los efectos materiales.

Un acto exterior no es pues nunca un acto enteramente aislado, existente y completo por sí mismo, cuando puede imputársele con justicia á un individuo. Siempre representa un fin á que se llega por ciertos precedentes mas ó menos numerosos, mas ó menos rápidos, imposibles muchas veces de distinguir por el espíritu humano, pero verdaderos sin embargo.

La accion voluntaria mas rápida é instantánea va siempre precedida del acto de comprension y del movimiento de la voluntad.

En todo acto criminal hay siempre dos términos, el de partida y el de llegada: el pensamiento primero, y la ejecucion del acto final, de aquel que, al concebirse y proyectar el crimen, era considerado como el último término de la empresa.

Los actos intermedios constituyen una progression creciente, una serie mas ó menos larga.

El desarrollo hipotético de una de estas series o—



frece al moralista una sucesion de diferencias, cada una de las cuales tiene su importancia propia y su gravedad particular; á cada paso progresivo ó retrógrado, es ya otro el delito moral.

La justicia social no puede entrar en esta minuciosa analisis. No siente tal necesidad; carece de los medios, y en su consecuencia del derecho de verificarlo. Mas tosca es el analisis á que debe reducirse. Reune y confunde las pequeñas cantidades para formar masas y puntos salientes, y donde el moralista llega á distinguir veinte grados diversos de mal ó perversidad, el legislador se limita á señalar tres ó cuatro grados muy marcados y distintos.

Este trabajo legislativo, por simple y facil que parezca, no deja de estar erizado de espinas y dificultades. La doctrina de los actos preparatorios y de la tentativa es todavía una de las partes mas imperfectas del derecho penal.

Hánse designado con las palabras *pensamiento, proyecto, resolucion, proposicion, trama, tentativa próxima ó remota, tentativa suspendida ó no por la voluntad de los agentes, delito frustrado, delito consumado*, los diversos puntos que han sido objeto de la teoría del derecho penal. Pero esta nomenclatura no está definida exactamente ni admitida con uniformidad; mayor variedad ofrecen aun los resultados, ya teóricos, ya de aplicación.

Para ver de introducir alguna exactitud en esta parte delicada de la ciencia, distinguiremos:

- 1.º Los actos internos, de los actos exteriores y fisicos.
- 2.º Los actos exteriores meramente preparatorios, de los actos de ejecucion.
- 3.º La ejecucion suspendida, de la ejecucion frustrada.



Por último, nunca perderemos de vista el principio fundamental de la justicia penal. La sociedad no debe ejercerle sino cuando el delito tiene una realidad moral, y hay interés social en castigarle.

## CAPÍTULO XXVI.

### *De los actos internos.*

Bajo el nombre de actos internos se deben comprender el *deseo*, el *pensamiento*, el *proyecto condicional*, y la *resolucion fija* de cometer un delito.

Estos diversos actos no tienen todos la misma gravedad moral. Es inútil sin embargo, para el objeto de la justicia penal, estudiar las diferencias que los distinguen. La *resolucion* criminal es la que debe llamar nuestra atencion, el acto interno mas grave, y el único acerca del cual puede suscitarse de un modo plausible la cuestion de saber si la justicia humana tiene, en ciertos casos, el derecho de reprimirle por medio de la pena.

Hablamos aqui del acto puramente interno, sin ninguna mezcla; asi debemos suponer que llega á ser conocido por otro medio que el de una accion cualquiera, aunque no sea sino por palabras que propendan á preparar ó consumir el crimen. Sin recurrir á la lógica sanguinaria de Dionisio el tirano, puede darse el caso de una revelacion espontánea, de algunas notas escritas. Dicen que un falsificador inglés llevaba apuntadas con mucha exactitud todas sus falsificaciones: pudiera igualmente haber llevado cuenta de sus planes, perder estos apuntes y confesar en justicia su contenido.

El acto puramente moral no corresponde á la jurisdiccion de la justicia humana. Esta proposicion



resulta de los principios que hemos establecido. (Libro II, cap. 3.)

Pero un proyecto criminal, especialmente cuando ha tomado el carácter de una resolución formal, fija y relativa á un crimen determinado, ¿no es ya un ataque directo y efectivo contra la seguridad ajena, un peligro inmediato y presente contra el cual puede invocarse legítimamente el auxilio de la justicia penal? ¿Estariamos tranquilos, prodriamos gozar de esa libertad de acción y de movimiento que tiene de derecho cualquiera persona, si supieramos á ciencia cierta que los asesinos é incendiarios tienen intencion positiva de atentar á nuestra existencia y quemar nuestras propiedades?

La acción de la justicia humana no sería injusta en sí misma, porque habria delito moral de parte del agente. Tambien habria, en cierto sentido, delito social, porque querer un gran crimen, estar *resuelto* á cometerle, son actos, internos á la verdad, pero peligrosos para la sociedad y sus individuos. Si la resolución es conocida, es tan alarmante como el acontecimiento mismo, acaso mas todavía. La zozobra ocasionada por un crimen llevado á efecto solo es consecuencia de una *conjetura*; infiérese de los hechos sucedidos que, ya sea el mismo individuo, ya otros diferentes, podrán nuevamente cometer semejantes crímenes. Pero la zozobra fundada en una *resolución* conocida tiene por base una especie de certidumbre moral. Asi es que la zozobra de un hombre amenazado seria y directamente, la de un gobierno que tiene el convencimiento de que conspiran contra él, sin haber podido sin embargo descubrir todavía quién ni dónde, tienen mas grado de intensidad que la zozobra ocasionada por la mera espectacion de un caso semejante.



Supongamos que la justicia humana, sin vejamen ni tiranía, pudiera convencer á Pedro de un plan resuelto de asesinato para esta noche, y á Juan de una resolución de alta traición para mañana; ¿podría sustentarse de un modo absoluto que la sociedad no tendría derecho de reprimir el delito en su origen, que tendría siempre deber de aguardar para obrar á que un hombre fuese asesinado y que la alta traición estuviese ya materialmente empezada, aunque pudiera tenerse la certidumbre de que el proyecto será llevado á efecto? Una represión precoz puede seguramente ofrecer inconvenientes bajo otros puntos de vista: no es esto lo que ahora debemos examinar. Pero considerando solo el derecho de un modo general, no se puede negar á la sociedad, en la hipótesis establecida, el de reprimir el mal en su origen, y no aplicar por consiguiente mas que la menor cantidad posible de penalidad. Algunos meses de carcel ó destierro, la prohibición temporal de vivir en una ciudad, un distrito ó un departamento, algunos años de vigilancia bastarian quizás para los mismos casos en que, una vez empezado el crimen, es menester dar grandes golpes de una eficacia siempre incierta, y que nunca pueden reparar el mal cometido.

Por lo demas, este derecho es ejercido en ciertos casos. El Código francés castiga la amenaza de ciertos atentados contra las personas, aun cuando no vaya acompañada de ninguna orden ó condicion si se hace por escrito, aun cuando solo sea verbal si se hace con orden ó sin condicion (art. 305 á 308). La amenaza es seguramente un acto exterior que, con fundamento ó sin él, ha sido convertido en delito *sui generis*; pero en la esencia, la amenaza no es temible, y solo es reprimida cuando revela una resolu-



cion formal que sea probablemente llevada á efecto. Asi nadie hace caso de la amenaza proferida en un momento de cólera. Un tullido, que amenazase á un hombre sano y robusto con darle de puñetazos, no causaria mas que lástima. ¿Cuántas veces no se oye á las madres, especialmente entre los pueblos del mediodia, proferir horribles amenazas contra sus hijos? Pues nadie hace alto en ello; se lamenta que hablen de este modo, pero nadie teme el crimen. Es sabido que la madre que amenaza á su hijo daria en el momento mismo su vida por él. Tan cierto es que no son las palabras ni las injurias lo que se castiga, sino la resolucion criminal, el peligro que la acompaña y la zozobra que causa, conocida que sea. La pena hiere al crimen, antes de cometerse ningun acto de ejecucion, aun antes de todo acto preparatorio; porque seguramente la amenaza no es uno de ellos, especialmente si no va acompañada de ninguna orden ni condicion: hierele porque se juzga tener una prueba suficiente y material, dada por el delincuente mismo, de una resolucion seria y criminal.

Ahora bien, si el hombre tuviese medios legítimos de obtener, en todos los casos, el mismo grado de certidumbre moral acerca de los actos internos de sus semejantes, sería buena, á lo menos bajo cierto punto de vista, una justicia social que, pudiendo siempre castigar con golpes leves el proyecto criminal y aplicarle penas que serian mas bien precauciones que castigos, previniese con frecuencia la ejecucion del crimen, y haciéndolo con justicia, sería útil á la sociedad y al mismo delincuente.

Tal sería el derecho del poder social respecto de una resolucion criminal, positiva y próxima á ser llevada á efecto: primeramente, si tuviese medios legítimos de averiguacion; en segundo lugar, si al-



gunas razones políticas no le impidieran echar mano de estos medios.

Pero fáltanle estos medios: Dotado el poder social de todas las flaquezas humanas, solo presenta por el contrario un lamentable espectáculo de presuncion y de ceguedad, cuando, sin la ayuda de los hechos exteriores, se entremete á sondear las conciencias y escudriñar el pensamiento. Nos limitamos á recordar la doctrina que hemos espuesto al tratar de la *imputacion* (cap. XXIV.). En el caso de una simple resolucion, no solo no habria todavía acto alguno de ejecucion, sino que tampoco acto puramente preparatorio. ¿Cómo elevarse entonces hasta el acto criminal, hasta el acto interno?

Y aun cuando se pudiera, por conjeturas, adivinar en cierto modo un pensamiento criminal, ¿qué hombre se atreveria á fundar un juicio sobre estas bases, y á esplicar con exactitud los caractéres del pensamiento que creeria haber descubierto? ¿Podria hacer nunca mas que una observacion rápida y confusa?

Si se castiga el pensamiento criminal, ó será inútil la ley, ó se organizarán la mas odiosa inquisicion, los mas arbitrarios procedimientos y la mas espantosa tiranía.

El pensamiento es libre y resiste á la accion material del hombre; puede ser criminal y no podria ser aprisionado. Solo que la amenaza de un castigo haria mas rara su manifestacion; disminuiríase el número de imprudentes por aumentar el de malhechores. Sería cubrir las chispas por tener el gusto de presenciarse un incendio.

La pena, por otra parte, no haria en las masas una impresion favorable al orden público. La accion de la justicia humana tiene algo de tosca é incom-



pleta ; nadie le otorga entera confianza ; no se cree en la legitimidad de sus actos sino cuando esta es, por decirlo así, palpable, y no podría serlo nunca en la investigación de actos puramente internos.

No son pues estos actos punibles. Pero no lo son como actos indiferentes de suyo, sino como actos cuyo mal no altera el orden social, ó que son imposibles de castigar por el hombre con justicia y sin atentar á la seguridad de los ciudadanos.

## CAPÍTULO XXVII.

### *De los actos exteriores simplemente preparatorios.*

Hánse confundido con sobrada frecuencia los actos preparatorios del delito con los actos de ejecución. De aquí un gran número de consecuencias tan funestas como peligrosas sobre la latitud legítima de la justicia penal. La doctrina de la tentativa se ha resentido, entre otras, de esta confusión de ideas. Probemos á esparcir alguna luz sobre tan importante materia.

El *conspirador*, que hace provision de armas y municiones, que prepara proclamas en su gabinete, que trata de captarse con prodigalidades el favor popular, que aumenta el número de sus jornaleros, criados y clientes, que ve de alcanzar el apartamiento de un cuerpo de tropas y la aproximacion de otro, que esparce noticias falsas, que reúne con frecuencia en su derredor á amigos suyos y personas influyentes para infundirles aversion al orden de cosas establecido, y el deseo ardiente de un cambio próximo ; este conspirador, digo, no ha *empezado* aun el acto de traicion que medita, sino que le *prepara*.



Al principio no habia hecho mas que concebirle: faltaban hechos materiales.

Han seguido luego estos ; pero no ha empezado, hablando con propiedad , el acto de traicion. Supóngase que la ley no prohiba el acumulamiento de armas y municiones ; que no haga responsable al autor de un escrito cualquiera hasta despues de publicado; que no esté prohibido á los ciudadanos el reunirse, censurar la marcha y aun la constitucion del gobierno, y manifestar sus ardientes deseos de una reforma ; en este caso , no solo no se ha empezado á ejecutar el crimen de traicion , sino que cada acto, considerado en sí mismo, es un acto indiferente á los ojos de la ley.

Si la reunion de hechos que hemos presentado ha podido sugerir la idea de una accion criminal, ¿á qué se debe esto? Á la palabra *conspirador* de que habemos hecho uso.

Por esta palabra que *supone* una intencion criminal, todos los hechos se han animado á nuestros ojos , por decirlo asi; se han ido enlazando unos con otros , y han formado un todo completo. El pensamiento criminal es á la par el principio de vida y de culpabilidad.

La ejecucion del crimen de traicion *empieza* cuando, llegado el dia de la esplosion, el conspirador reúne sus fuerzas, reparte las armas, esparce las proclamas, esplica sus planes, y señala los puntos de ataque. Ha salido de su esfera de actividad individual y altera el orden público; la agresion es inminente. Ya no se prepara el crimen, sino que se pone en ejecucion. No es este el momento de seguir sus progresos.

Del mismo modo, varios hombres decididos á cometer un robo se proveen de escalas, ganzúas y



martillos. Uno de ellos se pone por la noche de centinela para certificarse del número de entrantes y salientes de la casa que quieren aligerar. Á media noche se le juntan sus cómplices, y se comunican las noticias que han adquirido; deliberan y conciertan otra vez el plan de ataque; acercáanse por último á la casa, y empieza el escalamiento. Hablando con rigor, podríamos seguirlos todavía; porque con el escalamiento, aun con la fractura, no han empezado propiamente el robo. Pudieran echar mano de los mismos medios para robar una muger, para prender ilegalmente á un hombre; pero no llevemos hasta tal punto el rigor del analisis. El escalamiento, la fractura, la sustraccion fraudulenta de la hacienda agena, son actos que se precipitan en cierto modo unos sobre otros, para formar nada mas que un todo. No tratan de cometer los dos primeros para examinar luego despacio si han tenido un regular resultado, si conviene dejar el último acto para otro tiempo ó transportar la escena á un sitio diferente. No obstante los primeros actos que hemos señalado solo son, á ciencia cierta, preparativos del crimen; la ejecucion no ha principiado, pero todo está dispuesto para empezarla.

Facilmente puede estenderse á otros crímenes la teoría que revelan estos ejemplos. Siempre hay un hecho, ó un conjunto de hechos que son los que solo constituyen el fin que el agente se propone alcanzar, la accion criminal que se propone. Todo lo que precede ó sigue á esta accion puede tener relaciones mas ó menos estrechas con ella, pero no es esto lo que la constituye; puede verificarse sin estos antecedentes, ó con antecedentes diversos.

Empero, démonos prisa á reconocerlo, los límites que separan los preparativos del crimen del



principio de su ejecución y de su verificación final, no pueden trazarse en todos los casos con exactitud.

También es menester no confundir el resultado que del crimen se aguarda con su ejecución. El fin del conspirador puede ser apoderarse del poder, hacer que pase á otras manos. ¿Quiere esto decir que el crimen no empieza hasta el momento en que se apodera con efecto de la cosa pública? Esto es resultado del crimen, no principio de su ejecución.

Pero las dificultades de aplicación no pueden poner una verdad en duda. Los preparativos y el principio de ejecución son cosas diferentes de suyo. El autor de los preparativos no ha hecho todavía, si se para, nada material ni directo contra el derecho que quería atacar: el autor de la tentativa ha empezado ya su ataque. Este puede también arrepentirse y desistir; pero el autor de actos puramente preparatorios tiene mucha mayor latitud para cambiar de voluntad. El primero puede decir: Quiero cesar; el segundo: No quiero empezar.

Estos actos no se encuentran en todos los delitos.

Hay crímenes cuya ejecución no necesita ser preparada con actos exteriores.

Háilos que son efecto de un extravío instantáneo, casi tan rápido como el pensamiento.

Un crimen puede estar precedido de actos exteriores de diversa importancia y naturaleza. Un individuo hace una herida á otro, en un momento de arrebató, con un cuchillo que llevaba comunmente sobre sí. Otro afila su arma con el objeto de hacer uso de ella para el crimen. Otro, que tiene proyectado un atentado brutal, le da á la persona de quien quiere abusar una pócima que paraliza durante al-



gun tiempo las fuerzas del cuerpo y del espíritu.

Sería una exageracion decir del primero que ha *preparado* el delito con llevar habitualmente un arma. Desgraciadamente encontró sobre sí un medio facil de cometerle; no le habia preparado.

El segundo individuo se prepara resueltamente al delito, afilando su arma. No obstante, su acto preparatorio es un acto irrepreensible, considerado en sí mismo y aisladamente.

El tercero prepara tambien el crimen: pero, ademas de su intencion criminal, hay ya un acto criminoso, un atentado positivo contra los derechos de la persona á quien ha administrado á sabiendas una bebida peligrosa. Prescíndase del proyecto de atentado contra el pudor, y no deja de quedar por eso un acto injusto, y, en todo pais bien gobernado, un delito.

Es menester no confundir los medios *ocasionales* con los medios directos y escogidos *ad hoc*; los medios indiferentes de suyo con los medios criminales por sí.

Supongamos actos preparatorios propiamente dichos. Poco importa ahora que estos actos sean inofensivos y lícitos en sí mismos, ó que se trate de actos ilícitos y prohibidos. Por punibles que sean considerados como delitos especiales, la cuestion es saber, primeramente, si actos que no son de ejecucion pueden enlazarse con cualquiera otro delito, de otro modo que procurando adivinar el pensamiento del agente por aventuradas conjeturas.

Supongamos que un cazador va al bosque durante la época en que está prohibida la caza, y que se coloque allí en acecho: ¿cómo podrá inferirse de esto que aguardaba á un hombre mas bien que á una liebre, y que intentaba cometer un asesinato en vez

:



de una simple infracción de los reglamentos relativos á la caza?

Aquí es donde debe tener su mas importante aplicación la doctrina que hemos espuesto en el capítulo XXIV del presente libro. La *imputación* requiere, por principio general, hechos materiales que tengan una relación directa é inmediata con la resolución criminal. Pero el análisis que hemos hecho acaba de demostrar, á nuestro parecer, que por la naturaleza de las cosas no existe tal relación tocante á los actos preparatorios. Son pues necesarios actos de ejecución.

En rigor, para sustentar lo opuesto, sería menester probar que un hombre no ejecuta nunca un acto con el solo fin de ejecutarle, ó para alcanzar resultados inmediatos y directos de él, sin referirle á un fin ulterior como medio. Si, por el contrario, el hombre puede obrar así, la relación del acto presente con un fin posterior, si existe, solo es una relación intelectual que no revela el acto material.

Menos todavía puede revelar el carácter particular del ulterior fin que el hombre se ha propuesto, cuando en efecto se ha propuesto uno; porque estos actos son casi siempre tales que pueden servir para dos fines. No justifican pues la deducción de la culpabilidad de sus autores. Si tal es, en general, el carácter particular de estos actos, la justicia humana no puede acercarse á entrar en su examen sin faltar á una esencial condición de su propia legitimidad.

No es imposible, convenimos en ello, imaginar un caso particular, una reunión de actos preparatorios capaz de infundir en los ánimos un convencimiento pleno y legítimo de las intenciones criminales del agente; y aun es menester tener seguridad,



al imaginar un caso de esta especie, de no confundir de hecho el principio de ejecucion con los simples preparativos.

De todos modos, admitamos la posibilidad del hecho.

¿Pero es facil, cuando se quiere pasar de las hipótesis á la realidad y á la práctica, fijar claramente la distincion entre los actos preparatorios susceptibles de revelar la intencion criminal y aquellos que no lo son? ¿Quién se atreveria á establecer una ley, una regla? Porque de la regla nos ocupamos aqui, y no de las escepciones. ¿Qué sería esta ley? ¿Se probaria á manifestar con una ó dos fórmulas los caractéres de aquellos actos preparatorios que pueden ser objeto de la justicia penal por su directa relacion con la resolucion criminal? ¡Dichoso aquel que supiera redactar semejante ley, teniendo siempre presente que esas vagas y oscuras fórmulas que algunos se complacen con harta frecuencia en honrar con el nombre de espresiones filosóficas, y que son disculpables en una obra científica donde todo concurre á esplicarlas y limitar su sentido, son vituperables en boca del legislador! ¿Se hará una ley limitándose á encargar á la justicia penal de la pesquisa de los actos preparatorios, cuando *prima facie* parezcan capaces de revelar la intencion criminal? Sería una ley funesta por lo vago de sus términos. En la práctica sería tan opresiva, tan inicua como la que autorizase la pesquisa del pensamiento.

Asi, en tesis general, los actos puramente preparatorios no deben ser objeto de la ley penal.

Primeramente, porque no son fundamento bastante sólido para imputar la resolucion criminal;

En segundo lugar, porque importa á la sociedad, porque importa esencialmente á las familias y



á los individuos no multiplicar las causas que inducen al malo á encubrir cuidadosamente con el mas espeso velo sus actos preparatorios. Tal sería sin embargo el efecto de la ley que los acriminase.

Tambien es esencial no precipitar la marcha de los criminales á su objeto, ni cerrar la puerta al arrepentimiento.

Este sin embargo sería tambien un efecto de la ley, por diferencia que hubiese entre el castigo de estos actos y el del delito consumado ya.

Á la verdad, esta observacion no tiene acaso aplicacion á los apercibidos por la justicia, á los vagos encanecidos en el crimen, á los rateros de profesion, á esa clase de desgraciados por quienes la sociedad no ha hecho nada, y para quienes nada tampoco es ella ya. No hago cuenta de ellos. Cuando el sistema de cárceles, en vez de servir solo de medio para descartarse de una porcion de gente, llegue á ser un sistema penitenciario inevitable y de correccion progresiva; cuando la policia deje de meterse con los hombres de bien para consagrarse á su verdadero destino; cuando los gobiernos por la demasia de las contribuciones, el monopolio, un respeto ciego á las preocupaciones antiguas, y especialmente por la plaga del despotismo y de la supersticion, esten ya en la imposibilidad de crear pobres, ignorantes, ociosos y malhechores, entonces disminuirá diariamente esta clase tan numerosa de salvages aislados en medio del orden social, esta lepra que demasiados Estados procuran encubrir inútilmente con el esplendor de los monumentos, de las mal repartidas riquezas y de una civilizacion esparcida con desigualdad.

La teoria de los actos preparatorios no se estiende á esta clase de malhechores. Siempre errantes, siempre sospechosos, sin influjo, sin amparo, sin



instruccion, no son de su esfera los crímenes que requieren una preparacion larga, una serie de actos preliminares bastante dilatada para que haya probabilidad de descubrirlos, antes de que empiecen á ponerse en ejecucion. Su vida toda es el acto preparatorio de ellos, y la ley penal no tiene accion directa que ejercer. Una buena policia y unas buenas instituciones son las únicas que pueden obligarlos á cambiar de direccion, y á proponerse por último en la vida un fin que no sea anti-social.

Pero, si es cierto que gran número de hombres temen mas que nada que en una discusion solemne se ponga de manifiesto su perversidad, ¿cuál seria la influencia de este temor si fuese escitado por una ley penal contra los actos preparatorios?

El temor de una pesquisa puede contener en la esfera de los actos puramente internos los deseos criminales de algunos hombres mal intencionados; pero en aquellos sobre quienes no se haya producido tal efecto, la ley penal contra los actos preparatorios servirá de estimulante al delito. Considerando ya comprometido en adelante su honor, sentirán la necesidad de embriagarse, en cierto modo, con los placeres que esperan de la consumacion del crimen. Es una barrera menos que saltar, y esta barrera habria podido subsistir todavía mucho tiempo, á no haber sido destruida por la accion intempestiva del legislador.

Y, en el caso de actos preparatorios hechos por el concurso de muchos individuos, ¿qué poderoso argumento no pondria esta accion prematura de la ley en boca del mas resuelto de los cómplices para persuadir á los débiles é irresolutos?

Si el número de aquellos á quienes la represion de los actos preparatorios impediria ponerlos por



obra fuese igual al de los individuos que precipitaría á cometer el crimen, la ley sería mala; porque no es seguro que los primeros, abandonados á sí propios, hubieran ejecutado el delito preparado.

Por último, es una verdad de sentimiento, confesada por la generalidad de los hombres, que el castigo de actos puramente preparatorios, especialmente cuando hay el mas leve motivo para creer que estaban ya suspendidos por un desistimiento voluntario, no sería aprobado por la conciencia pública. La ley no tendría eficacia moral; castigaria la fuerza, y la opinion condenaria al legislador.

Sería pues necesario distinguir entre el desistimiento voluntario y el desistimiento involuntario, ó por mejor decir, entre el desistimiento por enmienda ó por cálculo, y el de interrupcion por fuerza mayor ó accidente fortuito. Pero ¿cómo reconocer, en la práctica, los caractéres de estos dos actos internos, cuando solo se tratase todavía de las meras disposiciones preparativas del delito? Siempre se alegaria el arrepentimiento, un cambio de voluntad. Rara vez le faltaria al acusado un argumento especioso para cohonestar su excusa. Sería dar á los tribunales un poder discrecional, sin necesidad, sin ventaja ninguna, y susceptible solo de inculcar en el público la idea de que el capricho y el favor intervienen tambien en la aplicacion de las leyes.

La pesquisa de los actos puramente preparatorios está pues igualmente condenada por la politica y la justicia: no porque carezcan de inmoralidad, no porque no hayan producido aun ningun mal material, ningun peligro.

Si un crimen resuelto es un estado de cosas mas peligroso, para la sociedad y para los individuos, que la posibilidad general de un crimen, con mayor



motivo la *preparacion* de un crimen es un hecho que ataca mas ó menos gravemente la seguridad pública y particular.

No hay pues en la sociedad falta absoluta de derecho de castigar. Podria hacerlo, si tuviera *medios* de conseguirlo y reconociese su *conveniencia* política. Esta *conveniencia* y estos medios no existen nunca para los actos internos.

Pero sería una exageracion sustentar que los actos preparatorios no presentan jamas un caso de excepcion. El peligro de estos actos puede ser alguna vez muy grave, y aunque su carácter sea incierto, son no obstante actos exteriores que ofrecen algun campo á la induccion.

De aqui dos consecuencias:

La primera es que si la sociedad tiene medio de aplicar, para libertarse de los peligros de la preparacion del delito, medidas que no ofrezcan los inconvenientes de una sancion penal, le asiste el derecho de aplicarlas.

En segundo lugar, que si hay casos en que el castigo de los actos preparatorios es necesario al orden social, el poder tiene el derecho de imponerle, siempre que encuentre medios de introducir en el sistema penal estos actos particulares, sin comprometer la rectitud de la justicia.

Si la ley dejase á los tribunales el derecho de escoger los actos preparatorios dignos de castigo, daria muchísima rienda al poder arbitrario, á un poder tanto mas peligroso cuanto que, si hay actos preparatorios que deban ser reprimidos, son cabalmente aquellos que, encaminados á preparar un crimen de gravedad, esponen á los ciudadanos, con la pesquisa criminal, á peligros proporcionados á la gravedad de la imputacion.



Tócale pues al legislador examinar con antelación cuáles son los crímenes cuyos preparativos deben tambien, por escepcion, ser reprimidos por medio de la pena.

Distingamos tres clases de hechos excepcionales.

Los unos son los hechos que hemos llamado medios *ocasionales* de crímenes. No son propiamente actos preparatorios, sino hechos que, en ciertos paises, pueden llegar á serlo muy facilmente. De este número son el porte de ciertas armas, la vagancia y la mendicidad, las casas de juego, de prostitucion, de préstamos sobre prendas &c.

Si el peligro es efectivo, ya lo hemos dicho, el legislador debe intervenir para prohibir ó sujetar á ciertas condiciones los hechos de que hablamos, segun la diversidad de los casos y la gravedad de las circunstancias. Pero la infraccion de estas leyes no es en sí misma otra cosa que una contravencion á los reglamentos de policía. Reunida con otros hechos y otras circunstancias, puede concurrir en un caso particular á justificar la culpabilidad del acusado. Sola, no supone mas intencion que la de quebrantar un reglamento.

¿Será menester repetir aqui que el legislador debe ser sumamente sobrio de prohibiciones y reglamentos de este género? Algunos de estos hechos pueden, es verdad, contener otro principio de criminalidad que el originado del peligro que causan al orden social, considerados como medios fáciles y ocasionales de crímenes. Pero, atendiendo ahora solo á este último punto de vista, ¿dónde iremos á parar, si se sienta sin ninguna restriccion la máxima de que se pueden transformar en delitos especiales todos los hechos susceptibles facilmente de convertirse en medios ocasionales de delitos? Apenas hay ac-



to de la vida humana que pudiera evitar el anatema. Por el abuso de estos principios es por lo que perecen las libertades públicas; en nombre del orden es como se atan las manos y se sofoca el espíritu del hombre.

¿Será pues necesario proscribir toda prohibición *preventiva*, por salvar la libertad? No es de este modo, no es con el fácil recurso de algunas máximas absolutas como se gobiernan las cosas humanas, los negocios de la sociedad. Proscribanse las farmacias clandestinas; pero protéjase á la libertad de imprenta. Prohibanse, si se quiere, los corrillos armados, especialmente de noche, aun cuando no tengan todavía un carácter sedicioso ó de rebelion; pero respetense las reuniones de ciudadanos, por numerosas que sean, por alto que sea el tono en que hablen, y aun por disparatadamente que se declame en ellas.

El principio de la conveniencia pública debe guiar sobre esto al legislador, pero con la condicion de que, si traspasa las verdaderas exigencias del orden social, no es una falta la que comete, sino una injusticia.

La segunda clase comprende los hechos que, sin ser propiamente actos de ejecucion, son no obstante generalmente considerados como medios preparatorios para ciertos crímenes, hechos que el legislador puede facilmente observar y describir en la ley, hechos por último cuya relacion con la resolucion criminal, sin ser tan directa ni inmediata como si fueran actos de ejecucion, es tal que se puede sin peligro someter á su autor á las resultas de una pesquisa criminal, quedando á cargo de la acusacion completar por otros medios la prueba de la culpabilidad del agente.



Así, rigurosamente hablando, contrahacer ó alterar monedas, es ejecutar actos preparatorios de una estafa *calificada*; pero la verdadera ejecución del delito no empieza hasta poner en circulación la moneda falsa. Es un crimen cuya preparacion es larga, y rápida su ejecución. Entre la fabricacion y la emision de la moneda falsa pueden transcurrir diez años. Puede ser fabricada en una parte y puesta en circulación en otra, á doscientas ó trescientas leguas de distancia, en un pais diferente de aquel en que se fabricó. Es posible que se falsifiquen ó alteren monedas, sin intencion de darles curso; es posible que se intente la falsificacion de algunas, con un deseo vago de ganancia ilícita, pero sin haber formado todavía resolucion formal de hacer tal ganancia. Por último, ¡cuánto tiempo se le deja al arrepentimiento, ó por lo menos al desinterés voluntario, entre el acto preparatorio y la emision de la moneda falsa!

Pero, por una parte, fabricada ya una moneda falsa, nada es mas facil que la estafa á que sirve de instrumento. Por otra, este delito puede ser, en ciertos casos, de una gravedad extraordinaria por la zozobra que siembra, y el número de víctimas á que puede alcanzar y el de las personas que pueden involuntariamente tomar parte en él. En fin, la fabricacion de la moneda falsa es un acto tan premeditado, rodeado de tantas dificultades y tan poco conciliable con una buena intencion, que es difícil no atribuir al agente la resolucion de sacar una ganancia ilícita con el instrumento que se ha proporcionado.

Asimismo, si á un mendigo ó vago de profesion se le sorprende provisto de armas, limas, ganzúas ú otros instrumentos propios para cometer robos, rondando por la noche en rededor de una casa habitada, estos actos eran probablemente preparatorios del



crimen de robo, no eran un principio de ejecución. La ley puede sin embargo señalar estos actos, y declarar que su autor será procesado como ladrón, quedando empero á cargo de la acusación el completar con otros hechos la prueba de la resolución criminal, y en libertad el acusado de demostrar que estos hechos solo eran consecuencia inocente de una combinación singular. Por lo demás, digámoslo una vez para todas, escogemos algo á la ventura nuestros ejemplos, solo con el fin de explicar nuestra idea y detenernos á examinar si, llamados á hacer una ley, resolveríamos precisamente del mismo modo todos los casos particulares que hemos presentado por vía de ejemplo.

Lo que importa advertir es que el legislador tiene abiertos dos caminos. Señalando ciertos hechos particulares que juzga que son actos preparativos de un crimen, puede autorizar el procesamiento de su autor como acusado del delito que se reputa preparan los actos señalados. La cuestión judicial es entonces saber si, existiendo verdaderamente los actos de que se trata, habian sido ó no ejecutados con el fin supuesto por el legislador.

En el caso de la afirmativa, estando reconocida la resolución criminal del agente para ejecutar el crimen preparado, la ley debe imponerle una pena inferior con mucho á la que habria sufrido si el crimen hubiera sido ejecutado. Efectivamente, el daño se reduce entonces al peligro; el desistimiento voluntario era todavía posible; por último, el interés mismo de la sociedad y la opinión pública requieren imperiosamente que haya una gran diferencia entre la pena del acto preparatorio y la del delito consumado. Sin embargo la pena puede estar en cierta relación con la naturaleza del deber violado por la re-



solucion criminal. Reconocida esta, la diferencia entre el acto consumado y el acto preparado solo es de lo mas á lo menos.

En caso de negativa, la acusacion, por el contrario, desaparece enteramente: no hay fin criminal; no hay hechos ilicitos.

Otro segundo medio se le presenta al legislador. Considerando el hecho especial que ha señalado bajo un punto de vista mas general, puede hacer de él un delito *sui generis*. Pertenece entonces á la clase de hechos *ocasionales*, y le son aplicables las observaciones que hemos hecho sobre este punto. Tambien son de temer los abusos que hemos manifestado. Por último, la pena debe ser en tal caso la reservada á las infracciones de policia. Los hechos no estan ya enlazados con un fin criminal cuyos actos preparatorios serian. Ahora bien, estos dos medios no son incompatibles. El mismo hecho puede primeramente ser sometido á pesquisa como acto preparatorio, y en caso de que no se descubriese resolucion criminal, podria ser castigado como delito *sui generis*, como infraccion de una ley de policia.

Asi pues la ley puede reprimir, por via de excepcion, los actos preparatorios bajo dos formas:

Mirando ciertos hechos bajo un punto de vista general, como medios ocasionales, pero fáciles y peligrosos, de crímenes, y prohibiéndolos como actos atentatorios á la seguridad pública; leyes de policia:

Eximiendo de la regla general á ciertos actos que, por su naturaleza y forma exterior, se aproximan á actos de ejecucion en el sentido de que son propios para indicar, hasta cierto punto, el intento criminal, y autorizando el procesamiento de los autores de estos hechos, especialmente *previstos y señalados* por



la ley, como acusados de actos preparatorios del crimen.

No pára aquí todo: si hemos de creer á Salustio (Bell. Catil. c. 52.), decia Caton al senado de Róma hablando de la conspiracion de Catilina: "Longe mihi alia mens est, cum res atque pericula nostra considero, et cum sententias nonnullorum mecum ipse reputo. Illi mihi disseruisse videntur de pœna eorum qui patriæ, parentibus, aris, atque focis suis bellum paravere; res autem monet cavere ab illis, quam quid in illis statuamus consultare. Nam cœtera tum persequare, ubi facta sunt, hoc nisi provideris, ne accidat; ubi evenit, frustra judicia implores."

El senador romano sacaba de su observacion una consecuencia exorbitante socolor de la conveniencia pública; inferia que los cómplices de Catilina fueran degollados en sus calabozos, sin otra forma de proceso. La elocuencia de Ciceron no impedirá nunca el reconocer que se hizo reo de una violencia, sobrado á propósito para confirmar al pueblo romano en la opinion de que la fuerza y el éxito puedan justificarlo todo, y que las leyes é instituciones mas sagradas no alcanzan á contener al hombre revestido del poder. Asi, algunos años despues, Cesar disgustó á un pequeño número de romanos, pero no sorprendió á nadie.

Sin embargo el pensamiento de Caton era exacto. Asi debe tomársele en un sentido lato: no solo la tentativa, sino los actos preparatorios de ciertos crímenes, y en particular de los crímenes de traicion, tienen la particularidad de que, si se aguarda su ejecucion, es muchas veces demasiado tarde para salvar el Estado, ó á lo menos para poner al orden público á cubierto de los mas peligrosos ataques.



Una indulgencia errada sería con harta frecuencia causa de una guerra civil, con harta frecuencia los culpables evitarían triunfando el castigo.

Hay pues, convenimos en ello, una tercera especie de actos preparatorios, que el legislador encargado de conservar el orden social debe desear reprimir por medio de la sancion penal, aun cuando no sea posible dar con antelacion una esplicacion exacta de cada uno de estos actos en particular.

Esto es lo que distingue esencialmente á esta tercera clase de hechos de la segunda.

Pero, al atreverse el legislador á tomar posesion de estos hechos, está obligado á colocarse sobre un terreno muy resbaladizo. La justicia se mete en tantos peligros y juzga tales azares, que cuesta trabajo reconocer en ella la calma, prudencia y gravedad que la distinguen de la pasion y de la violencia política.

Trátase de apartarse cada vez mas del hecho material y directo para llegar, con la ayuda de medios indirectos y peligrosos, hasta la resolucion criminal. Los ejemplos mas palpables de este modo judicial de proceder, los únicos acaso en que puede justificarse este desvío del principio fundamental, son la trama, y el proyecto de traicion de parte de los altos funcionarios del Estado, lo que pudiera llamarse traicion ministerial.

Estos ejemplos representan, por lo menos, el punto extremo que el legislador puede atreverse á tocar con estas escepciones de la regla fundamental. Porque no tomamos en cuenta la simple amenaza y la proposicion no admitida.

La resolucion que el hombre se apresura á manifestar, amenazando á la persona á quien se propone ofender, es en general tan poco peligrosa y las



mas veces tan poco seria, que la amenaza, especialmente cuando es verbal, no merece llamar la atención del legislador; algunas precauciones de policía deben ser suficientes para la seguridad pública y privada. Aun la amenaza escrita entendemos que solo debe ser reprimida con una pena ligera. Por lo demas, ya hemos dicho que no es un acto preparatorio. Aquel que amenaza, descubre su proyecto. El castigo de la amenaza sería entonces una excepción á la impunidad de la resolución criminal, en vista del modo particular como se manifiesta. Si la amenaza ha sido un medio de estorsion ó de otro crimen cualquiera, no es entonces ella en sí lo que forma el objeto del castigo, sino un delito distinto, ó la tentativa de este delito.

Tocante á la simple proposicion, á la proposicion no aceptada, ¿será necesario demostrar que este acto no deberia nunca estar inscripto en el catálogo de los delitos? Unas simples palabras, referidas por aquellos mismos á quienes se han dicho, si es que han sido proferidas verdaderamente, palabras que es tan facil comprender é interpretar mal y desnaturalizarlas de intento; un acto, por último, que no admite de suyo testimonio imparcial y digno de fé, ¿cómo atreverse á calificarle de crimen? ¿Cómo certificarse de que la propuesta era formal, que anunciaba mas bien una resolución criminal que un deseo vituperable, que espresaba un proyecto criminal mas bien que la esplosion de un movimiento de cólera, un arrebató de odio y de animosidad? Si los hombres se resolviesen á hacer todo lo que dicen ó imaginan, sería imposible que pudiera subsistir en este mundo el pequeño número de hombres cuyos pensamientos y palabras son irrepreensibles. Afortunadamente no hay nada de esto. Se imaginan y di-



cen muy buenas cosas que nunca llegan á hacerse, y lo propio sucede con los malos pensamientos y las malas palabras. ¿Por qué se habia de apresurar el legislador á imputarlas á crimen? Este oficio está reservado á los Tiberios.

La trama es un hecho mas positivo, mas material, con caractéres menos indeterminados que la simple propuesta. Es menester proponerla, ponerse ademas de acuerdo con muchas personas y acordar entre sí una resolucíon. Esto supone que se tienen reuniones y medios de comunicacion, que hay circunstancias y hechos mas ó menos materiales, que se han repetido los mismos actos, en un lugar determinado y durante un transcurso de tiempo mas ó menos largo.

Todo esto es verdad. Tambien es cierto que se puede imaginar una trama, una reunion tal de circunstancias y hechos materiales que queden pocos escrúpulos sobre la justicia y ventajas de una ley penal que trate de llegar hasta la resolucíon criminal con la ayuda de este acto preparatorio. Pero, nótese, si se imagina una ley que señale una especie particular de trama y haga de ella un *crimen especial*, se está fuera de la cuestíon. El acto previsto estaria comprendido entonces en la segunda de las tres categorías que hemos enumerado.

¿Trátase, por el contrario, de designar la trama de un modo general, como una resolucíon concertada entre dos ó muchas personas? Entonces, aunque la trama sea un hecho menos fugitivo é incierto que la simple propuesta no admitida, ¿cuánta es la vaguedad de la ley! De hechos tan insignificantes de suyo como lo son los actos de verse, reunirse, hablar, deliberar, ¿cómo inducir el intento criminal? Si no se ha seguido todavía ningun otro



acto preparatorio, ¿sobre qué fundamento habría uno de apoyarse para reconocer la resolución del agente? No se tendrá otra prueba, como con la propuesta no aceptada, mas que palabras referidas, comentadas por cómplices ó traidores. Los peligros serán análogos, los errores casi tan fáciles.

Puede suceder, á la verdad, que existan escritos procedentes de los acusados.

Otros hechos, otras circunstancias pueden venir tambien á agregarse al hecho de la trama, darle mas consistencia y un aspecto exterior mas determinado y sensible. Pero, no habiendo señalado y exigido el legislador como elementos del delito estas circunstancias y estos hechos, la trama no deja de pertenecer á la categoría que en este momento nos ocupa; la pesquisa será posible sin que se cumpla ninguna de estas circunstancias exteriores; los peligros de la acusacion y del juicio estan lejos de desaparecer.

Por lo demas, aqui no hacemos mas que indicar la teoría de la trama en materia de crímenes políticos; la desarrollaremos al tratar este asunto con especialidad, cuando esponamos la teoría de cada delito en particular.

No obstante, de las consideraciones que preceden resulta ya:

1.º Que es sobremanera peligroso comprender la trama entre el número de crímenes sin darle ninguna denominacion especial.

2.º Que si el legislador se resuelve á pesar de esto á colocarla entre aquellos, debe cuando menos dar á la ley el correctivo de algunas garantías particulares á este género de pesquisas criminales.

3.º Que estas garantías deben poner al acusado á cubierto de una sentencia fundada solamente en simples palabras que se le imputen.

:



4.º Que, aun cuando se otorguen estas garantías, no sería legítimo, en vista de las muchas probabilidades de error que tales juicios presentan é independientemente de la gravedad propia del delito, imponer á los autores de una trama una pena sobrado severa y sobre todo irreparable.

La traicion de parte de los altos funcionarios del Estado, con especialidad la de los ministros, es un crimen que se ofrece al legislador bajo un aspecto que le distingue del mismo crimen cometido ó intentado por un individuo cualquiera. Esto es evidente, bajo el punto de vista de la gravedad moral: el ministro falta á la particular confianza que de él hace el Estado: vende á su patria é infringe sus deberes como ministro. Pero el crimen de los ministros está ademas acompañado del particular peligro de que tienen en su mano mil medios de cometerle sin que se trasluzca al principio su proyecto. ¿Quieren, por ejemplo, entregar su patria al enemigo? Pues la omision de ciertas órdenes, la dilacion de ciertas medidas, pueden bastar para consumir el crimen. Y si quisieran minar sordamente el sistema politico establecido, ¿cuántos medios estan á su alcance legítimos é intachables al parecer! ¿Cuántas ocasiones tienen de suscitarle enemigos, de entibiar el celo de sus defensores, de corromper la opinion pública, de impelel á la corona á tomar perniciosas medidas y de grangear partidarios al sistema contrario!

Menester es reconocerlo, tienen los ministros en su mano tantos medios, preséntanseles naturalmente tantas ocasiones de hacer daño, es tan grande su poder, tan dilatado su influjo, que si no pudiera acusárseles de traicion hasta despues del verdadero principio de ejecucion, y aun si no pudiera hacérseles cargo de mas actos preparatorios que los previs-



tos terminantemente y definidos con toda exactitud por la ley, la acusacion no podria nunca tener efecto. Siempre seria ó prematura ó tardía: siempre recaeria sobre un ministro inocente, ó sobre uno ya sobrado fuerte y dueño del Estado.

No son los hechos particulares, sino la generalidad de los actos ministeriales lo que puede revelar únicamente cuál es el fin adonde marcha un ministerio. No es el examen material de este ó aquel acto lo que puede alumbrar la conciencia de los jueces de un ministro. Digámoslo francamente: el juicio debe ser á la vez un acto de justicia y una estimacion politica de la totalidad de los hechos ministeriales. Un acto cualquiera que parece intachable, aisladamente considerado, puede contribuir á formar la conviccion si se le examina en sus relaciones con una porcion de otros actos y otras circunstancias; otro acto, que parece indiferente por sus inmediatos efectos, puede ser funesto á la salud del Estado por sus consecuencias remotas; otro, que solo es un yerro discupable á primera vista, encierra acaso el principio de una maniobra hostil contra las libertades públicas.

Ó es menester permitir á la acusacion abrazar una estension grande de hechos y circunstancias, presentar un juicio politico de los mismos, é inferir de ello la prueba de un proyecto criminal contra los ministros; ó es menester renunciar á defender al Estado contra los crímenes ministeriales por medio de la accion judicial. Sandez sería afanarse en imaginar y esplicar con antelacion cierto número de hechos especiales, convertirlos en único fundamento posible de acusacion contra un ministro, y aguardar luego á que este funcionario, que tiene á mano mil recursos, mil medios, mil subterfugios, venga



voluntariamente á arrojarse á ciegas sobre alguno de los crímenes definidos. Contentarse con tal sistema sería renunciar á defender el Estado contra los ministros de otro modo que no fuera la fuerza. Los juicios no podrian adelantar nada, á menos que no se les convirtiese, llegado el caso, en puros actos de poder político infringiendo abiertamente la ley.

Esta doctrina, que sería inicua tocante á los particulares, no lo es respecto de los ministros; no solo porque nadie está obligado á admitir estos cargos elevados y someterse por fuerza á esta ley excepcional, sino porque en realidad le es mas fácil á un ministro, hombre de bien, dotado de algunas luces y de cierta firmeza de carácter, ponerse á cubierto de una acusacion aventurada de alta traicion, que á un simple particular evitar con su conducta de verse envuelto sin razon en una causa de conspiracion. Procure solamente un ministro no cerrar los oidos al clamor de la opinion pública, y no retroceda ante la obligacion de renunciar su destino cuando la conservacion de este llegue á ser incompatible con el cumplimiento de los deberes que le impone; y en vez de acusaciones calumniosas y de sentencias injustas, encontrará gloria y nombradía. Preciso es que sea grandísima la seduccion del poder material cuando se ve con tanta frecuencia á hombres, muy honrados en el fondo y dotados de grandes talentos, encogerse y acurrucarse en el sillón ministerial para correr allí una suerte triste y peligrosa, antes que manifestarse á los ojos de la patria con toda la grandeza de un ciudadano que abdica un poder que no podia ya consagrar á servirle. ¡Es posible que cierren así á un tiempo los oidos á los mandamientos de la moral y á los verdaderos consejos del interés personal!



Al señalar las necesidades políticas del Estado tocante á sus ministros, no olvidemos sin embargo que un ministro es un hombre, y que él también tiene derecho á la justicia y á la protección de las leyes. Cualesquiera que sean las ventajas que le ofrecen las circunstancias especiales en que se encuentra colocado, siempre es empero cierto que, si se le priva del derecho de ser procesado únicamente por crímenes especiales y difíciles, deben otorgársele garantías particulares capaces de aminorar los riesgos de estos procesos.

Estas garantías están en las formas de la acusación; en la elección del tribunal competente, en las formas de los juicios y en la influencia indirecta que puede ejercer la corona para proteger al acusado. No nos toca desenvolver aquí la acción de estos diversos resortes de la organización política del Estado, lo cual estaría demasiado distante de nuestro objeto. Solo observaremos que la acción de estos resortes no redundan enteramente en provecho legítimo del acusado: también puede ser causa de nuevos riesgos para él y servir de instrumento para oprimirle. La pasión puede cegar y arrastrar tras sí á unos cuerpos que, siendo esencialmente asambleas políticas, se convierten accidentalmente en jueces y acusadores. Es una garantía no poder ser acusado mas que por la cámara de los diputados; pero si una mayoría numerosa, violenta, acalorada y sostenida por un público alucinado, se apodera de una acusación temeraria y se empeña en llevarla adelante, ¿le es fácil al acusado, digámoslo, á los pares y á la misma corona, resistir á la acción de una palanca tan poderosa, y no inmolar una víctima al odio y á la venganza?

Son necesarias garantías especiales, establecidas con antelación en tiempos de bonanza, y cuando el



legislador está lejos de fijarse sobre ninguna aplicación inmediata y especial.

Estas garantías adicionales deben ser buscadas en la lentitud de los procedimientos y en la elección de la pena.

Sin duda que la fuerza puede, en ciertos momentos, echar por tierra todos los diques. Este no es motivo para renunciar con antelación á los medios de contener el torrente. Y ofrecen mas resistencia que la que se cree, aun contra los hombres de pasiones, las fórmulas y trámites establecidos hace mucho tiempo.

La pena no debe ser irreparable, ni tampoco es necesario que sea de mucha gravedad. Si no lo es de suyo, lo es siempre relativamente á la persona que castiga. Prohibir por medio del confinamiento toda carrera política á un ministro que ha tenido en las manos el poder, desterrarle con tiempo á una fortaleza, y deshacer así todas las intrigas y cálculos de ambición, son penas correlativas al delito y que satisfacen á todas las condiciones que buscamos en la legislación criminal.

Así evitamos todo lo irracional y odioso que es la aplicación de las penas infamantes, y si hemos propuesto el confinamiento, nos guardamos mucho de confundirle con el *destierro* que, en virtud de los términos de la ley francesa, envuelve consigo todos los caracteres de estas penas infamantes que deseamos. Con mayor razón debemos vedar la pena capital. Cualquiera que sea la legitimidad absoluta de este modo de castigar, un célebre escritor ha demostrado, con el estudio de los hechos y una fuerza de lógica irresistible, en un tiempo en que su libro era una protesta noble y generosa, que la pena de muerte aplicada á los delitos políticos era incompatible



con el estado de las sociedades modernas. (1) Si el principio que ha establecido es aplicable en todo rigor á toda persona culpable de este género de crimen, lo es particularmente á los ministros cuya acusacion y juicio estan siempre mas ó menos encomendados á las pasiones politicas y á los odios particulares.

## CAPÍTULO XXVIII.

### *De los actos de ejecucion.*

La teoría de los actos preparatorios nos ha fijado el punto de partida que debemos tomar para desenvolver la de los actos de ejecucion. Importa sin embargo evitar por medio de una nueva analisis las muchas ambigüedades que pueden encontrarse todavía al tratar esta parte, tan esencial como delicada, del derecho penal.

Mientras solo se trate de actos internos, ó aun de actos exteriores simplemente preparatorios, el crimen está ya empezado *subjectiva*, pero no *objectivamente*. El derecho de seguridad y tranquilidad general puede haber recibido ya grave menoscabo, pero el derecho especial, cuya infraccion constituía el término directo del crimen, no ha sido todavía amenazado, ni aun atacado directamente: todavía subsiste en toda su integridad. La existencia del hombre á quien quiere dar muerte el asesino *ambulans cum telo* no ha recibido aun ningun ataque. Esto es lo que no han observado todos aquellos que han omitido distinguir los actos preparatorios de la ten-

---

(1) De la pena de muerte en materia política, por Mr. Guizot, 1821.



tativa, distincion tan importante sin embargo como la que se ha notado existia entre esta última y el delito consumado ya.

Al aparecerse la víctima señalada, el asesino empieza su ataque por un primer golpe. Detengamos en aquel momento el brazo del criminal. El asesinato está empezado, aun *objectivamente*. Aunque el asesino mude de repente de resolucion enteramente, aunque prosternado á los pies de su víctima implore su perdon y le suministre auxilios, siempre es cierto que ha empezado el asesinato.

Si el golpe dado no fuera mortal, aun podia salvarse la vida del hombre atacado; pudiera serlo, nótese esto bien, ora por un acontecimiento cualquiera, ora por haber mudado de resolucion el agente criminal. El crimen no estaba pues acabado, ni *subjectiva*, ni *objectivamente*.

¿Pero sería fundada esta conclusion, en el caso de que el asesino hubiese tenido intencion de matar al primer golpe, y si hubiera efectivamente echado mano para esto de los medios suficientes por lo comun, por ejemplo, de una escopeta cargada de modo que ocasionase la muerte?

En este caso, el crimen que no está consumado *objectiva*, puede ser considerado como si lo estuviera *subjectivamente*. Nada mas le quedaba que hacer al autor del crimen; no puede decir que solo le tenia empezado, sino que se le ha *frustrado*.

Asimismo, concertar el envenenamiento de una persona, comprar el tósigo, dárselo al individuo encargado de administrarle, solo es todavia *preparar* el envenenamiento; no hay todavia principio de ejecucion, verdadera *tentativa*.

El veneno está ya derramado en el vaso y va á ser presentado á la víctima; entonces no titubeamos



en afirmar que hay tentativa, y que dura mientras que el culpable se halla en estado de impedir la consumacion del crimen, ó que puede ser suspendida por algun acontecimiento.

El veneno ha sido tragado ya, el crimen está consumado *subjectivamente*. El envenenador ha ejecutado el acto que se habia propuesto, y nada le queda por hacer. Mas una circunstancia cualquiera, una medicina que el hombre envenenado tenia que tomar á la misma hora, sin saberlo el envenenador, neutraliza los efectos de la ponzoña. El crimen está *frustrado*.

Asi pues el crimen empezado solo *subjectivamente* no es mas que una *resolucion* criminal, ó un *acto preparatorio*. Ya hemos hablado de esto.

El crimen empezado tambien *objectivamente* es lo que constituye la verdadera *tentativa*, y la tentativa continúa mientras que el agente no termine los actos que tenia intentado llevar á cabo, y cuya reunion constituye la completa ejecucion del crimen.

El crimen consumado *subjectiva*, pero no *objectivamente*, es un crimen *frustrado*.

Si nada le falta al crimen, si se le ha dado fin aun *objectivamente*, es un crimen *consumado*.

## CAPÍTULO XXIX.

### *De la tentativa.*

Resulta de la analisis que antecede que la verdadera tentativa se reconoce en dos caractéres esenciales.

1.º Un principio de ejecucion del acto ó actos que constituyen el hecho material que tenia á la mira su autor.



2.º Una ejecucion ya comenzada y que pueda sin embargo ser suspendida ó interrumpida todavía, aun por voluntad del autor de la tentativa.

Un ladron tiene ya en la mano el rollo de onzas que ha encontrado en el arca que acaba de abrir. Sobrecogido de temor ó arrepentimiento, vuelve el oro adonde estaba en vez de llevársele; sale y renuncia al delito. Véase una tentativa *muy próxima*: sin embargo la *detrectatio rei alienæ* no estaba consumada enteramente. El oro sacado no habia sido llevado todavía; pero abrir el arca y sacar el oro eran actos que, juntamente con el acto final del llevamiento, constituían el delito proyectado, el robo.

El autor del crimen podia ser sorprendido entre estos dos actos, el de sacar el oro y el de llevársele; podia sobrevenirle un desfallecimiento, como sucedió á aquel testigo falso que no tuvo tiempo de acabar su deposicion; pero tambien podia cambiar de resolucion y no terminar la ejecucion del robo.

Acaso es imposible, insistimos sobre esta observacion, determinar por una ley y de un modo general los caractéres fijos en que se puede reconocer, en todos los casos, el verdadero principio de la ejecucion del delito, y distinguir estos actos de aquellos que solo son preparatorios.

Tambien es dificil, en muchos casos, determinar el momento preciso en que el delito ha dejado de ser una tentativa y tomado el carácter de delito consumado ya. En el caso que hemos presentado, si el ladron se apartaba ya del arca, si se encaminaba ya con el objeto robado á salir de la habitacion, ¿estaba consumado el robo? ¿Era menester que hubiese salido?

No es menos dificil, en ciertos casos, reconocer si la ejecucion de un crimen podia todavía ser sus-



pendida ó retractada aun por voluntad del agente.

Cuestiones son estas cuyo examen y solución en cada caso particular conviene dejar á la justicia práctica. Donde quiera que el poder judicial esté bien organizado, se formarán antecedentes y, al cabo de algun tiempo, doctrinas que dejen poco que desear.

La ley solo debe establecer los principios reguladores. La jurisprudencia los desenvuelve luego y deduce reglas especiales de aplicación para cada caso particular.

En determinar los actos que constituyen la tentativa se encuentra tambien otra dificultad; siendo estos actos un principio de ejecución, son ciertamente un medio menos peligroso de llegar hasta el intento del agente que los actos simplemente preparatorios. No obstante hay hechos que no bastan para disipar toda la incertidumbre del juez relativamente á la resolución interna del agente. Esto es particularmente cierto de los actos que pueden ser á la vez ejecución completa de un delito *sui generis*, y principio de otro delito. ¿Se han dado golpes, se ha hecho una herida con el intento de matar? En este caso, y solo en este caso, hay tentativa de homicidio.

Es evidente que la duda no puede ser resuelta sino examinando la totalidad de las circunstancias accesorias; el juez necesita la prueba de algo mas que el hecho de la herida.

Pero todas estas dificultades prácticas no rebajan, á nuestro parecer, la solidez de los principios que acabamos de sentar. No por eso deja de subsistir en toda su fuerza la distinción entre el acto preparatorio, la tentativa verdadera y el crimen frustrado. Está fundada sobre la misma naturaleza de las cosas.



Á pesar de esto ha sido omitida en casi todas las legislaciones, entre otras en el Código penal francés. Los caracteres de la tentativa parecen, á primera vista, haber sido espresados muy claramente: "Toda tentativa de crimen que se haya manifestado por actos *exteriores* y sea seguida de un *principio de ejecución*, si no ha sido suspendida ó frustrándose su efecto mas que por circunstancias fortuitas ó independientes de la voluntad del autor, se considera &c." Art. 2. Cod. Pen.

"Manifestado por actos exteriores y sea seguida de un principio de ejecución." Es decir, que todo acto exterior, ejecutado en consecuencia de un proyecto criminal, no basta para constituir la tentativa; es necesario un acto de ejecución. Esta importante verdad es la que hemos procurado establecer con nuestra teoría de los *actos preparatorios*.

"Si no ha sido suspendida *mas que* por circunstancias independientes de la voluntad del autor." Esto parece suponer que pudiera ser suspendida aun por voluntad del autor, lo cual es tambien una de las circunstancias que caracterizan la verdadera tentativa y la distinguen del delito frustrado.

Pero la sancion penal añadida á la cláusula del Código francés, y las palabras del orador del gobierno al hacer la esposicion de los motivos, arrojan mucha oscuridad sobre el mismo texto de la ley: "Toda tentativa... es considerada como si fuese el mismo crimen." ¿Por qué? "El autor de la tentativa, dijo M. Treihald copiando á Filangieri, ha cometido el crimen en cuánto estaba en su mano cometerle." Esto es confundir la tentativa con el delito frustrado.

Porque, si se habla de la verdadera tentativa, ¿cómo puede afirmarse que el autor ha cometido el



crimen en cuanto estaba en su mano? Si la ejecucion solo estaba empezada, era dueño de suspenderla. Si estaba terminada, no habia ya tentativa, sino crimen consumado, *subjectivamente* á lo menos: solo en este caso puede decirse que el agente ha hecho todo cuanto se habia propuesto hacer.

El hecho es que el legislador ha reunido en el mismo capítulo y bajo igual nombre dos actos esencialmente distintos, que les ha aplicado la propia pena, y lo que es peor, la pena que se debia reservar cuando mas para el hecho mas grave, para el crimen frustrado.

Despues de haber demostrado que el mismo acto preparatorio puede, por via de excepcion, ser castigado siempre que lo requiera el interés público, y que la justicia social tiene medios de proceder fundadamente y afianzar la legitimidad de su accion, sería absurdo pararse á demostrar que la verdadera tentativa es punible tambien. Los actos que la constituyen tienen una relacion directa é inmediata con la resolucion criminal. El mal moral y el mal politico han adquirido un grado de gravedad superior al de los actos puramente preparatorios.

Solo falta pues que examinar estas cuestiones: ¿en qué casos requiere el interés social el castigo de la tentativa? ¿Cuál debe ser la pena de ella?

La tentativa puede ser vana y no llegar á la consumacion del delito:

Por imposibilidad absoluta del medio y del fin;

Por una imposibilidad que llamaremos *relativa*;

En fin, por desistimiento del autor.

La solucion de las cuestiones propuestas arriba no puede ser la misma en estas diversas hipótesis.



## CAPÍTULO XXX.

*De la tentativa desvanecida por imposibilidad del medio ó del fin.*

La tentativa vana puede presentarse bajo muchas formas.

El autor de la tentativa administra nitro, creyendo administrar arsénico.

Administra nitro, creyendo que este es un veneno.

Hiere á un hombre muerto ya, creyéndole solo dormido.

Comete una tentativa de parricidio sobre la persona de un extraño que equivoca con su padre.

Pronuncia ciertas fórmulas y emplea ciertos ingredientes, persuadido de que por este medio puede á arbitrio originar la peste é inficionar una ciudad.

Á decir verdad, sería abusar de las palabras llamar á estos actos tentativa de envenenamiento, de asesinato, de parricidio &c.

Supuesto que la tentativa es un *principio de ejecución*, no puede haberla cuando se propone uno hacer lo imposible, ó aquello que es posible con medios *absolutamente* desproporcionados al fin. Si no hay locura, puede haber perversidad moral acompañada de ignorancia ó error, pero no puede empezarse sino aquello que es posible; porque la idea de *principio* supone la *posibilidad* de alcanzar el fin aplicando mas ó menos largamente el medio. ¿Empezaba á ejecutar el derrame del Océano el niño que sacaba agua del mar con un cubilete? ¿Era una tentativa para dejar en seco al globo terrestre? Pero imagínese que algunos hombres hacen algo parecido en derredor de una cisterna, y se concebirá inmediatamente la tentativa de desagüe. Colóquese esta cister-



na en un desierto, y podrá considerarse esto como tentativa de un gran crimen.

Acaso es debido á este abuso de palabras la variedad de opiniones que acerca de este punto hay entre los criminalistas. Unos eximen á estos hechos de toda pena, al paso que otros proponen un castigo mas ó menos grave. Algunos de ellos se contentan con que se tomen medidas de precaucion y de policia con los autores de estos hechos.

Si el pensamiento criminal no debe ser por lo comun objeto de la justicia humana, cuando no puede ser revelado por otros medios que los actos *propensivos* á realizar el crimen proyectado, la tentativa desvanecida por imposibilidad del medio ó del fin debe por igual razon quedar impune: porque los actos cometidos no tienen segun el supuesto propension criminal, por lo menos tocante al delito principal que á su autor se imputa. Que este haya dado muerte ó no al hombre contra quien ha descargado su arma de fuego, siempre es cierto que, si este hombre era extraño para él, no ha cometido ni podido cometer en su persona el crimen de parricidio.

Si los actos cometidos no tienen realmente ninguna propension hácia el crimen especial que se supone haber sido proyectado, ¿cómo enlazarlos con este crimen? ¿Cómo afirmar que le preparaban y que eran el principio de su ejecucion? Estos actos nada revelan de suyo, son mudos. Herir á un muerto es un hecho que no denuncia proyecto de homicidio; administrar nitro es un acto que no indica por sí la intencion de causar la muerte por envenenamiento. Sería necesario pues buscar los medios de probarlo fuera de estos actos; sería necesario conducirse como si tales actos no existieran. Pero entonces no sería ya inducir de la existencia de los



hechos la del proyecto criminal, como lo quiere la sana razon, sino de la existencia del proyecto criminal la criminalidad de los hechos. Lo que equivaldria á decir que es menester echar en olvido un principio esencial del sistema penal para correr todos los riesgos de que va acompañado el castigo del pensamiento.

Por otra parte, aun cuando fuera cierta la resolucion criminal, ¿cuál es el peligro de la sociedad? ¿Cuál es el mal material? ¿Qué le importa que se intenten actos imposibles de ejecutarse?

Diráse que estos actos atestiguan una perversidad que es de temer. ¿Se quiere pues traspasar los límites de la justicia penal, perseguir y castigar la perversidad en general, bajo el pretesto de un acto que no ha ocasionado ningun mal material, ningun peligro, ninguna zozobra fundada? Entonces habria mas razon para castigar á los hombres notoriamente viciosos y poseidos de hábitos funestos. Mas son de temer que un loco que prueba una vez á ejecutar un acto imposible.

Añádase que la pena impuesta á estos actos seria reprobada por la opinion pública, y haria la ley odiosa á los ciudadanos.

Es inútil advertir, al acabar, que si los hechos denunciados como tentativa de una cosa imposible han producido sin embargo un delito *sui generis*, este delito será objeto de la justicia penal.

Verdad es que, en este último caso, los tribunales encontrarán con frecuencia cuestiones delicadas y embarazosas de resolver acerca de la intencion, de la complicidad y de las pruebas; cuestiones individuales, irresolubles por otro cualquiera medio que el examen atento del hecho particular, y la aplicacion de los principios reguladores de la teoría pe-



nal. El legislador no puede hacer nada sobre esto. Un jurado paciente y de luces, y un magistrado sobre todo que en la esposicion del derecho sepa conciliar la profundidad de las doctrinas con un lenguaje sencillo y claro, son los únicos medios eficaces que el poder social puede ofrecer en garantía á los ciudadanos.

## CAPÍTULO XXXI.

*De la tentativa frustrada por imposibilidad relativa.*

Pasemos á la tentativa que ha quedado frustrada por circunstancias fortuitas, ó independientes de la voluntad de su autor.

Entre las diversas especies de tentativas, esta es aquella cuyo castigo se reclama con unanimidad.

Efectivamente, ademas del delito moral, hay en ella un peligro tan grave é inminente, un origen tan legítimo de zozobras, que la justicia social no puede cerrar los ojos acerca de tales atentados. Puede y debe entender sobre ellos.

Como hablamos de verdaderas tentativas, de proyectos criminales ya revelados por actos materiales y de *ejecucion*, estamos en el círculo de lo que es posible y legítimo para la justicia humana.

Habrá casos particulares en que será difícil y aun peligroso declarar que ha habido ó no tentativa de este ó aquel crimen determinado. Pero estas son escepciones, como las hay tambien cuando se trata de fallar sobre delitos ya consumados. ¿Háse cometido adulterio, envenenamiento, falsificacion y abuso de confianza? ¿Quién no sabe que la justicia humana quisiera alguna vez abstenerse de fallar sobre estas cuestiones? porque si, como á mal andar, pro-

:



nuncia la fórmula *no culpable*, no ignora que en la esencia no hay nada positivo sobre esto, nada absolutamente cierto en su declaracion.

Pero algunas dificultades prácticas no deben paralizar el derecho de la justicia, como lo haria la imposibilidad de obrar bien de resultas de la propia naturaleza de las cosas, como sucede con el pensamiento criminal y aun con la mayor parte de los actos simplemente preparatorios.

Entre las tentativas que se frustran por circunstancias fortuitas, las hay seguramente que son contenidas por una fuerza fisica irresistible, como las tentativas de cosas imposibles. ¿Será menester por esto aplicar á las primeras la regla que hemos aplicado á las segundas y eximir las de toda pena? Basta una sola observacion para desechar cualquiera comparacion entre ambas. Las segundas son imposibles, segun el curso ordinario de las cosas; su imposibilidad es conocida anticipadamente por la experiencia. Lo propio sucede con los actos que son imposibles en el sentido de que la ley les priva de toda su eficacia. Repítase el mismo acto diez ó veinte veces, y nunca llegará á verificarse el crimen. Añada un hombre, de su puño y sin contrahacer la letra del testador, una cláusula en su favor al testamento ológrafo de otro; dispare á uno veinte escopetazos á ochocientos pasos de distancia; nunca hará una cláusula valedera, ni dará muerte á su enemigo.

¿Sucede lo propio con el ladron cuya ganzúa se quiebra al tiempo de abrir el armario? ¿Ó con el salteador á quien los caballos echan furiosos por tierra y le dejan en un instante muy atrás del viajero á quien queria despojar?

El robo por medio de una ganzúa, el salteamiento parando los caballos de un coche son posi-



bles. El ladrón y el salteador habian hecho lo que era menester para conseguir su intento; ejecuten otra vez el mismo acto y se saldrán con él. Tal es la ley comun de las cosas. El acontecimiento contrario solo es una casualidad, á los ojos del hombre: el delincuente no podia preveerle, ni la sociedad tampoco. Asi el peligro y la zozobra no son menores por la singularidad del suceso, y la resolucion del culpable no es nada equívoca. No quedan pues, tocante á las tentativas de que tratamos en este momento, mas que dos cuestiones por resolver.

¿Se debe castigar sin escepcion la tentativa de todo crimen ó delito?

¿Qué pena deberá imponerse?

El examen de la segunda cuestion facilitará la solucion de la primera.

Se ha sutilizado mucho al discutir la cuestion de penalidad, relativamente á la tentativa. Los partidarios de la severidad y sus contrarios han dado un asalto de metafisica: las mas veces han combatido tanto tiempo, solo por no entenderse entre sí.

En medio de todos estos combates, juzgamos que la luz natural y la conciencia publica han hablado siempre un mismo lenguaje. "El delito no ha sido consumado, luego el castigo debe ser menor." Esta idea de proporcion material, este sentimiento de justicia tosca, convengo en ello, son naturales al hombre; porque se ajustan á la latitud de sus miras y á la limitada condicion de su ser. Los hombres del poder, sin ser mas filósofos ni equitativos que el público, se han ensañado contra la tentativa, solo porque han creido siempre que era cómodo cargar la mano en todas las cosas. Pero, cualquiera que sea el influjo que los legisladores pueden ejercer sobre la opinion, creemos que, donde quiera que el pueblo no



está totalmente embrutecido, opone resistencia la conciencia pública al principio que impone igual pena á la tentativa y al crimen consumado ya. Creemos que el público no participa de la opinion que hace subir igualmente al cadalso al asesino cuya víctima yace en la sepultura, y á aquel cuya víctima conocida se encuentra acaso, gracias á la interrupcion de la tentativa, entre los espectadores de su suplicio.

Si este hecho es cierto, puede ya dudarse del principio que pone á la tentativa al exacto nivel del crimen, sin sondear mucho el valor intrínseco de la opinion popular; porque ¿tiene alguna conveniencia un castigo reprobado por la opinion pública? ¿Debe echar de él mano el poder social, aun cuando pudiese probar su justicia abstracta?

Por lo demas, tambien somos pueblo acerca de este punto: la máxima que pone en igual línea la tentativa y el delito consumado no nos parece justa ni conveniente.

No olvidemos que solo se trata y puede tratarse aqui de la justicia de los hombres. La voluntad del individuo no es un misterio para la justicia eterna; los grados de su perversidad le son conocidos; la interrupcion de su crimen no la priva de conocer sus intenciones, y siempre puede decir con certidumbre: "Tú hubieras perseverado en tu proyecto, nadie era capaz de contenerte ya; tu alma estaba cerrada al arrepentimiento."

Descendamos hasta la justicia humana. Esta no tiene intuicion ni derecho pleno y absoluto. Le son necesarios medios materiales para saber y estimar lo ocurrido; pero lo que ocurrirá, lo que pudiera ocurrir ó haber ocurrido, no está á su alcance. Su propio derecho está limitado por la imperfeccion de los



medios de que debe echar mano, y la naturaleza del fin á que está encargada de llegar.

Examinemos ahora, relativamente á la tentativa, cada uno de los elementos indispensables para la recta administracion de la justicia social.

Consideremos primeramente el delito moral. Pero el delito moral implica en toda aplicacion particular la cuestion de la intencion, y el hombre no conoce la voluntad de sus semejantes mas que por los hechos que la revelan. Luego que cesan los hechos, desaparece la luz. La tentativa es suspendida por un acontecimiento fortuito; ¿pero habria sido sin él consumado el crimen? Esto es posible, y, si se quiere, probable, pero nada mas: porque, *si es verdadera tentativa*, el autor podia tambien desistir de ella. ¿Cómo imputarle este exceso de voluntad, este ulterior grado de perseverancia y de crimen? Falta el hecho revelador. Solo es pues una induccion el decir: Ha andado las dos terceras partes del camino del crimen, luego habria acabado su carrera. No obstante, mientras mas se acercaba á su término, mas cara á cara iba á encontrarse con el crimen y mejor podia, en algunos casos por lo menos, sentir su horror y abandonar su proyecto.

Asi toda la parte de imputacion que traspase el momento de la suspension de la tentativa, es una imputacion aventurada: es imputar lo que se ignora, es castigar el pensamiento por conjeturas.

Sin embargo, si la pena debe ser la misma que la del crimen consumado ya, es necesaria igual certidumbre no solo sobre la voluntad del agente, sino tambien sobre la perseverancia de esta voluntad. Sin esto, se puede creer que se hace una ley útil; pero es preciso no hablar de justicia.

El hecho material debe ser considerado como



prueba de la resolución criminal, y como espresion de la mayor ó menor probabilidad que hay de arrepentimiento. Y el arrepentimiento es posible, mientras hay un acto que cometer. Dícese que disminuye su posibilidad, á medida que la tentativa se acerca á la ejecución completa. Aunque esta asercion misma sea algunas veces dudosa, siempre es cierto que la posibilidad existe. Ahora bien, la ley debe tener en cuenta, en cierta proporcion, no solo el arrepentimiento efectivo, sino tambien el posible con anterioridad á la consumacion del crimen.

Tampoco es menester no echar en olvido que, suspendida ya la tentativa, el delincuente no ha alcanzado todavía del crimen los goces y provechos ilegítimos que aguardaba de él y que hubiera debido espiar con la pena. Por otra parte, si se toma en consideracion el mal material ocasionado por la tentativa, ¿cómo inferiremos que debe ser castigada como el mismo crimen? La infraccion del deber amenazado no se ha completado; acaso tambien no hay en ella aun otro mal *objetivo* que el peligro y la zozobra.

Asi, ya se considere la parte moral, ya llame la atencion la parte material del acto, ninguna cosa justifica á los ojos de la justicia humana la supuesta paridad de la tentativa y del crimen. La ley que la sanciona no es pues mas que una medida de utilidad y de conveniencia.

Nosotros reconocemos que, luego que hay verdadero delito, y háyle en la tentativa, el legislador tiene cierta latitud sobre la cantidad de la pena. ¿Quiere esto decir que se haya de ceder ciegamente al miedo ó la antipatía y desplegar sin escrúpulo un lujo de penalidad? Todavía ejercen un dominio muy poderoso sobre los legisladores ciertos hábitos funes-



tísimos de severidad. Por otra parte, ni siquiera podrían probarnos que hay necesidad ó conveniencia de considerar como crimen á la tentativa. En ninguna parte encontramos la prueba de esta conveniencia. En los unos es una severidad derivada de las preocupaciones; en los otros, un entero olvido de la verdadera cuestión. Creemos, por el contrario, que el principio de la utilidad requiere que la tentativa sea castigada con una pena menor que la del crimen consumado, y esto por evitar el uso demasiado frecuente de las penas mas graves; por prevenir la mala impresión que el sistema opuesto puede, en el mayor número de casos, hacer en la opinión pública; por estorbar que la severidad de la ley sea una causa de impunidad absoluta, en razón á no poder los jurados cerrar los oídos á la voz de la justicia y de la humanidad; en fin, por no dar al autor de la tentativa suspensa el deseo de volver á la carga. La prosecución del delito es fácil en muchos casos; ¿por qué se abstendría pues de ello el autor, si en adelante nada tiene que temer, si el exceso de delito no puede acarrearle ya un exceso de castigo? El criminal está con frecuencia dominado por cierto linage de celos y supersticiones. Deténgale un obstáculo imprevisto, encuéntrese paralizada su acción á pesar suyo, y esta circunstancia le llamará la atención; la conciencia, la reflexión, el miedo y el cálculo, le hablarán todos á la vez; no se le cierran todas las puertas á la enmienda: ya que ha suspendido involuntariamente su proyecto criminal, pueda á lo menos renunciar luego á él voluntariamente.

Sin duda que esta no es suficiente razón para eximir de toda pena á la tentativa suspendida por accidente fortuito. El temor de impeler al agente á ejecutar enteramente el crimen no tiene aquí la mis-



ma fuerza que tocante á los actos preparatorios. El mal político de la tentativa de esta especie es sobrado grave. Pero tampoco hay necesidad de negarle todo influjo al principio de prudencia política que acabamos de recordar.

Parécenos en resumen:

1.º Que la pena de la tentativa, generalmente hablando, debe ser inferior á la del crimen consumado ya;

2.º Que debe sin embargo irse acercando á ella, á medida que la tentativa se aproxima mas al crimen.

En otros términos, la pena de la tentativa debe estar en razon directa del peligro, é inversa de la probabilidad de un desistimiento voluntario.

La teoria que acabamos de esponer no deja de tener algunas dificultades en la práctica. El legislador puede establecer, por prevencion general, el principio de la criminalidad de la tentativa suspendida por causas independientes de la voluntad de su autor, y decidir que la pena de la tentativa debe ser inferior á la reservada para el crimen consumado ya. ¿Pero debe establecer luego una gradacion circunstanciada de penalidad, segun los diversos grados de gravedad de la tentativa? ¿Ó debe limitarse, sino, al principio general y encomendar su aplicacion al poder discrecional del juez? Esto último produciria ya un efecto muy ventajoso en los paises en que se cree no puede vivirse sin matar un número razonable de ciudadanos en nombre de la justicia. Porque, como no se puede matar á medias, ó en tres cuartas partes, esta sola disposicion rebajaria el número de los suplicios, eximiendo de la pena capital á los culpables de tentativa.

Por otra parte, no es difícil hacer cierta gradacion, tosca é incompleta á la verdad, aun cuando se



tratase de ingerirla en una legislacion ya existente. Asi, tocante al Código penal francés, bastarian acaso dos articulos concebidos en estos términos:

“Las tentativas de crímenes que envuelvan la pena de muerte ó presidio perpetuo, cuando sean suspendidas &c., serán castigadas con la deportacion, ó presidio temporal.”

“Las mismas tentativas de crímenes que envuelvan otra pena que la de muerte ó presidio perpetuo, serán castigadas con la pena inmediata á la establecida para el crimen ya consumado.”

No vacilariamos en añadir: “En ningun caso serán aplicadas en materia de tentativa la pena accesoria de la marca y la de la argolla.”

Verdad es que estas cláusulas no dejarian de tener inconvenientes; tendrían, entre otros, el de castigar con harta frecuencia la tentativa con una pena no solo inferior, sino distinta, á la del crimen, y de encerrar en límites, acaso sobrado estrechos, los medios de proporcionar la pena á las diversas tentativas. No obstante, comparándolas con el artículo 2.º del Código penal, no podemos menos de creer que son mas razonables que la legislacion vigente.

Es necesario, en toda buena legislacion, que el juez no pueda nunca aplicar á la tentativa el *maximum* de la pena del crimen, ni al crimen el *minimum* de la pena de la tentativa; pero debe sin embargo poder castigar el crimen cometido por uno menos que la tentativa cometida por otro. Es decir que, si juzga que dos acusados, uno de un crimen y otro de tentativa del mismo crimen, tiene en su contra ó en su favor las mismas circunstancias agravantes ó atenuantes, no debe poderlos condenar á la misma pena. Pero la latitud que se deja al juez de fijar las



penas debe ser tal que, si encuentra circunstancias atenuantes en favor del autor del crimen, y agravantes contra el autor de la tentativa, pueda condenarlos á la misma pena, ó aun condenar al segundo á otra mas grave que la impuesta al autor del crimen.

La justicia y la política, lo hemos visto, reclaman igualmente una diferencia de pena entre la tentativa y el crimen consumado ya. Hay no obstante casos en que la seguridad pública parece requerir al legislador que imponga á la tentativa toda la pena que le es permitido aplicar al crimen.

Estos casos de excepcion son aquellos en que la justicia sería impotente, si el delito estuviese consumado ya. En estos casos, reservar para el crimen una pena mayor que la de la tentativa sería hacer una ley inútil y las mas veces ridícula.

Pero se incurre con mucha frecuencia en errores de palabras acerca de este punto. Confúndese, como ya lo hemos observado, el crimen con su resultado, y llámase por consiguiente tentativa lo que realmente es un crimen ya consumado. Un general, con la idea de entregar su pais al enemigo, abandona una plaza fuerte y deja descubiertas las fronteras del Estado. ¿Es esta una tentativa de alta traicion? Es evidente que es un crimen consumado *subjectivamente*. Puede suceder que el enemigo, por un impedimento cualquiera, no se aproveche de la ocasion; pero el general ha hecho lo que estaba de su parte, todo cuanto queria hacer. Es el asesino que ha disparado el tiro. Puede haber en su accion *delito frustrado*; pero ya no se trata de tentativa.

Este mismo general, al procurar persuadir á su consejo de guerra la conveniencia de su maniobra, ó tratar de buscar cómplices, se hace culpable de *actos preparatorios*.



Cuando reúne sus tropas con el fin de evacuar la plaza, da la orden de marcha y el ejército empieza á desfilarse, hay principio de ejecución, *tentativa*. Y todavía no hay más que tentativa, porque un cambio de resolución ó una suspensión por acontecimientos imprevistos son todavía posibles antes de consumado el acto. Pero una vez evacuada la plaza y alejado el ejército, el crimen está ya consumado.

Es el caso de un hombre que da veneno á un rey con el fin de cambiar la dinastía. Puede suceder que el veneno no produzca el efecto que el regicida esperaba. El crimen puede frustrarse; pero el hecho del criminal ha sido acabado.

Si la tentativa empieza solo en el último límite de los actos preparatorios, por otra parte deja de serlo ya, toma el carácter de un crimen ya consumado, *subjectivamente* á lo menos, no cuando el culpable ha obtenido el resultado que deseaba, sino cuando ha terminado el hecho criminal que se proponía, siempre que el resultado fuera posible y estuviese en relación con la naturaleza del hecho ejecutado.

No es pues una infracción del principio que distingue la tentativa del crimen consumado ya aplicar al general que abandona la plaza fuerte la pena reservada al crimen de alta traición; su acto era ya un crimen de esta especie. Es uno de los crímenes especiales, cometidos como medios de ejecutar la traición. Lo que los distingue del crimen de traición cometido directamente, es que pueden en rigor ser ejecutados con distinto fin que el de hacer traición al Estado. Sin embargo, nada obsta para que el legislador declare anticipadamente que los hechos de esta clase serán siempre considerados como actos de traición; porque ¿cuál es el hombre incapaz de comprender las consecuencias políticas de ellos?



La escepcion no tendria lugar sino en el caso de que le fuese aplicada toda la pena, aun cuando un acontecimiento imprevisto estorbare la ejecucion de su proyecto; aun cuando, sobreviniendo otro general de repente para tomar el mando del ejército, destruyese por una contraorden el proyecto criminal del primer gefe.

Despues de estas esplicaciones, pierde mucha parte de su importancia política la cuestion de saber si la tentativa de ciertos crímenes, de los crímenes de alta traicion, puede ser castigada, por escepcion, como el crimen consumado ya.

Á pesar de eso no nos atreveriamos á afirmar que la escepcion deba enteramente desecharse. La conveniencia política la reclama, y la ley moral no la desecha tampoco á nuestro parecer.

¿De qué se trata efectivamente? De crímenes tales que su ejecucion desarma á la sociedad, hace impotente á la justicia penal, y aun puede convertirla en instrumento de opresion y violencia por interés del malhechor.

La impotencia de la justicia, despues de la consumacion del crimen, puede nacer, ó del paso del poder público á otras manos, como en el caso de traicion, ó de la facilidad de sustraer el hecho consumado á las pesquisas judiciales. Hablamos de la facilidad que resulta de la misma naturaleza del hecho, porque aquella que es efecto de una mala organizacion social ó de la negligencia de los agentes del poder no debe entrar en consideracion.

Ahora bien, la impotencia de la justicia para castigar el delito consumado es una agravacion política y moral á la vez. Es una circunstancia conocida del delincuente, y hace parte del fin que se propone alcanzar por medio del crimen. Sabe que, si esca-



pa de las manos de la justicia en el curso de su tentativa, podrá luego mirarla de frente y arrostrarla sin miedo. ¿No es esta una agravación política y moral á la vez? ¿Una agravación que da á estas tentativas un carácter que las separa de todas las demas?

Lo que distingue esencialmente á la tentativa del crimen consumado ya, es la posibilidad de un desistimiento voluntario: este es uno de los principales motivos porque se distingue la pena de la tentativa de la del crimen. Empero esta posibilidad es casi nula en las tentativas de esta especie, especialmente cuando son próximas. Es menester guardarse mucho de confundir la tentativa con los actos preparatorios.

Efectivamente, la posibilidad del desistimiento es proporcional, entre otras cosas, al horror que, mirándole de cerca y frente á frente, puede inspirar el crimen. Pero esta causa tiene poca influencia sobre los autores de crímenes políticos, especialmente cuando el asesinato y el incendio no son parte directa é inmediata de sus planes. Los unos son ambiciosos, y los otros fanáticos. El deseo de llegar al fin propuesto *crescit eundo*.

La probabilidad del desistimiento es proporcional tambien al temor del ruido que acompaña á la consumación del crimen y á los medios de averiguación y pesquisa que puede ofrecer. Ahora bien, este temor es casi nulo en los crímenes de traición y en aquellos que pueden sustraerse facilmente á las miradas de la justicia. No es el éxito, no es la ejecución completa lo que se teme: solo se tiene miedo de los pasos que constituyen, ya los actos preparatorios, ya las tentativas. Siempre que está vencido este obstáculo, se corre al contrario hácia el fin, porque allí



es donde se encuentra provecho y seguridad.

Siendo casi nula la probabilidad del desistimiento voluntario, desaparece en el caso propuesto el principal obstáculo que hay para que la tentativa sea castigada como el mismo crimen.

Por lo demas, la cuestion es de escasa importancia para nosotros que juzgamos mala la pena capital, especialmente para los crímenes políticos que no son complejos, que no van acompañados de regicidio, asesinato, incendio ó saqueo.

La segunda cuestion: ¿Debe castigarse la tentativa de todo crimen y delito cualquiera sin excepcion? es mas facil de resolver:

El interés que tiene la sociedad en castigar los delitos de poca importancia es ya tan corto, que llega á ser casi nulo tratándose nada mas que de simples tentativas. Si por una parte no se puede dejar impune el mal positivo ocasionado por el delito consumado ya, no hay por otra ventaja alguna en multiplicar estos procesuelos, cuando no resulta mal positivo, y todo se reduce á un peligro y una zozobra, si no imaginarios, muy leves por lo menos. Digo procesuelos, porque, como creemos haber demostrado que la tentativa no debe ser considerada generalmente como un delito consumado, resulta de esto que el castigo de la tentativa de un delito pequeño se reduciria á una escasísima cantidad de pena.

¿Pero cuáles son los delitos cuya tentativa puede quedar impune?

Esto es imposible de decir sin tomar en consideracion circunstancias incapaces de ser graduadas por fórmulas generales, bastante exactas para servir de principios reguladores de una aplicacion facil y segura.

Hay actos que no pueden ser considerados como tentativas; tales son los actos cometidos en un arre-



bato de cólera. Pueden ser delitos *sui generis*; nunca podria mirárselos como principio de ejecucion de un delito mas grave. Generalmente, la tentativa supone la reflexion. Sería demasiada severidad considerar la herida hecha en una riña como una tentativa de homicidio, si verdaderamente estan probadas la riña, la cólera y la provocacion. Es menester tomar el hecho material por lo que es en sí.

Hay delitos cometidos á sangre fria, cuya verdadera tentativa es sin embargo cosa imposible; se puede *prepararlos, ejecutarlos*, pero nunca *intentarlos*, por lo menos de un modo ostensible, sin consumarlos al mismo tiempo: por ejemplo, la bigamia y la calumnia, particularmente verbal. Los hay cuya simple tentativa es un hecho posible, y aun frecuente; pero de estas tentativas, las unas deben libertarse del castigo social por la pequeñez del hecho, como la tentativa de simple robo; esta produce un mal material nulo y muy poca ó ninguna zozobra; las mas veces es sumamente difícil determinar los caracteres del hecho criminal, y por consiguiente hay mucho riesgo de deshorrar á un hombre declarado sin fundamento culpable de tentativa de robo. Otras evitan la justicia social, porque esta dificultad de hacer patente su carácter criminal es constante: por ejemplo, las tentativas de estafa. ¡Es ya tan difícil, en un gran número de casos, distinguir la estafa de esa sutileza, de esa astucia que, aunque muy reprehensible de suyo, no da lugar sin embargo á una pesquisa criminal! Llamar hombres á que fallen sobre simples tentativas de estafa, sería hacer de la justicia humana un juego, un combate de metafísica.

Por último, hay tentativas de que sería tan cruel como imprudente entretener á la justicia y al público; las tentativas de raptó, adulterio y ciertos



atentados al pudor son acaso de este número.

También se puede, al recorrer la lista de los delitos, señalar uno por uno aquellos cuya simple tentativa no parece debe ser objeto de la justicia penal. Pero ¿cómo deducir de estos casos especiales y motivos diferentes dos ó tres reglas generales para someterlas luego á la interpretacion judicial? Los peligros de este trabajo sobrepujarian con mucho á la conveniencia científica, por decirlo así, que resultaría de él para la ley penal. Añadamos que este trabajo técnico sería acaso una de las partes menos estables de la ley, pues las necesidades de la sociedad podian originar facilmente alteraciones en la lista de las tentativas punibles.

Por el Código penal francés son castigadas todas las tentativas de *crimen*; las de *delito* no lo son, por regla general. Pero ¿de dónde se deriva la distincion de crimen y delito? De la calidad de la *pena*. Nada tiene esta distincion que esté enlazado directamente con la naturaleza de las cosas; y en su consecuencia nada tiene tampoco de *racional* la aplicacion de esta distincion á la teoría de la tentativa. Así pues los tribunales pueden promover, con la ley en la mano, cuestiones de tentativa, aun en los casos en que no puede haberla, una tentativa por lo menos que esté al alcance de la justicia humana. Sería demasiado largo manifestar todas las singularidades que pueden resultar de la aplicacion de esta regla práctica á cada uno de los crímenes ó delitos previstos en dicho Código.

Creemos que el medio mas seguro, el único que es á la vez fundado y practicable, sería añadir á cada uno de los capítulos de la ley penal las disposiciones relativas á la tentativa, siempre que se trate de un crimen cuya tentativa deba ser castigada.



Guardariase silencio sobre los demas , y por un artículo general se declararia que la tentativa no debe ser objeto de ninguna pesquisa, ni castigada mas que en virtud de una espresa prevencion de la ley.

## CAPÍTULO XXXII.

### *De la tentativa suspendida por desistimiento voluntario del autor.*

La tentativa suspendida por su autor se diferencia de la tentativa frustrada ó desvanecida por circunstancias fortuitas, en que la voluntad del agente es ignorada en la una, y manifiesta en la otra.

En la tentativa renunciada es un hecho positivo y reconocido que el autor ha cambiado de voluntad.

En la otra se ignora cuál habria sido el impulso de su voluntad en el momento posterior al acontecimiento fortuito por cuya accion quedó interrumpida. Es posible que no hubiera proseguido la ejecucion de su crimen; pero mientras no podamos conocer cuál habria sido la determinacion subsiguiente de su voluntad, sabemos positivamente que habia resuelto el crimen y que habia empezado á cometerle. Asi que no hacemos mérito del elemento desconocido, ni para agravar ni para atenuar su delito. Le consideramos en el momento en que la circunstancia independiente de su voluntad suspendió la ejecucion ulterior de su proyecto. Pedímosle solo cuenta de lo que ha hecho hasta este momento, no de lo que hubiera deseado hacer.

¿Procederemos de igual modo en el caso del desistimiento voluntario? Conocemos un hecho mas, enteramente favorable al acusado, el cambio de resolucion, el abandono espontáneo de su proyecto. Se-

:



**HA** no hacer ningún caso de esta circunstancia si se pidiese también cuenta al autor de esta tentativa de todo cuanto ha hecho hasta el instante en que abandonó espontáneamente su proyecto: ¿habría de desecharse la justicia humana la súplica del arrepentimiento, aun cuando se hiciese oír antes de la consumación del crimen?

Este rigor no le es necesario de modo alguno; no tiene derecho de desplegarle. La tentativa seguida de desistimiento voluntario, no solo no ha producido todavía el mal que el autor tenía á la mira, sino que tampoco causa gran zozobra. El hombre cree fácilmente en el arrepentimiento; es una vuelta hácia nosotros mismos, y todos conocemos cuánto necesitamos que no sea ineficaz.

Muchas veces además la tentativa suspensa voluntariamente queda ignorada de aquellos á quienes amenazaba. Los ministros de justicia que tomasen empeño en revelarla y perseguirla, tendrían que entregarse por esto solo á pesquisas inquisitoriales; sin un motivo fundado, por un hecho muy poco peligroso, introducirían el desasosiego en el seno de la paz, y la zozobra donde antes reinaba la seguridad.

¿Y qué presentarían á la deliberación de los jueces? Hechos que, habiendo quedado incompletos, son difíciles de graduar y ofrecen siempre alguna probabilidad de inexactitud y de error. No deben aumentarse, sin necesidad, los peligros de la justicia humana.

Si estas consideraciones no fueran de algún valor, la conveniencia legislativa reclamaria la impunidad de la tentativa seguida de desistimiento voluntario. Una sanción penal cualquiera contra la tentativa abandonada serviría al contrario de aguijón. La interrupción espontánea del crimen es frecuen-



temente obra de un hombre sensible todavía al honor ó á la compasion. Pero póngasele delante el espectáculo de una causa criminal, hágasele oír anticipadamente todo el ruido de un proceso, y la compasion sabrá guardar silencio y el honor conocerá que está ya perdido.

Por lo demas, la impunidad de estas tentativas es una máxima generalmente admitida. Por severos que fuesen los principios introducidos entre los romanos por la ley Cornelia de *sicariis*, parece no obstante, segun un párrafo de Paulo, que la tentativa de homicidio solo era castigada cuando habia sido suspendida *casu aliquo*. *Paul. sentent. lib. V, tít. 23, §. 3.*

Á la verdad, el desistimiento puede proceder de distintas causas; puede ser efecto de una vuelta á la justicia, ó del miedo, de un miedo despertado por la timidez natural del agente ó por las circunstancias exteriores; puede consistir en el abandono absoluto de proyecto criminal, ó en su suspension hasta momento mas oportuno. En todos los casos debe quedar impune la tentativa; porque la justicia humana, ni debe registrar las interioridades del pensamiento, ni tiene medios para verificarlo; no lo podria hacer sin esponerse á cometer sobrados yerros. Tampoco debe exigir de los acusados que hagan pruebas negativas, pidiéndoles que prueben que no ha habido suspension fortuita é independiente de su voluntad, ó que el desistimiento no era puramente temporal. Si por una parte sería injusto y absurdo exigir pruebas imposibles las mas veces de producir, por otra se renunciaria con esta medida á las ventajas derivadas de la impunidad de la tentativa abandonada. Haciendo correr á los acusados demasiados riesgos, sometiéndolos á pruebas peligrosas, inclinando la balanza



en favor de la acusacion, se apartaria á los autores de tentativas de toda idea de desistimiento; y en favor de los inocentes, de los individuos contra quienes se dirigia la tentativa, debe favorecerse particularmente el desistimiento voluntario.

La legislacion bávara se ha apartado pues de este fin sentando por principio que *no se presume* el desistimiento voluntario. Debe, por el contrario, presumírsele siempre que la acusacion no pueda probar que la tentativa ha sido interrumpida por circunstancias fortuitas é independientes de la voluntad de su autor.

Por lo demas, es superfluo advertir que, si el autor ha producido ya con la tentativa un delito *sui generis*, el desistimiento voluntario no puede estorbar el castigo de este delito particular y consumado ya.

## CAPÍTULO XXXIII.

### *Del delito frustrado.*

La sola cuestion que puede suscitarse acerca del *delito frustrado* es la de saber si debe siempre ser castigado como el crimen consumado ya.

El autor de un delito frustrado es aquel de quien puede decirse con razon que ha hecho cuanto estaba en su mano para ejecutar el crimen; el acto está terminado, en cuanto depende del agente. La resolucion criminal se ha desenvuelto completamente: ya no cabe desistimiento, ni posibilidad de arrepentirse antes del hecho.

Verdad es que el efecto no ha correspondido á la intencion del agente. ¿Quiere esto decir que el delito frustrado podrá ser considerado como la tentativa interrumpida por una causa fortuita?



Figuremonos un delito cuya ejecucion depende de tres actos sucesivos; figuremonos al mismo tiempo á un agente detenido en el primero de ellos, y á otro en el segundo. Ambos son culpables de tentativa mas ó menos cercana, y considerando la ejecucion en su totalidad, en su estado perfecto, puede decirse que el hecho de cada uno de los dos agentes es una parte mas ó menos considerable de ella, pero solamente una parte.

Pero si un agente llega á ejecutar el último acto, y antes de saberse el resultado se pregunta: "¿Ha consumado el crimen?" nadie responderá que no. Su acto no es una parte de la ejecucion, sino su complemento. ¿Quedaba algo por hacer? Nada.

¿Espera, por el contrario, el autor del segundo acto ver consumado el crimen con este hecho? La esperiencia le ha enseñado que este resultado es imposible; tiene certidumbre fisica de que necesita algo mas. Pero el autor del último acto tiene certidumbre moral del éxito. Si el delito se frustra, es por una causa independiente de la prevision humana; es un acontecimiento fortuito. Ahora bien, ¿tiene derecho á aprovecharse de él? No; del mismo modo que no tiene obligacion de responder del mal ocasionado por un accidente, especialmente cuando no ha sido causa de que este accidente sucediera.

Verdad es que no se ha originado mal material; pero el hecho material que debia producirle está terminado. El proyecto criminal ha llegado á su fin; ya no cabe duda tocante á la intencion. Hay en ello delito moral; hay delito social, y muy grave, porque la sociedad no puede descansar sobre los caprichos de la casualidad para no temer las consecuencias del crimen.

Existe sin embargo un hecho constante, gene-



ral, uno de los hechos de la humanidad que el legislador debe tener en cuenta, aun cuando no les sepa encontrar una razon plausible. Los hombres no confunden, no han confundido nunca al autor de un crimen frustrado con el autor de un crimen consumado. Hay mas; esta distincion la sienten interiormente los culpables mismos: todo hombre ha podido experimentar con los actos de negligencia.

Aquel que, por imprudencia, ha estado á punto de producir un gran mal, y aquel que, por igual imprudencia, le ha ocasionado verdaderamente, no sienten igual remordimiento; no estan en igual grado inquietos. Aquel que ha herido á otro en un movimiento de cólera, y aquel que ha errado el golpe en las mismas circunstancias, se reconocen ambos culpables, pero es mas amargo el remordimiento del primero; la conciencia del segundo recobra mas presto el sosiego, y no parece sino que transige con lo sucedido.

¿De dónde procede esta diferencia de sentimientos, cuando la diversidad del resultado no depende de modo alguno de la voluntad del agente, cuando uno y otro querian y habian hecho todo lo que era necesario para alcanzar el mismo fin? ¿De dónde procede esta relacion, este vínculo que parece reconocer la conciencia humana entre el acontecimiento y la moralidad del agente; mas todavía, entre el éxito eventual del hecho criminal y la gravedad moral del crimen?

Revélase patentemente la propension de nuestro espíritu á juzgar de la importancia de las acciones humanas por los acontecimientos, cuando se consideran dos hechos, uno de los cuales ha causado un mal reparable, y el otro un mal irreparable. Siempre nos inclinamos hácia la indulgencia, cuando



se trata del primero; el mal irreparable, por el contrario, encuentra en nosotros jueces quisquillosos y severos.

¿Es esta misma distincion, tan natural al espíritu humano, entre el mal reparable é irreparable, la que se manifiesta bajo otra forma en la diversidad de nuestros sentimientos tocante á un crimen frustrado y al autor de un crimen consumado ya?

Aun cuando esto fuera verdad, el problema no quedaria resuelto; modificarianse las palabras, y la dificultad subsistiria en pie.

¿No contribuye tambien la consideracion del placer ilegítimo alcanzado con el crimen á la variedad de nuestros sentimientos sobre el delito consumado y el delito frustrado? Si la espiacion debe tambien guardar proporcion con los indebidos goces que el culpable experimenta ó se proporciona por medio del crimen, debe ser menos severa, cuando estos goces, aunque se deseaban, no se han logrado. En tal caso no hay que admirarse de que el sentido comun aplique á la misma pena legal esta regla de justicia moral.

Una investigacion mas profunda de nuestros sentimientos morales sobre esta materia nos llevaria demasiado lejos de nuestro asunto. El hecho que hemos anunciado nos parece irrecusable, y basta para nuestro objeto que le hayamos manifestado al legislador.

Efectivamente, ¿cómo podria no hacer ningun mérito de él, y poner asi la ley en oposicion con el sentimiento universal, y por consiguiente, con la propia conciencia de los jurados?

La oposicion es poderosa, particularmente cuando se trata de pena capital. Aqui vuelve á presentarse la misma distincion entre el mal reparable y el



mal irreparable aplicada á la sancion penal.

Asi pues creemos que , á lo menos para ciertos crímenes , y particularmente para aquellos que son castigados de muerte , es prudente conceder una rebaja de pena á aquel cuyo atentado no ha tenido el efecto que se prometia. Válgale á él tambien , en cierta medida , la buena fortuna que protegió á la víctima.

## CAPÍTULO XXXIV.

*De la participacion de muchas personas en el mismo delito.*

De muchos modos se puede tomar parte en un delito. Considerando solamente el elemento de tiempo, concibese que la participacion puede ser en actos que precedan, ó en actos que acompañen á la accion criminal ó hagan parte de ella, y aun en actos *materialmente posteriores*, pero que hayan sido prometidos ó concertados con anterioridad al crimen.

Hánse presentado un gran número de cuestiones delicadas sobre esta materia , mencionada las mas veces bajo el nombre de teoría de la complicidad. Las leyes y los libros de los criminalistas ofrecen resoluciones sumamente diversas.

La ley inglesa no reconoce distincion entre los culpables y participantes de ciertos crímenes, tales, por ejemplo, como el de alta traicion, y esto *propter odium delicti*.

Pero esta solo es una escepcion , porque dicha ley divide en general á los cómplices en *principales* ó *accesorios*.

Los primeros son aquellos que han tomado parte en la *ejecucion* del crimen. Son culpables *princi-*



*pales* en primer grado, si han tomado en él una parte material, si son *actores* inmediatos; son culpables *principales* en segundo grado, si no han hecho mas que ayudar ó asistir á los primeros, ya con su presencia, ya de otra manera, pero siempre en la ejecución del crimen y para un hecho material.

Son culpables *accesorios* todos cuantos, *antes* ó *despues* del hecho criminal, han tenido alguna parte en él, trabajando para hacerle cometer ó prestando auxilios al delincuente.

Por lo que hace á la pena, según el principio tomado de las leyes de los godos, debería siempre ser igual para los agentes accesorios y para los culpables principales. Pero esta regla ha sido modificada por varios estatutos que han introducido, en muchos casos, el beneficio de clerecía en favor de los *culpables accesorios*.

El legislador francés no ha vacilado en confundir, bajo el nombre de *complicidad*, las mas diversas especies de participacion de un crimen ó delito; y, salvo algunas excepciones, ha impuesto á todos los cómplices la misma pena que al autor principal. No puede menos de reconocerse, por otra parte, que la jurisprudencia de los tribunales ha acrecentado la severidad de la ley con sus interpretaciones y doctrinas.

El Código bávaro no ha seguido esta regla absoluta. El legislador se ha contentado con poner en igual línea: 1.º á los *autores físicos é inmediatos*, á los ejecutores materiales del crimen; 2.º á aquellos que han ayudado ó favorecido su ejecución de un modo tal que sin su socorro no hubiera sido cometido el crimen; 3.º á aquellos que con miras criminales han impelido á los autores del crimen á cometerle. Se reservan menores penas para aquellos cuya parti-



cipacion no ha sido tan activa ni tan directa.

Veamos de investigar los principios de la materia, y reconocer lo que hay que tomar ú omitir entre las disposiciones de estas diversas legislaciones.

Todo crimen es resultado de una resolucion, y de un acto fisico subsiguiente. La resolucion sin acto material, el acto material sin moralidad, no estan sometidos á castigo.

No obstante, supongamos dos hombres, uno de los cuales delibere una accion criminal sin cometerla, y el otro la ejecute maquinalmente, ó por lo menos sin concurso imputable de su inteligencia y de su voluntad; ¿se sustraerán uno y otro en todos los casos á la accion de la justicia penal? Sí, si no hay conexion entre la resolucion del primero y la accion del segundo, si estos dos actos son aislados é independientes uno de otro.

Pero si tal conexion existe, si la resolucion del uno ha sido causa mas ó menos inmediata de la accion fisica del otro; si un niño, un loco, incitado por un hombre dotado de razon, corre á poner fuego á las cuadras de algun vecino, el agente material quedará impune; pero el autor de la deliberacion, sin haber prestado mano al hecho imputado, es sin embargo responsable de él.

Si por el contrario el autor primero de un proyecto criminal, estando todavía perplejo y luchando consigo mismo interiormente, da á entender sus deseos, su proyecto, y al mismo tiempo sus escrúpulos é incertidumbre, á otra persona que, tomando inmediatamente cartas por él y sin pedirle consejo ni consentimiento, va á poner en ejecucion el crimen proyectado, aquel que concibió primero el pensamiento criminal estará esento de toda pena; al



paso que el agente podrá estar sujeto á ella. En ambos casos, la responsabilidad pesa solamente sobre un individuo.

Pero, si el uno aconseja el crimen, si el otro le ejecuta inducido por sus consejos; si el uno, en el momento de cometer el crimen, se detiene ante un obstáculo cualquiera, y el otro le enseña á apartarlos y da socorros materiales con este fin, no es necesario probar que en estos casos la responsabilidad no debe estenderse ya á un solo individuo: hay dos culpables evidentemente. Ambos han sido causa del crimen, y son responsables de los efectos que han ocasionado.

En el primer caso, uno de ellos no ha contribuido al crimen por un hecho material; en el segundo caso, además del consejo ó la instrucción, ha habido cooperación material. En otros términos puede haber una *participación del crimen puramente moral*, y una *participación física*. Estas dos especies de culpabilidad pueden encontrarse separadas, en el sentido de que la primera puede existir sin la segunda; también pueden encontrarse reunidas en la misma persona en diversos grados.

Pero esta breve análisis prueba al mismo tiempo que los grados de participación, ya física, ya moral, pueden variar casi al infinito. Ora se atiende á la resolución criminal, ora se fije la atención sobre el hecho material, ¿cómo podrá determinarse el justo grado de culpabilidad para cada especie de participación en crear el uno ó el otro elemento del delito? ¿Cómo determinarle, *à priori*, en el texto mismo de la ley? Casi es imposible reconocer anticipadamente, ya todas las formas que puede tomar la participación del delito, ya las varias circunstancias con que puede combinarse, circunstancias que



deben modificar esencialmente el valor moral del acto imputado.

La dificultad de distinguir con alguna precision las diversas especies y diferentes grados de participacion del crimen, es tal vez una de las causas que han inducido á mas de un legislador á no intentar ninguna distincion y castigar á los cómplices con la misma pena que á los propios autores del delito. Esto es eludir la dificultad echando mano de la injusticia. Es faltar al mismo tiempo á las reglas de la prudencia y á lo que reclama el poder social.

Pronunciar contra un cómplice cualquiera la misma pena que contra el autor del crimen, es muchas veces lo que obliga á los tribunales á no declarar por cierto el hecho de la complicidad. Tambien es este otro de los casos en que el terror es causa de la impunidad.

Hay mas: los cómplices forman una especie de compañía con los autores del delito. ¿Conviene hacer para todos iguales los riesgos de la empresa criminal? Diríase que esta era una ley sugerida por malhechores. Efectivamente, mientras mayor es el peligro á que se esponen los hombres asociados para cometer un crimen, mas procuran que este peligro sea el mismo para todos. ¿Conviénele al legislador fomentar estas miras? Trátese por el contrario de que, á los ojos de la justicia humana, haya papeles principales y papeles secundarios en la tragedia del crimen. Será menos facil la distribucion de ellos, y la pieza se quedará muchas veces sin representar, merced á las discusiones de los actores. Algunas veces se otorga la impunidad ó una conmutacion de pena á uno de los cómplices, y eso despues de consumado el crimen, con la idea de hacerle confesar; medida que puede disculpar la necesidad, pero que



repugna siempre á las almas honradas, porque llama á la traicion en socorro de la justicia. Esta desunion que se sabe introducir entre los autores ó cómplices de un crimen *consumado*, sería á la vez mas moral y conveniente de introducir entre los hombres que deliberan acerca de un crimen proyectado solamente. Es menester pues distinguir entre los diferentes grados de participacion del crimen. Cualquiera que sea la dificultad del trabajo, es preciso aventurarse á arrostrarla. ¿Quién querría sancionar por pereza una ley draconiana?

La participacion del crimen, hemos dicho, puede ser *moral* ó *física*. ¿Seguiremos la opinion de aquellos que consideran la *participacion moral*, aun la mas *directa*, como puramente *accesoria*?

Una ley de esta clase no careceria al parecer de ventajas, como medida política. Los inventores de un proyecto criminal, que no quieren ó no pueden ejecutarle con sus propias manos, encontrarían mas difícilmente hombres capaces de servir de instrumento á sus pasiones, si estos supiesen que van á correr un peligro, siempre mayor que aquel á que se espone su incitador ó consejero. Segun esta coordinacion, el incitador pasa por un cobarde; el ejecutor es ó parece ser juguete del primero. Estos papeles no los quieren hacer ni los hombres mas corrompidos.

Pero sería atroz la injusticia de esta disposicion. ¿Cómo establecer una regla absoluta, en cuya virtud el hombre que por su crédito, su influencia, sus promesas, ó su dinero, ha conseguido hacer á otro instrumento de sus pasiones; el hombre tan ruin como malvado, que para perder á su enemigo sacrifica otra persona, otra familia á sus deseos criminales, sufriria menor pena que el ejecutor del crimen?



Esto sería ofrecer un aliciente á la mas negra maldad. Si la culpabilidad es proporcionada á la importancia del papel que el agente ha representado, es evidente que en muchos casos el autor del proyecto criminal es tan delincuente ó mas todavía que el ejecutor del hecho material. Por otra parte, esta ley induciria al malhechor poderoso y rico á buscar cómplices, á comunicar la ponzoña de su iniquidad al hombre necesitado, que con harta frecuencia está dotado de un valor bárbaro, de un talento escaso y de un brazo robusto. Véase un mal moral y político, mas cierto que la esperanza de hacer mas difíciles por la ley los medios de encontrar cómplices.

El descubrimiento del crimen, es verdad, llega á ser mas facil cuando no es una sola y misma persona la que le ha preparado y cometido: ¿Quiere esto decir que sea preciso favorecer el aumento de los delincuentes? ¿Cuál sería la ventaja de ello no haciendo mas que un cálculo de conveniencia? Favórezcase esta especie de complicidad y se llegará mas facilmente á descubrir algunos crímenes y sus autores; pero ¿cuántos crímenes quedarán por cometer, si aquellos que los han proyectado no encuentran facilmente ejecutores, ó si el autor del proyecto sabe que no gana nada en tomar un cómplice, que va á correr sin ventaja alguna el riesgo de ser vendido?

“El crimen no se hubiera verificado sin la ejecución material.” Seguramente; como el incendio no se verifica sin fuego, ni el envenenamiento sin tósigo. Sin embargo, el fuego y el tósigo no son los principales culpables. Esta observacion es demasiado seria; porque la objecion solo propende patentemente á considerar al hecho de la ejecución mas bien en la *materialidad* de sus efectos que en su *moralidad* propia. La objecion sería de gran peso, si



sustentásemos que el ejecutor debia quedar impune; pero como, en vez de sustentar tal absurdo, no tratamos mas que de saber en quién hay mas culpabilidad, no es decir nada recordar la necesidad del hecho material para consumir el crimen. Si el hecho *material* es siempre necesario, la participacion *moral* de este ó aquel individuo ha sido tambien mas de una vez condicion *sine qua non* del crimen cometido. Y por necesaria que sea la ejecucion material, sería absurdo establecerla como medida constante y positiva de la culpabilidad de su autor, comparativamente con la del comitente.

Menester es pues elevarse á otro principio mas justo y verdadero que el deducido de la distincion entre la participacion fisica y la participacion moral.

Un padre fiero y temido de su hijo le impele al crimen con amenazas; la cooperacion del padre es solamente *moral*, pero no por eso ha dejado de hacer un papel *principal*. Pero si el mandato criminal es dado por una persona á otra sobre quien no tenga ninguna autoridad legal y directa, ningun medio de accion inevitable y capaz de ponerle miedo, el mandato dado y admitido no será mas que un pacto inicuo libremente estipulado entre ambos; diráse con razon que ambos no son sino una sola y misma persona, cuya cabeza está representada por quien da el mandato y el brazo por quien le toma. La participacion moral y la participacion fisica estan en igual línea: no hay papel *secundario* en la accion. Por último figurémonos una muger que, en un acceso de rabia motivado por las injurias y sevicia de su marido, sabe que hay proyectado contra él un asesinato: si en su desacuerdo promete su mano y su fortuna á aquel que la liberte de tal monstruo, y se dan prisa á dejarla viuda, hay seguramente en



tal caso dos papeles muy diversos. Participacion *secundaria* de parte de la muger; participacion principal de parte del asesino: no porque haya cometido *materialmente* el crimen, sino porque es *moralmente* su *principal* autor, el agente mas temible, aquel cuya accion inspira mas zozobra.

Todo prueba que la participacion del crimen puede ser *principal* ó *secundaria*. La razon nos lo dicta, y los ejemplos lo confirman: la dificultad no consiste en esto, sino en señalar los caractéres distintivos de una ú otra participacion.

Empecemos por dar nombres diferentes á las dos especies de participacion. Llamemos *co-delincuentes* á los culpables por participacion principal, y *cómplices* á los que lo son por participacion secundaria.

Es culpable por participacion, ya principal, ya secundaria, todo aquel que, á sabiendas y voluntariamente, ha contribuido de un modo cualquiera á cometer un crimen ó delito. Haya contribuido con promesas ó con hechos, con auxilios indirectos ó con su accion inmediata; haya propuesto, facilitado el crimen ó ejecutádole materialmente, su culpabilidad puede no ser la misma en todos estos casos, pero su participacion en el crimen, en un grado cualquiera, no puede ponerse en duda.

Si, partiendo ahora de esta idea fundamental, se pudiesen distinguir con bastante exactitud las *especies* que deben constituir la participacion principal, y comprender á los agentes criminales en el número de los *co-delincuentes*, todo quedaria claro y razonablemente positivo. Todas las especies de participacion no comprendidas en esta categoría serán secundarias, y solo podrán dar lugar á una acusacion de complicidad.



## CAPÍTULO XXXV.

*De los co-delincuentes.*

La resolución y el hecho material son los dos elementos constitutivos del delito. Así toda persona que da origen á cualquiera de ellos, contribuye de un modo principal y directo á la existencia del delito. Es la *causa* de él. Pueden darse al propio tiempo facilidades secundarias, impulsos posteriores: pero los elementos constitutivos del delito existen independientemente de las unas y de los otros. Los autores de estos hechos secundarios podrán haber aprobado el proyecto, favorecido la ejecución del crimen, pero no han *creado* nada. El crimen habria sido cometido igualmente por los *co-delincuentes*, acaso con menos facilidad y mas riesgo; ademas, ha sido favorecido por *cómplices*. Los *co-delincuentes* deciden que el crimen existirá, y le ejecutan ó mandan ejecutar. Los *cómplices* se adhieren á este partido y facilitan su ejecución; pero sin embargo no son los autores del crimen. Ni la *resolución* ni la *ejecución* son obra suya.

Los *co-delincuentes* son pues todos aquellos que han sido *autores* de la *resolución* criminal ó de su *ejecución*.

De aqui tres especies de *co-delincuentes*:

La primera comprende los provocadores directos, los *autores* de la resolución criminal que, sin cooperar á su ejecución, han sido causa de que otros la ejecuten.

La segunda, los ejecutores voluntarios por encargo de otro; aquellos que, no habiendo sido autores de la resolución criminal, han *consentido* en ejecutar un crimen resuelto por otros.

:



La tercera comprende á aquellos que han sido por sí autores de la *resolucion* y *ejecucion* del crimen. Señalados por lo comun bajo el nombre de *autores principales*, son *co-delincuentes*, uno respecto de otro.

## CAPÍTULO XXXVI.

### *De los provocadores.*

Llamamos *provocacion* á los esfuerzos que hace un individuo para que otros ejecuten el crimen que desea. Estos esfuerzos consisten en los *motivos* que les presenta para determinarlos á cometer el crimen proyectado. Estos motivos pueden variar de mil modos; amenazas, promesas, instrucciones, un don, un salario, la escitacion de un sentimiento ó de una esperanza &c. &c.

La *provocacion* es en sí misma un acto preparatorio.

Hágase alto en ella, no suceda ninguna otra cosa, y todavía no existe el menor *principio de ejecucion* del delito provocado. ¿Cómo puede conciliarse la criminalidad de esta especie de participacion con la teoría de los actos preparatorios?

Es patente que, si se considera la *provocacion* en sí, independientemente del hecho de *ejecucion*, debe ser mirada como un delito *sui generis*. Pudiérase aplicarle todo lo mas, en algunos casos, la pena de la trama. Efectivamente, mientras no ha sido cometido el hecho material, únicamente hay trama ó propuesta no admitida.

Si la propuesta no solo ha sido admitida, sino que se ha puesto por obra, la conciencia nos dice que aquel que ha sido causa directa del hecho debe ser responsable de él, que el acto material debe im-



putársele. Por otra parte, no habiendo sido actor, es imposible que se le haga cargo del hecho como acto materialmente cometido por él; es imposible partir de esta *imputacion* para inferir la intencion criminal del acusado. Menester es pues contentarse con otros medios de conviccion; menester es buscar por otro rumbo la prueba de que ha querido en efecto lo que no ha ejecutado materialmente.

Esto, no se puede negarlo, establece una excepcion en el modo ordinario de proceder de la justicia humana en materia de imputacion.

Pero esta excepcion es menos peligrosa que la de la trama. En esta no existe de hecho el crimen preparado; en el caso de una provocacion á que ha seguido su efecto, existe el acto material, aunque ejecutado por otros que el mismo provocador. Existe una base, un acto material, circunscrito, determinado, y con el que debe enlazarse la provocacion. Hay sin duda algun peligro en los medios de verificarlo; pero á lo menos no se trata de incorporar aquella, por decirlo asi, con un hecho ideal, con un simple proyecto determinado por conjeturas. Si hay error ó calumnia en la acusacion contra el provocador, son mas fáciles de descubrir; porque no se puede, como en la imputacion de un simple proyecto, modificar á arbitrio el crimen intentado para hacerle coincidir mejor con las circunstancias de la provocacion.

Estas reflexiones se estienden á todas las especies de provocacion por actos puramente preparatorios.

Importa que el juez no las pierda de vista; porque si el peligro es menor que en los casos en que no existen todavía hechos materiales, no por eso es menos verdadero. La justicia puede ser inducida á



error con facilidad. No faltan malvados que, esperanzados de mejorar su suerte ó minorar su culpabilidad, no vacilan en buscar compañeros de infortunio por medio de la calumnia.

Una vez *ejecutado* el hecho material, la *resolución* adquiere el valor *moral y legal* del crimen consumado en la persona del *provocador*. La *provocación* es el vínculo que une y enlaza el *hecho ageno* con la *resolución del provocador*.

De estas observaciones se derivan algunas consecuencias importantes.

En primer lugar, no sería exacto decir que desde el punto en que el *provocador* ha encontrado un *ejecutor*, el crimen propuesto debe ser reputado como crimen cometido, tocante á la responsabilidad del primero, en vista de que ha llevado ya á efecto toda su obra, y no le queda nada por hacer. ¿Cómo darle por responsable de un crimen, cuando uno de sus elementos constitutivos, el *hecho*, no ha recibido todavía el menor *principio de ejecución*? Ha hecho personalmente todo cuanto queria hacer: convenimos, en el sentido de que puede ya mirársele como culpable de provocación ó de trama, en los casos en que importa castigar este delito especial. Pero ningun razonamiento es capaz de hacer que exista aquello que no está siquiera empezado; y sería tan inicuo como ridículo declarar á un hombre delincuente de un crimen que no ha existido. Imputársele al provocador antes de la ejecución porque ha llegado á encontrar un agente, es condenar como homicida al hombre que acaba de comprar el arma con que trata de quitar la vida á su enemigo. El agente material es con efecto un instrumento del provocador. Importa no confundir dos ideas muy distintas. La pena de la provocación, considerada como



acto preparatorio y delito *sui generis*, puede ser grave en ciertos casos. Mas ¿debe imputarse al *provocador* el crimen provocado, antes que este haya sido cometido? ¿Debe imputarse el efecto antes de que le produzca la causa? No lo creemos.

En segundo lugar, es patente que la provocacion debe ser *especial*, es decir, consistir en los esfuerzos directos de una persona para que otras ejecuten un crimen *determinado y previsto por la ley penal*. Sin este carácter de especialidad, no podria haber participacion principal del crimen; porque no habiendo tomado el provocador, segun el supuesto, ninguna parte en el *hecho material*, su culpabilidad solo puede resultar del otro elemento del crimen, la *resolucion*. Ahora bien, ¿dónde está la resolucion? ¿Á qué puede aplicarse, si no ha provocado ningun *determinado* crimen? Una instigacion, una provocacion á hacer mal, una escitacion de sentimientos de odio y de pasiones malévolas, son actos inmorales que pueden, en ciertos casos, ser castigados con ventaja; pero falta en ellos enteramente el carácter de participacion de un crimen determinado.

Las mas notables especies de provocacion son las siguientes :

I. La orden, el mandamiento. La orden dada á alguno para cometer este ó aquel crimen es sin duda la provocacion mas directa que se puede imaginar. Dificil es pensar que un hombre, que obra con seriedad, escoja este medio de provocacion, si no tiene motivos de creer en la docilidad de aquel que recibe la orden, ya provenga esta docilidad de la corteidad de su entendimiento, ya del temor ó de la ciega confianza que le inspire la persona que se la da. En uno y otro caso, nadie duda de la culpabilidad principal del *ordenador*.



El ejecutor, en virtud de los principios que hemos establecido, es tambien *co-delincuente*, á menos de que no se encuentre en un caso particular de justificacion ó disculpa.

No diremos, sin embargo, que el grado de culpabilidad de estos dos individuos sea exactamente el mismo en todos los casos. El principio regulador para la graduacion de su culpabilidad es patentemente este: La culpabilidad del hombre que ordena el crimen está en razon directa de su autoridad sobre aquel que recibe la orden, y del mal de que se halle amenazado este último en caso de desobediencia; por lo que hace al ejecutor, la suya está en razon inversa de dicha autoridad, y del mal que podría temer fundadamente, si le desobedeciese.

Asi la pena puede variar, ser muchas veces mas severa para el agente moral que para el agente fisico; pero como, á pesar de estas diferencias, son no obstante verdaderos *co-delinquentes*, y que, si hay diversidad en el *grado*, no en la *naturaleza* de su culpabilidad, estas diferencias deben estar en la *cantidad*, mas todavia que en la *calidad* de la pena. El juez es quien debe poder escoger entre el *maximum* y el *minimum* señalados por el legislador. Solo que como los grados de culpabilidad especial pueden ser tan varios, conviene que la ley no encierre en límites sobrado estrechos el poder discrecional del juez sobre esta especie de delinquentes.

La cuestion particular de la obediencia pasiva ha sido ya tratada en otro lugar. (Lib. 2.º capítulo XIII.)

## II. El mandato.

Diferénciase de la orden dada. El comitente no impone al mandatario su voluntad, *requiere* su ejecucion. No manda, sino que ajusta.



La noción de mandato es compleja como la de mandamiento, y comprende la propuesta del comitente y la aceptación del mandatario. Mientras no exista la segunda, no hay mandato; solamente hay *propuesta*.

La propuesta del comitente, cuando no es admitida, nunca pasa de ser un acto *preparatorio* que no tiene consecuencia. Hemos demostrado que este acto no es susceptible de ser objeto de sanción penal.

De todos modos, es evidente que no puede haber *co-delinquentes*; no hay siquiera *tentativa de crimen provocado*.

En su consecuencia, si la persona á que se habia hecho la propuesta, cambia de parecer despues de su negativa, y, sin consultar nuevamente al autor de aquella, ejecuta el crimen, de su cargo obra solamente. No existe la relacion de causa á efecto que hace recaer, retroactivamente, contra el provocador los actos materiales de la ejecucion, y le comunica la responsabilidad de ellos.

Si la propuesta hecha fuese por el contrario aceptada, hay *mandato*. El *mandato* solo es todavia un *acto preparatorio*, mas peligroso, á la verdad, y mas alarmante que la simple *propuesta*.

Si la ley castiga el *mandato*, aun cuando no haya en él todavia tentativa, el comitente y el mandatario son sin duda alguna *co-delinquentes*; pero del crimen especial derivado de la propuesta aceptada, de este acto preparatorio del delito provocado, no de este crimen mismo.

En efecto el *mandatario* que hubiera estado esento de castigo, aun despues de haber empezado la ejecucion, si la hubiese luego interrumpido voluntariamente, con mayor razon estará libre de toda pes-



quiza por un crimen cuya ejecucion no se ha empezado.

Queda el *comitente*. Pero, ya lo hemos advertido, este, hasta el momento en que el hecho material ha empezado á existir, no puede ser culpable mas que de *resolucion*, todo lo mas de provocacion, considerada como acto preparatorio, como delito *sui generis*.

Asi la inaccion del mandatario, ya provenga de arrepentimiento, ya sea efecto de cualquiera otra causa, debe redundar en ventaja del comitente, del mismo modo que la accion del mismo hubiera redundado en su perjuicio.

¿Sobreviene, por el contrario, un cambio de voluntad, no en la persona del mandatario, sino en la del comitente? En este caso, si manifiesta la variacion al mandatario *revocando* el mandato, no existe ya el vínculo de reciprocidad; y si el mandatario, sabiendo con tiempo la revocacion, ejecuta sin embargo el crimen proyectado, es único autor de él.

Si por el contrario, el mandatario no ha sabido en tiempo oportuno la revocacion del mandato, el comitente es responsable del crimen ejecutado, es un *co-delincuente*; porque ha sido *causa* de él, á sabiendas y voluntariamente. *Imputet sibi*, si su cambio de resolucion no se supo á tiempo. Este es el caso de un hombre que, despues de haber puesto el veneno á disposicion de aquel á quien quiere envenenar y alejándose luego, vuelve atrás con precipitacion sobrecogido de arrepentimiento á estorbar la consumacion del crimen, y encuentra que la fatal pócima ha introducido ya la muerte en las entrañas de la víctima. El moribundo puede perdonarle; la justicia humana le condena.

Por fin, si no solo ha sido aceptada la propuesta, sino puesta en ejecucion en todo ó en parte, el



mandatario será co-delincuente de *tentativa* ó de *crimen consumado*.

Solo advertiremos que la observacion hecha sobre los diversos grados de culpabilidad y la *cantidad* de la pena que deba aplicarse, observacion que hicimos al tratar de la provocacion por orden dada, tiene tambien aplicacion á la provocacion por mandato. Si el comitente estuviese agitado de una pasion violenta, y, viéndole el mandatario en tal estado, admitiese á sangre fria su comision por el aliciente de las recompensas que aquel le promete, el juez aplicará seguramente al mandatario el *maximum* de la pena, y acaso tendrá alguna indulgencia con la ceguedad del provocador. Mas, generalmente hablando, el caso del mandato es uno de aquellos en que menos distincion debe hacerse entre los co-delincuentes, á los ojos de la justicia humana. El mandato no supone, como la orden, superioridad por una parte, é inferioridad por otra: son dos agentes enteramente libres, dos contratantes que estipulan espontáneamente un convenio inicuo.

No siempre es facil distinguir la *orden* del *mandato*. Algunas veces la forma en que se hace la propuesta es la misma que si fuese una orden; pero las recompensas prometidas ó la paga señalada parecen referirla á la idea de un mandato no gratuito.

Las cuestiones especiales relativas á la naturaleza de la provocacion, asi como la estimacion de las diversas circunstancias que pueden influir sobre el *grado* de culpabilidad de cada uno de los co-delincuentes, son mas propias de la práctica que de un tratado general de la ciencia.

Sin embargo añadiremos, al terminar, algunas observaciones sobre una cuestion que se ha presentado muchas veces en punto al mandato criminal.



El ejecutor puede apartarse del mandato,

En la eleccion de los medios;

En el fin definitivo;

En lo uno y lo otro á la par.

Muchos criminalistas sustentan acerca de este punto una doctrina cuya severidad nos parece debe ser calificada de injusticia. El comitente siempre es, á su ver, enteramente responsable del hecho del mandatario. Pero ¿en virtud de qué principios?

¿Es en atencion á su culpabilidad? No; porque ¿cómo imputarle un hecho que no ha querido, y que probablemente no ha imaginado siquiera?

¿Es en razon al mal ocasionado? Pero este no es imputable sino á aquellos que son autores de él: el comitente no lo es: para esto era menester quererle y dar encargo de ejecutarle.

Por último, ¿es porque lo requiere el general interés? El castigo sería impopular, escitaria la indignacion, y el acusado le evitaria las mas veces por medio de falsos *veredictos*. Y como los jurados pueden encontrarse embarazados para negar el mandato si al mismo tiempo declaran la culpabilidad del mandatario, es de temer que, por salvar al comitente, absuelvan al verdadero autor del exceso del mandato; al paso que uno y otro sufrirán el castigo que les es debido, si cada uno de ellos es acusado solo del hecho de que debe ser responsable.

Debe pues la justicia penal buscar reglas menos absolutas y mas susceptibles de hacer pronunciar fallos conformes con la justicia moral.

Y 1.º tocante á la eleccion de los medios, si el mandatario, al apartarse de las instrucciones del comitente, no ha cometido sin embargo mas que el crimen cuya ejecucion le habia sido encomendada sin añadir ninguna circunstancia agravante, en nada



cambia esto la posición del comitente; siempre es co-delincuente, ya sea ocasionado el asesinato por una estocada, ó por un puñal.

Por el contrario, si haciendo uso el mandatario de otros medios que los que se le habían prescrito, cambia la naturaleza del delito que quería el comitente; si, en vez de cometer un simple robo, ha tomado cómplices, llevado armas, escogido el medio de la fractura y del escalamiento &c., el comitente no puede ser responsable de estas circunstancias agravantes, sino solamente del simple robo.

2.º Tocante al fin, es decir, al delito prescrito al mandatario,

Si lo sucedido además de la comisión dada fuese un acontecimiento fácil de preveer y que podía suceder por la propia naturaleza del fin prescrito, el comitente es co-delincuente del todo: no quería más que el delito de herida grave; ha resultado la muerte, y el comitente sufrirá la suerte del homicida.

Pero si, habiendo recibido el ejecutor encargo de detener á una persona en un parage determinado, la martiriza, le saca á la fuerza dinero ó promesas y acaba por quitarle la vida, ¿podrá sostenerse que el comitente es reo de asesinato?

Seguramente, el juez aplicará casi siempre al comitente, en caso de demasía, el *maximum* de la pena en que ha incurrido por su mandato; porque aun cuando el exceso no era fácil de preveer, hay siempre, además de la culpabilidad directa, cierto grado de imprudencia en este llamamiento de la fuerza individual al servicio del crimen. Pero entre esta imputación y la de la culpabilidad directa hay siempre el intervalo que separa lo positivo de lo negativo.





3.º Por último, si el mandatario se ha apartado á la vez del encargo que ha recibido en la eleccion de los medios y en el fin definitivo, la imputacion contra el comitente será determinada con facilidad aplicando á este caso compuesto los principios que acabamos de aplicar á cada uno de los casos simples de que se compone.

III. Consejos, exhortaciones é instigaciones. El autor de estas provocaciones ha tenido parte en el crimen á que han dado lugar. Pero ¿es de tal naturaleza esta participacion que el provocador deba ser contado como un verdadero *co-delincuente*?

No haremos mas que reproducir aqui los principios que hemos aplicado á las demas especies de provocacion. El consejo, la instigacion son una participacion principal del crimen, cuando de la reunion de todas las circunstancias aparece que han sido *causa* ó *una de las causas* de la accion principal.

Será *co-delincuente* el fementido consejero que, viendo que los autores de la resolucion criminal titubean y reconocen que se oponen muchos obstáculos á su intento, se apresura á darles luz con *instrucciones* positivas, les manifiesta los medios de poner por obra su proyecto, y les exhorta á no dilatarle. Entonces es lo que los doctores han llamado *consilium vestitum*, por oposicion al *consilium nudum*.

IV. Promesas de socorro.

Aquel que, con el fin de inducir á la ejecucion de un crimen, promete socorro al individuo que trata de cometerle, se hace por su promesa *co-delincuente* del mismo, si la ejecucion se ha intentado sobre el fundamento de esta promesa.

Poco importa la naturaleza de ella; poco importa que haya sido cumplida ó no, siempre que haya sido *causa* del crimen.



## CAPÍTULO XXXVII.

*De los participantes de un crimen resuelto por otros.*

Los ejecutores de un crimen resuelto por otros dan el golpe enderezado contra los derechos ajenos. Nadie duda de que la parte que han tomado en el crimen es *directa y principal*. Son *co-delincuentes*.

Pero la participacion principal por *acto fisico* puede tambien tener lugar por otros hechos que por la ejecucion propiamente dicha.

¿Cuáles son los actos *fisicos* cuyos autores deben ser considerados como *co-delincuentes*?

Todos los actos que hayan sido *causa directa* del delito, todos aquellos sin los cuales no se hubiera verificado la ejecucion, ó por lo menos no se hubiera verificado del modo particular que tuvo de verificarse.

Asi son *co-delincuentes* por participacion fisica:

1.º Aquellos que cooperan á la ejecucion del crimen por un hecho directo é inmediato; todos aquellos que *hacen* la accion criminal.

Aquel que sujeta á la víctima; aquel que le clava el cuchillo; aquel que sostiene la escala; aquel que coge los objetos robados; aquel que fuerza la cerradura; aquel que penetra en la casa y sustrae los efectos; aquel que, apostado de centinela, vigila los alrededores; aquel que pára los caballos del coche; aquel que se presenta á la portezuela y pide la bolsa, asi como aquellos que, sin decir ni hacer nada, asisten con su presencia para hacer bulto y asustar á los viajeros; son todos *co-delincuentes*, unos de homicidio, otros de robo con escalamiento ó fractura, y los últimos de salteamiento.



2.º Aquellos que con un hecho material, de cualquiera especie que sea, prestan tal ayuda para ejecutar el crimen, que este sin ellos no hubiera sido probablemente cometido en su esfera particular.

Varios rebeldes se apoderan por sorpresa de una plaza fuerte gobernándose por las señales que les ha hecho un individuo del cuerpo de ingenieros militares; este último es *co-delincuente*.

El criado que entrega á unos ladrones las llaves de la casa de su amo; aquel que, mientras su amo roba á una muger, le tiene cerca prevenido un caruaje con los caballos y disfraces necesarios para consumar el crimen; aquel que encubre á los culpables ó á los instrumentos ó productos del crimen, pero á consecuencia de una promesa anterior y hecha á los actores del proyecto criminal viéndolos detenidos por el temor de que se descubra, son todos *co-delinquentes* por participacion *física*, aunque no hayan intervenido, aunque no hayan tomado parte alguna en los actos constitutivos del delito.

Cuando el raptor se incorpora con el tiro de caballos custodiado por su criado, la jóven menor ha sido ya sacada del lugar en que la habian puesto aquellos á cuya autoridad estaba encomendada. Si el raptor fuese detenido á cinco pasos del tiro, no por eso dejaria de ser condenado por raptor de menores: así el guardador de aquel no es, propiamente hablando, *ejecutor* del crimen; pero es sin embargo *co-delincuente* por acto físico de la segunda clase, por auxilios tales que el rapto no se hubiera verificado probabilísimamente, en aquel día por lo menos, y del modo que fue ejecutado, sin la certidumbre que tenia el raptor de que encontraría un tiro á poca distancia del lugar del rapto.

Todos estos agentes, aun cuando hayan obrado



por cuenta ajena, y no tomen mas parte en la resolucion del crimen que la de haber tenido noticia de él y dar la aprobacion que un mandatario da al mandato que acepta, un criado á la orden que ejecuta, ó un amigo al encargo que recibe, no por eso dejan de ser *co-delincuentes*.

## CAPÍTULO XXXVIII.

### *De los autores principales.*

No haremos ninguna observacion especial sobre esta especie de *co-delincuentes*. Sobrado patente es que todos cuantos de un modo directo toman parte en la resolucion y ejecucion del crimen, no pueden ser colocados en diferente categoría. Aun cuando uno ó muchos de ellos hayan encontrado, por decirlo asi, enteramente formada por los demas la resolucion criminal, si la han aceptado libremente sobre sí y tomado el partido de cooperar á la ejecucion, se convierten en asociados suyos y verdaderos *co-delincuentes*. La moralidad de la accion individual puede no ser igual para todos: el primer autor de la resolucion, aquel que ha propuesto á los demas su proyecto y sus planes, será probablemente sobre quien pesará la mayor responsabilidad moral. Pero no le es dado á la justicia humana profundizar los misterios de la conciencia hasta el punto de establecer por estas diferencias diversas *clases* de culpabilidad. Si es tan injusto como peligroso imponer la misma pena á toda especie de participacion del crimen, no lo sería menos, en la práctica, establecer un número de subdivisiones sobrado grande, deducidas de diferencias morales imposibles de determinar con exactitud. Suponiéndole al ojo del hombre mas perspicacia y acierto



que tiene verdaderamente, no se le vuelve mas penetrante: cánsanle las muchas minuciosidades, y á poco no ve mas que al través de un velo que le hace formar juicios aventurados y contradictorios. Por otra parte, el legislador no tiene necesidad ni derecho de escudriñar á fondo la perversidad moral del agente, ni de llegar por medio de la sancion penal al último límite de la justicia absoluta. Puede pues aplicarse á los autores principales la misma *clase* de pena.

## CAPÍTULO XXXIX.

### *De los cómplices.*

Segun hemos explicado ya, son *cómplices* todos cuantos han participado del crimen, sin tomar sin embargo aquella parte directa que caracteriza á los *co-delinquentes*.

El cómplice *provoca*, pero por un impulso *accesorio*, y que solo no hubiera producido efecto; *ayuda*, pero no con actos que constituyan la accion criminal, ó indispensables para su ejecucion.

La complicidad puede ser tambien por participacion *fisica*, y por participacion *moral*.

Aquellos que se limitan á aprobar y alentar á los autores de un proyecto criminal, aquellos que solo les dan consejos ó les hacen exhortaciones que propendan á confirmarlos en su intento, son *cómplices* por participacion *moral*.

Los que vendan *á sabiendas* los objetos que deben servir para ejecutar el crimen proyectado, sin haber tomado empero parte en la resolucion criminal, y objetos sin los cuales habria podido pasarse en rigor el delincuente, ó proveerse de ellos en otra parte;



Aquellos que alquilen á sabiendas un local para una sociedad de criminales sin tomar parte ninguna en ella;

Aquellos que encubran los objetos ó instrumentos del crimen, ó den asilo á los malhechores en virtud de una promesa anterior, pero sin que esta haya sido causa determinante de la ejecucion del delito,

Son cómplices por participacion *física*.

El *cómplice*, en virtud de la propia naturaleza de las cosas, no debe sufrir mas que una pena inferior en mucho á la reservada para los autores principales y co-delincuentes. La ley debe dejar ademas al juez un poder discrecional bastante lato para que pueda proporcionar la pena á la culpabilidad relativa de cada acusado. Esta culpabilidad es algunas veces tan mínima que la justicia social puede dejar de castigar el crimen sin inconveniente alguno.

## CAPÍTULO XL.

### *Observaciones generales.*

1.º De la teoría que acabamos de esponer resalta que en la *práctica* resulta siempre de una cuestion de hecho la distincion entre *co-delincuentes* y *cómplices*.

El legislador no puede establecer mas que principios reguladores. La ley seria tiránica ó incompleta, si descendiese á los pormenores.

2.º Si aspira á mayor exactitud y desea repartir el poder discrecional entre los jueces de hecho y de derecho, el legislador puede establecer, y creemos que con alguna ventaja, que haya un grado primero y segundo, ya de *co-delincuencia*, ya de *complicidad*, y que deba espresarse uno de estos dos

:



grados, ora en la acusacion, ora en la declaracion definitiva.

3.º Es inútil observar, nuevamente, que la teoría de los *co-delincuentes* y la de los *cómplices* está íntimamente enlazada con la de la imputabilidad y de la imputacion. No basta un hecho material; menester es tambien el concurso de la inteligencia y de la voluntad de cada agente, para que la *criminalidad del acto* se estienda á todos los participantes del crimen.

De donde resulta la regla que requiere en el participante no solo el *previo* conocimiento del crimen proyectado, sino tambien,

4.º El de las circunstancias *agravantes*, ó de los delitos *especiales* que han acompañado al delito principal.

Hemos ya entrado en pormenores acerca del mandato.

5.º Resulta tambien que el *agravamiento* ó *atenuacion* que se derivan de las cualidades ó relaciones personales son *incomunicables*, y redundan únicamente en cargo ó descargo de aquel de los participantes á quien se refieren.

El mandatario de un *parricida* solo pue ser culpable de homicidio ó asesinato, aun cuando supiese que la víctima era padre del comitente. Aceptando una comision de esta especie, ha manifestado sin duda mayor perversidad, pero no puede sin embargo imputársele un *parricidio*; al levantar el brazo no ha tenido que vencer el obstáculo moral de la paternidad.

El homicidio cometido por el marido en la persona del cómplice de su muger, sorprendido *in fraganti*, es *disculpable*. Pero no lo es aquel que se ha hecho *co-delincuente* del marido; es extraño á los



sentimientos que en aquel instante han podido impulsar al marido ofendido.

6.º En los delitos instantáneos procedentes de un movimiento imprevisto y sin previa deliberacion, no se debe, hablando rigurosamente, reconocer *co-delinquentes* ni *cómplices*. La culpabilidad de un agente no ha podido comunicarse á otro; no hay asociacion, no hay inteligencia, no hay pacto que haga comun á todos la misma accion criminal. Si han obrado muchas personas, hay tantos delitos distintos, mas ó menos graves, como hechos individuales ha habido. *Si rixa percussus homo perierit, ictus uniuscujusque in hoc collectorum contemplari oportet*, L. 17. D. ad L. Corn. de sicar.

7.º Otra consecuencia no menos evidente, pero de mayor importancia, es la que sigue: Un hecho cualquiera, posterior al delito, no puede ser un hecho de *co-delincuencia*, ni uno de *complicidad*. Habria patente contradiccion en las palabras. Es imposible cooperar ó tomar una parte cualquiera en un acto consumado ya. Si hay delito en el hecho posterior, solo puede ser un delito *especial*.

Siendo la opinion contraria un error de graves consecuencias y habiendo encontrado muchos defensores, no será fuera del caso examinarla de mas cerca.

Los hechos *posteriores* que han querido clasificarse entre los de complicidad son actos *morales* unos, y otros actos *fisicos*.

Cítase entre los primeros la aprobacion, y mas particularmente todavia la ratificacion (*ratihabitio*) de la accion criminal. Por medio de la ratificacion, su autor toma, por decirlo así, á su cargo el delito y da á entender que hubiera mandado su ejecucion, si le hubiesen consultado antes de cometerle. La rati-



ficacion adquiriria un grado mas subido de gravedad, si aquel que ratifica diese al mismo tiempo premio, recompensa, socorro ó asilo al autor del crimen. Entonces habria *acto moral y fisico* á la vez.

Pero, por empeño que se ponga en denigrar el hecho de la ratificacion, ¿puédese afirmar nunca que este hecho haya contribuido en algo á la resolucion ó ejecucion de un crimen, cuando el autor de ella estaba ignorante de todo, y los autores del crimen no sabian sus intenciones?

El autor de la ratificacion es seguramente un hombre inmoral; pero el mismo Omnipotente no podria hacer que cooperase hoy á lo que se hizo y cometió ayer. Por otra parte, aun admitiendo que la ratificacion pruebe, hasta cierto punto, que el autor deseaba ya antes el crimen cometido sin su conocimiento, ¿quién puede asegurar que, si hubiera tenido delante el hecho criminal, se hubiese mantenido en su deseo? Se puede aprobar un hecho ya consumado é irrevocable, se puede sacar partido de él, y no obstante se habria acaso retrocedido ante este propio delito en el momento en que iba á ser ejecutado.

Los comentadores del derecho romano son los que han introducido el error que impugnamos. *In maleficii ratihabitio mandato comparatur*. Tal es el texto de la L. 152. §. 2. D. de regul. juris.—L. 1. §. 14. D. de vi et de vi arm.

Haciendo una aplicacion general de las palabras de la ley romana, han establecido por principio que la ratificacion era un acto de *complicidad*, como la *orden* y el *mandato*.

Solo han tenido á bien eximir de la regla general á los delitos que no pueden hacerse cometer por otra persona, tales como el adulterio; nueva prue-



ba del servilismo con que esplican las palabras, *mandato comparatur*. Suponen pues que en efecto la *ratihabitio* reviste, aun en derecho penal, la naturaleza del *mandato*; porque si la castigaran como un acto *sui generis*, y no la comparasen con el mandato mas que bajo el punto de vista de la penalidad, no habria mas razon para eximir de ella al delito de adulterio que á otro delito cualquiera. No es menos inmoral aprobar en términos formales y alentar asi á los que introducen el deshonor en una familia, que á aquellos que la inquietan en la posesion de sus propiedades. Tomando la *ratihabitio* por un *mandato literal*, es efectivamente como parece ridículo suponer que el hombre resuelto á cometer un adulterio encargue á otro de sustituirle. Se ha reconocido este absurdo, pero no que no lo era menos considerar á un individuo como cómplice de un hecho ya consumado sin su conocimiento.

Cualesquiera que sean las espresiones usadas por Ulpiano, autor del citado fragmento, al escribir su comentario al edicto del pretor, la luz natural requiere que solo se haga aplicacion de ellas á los intereses pecuniarios, á la accion de resarcimiento á favor de la parte agraviada.

Todo se esplica entonces, y el sentido del fragmento es razonable. Un tercero, sin consultarme, ha perturbado con violencia á mi vecino en la pacífica posesion de su hacienda, le ha espulsado de ella en mi nombre y por interés mio. En lugar de desmentirle, me doy prisa á aprovecharme de su acto; ocupo la propiedad vacante, y ratifico la espulsion: ¿qué cosa hay mas natural que yo me someta á las malas consecuencias (*damnum*) de un hecho de que me he apropiado los buenos efectos (*lucrum*)? El hecho ha sido ejecutado para mí; yo le apruebo y me apro-



vecho de él: en desquite, debo pagar la deuda que resulte. Es el caso de aquel que aprueba una compra hecha para él sin su conocimiento, y que se pone en posesion de la cosa comprada. Es evidente que debe pagar su precio.

Pero no pueden admitirse del mismo modo las consecuencias penales de un hecho ageno, ejecutado sin nuestro conocimiento, y constituirse uno á arbitrio culpable de un crimen á que en nada se ha cooperado. La sociedad no castiga porque *parezca bien* el delito, sino por haberle cometido.

No debe pedir cuenta de la *simple* aprobacion posterior, ni aun como un hecho *sui generis*. Porque, por una parte, es un acto inmoral que no tiene gran interés en inquirir y castigar, y por otra, la investigacion de estos hechos podria abrir la puerta á un crecido número de vejámenes y de abusos, especialmente en materia de delitos políticos.

Concluiremos esta observacion advirtiendo que la doctrina que sustentamos parece puede apoyarse en la autoridad de la ley 13, in princ. D. de his qui notant. infam. Por este texto se ve que, para aplicar una sancion penal, los romanos consideraban tambien el tiempo en que el delito habia tenido su ejecucion. "Quid ergo si non ducere sit passus, sed postea quam duxit, ratum habuerit: ut puta initio ignoravit talem esse, postea scit? *Non notabitur*. Prætor enim *ad initium nuptiarum* se retulit."

Entre los actos *fisicos* posteriores al crimen, los mas notables son:

Los auxilios dados al culpable para sustraerle de las pesquisas ó accion de la justicia;

La ocultacion de los instrumentos del crimen, ú otros objetos que puedan ocasionar su descubrimiento;



La ocultacion de los objetos robados ó conseguidos por medio del crimen.

No repetiremos aqui lo absurdo y contradictorio que sería contar estos hechos entre los actos de complicidad.

Pueden seguramente tener un castigo. ¿En qué casos? ¿En cuál grado? Lo examinaremos al tratar de cada especie de delitos en particular.

Pero es facil comprender que su criminalidad puede diferenciarse enteramente de la del delito cometido con anterioridad á estos actos. Si, por sustraer á la accion de la justicia un individuo culpable de injurias y acreedor solamente á algunos dias de carcel, se amotinan varios hombres, se ponen en armas, eligen un gefe, resisten á la fuerza pública, la ultrajan y la desarman, incurren seguramente en una pena *diversa* que el autor de las injurias, suponiendo que este no haya tomado parte alguna en la rebelion. Supongamos que un miserable que va huyendo manchado de la sangre vertida por su parricida mano, mueva por su mismo desacierto á lástima ó miedo á un aldeano que accede á darle otro vestido y ocultarle en su alquería; este aldeano ha encubierto ciertamente á un gran criminal; pero ¿se le hará morir por esto como asesino? ¿Diráse por esto que ha sido cómplice del parricida? Y no considerando mas que la pena, ¿puede haber alguna relacion entre la del parricida y la del encubridor?

La sola consideracion de las grandes disparidades que pueden ofrecer el hecho imputado á aquel que ha recibido el auxilio, y el hecho imputable á aquel que le ha dado, habria debido bastar para hacer comprender que no existe entre estos hechos esa conexion íntima que enlaza unos con otros todos los actos de complicidad. La razon es sencilla:



todos los hechos de complicidad no son mas que medios que propenden, mas ó menos directamente, á un solo y mismo fin. En esta convergencia está su conexión; pero el hecho del parricida y el del aldeano que le encubre no tenían igual objeto, igual propension: el uno ha muerto á su padre, y el otro quiere salvar, sin razon si se quiere, la vida de su semejante. El uno ha atentado á la vida de un individuo á quien el otro, si hubiera estado delante, habria salvado probablemente con riesgo de perder la suya.

Verdad es que la convergencia hácia un mismo fin parece que existe en una clase de hechos posteriores: quiero hablar de la ocultacion de los objetos robados. Puede decirse en este caso: ¿Cuál era el objeto del ladron? apropiarse el bien ageno; ¿y el del encubridor? apropiarse una parte del mismo. Pudiera añadirse que el encubridor, ocultando el objeto robado, ayuda á la verdadera consumacion del crimen.

El legislador francés se ha apresurado á aprovecharse de esta idea; nos complacemos por lo menos en suponer que le ha hecho fuerza este argumento, el cual es el mas plausible que puede alegarse en favor de su sistema.

Asi, mientras que no ha tenido valor para estender el principio de la complicidad á la ocultacion de los cadáveres (art. 359.), ni al de las personas (248.), á menos de que no haya *hábito* en esto, lo que equivale, hasta cierto punto, á una *promesa anterior* (art. 61.); mientras que sobre estas dos especies de ocultaciones ha seguido la sana doctrina, haciendo de ellas dos distintos delitos y colocándolos en los capítulos á que se refieren en la clasificacion seguida en el Código, no ha titubeado en colocar la ocultacion de los objetos conseguidos con a-



yuda del crimen en el capítulo de la complicidad (art. 62.).

Pero ¿á cuántas consecuencias se ha visto arrastrado siguiendo el engañoso resplandor de una analogía nada mas que aparente? Aquel que encubre *por una causa cualquiera*, aun por ganar una suma de dinero, al mas abominable malvado, á un parricida, á un asesino, á un envenenador, á un incendiario; aquel que oculta el cadáver de la víctima del delito, solo podrá ser condenado á dos años de carcel, y aun podrá no serlo mas que á algunos meses (artículos 248. y 359.). El encubridor del mas leve objeto robado podrá ser condenado á la deportacion, á presidio, aun perpetuo, y á la muerte (artículos 62. y 63.), siempre que sea convencido de haber sabido, en el momento de la ocultacion, que el robo se cometió con ayuda de un crimen que envolvía tras sí la pena capital. En tal caso (la conclusion sería risible si no fuese atroz), ¿se convierte en cierto modo el encubridor en cómplice de asesinato? Sabiendo que un hombre ha sido muerto, ¿contribuye con esto á matarle? Esta es la conclusion que arrojan naturalmente los articulos citados, articulos que los tribunales han tenido que aplicar con sobrada frecuencia. ¿Castigar á un hombre como cómplice de asesinato, porque ha tenido noticia de él! ¿Castigarle como cómplice de un asesinato, porque su codicia se aprovecha de un crimen que ya no está en su mano estorbar ni deshacer! Atrevida es la ficcion, especialmente cuando sirve para mandar á un hombre al cadalso.

Por lo demas, el legislador no ha hecho mas que seguir un rancio error de la legislacion francesa. Montesquieu le habia puesto de manifiesto. Desgraciadamente los compiladores del Código penal pa-



rece han querido mas de una vez hacer gala de no escuchar el dictamen de este grande hombre. Óiganse sus palabras: "Siendo capital entre nosotros la pena del robo, no se ha podido, sin llevar al estremo las cosas, castigar al encubridor lo mismo que al ladron... El uno impide el conocimiento de un crimen cometido ya, el otro le comete: todo es pasivo en el uno; hay una accion en el otro: es menester que el ladron venza mas obstáculos, y que su alma se endurezca mas tiempo contra las leyes." *Espíritu de las leyes*, lib. XXIX. cap. 12.

Esto es reducir en pocas palabras la cuestion á sus verdaderos principios. El encubridor, dígase lo que se quiera, no es cómplice del robo; este se ha cometido sin él y sin su conocimiento. Menos todavía es un asesino.

Las mas veces se aprovecha el encubridor, es verdad, de la cosa robada: el delito especial de ocultacion aumenta en este caso de gravedad; pero su *calidad* no varía. "Impide al propietario que recobre sus bienes." Por esto no es ladron. ¿Se condena como cómplice de robo á aquel que, sabiendo el parage en que se ha escondido la cosa robada, no la descubre? Y aquel que oculta la persona del ladron, estorba asi las mas veces que el propietario recupere lo robado; á pesar de esto no ha sido considerado como cómplice (art. 248. Cod. Pen. Fr.)

¿Qué pensar ademas de una ley que no hace distincion alguna, que reúne todos los casos bajo una sola disposicion general: *encubridor de cosa robada, luego cómplice*? Y si hubiese accedido á la ocultacion sin aprovecharse nada de la cosa robada; si hubiese accedido á ella por lástima, por debilidad, por temor de que descubriesen al culpable, no encubriendo el resultado del crimen; si hubiese acce-



dido á ella un amigo, un pariente (1); si lo hubiese hecho con el fin de restituir las cosas robadas á su propietario, despues de cierto transcurso de tiempo y con las precauciones requeridas para la seguridad del criminal, ¿podriase siempre presumir esa identidad de intencion entre el ladron y el encubridor que los ha hecho poner en igual línea?

Se ha citado el derecho romano, y especialmente la L. 1. D. de receptatoribus, y la L. unic. C. de rapt. virg. Aun suponiendo que la primera de estas leyes se estienda á toda especie de ocultacion y no solo á la de la persona del delincuente, y que la segunda no sea una ley excepcional, hija de la cólera imperial, pueden citarse otras en que la pena es distinta. Se han ensayado diferentes sistemas para conciliar todas estas leyes; se ha dicho, entre otras cosas, que la pena no era la misma sino cuando entre el culpable y el encubridor habia habido *societas scelerum*. Otros han hecho notar que el robo *nec manifestum* no era entre los romanos mas que un *delito privado*, y que toda la pena consistia en una condenacion *in duplum*. Desde el punto en que la pena de robo no es en el fondo mas que un *resarcimiento*, se concibe que el encubridor es responsable de él, lo mismo que el ladron, en beneficio de aquel cuyo bien retiene y oculta. Mientras solo se trata de dinero, nada de chocante tiene la semejanza; pero la conciencia no consiente en estenderla á toda clase de pena.

8.º Resulta de la misma teoria que, si el hecho posterior no ha sido mas que el cumplimiento

---

(1) No vemos que se haya introducido, para el hecho de ocultacion de objetos robados, una excepcion á favor de los parientes, análoga á la que se ha introducido para el delito de no revelacion y el de ocultacion de culpables.



de una promesa, de un convenio, de una esperanza dada anteriormente al crimen, puede haber códelincuencia ó complicidad según las circunstancias. La razón de esto está palmaria, y no es una excepción de los principios que hemos establecido. El verdadero hecho de complicidad no es en tal caso el acto material y posterior, sino la promesa anterior al crimen. El hecho posterior debe más bien ser considerado como uno de los hechos materiales que revelan la complicidad.

9.º Por último, resulta de esto que lo que, reuniendo dos palabras admiradas de encontrarse juntas, se ha llamado *concurso negativo*, no puede ser un elemento de participación del delito.

El concurso negativo puede verificarse no estorbando, ó no revelando el crimen.

¿Tiene la sociedad derecho é interés para castigar en uno y en otro caso? ¿En cuáles circunstancias? ¿En qué medida? Esto lo examinaremos al tratar de los delitos en particular.

Pero, aun cuando estas dos *omisiones* sean comprendidas en el número de los delitos, es evidente que nunca pueden ser consideradas como actos de complicidad.

La conciencia y la lógica están acordes sobre esto. No puede decirse que la inacción y el silencio ayuden ó provoquen á la perpetración del crimen. Menos todavía puede suponerse que aquel que no le estorba, ó se abstiene de descubrirle, esté animado del deseo de verle poner en ejecución y que se asocie en cierta manera al proyecto criminal. La inacción y el silencio pueden proceder de cualquiera otra causa. Si hay en ellos delito, es uno *sui generis*.

FIN DEL LIBRO SEGUNDO.



---

---

# LIBRO TERCERO.

---

## DE LA PENA.

---

### CAPÍTULO PRIMERO.

#### *Naturaleza de la pena.*

**L**a pena en sí es un mal que recae sobre el autor de un delito y por causa de él.

La pena propiamente dicha es el padecimiento que el poder social impone al autor de un delito legal.

La pena en sí es el género; la pena social es la especie.

La primera pesa sobre el autor de toda infracción de la ley moral; la segunda, solo sobre aquellos que quebrantan la ley positiva.

La primera es necesariamente justa de suyo; la segunda puede ser injusta. El poder social puede engañarse.

Sería intrínsecamente injusta, si traspasara la medida de la pena requerida por la justicia moral; pero puede, debe ser muchas veces inferior á ella.

Sería injusta, si no pesase sobre el autor del delito.

Sería injusta, si se la estendiese directamente á los inocentes, con el fin de contener á los malhechores.



La pena debe ser un padecimiento; importa poco que sea grave ó leve.

En su consecuencia, debe quitar ó disminuir, temporal ó perpetuamente, un bien á que la opinion comun dé alguna importancia.

Los medios de castigo son pues los bienes que el hombre goza ó espera.

Tal es el principio general.

Pero todo medio debe ser de suyo legítimo, y conveniente al fin que uno se propone alcanzar.

¿Deberia condenarse una muger á la prostitucion, por útil, por preventiva que pudiera ser esta pena en este ó aquel pais?

Suponiendo que la privacion de ciertos derechos civiles sea una pena legitima de suyo, ¿está probado que es necesaria, ó útil por lo menos?

Faltaría pues que examinar cuáles son las penas legítimas de suyo y convenientes al mismo tiempo.

## CAPÍTULO II.

### *Fin de la pena.*

La sancion penal es el complemento de la ley.

La aplicacion efectiva de la pena á los delincuentes es el cumplimiento de la justicia social.

¿Para qué es la ley penal? ¿Por qué se quiere que se haga justicia? Para conservar y proteger el orden social. Lo hemos demostrado en el libro 1.º Este es el término final y el principio de la legitimidad de la justicia humana.

Permitasenos recordar aqui en pocas palabras algunas nociones fundamentales que en otra parte hemos espuesto.

Nos lisonjamos de haber demostrado que seña-



lar á la pena, aisladamente considerada, como un hecho material, un fin propio y ulterior, es hacer abstraccion de la justicia; porque el temor, el ejemplo y la violencia, cuando uno se los propone por fin exclusivo y último, no desechan por su propia naturaleza la práctica de medios injustos ó excesivos.

“No se castigue el robo, y se multiplicarán los ladrones.” ¿Quién ha negado nunca esto? La pena es preventiva. Es decir que el hecho de la sancion penal y el del castigo producen *efectos*, y uno de ellos, el mas importante de todos, es prevenir un número mas ó menos mayor de delitos parecidos.

“No se castiga un delito, si no se tiene esperanza de prevenir por este medio la repetición sobrado frecuente del mismo hecho.” Convenimos en ello. Es decir que la justicia humana carece de derecho, cuando no encuentra en los efectos de la pena medios de alcanzar su fin, la protección del orden social.

“Luego esto no es mas que una cuestión de palabras.” Así lo quisiéramos por nuestra parte, aunque debiese recaer enteramente sobre nosotros la inculpación de haber suscitado una cuestión de palabras.

Los que sustentan que el fin *único*, *último* y *absoluto* de la pena, que el *solo* que justifica la justicia social y fija la latitud de sus poderes, es prevenir los delitos por medio del temor, por ejemplo, añaden al mismo tiempo estas palabras: “Bien entendido sin embargo que, en ningun caso, bajo ningun pretesto, y cualquiera que sea la necesidad que se alegue, no se traspasen nunca los límites de la justicia moral.” En este caso, no hay efectivamente entre ellos y nosotros mas que una diferencia de palabras.



Pero entonces habria una contradiccion en los términos del lenguaje contrario al nuestro. ¿Qué viene á ser un fin único, postrero, absoluto y subordinado al mismo tiempo á un principio superior é inviolable?

De todos modos, si en vez de decir, como nosotros hemos dicho, que es la justicia social la que tiene un fin propio y ulterior, y que el hecho de la pena produce *efectos* por cuyo medio la justicia alcanza el fin que el deber le impone, se prefriere hablar asi:

El fin ulterior de la justicia humana es la conservacion del orden y la proteccion del derecho; el fin de la pena, considerada como medio de justicia, es la sujecion moral, el ejemplo &c., se puede adoptar este modo de decir, el cual está, á nuestro parecer, á cubierto de toda crítica.

Pero, lo repetiremos, la justicia es una. Puede concebírsela desenvolviéndose en toda su esfera; no es posible concebirla abandonando sus inalterables principios por someterse enteramente al yugo de los hechos.

Señálese á la sancion penal, al juicio, al castigo, á cada uno de estos hechos considerados separadamente, el fin que se quiera; la discusion será de una importancia secundaria, siempre que no se deje un momento de considerarlos como tres elementos de la justicia que, cualquiera que sea el fin que se les señale, solo pueden moverse en su órbita y bajo el freno de sus leyes, leyes contenidas en este principio eterno é inmutable: el mal remunerado con mal, al autor de él y proporcionalmente á su gravedad.



## CAPÍTULO III.

*Efectos de la pena.*

Varios son los efectos de la pena.

I. *Considerada como amenaza*, sus principales efectos son la instruccion y el temor.

1.º La sancion penal es instructiva como manifestacion inmediata é imperativa de las leyes del orden moral en sus relaciones con el orden político.

Es la enseñanza que el legislador dirige al pueblo.

La instruccion dada por el legislador obra de dos modos: como enseñanza moral y como aviso.

La enseñanza moral es inútil muchas veces. La ley que prohíbe el homicidio dice lo que todos saben. No sucede lo mismo con la que castiga las infracciones de las leyes sanitarias, el ejercicio legal de la medicina. La ley penal revela á muchas personas, que de ello estaban muy ajenas, la inmoralidad y el peligro de estos actos.

El aviso consiste en prevenir á todo hombre que, efectivamente, este ó aquel acto inmoral está ademas prohibido por la ley positiva; que es menester abstenerse de él, aunque no sea mas que por obedecer á la ley escrita.

La enseñanza se dirige á todos, aun á aquellos que no tienen ninguna intencion de cometer actos inmorales.

El aviso se dirige mas particularmente á aquellos que, sin ser precisamente hombres morales, quieren no obstante conformarse siempre con la ley, no solo por miedo del castigo, sino por moralidad política.

2.º El temor hace efecto sobre aquellos que, desnudos tambien de moralidad política, conservan

:



sin embargo bastante calma y razon para poner en balanza los placeres del delito y el mal de la pena.

La sancion penal intimida con el mal directo y el mal indirecto de que estan amenazados los infractores de la ley.

El mal directo es aquel que recae sobre el autor del delito.

El mal indirecto recae sobre las personas que le son caras.

El legislador debe no proponérsele nunca como medio de accion, y evitar toda pena cuyo mal principal y ostensible sea el indirecto. Pero no puede, por otra parte, impedir que los hechos produzcan sus naturales consecuencias.

La instruccion y el temor son, ambos á dos, efectos preventivos.

El efecto preventivo del temor merece ser analizado con mayor exactitud.

Resulta primeramente del mal directo.

Pero el mal directo no consiste solo en el grado de padecimiento moral con que amenaza la ley al culpable. Compónese de todos los efectos que para él puede tener el juicio criminal. Asi, ademas de la pena propiamente dicha, puede tener que sufrir uno ó muchos de los males siguientes:

La pública reprobacion ;

La infamia ;

La paralización ó trastorno de sus propios asuntos, de su carrera, de sus proyectos ;

La suspension de sus hábitos ;

La violencia hecha á sus gustos y goces ;

El decaimiento de su salud ;

Los efectos accesorios no se verifican en todos los casos, ni con igual intensidad en todos los hombres.



Las penas, propiamente dichas, no son tampoco en igual grado preventivas para todos. Un ratero inglés arrostra los azotes. Un hombre rico puede comprar el gusto de hacer una injuria, si solo le cuesta el pago de una multa.

El efecto preventivo del mal indirecto no es menos variable segun las circunstancias en que se encuentra colocado aquel que medita un crimen.

Mas de un conspirador se ha vuelto atrás al contemplar una familia sumergida en la miseria; mas de un proyecto criminal ha quedado desvanecido por los agasajos de un niño que acariciaba á su padre, á quien una pasion nociva tenia casi ya subyugado.

II. *Considerada como un mal que se impone realmente.*

La pena puede tambien producir:

La instruccion;

El temor; ademas,

La enmienda del culpable.

1.º El ejemplo hace mas sensible y patente la instruccion. La publicacion de una ley es un hecho que nunca es objeto de las conversaciones particulares de la mayor parte de las familias. No sucede lo propio con una condena. La ley es general; el juicio y la ejecucion son hechos individuales. La ley es una abstraccion; la ejecucion un hecho. La ley es un principio; el juicio, una aplicacion. En otros términos, la ley carece de las condiciones esenciales para llamar la atencion de la muchedumbre: estas condiciones se encuentran reunidas en el juicio y en la ejecucion.

2.º Estas consideraciones se aplican asimismo al efecto preventivo del temor. El ejemplo aumenta su intensidad.

Considerando en masa al público, puede afir-



marse que la instrucción y el temor son efectos en cierto modo necesarios. Si no se producen, ó el resultado es inferior al que naturalmente debia alcanzarse, el legislador debe imputárselo á sí. Seguramente ha trabajado contra su propia obra, ya por la elección ó proporción de las penas, ya por las formas y trámites judiciales. Ha escitado algun sentimiento opuesto á los que debia naturalmente despertar el castigo. El desprecio, la irritación ó el poder son los tres sentimientos que paralizan frecuentemente el efecto preventivo de la pena.

3.º La enmienda del culpable no es un efecto que pueda llamarse necesario, aun cuando haciendo abstracción de los individualismos solo se consideren las masas.

La enseñanza moral, el aviso, hasta la impresión del temor, se dirigen á hombres reputados con las disposiciones necesarias para sentir el influjo saludable de la ley.

Con la enseñanza, se dice á los hombres de bien: "Este acto es inmoral." Y se abstendrán de él, aun cuando no tuviese sanción penal.

Con el aviso, se dice á aquellos que solo conocen la moralidad política: "El legislador ha creído conveniente prohibir tal acto." Y se abstendrán de él, porque así lo manda la ley.

Intimidando á los hombres que desprecian la moral y no hacen ningun caso del orden público, pero que temen los padecimientos y la pérdida de sus derechos, se les dice: "Si cometéis esta acción, estareis encerrados durante diez años en una casa de penitencia y de trabajo." Y no se arrojarán al crimen, porque la amenaza les servirá de trabas.

Considerados estos efectos de un modo general, son en alguna manera necesarios, porque hay efec-



tivamente en este mundo hombres morales, hombres sensatos, y hombres prudentes.

Se frustran algunas veces, porque hay algunos hombres cuya moralidad está mal afirmada, cuya sensatez política no resiste á las tentaciones, y cuya prudencia está sojuzgada por la fogosidad de sus pasiones y la perversidad de sus deseos.

No obstante, tomando cien personas en cada una de las tres categorías, se puede esperar fundadamente que si las leyes son buenas y la justicia está bien administrada, las noventa sentirán el saludable influjo de la instrucción, del aviso y del temor.

Empero se cometen crímenes; los autores son condenados y sufren la pena merecida por sus delitos.

La justicia se halla satisfecha; el orden social está protegido; los efectos del castigo sobre las masas, los acabamos de examinar.

¿Cuáles serán los efectos de la pena sobre los mismos delincuentes?

Tomemos por ejemplo el castigo mas usado entre los pueblos modernos, la privación de la libertad; el efecto mas seguro é inmediato es la impotencia casi absoluta en que se encuentran los culpables de entregarse á menos crímenes durante la duración de la pena.

Otro efecto probable es el temor. Si la detención, sin ser cruel, ha conservado sin embargo su verdadero carácter penal, puede esperarse que el delincuente salga del lugar de la pena, diciendo á lo menos lo que aquel condenado que salia de la casa penitenciaria de Ginebra: "Ya no me volverán á ver aqui; es mucho lo que uno se aburre."

Sin embargo este no es un signo de regeneración



moral. El temor obra, en cierta manera, como un contrapeso mecánico á los impulsos criminales. Pero su efecto puede irse debilitando diariamente, y la seducción del crimen crece á proporcion; el gloton que ha estado malo una vez de resultas de sus excesos, olvida sus padecimientos apenas su salud está restablecida, y no resiste á los placeres de una mesa opíparamente servida.

Sería menester que la pena produjese la enmienda moral del culpable, sería menester que en adelante viese en la ley penal, no solo un objeto de temor, no solo un aviso, sino tambien un precepto obligatorio con independendencia de toda pena inmediata.

¿Se halla este efecto en la naturaleza de las cosas?

Nadie se apresure á suponernos opiniones que estamos distantes de sustentar.

La enmienda del culpable es posible y deseable. No intentarla es un descuido reprehensible. Autorizar penas que, en vez de corregir al delincuente, sean para él una fuente de corrupcion y una escuela de iniquidad, es todavía mas que un descuido.

¿Pero es esta la cuestion? Importa plantearla con claridad.

El legislador publica una ley penal. Sabe anticipadamente que su ley es completamente inútil para cierto número de ciudadanos cuya instruccion y moralidad no dejan ningun temor fundado sobre la conservacion del orden social. Tocante á los demas, el legislador tiene la certidumbre de que la ley, si no es absurda en demasia, hará sentir sus efectos ó como enseñanza moral, ó como aviso, ó como amenaza, y mantendrá á noventa personas entre ciento en la línea del deber.

Las otras diez infringirán la ley: tres evitarán la accion de la justicia social, y siete serán condenadas.



Ahora bien, ¿puede esperar fundadamente el legislador que la pena influirá sobre cuatro á lo menos de estos últimos en términos de regenerarlos moralmente?

Desgraciadamente esta cuestion solo puede ser resuelta hasta aqui *à priori*. Faltan los hechos. Las galeras, los presidios, los pontones, y tantos otros sitios en que los gobiernos parece juegan á quien tiene mas maldad y mas fuerza con los condenados, en que cada reciénvenido es una presa entregada á harpías impacientes de arrancarle cuanta vida moral le queda todavía, todas esas guaridas de malhechores bregando con el crimen y la fuerza no ofrecen ningun dato susceptible de resolver el problema.

Los ensayos del sistema penal regenerador hechos en América, Inglaterra, Lausana y Ginebra son muy poco numerosos y demasiado recientes, de un éxito harto vario é incierto, para que la fria razon pueda sacar de ellos conclusiones positivas y satisfactorias.

Prueban únicamente lo que nadie puede poner en duda, que es posible la regeneracion moral de algunos individuos; no prueban que sea facil, y menos todavía que que los medios que se hallan al alcance del legislador deban darle la seguridad de efectuar con regularidad la regeneracion moral de masas determinadas, las tres cuartas partes, los dos tercios, la mitad por lo menos de los delincuentes.

No disimularemos que no hacemos mérito de los ensayos hechos por medios extraordinarios. Que madama Fry, repitiendo solemnemente la palabra de verdad bajo las oscuras bóvedas de Newgate, enternezca por la elocuencia de sus acentos, conmueva, si puede hablarse asi, por la poesía religiosa de su



aparicion en el seno del desorden, á los pechos mas empedernidos, lo comprendemos sin dificultad, y sus obras nos infunden un sentimiento que la palabra "admiracion" solo espresaria de un modo sobrado imperfecto.

Desgraciadamente no son estos los efectos ordinarios de la pena de reclusion. No imaginamos seguramente que esta deba solo consistir en encerrar á los condenados en un parage seguro; suponemos que á la prision van unidos los socorros morales y religiosos que reclama la situacion de los presos. Pero cuando se piensa, no en una carcel, sino en mil, no en un dia, sino en una larga serie de años, es menester limitar las esperanzas á los medios ciertos y comunes. Por desacreditada que se halle esta espresion, es menester sin embargo hacer uso de ella: los resultados de la rutina son aquellos sobre que se debe poder contar. Es necesario hacer de modo que sea la mejor posible; pero las maravillas de un desprendimiento ilimitado, los esfuerzos de un zelo ardiente, los efectos de un ascendiente irresistible, no son datos con que se puede contar generalmente.

El legislador no puede obrar sino en globo, por masas, y echando mano de medios fáciles de aplicar y hasta cierto punto uniformes. Ahora bien, la regeneracion moral no es mas que una educacion, una educacion que ha producido su efecto; y la educacion es una cosa esencialmente individual. La instruccion, propiamente dicha, que con harta frecuencia se confunde con la educacion, puede darse sin muchos inconvenientes por medios uniformes cuyos efectos se hagan sentir á la par sobre las masas. La educacion, para ser eficaz, necesita plegarse mas á las exigencias de cada individuo.

Si esto es cierto de los niños, ¿cuánto mas cierto



todavía será de los hombres; de hombres encorvados ya bajo el yugo de hábitos inmorales, distintos y derivados de diversas causas; de hombres cuyas edades, inclinaciones, creencias, relaciones sociales, suerte venidera y conducta anterior no son las mismas para todos?

Las tentativas de reforma se estrellan con sobrada frecuencia contra los antecedentes del preso. Porque si la educación negativa es bastante fácil, la educación positiva es casi superior á las humanas fuerzas. No es muy difícil estorbar que se desarrolle el principio del mal; pero, apoderado que se haya una vez de los rincones del corazón humano, puede esconderse en ellos bajo mil distintas formas, y con dificultad abandona su presa.

La condenación sepulta á los unos en el abatimiento y en una apatía moral invencible; á los demás, los irrita y ensoberbece.

¿Se les niega á los condenados toda esperanza de ver rebajada ó mitigada su pena? Repugnan con desden toda tentativa de reforma, especialmente si lo están por un gran número de años.

¿Ofréceseles la perspectiva de ver abreviada su pena? Entonces se les convierte en hipócritas, y se les da un vicio más.

Tenemos repugnancia de escribir estas líneas: las trazamos con muy sinceros deseos de engañarnos. Tendríamos un contento indecible, si se nos probase con hechos bien averiguados que hemos calumniado, involuntariamente por cierto, á la naturaleza humana.

Pero entre tanto ¿será menester dejarse llevar á ciegas de los benévoloos sueños de una filantropía impaciente de ver cumplidos sus honrosos deseos? ¿Será menester contar mucho sobre un efecto de la pe-



na cuya generalidad y certidumbre no estan justificadas por nada?

¡Guárdenos el cielo (lo repetimos otra vez) de inferir de esto que es necesario renunciar en su vista á toda tentativa de reforma! Mientras mas difícil es la obra, mas importa multiplicar y perfeccionar los medios de hacerla, supuesto que esta obra es á la par un bien moral y político. Triste espectáculo ofrecen los gobiernos á quienes se ve gastar tantos millones en cargos inútiles, ornatos públicos y gastos de policía, y dejar mientras el sistema penal en un estado desastroso. Su conducta no solo es mala, sino tambien un cálculo equivocado. Aun cuando no se alcanzase la *enmienda* moral de diez condenados entre ciento, el resultado social sería poderoso. Porque tambien es menester tener en cuenta las impresiones saludables que sobre el público produce un sistema reformador. Presenta la ley y la justicia bajo un punto de vista moral; cautívalas la afición y el respeto; no desalienta ni atemoriza á los reclamantes y partes agraviadas; y en fin estamos convencidos de que, tocante á los hombres de costumbres viciosas y vagamundas, aumenta el efecto preventivo de la pena, el temor de sufrirla.

Pero no nos anticipemos. Por ahora queremos establecer únicamente que de todos los efectos de la pena la enmienda del culpable es tal vez el menos cierto y universal.

No resulta de aqui que el legislador deba desdeñarle, sino darle la importancia que tiene por la naturaleza de las cosas.

En otros términos, sacrificar en el sistema de justicia social el principio de la penalidad, la acción del temor, á esperanzas exorbitantes de reforma de los delincuentes, sería echar en olvido los mas esen-



ciales deberes del legislador. Nada habria como que en las cárceles se introdujesen personas de celo que probaran á traer al delincuente al camino del bien, sin debilitar en lo mas mínimo la accion penal; nada como que el legislador prestase á su saludable influjo todos los auxilios compatibles con la ejecucion de la ley; que prefiriese, en igualdad de circunstancias, el linage de pena que mas se conciliara con los ensayos de reforma, que es tambien un medio probable de enmienda moral. Pero sería un error funesto creer, por lo menos en el estado actual de nuestros medios y conocimientos, que el efecto reformador de la pena tenga comparacion en certidumbre y generalidad con los demas efectos que hemos explicado.

Á estos efectos es menester añadir otros dos: la satisfaccion moral de la conciencia pública, y el sentimiento de seguridad derivado de la sancion penal y de su aplicacion.

Nadie ignora, nadie niega este segundo efecto.

El primero, aunque menos aparente y facil de observar, es un hecho igualmente cierto.

La satisfaccion de la conciencia pública es distinta del sentimiento de seguridad. No es un sentimiento universal, una ojeada echada sobre nuestra propia persona. Es un sentimiento desinteresado, el amor del bien, la idea de orden que se deja traslucir en la aprobacion que se da á la pena que sufre con proporcion el delincuente. Es el sentimiento que experimentan hasta aquellos que nada tienen que temer de la especie de crimen de que se trata.

Este sentimiento moral tiene tambien su valor político. Es conservador del orden social, acrecenta la fuerza moral de la ley, la sanciona y *nacionaliza*.

El legislador que no hiciese ningun mérito de este efecto de la pena, que omitiese el escoger, pu-



diéndolo, las penas mas susceptibles de inspirarle, no habrá reconocido y tenido en cuenta todos los elementos conservadores de la sociedad.

## CAPÍTULO IV.

### *Proporcion de la pena.*

La pena es el padecimiento impuesto al culpable á causa de su delito:

Hay pues una íntima relacion de cantidad entre el mal del delito y el mal de la pena.

En otros términos, la proporcion de la pena no debe traspasar la medida del delito.

..... *Adsit*

*Regula, peccatis que pœnas irroget œquas,*

*Nè scutica dignum horribili sectere flagello.*

Nadie niega el principio, pero cada cual se reserva el derecho de aplicarle á su modo.

Los unos concentran su atencion sobre el mal moral del delito, y la perversidad del agente. Asi piden penas sociales severísimas contra el adulterio y el incesto.

Los demas no consideran mas que el mal material, el daño causado por el delito. Asi no vacilan en proclamar la pena de muerte contra el crimen de falsificacion de moneda.

Es menester que el mal de la pena sobrepuje al provecho que el delincuente saca del delito. Tal es el único principio regulador de otra escuela, y en general de todos cuantos atribuyen á la pena, considerada en sí misma, aisladamente, un fin único y postero, de todos cuantos no la consideran mas que como un medio. Aun van mas lejos; y, necesario es confesarlo, admitido el principio esclusivo, es lógica



la consecuencia. Para graduar el provecho del delito y el tanto de la pena necesaria, se hacen conjeturas. Cuando el acto imputado parece susceptible de arrojar la prueba de una costumbre formada, se hace mérito contra el acusado, no solo del provecho sacado del delito individual, sino del provecho *presunto* de todos los delitos semejantes que se pueden *suponer* cometidos impunemente por el mismo delincuente. Se hace aplicacion de esto á los monederos falsos sin obtener un resultado sobrado repugnante. Pero acaso se desecharian las consecuencias del mismo principio, si se probase á hacer aplicacion de él á los rateros, adúlteros, infractores de leyes sobre caza &c. Es menester no confundir este principio con la doctrina de la *reincidencia*. En caso de *reincidencia*, el delito semejante no está *supuesto*, sino justificado por un juicio.

Mas lejos van todavía. Afírmase que, cuando un delito es muy perjudicial, se puede aventurar una pena crecida á trueque de prevenirle. — Este es el sistema del balancin penal presentado en toda su desnudez.

No nos pararemos á refutar estas diferentes opiniones; sería retroceder de nuestro camino, y molestar en valde al lector.

La pena es *en sí* el mal merecido por el autor de un delito. La proporcion de la pena se encuentra pues y no puede encontrarse mas que en la *naturaleza* y *gravedad* del acto imputable. Son los dos términos de una ecuacion; no hay verdad sino cuando el uno es equivalente al otro. *Ojo por ojo y diente por diente* solo son espresiones toscas y materiales de esta verdad. Pero, como tantos otros proverbios antiguos y populares, revelan una verdad sentida y reconocida en todos tiempos y lugares.



El hombre puede equivocarse en la inteligencia de los hechos, en la aplicación del principio; pero nunca pierde á este de vista. No conoce ningun otro.

El mal material agrava el delito moral, como quiera que es una consecuencia suya que el delincuente habia previsto ó debia preveer.

La satisfaccion ilegítima del culpable, el placer que experimenta, el provecho que saca, agravan tambien el delito; revelan la perversidad del agente. Justo es que este placer ilegítimo esté contrapesado por los padecimientos del castigo. El mal no debe redundar en beneficio de su autor.

Pero siempre resulta que la pena, respecto de la justicia social, guarda proporcion con la naturaleza del deber infringido y la moralidad del agente.

Aquel que pueda determinar con exactitud estos dos elementos en cada caso particular, y posea al mismo tiempo un principio capaz de establecer el género y grado de padecimiento correspondiente, como medio expiatorio, á cada delito, se encontrará en estado de resolver de un modo positivo el problema de la proporcion de la pena moral.

Así pues confesemos que hasta ahora no hemos hecho mas que plantearle, y que está lejos de ser resuelto.

Porque no es resolverle decir que la pena debe crecer ó menguar segun la gravedad del delito; que dos crímenes distintos no merecen la misma pena; que la tentativa suspendida por circunstancias fortuitas y la interrumpida voluntariamente, que la *co-delincuencia* y la *complicidad* no son actos igualmente inmorales y á que pueda aplicarse, en buena justicia, el mismo castigo &c. En esto no se trata mas que de lo *mas* y de lo *menos*, de una idea de relacion. El homicidio debe ser mas castigado que el ro-



bo. Pero ¿cuál es la pena merecida por este? ¿Cuál es el padecimiento que hará expiar al ladrón todo su delito? Si yo lo supiese, acaso podría entonces, no exactamente, sino por una especie de aproximación, determinar la pena del homicida.

Así el problema no está resuelto por falta de cantidades ciertas y de datos fijos.

Debe serlo sin embargo, á menos que la justicia humana trate de conducirse arbitrariamente, y sin mas guía que la necesidad y el interés.

Supongamos de que, por un medio cualquiera, se tuviese la certidumbre de que el falso testimonio en materia civil merece, á los ojos de la justicia moral, un castigo representado por la multa de un valor cuatro veces mayor que el del objeto en litigio, ¿qué podría hacer el legislador?

¿Añadir algo á esta pena? Aunque no fuese mas que un óbolo, esta porción de castigo sería solo un hecho sin moralidad; el condenado no sería mas que un medio, un mero instrumento en manos de la fuerza.

¿Aplicar al testigo falso la pena de la multa en toda su latitud? Sí; pero solo si la necesidad lo exige.

Aquí vuelve á presentarse la consideración del mal social del delito, de la fuerza del impulso criminal que debe reprimirse, en una palabra, de todas las circunstancias políticas del país á que está destinada la ley penal. Es el campo de la latitud que se deja al legislador. La multa de un valor cuádruplo y la impunidad son los dos términos extremos: La elección entre ellos no es arbitraria en el sentido de que el deber ordena al legislador hacer una graduación verdadera y equitativa de las exigencias sociales y de las imperfecciones de la justicia humana. Pero la pena es de suyo legítima hasta el *maximum*;



no puede decir el culpable: Yo no la he merecido.

Es menester pues resolver, antes de todo, el problema de la proporcion de la pena moral.

Pero puede el hombre ignorar las leyes de la penalidad absoluta; acaso no tiene ningun medio positivo de reconocerlas, ni puede intentar descubrirlas mas que esponiéndose al peligro de tomar por regla las preocupaciones, las antipatías, los desvaríos de la supersticion, y las mas crueles y ridículas opiniones vulgares.

La objecion es grave, y mas que nada especiosa; y ciertamente no queremos, con objeto de refutarla, dirigir lisonjas al género humano, y suponerle mas instruido de lo que verdaderamente lo está.

No obstante, ¿es cierto que, sondeando atentamente nuestra conciencia y estudiando con cuidado los hechos de la humanidad, no podriamos adquirir un regular conocimiento de la relacion que debe existir entre el mal moral de un delito dado y este ó aquel determinado padecimiento, para que se cumpla la ley de la expiacion?

Es un hecho que el hombre observa una relacion entre el mal moral y el padecimiento, aun fisico, que se impone á causa de él. Seguramente no le es facil á la lógica esplicar esta relacion entre dos elementos tan heterogéneos como lo son, á lo menos aparentemente, el mal moral y el dolor material. Pero su conexion no deja de ser por eso un hecho irrecusable; la conciencia, en vez de estrañarle, le aprueba y se declara satisfecha de él.

Empero su aprobacion guarda ciertos límites. Colóquese á la conciencia humana en presencia de un delito determinado y de un cierto padecimiento impuesto al autor de él, y llegará el momento de que esclame: Basta ya. Si el padecimiento continúa,



la conciencia se resiste y le desaprueba. Porque ha conocido que la falta está expiada.

Este es un hecho que diariamente acontece, un hecho que cada cual puede comprobar en su interior sin penetrar en el recinto en que la justicia social dicta sus sentencias.

Y nóteselo; este sentimiento de una justicia realizada y satisfecha por medio de cierto padecimiento es independiente de todo pensamiento relativo á la necesidad de prevenir los delitos con el temor ó la regeneracion de culpable. Es el sentimiento de la expiacion moral, de la justicia absoluta, puro, simple y desinteresado.

Si, despues de haber examinado á la conciencia humana en un caso particular, se quisiera obligar á la inteligencia á dar cuenta lógica de este hecho moral y aplicarle el razonamiento, se le impondria una carga superior á sus fuerzas. Podria disertar sobre la naturaleza é importancia del deber infringido por el delito, sobre la naturaleza y gravedad del padecimiento impuesto á su autor, pero no descubrir y hacer patente una relacion lógica entre estas premisas. Aun cuando hubiese probado que el que roba ciertos manjares con el fin de tener un alimento mas agradable, ha atacado el derecho de propiedad; que este derecho tiene esta ó aquella importancia moral, comparativamente con otros derechos; que el ladron es tanto menos disculpable cuanto que no carecia de los alimentos necesarios; que ha cometido el robo á sangre fria, con astucia &c.: aun cuando hubiera probado, por otra parte, que habiendo sufrido este ladron un encierro aislado de ocho dias á pan y agua, ha tenido estas ó aquellas privaciones, ¿podria decirnos: *Luego* la naturaleza y el grado del padecimiento correspondian á la naturaleza y

:



al grado del delito? No; falta el vínculo lógico. Pero ¿es necesario tal vínculo? ¿Puede exigírsele?

La relacion de la pena con el crimen es una verdad de intuicion; no se demuestra.

Es la nocion del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, aplicada al hecho de la expiacion.

¿Qué es una pena escesiva? Un mal, un acto injusto, un mal de suyo, como el ultraje, la herida y la calumnia.

No es la lógica, sino la conciencia la que nos avisa cuando un hombre, abogando su causa, se sale enteramente de los límites de la justicia y comete una injuria.

Asi la relacion, por una parte, que percibimos entre el mal moral y el padecimiento de su autor, y, por otra, la justa medida de este último en cada caso particular, son á nuestro parecer hechos de conciencia, verdades sentidas é irrecusables.

La reflexion puede y debe aplicarse á las revelaciones de la conciencia, aun acerca de este punto; debe compararlas entre sí y desprenderlas de todo cuanto la pasion pueda haberles añadido: ó por mejor decir, es importante aplicarse á comprender el hecho de la conciencia en toda su pureza.

Pero solo en la conciencia es donde podemos encontrar la justa estimacion de la expiacion; ella es la que debe indicarnos el límite de la pena moral; de esa pena que la justicia social no debe traspasar nunca.

Ahora bien, para poder reconocer este límite en cada especie de delito, se nos presentan dos métodos.

El primero consiste en estudiar el hecho de conciencia, solo en un caso particular, sobre un crimen dado. Una vez alcanzado el resultado, se tiene una ecuacion moral, por decirlo asi, que puede servir



de punto de partida. Puédese entonces, bajando ó subiendo á la vez por la escala de los crímenes y la de las penas, intentar descubrir *lógicamente* la relación de cantidad que hay entre el delito y la pena para todos los demas casos.

Supongamos que se quiera empezar desde el punto mas elevado. De todos los actos inmorales de que se ocupa la justicia social, ¿cuál es el que ocupa el primer lugar en la escala de los crímenes? El homicidio, especialmente cuando va acompañado de circunstancias agravantes. Escójase, si se quiere, el mas horrible de los homicidios, el parricidio. Véase el mayor de los crímenes posibles en el orden de los hechos inmorales de que se ocupa la ley penal. Verdaderamente el parricidio es un crimen complejo mas bien que un delito simple; pero esta observacion es de poca importancia en este lugar.

Prescindiendo ahora de toda ley positiva, preguntese al primero que llegue cuál es la pena merecida por el parricidio entre todas las que pueden imponerse en este mundo. Responderá: La mas grave de las penas posibles.

Si se le pregunta luego la descripción de esta pena, se recibirán con harta frecuencia respuestas horrosas. Querráse que la muerte sea precedida de mutilaciones, de tormentos y de horrendos suplicios. El horror, la cólera y la venganza dictarán estas respuestas. El grito de la pasión se unirá á la voz de la conciencia, y de la acción combinada de estos elementos saldrá un resultado misto é impuro. El trabajo pacífico y reflexivo de la razón es quien debe separar las partes heterogéneas, desprender la parte moral de la parte inmoral, lo que corresponde á la conciencia de todo cuanto le añadan la pasión y la venganza. Quitará las mutilaciones y los tor-



mentos, como hechos ilegítimos de suyo, como causa de que el público satisfaga sus odios y pasiones mas bien que de que el delincuente padezca con ellos; como hechos que, en vez de aumentar la fuerza moral de la justicia, le arrebatan su calma y su dignidad, y la reducen en cierto modo á la condicion de un malhechor. Hecha esta eliminacion, quedará la pena de muerte.

Si la pena capital es legítima de suyo, está demostrado, en el orden moral, el punto de partida. La pena de muerte es la pena que merecen los delincuentes de primera clase, los autores de uno de los hechos que ocupan el primer lugar en la serie de los crímenes.

Supuesto esto, si se recorre por una parte el catálogo de los delitos, colocados segun la importancia de los deberes que atacan, y por otra el catálogo de las penas, colocadas segun la importancia del bien de que privan; aunque el primero sea mas numeroso y variado que el segundo, podrá uno aventurarse á reconocer, descendiendo, la relacion de cada pena ó de los diversos grados de una pena con un delito. Seguramente se cometerán errores; pero no se incurrirá en desaciertos de sobrado bulto. Podrá aplicarse igual pena temporal á dos diversas especies de robos; no se pensará en castigar de muerte al autor de una estafa calificada.

Únicamente, despues de haber encontrado la pena correspondiente á la infraccion de un deber, considerada en su *maximum*, es decir, cometida sin sombra de disculpa y en términos que el delincuente haya sacado de su acto todos los goces ilegítimos que se prometia, será menester no olvidar que la pena debe disminuir á medida que van menguando los elementos de la inmoralidad del agente. Es necesaria



una proporcion penal, no solo entre un crimen y otro, sino entre los diferentes grados del mismo crimen. En esto será, no es posible dejar de convenir en ello, mas imperfecto el trabajo del hombre. Asi el deber le ordena no ser sobrado avaro de concesiones, cuando baja la cantidad de la pena á medida que descubre un decremento ostensible en la culpabilidad del agente.

Tal es el primer método. Pero es peligroso, y no hay en él los necesarios jalones para estar seguro de no perderse en el camino.

Mejor es seguir un método mas lento y circunspecto; multiplicar las observaciones, estudiar el hecho de conciencia, sino para cada delito y para cada gradacion del mismo delito, para cada especie principal á lo menos.

Así es como, por la atenta observacion de los hechos morales, se podrán descubrir los límites que la conciencia señala á la expiacion, á la pena *en sí*, por lo menos en la esfera de las cosas humanas.

Este estudio es difícil, convenimos en ello. No debe bastarnos observar el hecho de la conciencia en nosotros mismos. El género humano es á quien se debe interrogar. La respuesta se encuentra, para los que saben descifrarla, en su lenguaje, en sus opiniones, en sus costumbres religiosas, en sus leyes, en una palabra, en la totalidad de su historia.

Esta respuesta, no solo es menester preguntársela á los inocentes; es necesario interrogar á los culpables. Tambien ellos tienen una conciencia que, á pesar del imperio y de las falacias del crimen, sabe algunas veces hacerse oír y proclamar la verdad. Ella es la que infunde á mas de un criminal una resignacion verdadera, sentida; y aquellos que han sido testigos de ella deben añadir, patética, como quiera



que revela el triunfo, aunque tardío, del sentimiento moral. Mas también es la conciencia la que se defiende, la que resiste un castigo exorbitante y hace oír entonces por boca del culpable la palabra injusticia, sin que esto parezca extraño.

Por lo demás, ¿quién es el hombre que no ha oído dictar sus fallos sobre este punto á la conciencia humana, aun por boca de un niño que, seguramente, no habrá aprendido nada de sus sentimientos de justicia en la ley positiva? Los mismos niños discernen con un tacto exquisito la justa medida de los castigos merecidos por sus faltas: y se indignan y resisten con todo el vigor y viveza de su edad, cuando un maestro imprudente traspasa, corrigiéndolos, los límites de la justicia.

En nuestro trabajo sobre cada especie de delito en particular, hemos tratado mas de una vez de penetrar, ayudándonos de la observacion y de la historia, las respuestas de la conciencia humana sobre la proporcion de la pena moral.

Facil es preveer las objeciones de aquellos que no tienen fé en las lecciones de la conciencia humana.

Es verdad que se han quemado brujas, porque un pacto con el demonio era considerado como la mas horrible de las abominaciones.

Pero si, en vez de fiarse del sentimiento moral, nuestros antepasados hubiesen interpelado al razonamiento, los brujos habrian sido tambien devorados por las llamas. Habriase dicho que la brujería era el delito mas perjudicial, el que mas placer daba al delincuente, el que sugeria prueba de una costumbre que permitia la suposicion de un gran número de delitos semejantes, que era menester prevenirle á toda costa, aventurar una pena desmedida; y se hubiera quemado á los brujos.



Ningun método evita en la práctica las imperfecciones del hombre, pero tambien los métodos puramente lógicos no son los únicos que ganan con los progresos de la especie humana. ¿Á quién se le ocurrirá desacreditar la lógica de la escuela escocesa y los trabajos históricos de los modernos, porque la lógica y la historia estaban imperfectas hace algunos siglos? Sin embargo el razonamiento y la prueba testimonial no han dejado por eso de ser instrumentos de saber en todos tiempos y lugares. Lo propio sucede con la observacion de los hechos de conciencia. En vez de desecharlos, felicitémonos de vivir en un tiempo en que es menos difícil observarlos bien y separarlos de todo cuanto pueda haber alterado su espresion. Renegar los hechos de la conciencia, porque no es fácil observarlos bien y separar de ellos todo lo que pueden haber mezclado en ellos la pasión, el interés y las preocupaciones, es renegar de toda creencia en el orden de las verdades morales.

Ejecutado este primer trabajo acerca del delito moral, estan trazados los límites extremos del poder penal. Conócese para cada especie de delito el *maximum* del grado de padecimiento que puede imponer la justicia humana sin cometer un acto injusto *de suyo*.

Pero este acto puede ser injusto en sus relaciones con el estado social. Lo será, si es inútil en todo ó en parte para el fin que debe alcanzar la justicia relativa.

Hay pues que indagar otro principio regulador, un principio de utilidad política.

Si el fin de la justicia humana es la proteccion del orden social, en otros términos, de la libertad del ser colectivo y de cada uno de los individuos que le componen, debe enderezar sus miras á la re-



presion del mal *objetivo*. En otra parte hemos espuesto nuestras miras sobre la graduacion de este mal, ora absoluto, ora relativo. (Lib. II, cap. VIII y IX.) Con este mal pues debe guardar proporcion la pena legal en los límites de la justicia moral.

La justicia penal, propiamente dicha, no repara el mal material ocasionado por el delito. Ofrece una garantía para en lo venidero, y no un remedio para lo pasado. Reconocemos que tal es su efecto y su fin, aunque no admitimos que el hombre tenga derecho de echar mano arbitrariamente de la pena, sin tener en consideracion mas que la necesidad que puede ocurrirle de aplicarla con ventaja propia.

Ofrecer una garantía para en lo venidero, es ponerse á cubierto de un peligro, es aplacar un temor. Pero ya procedan este peligro y temor de un mal material consumado en la actualidad, ya solo tengan por causa un hecho que se teme, ¿dónde está la medida del peligro? ¿Dónde está la medida del temor para un ser dotado de razon?

Encuéntrasela primeramente en la magnitud del mal *objetivo*. Mientras mas precioso es un bien, mayor temor hay de perderle.

Encuéntrasela en segundo lugar en la probabilidad de tal mal. Mientras mas ventajoso fuera el bien cuya pérdida se teme para aquel que nos privase de él, mas atractivo y valor tendria á sus ojos, y mas probable sería que el deseo de poseerle le impeliese al crimen.

La probabilidad es pues proporcional con frecuencia á la magnitud del mal, pero no siempre. Una ratería es mas probable que un homicidio; pero tambien es cierto que si se esponen igualmente ropas y monedas de oro, estas ultimas serian aquellas de que se apoderasen los ladrones. Asi la probabilidad



depende ademas de la facilidad que hay para cometer el crimen, y de los riesgos á que se espone el delincuente.

El peligro y la zozobra son muchas veces relativos á las personas. No son iguales para todas las clases de la sociedad, ó por lo menos el peligro no alcanza muchas veces á ciertas clases mas que indirectamente, como quiera que el crimen revela la existencia de algunos hombres que hacen mofa de la ley moral y de la justicia humana. Un asesinato asusta á todos sin escepcion; los delitos contra la propiedad son bastante indiferentes á aquellos que nada tienen que perder, temibles para cuantos poseen muchas riquezas mobiliarias. Esta observacion se aplica con mayor motivo al crimen de estupro, de infanticidio, de aborto forzoso &c.

Si se profundiza mucho este analisis, no se tarda en descubrir una admirable relacion entre la moralidad del acto y el mal político, entre el mal moral y el mal *objetivo*.

Es menester pues hacer cuenta aparte de la magnitud y de la probabilidad del mal *objetivo*.

Asi es como se obtiene la primera medida de la garantía que debe concederse por la ley penal al derecho que está amenazado, un principio regulador de la pena.

Esto es lo que justifica el grave castigo legal del robo, cuando va acompañado de homicidio con el fin de hacer desaparecer los testigos del crimen; el mal es grande y probable á la par; al contrario, en la ratería es mucha la probabilidad, pero el mal no guarda proporcion con ella, y asi sucesivamente.

Mas, para que estas graduaciones tengan toda la exactitud de que es capaz el hombre, es menester no perder de vista las diferentes observaciones que



explican las aparentes anomalías que pueden encontrarse. En otro lugar hemos indicado muchas de ellas.

Hay mas: la medida de la perturbacion que el delito introduce en el orden social no está toda en la magnitud del mal objetivo y de la probabilidad que resulta de las causas que hemos mencionado. Tambien es menester tener en consideracion la probabilidad derivada del estado moral del delincuente.

El homicidio llamado *bestial* es una causa de terror público. Todos temen á un malvado que, sin ningun motivo plausible ó que explique á lo menos su crimen, asesine á su semejante. Es un tigre suelto por las calles de nuestras ciudades pacificas.

Asimismo la premeditacion es un hecho que revela un peligro grave y causa una fundada zozobra. ¿Dónde se detendrá aquel que, despues de haber examinado con frialdad los obstáculos que debian apartarle del crimen, los ha arrostrado y vencido todos ya una vez?

Los delitos cometidos por provocacion son menos peligrosos y temibles que los cometidos á sangre fria.

¿Será menester tener en cuenta la reincidencia? El legislador tiene derecho para ello. Por una parte, la reincidencia acusa al delincuente de una gran perversidad moral; por otra, revela á la sociedad un agente muy peligroso. Existe en el autor de la reincidencia una culpabilidad especial, moral y política á la vez.

Asi no nos convence este razonamiento: "El delincuente, al sufrir la pena de su primer delito, pagó enteramente su deuda, satisfizo el cargo que habia contra él; no hay ya derecho para tomárselo en cuenta." ¿Quién piensa efectivamente en tomársela? Pi-



desele cuenta solo del segundo crimen, pero con las circunstancias que agravan la culpabilidad política del agente, siempre bajo la condicion de que no se traspasen los límites de la justicia moral.

Por otra parte, como la reincidencia no es mas que un agravamiento de culpabilidad sobre la misma especie de crimen, reconocemos que nunca se debería alterar el género de la pena, sino solo acrecentar su dosis. Verdad es que esto es difícil para aquellos legisladores que se dan prisa á descargar golpes atroces sobre el primer crimen.

Es fácil estender estas observaciones á las demas modificaciones de la imputabilidad moral.

Así el peligro social es proporcionado á la magnitud y probabilidad del mal objetivo.

Graduando la magnitud del mal objetivo y la probabilidad derivada de la calidad del hecho, el legislador gradúa el peligro en sus relaciones generales; gradúa la fuerza de la tentacion que el delito presenta á todo hombre mal intencionado.

Graduando la probabilidad derivada de las disposiciones morales del agente, gradúa, no solo el peligro general, sino el temor que inspiran individualmente aquel que acaba de cometer un crimen y los hombres que se le asemejan.

Así es como el legislador proporciona la pena *legal* á las exigencias del orden material, del derecho que protege, tomando aquella *porcion* de pena moral que merece la imputabilidad *política* de un agente que ha perturbado el orden social y violado el derecho.

Pero la medida de la pena *legal* no deja de tener sus dificultades en la práctica.

El legislador quiere antes de nada prevenir la perpetracion de los crímenes, en cuanto es posible,



respetando la justicia. Con este objeto proporciona la pena legal, en los límites de lo justo, á la magnitud y probabilidad del delito, siguiendo estos dos elementos en sus diversas combinaciones.

Escoge, ademas, como medios de castigo aquellos que son mas susceptibles de producir el efecto preventivo, ó por el terror, ó por la privacion de la facultad de dañar, ó por la enmienda del culpable.

De este modo combina la *medida* y la *eleccion* de las penas, para alcanzar el fin de su accion política.

No nos anticipemos aqui sobre lo que tenemos que decir relativamente á la eleccion de las penas.

Pero, tocante á la medida de ellas, importa advertir,

1.º Que es variable, segun los tiempos y circunstancias. El mal *objetivo* y el impulso criminal no son siempre iguales para todos los delitos.

2.º Que si, á causa del progreso de la civilizacion, el impulso criminal va disminuyendo generalmente, ya por una moralidad pública mas grande, ya por crecer la sensibilidad á los dolores de la pena, el legislador debe bajar el tanto de la penalidad en general.

3.º Que si el impulso criminal crece ó mengua solo en ciertos delitos, el legislador puede á la verdad, dentro de los límites de la justicia, aumentar ó disminuir á proporcion la cantidad de la pena legal; pero estas alteraciones particulares no dejan de ser arriesgadas.

4.º Que, efectivamente, si la ley ofrece demasiadas desigualdades en la pena legal de los diversos delitos, aun cuando esta pena fuera justa de suyo, estas disparidades pueden influir de un modo desastroso sobre la opinion pública, especialmente si no estuviese muy enterada de las circunstancias que han



obligado á aumentar la pena legal para ciertos delitos particulares.

5.º Que estas desigualdades pueden producir tambien un mal efecto político, impeliendo á los malhechores á otros crímenes, aun á crímenes mas graves que aquellos que han querido reprimirse de un modo particular.

6.º Que, cualquiera que sea la confianza que tenga el legislador en el efecto preventivo de las penas, debe sin embargo, por interés de la sociedad y de los individuos, contar con un cierto número de malhechores, de hombres consagrados en cierto modo al crimen, como un mal inevitable, dejarles por consiguiente un interés en cometer los delitos menos graves, y apartarlos asi particularmente de los crímenes irreparables.

7.º Que, para establecer la medida de la pena legal, importa mas que nada profundizar el estudio de los hechos sociales, con el auxilio de la observacion, de la historia del pais y de la estadística judicial; porque las consideraciones puramente especulativas sobre la gravedad y el peligro del delito y sobre el impulso criminal que puede hacerle cometer, son con frecuencia un fanal engañoso, cuando al mismo tiempo no se saca ninguna luz del estudio de los hechos.

## CAPÍTULO V.

### *De la eleccion de las penas.*

Llegados á este punto de nuestro trabajo, nos será facil señalar los caractéres que ha de tener la pena legal para servir al fin que debe alcanzar la justicia humana.



En otros términos, ahora podemos marcar las reglas que deben gobernar al legislador en la elección de las penas, á fin de que pueda á un tiempo respetar los límites de la justicia moral, y desempeñar ventajosamente su mision política.

Nos complacemos en reconocer que esta parte de nuestro trabajo no requiere largas esplicaciones. Las obras de aquellos que nos han precedido en esta carrera han allanado el camino y dejado poco que hacer á los que han seguido sus huellas. Los teóricos, á lo menos, estan hoy casi acordes sobre las principales cualidades que debe reunir la pena, y no es la falta de buenas observaciones y de sanas doctrinas sobre este punto á lo que debe achacarse la conservacion de las penas mas anti-racionales, aun en el seno de una civilizacion eminentemente progresiva y en el centro de las naciones libres (1).

La justicia social debe llenar tres condiciones para ser legítima:

- 1.<sup>a</sup> Respetar los principios de la justicia moral.
- 2.<sup>a</sup> Tener en cuenta la imperfeccion de nuestros medios de accion y de saber.
- 3.<sup>a</sup> Satisfacer las exigencias del orden material en la sociedad civil.

Estas condiciones deben aplicarse á todas las

(1) Véanse entre otros el artículo ya citado de Mr. de Broglie (pág. 164. t. I.), los escritos de Mr. Charles Lucas, que ha recogido y aplicado con tanta sagacidad una multitud tan grande de hechos y observaciones, y la obra de Bentham titulada, *Teoría de las penas*. En este escelente libro, asi como en las dos obras posteriores, una *Sobre las pruebas judiciales*, y otra sobre la *Organizacion judicial*, Bentham y Mr. Dumont, su sabio, oficioso y elegante intérprete, han hecho, á nuestro parecer, grandes servicios á la ciencia de la legislacion y á la humanidad. Asi deben confesarlo los partidarios de todos los sistemas.



partes de que se compone la justicia, entre otras á la eleccion de las penas.

Téngase á bien advertir que hablamos aqui de las cualidades de la pena, y no de su aplicacion. Para que esta sea legítima y ajustada á la razon, la pena debe ser *proporcionada* al crimen y *suficiente* para la proteccion del derecho.

Pero no es este asunto lo que tratamos ahora. Solamente inquirimos las cualidades que debe tener la pena, á fin de que el legislador encuentre á la mano medios legítimos y convenientes de prestar fuerza á la ley penal y mantener el orden público.

Para conformarse con el principio de la justicia, el legislador debe escoger penas:

I. Personales,  
morales,  
divisibles.

Para que esten en relacion con nuestros medios imperfectos de accion y de saber, las penas deben ser,

II. graduables,  
reparables ó *remisibles*.

Para que satisfaga las exigencias del orden material, la pena debe ser apta para producir los *efectos* que el legislador espera de ella. Ya hemos analizado estos efectos (lib. III. cap. 3.). Asi las penas deben ser:

III. Instructivas y satisfactorias,  
ejemplares,  
correctivas,  
á propósito para tranquilizar.

I. *Personales*. La pena no debe recaer mas que sobre el autor del crimen. "No se hará morir á los padres por sus hijos, ni tampoco á los hijos por sus padres, sino que á cada cual se le hará morir por



su pecado." (Deuteron. cap. XXIV. 16.) Este principio de eterna justicia era olvidado con tanta frecuencia entre los pueblos antiguos, que una de las glorias de la civilizacion mosáica es haberle proclamado solemnemente.

Las naciones modernas no le han respetado siempre. Ya hemos tenido ocasion de citar pruebas de esto (Introducc. cap. II. §. 2.). En 1809 se propuso al parlamento inglés un bill destinado á reprimir las intrigas y la corrupcion de que se valian con sobrada frecuencia los padres de familia con el fin de alcanzar para sus hijos empleos lucrativos en las Indias. Entre otras cláusulas habia una que prevenia la vuelta, es decir, la destitucion de todos aquellos que hubiesen alcanzado empleo por medio de culpables amaños de sus padres.

Pero estos hechos son relativos mas bien á la aplicacion que á la eleccion de la pena.

No sucede lo propio con otros hechos, por ejemplo, en la aplicacion de la muerte civil, considerando que disuelve el casamiento del condenado, convenga esto ó no á su cónyuge.

Toda pena produce, es verdad, efectos indirectos que recaen sobre los inocentes; efectos que el legislador no puede estorbar. La mas leve multa disminuye la renta de la familia, y una larga prision de su gefe puede arruinarla. Estos resultados son consecuencias indirectas de la ley penal, y efectos directos del delito. La verdadera causa no está en la eleccion de la pena; todo castigo produce efectos análogos en un grado mas ó menos elevado. Encuéntrase aquella en el hecho mismo del culpable. Los crímenes y los vicios de los individuos refluyen, por sus funestas consecuencias, sobre todos cuantos se hallan comprendidos en la esfera de



su accion. Esta es una distribucion de la Providencia.

El deber del legislador consiste en no dar mayor latitud á estas consecuencias que la que naturalmente tienen, en no convertirse, por la eleccion de ciertas penas, en causa única y directa de un mal que recaiga sobre las personas que no le han merecido.

Tocante al mal indirecto, la atencion del legislador debe reducirse á no agravarle gratuitamente, á contenerle en límites tan estrechos como sea posible, escogiendo acertadamente las penas.

*Morales.* Análogas son las observaciones que se aplican á esta segunda condicion que en la pena se requiere. Es hasta tal punto perversa la imaginacion de ciertos hombres, y sus pasiones estan tan dispuestas para beneficiar el mal, que llegan á extraerle indirectamente de los hechos mas morales ó intachables en sí mismos.

Condénese á un hombre á una pena pecuniaria; ¿quién nos dice que, en vez de desplegar mayor actividad y trabajo, no le servirá esta sentencia de pretesto para descuidar la educacion de sus hijos, dejar en la necesidad á su familia y negarse, si puede, á pagar sus deudas? ¿Se escogerán penas que el condenado pueda rebajar con su buena conducta? Entonces se dará entrada en la carcel penitenciaria á la hipocresía, á una hipocresía de cada dia, de cada instante, y de un delincuente descocado se hará un malvado mas temible todavía. Por último, ¿no se han visto mugeres impeliendo á sus maridos, y, lo que es aun mas horroroso, á padres y madres impeliendo á sus hijos al crimen, para libertarse de ellos y echarlos de carga al Estado? No obstante la multa, el encarcelamiento y el trabajo no son penas inmorales.

:



Así es menester no proscribir de un modo absoluto mas que las penas cuya propension inmoral es directa y de un efecto casi general y seguro.

Y primeramente, todas aquellas en que el legislador mande positivamente cometer el mal. Tales eran ciertas penas inmorales que se imponian á las mugeres con detrimento del pudor.

En segundo lugar, aquellas que no pueden dejar de despertar sentimientos inmorales en un gran número de personas, la crueldad, la venganza, la codicia, el espíritu de calumnia. Tales son los azotes, los tormentos, el trabajo en beneficio de ciertas castas y de ciertos individuos, las multas en favor de los denunciadores, la confiscacion &c.

Por último, las que, lejos de ser *correctivas*, serian casi de cierto causa de la corrupcion ó mayor perversidad del delincuente. Tales son tambien los azotes. Hay otras todavía.

El estudio de la moralidad de las penas es un objeto de meditacion tan grave como delicado. Requiere un analisis muy sutil de los efectos de la pena, un conocimiento profundo del estado de las costumbres y de la opinion pública, y el examen mas atento de los resultados estadisticos de la justicia penal.

*Divisibles.* Una pena es divisible cuando es susceptible de ser mayor ó menor, ora en duracion, ora en intensidad.

Si la pena, para ser justa, debe ser proporcionada al crimen, es necesario que sea divisible toda pena que quiera aplicarse á crímenes de diferente gravedad, ó á diferentes grados del mismo crimen.

Una pena indivisible no es pues ilegítima de suyo, pero tiene el inconveniente de no poderse echar mano de ella mas que en un corto número de casos.



II. *Graduables.* Siendo la pena un padecimiento, la privacion de un bien, su valor depende del bien que menoscaba.

Todo bien es mas ó menos estimado de aquellos que le poseen ó estan gozando de él. Pero hay bienes que el comun de los hombres ignora, y de que no piensa en gozar, aun cuando tuviese medios para ello. Sujetando el legislador á los delincuentes á la privacion de uno de estos bienes, no tendria la certidumbre de imponer una pena, ni los medios de graduar su gravedad. No podria conducirse con conocimiento de causa mas que procediendo por individualismos; y seria preciso dar un poder arbitrario ó sobradamente lato á los hombres encargados de aplicar la ley.

Hay privaciones y padecimientos cuyo efecto, aunque general, varia muchísimo segun los individuos; casi nulo para unos, puede ser excesivo para otros, sin que el legislador tenga medios de graduar anticipadamente estas diferencias, ó de indicar sus causas de manera que la justicia práctica pueda reconocerlas con exactitud. El uso de estas penas es harto peligroso para ser lícito. Tambien es este uno de los casos en que el vicio de la ley no podria corregirse sino dando un poder desmesurado á los jueces. Tales penas tendrian el inconveniente de dejar casi impunes algunos crímenes, castigar otros con sobrada severidad, y alterar asi las proporciones de la penalidad.

Seguramente, toda pena es mas ó menos desigual en sus aplicaciones. No es posible encontrar dos acusados exactamente colocados en las mismas circunstancias, y que tengan precisamente el mismo grado de sensibilidad, asi como no se encuentran tampoco dos cuerpos enteramente semejantes.



Así el dicho comun de que la pena debe ser absolutamente igual para todos, solo es disculpable como un ataque contra esos privilegios odiosos que se habian apoderado y que, en muchos paises, siguen apoderados todavía de la legislacion penal. La aparente igualdad de las penas encubre una desigualdad verdadera.

Pero no se sigue de esto que deba proscribirse toda pena. La desigualdad no es la misma en todos los casos. Hay penas que conservan su carácter penal, cualquiera que sea el individuo sobre quien recaigan. No siendo excesivas las diferencias de lo mas á lo menos, el legislador puede corregir esta falta dejando á los jueces una moderada latitud.

Solo es necesario no pensar en aplicar igual correctivo á aquellas penas cuya intensidad varía muchísimo, segun las diversas condiciones de los individuos. El legislador no puede hacer ni calcularlo todo anticipadamente; pero el juez no debe tampoco poderse burlar del freno de la ley. Hay que hacer una particion prudente y juiciosa de poderes entre el juez y el legislador. Este es uno de los problemas mas difíciles de resolver en la ciencia de las leyes.

Por último, hay penas acerca de las cuales el legislador no puede estimar anticipadamente el efecto que harán en la opinion pública, ni las relaciones que pueden existir entre estas penas y los diversos crímenes á que pudiera aplicárselas. Tales son las penas infamatorias. Al escoger estas penas, el legislador se conduce en cierta manera á la ventura. Hace á la opinion pública, al sentimiento moral de sus conciudadanos, un llamamiento á que no sabe si responderán, ni hasta qué punto estará su respuesta en armonía con el lenguaje de la ley. Si no hay conformidad, la pena no produce ningun efecto. La ley



no encuentra apoyo; el público se mantiene frío é indiferente. Muchas veces tambien rechaza la ley directamente por odio ó por desprecio.

*Reparables ó remisibles.* Una pena es *reparable* cuando puede darse á aquel que la ha sufrido, ya en todo ó en parte, una compensacion capaz de borrar el mal por él padecido.

Es *remisible*, cuando el delincuente, despues de haberla empezado á sufrir, puede ser libertado de ella, sin que la pena deje huellas indelebles de su aplicacion.

La pena de multa es reparable. Restitúyase la cantidad, resárzanse ademas los perjuicios que pueda haber ocasionado el pago de la multa, y desaparece el mal de la pena.

El encarcelamiento es una pena mas bien *remisible* que *reparable*. Una indemnizacion pecuniaria, por el tiempo transcurrido despues de la sentencia, aminora el mal de la pena; no puede afirmarse que le borra.

Es importante sin duda que las penas que tenga á su disposicion la justicia falible de los hombres, sean reparables, ó á lo menos remisibles.

Sin embargo, ¿es este un principio absoluto, ó solo acaso un precepto de sabiduría, una regla de prudencia de que es permitido apartarse cuando nos lo mande una imperiosa necesidad?

Si fuera un principio absoluto, ninguna pena sería legitima, porque en la esencia ninguna pena es enteramente reparable, ni absolutamente *remisible*; nadie puede hacer que lo que fue deje de haber sido. Restituyendo la multa y concediendo encima al condenado una indemnizacion, ¿se logrará que no hayan existido los padecimientos fisicos y morales que la pena puede haberles causado á él y á los suyos? Ha-



ciendo cesar el encarcelamiento, ¿se destruye el germen de las enfermedades que el preso puede haber contraído, la mala impresion que su condena puede haber hecho en el ánimo de un gran número de personas, la incapacidad moral y física que puede resultarle de la larga paralización de ciertas facultades?

La diferencia entre estas penas y las que no son en nada reparables ni remisibles no es pues, en la esencia, mas que una cuestion de mas ó de menos. Si toda pena irreparable é irremisible fuera ilegítima de suyo, la justicia penal sería imposible.

Esta es empero un deber, y la pena es un elemento de la justicia.

La cualidad de mal reparable y remisible no es una condicion de la pena en sí considerada. La pena es por sí un mal debido al culpable y merecido por él. Es el contrapeso inevitable del crimen en el orden moral, una necesidad.

La cualidad de mal reparable y remisible solo es requerida en la justicia legal en vista de las imperfecciones y de los peligros que acompañan á la justicia humana. Su importancia es pues relativa, y varía al compas de estas imperfecciones y de estos peligros. Pero los peligros de la justicia humana no son los mismos en todas partes, ni para toda especie de crímenes; no son los mismos donde reinan los procedimientos secretos y hay falta absoluta de leyes penales, y alli donde el legislador ha hablado y se administra públicamente la justicia con todas las fórmulas y salvaguardias convenientes para preservarla de la precipitacion y del error. No son los mismos para el juicio de aquellos crímenes cuya prueba material es facil, y para el juicio de aquellos cuya prueba resulta casi siempre de inducciones mas ó menos peligrosas. Es difícil engañarse sobre un proceso de bi-



gamia; no sucede lo propio con una acusacion de trama.

III. *Instructivas y satisfactorias.* La pena es instructiva y satisfactoria para la conciencia pública, cuando tiene una relacion manifiesta con la naturaleza y gravedad del delito; cuando es análoga y proporcionada al delito. La analogía puede ser intrínseca, moral, ó únicamente exterior y material.

Es intrínseca, cuando la pena hace perder al delincuente, en todo ó en parte, el bien correspondiente á aquel que habia arrebatado, el mismo derecho que habia atacado en otro, ó bien cuando refluye contra la inclinacion que fue causa moral del delito.

La incapacidad política es una pena intrínsecamente análoga al delito de aquel que, por vanidad ó ambicion, ha usurpado cargos públicos. La pena pecuniaria es análoga al delito de estafa.

Taladrar la lengua del calumniador, condenar el incendiario al suplicio del fuego, ahogar al hombre culpable de inundacion, son penas cuya analogía es puramente material y exterior.

La analogía intrínseca habla al sentido moral y á la razon.

La analogía material se dirige á la imaginacion.

Hay penas que reúnen las dos especies de analogías. La pena del talion, para ciertos crímenes, es una de ellas.

La analogía, con especialidad la analogía moral, es una circunstancia ventajosa de las penas. Pone de manifiesto el gran principio de orden moral: el mal merece mal. Impresiona los ánimos de los hombres y contiene sus propensiones criminales, presentándoles el peligro de perder cabalmente un bien cuya importancia es para ellos tanta, que son capaces de



aumentar aquel que ya poseen, aunque sea por medio de un crimen.

Sin embargo, la aplicación de las penas análogas debe sujetarse en la práctica á límites bastante estrechos, especialmente cuando sean penas notables por su analogía material y exterior.

Todos saben á cuántas injusticias puede verse arrastrado el legislador buscando con demasiado empeño la analogía de las penas con los crímenes. La ley del *talion* está ya juzgada.

Y, tocante á las analogías exteriores, es menester no echar en olvido que es bastante fácil ponerse en ridículo ó suscitar aversión. Hacer amago de ahogar á un hombre que hubiese causado algun estrago por medio de una inundacion sería en cierta manera representar una farsa que serviría al público de diversion. Administrar veneno y luego un antidoto á los culpables de tentativa remota de envenenamiento, sería un acto mas que ridículo: causaría gran repugnancia la investigacion de los medios de imponer un castigo que sería, ó sobrado peligroso, ó mas aparente que verdadero.

Generalmente, los medios sobrado complicados y difíciles, la atención demasiado minuciosa que pone el legislador para ejecutar la sancion penal, tienen algo de repugnante y desagradable. Es menester que parezca que no se complace en esta obra, que no se presenta en cierto modo al público como un verdugo apasionado á su oficio. La aplicación de las penas debe ser ostensible, pero sencilla, grave, pronta y de un efecto infalible. Solo con estas condiciones puede tomar parte el público en el pensamiento de la ley. No quiere que el legislador se ocupe en divertirse, y menos todavía que llene de indignacion su alma.



*Ejemplares.* Por medio de las penas ejemplares es como se alcanza el efecto mas importante del castigo, el de intimidar.

La pena es ejemplar, cuando produce un mal que todos temen.

El ejemplo es muy conveniente, cuando al sentimiento del temor se une una impresion moral, solemne y duradera.

Es eficaz, cuando la ejecucion es pública y sigue de cerca al delito

El delincuente puede intimidarse tambien con un castigo secreto. Pero la publicidad es necesaria para atemorizar á todos cuantos pudieran estar dispuestos á cometer crímenes.

Algunas veces se han aplicado secretamente penas de que no se osaba hacer ostentacion á los ojos del público. ¡Obrar la justicia en la oscuridad como el criminal mas mañoso! Esto es llevar demasiado lejos la *analogía*. Tambien se ha preferido la ejecucion secreta con buenas intenciones.

En Inglaterra, se aplica muchas veces la pena de azotes dentro de la carcel. Los suplicios capitales han dejado de ser públicos en el estado de Nueva York. Facil es comprender la razon de estas medidas; pero ¿es suficiente? Porque el público conozca el juicio ¿se puede decir que no disminuye la impresion que la pena debe producir sobre él? Además, tampoco es esta la única objecion que puede hacerse. Cuando la publicidad perjudica, es menester abolir la pena.

*Correctivas.* La pena tiene esta condicion, cuando propende directamente á la enmienda moral del delincuente.

Si tuviese la condicion contraria, sería inmoral. Una pena que no propenda á enmendar al culpable, es una pena de que debe desearse no echar mano.



La que propende á desmoralizarle, es una pena que no es licito aplicar.

La pena puede cambiar las disposiciones internas de los delincuentes, por su accion material, ó por su moral influencia.

Por su accion material puede sacar del culpable un hombre prudente que calcule mejor las resultas de sus acciones: esto todavia no es mas que temor.

Por su influencia moral, puede transformar al culpable en un hombre de bien: esta es la regeneracion propiamente dicha.

Este segundo efecto es el mas apetecible. El primero es el mas probable.

*A propósito para tranquilizar.* El castigo tranquiliza los ánimos cuando es proporcionado á la naturaleza y gravedad del delito, cuando se aplica francamente y se ejecuta con legalidad. El público ve entonces en la pena un medio de *prevencion general*.

Pero la pena es mas ó menos idónea para tranquilizar por su propia naturaleza segun que priva mas ó menos completamente al culpable de la facultad de entregarse á otros crímenes, del poder de hacerse perjudicial. La pena privativa es un medio de *prevencion especial*.

Sentadas estas reglas, podemos ahora proceder á examinar rápidamente diferentes especies de penas.

## CAPÍTULO VI.

### *De la pena de muerte.*

Nadie ignora las discusiones que se han suscitado, aun recientemente, acerca de la pena de muerte.



te. Nuestra intencion no es remover toda la cuestion por sus cimientos, y menos todavía repetir todo lo que se ha dicho en pro y en contra de la legitimidad y conveniencia de esta pena. Nos limitaremos á algunas cortas observaciones.

La historia nos enseña que el uso de la pena de muerte ha sido universal: encuéntrase establecida en todas épocas, y en todos los pueblos. Solo en estos últimos tiempos se ha pensado en abolirla en algunos Estados; pero de estas resoluciones las unas no han sobrevivido á sus autores, y las otras no son todavía mas que proyectos. La autoridad de estos ejemplos ha sido varia á los ojos del público europeo. Algunos teóricos y filántropos han visto en ellos una confirmacion patente de sus doctrinas y de la legitimidad de sus votos. Los prácticos, por el contrario, no han hecho ningun mérito de tales hechos, y no han podido reconocerlos sino como actos de una política hábil ó de una humanidad intempestiva y mal entendida. Los pueblos, aun aquellos en cuyo seno se efectuaba esta grande alteracion del sistema penal, han parecido no hacer alto en esto; la abolicion y el restablecimiento de la pena de muerte han pasado por ellos como acontecimientos casi extraños para la nacion, como medidas de gabinete.

Distantes estamos de querer prejuzgar por estos hechos la cuestion de la pena de muerte. Sin embargo importa no perderlos de vista. Importa saber que la opinion que ataca la pena de muerte, como ilegítima de suyo, está contradicha de hecho por el parecer casi unánime de los legisladores y de los pueblos. Importa saber que, si la pena capital es ilegítima de suyo, si la aplicacion de esta pena es un crimen, un asesinato jurídico, esta atrocidad no ha conmovido todavía á la conciencia humana y provo-



cado sus remordimientos ; porque no sería lógico alegar contra este hecho de la humanidad la indignacion y el horror que puede haber ocasionado el abuso de la pena capital.

Lo repetimos , aplicada la pena de muerte á los parricidas , asesinos y envenenadores , ha obtenido la aprobacion de las naciones ; las escepciones que pudieran alegarse no destruyen este hecho general.

Tampoco puede rebajarse la gravedad de este hecho con el ejemplo de muchos errores populares y generalmente esparcidos.

Algunos de estos errores proceden de la ignorancia de los hechos. Los pueblos han creido , muchos creen todavia que el sol gira en rededor de la tierra. Sócrates y Ciceron lo creian como ellos. La proposicion contraria es una verdad de observacion , y no tiene su fundamento en la conciencia.

Los demas son , es verdad , falsas aplicaciones de los principios de la ley moral ; pero unas han tenido por causa la ignorancia de los hechos , y las demas solo son exageraciones parciales de un principio moral cuyos límites no habian sido bien reconocidos. Aquel que inmolaba su hija á los sacerdotes de un dios enojado no obraba por interés personal ; no ignoraba el deber que manda á los padres proteger á sus hijos ; pero creía en las revelaciones de los ministros del culto , y pensaba que el deber de someterse á su mandato no admitia ningun límite.

De todas maneras , la aplicacion de la pena de muerte , particularmente á ciertos crímenes , es un hecho que se distingue de aquellos á que acabamos de aludir , por su generalidad , por la adhesion casi unánime de todos los hombres , aun de aquellos cuyo desarrollo moral é intelectual estaba mas adelantado. Este hecho ha resistido á las mas poderosas crisis



que ha pasado la civilizacion: emigraciones de pueblos, cambios de religion, revoluciones políticas, nada ha podido destruirle hasta ahora; la pena de muerte no ha sido nunca abolida de un modo completo, absoluto y permanente. Los Romanos no han considerado nunca la pena de muerte como ilegítima de suyo; solo creyeron, durante cierto tiempo, que los ciudadanos romanos, *cives*, debian, por privilegio, estar exentos de ella.

Siendo irrecusable el hecho, la cuestion se reduce á saber si solo atestigua un movimiento de egoismo, un acto de pura hostilidad contra los delinquentes, ó si es la espresion de una verdad moral, del principio de que la justicia humana puede llegar á quitar la vida á un delincuente en ciertos casos, por ciertos crímenes, cuando cualquiera otro medio de castigar fuese insuficiente para el cumplimiento de un deber tan esencial, tan imperioso como la proteccion del derecho, la conservacion del orden social.

Apartemos primero sin mas examen todos los argumentos en pro ó en contra de la pena capital deducidos de las diversas teorías del derecho de castigar que ya hemos tratado de combatir. "No teniendo el hombre derecho para matarse, no ha podido ceder tal derecho á la sociedad. Siendo la sociedad consecuencia de un pacto, el hombre no ha podido entender que estipula que le habían de ahorcar. No es lícito matar al agresor que está ya desarmado." Examinar estos argumentos, sería reproducir bajo otra forma las cuestiones de que hemos tratado en el primer libro. Ya hemos tenido ocasion de advertirlo: la cuestion de la pena de muerte ha ejercido frecuentemente un influjo de prevencion sobre aquellos que han discutido la del derecho de



castigar. La teoría de este derecho se modificaba en su ánimo, acaso sin que lo echasen de ver, según que su sentimiento era favorable ó contrario á la pena capital, en términos que la conservacion ó abolicion de dicha pena se deducia de ella como una natural consecuencia. Nos lisonjamos por nuestra parte de haber evitado este escollo; pero de todos modos debemos por nuestra parte tomar nuestro punto de partida en los principios que hemos establecido.

Ahora bien, admitidos estos principios, ¿qué tiene la pena de muerte que la haga intrínsecamente ilegítima, *inmoral*?

La justicia social es un deber, la pena un elemento de ella, un medio necesario y legítimo de consiguiente. La pena es un padecimiento, la privacion de un bien. Todo bien puede ofrecer pues materia de penalidad, á menos de que no se oponga á ello alguna razon especial. El bien de que priva al hombre la pena capital es la vida corporal. ¿Hay acaso algun particular motivo que haga este medio de castigar ilegítimo de suyo?

“La existencia es estrictamente personal; es la propia persona. El hombre la recibe, no se la da.”

Si se infiere de esto que el suicidio es ilícito, que el asesinato es un crimen gravísimo, no disenti- mos. Si ademas se quiere inferir que la existencia es enteramente inviolable, esto no es mas que una afirmacion; ¿dónde está la prueba?

Ya se ha hecho notar la relacion que puede tener esta doctrina con un sistema filosófico que, seguramente, no representa la creencia general de la especie humana. No pensamos en entablar semejante discusion, y solo podemos refugiarnos en el modesto asilo del sentido comun.



Un padre, un marido pueden en ciertos casos quitar la vida á un hombre para proteger la de su hijo, para salvar el honor de su muger: no solo pueden, sino que el deber se lo ordena.

El deber impone á la sociedad el cargo de proteger el derecho, de mantener el orden. La justicia es el medio principal para conseguirlo, y la pena el medio de ejercer la justicia. Suponiendo que la pena capital sea necesaria para el cumplimiento de este deber, ¿cómo se afirma que es ilegítima? Suponiendo que la muerte de un hombre *culpable* de asesinato sea la *única y sola* pena capaz de detener el brazo de los asesinos, de producir los efectos que de la pena se esperan, particularmente como ejemplo, que sea el solo medio de alcanzar el fin que el deber impone á la justicia social, ¿cómo se afirma que no puede privarse al asesino del bien de la existencia? ¿Ha merecido el castigo? ¿Se ha hecho culpable de un gran crimen? ¿Ha merecido una pena de esta *gravedad*? La conciencia humana, así lo creemos, responde afirmativamente. Supongamos que hubiera otro lote penal enteramente semejante al de la pena de muerte: ¿puede decirse, de buena fé, que este lote sería sobrado gravoso para el asesino? Hay pues desmerecimiento, y desmerecimiento proporcionado á la pena: queda así por único punto en litigio, la *calidad* de la pena, el ataque de la personalidad.

Pero, en virtud de la hipótesis, la vida del culpable es incompatible con la de los inocentes; porque, según aquella, el derecho social no está protegido, el orden es imposible sin el uso de esta pena. La cuestión es pues saber si la personalidad del asesino debe prevalecer sobre la de diez, veinte, cincuenta inocentes.



La justicia no es la defensa: así, si se tratase nada más que de proteger al hombre atacado por un salteador, sería menester detenerse si se hubiese podido desarmar al agresor sin matarle.

La justicia no es, á la verdad, un mero instrumento, un simple medio de prevención; así no solo la pena de muerte, sino cualquiera otra pena, sería ilegítima si fuese aplicada nada más que como un medio ventajoso de apartar los peligros futuros.

Pero si la justicia penal es legítima y obligatoria de suyo; si el delincuente es en efecto autor de un gran crimen; si ha merecido por este crimen una pena de la gravedad de la pena capital; si esta pena es la única que en este mundo tiene tal grado de gravedad; por último, si es también el solo y único medio que la justicia humana puede emplear para alcanzar el fin que el deber le impone, para dar fuerza á la ley, ¿qué puede oponerse contra la legitimidad del castigo, en vista de *todas* estas condiciones reunidas?

¿La personalidad del delincuente? Pero, *bajo este punto de vista*, no está en mejor posición que el agresor á quien se mata; uno y otro han hecho incompatible su existencia con el derecho: el uno con el derecho de la persona atacada, el otro con el derecho de la sociedad; derechos igualmente legítimos y sagrados, porque tienen ambos su fundamento en el deber: el uno en el deber de conservar la propia vida; el otro en el deber de administrar justicia y de proteger el orden.

Si hubiese necesidad de optar entre estos dos derechos, el derecho de la justicia social sería el que debería prevalecer sobre el de la defensa individual; porque el ejercicio del segundo es menos racional que el del primero, y el orden se perturbaría me-



nos con algunas agresiones rechazadas de un modo incompleto, que por la impotencia á que quedaria reducida, segun la hipótesis, la justicia social.

Parécenos que estas observaciones responden igualmente á las objeciones que pudieran añadirse á la que acabamos de examinar.

“El deber nos manda, podrá decirse, consagrar nuestra vida al conocimiento del bien y de la verdad, al desarrollo moral de nuestro ser; la vida no es para el hombre mas que una escuela preparatoria en que debe ejercitarse en la lucha del bien contra el mal, una arena en que el hombre debe, por decirlo así, realzar su naturaleza con la perseverancia de sus esfuerzos, mas todavía que con los triunfos brillantes de su carrera.”

Pero, si no desempeña su mision, ¿debe imputarse esto seriamente á la ley que condena á muerte? ¿Se halla la causa de esta en la ley ó en el crimen? ¿Es causa el hombre atacado de la muerte del agresor, ó aquel que le ataca?

¿Es necesario proscribir tambien la pena de encarcelamiento ó de trabajos mecánicos perpetuos, porque el condenado habria podido, permaneciendo libre, dar al mundo un Vicente de Paula, un Sócrates, ó un Montesquieu?

“Los dias del hombre estan contados; son la prueba de su libertad, y le han sido dados con este fin; la muerte se apodera de él en la hora señalada para que comparezca en presencia de su juez; nadie tiene el derecho de abreviar el tiempo de la prueba, de aproximar el juicio.”

Tambien envuelve esta objecion un sistema particular, un sistema de teología. Efectivamente, quien crea que el juicio no es inmediato ó irrevocable, quien crea que el hombre podrá, aun en otro mun-

:



do, ejercer su libertad, y redimir con la expiacion, el arrepentimiento y una vida mejor el mal que pueda haber cometido en este; aquellos que esten persuadidos de que basta un momento para reconciliar al pecador con Dios, que la conversion no puede ser mas que efecto de la gracia; aquellos que crean en la predestinacion, y tantos otros, no comprenderán el sentido de esta objecion.

Por lo demas la objecion, aun considerada en su especialidad, nos parece que ha sido plenamente refutada. (Revista francesa, número 5, páginas 44 á 49.) Contentémonos con algunas palabras.

Sin duda que estan contados los dias del hombre, en el sentido de que no debe suicidarse, y que nadie tiene el derecho de privarle de su vida sin legítima causa.

Pero ¿trastorna la cuenta de sus dias el hombre vigoroso y robusto que sucumbe al arrojarse al agua por salvar á un anciano? ¿La trastornaria el militar á quien le dice su superior con bárbara franqueza: "Vaya usted á morir á tal punto," y le responde sosegadamente: "Voy allá?"

El hombre puede pues sacrificar su vida por una causa imprevista, siempre que sea legítima.

Ahora bien, ¿cómo se probaria que nunca se podrá quitársela por una causa tan legítima como la conservacion del orden social?

Si los dias del hombre en este mundo estan contados *de un modo absoluto*, es injusta toda guerra, aunque sea defensiva. Menester será dejarse acometer sosegadamente. ¿Cómo podria cerrarse de repente la carrera terrestre á muchos millones de individuos, paralizar su desarrollo moral é intelectual, y privarlos del tiempo y de los medios de trabajar en su salvacion, por no pagar un tributo, por con-



servar una provincia, por mantener una dinastía mas bien que otra sobre el trono?

Por lo demas, ¡guárdenos el cielo de considerar nunca estas cuestiones como poco dignas de un examen severo y de creer que puedan ser tratadas con ligereza! Si no entramos en una discusion mas profunda, es solamente, lo repetimos, por el convencimiento en que estamos de que no podriamos añadir nada importante á lo que se ha dicho ya. Nos hemos complacido sinceramente de ver tratada en ambos sentidos la cuestion de la muerte con toda la latitud y profundidad que merece. Nos hemos complacido particularmente de ver á un jóven escritor, de un talento sobresaliente, atacar la pena de muerte con el razonamiento y los hechos; porque, aunque no participemos de todas sus opiniones, consideramos no obstante su obra como un verdadero servicio hecho á la ciencia y á la humanidad, y nos hemos honrado de haber podido contribuir con nuestro sufragio á decretarle una corona. Se ha abusado, y se abusa extraordinariamente todavia, de la pena capital en toda la Europa. Tiempo era de atraer, de un modo formal y poderoso, la atencion pública sobre este abuso atroz de la fuerza legal. No sabemos si pedir demasiado es un buen medio para alcanzar algo; pero sí que, en el siglo en que vivimos, toda discusion grave produce al cabo sus frutos, y esperamos que, si todavia no es llegado el tiempo en que el cadalso pueda desaparecer para siempre, á lo menos llegará á ser un acontecimiento tan raro, tan lúgubre y hasta tal punto solemne el suplicio de uno de nuestros semejantes, que acelerará, haciendo una impresion verdaderamente saludable, la llegada de la época en que su conveniencia no será ya un motivo de disputa.



Si la pena de muerte no es ilegítima de suyo, ¿no produce á lo menos efectos indirectos que la moral reprueba? Puede producirlos sin duda alguna, y muy funestos. Pero estos efectos dimanarían particularmente del abuso de esta pena. Prodigada sin medida, hace al hombre bárbaro, sanguinario, le acostumbra á jugar con la vida de sus semejantes y la suya propia, quita toda fuerza relativa á las penas mas dulces, mas morales y mas ventajosas; escita las peores pasiones á valerse de la autoridad judicial como medio; la calumnia redobla sus esfuerzos y ardides cuando sabe que el error del juez arrojará la víctima al sepulcro, y que los peligros del calumniador desaparecerán con la existencia del acusado; por último, infunde un interés sobrado poderoso en los delincuentes para destruir los testigos de sus crímenes. Otro efecto indirecto, y que no vacilamos en llamar inmoral, es la impunidad del culpable. Los unos no se atreven á acusar ni los otros á condenar, cuando se trata de imponer el último suplicio. Pero, lo decimos de nuevo, esta es una consecuencia del abuso de dicha pena, de su aplicación á los casos en que la opinion pública la rechaza.

*Divisible.* La pena de muerte es indivisible. Deducese de esto solo necesariamente que, sin hollar la justicia, no se puede aplicar esta pena á crímenes de diversa gravedad. Castigar de muerte á la par al asesino y al falsificador, es cometer mas que un yerro. La pena de muerte solo es, por decirlo así, un *maximum*; no puede ser aplicada mas que á los crímenes que, ocupando la cúspide de la escala moral, merecen la mas grave de las penas, y cuando el estado social requiere la mas poderosa de las represiones posibles.

Por otra parte, nos parece muy dudoso que con-



venga, en este pequeño número de casos, dejar optar al juez según las circunstancias entre la pena capital y una pena inferior. Hay un abismo entre la pena de muerte y cualquiera otro castigo. Es dar á los jueces un poder grandísimo; y la administracion de justicia se torna en demasiado individual, cuando depende del juez enviar un hombre al cadalso ó conservarle la vida. Como es imposible sin embargo que el legislador prevea casos tales que no admitan absolutamente ninguna diferencia de culpabilidad, la aplicacion de la pena capital puede ser una injusticia. Acaso seria preciso que la ley pronunciase la pena de muerte, sola y sin opcion alguna, pero que ninguna sentencia capital pudiera ser ejecutada sin que la revisase el poder revestido del derecho de remision. ¿Cuáles son las garantías apetecibles para ejercer este derecho? No es esta obra donde la cuestion debe resolverse.

*Graduable.* La pena de muerte es graduable, porque, hablando generalmente, es una pena para todos, y la mas grave de las penas.

La pena de muerte no es *reparable* ni *remisible*. Este es el vicio capital de esta pena, aquel contra quien van á estrellarse todos los razonamientos de los que se atreven á aplicarla todavía á un gran número de crímenes difíciles de probar, á los crímenes cuya maleficencia es, por decirlo así, momentánea y transitoria, á los delitos políticos que, poco tiempo despues de su perpetracion, son olvidados de todos, con inclusion de la parte agraviada. Al enviar la justicia en este último caso al suplicio á los primeros delincuentes que le caen en las manos, se asemeja á una lotería en que los billetes que pierden son los que salen primero.

Cuando la estadística judicial haya sido perfec-



cionada y estudiada durante muchos años, se reconocerá por cálculos numéricos cuáles son los crímenes cuya justificación es difícil y está sujeta á graves errores, entre aquellos que pueden merecer la pena de muerte. Conoceráse esto en la relacion que guarden entre sí las acusaciones con las sentencias, ó en la de los juicios confirmados con los invalidados, donde haya tribunales de apelacion. Por lo demas, es posible formarse ya, *à priori*, una idea razonablemente clara de esta distincion para cierto número de crímenes. Ya lo hemos dicho, la dificultad de probarlos de un modo directo y positivo es una de las razones que tornan ilegítima la aplicacion de la pena de muerte á las tramas y delitos ministeriales.

La pena de muerte es *instructiva* cuando se reserva á un gran número de crímenes; entonces es una enseñanza moral, un eficaz aviso. Prodigada por crímenes sobrado varios, confunde todas las ideas, repugna á las conciencias é irrita los ánimos.

¿Es *ejemplar*? Esto es preguntar si intimida á todos aquellos que pudieran estar dispuestos á cometer un crimen. La respuesta depende de la naturaleza del crimen, y por lo mismo de la condicion de las personas. Por lo que hace á los crímenes políticos que pudieran cometer hombres poderosos, un hombre de Estado, un general, la pena de muerte tiene poca eficacia. Si la perspectiva de la pena pudiera servirles de freno, el encierro en una casa de reclusion, la servidumbre legal, el destierro, la deportacion podrian únicamente producir este efecto. Tocante á la muerte, los unos la han arrostrado cien veces en el campo de batalla, y los otros la considerarian, en caso de mal éxito, como una emancipacion, como un medio de libertarse de las angus-



tias, de la vergüenza, del desprecio y de la pérdida de todo poder.

Pero no puede negarse que la pena de muerte es á propósito, en general, para infundir un terror grande. El hombre teme á la vez en la muerte la pérdida de un gran bien y la aproximacion de una época desconocida. Los misterios de la muerte y la incertidumbre de su suerte futura son lo que le asusta. Se cometeria un error atribuyendo al hombre en general las creencias, el valor ó la desesperacion de algunos individuos. Estas no son mas que excepciones.

Hay, á la verdad, sistemas religiosos que aminoran mas ó menos el temor natural de la muerte, privándola de lo que encierra en sí de oscuro y de temible. Sin embargo, si debilitan, no destruyen el sentimiento natural. Además, estas creencias influyen sobre el hombre que está en visperas de sufrir una muerte inevitable, mas todavía que sobre aquellos que solo ven la muerte en perspectiva. En estos últimos, el sentimiento natural del temor prevalece aun sobre su creencia.

Para graduar con exactitud la fuerza represiva de la pena de muerte, es menester considerarla particularmente como *amenaza*. Porque, por otra parte, es cierto tambien que el mismo hombre que, despues de haber sido sentenciado á presidio, rehusase entregar su cabeza en cambio de la pena que sufre en una casa de reclusion, puede haber menospreciado y arrostrado la pena de muerte, cuando aun no la veía mas que en perspectiva. Hay una diferencia entre el efecto que produce la espectacion de un acontecimiento mas ó menos incierto, y el de la inmediata aplicacion de la pena. El hombre es frecuentemente como el niño que consiente en una ope-



racion quirúrgica, si no ha de sufrirla hasta dentro de cinco ó seis dias, y grita y se desespera cuando el operador se le pone delante.

¿Quiere esto, empero, decir que la muerte no sea una pena temible y preventiva? El sentimiento universal rechaza tal conclusion. Y cuando pedimos, y con justicia seguramente, que, si la pena capital no puede aun ser enteramente abolida, se guarde á lo menos para un pequeño número de crímenes, para los crímenes mas graves y fáciles de justificar, ¿por qué lo pedimos, sino porque consideramos el último suplicio como el mas fuerte y terrible de los castigos?

“La ejecucion de la pena capital parece que inspira con frecuencia mas horror ó lástima que terror; parece muchas veces un espectáculo susceptible únicamente de escitar una bárbara é inmoral curiosidad, porque presenta al hombre luchando impunemente con la vida del hombre; parece, en cierta manera, que amalgama la ley con el verdugo, y que rebaja al legislador hasta convertirle en asesino; puede escitar funestas inclinaciones, inspirar desprecio á la vida, producir en las imaginaciones un efecto contrario al fin de la ley; por último, los suplicios son muy antiguos, y los crímenes no cesan: cométense el mismo dia, en el mismo instante, en el mismo lugar en que ese ente tan inconcebible, esa especie de monstruo que la sociedad está obligada en algun modo á crear, emplear y proteger, ese ser que mata tranquilamente sin cólera, por ganarse algunos reales y ejercer un oficio, hace rodar por el polvo la cabeza de un delincuente.”

Alguna verdad tienen estas observaciones. Pero los adversarios de la pena de muerte las presentan de un modo sobrado absoluto, y, sacando de ellas



consecuencias exorbitantes, debilitan con estos sus propios razonamientos.

Efectivamente, la compasion y el terror, el horror y el miedo, no son sentimientos del todo incompatibles. Puede tenerse lástima del delincuente, y no tratarse de imitarle por tener el gusto de excitar uno á su vez la pública compasion. Puede tenerse horror al suplicio, como se le tiene á un asesinato, ó á una enfermedad asquerosa é incurable, y abstenerse sin embargo de cometer el crimen prohibido bajo pena de muerte, con el mismo cuidado que se huye del brazo de un asesino y se procura evitar una enfermedad de esta especie. Mejor sería seguramente que la pena produjese solo una sensacion grave, religiosa, y un temor saludable desprendido de todo sentimiento hostil á la ley. Sobre esto debe velar el legislador, mientras se vea obligado á conservar la pena capital: con este fin debe tambien apartar cuidadosamente todo aparato repugnante, toda dilacion inútil, toda especie de tormentos y suplicios accesorios. En este concepto debe preferir que la ejecucion se haga en una forma que, sin dejar de ser pública y solemne, evite, en cuanto sea posible, el horrible espectáculo de un hombre robusto luchando con otro imposibilitado de defenderse, de un hombre que se apodera del cuerpo de otro hombre y trabaja por arrancarle el último aliento de la vida.

Verdad es que una simple curiosidad casi inmoral atrae á muchos espectadores al lugar del suplicio. Pero no perdamos de vista la cuestion; aqui no se tiene en cuenta mas que un solo objeto de la pena, la impresion del temor. ¿Quiere esto decir que las personas atraidas por la curiosidad se encuentran persuadidas de que la pena de muerte no es la



mas temible de las penas? Debemos confesarlo, nunca hemos podido decidirnos á hacer personalmente observaciones al pie de un cadalso; pero sobradas veces hemos tenido ocasion de ver y oir á personas de todas clases que no habian podido resistir al cebo de la curiosidad y á la necesidad de tener sensaciones; mas de una vez hemos encontrado en su rostro y en sus palabras la prueba de un terror que en vano procuraban disimular.

Los rateros han ejercido mas de una vez su industria en el propio sitio del suplicio, á espensas de los espectadores.

El hecho es cierto. Pero tambien el ratero sabe muy bien que no le ahorcarán por su hurto. Pudiera inferirse todo lo mas que la demasia de la pena que tiene delante le hace menospreciar la pena correccional á que se espone.

Ademas, ¿deben juzgarse solo los efectos de la amenaza y de la ejecucion de la pena por los sentimientos de los espectadores de un suplicio? El conocimiento de la ley, el conocimiento del juicio, la narracion de la ejecucion son hechos todos que producen su efecto, un efecto que nos ha parecido desprendido de esa mezcla de horror, de lástima y aun de baladronada que sienten con frecuencia los espectadores del suplicio. Aunque una feliz casualidad ha querido que no tuvieramos nunca el dolor de ver condenado á la pena capital á ninguno de nuestros clientes, hemos oido mas de una vez pronunciar sentencias de muerte en medio de grandes concurrencias; y cuando las pronunciaban tribunales legítimos, cuando la concurrencia estaba persuadida de lo justo de la sentencia, la impresion del público nos ha parecido siempre grave, solemne y moral; por último, nos ha parecido mas fuerte y eficaz que la



producida por cualquiera otra condena.

Quando se tiene la imprudencia de castigar el robo sin violencia lo mismo que al robo acompañado de homicidio, se disminuye el número de ladrones y se aumenta el de los asesinos. Porque unos renuncian al delito, y otros, siendo igual el riesgo, prefieren cometer el crimen que hace desaparecer los testigos. Pero tambien este segundo hecho prueba sin embargo que temen mas la pena de muerte que la de galeras; porque, cuando son dueños de escoger, prefieren el riesgo bastante probable de ser condenados á grillete dejando con vida á los testigos del crimen al peligro, menos probable sin embargo, de verse condenados al último suplicio asesinando la víctima.

El hecho es que la esperanza de evadirse disminuye mucho el temor de las demas penas. Asi hemos dicho siempre, y lo repetimos ahora, que aquellos que desean con ansia (y somos uno de ellos) ver el dia en que pueda abolirse enteramente la pena de muerte, deben trabajar antes de todo en organizar un sistema de cárceles que imposibilite las evasiones. Cuando transcurran diez ó veinte años sin que haya podido escaparse un solo delincuente, cuando este hecho pueda ser justificado solemnemente, acaso entonces será llegado el momento de reclamar la completa abolicion de la pena de muerte. La proteccion del orden necesita fuerza: si quiere quitársele con una mano, es necesario dársela con la otra; es menester que los delincuentes teman ser encarcelados, sin lo cual no pueden acceder á nuestros deseos los hombres de Estado. No pueden en buena ley comprometer la vida de los inocentes por perdonar la de un asesino.

*Correctiva.* Quien mata no corrige á la víctima.



*A propósito para tranquilizar.* Seguramente la pena de muerte reúne esta condición en supremo grado, como que priva de la facultad de hacer daño. Pero no se debe insistir sobre esta ventaja, especialmente con el objeto de conservar indefinidamente la pena capital. Una sociedad civilizada puede asegurarse por otros medios contra las reincidencias. La pena de muerte no debe servir de correctivo á la negligencia ó avaricia de los gobiernos.

¿Qué habremos de inferir de estas observaciones? ¿Que la pena de muerte no solo es legítima de suyo, sino que debe desearse su conservación? ¡Infeliz de aquel que pueda sacar tal consecuencia! La pena de muerte es un medio judicial, peligroso, estremado, de que no debe echarse mano sino con la mayor circunspección, en caso de verdadera necesidad; que debe desearse quede abolida enteramente, y á cuya abolición nos ordena el deber consagrar todos nuestros esfuerzos, preparando un estado de cosas que la haga compatible con la seguridad pública y particular.

## CAPÍTULO VII.

### *De las penas corporales distintas de la pena capital.*

Las penas corporales distintas de la pena capital consisten en un padecimiento físico mas ó menos agudo, pero que no produce la muerte del delincuente.

Algunas de estas penas no dejan huellas permanentes despues de la ejecución; otras tienen consecuencias mas ó menos duraderas.

No hablamos aqui de las penas ó marcas corporales, impuestas solo con el objeto de estampar so-



bre el delincuente el sello de la infamia. Esto corresponde al examen de las penas infamatorias.

Asimismo no hablamos tampoco de los padecimientos corporales que preceden ó acompañan con sobrada frecuencia á la pena capital. Hemos dicho una palabra sobre ellos al hablar de esta pena. El gobierno que haga uso todavía de tales medios se deshonra, y falta al fin de la justicia social. Con la atrocidad de estos ejemplos mantiene á su pueblo en la barbarie, y, escitando un sentimiento de crueldad y sensaciones horrorosas, esparce á manos llenas el germen de los mismos crímenes contra quienes se ensaña. Basta que el hombre pueda soportar con una impresion moral el espectáculo del último suplicio: si se le añaden formas repugnantes, padecimientos y tormentos agudos, los espectadores acabarán por aborrecer la ley ó por imitarla: no hay medio.

Rogamos, por último, que se nos dispense de dar el catálogo y, mas todavía, la esplicacion de las diversas penas corporales que ha inventado el hombre en medio de los desvaríos de una imaginacion depravada. Los legisladores han rivalizado en maldad y en ferocidad con los malhechores. Confesémoslo; mas de una vez han quedado vencedores en esta espantosa lucha. Nada ha sido respetado, ni el carácter severo de la justicia, ni el pudor, ni la humanidad.

Entre las penas corporales de un efecto transitorio, la mas usada ha sido la de azotes, aplicada de mil modos estraños y variados.

Entre las de un efecto permanente, la mas comun ha sido la mutilacion. Esta pena produce una incapacidad, ó solo una deformidad mas ó menos aparente.

Aunque estas penas, particularmente la de azo-



tes, son defendidas todavía con empeño y por hombres distinguidos en un país civilizado, no dejan por eso de tener todas una tendencia más ó menos inmoral. Háselo advertido con razón, hacen descender á un ente racional á la condición de un bruto, ponen al hombre á merced de otro hombre de un modo inmediato y grosero: las unas son más ridículas que severas, las otras son horrorosas; todas ellas inspiran sentimientos que no están conformes con los que debe inspirar la justicia penal.

Destierran al delincuente de toda compañía honrada; le estorban que gane la vida con su trabajo; le ponen en estado de guerra con la sociedad, y hacen de él un candidato para el cadalso. ¡Y dichosas todavía las naciones en que son estos los efectos de tales castigos! Porque, allí donde el hombre que acaba de ser azotado por el verdugo no deja por eso de ser bien recibido en la clase social á que pertenece; allí donde el delincuente no tiene, por decirlo así, más que sacudirse para borrar la impresión de los golpes recibidos, existe un pueblo siervo, embrutecido y paralizado en su marcha hácia otra civilización mejor. Estas penas son uno de los signos característicos, y acaso también una triste necesidad de los pueblos bárbaros.

Dichas penas, muchas á lo menos, son *divisibles*. El número de golpes, la clase del instrumento del castigo pueden variar; pueden cortarse dos orejas en vez de una. No obstante su divisibilidad es más aparente que verdadera, porque la intensidad de la pena depende con harta frecuencia de la voluntad, del capricho del ejecutor.

Esta circunstancia no es la única que hace sean de difícil graduación; pueden variar extraordinariamente con la robustez, la salud, la edad, el sexo, el



oficio &c., del individuo que las sufre. La ley no podría aplicarlas con alguna justicia, sino dando al juez un poder arbitrario casi ilimitado, pero cuyo ejercicio estaria mas de una vez en contradiccion con el gusto del ejecutor del juicio.

Las penas corporales no son *reparables*, ni *remisibles*. Lástima daria el pais cuyos habitantes creyesen que, cobrando cierta cantidad, puede nadie quedar ampliamente indemnizado de los golpes recibidos.

Las penas cuya tendencia es inmoral no son instructivas. El legislador destruye con una mano el bien que quiere hacer con la otra. Además, lo que hace á una pena moralmente instructiva, es, entre otras cosas, la analogía del castigo con el delito que se quiere reprimir, ó con la costumbre viciosa que ha dado lugar al delito. Ahora bien, las penas corporales no tienen, en general, tal carácter á los ojos de los ciudadanos; y el pequeño número de ellas que pudieran producir este efecto, le destruirian por su ridiculez.

Estas penas son *ejemplares*. Tal es casi su solo mérito.

Porque no son *correctivas*. Al contrario, envilecen y acaban de depravar al hombre que las sufre.

Los hechos han confirmado esta observacion.

Asi, lejos de ser á propósito para tranquilizar, deben ser un motivo fundado de temor, supuesto que, sin destruir la facultad de hacer daño, acaban de pervertir la voluntad del delincuente.



## CAPÍTULO VIII.

*Del encarcelamiento.*

La prision es la pena por excelencia en los países civilizados.

Su tendencia es moral, especialmente cuando va acompañada de la obligacion de trabajar.

No podemos adoptar sobre este punto el parecer de un escritor célebre que, al enriquecer con sus observaciones la obra de un publicista italiano, ha reprobado el uso del trabajo forzoso como medio de pena.

Primeramente, no concede á la sociedad mas derecho sobre el delincuente que el de ponerle en la imposibilidad de hacer daño. Esto es limitar el derecho de castigar á la defensa indirecta, cuestion de que no volveremos á ocuparnos. Únicamente nos es difícil comprender cómo, procediendo de este principio, ha podido el autor, en ciertos casos, reconocer la legitimidad de la pena de muerte. Algunas veces son difíciles, pero nunca imposibles de encontrar los medios de poner á un individuo en la imposibilidad de hacer daño, sin matarle.

En tal estado se puso á Napoleon, sin encerrarle en una torre, sin cargarle de cadenas; no obstante de que estaban interesadas en su evasion millares de personas, y que en mucho tiempo no aparecerá un hombre mas temible para las potencias de este mundo. Tambien tenemos alguna dificultad en comprender cómo el ilustre escritor puede justificar la pena de muerte, entre otras razones, porque dispensa á los gobiernos de multiplicar al infinito una clase de hombres consagrados por oficio á



desempeñar cargos odiosos, tales (dice) como los carceleros, gendarmes, esbirros &c. Primeramente, para disminuir sensiblemente el número de estos hombres, sería menester aumentar extraordinariamente el de verdugos; sería menester condenar á muerte la mitad ó las dos terceras partes de los criminales. En segundo lugar, si la sociedad no tiene mas derecho que *poner en la imposibilidad de hacer daño*, no se hable ya de saber si son odiosos los cargos de carceleros, porque el de verdugo sería ilegítimo, según el supuesto.

Pero ¿por qué no habia de trabajar el delincuente de grado ó por fuerza, y aun por toda su vida? ¿Porque el hombre no puede *enagenar* su persona y sus facultades sino por un determinado tiempo y por un acto de su voluntad? En este caso, casi ninguna pena es legítima. La ilegitimidad de la pena de muerte, en particular, es palmaria. ¿Porque un trabajo gravoso solo es una muerte mas lenta? Pero esta observacion es relativa á la ejecucion, no al principio de la pena. Estamos distantes de creer que el trabajo debe ser un instrumento de crueldad y de sevicias. ¿Porque, si el trabajo es moderado, sirve de mal ejemplo á la clase laboriosa é inocente? ¿Sería mejor el ejemplo, si los culpables fuesen alojados, mantenidos, vestidos y calzados, y libres al mismo tiempo de pasar sus dias en absoluta ociosidad? Estas serian sin embargo las resultas, á menos que no se les dejase morir de hambre y de frio.

Un regular trabajo puede contribuir á extinguir paulatinamente las malas costumbres; da á la vida un fin inmediato, tan moral como conveniente; propende á despertar en el delincuente ideas de orden y de arreglo, á recordarle el pensamiento de sus fu-

:



nestos extravíos, á realzar á sus propios ojos al hombre degradado y envilecido por el crimen.

La pena de encarcelamiento combinada con el trabajo es divisible, porque se puede modificar á arbitrio su intensidad y duracion.

Tambien es una pena graduable. Todos sienten la pérdida de su libertad, aun aquellos que arrostrarían acaso penas mas severas, pero mas breves, aun aquellos que arrostrarían la pena capital. La pena de prision no es igual seguramente para todas las personas. Pero es bastante facil determinar las causas de la desigualdad; y si el legislador no carece de prevision, si ha organizado tales tribunales que pueda encomendarles sin peligro cierta medida de poder discrecional, pueden evitarse las desigualdades de la pena. Á mal andar, hay siempre proporcion de poner despues remedio á las sentencias que pequen por demasiada severidad.

Porque la pena de prision es remisible. Tambien es hasta cierto punto reparable, pues no deshonra al hombre tanto como las penas corporales é infamatorias, y es posible reparar las pérdidas de dinero que una prision injusta pueda haberle ocasionado. Añadamos que esta pena no hace resaltar sobre la familia del delincuente la vergüenza y el desprecio, como sucede con otras muchas penas. El mal moral indirecto no es tanto.

La pena es instructiva y ejemplar. Su impresion no es la impresion profunda, pero mas ó menos transitoria, de la pena capital; es una impresion menos poderosa, menos solemne, pero mas duradera acaso, y sin mezcla de sentimientos que debiliten mas ó menos su saludable efecto.

Es á propósito para tranquilizar; porque, si el sistema de cárceles está bien organizado, quita casi



enteramente la facultad de hacer daño, y las evasiones son imposibles. No pasaba año sin que se escapasen muchos presos de la antigua carcel de Ginebra: no se ha evadido uno siquiera de la nueva carcel penitenciaria, la cual cuenta sin embargo cinco años de existencia. Ha habido tentativas de evasión, tentativas violentas, y tentativas con astucia que hubieran podido figurar muy bien entre los sucesos extraordinarios de una novela. Todas han quedado frustradas, merced á las felices combinaciones del nuevo sistema.

Por último, y este es uno de sus mas honrosos títulos, la pena de prision y del trabajo es la única que se presta á ensayos directos de enmienda moral.

Mas para esto es menester renunciar cuanto antes á esas cárceles de que todavía está llena la Europa. No son tales cárceles aquellas de que hemos querido hablar hasta ahora. Confesamos que casi todas nuestras observaciones son inaplicables á ellas. Es menester vencer los obstáculos que la rutina y el dinero de los Estados oponen al sistema penitenciario, y trabajar seriamente en establecerle y perfeccionarle.

No repetiremos lo que se ha dicho sobre este importante asunto; no recordaremos los hechos que se han reunido y publicado en pro y en contra de este sistema.

Tocante á sus ventajas *negativas*, la cuestion nos parece enteramente resuelta. El sistema penitenciario no corrompe á los presos, y esta es una ventaja grandísima sobre el mayor número de cárceles actuales. Porque, si se cuenta el gran número de hombres que la sociedad ha tenido que enviar al cadalso, solo por crímenes que habian aprendido á cometer y á querer cometer durante su reclusion,



casi es permitido preguntar si la abolicion de toda penalidad no habria sido un mejor medio para proteger á los ciudadanos.

Tambien son incontestables las ventajas *positivas* del sistema penitenciario, considerado como medio de privar de la facultad de hacer daño durante el tiempo de la prision, de impedir las evasiones, de dar á los delincuentes instruccion y capacidad de trabajar con ventaja, sin recurrir á una vigilancia demasiado odiosa, ó á una violencia demasiado severa. Sus ventajas, como medio de regeneracion moral, son menos seguras. Ya hemos indicado los motivos. Asi debemos insistir sobre la necesidad de no *sacrificar* la parte penal y política del sistema á la parte puramente moral. Los que desean tan ardientemente, como nosotros lo deseamos, la abolicion definitiva de la pena de muerte, deben á nuestro parecer participar de nuestra opinion. Debilitar, por una parte, el resorte de las penas exagerando en cierto sentido el sistema penitenciario, y desear, por otra, la abolicion de la mas ejemplar de todas, nos han parecido siempre dos ideas contradictorias. En los grandes Estados particularmente, hay todavía, no se puede menos de convenir en esto, necesidad de penas severas. Si conservando el régimen interior de la carcel penitenciaria de Ginebra, tal como está ahora establecido, se transportasen á ella nada mas que quince ó veinte presidiarios de Brest, todo el sistema vendria á tierra en tres semanas. El conocimiento que tenemos de este sistema y de sus efectos, por el cargo que hemos desempeñado, y particularmente por las observaciones que han tenido á bien comunicarnos nuestros apreciables colegas, no nos deja ninguna duda acerca de este resultado.

Es posible, y aun probable, que la penalidad



pueda irse mitigando sucesivamente, cuando el sistema penitenciario haya producido sus efectos durante un cierto número de años, y especialmente despues que haya sido generalizado. Aunque no tuviera mas que efectos *negativos*, el número y la gravedad de los crímenes deben disminuir á proporcion: siempre, por lo menos, habria que rebajar los delitos que son hoy una consecuencia directa y positiva de la estancia de los delincuentes en las cárceles.

Pero, tomando las cosas tales como estan hoy, el régimen penal de la carcel penitenciaria de Ginebra es demasiado exiguo, aun en este pais reducido en que son sobremanera raros los grandes crímenes. Al principio sedujo á todos, y á nosotros de los primeros, la descripcion patética de ciertos hechos, observados con sobrada ligereza y mal confirmados en los Estados-Unidos y en Inglaterra. Creimos que no habia mas que querer la regeneracion moral de los delincuentes, é hicimos mal en creerlo. Ha habido en Ginebra algunos ejemplos de enmienda moral, que parecen tan positivos como pueden serlo los resultados de esta clase de fecha de ayer. Pero lo mas cierto y positivo son las recaidas casi inmediatas de condenados que parecian haber salido de la carcel con disposiciones morales medianas; la resistencia de muchos presos á todo ensayo de reforma personal, y las tentativas de evasion que repetidas veces se han hecho, y felizmente sin éxito alguno.

La imposibilidad de evadirse es hasta ahora el mejor resultado que ha producido la carcel de Ginebra, y es grandísimo. Si transcurren algunos años mas sin que logre evadirse un solo preso, el público quedará plenamente convencido de que no se escapa nadie de esta carcel. Si al mismo tiempo hay



un sistema de penalidad, sin ningun castigo corporal, sin sombra alguna de crueldad, pero firme y proporcionado al crimen, no tardarán en manifestarse por entero los efectos del sistema penitenciario. La enmienda moral llegará tambien á ser mas probable.

Porque las causas que mas distraen el ánimo de los presos de todo pensamiento grave, y que combaten en ellos la resolucion de trabajar en su enmienda moral, son la esperanza de evadirse y un régimen interior sobrado benigno. La esperanza de evadirse tiene suspensos sus ánimos con un fin inmoral; una penalidad sobrado benigna produce una resignacion estólida y pasiva, una indiferencia que priva de toda fortaleza, en aquellos que no tienen ocupadas sus facultades morales con proyectos de evasion. Es menester que el preso tenga á la vez un deseo ardiente de recobrar su libertad, y el profundo convencimiento de que no podrá alcanzarla antes del término completo de su pena, sino dando durante mucho tiempo pruebas irrecusables de hábitos morales y satisfactorios. Seguramente se tendrán hipócritas; pero á los directores del establecimiento, á los magistrados que le vigilan, á los eclesiásticos que dirigen de cerca la conducta moral de los presos, les toca vivir prevenidos contra las asechanzas de la impostura, no mostrar una desconfianza severa y que desaliente, ni entregarse tampoco á esa benévola credulidad que pone en ridículo á los ojos de los condenados á aquellos mismos que se interesan mas sinceramente en su suerte.

El régimen interior de la carcel penitenciaria de Ginebra, especialmente tocante á los condenados por crímenes ó delitos graves, peca á nuestro parecer en los puntos siguientes:



Todas las comidas de los presos se hacen en comun; este goce debería reducirse á un dia de la semana, y privarse aun entonces de él á aquellos cuya conducta no hubiera sido irrepreensible. La observacion ha demostrado que el comer solo es una pena sensible.

Todos los condenados, cualesquiera que hayan sido sus crímenes, pueden disponer de la cuarta parte del precio que se paga por un jornal de trabajo, para poder aumentar la comida, sana, variada y suficiente por otra parte, que se da en la carcel. Esto debería prohibirse, á escepcion de comprar cierta cantidad de pan. El resto de la suma debería agregarse á la porcion que se impone ya, de cuenta suya, en la caja de ahorros, á menos de que no prefiriesen invertirla en cubrir las necesidades de su familia: en tal caso sería preciso certificarse de que el dinero no sale, con este pretesto, para preparar alguna tentativa de evasion.

El trabajo lucrativo debería ser reemplazado, temporalmente á lo menos, por un trabajo mas duro y sin recompensa para aquellos delincuentes que entrasen en la carcel por reincidencia, ó se resistiesen tenazmente á someterse de continuo á las reglas del sistema establecido.

Los condenados, salvo en algun caso urgente, no deberían recibir visitas sino con poca frecuencia, siete ú ocho veces al año.

Los condenados por reincidencia deberían siempre, al entrar de nuevo en la carcel, pasar cierto tiempo en la celda solitaria, privada de luz, y hasta á pan y agua. Á las personas facultativas les toca decidir qué latitud puede darse á la duracion de esta pena, sin comprometer la salud fisica ó intelectual del preso.

Pero el objeto mas esencial, á nuestro entender,



es una separacion de los delincuentes que satisfaga completamente al fin de la penalidad y de la enmienda moral. Esto deja todavía mucho que desear, y es muy dudoso que pueda hacerse un arreglo semejante en un Estado pequeño. Los gastos serian demasiado crecidos, y los presos no bastante numerosos para que, introduciendo ciertos principios de clasificacion, quedasen en cada clase personas suficientes para ejecutar los trabajos.

De todas maneras, la naturaleza de la institucion nos parece que exige primeramente tres cárceles; poco importa que esten materialmente separadas, ó reunidas en el mismo edificio sin ningun medio de comunicacion entre sí.

La primera deberia ser para los hombres culpables de crímenes de gravedad, y la segunda para los demas condenados del sexo masculino. La distincion deberia sacarse de la naturaleza del delito. En la primera deberian ponerse todos aquellos cuyo crimen supone una profunda perversidad, los asesinos, los culpables de estupro con violencia, los monederos falsos, los falsarios, los bigamos, los ladrones con ciertas circunstancias agravantes, todos los condenados por reincidencias &c. En la segunda pondrianse los culpables de homicidio simple ó provocado, los culpables de ciertos crímenes políticos, los de rebelion, de rapto, todos los jóvenes de cierta edad, cualquiera que fuese su crimen &c. Por lo demas, estas no son mas que indicaciones. Para proceder con pleno conocimiento de causa, es menester antes que nada estudiar cuidadosamente el estado moral del pais. El legislador no puede ponerse ventajosamente en abierta lucha con el sentimiento universal. Si la opinion pública está estraviada, le es menester esperar á que se esclarezca y rectifique.



La tercera carcel sería destinada á las mugeres. El número de mugeres condenadas no es bastante crecido para aplicarles la division que deseamos para los hombres.

Cada carcel estaria dividida en cuatro cuarteles con arreglo á la siguiente observacion: Tómense cien presos encerrados desde cierto tiempo en una carcel penitenciaria, y sométaseles á un examen atento de su estado moral; habrá cierto número de ellos que darán ya fundadas esperanzas de enmienda moral; los habrá que se habrán opuesto resueltamente á todo ensayo de regeneracion; el mayor número estará todavía en un estado incierto, y no dará motivos bastantes para esperar, ni desesperar.

Ahora bien, importa separar estas tres clases. Importa que el régimen penal se mitigue algo respecto de los primeros; que sea mas severo para los segundos, y que los terceros sigan tratados como de ordinario. Importa que los primeros, que los *dóciles* vean en su separacion de los demas un hecho que los realce á sus propios ojos y despierte en ellos el sentimiento de la dignidad del hombre. Importa que los *incorregibles* sufran la pena de su obstinacion en el mal, y que hombres que desprecian la moral, la ley positiva y la autoridad de sus superiores, no sean espuestos á la contemplacion de los presos mejor intencionados, ni de los *inciertos*; es menester separar la cizaña del trigo. Sujéteseles á un trabajo mas duro y sin retribucion; y sin traspasar nunca los límites de la justicia y de la humanidad, hágaseles conocer sin embargo que existe una voluntad mas tenaz y poderosa que la suya, una voluntad irresistible. Esta separacion nos parece tanto mas importante cuanto que el mal ejemplo prevalece en las cárceles sobre el bueno, y tiene mayor autoridad. El buen



ejemplo es despreciado con frecuencia como un acto de flaqueza ó de hipocresía. El mal ejemplo es considerado como un acto de valor; la resistencia como un acto de virtud. Estos juicios no son siempre enteramente falsos; pero el legislador no puede pararse en tales consideraciones tocante al régimen de las cárceles. Necesita antes de todo establecer un orden material; la obediencia, la regularidad de las costumbres y el trabajo. La carcel debe parecerse, bajo un cierto punto de vista, á un convento de una regla severa é inalterable. Los que se resistan deben ser sometidos aisladamente á una regla todavía mas severa, á una sujecion aun mas inmediata. El *tread-mill* pudiera aplicarse con ventaja, á nuestro parecer, en la seccion de los incorregibles, con las precauciones é interrupciones que exige la salud de los trabajadores. Tambien puede servir de útil espantajo para mover la voluntad de los hombres de los demas cuarteles, cuando sepan que les espera esta máquina en el cuartel destinado á los pertinaces.

Asi se tendrian dos poderosas palancas para mover los ánimos de aquellos que ocupasen dos de los cuarteles: el cuartel de la *esperanza* como recompensa provisional, y el de los *incorregibles* como recargo de pena. El primero existe en la carcel de Ginebra con el nombre de cuartel de *escepcion*, y sus efectos han sido satisfactorios.

Añádase á esto la esperanza de una rebaja de pena, al cabo de cierto número de años proporcionado á la totalidad de la condena y bajo ciertas condiciones; añádanse todos los auxilios de instruccion religiosa y moral que sean compatibles con la pena; prepárenles las cajas de ahorro, acumulándoles sus economías, un recurso de pronto para cuando salgan de la carcel; tenga cada preso puesto en liber-



tad un consejero, elegido entre una asociacion de hombres amigos del bien público, para dirigirle en la inversion de sus economías y en la eleccion de una ocupacion, para cubrirle en cierta manera con la egida de su proteccion benévola y previsorá cuando vuelva al mundo; cuyos medios se practican todos en Ginebra, y es menester esperar que á la larga no serán infructuosos; y el poder social habrá cumplido entonces con su deber, y no podrá ya ser acusado con razon de una especie de complicidad indirecta en un gran número de crímenes que se ve obligado á castigar severamente.

## CAPÍTULO IX.

*De la deportacion, del confinamiento, del destierro y de la prohibicion de habitar en ciertos parages.*

La deportacion, tomando esta palabra en el sentido de una pena reducida á transportar una gran masa de condenados á un mismo sitio poblado ya, tal como una isla ó colonia, para vivir allí, ora perpetua, ora temporalmente, es una pena de tendencia inmoral. Como se ha observado, esta pena “infesta con todos los malvados que vomita una populosa metrópoli á una colonia inocente, á un territorio reducido, á una poblacion poco numerosa, y que necesita, mas que ninguna otra, de orden, regularidad, costumbres y economía.... Esta pena es mala de suyo, como quiera que perjudica á los inocentes con motivo de los culpables...”

Asi importa poco saber si reúne ó no las demas condiciones que se requieren en una buena pena.

Es evidente, por lo demas, que la pena de deportacion es divisible, tanto por su duracion como por la intensidad que pueden darle los medios accesorios.



No es graduable, no es efectiva mas que para ciertas clases de personas; es remisible.

Es análoga á ciertos delitos; á aquellos particularmente que tienen por causa la ambicion política, y un deseo desmedido de sobresalir en el teatro del mundo.

En desquite, es muy poco ejemplar y poco idónea para reformar moralmente al culpable. Es á propósito para tranquilizar, como que priva del poder de hacer daño, especialmente respecto de ciertos crímenes.

El confinamiento y el destierro tienen las propias faltas, y los propios defectos, aunque en grado menor. Estas penas no aglomeran un gran número de delincuentes en el mismo parage, ya sea en territorio del Estado, ya sea en pais extranjero.

No obstante, estas penas son siempre inmORALES en sus efectos, cuando se las aplica por crímenes que el delincuente puede cometer con igual facilidad en el sitio en que está confinado ó en pais extranjero.

La prohibicion de estacionar en ciertos parages, ó el destierro parcial, en cuya virtud se prohíbe á un individuo entrar en esta ó aquella ciudad, en este ó aquel distrito, es una pena que, reservada para ciertos delitos, no deja de tener sus ventajas: puede ser manejada con justicia y conveniencia.

Estas diferentes penas tienen el carácter comun de ser acomodadas únicamente á ciertos delitos; son muy ventajosas, especialmente para la represion de los crímenes políticos. Pierden entonces el peligro y el mal que encierran cuando se las aplica á una gran porcion de hombres culpables de diversos crímenes. Al mismo tiempo son suficientes para el fin de la justicia social.



La deportacion puede agravarse con una prision mas ó menos rigorosa, mas ó menos larga, segun el lugar de la deportacion y los medios de vigilancia, segun la naturaleza del crimen y la zozobra por él causada.

## CAPÍTULO X.

### *De las penas infamantes.*

Al pensar en los medios de castigo que se llaman penas infamantes, la primera idea que se ocurre es preguntar: ¿Existe algo parecido á la pena infamante? Porque una pena no es verdaderamente tal sino mientras priva al delincuente de un bien estimable: lo cual supone, por una parte, que el condenado posee semejante bien; y por otra, que está en la facultad del legislador privarle de él.

Ahora bien, ¿qué es la reputacion, el honor, y la pública estimacion? Un bien muy real seguramente y sobremanera apreciable. Pero ¿posee tal bien el hombre á quien un juicio acaba de declarar culpable de falsificacion? Y si por ventura le posee todavía, si el público no está convencido de la justicia del juicio, si la falsificacion material hubiera sido cometida con un objeto moralmente bueno, si se hubiese forjado un pasaporte falso por arrancar una víctima á la tiranía, ¿tendria poder el legislador para hacer pasar por infame al hombre condenado, para quitarle la consideracion y el aprecio público?

Se ha dicho mil veces: El crimen es quien produce la vergüenza, no el cadalso.

Sin embargo, ¿será menester inferir de esto que el legislador, al aplicar las penas llamadas infaman-



tes, no hace mas que un acto inútil, insignificante y hasta ridiculo?

Grave error sería. La ley ejerce, en ciertos límites, una acción incontestable sobre la opinion pública. La fuerza y latitud de esta acción dependen de muchas circunstancias que sería demasiado largo analizar.

Pero, generalmente, mientras mas desarrollado está el espíritu del pueblo, mientras mas libre y capaz es de juzgar por sí mismo de las cosas, menor es la influencia que el legislador ejerce en él por los medios de que se sirve para atraer el peso de la infamia sobre la cabeza de ciertos criminales en particular, menos numerosa es la clase que abraza ciegamente los odios y querellas del poder.

Cuando los jueces ingleses enviaban á la vergüenza al autor de un folleto político contra los ministros, el pueblo rodeaba con respeto al escritor y le recompensaba con sus estrepitosos aplausos.

No se crean á arbitrio la vergüenza y la infamia, especialmente en un pueblo que ha hecho ya algunos progresos en la carrera de la civilización. La Francia es quizás el país en que el catolicismo cuenta hoy mayor número de hombres que han sabido conciliar la creencia religiosa con el desarrollo intelectual de su espíritu. Estos hombres se lamentarían seguramente del extravío de un escritor que atacase la religion católica, pero no corroborarían con su aprobacion una ley que le condenara á la pena de la argolla, aun cuando el ataque hubiese sido hostil en el fondo y en la forma.

Si en vez de chocar directamente con la opinion, ó de llamarla á derramar cuanto la reprobacion tiene de mas amargo, á estampar todas las manchas de la infamia sobre la frente de aquel que no mere-



ce mas que censura, el legislador se contenta con dirigir mas particularmente la desaprobacion pública hácia ciertos puntos, á ponerle delante con mas viveza algunos objetos de aversion y vituperio, á impresionar los ánimos por formas materiales, por medios de accion cuyo principio esté en armonía con la sancion moral, el influjo que puede ejercer es entonces tan lato como efectivo. El legislador hace en cierta manera el papel de un autor dramático que, incapaz de despertar en nosotros la piedad y el terror poniendo en escena un asunto indiferente ó de risa, puede descender á las interioridades de nuestra alma y escitar en ella fuertes sensaciones, representando acontecimientos trágicos por sí, pero que no nos hubieran sin embargo conmovido sino de un modo ligero y superficial, si nos hubiésemos limitado á leer su relacion en las frias y descoloridas páginas de una crónica.

Este poder de la ley puede ejercerse de distintas maneras; los medios de escitar la opinion pública á llenar de vituperio al autor de un hecho previsto por la ley penal pueden ser mas ó menos eficaces y directos.

Pudieran consagrarse á esto las mismas palabras de la ley. Pudiera decirse: Todo aquel que tuviese la *cobardía* de desafiar á un menor ó sexagenario, será &c. &c.

Pudiera echarse mano de las espresiones y de las formas del juicio. Si, al pronunciarse la sentencia de un calumniador, todos los individuos del tribunal se levantaran y volvieran la espalda al culpable, esta señal de desprecio podria refluir sobre la opinion pública.

Por último, pueden darse á la ejecucion del juicio formas susceptibles de mover la imaginacion, de



gravar el suceso en la memoria de los espectadores: pueden estamparse sobre el cuerpo del delincuente señales indelebles que recuerden la ignominia de que se ha cubierto con su crimen.

Es inútil insistir sobre estas circunstancias. Todos saben que los dos medios mas comunmente usados son la *argolla* y la *marca*: la argolla, que consiste en esponer al delincuente en una plaza pública, durante un tiempo mas ó menos largo, con un cartel que manifieste su nombre, el crimen que ha cometido y la pena á que se ha hecho acreedor: la marca, que es la impresion indeleble hecha sobre el cuerpo del criminal, ya de algunas letras iniciales, ya de un emblema figurado que aluda al crimen ó á la pena.

La esposicion á la vergüenza y la marca son penas que pueden tambien ser impuestas con otro fin que el de llenar de infamia al criminal, como medios de reconocer con facilidad á un hombre peligroso y prevenirse asi contra sus atentados. Tal es, en efecto, el motivo alegado por aquellos defensores de estas penas que se encuentran algo embarazados para defenderlas como penas infamantes.

Pero este motivo es harto endeble para que él solo pueda justificar el uso de tales medios. Y en primer lugar, ¿cómo puede justificarse la marca impresa sobre la espalda, sobre una parte del cuerpo que todo hombre tiene encubierta con su vestido ordinario? Sería menester volver al uso de marcar la megilla ó la frente.

Por otra parte, ¿vivimos en tiempos en que se necesite aplicar estos materiales medios? Entonces se echan en olvido nuestra policia, nuestras señas, la rapidez de nuestras comunicaciones, y nuestros telégrafos si fuese preciso. ¿Se le ocurre á nadie mar-



car á todos los hombres cuya prision se desearía con mas empeño en caso de que se evadiesen? ¿Se ha pensado en marcar á los reos de Estado?

¿Será esa porcion de miserables que rodean la argolla y fijan sobre el paciente miradas en que está pintada la alegría mas inmoral ó la compasion mas sospechosa, de donde saldrá el hombre que tenga cuidado de detener al delincuente huido? ¿Será el honrado ciudadano que se aparta del teatro de estas escenas ó solo echa sobre él una mirada al paso, quien podrá reconocer la persona del preso prófugo? Tocante á los oficiales públicos, encargados mas particularmente de la pesquisa de los criminales, tienen todo el tiempo de mirarlos á su despacio, sin que se los presenten atados á un poste sobre una plaza pública.

Estos medios estan pues destinados, en realidad, á provocar contra el delincuente la general animadversion: son instrumentos para mover la imaginacion de las masas, para ejercer un poder moral sobre ellas.

Ahora bien, ¿es legítimo tal poder? ¿Es ventajoso para el orden social?

Á decir verdad, esta cuestion no lo es á nuestro entender.

El legislador no puede intervenir en la distribucion del público vituperio, ya de la simple reprobacion, ya del vituperio elevado á su mas alto punto, mas que para alterar el curso natural de las cosas. No puede menos de debilitar en los unos, agravar en los otros, la parte de infamia que hubiera recaído sobre el delito, si en nada se hubieran alterado las naturales relaciones de este hecho con la opinion pública, con el sentimiento universal del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, del merecimiento

:



y del desmerecimiento. La conciencia pública sigue todos los pasos de la inmoralidad; estima los hechos individuales que le ponen delante mas de lo que pudieran hacerlo la justicia penal, la cual está sometida hasta cierto punto al imperio de los hechos generales. Escitando el legislador de un modo particular la animadversion pública contra los autores de ciertos crímenes, ejecuta un acto inútil, ó susceptible solo de desacreditar á la ley y sus autores, si la opinion no responde á su llamamiento: hace una cosa inmoral y peligrosa, si alcanza el resultado que desea.

Efectivamente, concentrando el vituperio sobre algunos hechos inmorales, acrecenta su natural valor y alcanza un resultado injusto por dos razones. Priva á los actos, que la ley no señala particularmente á la animadversion pública, de parte del vituperio que les corresponde, y agrava la medida del merecido por los efectos que espresa.

En otros términos, trastorna las nociones verdaderas y espontáneas del orden moral por medio de una influencia política, tosca y material puramente.

Lisonjearse de poder evitar estas consecuencias, sería no comprender lo que se hace: porque evitándolas, nada absolutamente se haría; la reprobacion moral seguiria sus naturales leyes; la ley no tendria ningun influjo sobre la distribucion del vituperio; y entonces ¿de qué serviria el medio empleado por el legislador?

En todas las cosas se aparecen los límites de la naturaleza humana, aun en la distribucion del elogio y del vituperio. Diríase que el hombre puede disponer de cierta cantidad de uno y de otro, y que, una vez consumida esta cantidad, la distribucion cesa ó se hace insensible.



Así pues, háganse frecuentes ciertos actos dignos de elogio ó vituperio, y la aprobacion y la censura serán tarde ó temprano menos enérgicas y fuertes. Los postreros de estos actos llaman poco la atención pública, y no causan gran impresion en las conciencias.

Lo propio sucede, aunque acaso por otras razones, con los actos inmorales que se encuentran reunidos en un código con otros sobre quienes el legislador invoca, con la ayuda de las penas infamantes, toda la fuerza de la reprobacion pública. Diríase que no queda casi nada para los primeros.

El legislador emprende pues una distribucion artificial y arbitraria del vituperio público. ¿Si pudiese siquiera distribuirle de un modo equitativo entre los diversos crímenes á quienes impone penas infamantes! pero esto le es tambien imposible: su accion es tosca por necesidad, siempre demasiado endeble, ó demasiado vigorosa en sus consecuencias. Es menester producir un efecto en los ánimos, impresionarlos de un modo particular. ¿Cómo podría acomodarse la accion á las necesidades morales y políticas de cada caso particular? Así es que se ve uno inducido á desplegar rigor en todos los casos, para no tener la seguridad de que se frustre el efecto, á lo menos en los casos de mas gravedad. Los sentimientos morales no se dejan gobernar á arbitrio por la ley positiva; no se les hace maniobrar á antojo, cual si fuesen soldados dóciles y sumisos. El legislador que quiere jugar con ellos puede seguramente alcanzar ciertos resultados; pero en vano se lisonjearía de conseguirlos constantes, regulares, y siempre acomodados al fin que se propone.

El trastorno violento que causan en la distribucion de la censura y del vituperio, no es el único e-



fecto inmoral que se deriva inmediatamente de las penas infamantes.

Rompen con violencia, y sin esperanza de volverlos á atar, todos los vínculos del delincuente con la sociedad; establecen una barrera entre ella y él, una barrera tanto mas inseparable cuanto la ley haya hecho mas impresion en los ánimos con el aparato de sus medios artificiales de infamia. Aqui es donde se manifiesta en toda su desnudez la funesta influencia de la ley positiva. Sin duda que la infamia natural del crimen es una barrera, y una barrera legítima, entre el delincuente y la parte sana y moral de la sociedad. Pero la sancion puramente moral puede modificarse por la conducta posterior del hombre delincuente. Cada buena accion rescata, por decirlo asi, una parte de ella, mayor ó menor, segun que es mas ó menos desinteresada y moral, lejana de la época del delito, segun que ha sido precedida de un número mas ó menos crecido de acciones honradas, de una vida mas ó menos arreglada, de huellas mas ó menos profundas de enmienda y arrepentimiento. Tal es el curso ordinario, moral y equitativo de las cosas. En este caso no le está negada la esperanza al condenado; puede consagrarse con valor y resolucion á granjearse una posicion mediana entre sus conciudadanos: no le es imposible trabajar de un modo provechoso para él y su familia. La sociedad es para él una madre justamente irritada, no una madrastra desapiadada; no tiene necesidad de tratarla como enemiga.

Pero ¿qué esperanza le queda á aquel sobre quien ha recaido con fruto una pena infamatoria; á aquel que ha recibido de mano del verdugo la marca del hierro ardiente ó que solo ha sido espuesto en una plaza pública al desprecio y al horror de sus seme-



jantes? Pesa sobre él un irrevocable anatema, y, haga lo que quiera, la sociedad no le abrirá ya sus filas. Si estuviese arrepentido, puede compadecerle, pero no le contará ya entre los suyos: este es un resultado cierto y seguro; si no lo estuviese, la pena infamante sería inútil, el vejamen ocioso. Propóngase á un artesano que reciba en su gremio á un hombre infamado; le dará limosna, pero no tendrá con él confraternidad, ni comunidad de intereses y de trabajo. Y es porque las penas infamantes consagradas por la ley han tenido por efecto distinguir en el ánimo del pueblo, cuya imaginacion conmueven, el vituperio natural y el efecto social del medio artificial que le despierta. El primero se modifica, pero no el segundo; el primero puede cesar, el segundo nunca. Si fuese permitido comparar cosas de tan distinta importancia, podria decirse que á las penas infamantes les sucede lo propio que al apodo ridiculo é injurioso que un hombre se atrae con alguna estravagancia ó imprudencia juvenil: le conserva hasta su muerte.

Sin embargo no se ha vacilado en aplicar estas penas á una porcion de crímenes, á hacerlas servir de séquito indispensable á un gran número de sentencias, aun temporales; se ha llevado la inhumanidad y la sinrazon hasta marcar las mugeres. ¡Gran Dios! mas humano hubiera sido ahogarlas. ¿Qué puede hacer una muger llena asi de un oprobio indeleble, si se cumple el tiempo de su condena, si alcanza su perdon, si se descubre una equivocacion en el juicio? Un hombre puede espatriarse, mudar de naturaleza, nombre y profesion; un hombre, á mal andar, puede volver desprecio por desprecio, insulto por insulto, porque conserva á lo menos la fuerza; pero ¡una muger!



Y no pára aquí todo: estas penas no son divisibles; por el contrario, su efecto es impedir que el vituperio público no se distribuya y acomode de un modo equitativo.

No son graduables. Suplicio horroroso para unos, hasta el punto de haberse visto, aun recientemente, espuestos á los delincuentes á suicidarse ó perder la razon, solo son un motivo de burla inmoral y repugnante para los demas.

Son irrevocables ó irreparables.

En vez de ser instructivas, enseñan á hacer una distribucion injusta del vituperio y de la censura.

Añádanse á estos vicios los de ser corruptoras en vez de contribuir á la enmienda moral de los delincuentes, y no ser á propósito para tranquilizar los ánimos, una vez que, lejos de privar de la facultad de hacer daño, dan gana de ello y ponen en la necesidad de obrar mal: ¿qué falta pues que decir en favor suyo? Que son *ejemplares*.

Esta es una condicion que no puede negárseles. Son ejemplares, horrorosas hasta el extremo; pero precisamente lo son para aquellos que conservan todavía algun sentimiento de honor, para aquellos de quienes la sociedad no debería desesperanzar nunca.

Por lo demas, ¿puede esta condicion redimir la inmoralidad de este medio de castigar, su ilegitimidad intrínseca? Aquí vuelve á presentarse una distincion sobre la que hemos insistido. Si el hecho de la pena puede ser considerado aisladamente, en sus efectos puramente materiales, como un obstáculo, como un instrumento de terror, lo ejemplar puede seguramente prevalecer sobre las demas condiciones que en ella se requieren. Para nosotros el terror es ciertamente uno de los efectos que deben alcanzarse castigando, un efecto sin el cual la ley castigaria muchas



veces sin conveniencia para el orden social, y de consiguiente sin derecho; pero no es un efecto que pueda alcanzarse á toda costa, aun con detrimento de la humanidad y de la moral.

## CAPÍTULO XI.

*De las penas que privan ó suspenden del ejercicio de los derechos políticos y civiles.*

La privacion de ciertos derechos políticos es una pena verdadera, personal, y que en sí nada tiene de inmoral. Es una incapacidad absoluta é inmoral con que se castiga á aquel que por su delito se ha manifestado indigno de las funciones que se le prohíbe ejercer.

No obstante la justicia y conveniencia de esta pena depende de la naturaleza del delito. Prohibir el voto electoral y declarar inhábil para desempeñar todo cargo público á un hombre que hubiese dado una estocada en desafío, sería una pena estamporánea y aun injusta por su carencia absoluta de oportunidad y de analogía.

Esta misma pena, aplicada á un hombre culpado de corrupcion, de prevaricacion y de violencia con sus inferiores, sería una pena moral, y al mismo tiempo divisible en el sentido de que la privacion puede ser temporal ó perpetua, parcial ó general.

Es una pena graduable cuando se la reserva para ciertos crímenes, y no se aplica de consiguiente mas que á cierto número de personas.

Es revocable, instructiva, ejemplar, y tranquiliza á la sociedad, por lo menos respecto de aquella



parte del público para quien importa sea temible esta pena.

No es correctiva en grado directo.

En una palabra, es una de las penas que deben aplicarse con gran circunspeccion y mucha prudencia.

Porque tambien es menester no olvidar que los cargos públicos y los derechos políticos se ejercen en beneficio de otro, y que por consiguiente la pena podria producir mayor cantidad de mal indirecto que de padecimiento directo.

Tampoco es menester no olvidar que las pasiones políticas, la codicia y la intriga podrian probar á valerse de esta pena con un fin personal y ageno de moralidad.

Por último, importa no perder de vista que, si el poder judicial pudiese pronunciar esta pena en un gran número de casos, por delitos leves, particularmente dejándole la ley la facultad de optar entre penas diferentes, dicho poder podria encontrar en este resorte penal un medio de influir sobre el orden político, y de alterar asi el sistema establecido.

Hasta ahora no hemos hablado mas que de la privacion de los derechos ó cargos políticos.

Tocante á los derechos civiles ó de familia, no podemos ver en esto objeto de penalidad.

¿Quiérese declarar nulo un casamiento, privar del derecho de proceder en justicia, administrar los propios bienes, de votar en las deliberaciones de familia, de ser tutor, curador, testigo en los actos públicos ó ante la justicia &c.?

No insistiremos sobre la inmoralidad de la pena que se llama *muerte civil*; de esa pena que recae esencial y *directamente* sobre los que no son delincuentes, que atribuye á una ficcion los mas desastrosos efec-



tos, y en virtud de la cual se decide que ha dejado de ser padre, hijo, marido y pariente aquel que, á despecho de todas las aberraciones humanas, no ha dejado de ser ninguna de estas cosas, que tiene como tal vínculos naturales, derechos y deberes que ninguna autoridad puede destruir ni paralizar legítimamente. La muerte civil que algunos hombres, creyéndose sabios porque juegan con las palabras, no quieren llamar pena, sino solo consecuencia de una pena, es en las legislaciones modernas uno de esos anacronismos que deben hacer desconfiar mucho á los críticos de sí propios, cuando se aventuran á determinar la fecha de una ley por la naturaleza de sus cláusulas. ¿Quién creería que el título primero del *Código civil* francés ha sido promulgado á principios del siglo XIX, quince años despues de 1789?

Pero la simple privacion del ejercicio de los llamados derechos civiles es tambien una pena anti-racional. Se habla de prohibir el ejercer *derechos*. Mas exacto sería hablar de obligaciones cuyo cumplimiento se estorba, de servicios que se prohíbe prestar, y esto con el fin de castigar á aquel sobre quien deberian pesar estos cargos. Asi estas penas no pueden ser *ejemplares* mas que como penas afrentosas, y se incurre entonces en los inconvenientes que hemos manifestado en el capítulo anterior.

Seguramente, no tratamos de privar á la ley civil, encargada de arreglar las capacidades, de la facultad de establecer que ciertas condenas sean un hecho suficiente para justificar una incapacidad absoluta para este ó aquel cargo de la vida civil. Muy natural es que aquel que ha sido condenado por robo, peculado ó corrupcion de menor, sea considerado como incapaz de regir una tutela. Apenas sería necesario que la ley lo declarase asi, si no se trata-



se mas que de tutelas electivas; porque no es de presumir que sus familias ó los magistrados escojan por tutores á hombres de esta clase.

Pero si el legislador, sin cuidarse mucho de saber si es efectivamente perjudicial al condenado la caducidad que le impone, si está en armonía con su delito; si el legislador, digo, prohíbe por la ley penal el ejercicio de funciones y cargos civiles, será olvidar demasiado la naturaleza de la pena, los efectos que de ella deben esperarse y el derecho de los terceros.

Las funciones públicas se distinguen de los cargos civiles, entre otras cosas, en que los segundos no pueden con frecuencia ser desempeñados mas que por este ó aquel individuo. Declarando á un hombre inhábil para ser sub-prefecto, la Francia no echa de ver que tiene en su seno una capacidad administrativa menos. Pero no hay muchas veces mas que un solo individuo determinado de mi distrito ó cuartel que pueda intervenir ventajosamente en mis asuntos en calidad de perito ó testigo, y me encuentro con que le declaran inhábil por haber sido condenado como bigamo, ó haberse descarriado hasta el punto de cometer un rapto, ó porque ha tenido una casa de juego de suerte ó una lotería clandestina. Pero dígame de buena fé ¿se es precisamente mal perito, testigo falso, administrador infiel de los bienes de un primo ó sobrino, porque se haya robado una muchacha, ó deseado sacar provecho, como los gobiernos, de una lotería?

Puede concebirse que se incurra en tales errores en los paises de procedimientos secretos, allí donde las pruebas estan en la ley arregladas á arancel; pero en los paises que han encontrado los verdaderos principios en materia de conviccion, estas medidas no



tienen siquiera pretesto plausible. ¿Quién quita el discutir y estimar el valor moral del testimonio y de la visita con arreglo á todos los antecedentes del testigo y del perito?

Así esta privación es injusta, considerada como pena que recae sobre los inocentes; como pena que recae sobre los culpables, no es tal; y por último, como pena indirectamente infamatoria, tiene todos los vicios de esta forma de castigo.

## CAPÍTULO XII.

### *De las penas privativas del todo ó parte de la propiedad.*

Las penas pecuniarias nos parecen definitivamente juzgadas.

Aquellas que privan al delincuente del todo, ó por lo menos de una gran parte de la propiedad, son inadmisibles.

La confiscación no es una pena bastante personal, y adolece de inmoralidad. "Su efecto casi inevitable es encender la codicia del espíritu de partido, y corromper así aquello que es ya harto corruptor y está harto corrompido de suyo. Y reduciendo por otra parte á la indigencia, no solo al delincuente, sino también de resultas á su familia, la confiscación pesa sobre el inocente con motivo del culpable; le exaspera sin motivo, le provoca al crimen, y propende á perpetuar las discordias civiles." (*M. de Broglie.*)

Uno de los principales beneficios de la Carta francesa es seguramente la abolición de esta pena tan odiosa como inicua.

La iniquidad de la confiscación no quedaria bor-



rada, contentándose con abrir inmediatamente la sucesion del condenado en beneficio de sus herederos. Esto sería caer, á lo menos en parte, en los inconvenientes de la muerte civil.

Ó los parientes se manifiestan justos y humanos para con el condenado, y la pena es ilusoria, ó los parientes, crueles y codiciosos, le tratan como á un extraño, y los efectos de la ley son repugnantes por su inmoralidad.

Las penas pecuniarias moderadas, especialmente cuando no gravan sobre el capital, en una palabra, las multas, no ofrecen los mismos inconvenientes.

Reservada para ciertos delitos, para aquellos que no pueden ser cometidos sino por las personas que gocen de cierto grado de bienestar, la pena de multa no es inmoral, y sí divisible, graduable y susceptible de reparacion.

Es instructiva, especialmente cuando va dirigida contra los delitos que tienen por origen la sed de ganancia.

En estos casos, es bastante ejemplar.

No puede decirse que sea correctiva, ni á propósito para tranquilizar. No priva de la facultad de dañar, y despierta por el contrario la gana de hacerlo por el deseo que infunde de reparar la pérdida tenida de resultas del juicio.

Pero ¿dónde está el límite que separa la pena pecuniaria admisible de la pena pecuniaria exorbitante, de aquella que se aproxima á la confiscacion?

Es imposible fijarle numéricamente.

Depende primero de la riqueza nacional y de la distribucion de ella,

Depende luego del estado particular de riqueza del acusado.

Se ha propuesto fijar la multa en una parte ali-



cuota del patrimonio. Así se ha esperado conservar una justa proporción en la aplicación de la pena.

Es un error. Quitar la décima parte del capital al poseedor de diez millones, es aun pena mucho mas leve que quitar mil reales al que no tiene mas que diez mil. Hay entre lo uno y lo otro la misma diferencia que entre lo necesario y lo superfluo.

Si se limita uno á gravar la renta, subsiste la misma dificultad. ¿Qué le importa á quien tiene doscientos mil pesos de renta pagar veinte mil por una vez? Pero aquel que sostiene á su familia con la módica cantidad de doscientos pesos, si pierde la décima parte de lo necesario pagando veinte, no tendrá con que vivir durante cinco semanas.

Por otra parte, cuando saliendo del círculo de las ideas claras y fáciles de la teoría, se quieren tocar las dificultades de la práctica, ¿cómo se determinaría la parte *alicuota*? ¿Habrá que añadir á la pena pecuniaria la pena, tan grave como odiosa, de una pesquisa legal de todos los secretos de una familia, solo porque un hombre tenga que pagar algunos centenares de reales de multa?

El legislador debe contentarse con un límite arbitrario, establecido por el cálculo aproximativo del valor medio de los caudales de la clase de ciudadanos á quienes pueden imponerse penas pecuniarias.

Al propio tiempo debe dejar al juez en la aplicación de la pena pecuniaria la conveniente latitud para que pueda con su equidad tener en cuenta las circunstancias particulares del acusado.

Acabaremos haciendo una observación de alguna importancia.

La pena pecuniaria, reducida al pago de una cantidad muy ínfima, tiene una aplicación ventajosa



como medio de reprimir ciertos delitos pequeños que se designan convenientemente bajo el nombre de simples contravenciones.

La ley quiere mas bien dar un aviso á los contraventores que imponerles una pena. Basta despertar la atencion del infractor y del público sobre el deber de conformarse con las reglas de policia, y poner en esto todo el interés debido.

Una pena pecuniaria leve es un medio de castigar preferible con mucho á la prision por corta que sea. Se ha debilitado mucho la impresion moral de la pena de carcel, prodigándola por fruslerías.

Pero la multa misma puede ser muy leve. Con mucha frecuencia bastarán dos ó tres pesetas en lugar de diez y quince. Lo repetimos, la multa no es una pena propiamente dicha, sino un aviso que concurre á corroborar la accion, ya represiva por sí, de la citacion judicial, del debate público y de la declaracion de culpabilidad. En Ginebra se contentan muchas veces con imponer una multa de tres ó cuatro florines (seis ú ocho reales); creemos que lo hacen con razon y sin el menor inconveniente.

## CAPÍTULO XIII.

### *Observaciones generales.*

1.º No existe pena alguna que reuna todas las condiciones apetecibles, menos todavía que las reuna todas en el mismo grado.

Muchas veces una cualidad, adquiriendo un grado sobrado elevado, destruye otra ó llega á ser causa de un vicio. Es difícil que una pena muy ejemplar no produzca, indirectamente á lo menos, al-



gunos efectos inmorales, ó que pueda contribuir á la enmienda del culpable.

2.º Importa por consiguiente distinguir en la elección de las penas las cualidades indispensables de aquellas solamente apetecibles. Es indispensable que la pena sea personal, moral, suficientemente graduable, y mas ó menos ejemplar. Se debe desear además que sea revocable, correctiva y privativa de la facultad de hacer daño &c.

3.º Hay penas que privan al delincuente de muchos bienes, de muchos derechos. La privación de los derechos políticos menoscaba al mismo tiempo gravemente el honor del delincuente, y aun su mismo caudal, si queda incapaz de ejercer ciertos empleos lucrativos. Una pena pecuniaria crecida puede privarle del ejercicio de ciertos derechos políticos quitándole la riqueza adquirida con esto. Para estimar exactamente el mal de la pena, importa no omitir el análisis de sus diversos efectos.

4.º El legislador puede reunir diferentes penas principales para castigar el mismo crimen, ó aumentar la pena principal con penas accesorias. Entonces pronuncia un castigo complejo. Asi es como la deportación y la pena pecuniaria pueden en ciertos casos combinarse ventajosamente con la prisión. Esta puede modificarse por diversas penas accesorias, tales como un trabajo mas ó menos penoso, la soledad, el calabozo oscuro &c. Estas combinaciones dan al juez los medios de proporcionar mejor la pena á la culpabilidad especial y á las circunstancias personales de cada acusado. Pero importa no echar en olvido que estos incrementos de penalidad, que llaman poco la atención sobre el papel cuando cada una de las penas no es en sí muy crecida, pueden dar facilmente un resultado estremo. Por último, es e-



sencial no mezclar con una pena moral, y útil por sus efectos, otra que pueda destruirlos ó paralizarlos al menos.

5.º Tambien se puede dejar al juez, por la sancion penal, la alternativa entre muchos linages de penas. Pero este sistema no es nunca admisible, á nuestro parecer, mas que para los delitos leves. En los casos graves, la facultad de optar entre las penas da al juez un poder que asusta; propende á desconceptuar la justicia; escita á las instancias y tentativas de corrupcion; y en fin, son demasiado difíciles de prevenir las sospechas de favor ó de animosidad, porque casi es imposible encontrar dos especies de penas igualmente graves y temibles.

6.º Como ninguna pena produzca en igual grado los tres efectos mas esenciales que se deben apetecer, el temor, la enmienda moral del delincuente, y la privacion de la facultad de dañar, tócale al legislador examinar cuál de estos efectos es mas importante para la sociedad y de mas facil consecucion.

Asi la cuestion de saber cuál es el efecto que debe preferirse, encerrándose siempre en los límites de la justicia, depende en gran parte del estado mas ó menos adelantado de la civilizacion.

Las penas que serian correctivas, no producen apenas efecto, y son por otra parte impracticables en un pueblo tosco, violento y medio bárbaro. La muerte, el destierro y la multa son casi las únicas penas que la justicia puede imponer al crimen. La carcel, en cierto estado de sociedad, no sería mas que un encierro horroroso, un suplicio mas lento, mas atroz que la pena capital; y aun asi veríanse mas de una vez, ó evasiones favorecidas á mano armada, ó ejecuciones capitales reclamadas imperiosa-



mente por la familia , por los amigos de la víctima del delito, por un pueblo irritado. Esta es una triste, pero irrecusable verdad. La justicia no sería mas que una palabra vana , si, en los límites de lo justo, no se atreviera á acomodarse al estado moral de las naciones , si no supiera ser mas fuerte que las pasiones humanas.

En una sociedad civilizada el hombre tiene mas destreza que violencia , mas codicia que pasión. Se encoleriza menos , y calcula mas. Tiene mayor fuerza interna para resistir á ciertas propensiones ; pero es mas sensible á los padecimientos físicos y á ciertos padecimientos morales. Su espíritu está mas despierto ; comete el mal con mayor maña , pero puede tambien comprender mas facilmente lo que es bueno. Domínale casi á pesar suyo el sentimiento del orden. La opinion pública presta su apoyo á la moral , á la ley y á la justicia , y el hombre que arrostra la opinion no tarda en sentir la necesidad de reconciliarse con ella. Por otra parte , el autor de un crimen conoce que está aislado ; no espera ver que su familia , casta ó tribu abracen inmediatamente su conciencia con la sociedad , y hagan causa propia de su crimen , y de un proceso una guerra.

En semejante estado de civilizacion , la justicia criminal debe civilizarse á su vez , elegir penas mas suaves y susceptibles de conciliarse con los ensayos de reforma moral.

Á pesar del número de crímenes que alteran todavía el orden social y esparcen con demasiada frecuencia el horror y el espanto en nuestras comarcas , no desesperancemos de la especie humana. Una vez que ha llegado al estado , comparativamente feliz y regular en que vivimos , no hay razon alguna para temer que suspenda su marcha hácia el bien.

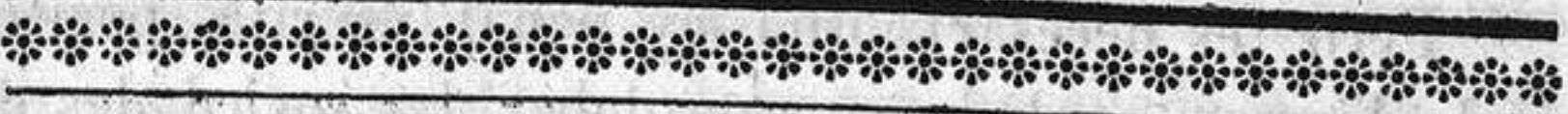
:



Dia llegará en que el orden público, protegido esencialmente por los sentimientos, las luces y el bienestar de todos los ciudadanos, no reclamará ya de la justicia penal mas que castigos raros, temporales, y encaminados *principalmente* á la enmienda moral de los delincuentes. Para llegar con mas rapidez á este gran resultado, es esencial no tener hoy dia la funesta pretension de adelantarse al tiempo.

### FIN DEL LIBRO TERCERO.





# LIBRO CUARTO.

## DE LA LEY PENAL.

### CAPÍTULO PRIMERO.

#### *Naturaleza y necesidad de una ley penal positiva.*

Considerada la ley penal positiva en su forma exterior, es una declaración del poder soberano por medio de la cual da á conocer cuáles son los actos que prohíbe y cuáles los que ordena, amenazando á los contraventores con un mal que se llama *pena*. La primera parte de la ley es lo *dispositivo*: la segunda, la *sancion*.

Considerada en la esencia, la ley penal positiva no es mas que un fragmento de la ley moral. El legislador transcribe en sus leyes y corrobora con una sancion penal inmediata los preceptos de dicha ley que hacen una particular referencia al orden político de las sociedades civiles, y cuya observancia paraliza la libertad del ser colectivo y de los individuos que le componen.

Esto es lo que resulta de los principios que hemos establecido. Al mismo tiempo hemos indicado hasta dónde se estienden, bajo este concepto, los derechos del legislador y de la justicia humana.



Pero ¿es necesaria una ley penal, escrita, positiva? ¿Tienen verdaderamente deber las sociedades de no castigar á los delincuentes mas que en virtud de una ley redactada y *publicada*? La pregunta debe parecer ociosa á un gran número de lectores. Esto es para ellos suscitar dudas acerca de una proposicion evidente y universalmente admitida. Lo está con efecto en los libros, pero no sucede lo propio en la práctica. Hemos citado un pais en que se está ejerciendo hace mucho tiempo la justicia penal sin ley positiva, y, en mas de un Estado, existen un gran número de decretos criminales tan vagos, tan arbitrarios, que viene á ser una irrision considerarlos como verdaderas leyes. Todo lo mas son anuncios en que el señor dice á sus siervos: “Vivid sumamente prevenidos; no hagais nada que pueda escitar mi cólera ó despertar mis sospechas, porque estoy muy dispuesto á castigaros por ello severamente.”

No obstante, la necesidad de una ley penal positiva y publicada es una de las máximas fundamentales del derecho social, una de las bases de la libertad civil y política.

Dos son los elementos que concurren á justificar la pena legal: uno, determinado por una regla eterna é inmutable, el delito; otro, susceptible de modificaciones y cambios, la necesidad de castigar al delincuente.

La ley penal, en sus restricciones y comparativamente con la ley moral, es de consiguiente una cosa accidental y variable, como todo lo que está sometido al imperio de las circunstancias y de los hechos.

Debe hablar un lenguaje explícito y positivo, contener la espresion del estado social presente, y revelársele á los ciudadanos. Porque aquello cuyo cono-



cimiento no depende de un sentimiento interno y universal, sino de la comparacion de circunstancias externas y variables, debe ser enseñado á los que tienen precision de conformar á ello sus acciones.

Sin duda que tenemos el deber moral de no hacer nada que pueda alterar el orden público; si mi razon me demuestra que seré probablemente un motivo de desorden apartándome de mi domicilio despues de ponerse el sol, tengo el deber de quedarme en mi casa. ¿Quiere esto decir que puedo ser castigado si salgo, y que todos cuantos saliesen la misma noche podrian ser castigados tambien? ¿Cómo se probará que yo mismo he pensado de tal modo? Por último, ¿cómo se probará, cometido el hecho, que mi pensamiento era fundado, y que la sociedad tenia precision de reprimir mi acto por una pena?

Nadie puede ser sometido con *justicia* á un castigo legal, si no ha podido tener conocimiento de la ley moral que infringió, y del mal social que se origina de su infraccion, porque el hombre es *absolutamente* libre de hacer todo cuanto la ley moral no prohíbe; y, *tocante al poder social*, tambien es libre de hacer todo cuanto no comprometa el derecho positivo ageno.

Ahora ¿cómo puede saber la justicia social que el acusado ha conocido ó podido conocer, de un modo cierto y seguro, el uno y otro elemento del delito legal? Por hechos únicamente; por la *preexistencia* y la *publicacion* de la ley moral positiva.

La ley revela al mismo tiempo la *regla moral*, la *prohibicion politica* y la *pena legal*.

Ha habido, sobrado verdad es, leyes penales que, en vez de corroborar la ley moral en beneficio del orden público, han prohibido el bien y ordenado el mal.



Pero porque el poder social no se haya conformado siempre con las reglas de lo justo al escribir la ley positiva, ¿puede inferirse de eso que tenga el derecho de guardar silencio, y de castigar sin embargo, despues de cometidos, los actos que le parezca conveniente reprimir? Cada castigo sería una ley para un caso particular; y los ciudadanos, no pudiendo contar ya con la bondad de los juicios, perderian toda especie de seguridad, á causa de no tener certidumbre alguna de ver que quedaba impune uno solo de sus actos. Por último, se confundirian y concentrarian en las mismas manos el poder legislativo y judicial. Porque alli donde no hay leyes, el juez es el legislador.

Otro postrer motivo hace necesaria la publicacion de la ley penal. La sociedad tiene deber de prevenir los delitos por todos los medios legítimos y convenientes que esten en su poder, antes de acudir al remedio extremo de la pena. Y si el legislador guardase silencio, se perderia la impresion que puede causar la publicacion de la ley penal, como medio de esparcir la instruccion y el temor.

Asi la publicacion de la ley penal es mas indispensable todavia como medio preventivo y como garantia política, que como medio de saber los actos que no deben cometerse.

Esto responde á una objecion especiosa: "Hay, dicen, crímenes que en todos tiempos y lugares han sido y serán objeto de la justicia penal. ¿Es menester una ley positiva para enseñar á un asesino, á un incendiario, á un ladron, que cometen actos inmorales y perniciosos que la sociedad no puede dejar impunes? Cain clamaba: "El primero que me encuentre me dará muerte." Y no se diga que es necesario á lo menos declarar la pena que sufrirán los



criminales, como si fuese moral y ventajoso á la sociedad darles anticipadamente los datos necesarios por cuyo medio puedan calcular friamente si les conviene ó no cometer un delito.”

Estas observaciones no son conducentes para probar la inutilidad de las leyes positivas. Primeramente se admite que es necesario un cierto número de ellas para señalar aquellas acciones humanas cuya *cualidad* criminal no salta á los ojos de la sociedad, Pero ¿cuál es la línea de separacion? ¿Dónde estan las garantías contra el capricho y la arbitrariedad en un sistema que se reduce á decir: Todas las acciones sobre que la ley penal guarda silencio son lícitas, menos aquellas cuya inmoralidad y peligro social son manifiestos? ¿Cuál sería el resultado? En un pais mal gobernado, la incertidumbre, la arbitrariedad y la tirania. En un pais que disfrutase de un buen sistema político, una jurisprudencia que se iria estableciendo paulatinamente por precedentes judiciales. Pero ¿cuántas probabilidades de error, cuántos peligros para el público y los particulares hasta la lenta y progresiva realizacion de esta obra!

Se ha exagerado mucho, es verdad, el deber de dar á conocer anticipadamente la pena reservada á cada crimen. Al salir de las garras del poder arbitrario, solo se encontraba un puerto de salud en el sistema diametralmente opuesto. “Nada de arbitrariedad; que todo se fije, declare y establezca anticipadamente; que el oficio del juez sea solo leer la ley y aplicar su estricta letra.” Tal era la doctrina profesada por hombres en lo demas muy respetables, por hombres que fueron en un tiempo útiles á la sociedad por la reaccion que hicieron contra un abuso. Mas todavía se encuentran hoy adeptos suyos, hombres que no tienen los propios motivos ni



la propia disculpa, hombres que nunca consideran una cuestion mas que bajo un aspecto, y que creen haber llegado al apogeo de la libertad, cuando han hecho de cada ley un lecho de Procusto, donde tiene que acomodarse, de grado ó por fuerza, cada caso particular.

Ciertamente, no es este el sistema cuya defensa tomamos.

Es sin duda un absurdo imaginar que la declaracion previa y exacta de la *cantidad* de pena en que se incurre sea una cosa *debida* en cierto modo al malhechor, y que todo hombre decidido á cometer un crimen tenga el derecho de poder calcular con la mayor precision el peligro á que se espone. Partiendo de tales principios es como se llega á imponer la obligacion al legislador de señalar siempre penas fijas, sin dejar al juez la menor latitud en la aplicacion de la ley.

Pero una manifestacion de la penalidad establecida para cada especie de crimen es sin embargo necesaria, ora para la seguridad pública, ora para la seguridad individual. Para la seguridad pública, porque, de otra manera, no viendo el hombre de intentos criminales mas que la sonrisa de la esperanza al través del prisma de la pasion, podria lisonjearse de sufrir solo una pena muy leve, en caso de ser condenado. Para la seguridad individual, porque no podria dejarse al juez, sin estremecerse, elegir entre la pena de muerte y la de carcel, entre la deportacion y la multa, y asi sucesivamente.



## CAPÍTULO II.

*De la formacion de la ley penal.*

La ley positiva es necesaria, y ya sabemos lo que debe *espresar*. Indaguemos ahora los medios de tener esta espresion, de manera que la ley diga verdaderamente, ni mas ni menos, lo que debe decir.

La ley supone un legislador, y este sigue un método cualquiera para llegar á formarla. Examinemos primeramente por quién, y luego cómo, conviene que se haga la ley penal.

La parte dispositiva de la ley penal espresa dos ideas. Proclama que tal hecho tiene los caracteres del *delito moral*, y que la sociedad necesita castigarle. Ahora bien, ¿de quién puede esperarse una franca y sincera espresion de estas dos verdades? Esta es la cuestion.

La primera de estas verdades reside en la conciencia del hombre. Es menester buscarla en este santuario en que el bien se mantiene separado del mal, lo justo de lo injusto; en este tribunal que yerra algunas veces, pero que á lo menos no engaña nunca. Pero no siendo la conciencia patrimonio esclusivo de algunos privilegiados, ¿conviene mas interrogar á la conciencia de un hombre, ó á la de un gran número de hombres? Puede temerse el error del juez interno, y la mentira de parte de aquel que viste con palabras el juicio de la conciencia.

La *mentira* es poco de temer en testigos numerosos y unánimes.

Las probabilidades de *error* disminuyen tambien, á medida que aumenta el número de conciencias interpeñadas. Los estravíos individuales, los descarríos



de la pasion tienen que compensarse, y el resultado debe ser la espresion de la verdad.

No sucederia lo mismo, si, por tener una respuesta, hubiese precision de interrogar á la ciencia y al razonamiento, si se preguntase el resultado de una operacion lógica. Las probabilidades de error crecerian con el número de las personas consultadas, ó por lo menos mientras mas especial fuera la ciencia requerida y dificultoso el razonamiento, y mientras mas se aproximase esta fórmula á la verdad.

Esta es una de las razones que hay para no tener en un tribunal criminal mas que pocos jueces, pero mayor número de jurados; es decir, muy pocos sabios, pero un número suficiente de hombres idóneos para manifestar sencillamente el sentimiento de su conciencia y la conviccion que sienten.

Escúchese á un presidente inglés cuando esplica al jurado la ley positiva y los caractéres que requiere para que el delito sea punible, cuando trata de conciliar entre sí diversos estatutos acerca de un punto dudoso. Este discurso nos satisface como una cosa que era necesaria, como obra de un hombre perito, obra en que se sabe solo habrian podido sustituirle hombres que, como él, hayan consumido muchos años delante de una biblioteca de derecho inglés. Escúchase al juez con atencion; pero se sabe que no apela á su conciencia, que no dice lo que él, como hombre, piensa tocante á la ley, sino que esplica lo que es esta. Interroga á su ciencia, y la lógica es la que le ayuda á sacar una conclusion.

Óigase luego á un acusador demostrar la atrocidad del asesinato, la inmoralidad de la falsificacion. ¿Qué es lo que hace? Una amplificacion, un discurso académico, muy elegante tal vez, pero bastante inútil, porque se sabe todo esto lo mismo que



él, aunque no se sepa decirlo tan bien: puede entretener, hacer impresion, pero es imposible que instruya. Y es porque no hace mas que estender y amplificar una decision de la conciencia.

Sin duda que es posible el error. Las preocupaciones, la supersticion, el espíritu de partido, pueden enturbiar la luz natural de nuestra conciencia. Pero este peligro, que nadie está cierto de evitar, no puede ser motivo para consultar solo la conciencia de un individuo, mas bien que la conciencia *general*. Escójase el hombre mas íntegro y de talento mas sobresaliente, y encomiéndesele la legislacion penal; el menor inconveniente que resultará de sustituir la conciencia *individual* á la conciencia *general* será el riesgo de caer bajo la influencia de un *sistema*; de tener algo de artificial y facticio, en lugar de las ingenuas revelaciones del sentimiento de lo justo y de lo injusto.

Y no se piense eludir la dificultad con mandarnos á un *utilitario*. Este tendrá tambien su sistema particular de utilidad.

Todo individuo aislado está espuesto á sustituir prevenciones sistemáticas en lugar de lo que verdaderamente es. ¿Se halla persuadido de la gran importancia del comercio y de la industria para los progresos fisicos y morales de la especie humana? La falsificacion, la piratería, el crimen de monedero falso adquirirán á sus ojos una gravedad moral exagerada. ¿Es sobremanera religioso? Muy probablemente traspasará los limites de la sociedad por invadir el terreno de las conciencias, y en su código se deslizará un poco de teología. Escójase al contrario un hombre de la escuela del siglo XVIII, y muy probablemente la religion se arrastrará cautiva á los pies de una politica invasora, ó á lo menos



el culto exterior y sus ministros estarán faltos de proteccion.

Pongamos una asamblea en vez de un hombre solo. Ciertamente, no pretendemos hablar de una asamblea formada á la ventura, y menos todavia de una asamblea mal escogida de intento. Tendríamos en este caso las leyes de la Convencion, ó la ley del sacrilegio. Debe permitirsenos hacer una hipótesis razonable. Hemos supuesto un hombre de la mayor capacidad: respecto á una asamblea, pedimos solo que se la suponga compuesta de hombres de bien y dotados de una instruccion mediana, de hombres en estado de comprender una cuestion, de formar un parecer y de manifestarle con franqueza dando su voto. Supongamos únicamente una asamblea en que el comerciante tiene asiento al lado del sabio, el hombre de la ley al lado del banquero, el rentero al lado del magistrado, el propietario pequeño al lado del millonario; una asamblea que se pueda reunir facilmente en cualquiera Estado de mediana estension, siempre que no esté viciado el sistema electoral. Esta reunion de un número bastante grande de conciencias ilustradas dará, en resolucion, la verdadera espresion de la conciencia *general*. Las ideas sistemáticas, las miras particulares, el mismo fanatismo del bien, no encontrarán favorable acogida. Si la discusion es libre, regular y completa, no habrá sorpresa, precipitacion ni arrojio. El error, con todos sus prestigios, sucumbirá ante esa masa de conciencias que interiormente se dirán á sí mismas, y repetirán luego en su voto: *No es eso*.

Hace pocos años que, en un proyecto de ley sobre el casamiento concebido con la idea de volver á las sanas ideas de la legislacion francesa sobre este punto, se habia propuesto á la legislatura de Gi-



nebra, por una disposicion accesoria, una cláusula penal contra aquellos que no hubiesen *pedido* en cierto término la bendicion nupcial al ministro de su comunión. Esto era un *mezzo termine*, para evitar las acusaciones vulgares de impiedad y de ateismo dirigidas contra un proyecto de ley que no hacia ya depender de la ceremonia religiosa la validez del casamiento, considerado como acto civil; era, convenimos en ello, un pasaporte que queria darse al proyecto de ley para con las almas timoratas; era acaso tambien, digámoslo, un escudo con que trataban de guarecerse de la calumnia los autores del proyecto de ley. El medio habria sido tanto mas inofensivo en sus resultados, cuanto que la esperiencia habia demostrado que casi no se tenia ejemplo de que en Ginebra se hubiera celebrado un casamiento sin que le siguiese la bendicion nupcial. Además el proyecto, que exigia solo que se la *pidiese*, no ponia las partes á merced del sacerdote. Con todo, desapareció este artículo del proyecto; desapareció sin trabajo, sin altercado y con el consentimiento mismo de sus autores, porque la conciencia *general* no tardó en declarar que el hombre que, *por convencimiento*, no pidiese la bendicion nupcial, podria ser un desgraciado sumergido en el error, pero no un criminal, y que habria sido injusto violentar á este hombre á cometer un acto de hipocresía. Si el proyecto de ley no hubiese sido sometido á una asamblea, si hubiera podido ser convertido en ley por solo un individuo, ó por el corto número de individuos que le habian redactado, y que eran sin embargo personas recomendables, es muy probable que el artículo hubiese tenido fuerza de ley, y que de este modo se hubiera declarado delito legal lo que no lo era. Añadamos que esta declaracion que, *de hecho*,



no habria hecho padecer á nadie, hubiera probablemente traído alguna *utilidad* al Estado de Ginebra que, poco tiempo despues, tuvo que sufrir algunas incomodidades, por haber vuelto á los verdaderos principios en materia de casamiento. No obstante el artículo fue impugnado en primer lugar por un *utilitario*: la conciencia del hombre de bien prevalece sobre su talento, por sobresaliente que sea.

La ley penal es, en segundo lugar, la espresion de una necesidad social. Aquí entramos en otro orden de ideas: lo que debemos indagar no es ya aquello que sentimos, sino lo que la sociedad requiere: es otro el juez á quien debemos recurrir.

Trátase de salir de nuestra esfera individual, de examinar, de comparar y de pesar todas las circunstancias esternas, todos los hechos susceptibles de revelarnos el verdadero estado de la sociedad, sus necesidades y el grado de su importancia relativa. Menester es colocarse en el centro de este dilatado teatro para echar una mirada escudriñadora é imparcial sobre escenas tan numerosas y distintas, y distinguir bien lo que es realidad de lo que solo es ilusion, lo que es más ó menos permanente de aquello que no es mas que efecto de causas puramente transitorias.

Ahora bien, ¿cuál es el individuo cuya vista alcanza lo necesario para abrazar un círculo tan vasto, recorrer todos sus puntos, pasar del centro á la circunferencia y de la circunferencia al centro, sin temor de errores ni de omisiones?

Y para hablar sin figuras, ¿qué hombre podrá lisonjearse de conocer todos los hechos locales y generales, accidentales ó permanentes, susceptibles ó no de ser modificados por la accion legislativa, que pueden influir sobre la cuestion de saber si una es-



pecie de actos inmorales debe ser castigada ó no con una sancion penal, y cuál debe ser la gravedad de esta sancion?

Estos son hechos que es menester recoger de todas partes; es necesario conocer todos los accidentes de la vida práctica y positiva, y penetrar todos sus misterios. El hombre de genio, el talento mas sobresaliente no pueden llevar á cabo una empresa semejante. Descartes no podia revelar el sistema del mundo, porque todavia no se habian recogido y reconocido los hechos necesarios, y el conocimiento de los hechos no puede reemplazarse con nada, cuando se quiere declarar lo que existe en el mundo material.

Lo propio sucede con el sistema penal. No es la interioridad de un gabinete el parage donde un publicista, por hábil que sea, puede reconocer el verdadero estado de la sociedad, y estimar sus necesidades. Es menester invocar sobre esto el testimonio inteligente del práctico, del magistrado, del propietario, del comerciante, del médico, de los hombres que estan en contacto con los variados elementos de la sociedad, y que han podido reconocer la fuerza, actividad é influencia suyas. No basta tener testimonios aislados, frios y secretos. Es necesario que la publicidad los autentice, que la discusion les dé vida, y que los ponga á prueba la contradiccion. Se necesita una asamblea legislativa.

Hay mas: la legislacion penal es la parte esencialmente variable y progresiva de la legislacion general. La doctrina de las obligaciones y el sistema de los derechos efectivos pueden tener una duracion casi indefinida, si se han establecido desde luego sobre buenos principios, sin mas variaciones que las que producen insensiblemente la jurisprudencia.



dencia práctica y la acción de los tribunales. No sucede lo propio con el sistema penal. Por una parte, no podría permitirse sin riesgo á los tribunales, tocante al derecho criminal, lo que es preciso, no diré permitirles, sino exigir de ellos que hagan con el derecho civil. Por otra, el sistema penal está en una relación mas íntima é inmediata, que lo está acaso el derecho civil, con los movimientos progresivos ó retrógrados de la civilización. Si no sigue estos movimientos, es opresivo ó insuficiente. La ley penal debe por consiguiente ser obra del poder que represente mejor el estado verdadero de la sociedad, que retroceda ó marche necesariamente con ella, que, á causa de este mismo, sepa sus exigencias presentes.

“En un estado de civilización poco adelantado ó retrógrado, la asamblea puede estar dominada por errores y prevenciones populares que podría evitar un individuo, ó un corto número de individuos.” Nadie negará la posibilidad de esta excepción; la historia nos prueba que algunos hombres privilegiados pueden adelantarse á su siglo, ó no seguir la marcha retrógrada de las masas.

Pero también nos enseña la historia cuál es generalmente la suerte de tales hombres. Dichosos si se ven libres de la calumnia y de la persecución; su reinado, si es de este mundo, no es de su tiempo. Si lo fuese, serían necesariamente individuos de la asamblea legislativa, y tendrían en ella una influencia proporcionada á la fuerza de su genio y á la extensión de sus luces. La asamblea les serviría siempre de algo, como medio de recoger un gran número de hechos y de informes positivos.

Si no hubiera asamblea deliberante, ó si no tuviese á su cargo la legislación penal, ¿cómo podrían



influir estos hombres distinguidos ventajosamente sobre dicha legislacion? ¿Por mision del poder absoluto? Tampoco esta es mision de las que dicho poder gusta encomendar á los hombres superiores, cuando se atreve á aprovechar sus luces.

De todas maneras, en vano se procura luchar contra la fuerza de las cosas. Las leyes no pueden ser mas que espresion del estado nacional.

¿Qué sería de estas leyes sobremanera adelantadas á su tiempo? ¿Qué sería de ellas, supuesto que la ley no produce aisladamente su efecto, supuesto que su aplicacion es necesariamente obra de los hombres? Las malas leyes pierden parte de su malicia en las manos de hombres que pertenezcan á un estado social superior á aquel en que ellas nacieron: testigos la Inglaterra y la Alemania. ¿Por qué maravilla no había de verificarse la inversa? ¿Como no quedarían truncadas las buenas leyes en manos de hombres que no supiesen comprenderlas ni estimarlas?

El hombre superior á su siglo debe, ante todas cosas, tratar de influir sobre las masas por medio de la *instruccion* y prepararlas así á desear mejores leyes; proclamando la verdad de su cuenta y riesgo, rompiendo el apagador que la fuerza y el egoismo han puesto sobre la luz, es como debe ejercer el augusto sacerdocio de que le ha investido la razon. Tocante á leyes, no es de creer que pueda hacerlas; aunque lo llegase á conseguir, aunque fuese consejero, ministro, dictador ó rey absoluto, si sus leyes no representasen mas que su persona, su inteligencia y sus necesidades morales é intelectuales, su obra sería á la par tiránica y casi inútil, un documento biográfico, pero no un monumento nacional; por último, si quisiese hacer leyes acomodadas al estado de la nacion, sus votos no podrian realizarse sino mien-

;



tras tomase en su ayuda una asamblea que representara la verdadera situacion del pais.

Por lo demas, es tan íntima la conexion que tiene el sistema penal con el sistema político, que casi pudiera dudarse de la buena fé de aquellos que se atreven á afirmar todavía que el establecimiento de una buena legislacion, particularmente criminal, es posible con un poder absoluto.

No insistiremos sobre las observaciones que ya hemos hecho acerca de este punto. (Tomo I. pág. 60. y siguientes.)

Afortunadamente las verdades que acabamos de anunciar son ya universales en una gran parte de la Europa; digamos mas bien, del mundo. Afortunadamente está vivamente empeñada la lucha de la razon contra la autoridad, del derecho contra la fuerza: es decir que es segura una nueva victoria de la especie humana.

Asi las observaciones contenidas en este capítulo deben parecer sobremanera inútiles á la mayor parte de nuestros lectores. ¡Que no lo sean para todos!

Hemos querido únicamente persuadir á aquellos que aun no tienen la fortuna de vivir bajo un gobierno nacional, que deben propender hácia este fin, no solo por gozar de los derechos políticos, por no pagar impuestos que no han votado y de que no se les da cuenta alguna, por desenvolver su industria y sus talentos, y por elevarse poco á poco á toda la dignidad de que es susceptible la especie humana, sino tambien porque entonces, y solo entonces, podrán vivir bajo una legislacion criminal que no disponga arbitraria, caprichosamente y entre tinieblas, de sus derechos, de su fortuna y de su vida.



## CAPÍTULO III.

*Cómo debe procederse á la formacion de la ley penal.*

Superfluo sería demostrar la influencia que pueden tener sobre la bondad intrínseca de las leyes los procedimientos empleados en la obra de la legislación.

Distinguimos las formas generales de la legislación de aquellas otras formas que pueden aplicarse mas particularmente á la ley penal. Las primeras son propias del derecho público, y si pasáramos á examinarlas, traspasaríamos los límites de nuestro asunto.

En Inglaterra, la redaccion de los proyectos de ley es todavía lo que era hace algunos siglos, un caos en que cada palabra útil está oprimida bajo el peso de una multitud de palabras inútiles. El parlamento, mas preocupado del fondo que de la forma, parece no conocer que ya es tiempo de romper el molde con que componia sus *bills* la antigua Inglaterra.

En Francia, la mayoría pudiera imponer silencio á la menoría, y erigir de este modo al número y á la fuerza en únicos jueces de la bondad de un proyecto de ley. Y no es este el solo vicio del reglamento de las cámaras de Francia.

En Lausana, la asamblea legislativa no tiene el derecho de enmienda; no puede hacer otra cosa que desechar ó admitir, segun estan, los proyectos del consejo de Estado. Asi que las leyes útiles, y aun las necesarias, quedan suspendidas de un año para otro, por no querer la asamblea admitirlas sin modificaciones. Si los dos poderes se hacen mutuamente en cada legislatura una leve concesion, se logra por último, de



cansancio, tener una ley que no es tan buena como pudiera serlo, ni tan mala como lo era en el primer proyecto.

Estos ejemplos, tomados á la ventura, bastan para probar la influencia que las formas de la legislatura pueden tener sobre la bondad de las leyes. Y ciertamente, cuando esta influencia es mala, lo es tanto mas por la naturaleza de las cosas, cuanto que se ejerce sobre las *leyes* penales.

Entrando en el examen de las formas particulares de la ley penal, ocurre desde luego una importante y primera cuestion, la de la *codificacion*.

Esta cuestion de alta filosofia legislativa, que de algunos años á esta parte ha ocupado á los hombres mas notables, nos parece debe ser considerada bajo dos distintos aspectos.

En su mayor generalidad, consiste en saber si un sistema de derecho nacional, desarrollado sucesivamente, al compas de las necesidades sociales, por medio de algunas leyes, si se quiere, pero particularmente por las costumbres, la doctrina de los jurisconsultos y los precedentes jurídicos, es ó no preferible á un sistema de derecho fundado directamente por el legislador, mediante un cuerpo mas ó menos voluminoso de leyes escritas; en otros términos, un Código.

Considerada bajo un punto de vista mas limitado, la cuestion de la *codificacion* es esta: En un Estado falto de leyes, ó cuyo sistema de derecho necesite una gran reforma, ¿debe proceder poco á poco el legislador, echando mano de leyes especiales, ó concebir sino un sistema completo y formarle de un golpe, es decir, sustituir de una sola vez con un Código todo lo que existe?

Truncariase, á nuestro parecer, el pensamiento



de los adversarios de la *codificación*, si se creyese que trataban de aplicar sus doctrinas á las leyes penales. Profundos en el derecho civil, consagrados exclusivamente á seguir las numerosas ramificaciones de este derecho y de hacer patente su historia, la ley penal no se ha presentado á su ánimo mas que como un apéndice sobre el cual no se ha fijado su atención.

Tocante á la *codificación*, el derecho civil ofrece dificultades particulares. Su estension es muy vasta; las materias que abraza son muchas y variadas; y, lo que es mas importante todavia, aunque no se haya notado esto lo bastante, la voluntad del hombre puede frustrar los proyectos del legislador y hacer vana su sagacidad con las resoluciones mas inesperadas, y con combinaciones tan complicadas como imprevistas. La ley civil que se apodera del hombre en el seno de su madre y le sigue, por decirlo asi, hasta mas allá del sepulcro, no quiere privarle sin embargo de toda libertad de accion en la esfera de las relaciones de derecho civil entre hombre y hombre. El hombre influye inmediata é incesantemente sobre el derecho civil; ora desenvuelva nuevas relaciones de personas, de obligaciones y de propiedad, ora modifique ó combine de un modo nuevo las relaciones ya conocidas, obliga á la autoridad judicial á seguir su marcha, sus rodeos, y á resolver las cuestiones y casos particulares que ha tenido á bien originar, aunque no fuese mas que por estravagancia.

Asi, examinándolo de cerca, se echa de ver que el derecho civil está compuesto de dos partes muy distintas. La una, precisa, imperativa y absoluta, nada deja á la libertad de la accion individual, y se aproxima mucho á la naturaleza de las leyes politicas y penales: la otra es algo vaga, menos



completa, y quisiéramos poder añadir, maleable y ductil por la accion individual, por la influencia inmediata de cada hecho nuevo. Cuando la ley civil ha señalado las reglas de capacidad y las fórmulas que deben seguirse para el casamiento, arreglado la teneduria de los registros del estado civil, anulado toda sustitucion, determinado las formas del sistema hipotecario &c., queda ya dicho todo sobre estas materias. Si se originan cuestiones, es porque la ley es oscura é incompleta, y habria podido ser completa y clara. Pero la voluntad del hombre, del simple particular, no alcanza á mas de la ley. Si se casa contra la regla establecida, su casamiento podrá ser declarado nulo; si hace una sustitucion, quedará sin efecto; si no inscribe, ó inscribe mal su hipoteca, será pospuesto á otros acreedores.

Pero la venta, la locacion, el mandato, el contrato de compañía y otras tantas transacciones no pueden arreglarse de esta manera. La libre voluntad del hombre conserva aquí casi toda su accion; aquí son posibles, probables y lícitas mil combinaciones diferentes, nuevas y variadas que, nótese esto bien, no pueden ser prohibidas sin detener el movimiento material de la sociedad, sin convertir al hombre en máquina, sin trasladarnos á otros tiempos, á otra organizacion social, á un sistema de derecho estricto, inmutable é incompatible con nuestra civilizacion progresiva.

Durante mucho tiempo no se han conocido mas que los seguros marítimos. Las legislaciones mercantiles han arreglado este contrato, y la jurisprudencia ha desenvuelto y aplicado estas reglas. Pero el mundo ha proseguido su marcha: el espíritu de asociacion se ha manifestado bajo nuevas formas; háse comprendido que habia otros riesgos que casi se po-



dian evitar participando de ellos; de aquí los seguros terrestres, y los seguros sobre la vida. Pero el hombre anda como quiere, y la ley cojea. El hombre reclama, y la ley está sorda. La jurisprudencia es la que sigue de continuo al hombre, y la que siempre le escucha. Este no le dicta sus fallos, pero con su libre voluntad la obliga á que los pronuncie (1).

Sería tan curioso como importante examinar cuál ha sido y cuál debe ser, en los diversos estados de sociedad, la parte coactiva y la parte libre del derecho civil. No podemos hacer mas que indicar esta preciosa é importante investigacion (2).

Ahora bien, ¿qué puede establecer sobre esta segunda parte del derecho civil el legislador mas hábil é inteligente? Si es cuerdo, se limitará á sentar los *principios reguladores* en cada materia (3), y dejará lo demas á la jurisprudencia nacional; y lo dejará con confianza, si ha sabido crear en su pais estudios graves, una escelente organizacion judicial y buenos procedimientos.

Acaso también, examinando de mas cerca la na-

(1) Ciceron ha señalado otro punto de vista en que el derecho civil se separa del derecho penal. «*Omnia judicia, aut distrahendarum controversiarum, aut puniendorum maleficorum causa reperta sunt: quorum alterum levius est, propterea quod et minus lædit, et persæpe disceptatore domestico dijudicatur; alterum est vehementissimum quod et ad graviores res pertinet, et non honorariam amici, sed severitatem iudicis ac vim requirit.* Pr. Cæcina, cap. 2.»

(2) Esta distincion entre las exigencias absolutas é imperativas de la ley, y la latitud que se deja al *individualismo*, puede arrojar mucha luz sobre la historia del derecho civil de todos los paises, y esplicar sus principales fases.

(3) En los *Anales de legislacion y jurisprudencia* que se publicaban en Ginebra, hemos tratado de esplicar lo que entendemos por *principios reguladores*. Son distintos de los *principios generales*, y es esencial no equivocarse en esto.



turalidad de la otra parte del derecho civil, llegará á una conclusion análoga. Es decir que separando del fondo lo que es reglamentario y de forma, lo que de consiguiente pertenece de hecho á la accion legislativa, encontrará que queda todavía un campo bastante vasto de combinaciones diferentes y hasta cierto punto libres, sobre las cuales no puede tampoco mas que establecer principios reguladores, y abandonarlas luego á la jurisprudencia nacional.

De todas maneras, si estas consideraciones bastan para probar que los enemigos de *toda codificacion* han sostenido una doctrina que no deja de apoyarse sobre un conocimiento íntimo del derecho civil, de su marcha y de su historia, nos parecen por otra parte suficientes para hacer ver lo que su sistema puede tener de exagerado. Siempre es necesario un número mas ó menos grande, pero siempre bastante considerable, de leyes escritas, reunidas ó no en un Código, para asentar las bases y determinar las formas del derecho civil. No queremos mas ejemplo que el sistema hipotecario. Compárese este sistema, segun está organizado por la ley francesa, y mejor todavía por las leyes prusiana, bávara y otras, con lo que era en tiempo del derecho romano; sería menester estar ciego para no reconocer que las leyes que acamos de citar, que estas diversas *codificaciones* hipotecarias han sido un beneficio social. No obstante este beneficio no podia verificarse mas que por la accion legislativa. En nuestros sistemas políticos, no se puede pensar con seriedad en pretores que fabriquen á su capricho edictos y reglamentos generales, en una palabra, leyes.

Es decir que, aun en derecho civil, todo lo que sea principios reguladores, prohibiciones y formas (las formas no son en la esencia mas que prohibicio-



nes), debe ser en nuestros dias obra de la ley propiamente dicha.

Alguna pena nos causa haber entrado aqui en una materia que los límites y la naturaleza de nuestro trabajo nos impiden profundizar y desenvolver. Con todo nos parece resulta suficientemente de lo poco que hemos establecido, que la cuestion de la *codificacion*, tomada en su sentido mas general, no es de ninguna manera aplicable al derecho penal.

Este derecho es enteramente prohibitivo. Su campo es poco lato, y no toca mas que á ciertos puntos del derecho general. Aun en estas partes, el derecho penal no considera mas que los hechos de bastante gravedad para que sea menester reprimirlos por una *pena*. Bajo este punto de vista se separa pues, *toto cælo*, del derecho civil.

Apártase tambien de él en que no crea, como el derecho civil, la necesidad de juzgar de grado ó por fuerza casos imprevistos y nuevos. La lucha judicial no es ya entre individuo é individuo; la parte agraviada puede reclamar siempre un resarcimiento, aun cuando no hubiese pie para una accion penal. La sociedad no corre peligro dejando impune un hecho aislado y no previsto por la ley positiva; encuentra su defensa en la ley que puede sancionar sobre los hechos semejantes que pudieran cometerse todavía.

Por lo demas, ya hemos establecido suficientemente la necesidad de una ley penal preexistente y publicada para justificar el derecho de castigar. Ahora queremos probar únicamente que el derecho penal debia, en cualquiera hipótesis, no estar sujeto á la cuestion de la *codificacion*, tomada en un sentido mas general.

No sucede lo propio cuando la cuestion se re-



duce á saber si vale mas proceder por leyes especiales ó crear de repente una legislacion penal completa; en otros términos, hacer un Código.

Esta cuestion solo puede tener lugar en un pais falto de leyes penales, ó que tenga una legislacion criminal que se creyese muy mala.

Donde quiera que existe una legislacion corregible, sería una locura, y, á decir verdad, los hombres investidos del poder legislativo no pensarían en ello siquiera, echar á un lado aquello que se posee ya, que se conoce, practica y está infiltrado, si puede hablarse de esta manera, en las costumbres y hábitos nacionales, por el deseo de hacer cosas nuevas ó proceder, segun se dice, metódicamente.

¡Hacer cosas nuevas! Pero si parte de lo que existe es bueno, sería menester para hacer cosas nuevas echar mano voluntariamente de lo malo. Si se conserva todo lo bueno en su forma presente, se está fuera de la cuestion; si se quiere darle una forma distinta, el legislador se convierte en académico. No se piensa entonces en la ley, sino en la hechura de un libro. Se confunde un tratado con un código (1). ¡Por tener una division mas simétrica, un lenguaje mas castizo y una redaccion mas elegante, se habian de trastornar todos los hábitos, volver al noviciado á magistrados, jurisconsultos y ciudadanos y tratar de borrar de una plumada una jurisprudencia de muchos años!

Los *codificadores* olvidan con harta frecuencia que sus divisiones sistemáticas, escelentes para un

---

(1) «In legibus, non tam *stylus et descriptio*, quam *auctoritas*, et hujus patronus *antiquitas*, spectanda est. Alias videri possit hujusmodi opus, *scholasticorum* potius quidem, et *methodus*, quam *corpus legum imperantium.*» Bacon, de Certit. leg. Aph. 62.



libro, son mucho menos ventajosas para un Código; que los delitos no se cometen, que las causas no se presentan en el orden de sus ideas; que una coordinación demasiado estudiada del libro de la ley no deja tampoco de tener riesgo, porque es imposible preveer todas las consecuencias que podrán sacarse de esta coordinación; olvidan con harta frecuencia que, para las necesidades de la enseñanza y del estudio, no faltarán nunca una porción de escritores que, cualquiera que sea la forma de la ley penal, presentarán uno, dos, veinte métodos diversos, dando cada cual el suyo como el mejor; olvidan por último lo que es mas importante todavía, la absoluta imposibilidad de carecer de una jurisprudencia, ó, si se quiere, de evitarla. Adóptese el sistema de redacción que se quiera, todo hombre algo práctico sabe que pronto se tendrá necesidad de invocar el auxilio de la jurisprudencia para explicar una definición, para fijar el sentido de las palabras, para determinar con mas exactitud los casos comprendidos y los casos escludidos por la ley.

La palabra es un instrumento imperfecto, el hombre un artesano falible, y sería locura esperar un trabajo sin imperfección, una obra que no tuviese ninguna necesidad de comentario.

Así habría que dar nuevamente á todo principio por amor al método ó á la elegancia. Nuevas dudas, nuevos procesos, nuevos gastos, nuevas discusiones, nueva jurisprudencia. Esta jurisprudencia se enredaría con la anterior á causa de la natural propensión de los prácticos á referirlo todo de grado ó por fuerza á sus divagaciones, lo cual quitaría hasta la esperanza de ver reducidas á un corto número las dificultades que se habría tenido el gusto de suscitar solo por amor del arte.



Queda el caso de una legislación mala é incorregible. Estas palabras no tienen exacto sentido: es menester explicarse.

Llamo mal sistema de derecho penal á aquel que hubiese sido establecido en una época de civilización y de luces, enteramente diversa de la presente, y que hubiese permanecido casi el mismo, ya por un efecto de las preocupaciones y de la rutina, ya por una combinación política cualquiera. Puede citarse atrevidamente la Inglaterra. Á pesar de haberse hecho algunas variaciones y mejoras notables, una gran parte de su legislación penal representa todavía otro tiempo, otras costumbres, otro estado social diverso del presente. Otro tanto diré de las leyes penales del Piamonte y de una parte de la Suiza.

Llamaré detestable á un sistema penal que, además de la desventaja que acabo de manifestar, tuviese la de haber sido casi siempre un instrumento, un arma en manos de un poder absoluto, hipócrita y caprichoso; un sistema que se encontrase así apuntalado con antecedentes peores todavía que la ley.

Llamo malo á un derecho penal formado de partes sobrado numerosas y distintas, mal determinadas y conocidas. Tal sería el de un país en que el derecho romano hubiese permanecido vigente, sobrecargado de estatutos, decretos y decisiones de todos tiempos y circunstancias. Desordenado arsenal en que se recogerían á la ventura armas para el ataque y para la defensa, y de donde podría sacarse todo, escepto los medios de hacer prevalecer la verdad y la justicia.

Hay otro punto de vista bajo el cual puede ser considerada como mala en un país dado una legislación, y es su falta de *nacionalismo*.



Cualquiera que sea su mérito intrínseco, una legislación *importada* no puede evitar dos tachas:

Una, haber sido un resultado de hechos y circunstancias extraños para el país á que ha sido trasportada, y no estar ligada á ningun antecedente.

Otra, no tener el sello de una obra nacional, no estar, por decirlo así, protegida por el afecto público y el orgullo de la patria; y por último, violentar hasta cierto punto al país en que acaba de establecerse á asimilarse con aquel de donde procede.

El derecho es una lengua, una lengua que tiene muchas y profundas semejanzas con la lengua hablada.

Contiene, como esta, la espresion del estado social, la revelacion de sus necesidades. Como la lengua hablada, es esencialmente movible y progresiva; como la lengua hablada, no se inventa, sino que se forma paulatinamente y por el libre concurso de todos los elementos de la vida nacional. Á medida que va desenvolviéndose, se puede sujetarla, regularizarla y darle formas mas precisas: fijarla en el sentido de hacerla inmutable, sería imposible. En este concepto, son dos absurdos del mismo género un Código y un Diccionario de la Academia: el uno ridículo, y el otro pernicioso. Estas observaciones se aplican al derecho penal lo mismo que al derecho civil; solo que los resultados de la creacion nacional deben estar siempre, en materia criminal, sujetos y regularizados por la ley positiva.

Ahora bien, ¿qué es para un pueblo la adopcion de una lengua estrangera? Si le obligan á ello, recibe un ultraje y está bajo el yugo de la tirania; si es un acto espontáneo, comete una especie de locura, una abdicacion de nacionalidad.



Nada exageramos sin embargo. Es difícil creer que los Galos hayan hablado nunca con exactitud la lengua latina de Roma. Hay mas: del mismo origen han nacido tres lenguas que, sin renegar su comun raiz, se manifiestan sin embargo como tres lenguas distintas. La nacionalidad no se apaga nunca mientras queden hombres; resiste á todo, sobre todo refluye, y á todas las cosas las modifica. Encierra en ella un principio de asimilacion que penetra, hasta cierto punto, en todas las instituciones extranjeras que la nacion se determina ó se ve obligada á adoptar.

Estos mismos efectos se manifiestan con mucha fuerza en materia de derecho, particularmente si la importacion de una legislacion extranjera se hace en un pueblo formado y civilizado ya.

La jurisprudencia, como llena que está de vida y eficacia, no tarda en comunicar un color local á la legislacion escrita é importada en el pais; si no es continua la accion de una fuerza extranjera, si no hay servidumbre política, el pais en que se ha hecho la importacion no se asimila con aquel de que han venido las leyes, sino que estas leyes acaban, hasta cierto punto, por asimilarse en su aplicacion con el pais en que han sido introducidas.

El reino de Italia, en tiempo de Napoleon, no era un pais verdaderamente libre y bien organizado. Empero como la justicia se administraba en él por hombres del pais, y el gobierno (esceptuando algunos casos) la dejaba abandonada á sí misma, la legislacion francesa empezaba ya á recibir por medio de la jurisprudencia distintas modificaciones de las que recibia en Francia. No obstante, merced á las relaciones muy íntimas de ambos gobiernos, la jurisprudencia de los tribunales franceses se alegaba ante los tribunales italianos.



De todas maneras, compréndese que, en los diferentes casos que acabamos de enumerar, existe un motivo plausible para desear una reforma completa de la legislación vigente. Ahora ¿conviene mejor proceder por leyes sueltas y especiales, ó publicar sino un Código?

La discusión de esta cuestión no deja de tener ventajas. Con todo, en la práctica será siempre resuelta en uno ú otro sentido por la fuerza de las circunstancias. En los países que tienen opinión pública, allí donde la nación no es extraña para sus propios asuntos, un Código aparece solo cuando ha llegado á ser una necesidad social. Pero llegado que sea este momento, poco importa que el trabajo tenga ó no dificultades, mas ó menos riesgos; se hace un Código lo mismo que se hace una guerra, como se echa por tierra, sin calcularlo mucho, una casa antigua, cuando sus muchas incomodidades cansan, impacientan, irritan y causan tedio.

La nueva Europa ha hecho muchos Códigos, y no ha renunciado á hacerlos. Muchos de estos Códigos eran una precisión de la crisis social que se preparaba hácia mediados del siglo pasado, que estalló á fines de él, y que aun no ha tenido término. Otros no han sido, es verdad, mas que un asunto de moda, una imitación vanidosa ó una diestra concesión del despotismo. Desgraciadamente estas no son todavía mas que necesidades.

Tentados estamos por creer que estos Códigos no son tan buenos como puede un Código serlo. Los Códigos criminales particularmente no representan, á nuestro parecer, toda la reforma que requiere nuestro siglo. Atestiguan mas que satisfacen las necesidades de la época, y en algunos países se habria ido mas lejos acaso, si no se hubiese procedido por



*codificacion.* Pero lo repetimos, ¿cómo resistir al torrente?

No obstante parece que se va apagando este ciego movimiento. Razon se ha tenido en recordar el verso de Ovidio:

“*Et quod nunc ratio est, impetus ante fuit.*”

Á las reformas violentas ó de pura imitacion deben suceder por último las reformas meditadas y racionales. ¿Será menester para esto hacer Códigos? ¿No valdria mas proceder á la reforma por leyes parciales y sucesivas?

Apartemos primeramente toda idea de un Código *general*, que abrace toda la legislacion, política, civil, penal &c. Limitémonos á hablar de un Código *penal*.

Lisonjea mucho trabajar en una *codificacion*. Esta obra lisonjea á sus autores, á las asambleas deliberantes, á la nacion, al monarca. Es muy agradable oír decir el Código de Justiniano, el Código de Napolcon; el Código francés, el Código prusiano.

Sosieguese el amor propio. Nada obsta para que la totalidad de las leyes penales, por ejemplo, se reúna en un libro, y se le llame Código.

Esto es lo que sucedió, entre otros casos, con las *constituciones del Piamonte*, Código compuesto de edictos promulgados en diferentes épocas por distintos reyes, y que gozó de celebridad en su tiempo.

Pero esto es estenderse demasiado en consideraciones que nada tienen que ver con el fondo de la cuestion; y la cuestion es harto grave de suyo para tomarse la licencia de trasportarla fuera de su verdadero terreno.

Un Código es una obra compleja, compuesta de partes muy distintas, y de materias que estan distantes de ser enteramente homogéneas.



Hay sin duda principios fundamentales para todo sistema penal, y sería sensible que no fuesen observados en cada familia de delitos.

Pero una vez reconocidos estos principios ó establecidos en un pequeño número de artículos de ley, se entra en un campo bastante espacioso cuyas diversas partes requieren un trabajo esmerado y procedimientos mas ó menos diferentes. El crimen de traicion no puede ser tratado exactamente de igual manera que el crimen de robo. Los crímenes de falsificación y bancarrota requieren mas esplicaciones que las que deben darse sobre los delitos de homicidio é injuria. Los principios *reguladores* no son todos los mismos.

En una materia se necesitan definiciones; en otra son inútiles y hasta peligrosas.

En una es menester, por decirlo así, coger el crimen al paso, en la tentativa, acaso tambien en los actos preparatorios; en otra, es necesario concentrar sobre el delito consumado toda la atención del legislador.

Importa, en ciertas materias, indicar de un modo preciso y positivo las circunstancias agravantes ó atenuantes; acaso tambien es menester hacer del crimen agravado un caso enteramente distinto, un delito *sui generis*; puédese sobre otros delitos pasarlas en silencio y dejarlas al arbitrio del juez, quien hará mérito de ellas al pronunciar la sentencia.

Ahora bien, ¿qué es hacer un Código? Es encomendar todo el trabajo á la misma persona ó á un pequeño número de personas, para que todo quede hecho y terminado casi al mismo tiempo.

Pero todo hombre dotado de alguna capacidad quiere un sistema, necesita unidad y simetría. Complácese en ello, porque su obra ofrece á primera vis-

:



ta un aspecto agradable, porque su trabajo tiene mayor facilidad, y porque encuentra así ciertas apariencias de orden. Y entonces ¡desgraciado y réprobo de aquel que se atreva á tocar á su edificio! El arquitecto no puede concebir un atentado de esta clase. No obstante, ¡cuántos palacios no son sino malas casas, porque el arquitecto no ha pensado mas que en la fachada!

No es fácil pues encontrar hombre ó hombres que, encargados de redactar un Código penal, conserven bastante libertad de ánimo para llenar las exigencias de cada materia, aunque estas hubieran de hacer menos ostensible el mérito literario de su obra; aunque reclamasen, hasta cierto punto, el sacrificio del arte á lo justo y á lo útil.

Una de las mas graves inculpaciones que se tiene derecho de hacer á los legisladores en materia penal, es haber sacado á muchos crímenes de su natural familia con la idea de clasificarlos entre los delitos dignos de los mayores castigos. Esta dislocacion ha sido muchas veces un efecto de la ignorancia; algunas un acto premeditado de la tiranía y del servilismo, y varias tambien consecuencia de un sistema de clasificacion sabiamente concebido.

El error es fácil; porque todo delito presenta diferentes aspectos que, á primera vista, pueden parecer de una importancia igual.

Coloquémonos ahora en un sistema cuyo autor haya adoptado, como siempre sucede, un principio especulativo y absoluto de clasificacion. Ya estan preparadas las casillas, y su número es dado. Menester es que cada delito responda al llamamiento, que venga á encerrarse en el lugar que le ha sido señalado. Acaso va á separarse de una especie que le es análoga por unirse á otra con quien nada tiene que ver; acaso



por ser sobrado estrecha la casilla que le estaba destinada, se ve obligado á perder su natural forma y presentarse bajo un aspecto falso. Todo esto le importa poco al clasificador. Lo que quiere ante todas cosas es que triunfe el principio adoptado, que llame la atención por su simetría la totalidad de la obra; que el arte predomine en ella, y que el espectador la admire encantado á primera vista.

Sería una exageración sostener que nadie puede evitar estos inconvenientes en la formación de un Código; pero dícese verdad al afirmar que estos inconvenientes están ligados en cierta manera con la naturaleza del espíritu humano, y que solo por una especie de privilegio se puede tener la fortuna de evitarlos.

Entre tanto ¿qué sucede, si no se evitan? La legislación penal, distraída de su natural camino, se encuentra envuelta en un sistema artificial cuyas consecuencias, ora en detrimento de la sociedad, ora en perjuicio de los individuos, son incalculables.

Deslizanse en la obra errores de gravedad, y los ojos del espectador, deslumbrados con la regularidad de ella, no los echan de ver ni se atreven á buscarlos. ¿Llega el momento en que, gastada al cabo la admiración con la costumbre, se empiezan á reconocer algunos de estos yerros? Se está distante de pensar en corregirlos. "El conjunto es tan admirable que no hay que pensar en tocar á él: toda obra humana tiene sus imperfecciones, y es menester saber resignarse á ellas: despues de haberse trabajado tanto por acabar una obra tan imponente, ¿se volvería á empezarla de nuevo? Las quejas son pretextos; se tachan algunas partes, porque se desea destruirlo todo. Y luego ¿cómo se acomodarian estas variaciones parciales á un todo sistemático? Es me-



nester no tocar á nada: esto sería una temeridad indisculpable." Y á la sombra de estos argumentos, que mas de una vez han oido aquellos que deseaban rápidas reformas en ciertas partes de los Códigos que la Francia habia importado á otros paises, se mantienen los errores, se perpetúan los abusos, y el Código permanece intacto, como moles que se respetan á causa del miedo que da su peso.

Entre tanto ¿qué hace la jurisprudencia? Ó admite ó desecha todo lo que el sistema tiene de facticio y mentiroso.

¿Lo admite? Entonces se consagran errores, acaso por siglos. A la autoridad del Código se reúne la de los tribunales, la de las sentencias, la de los comentarios y de los tratados. La falange de los prácticos se reúne en derredor del arca santa, y ¡desgraciado aquel que se atreva á acercarse á ella con la frente alzada y los ojos abiertos!

¿Lo desecha? ¡Singular estado de cosas! La ley y la jurisprudencia, la teoria y la práctica, los principios y la aplicacion, el legislador y el juez estan en hostilidad permanente. ¡Y la guerra se hace de cuenta y riesgo de los ciudadanos que no son jueces ni legisladores!

Sin duda que una ley no es buena por la sola razon de que sea breve y especial. Pero siempre es cierto que los errores son mas fáciles de evitar, y sobre todo de corregir en una ley particular que en un Código. No se abraza una porcion de asuntos diversos y complicados: no se encuentran las mismas dificultades para un trabajo nuevo, ni las mismas resistencias de amor propio, de vanidad nacional, de inercia, de preocupaciones, de respeto &c.

Sin embargo, se dirá, todas las materias de derecho penal tienen ciertas relaciones entre sí; estas



relaciones verdaderas y naturales son posibles de manifestar, y se las manifiesta ó se intenta manifestarlas en un libro. Sin esto ¿qué sería una obra de derecho penal? Carecería de orden y de método.

Se olvida demasiado, insistimos en esto, que una obra de derecho y una ley son cosas muy distintas entre si.

Un libro á nadie le obliga. ¿Tiene faltas? Se tachan con libertad, se toma lo bueno y se desecha lo malo. ¿Es el libro enteramente malo? Se le echa á un lado, y al dia siguiente se olvida, y todo está dicho.

Para los libros hay concurrencia. Aquello que no ha visto un autor, otro lo ve y lo revela. Se corrigen y completan mutuamente.

Por último, el lector es libre. Examina, escoge, adopta, desecha y modifica.

¿Ha tomado por cierta una relacion falsa á causa de haber sido inducido á error por el libro? Es un mal, un error especulativo; el lector no hará cortar mañana á un hombre la cabeza por su dicho.

En una palabra, los libros son útiles y aun necesarios; afortunadamente no son obligatorios.

Seguramente es necesario orden y método; seguramente existen entre las diferentes partes de una materia conexiones necesarias, relaciones verdaderas y naturales. ¿Quién podría negarlo? Pero á la par del orden natural, verdadero, que deja todas las cosas bajo su verdadero aspecto, que no desfigura ni mutila nada, hay una porcion de órdenes artificiales, facticios, caprichosos, que bajo la engañosa esterioridad de una admirable regularidad, encubren un desorden interior y completo.

Que este orden aparente que encubre un desorden verdadero domine en un libro, es un mal cuyas



consecuencias prácticas son poco temibles. No sucede lo mismo si domina en la ley.

La cuestión se reduce pues á saber si el orden efectivo y natural, si los principios *reguladores* de cada materia son mas fáciles de establecer en la legislación por la formación simultánea de todas las partes de un Código, ó procediendo sucesivamente por leyes particulares.

Ahora bien, creemos, y la observación del espíritu humano y de los hechos parecen venir en apoyo de nuestra opinión, que es mas fácil evitar los riesgos procediendo por partes, que haciendo un Código de un solo golpe. Mas seguros estamos de que la falsificación de monedas y efectos públicos ocupará su lugar natural en una ley especial sobre robos, que en un Código en que estos crímenes puedan muy bien, á favor de algunas divisiones artificiales, tener la honra de ser contados entre los crímenes de Estado.

Hay mas; hasta ahora hemos hablado de la formación de un Código, como si pudiese ser obra de un hombre ó de un pequeño número de hombres. Nada de esto empero sucede: en los países libres, únicos que pueden llegar á la perfección de la legislación penal, las leyes deben ser discutidas y aprobadas por asambleas deliberantes. Este es, dígame lo que se quiera, el escollo de los *codificadores*.

Ó la *codificación* es imposible, ó la asamblea *codifica* á ciegas, de cansancio y sin conocimiento de causa.

Basta haber pertenecido por algunos dias á una asamblea deliberante, asamblea que, á menos de ser una apariencia de legislatura, debe contar doscientos ó trescientos individuos, para comprender que si se quiere una discusión verdadera, inteligente y con-



cienzuda, es menester presentar á la asamblea cuestiones sencillas, proyectos de ley que sean fáciles de comprender en su totalidad.

En todas las asambleas hay diez, quince, veinte personas, para quienes es una costumbre el trabajo de gabinete. Estas pueden penetrar el espíritu de una obra, analizarla, estudiar cada una de sus partes y rehacerla luego. Este modo intelectual de proceder les es familiar, y pueden dar al trabajo y á la meditación todo el tiempo que requieren. Solo que no está demostrado que tengan derecho para apoderarse exclusivamente de la obra de la legislación y sustituir sus luces y su voluntad á las luces y voluntad de la asamblea. Porque no nos está demostrado que, para formar nuevas leyes, tengan ellos unas que representen el verdadero estado de la nación, ni mas aptitud que el resto de la asamblea. ¿Trátase de redactar la ley y de toda la parte técnica que debe contener indispensablemente, ya en el fondo, ya en la forma? Su opinion debe seguramente prevalecer. ¿Trátase de esclarecer la discusión con la comparación de la legislación existente, con las legislaciones estrangeras y los precedentes judiciales? También es de ellos de donde debe venir con preferencia la luz. Pero tocante á la parte puramente racional de la ley penal y á las inducciones que el legislador debe sacar del estado presente de las costumbres, ya para caracterizar los delitos legales, ya para la eleccion y cantidad de las penas, los sabios de la asamblea no tienen á mis ojos ninguna superioridad sobre aquellos colegas suyos que, habiendo recibido una educación liberal, conocen al mismo tiempo el mundo y estan versados en la práctica de los negocios.

Desechamos pues un modo de proceder que, de hecho ó indirectamente á lo menos, aparta de la dis-



cusión de la ley penal á todos estos miembros de la asamblea.

Apártalos de ella, porque no pueden hacerse cumplido cargo, por falta de costumbre y de tiempo, de la totalidad, así como tampoco de las diversas partes de un gran trabajo.

Apártalos de ella, porque una discusión larga sobre el mismo asunto los cansa y los fastidia. La experiencia prueba que, si la discusión empieza con doscientos individuos presentes, acaba quedando solo treinta ó cuarenta.

Aun cuando concurriesen materialmente á la discusión, el proyecto de ley no reportaría ventajas de su presencia. Asustada del trabajo la asamblea, toma presto el partido de pasar por todo y de no detenerse en nada. La discusión sobre artículos no es en breve mas que un movimiento maquinal del cuerpo: el alma ha desaparecido de ella. Sucédeles á los individuos de la asamblea lo que á un hombre que escucha una larga lectura en un idioma extranjero que no entiende con facilidad. Al principio esfuerza su atención, y comprende. Si prosigue la lectura, se le escapa una palabra, luego otra, luego toda una frase, y luego otra frase mas; en breve renuncia al proyecto, que de buena fé habia formado, de seguirla toda, y ya no escucha mas que con los ojos.

La legislatura no es entonces mas que una mentira. La conciencia individual queda sustituida indirectamente á la conciencia general, y la ley es obra de una comisión.

Pero supongamos que la asamblea no se canse y que un número bastante razonable de sus individuos sigue con atención y de un cabo á otro la discusión de un proyecto de Código. Ofrécense nuevas dificultades, y no de menos gravedad.



Mientras mas larga es una discusion, mas difícil es y aun imposible tener una asamblea idéntica. Los individuos hoy presentes no son los de ayer, y mañana habrá otros nuevos y faltarán varios de los actuales. Un principio, adoptado hoy por una razon, será desechado ó modificado en la semana próxima por una razon análoga. La enmienda desechada en un dia se reproducirá en otro bajo otra forma, y quedará adoptada.

¿No es evidente que, en medio de estas ondulaciones continuas é irregulares de la asamblea, mientras mas largo y sistemático sea el proyecto, mas riesgo corre de quedar desfigurado, y salir por último del combate en un estado de desorden cuyo menor inconveniente será el haber desaparecido toda belleza y mérito artistico?

Asi, por cualquiera parte que se considere la cuestion, siempre es cierto que vale mas renunciar á la pompa de un Código, y proceder por leyes sueltas y separadas. Estas son mas susceptibles de hacerse bien, mas fáciles de corregir, y se prestan mejor á la reforma progresiva y continua, reforma que es aneja á la naturaleza de las cosas, á la naturaleza del hombre y de sus deberes.

Procédase por leyes sueltas y sucesivas, cada una de las cuales forme un todo reducido; téngase al mismo tiempo una imprenta libre y un jurado, y no se tardará en poner y conservar la legislacion al nivel de la civilizacion nacional. La imprenta con sus trabajos, el jurado con sus decisiones, instruirán de las verdaderas necesidades de la legislacion, y la masa imponente de un Código sistemático no se presentará como una barrera que estorbe todo progreso.

Pero, al hacer unas objeciones que nos parecen fundadas contra un sistema esclusivo, no queremos



dar en otro sistema igualmente exclusivo y vicioso. Así nos apresuramos á reconocer que hay en la legislación penal una parte que debe ser materia de una *codificación*, cuando llegue el momento de hacer con ella una reforma radical. Queremos hablar de la organización judicial y del enjuiciamiento criminal.

Esta no es una concesión, una excepción de los principios que acabamos de establecer, sino consecuencia directa de los mismos. En efecto, ¿qué cosa son los procedimientos? Un método. Esa unión sistemática y hasta cierto punto artificial que tememos en la legislación penal, es una necesidad para el enjuiciamiento criminal. Puede presentarse un proyecto de ley sobre el crimen de traición; luego otro enteramente distinto sobre la falsificación, y mas tarde, otro sobre los delitos de imprenta, y así sucesivamente. Piénsese ó decídase del segundo lo que se quiera, el primero puede ser muy bueno; puede adoptársele y llevársele á efecto, antes de que se presente el segundo, y aun cuando este haya sido variado ó desechado enteramente. No puede suceder lo mismo con el enjuiciamiento criminal. Porque no puede establecerse un método sin estar en seguridad de tener el personal acomodado á él; no puede aceptarse el personal acomodado á él, sin tener la seguridad de que será este, y no otro, el método adoptado; por último, no es posible poner hoy por obra parte de un método para mezclarle con otro enteramente distinto.

En una palabra, los procedimientos son una obra necesariamente técnica y sistemática. De aquí dos consecuencias: en caso de una reforma radical, es necesaria la *codificación*, no como crisis social, como medio político, sino como método racional y



meditado ; en segundo lugar , las asambleas deliberantes son muy poco idóneas para la discusion.

Con todo no puede encomendarse exclusivamente este trabajo á las personas del arte. La asamblea no debe despojarse de este derecho , y establecer un precedente tan peligroso. Ademas es dudoso que este fuera el medio de obtener mejoras efectivas (1).

El medio mejor sería acaso hacer primeramente que la asamblea deliberase los principios del nuevo sistema que se iba á establecer. No sería difícil comprenderlos en quince ó veinte proposiciones bien circunscriptas y positivas. Una vez admitidos estos principios , el poder ejecutivo encargaría de redactarle minuciosamente á una comision , compuesta naturalmente de hombres del arte , ó á un solo individuo tambien , para el cual sería mas fuerte la responsabilidad moral.

Terminada la obra del Código , sería presentado á la asamblea que le someteria al examen de otra comision escogida en su seno para que se certificase de que estaba conforme con los principios reconocidos. Entonces podria haber conferencias muy provechosas entre el autor ó los autores del proyecto y la comision del cuerpo deliberante , conferencias á que no se deberia tener reparo en dar una plena y entera publicidad (2). Por último , oido el dictámen de la

(1) Estamos distantes de negarnos á reconocer honrosas excepciones. ¿Cómo podríamos hacerlo sabiendo que nuestro colega y amigo, el señor abogado y profesor Bellot, ha sido principal autor de un Código de procedimientos civiles que honra á la república de Ginebra?

(2) En Ginebra se ha adoptado la publicidad de las discusiones en la comision encargada de examinar el nuevo Código hipotecario , ó para hablar con mas exactitud , el Código de los *Derechos efectivos*.



comision , la asamblea votaria los capitulos ; pero el voto de cada capitulo no seria mas que provisional en el sentido de que , si se desechase alguno de ellos, todos los demas quedarian suspensos hasta que se hubiese reproducido el capitulo desechado en terminos de que fuese aceptado. La asamblea entonces adoptaria el Código propuesto por un voto general.

Este modo de proceder podria igualmente aplicarse á un Código de delitos y penas en caso de que fuese necesario, por cualquiera motivo, seguir la via de la *codificacion*. Cuando se desea el fin, es menester poner los medios: cuando se quiere un sistema, es menester reducir, por decirlo asi, á una sola las diferentes inteligencias de un cuerpo politico.

#### CAPÍTULO IV.

##### *Lo que debe contener la ley penal.*

La cuestion de saber lo que la ley penal debe contener es una de las cuestiones mas importantes y menos estudiadas.

Se han sentado principios, pero no se ha pensado en el modo cómo deberian aplicarse. Se ha atendido poco á las reglas que deberian seguirse en la distribucion de los oficios de juez y de legislador.

Sin embargo este es un problema capital.

El legislador procede por generalidades. El juez interviene en cada caso particular.

Acrciéntese demasiado la accion del primero, y se tendrá en cierta manera una justicia abstracta, dura, inflexible, igual para todos en la apariencia, inicua en realidad de verdad.

Acrciéntese sobradamente la accion del segun-



do, y se tendrá una administracion de justicia que se asemejará, es verdad, en sus formas exteriores á la justicia moral, pero que, realmente, carecerá de las garantías necesarias contra los caprichos del odio y del favor.

El hombre no tiene habilidad bastante para hacer leyes positivas que satisfagan, en cada caso particular, á lo que requieren la justicia y el bien público.

Tampoco tiene bastante virtud para que se le encomiende la administracion de la justicia social, sin mas regla de conducta que los preceptos de la justicia moral y la libre estimacion de las necesidades del orden político.

De aqui resulta la necesidad de combinar, en ciertos límites, el mandamiento del legislador con la libre accion de la conciencia humana en cada caso particular; la ley general y positiva con la equidad del juez.

Esta combinacion debe tener lugar á la vez en la ley penal propiamente dicha, y en la que organiza el poder judicial y determina las formas de los procedimientos. La necesidad de esta combinacion ofrece uno de los motivos mas imperiosos para establecer el jurado.

Pero no es este el lugar en que debemos tratar de lo concerniente á la organizacion judicial y á las formas de los procedimientos. Limitémonos á la ley penal propiamente dicha.

Al tratar las diferentes partes de nuestro asunto, ya hemos indicado, siempre que se ha ofrecido ocasion, el punto en que debe detenerse la ley escrita y dejar libre la accion al poder judicial. Asi podriamos contentarnos con meras citas; pero juzgamos que la reunion, en un solo haz, de las prin-



cipales observaciones que se encuentran esparcidas por los diferentes capítulos de esta obra, no dejará de traer ventajas al lector. Podremos al propio tiempo añadir algunas observaciones que no han podido tener lugar en otra parte.

La ley humana se compone de la parte dispositiva y de la sancion penal. ¿Cuáles son, en una y otra, los límites que el legislador debe abstenerse de traspasar en la ley criminal? ¿Dónde empieza el poder del juez, la libre estimacion de los casos individuales por su conciencia y su juicio?

*Parte dispositiva.* 1.º Tócale al legislador determinar cuáles son, entre los actos inmorales, aquellos que debe reprimir la justicia penal. No hay delito *legal*, cualquiera que sea por sí el acto, si la ley positiva no le ha puesto en el catálogo de los delitos.

El juez criminal no tiene sobre este punto ningún poder *discrecional*. Hácese culpable de prevaricacion, si procede á juzgar un acto á que no puede aplicar el texto de una ley penal que haya sido debidamente publicada antes del hecho que se le denuncia.

Poco importa que el hecho le parezca criminal, ya por su propia naturaleza como por motivos muy urgentes de conveniencia pública; poco importa que el castigo de este hecho le parezca justificado por razones enteramente parecidas á aquellas que han determinado al legislador á imponer una sancion penal á otros actos, aunque sean análogos á aquel de que se trata. No se habla aqui de una accion civil. El juez criminal puede y debe abstenerse.

La aplicacion de esta regla no presenta dificultad, cuando el hecho imputado es enteramente independiente de las categorías comprendidas en la ley penal. Pero los procesos ilegales se intentan



casi siempre contra los autores de actos que tienen alguna analogía con cualquiera de los crímenes previstos por la ley penal. El juez debe entonces resolver la cuestión, muy delicada con frecuencia, de saber si el acto imputado carece efectivamente de los caracteres que constituyen el delito legal. El derecho de interpretar la ley, ó por mejor decir, de indagar su verdadero sentido, es un poder de que no puede privársele.

El legislador debe afanarse por poner la ley clara y precisa. El juez no debe olvidar nunca que en caso de duda es menester desechar la aplicación de la ley penal. La impunidad de un delito es pequeño inconveniente, pudiendo el legislador explicar su pensamiento para todos los casos posteriores.

2.º Cuando un acto inmoral no deba dar lugar á acción criminal sino mientras esté acompañado de ciertas circunstancias, ó cuando la pena deba variar esencialmente según éstas, tócale al legislador determinarlas claramente. En el primer caso, son caracteres constitutivos del delito legal; en el segundo, influyen de un modo harto grave sobre la acción de la justicia para que el legislador pueda pasarlas en silencio y limitarse á dar una latitud grande á la sanción penal, esperando de que el juez solo aplicará una pena crecida á los hechos acompañados de alguna de las circunstancias agravantes.

3.º Pudiendo un crimen ser *preparado*, *intentado*, *frustrado* y *consumado*, tócale al legislador establecer las reglas que deben guiar al juez en la valuación de estas diversas gradaciones del hecho criminal, los principios *reguladores* en cuya virtud el acto preparatorio se distingue de la tentativa, esta del delito frustrado, y el delito frustrado del de-



delito consumado ya. Tócale al juez (1) decidir, en cada caso particular, si los hechos que resultan contra el acusado constituyen alguna de estas gradaciones.

4.º Pero también es el legislador á quien le toca estatuir sobre las cuestiones de saber si los *actos preparatorios* estarán exentos de todo castigo, y si debe tener excepciones esta regla.

5.º En este último caso, no debe únicamente indicar el crimen cuyos solos *preparativos* den ya motivo para la acción penal, sino que debe señalar los hechos particulares que los constituyen; en otros términos, debe erigir estos actos preparatorios en delito especial y positivamente determinado.

Si la necesidad le obliga en algunos casos á apartarse de esta regla, debe entonces encontrar medios indirectos de contener en los límites de la justicia á los jueces que llama, en cierta manera, á crear el delito, á declararle constante é imponerle un castigo.

6.º Asimismo, no teniendo todas las tentativas caracteres idénticos, tócale al legislador decidir cuáles son aquellas que dan lugar á la acción penal. Tócale al juez reconocer, en cada caso particular, si los hechos imputados constituyen una de las tentativas que el legislador ha declarado punibles, ó si no constituyen mas que una tentativa no punible, como por ejemplo, una tentativa suspensa por la voluntad del agente.

7.º También es el legislador quien debe decidir cuáles son los delitos cuya sola tentativa deba ser castigada, cuándo reúne además los caracteres que

---

(1) Es inútil advertir que tomamos con frecuencia la palabra juez en un sentido general. Seguramente no tratamos de escluir á los *jurados*.



la ley general requiere en la tentativa punible.

8.º Por último, tócale al legislador establecer el principio regulador para aplicar una pena á la tentativa, ora quiera asimilarla al crimen ya consumado, ora prefiera reconocer la diferencia que existe verdaderamente entre estos dos actos.

En el segundo caso, debe reducirse á establecer la regla que ha de seguirse para proporcionar la pena á la gravedad de las diversas tentativas. Tócale al juez declarar á qué grado de penalidad sube la tentativa imputada al acusado, segun la naturaleza de los actos que ha cometido.

9.º Análogas son las observaciones aplicables al delito *frustrado*. Pero la latitud dada á los jueces debe disminuir, supuesto que ha disminuido tambien la distancia que separa el acto cometido del acto consumado.

10.º Tocante á la *participacion* de muchas personas en el mismo crimen, la ley es la que debe resolver la cuestion de saber si se reconocerán dos especies de participacion (*co-delincuencia-complicidad*) ó una sola especie.

En la ley es donde deben indicarse de un modo general los caracteres de la participacion, y los que distinguen á la *co-delincuencia* de la *complicidad*, si se admite esta distincion.

Pero la graduacion de los hechos, en sus relaciones con el principio regulador establecido por la ley, pertenece al juez. Si el legislador indica hechos particulares, solo debe ser por via de esplicacion y de ejemplo.

Tambien debe establecerse en la ley la regla general que ha de seguirse para proporcionar la pena á los diversos grados de participacion en el crimen.

11.º Hasta aqui hemos hablado del acto crimi-

:



nal. Si pasamos á considerar mas particularmente al agente, veremos estrecharse el círculo de la ley y ensancharse la jurisdicción del juez. El legislador no debe establecer mas que principios generales en materias de imputabilidad.

Por lo demas, esta materia tiene un contacto inmediato con la ley de procedimientos. Reduzcámonos á algunas observaciones que hacen mas particular referencia á la ley penal.

12.º La ley puede reconocer como principio:

Que ningun acto es imputable cuando no ha habido concurso de la inteligencia y voluntad del agente;

Que este concurso es excluido por ciertos hechos generales, tales como la infancia hasta cierta edad, el estado de locura, la violencia por fuerza irresistible &c.

Tócale al juez reconocer si los hechos, en el caso particular que se le somete, pertenecen á alguna de estas categorías generales.

Pero no tememos repetir que el deber ordena á los jueces declarar la inculpabilidad del acusado, siempre que los hechos particulares les hayan sugerido el pleno conocimiento de que en el acto material no ha habido concurso de la inteligencia y voluntad del agente, aun cuando los hechos no perteneciesen á alguna de las categorías de hechos generales de *justificacion* previstos por la ley.

El juez que en tal caso condenase al acusado, faltaria á su conciencia y se haria moralmente culpable de un crimen. Ninguna ley es entonces obligatoria. Al pasar en silencio el legislador una causa de justificacion, ha cometido un olvido con detrimento de la inocencia, ó querido ordenar una iniquidad. En el primer caso, debe repararse su olvido; en el segundo, no se debe obedecer.



13.º El legislador puede señalar tambien los hechos generales de *disculpa*, los hechos mas patentes á lo menos, aquellos que reclaman, ya una disminucion notable de la pena, ya la aplicacion de otra especie de castigo.

Pero conduciríase de un modo irracional y traspasaria los limites de su poder, si entrase en la relacion circunstanciada de los motivos particulares de disculpa, prohibiendo al juez admitir la prueba de aquellos que la ley no hubiera espresamente previsto.

Conduciríase de un modo irracional, si por los términos absolutos de la sancion penal negase un poder discrecional al juez, aun sobre los motivos de disculpa que la ley hubiese pasado en silencio.

14.º Estas reglas no admiten escepcion sino en caso de un crimen tal, que la *culpabilidad elemental*, el perpetramiento, aun en estado de pasion y de provocacion, baste para que el delincuente merezca el *maximum* de la pena legal.

15.º Pero si no existiese la *culpabilidad* ni aun *elemental*; si, por ejemplo, no hubiese habido concurso de la inteligencia del agente; si el acto hubiese sido efecto de la negligencia, cualquiera que sea el hecho material, el legislador no puede violentar al juez á aplicar la pena que amenaza al crimen voluntario.

16.º Por lo que hace á la sancion penal, tócale al legislador determinar las especies de penas que puede aplicar la justicia social, el modo de ejecutarlas, y las consecuencias accesorias de este ó aquel castigo.

17.º Tócale decidir cuáles son las penas que el juez puede acumular en la misma sentencia, y cuáles los casos en que esta acumulacion puede ó debe tener lugar.



18.º Asimismo, es propio del legislador indicar los casos en que el juez podrá optar entre diferentes especies de penas, y determinar aquellas entre quienes se permitirá esta opción.

19.º También se deben examinar en la ley los hechos generales, tales como la edad, el sexo ú otros, que puedan exigir una escepcion en la especie ó cantidad de pena que haya de aplicarse, independientemente de toda consideracion relativa á la culpabilidad del agente.

20.º Por último, el legislador es quien debe fijar para cada delito la pena en que *podrá* incurrir el delincuente.

21.º El legislador que dejase al juez cualquiera de estas atribuciones cederia al poder judicial una parte del poder legislativo; despojaria á los ciudadanos de las garantías á que tienen derecho; convertiria á la justicia en un poder terrible para los unos y nada temido de los otros; por último, privaria á la ley penal de mucha parte de su eficacia, considerada como medio de instruccion y de temor.

22.º Pero el poder legislativo degeneraria también en tiranía, si no se sometiese á ciertas restricciones.

Así, tocante al señalamiento de la pena para cada acto prohibido por la ley penal, resulta de las consideraciones precedentes que el legislador, á escepcion de un pequeño número de casos, no debe nunca tomarse la facultad de fijar una pena que no sea susceptible de mas y de menos en cada aplicación particular: en otros términos, debe casi siempre establecer un *maximum* y un *minimum*, dejando elegir al juez entre estos dos términos extremos, según las circunstancias.

23.º Sería un error grave omitir en la ley cual-



quiera de estos términos, con el fin de dar al juez mayor latitud en la aplicación de su poder de equidad.

La omisión del *maximum* nos envolvería en los inconvenientes manifestados arriba (n.º 21.º).

La omisión del *minimum* sería acaso mas funesta todavía para el orden público que la del *maximum*. La ley perdería también gran parte de su influencia preventiva sobre el espíritu de sus ciudadanos. La jurisprudencia de los tribunales sería variable, incierta, y no tardaría en presentar notables disparidades. El juez tendría un medio sumamente fácil de ceder á los ruegos, á los amaños y á las seducciones de toda clase, sin comprometer demasiado su responsabilidad moral. La omisión del *minimum* parece favorable á los acusados; no obstante tendrían que temer que se pronunciasen con sobrada ligereza las declaraciones de culpabilidad, cuando la conciencia de los jueces podría, por decirlo así, transigir consigo misma, aplicando ó esperando que se aplicase, si fueran jurados, una pena muy leve.

Cuando el legislador se ve obligado por la gravedad sobremanera variable del acto prohibido á dar una gran latitud al juez en la aplicación de la pena, la ley puede establecer por principio que reconoce en estos actos dos grados esencialmente distintos de culpabilidad, y que en su consecuencia el juez de hecho habrá de declarar si el acto ha sido cometido con primero ó segundo grado. El legislador debe fijar al mismo tiempo un *maximum* y un *minimum* para cada uno de ellos.

Por este medio, el poder discrecional queda repartido entre el legislador, el juez y el jurado.

El legislador decide que los grados principales de culpabilidad son en número de dos, y prescribe la pena para ambos.



El jurado declara, con arreglo á los hechos particulares libremente graduados por su conciencia, cuál es el grado de culpabilidad en que se incurre. El juez elige entre el *maximum* y el *minimum* de la pena establecida para este grado por la ley, y tiene así en cuenta las diferencias que esta última ha omitido, y que el jurado no ha sabido espresar.

Pero este medio que hemos indicado para algunos casos, tales como la negligencia, la complicidad, y que puede estenderse á otros muchos, supone la institución del jurado.

Si unas mismas personas estuviesen encargadas de juzgar el hecho y de aplicar la ley, estas distinciones serian de todo punto ridículas.

Por lo demas, el jurado es una condicion de toda buena justicia penal.

No puede esplicarse ninguna teoría de derecho penal, sin que esta verdad salte á los ojos de todas partes. La justicia penal supone una regla *preestablecida*, un poder que la aplique á los hechos particulares, una conciencia que gradúe estos hechos y los someta luego á este poder. Ahora bien, permítasenos repetirlo, la conciencia de la justicia social reside en el jurado.

## CAPÍTULO V.

### *De la composicion de la ley penal.*

En los diferentes capítulos de esta obra, y particularmente en el capítulo que antecede, han tenido lugar naturalmente un número bastante grande de observaciones concernientes á la composicion de la ley penal. Con todo, estas observaciones eran mas relativas aun al fondo que á la forma puramente exterior de las cláusulas de la ley.



Tambien hemos llamado mas particularmente la atencion del lector sobre la forma exterior de la ley, al tratar del método que habia de seguirse en la obra de la legislacion penal, y echando en esta ocasion una ojeada sobre la importante y curiosa cuestion de la *codificacion*.

Las observaciones con que rematamos nuestro trabajo conciernen mas particularmente todavía á la composicion propiamente dicha, al método que debe seguirse para que las palabras de la ley espresen exactamente, ni mas ni menos, lo que el legislador ha tenido intencion de decir.

Nadie niega que sea este el carácter de una ley bien escrita. Sencillez, precision, claridad, tales son las condiciones esenciales de una buena redaccion. Mil veces se ha repetido esto; pero el precepto ha sido practicado con menos frecuencia por aquellos que le enseñaban.

Sería facil dar una multitud de ejemplos, aún recientes; hacer ver cuántos artículos y proyectos de ley no son mas claros ni precisos que el artículo 136 del Código, adoptado por el reino de Hannover, en que el crimen de alta traicion se define un ataque propensivo á la destruccion del Estado, ó de sus esenciales elementos.

Por lo demas, en la Introduccion hemos señalado muchas leyes horrorosas por la vaguedad, algunos quisieran poder decir, por la elasticidad de sus cláusulas.

Este vicio de composicion (distantes estamos de creer que haya habido en esto intencion de tiranía) es quizás el mas de temer en las leyes modernas. Acaso es una consecuencia bastante natural de los progresos del espíritu humano.

Conócense leyes cuya redaccion ofrece una ima-



gen verdadera del desorden. Conócense algunas cuyas cláusulas sobre ciertos puntos son repugnantes por la indecencia (la espresion no es muy fuerte) de sus términos. Demasiado cierto es que en nuestros dias han parecido leyes ó proyectos redactados de esta manera. Con todo no son los vicios de redaccion los que mas deben temerse hoy dia. Pero mientras mas se desarrolla el espíritu, mientras mayor energía y fortaleza adquiere, mas es su tendencia á generalizar, á reducir una multitud de hechos particulares á una misma ley general, á espresar esta síntesis con algunas palabras que le parezcan propias para comprenderlo todo. De aqui el peligro de incurrir en la oscuridad y en la incertidumbre; de aqui esas espresiones metafisicas que se han introducido en las leyes; sin considerar que, aun suponiendo que estas espresiones fuesen exactas y precisas de suyo, no podrian serlo á los ojos del público, que no ha seguido paso á paso el procedimiento intelectual del hombre que las usa.

Estas fórmulas, que no son mas que resultados, introducidas en la ley sin que nada las ocasione y esplique, producen en el público el mismo efecto que las fórmulas algebraicas en un hombre privado de conocimientos matemáticos. ¿Comprenderá la fórmula, porque conozca las letras del alfabeto, porque sepa leer, porque tenga entendimiento claro, y aun, si se quiere, mucho talento?

¿Puede causar sorpresa que siguiendo un camino semejante se obtengan leyes de una redaccion peligrosa, especialmente cuando se sabe lo imperfecto que está todavía, y lo poco que estan familiarizadas las masas con el lenguaje de las ciencias morales y políticas? ¿Cuánto abunda en palabras vagas, equívocas y susceptibles de muchas significaciones?



Así estamos distantes de participar de la opinión de aquellos que creen poder alcanzar fácilmente la perfección en la composición de la ley penal por medio de definiciones. Todo consiste á su parecer en definir el derecho que ha infringido el delito, y el modo usado para cometer esta infracción. Compuesta de estas dos partes, la definición no puede ofrecer según ellos ni oscuridad, ni incertidumbre.

El método es seductor á primera vista; parece reducir la composición de las leyes á una especie de mecanismo, cómodo para cualquiera que sabe manejar una lengua con alguna facilidad. Examinémoslo sin embargo.

¿Qué cree hacer aquel que define un delito, el robo, por ejemplo? ¿Qué quiere decir, ya manifestando que el robo es una sustracción fraudulenta de una cosa de propiedad ajena, ya valiéndose de cualquiera otro término? Quiere decir con dos expresiones distintas: el robo es un robo. Si las dos expresiones no formasen una verdadera ecuación, la definición sería una mentira.

¿Pero de dónde se sacará el segundo término, aquel que se llama definición? Importa saberlo; porque en el fondo de todo esto hay acaso otra cosa que una mera cuestión de palabras.

El botánico define una planta, ó por mejor decir, la describe. ¿De dónde saca los elementos de su descripción? Fuera de sí mismo, de la observación de los hechos. Hay una planta que se llama rosa. El botánico ha visto una, dos, veinte, ciento; ha advertido sus caracteres comunes, esenciales, aquellos en que se distingue la rosa de todas las demás plantas. Dícnos entonces: La rosa es una planta formada de tal y tal modo. Muy bien está.

Pero no olvidemos, por una parte, que el bo-



tánico ha tomado los elementos de su descripción en la observación de los hechos; y por otra que trabaja por una ciencia. Para esto necesita orden, clasificación, comparaciones, y en fin, todos los materiales científicos de un sistema.

En igual caso está el jurisconsulto cuando estudia ó hace un libro. Necesita analizar los caracteres de cada delito, estudiar sus semejanzas ó diferencias, relativamente á todos los demas, darse cuenta de ellas con la ayuda del método; descompone y recompone empleando, según los casos, el análisis y la síntesis. Muy bien está también.

Pero si el director de un jardín botánico, en vez de trabajar por la ciencia, quisiese solo prohibir que se tocase á ciertos objetos y dárselo á entender al público, ¿cómo se compondría? Si quisiese vedar que tocasen á las rosas, ¿imaginaría decir: No se tocará á las plantas que tengan estos ó aquellos caracteres botánicos? Una de dos:

Ó pasa en silencio la palabra rosa, y no se le comprende.

Ó la nombra primero, y su descripción es inútil.

Esta podría ser peligrosa, si las infracciones de los reglamentos hubiesen de ser juzgadas por un consejo de botánicos. Pudiera suceder que muchos de ellos no echasen de ver en la descripción todos los caracteres de la planta que se había arrancado.

Acaso el director del jardín tenga que dar órdenes sobre plantas exóticas cuyo nombre no sea común en el país. En este caso puede ser útil una descripción si, en vez de deducirla de sus caracteres científicos, recuerda solo sus caracteres toscos, patentes, y que llamen la atención de los sentidos más torpes.

Figurémonos ahora á un matemático componien-



do definiciones. No trata de describir lo que se hace ó lo que existe, ni de tomar el hombre ó la naturaleza segun es. Cuando define el círculo ó el triángulo, poco le importa saber si hay en el mundo una cosa que se llame triángulo ó círculo; bástale expresar una idea que el espíritu humano pueda concebir; bástale que no haya contradiccion en las palabras, como si dijere: Una figura cerrada por solo una línea recta &c.

Algunas veces enuncia, bajo la forma de definicion, una proposicion, una verdad evidente, si se quiere, de suyo, un axioma; entonces es mas que la esplicacion de un hecho, que mera representacion de una idea, porque hay afirmacion, apelacion á la creencia de intuicion; pero la apelacion solo se dirige á la inteligencia pura, á la conciencia *intelectiva*; la conciencia moral no toma en ello parte alguna.

Por último, una definicion puede comprender tambien un teorema. Entonces enuncia un resultado, al cual se ha llegado por las combinaciones sucesivas de muchas ideas elementales; una verdad, pero siempre una verdad de razonamiento puro.

¿Qué hay de comun entre el método del matemático y el del legislador que quiere dar en un Código las definiciones de los delitos?

No hay mas que una sola relacion, esterna y material: la necesidad ó el deseo de explicar ciertas palabras.

Porque, si el legislador se lanzase en puras abstracciones, si en vez de seguir paso á paso la observacion de los hechos morales de la naturaleza humana, interrogar á la conciencia moral, á la conciencia propiamente dicha, tuviese la pretension de edificar un sistema de derecho sobre la base de un cierto número de palabras definidas á su manera,



imitaria seguramente al matemático, pero exteriormente y con la diferencia de que, mientras este estaba en la verdad, el legislador seguiria un camino falso.

El matemático erige una ciencia hipotética, pero á la que da su pleno asentimiento la naturaleza humana; nadie le hará creer que, dadas que sean tales cosas, no se deduzca tal otra.

El legislador erigiria un sistema penal hipotético, pero á quien la conciencia humana negaria su asentimiento. Ninguna definicion le hará creer que la sustraccion, por yerro, de una cosa agena sea un robo. Sin embargo no hay ninguna contradiccion en los términos de esta frase, *sustraccion, por yerro, del bien ageno*; asi como en las palabras que definen el círculo.

El geómetra puede decir que el círculo es una figura cerrada por tres líneas rectas; ¿qué importa? Su geometría seria embarazosa de leer por la rareza de las espresiones, pero no seria menos buena, ni tendria menos certidumbre.

Pero el legislador que quiere definir la palabra robo con el fin de caracterizar un delito, y de someter sus autores á una sancion penal, no puede cambiar el sentido que le dan la conciencia humana y el lenguaje comun. Hariase tan culpable como el oficial que, encargado de defender una plaza, mandase apuntar mal la artillería, diciendo que el ángulo agudo es aquel que es mayor que el ángulo recto.

Ahora bien, convengamos en ello, el peligro mayor de los Códigos, compuestos especulativamente, llenos de definiciones y principios generales, es incurrir en las hipótesis; es establecer, si se puede hablar asi, una jurisprudencia matemática; es hacer una legislación cuyas partes estarán muy bien coordinadas,



en que se guardarán todas las proporciones, en que reinará la mas rigurosa lógica, desde el primero hasta el último artículo, pero en que todo puede sin embargo ser falso, exagerado en uno ú otro sentido, sin ninguna trabazon íntima con los sentimientos y el lenguaje de la humanidad, por no haberse tomado el punto de partida en los principios inalterables de lo justo y de lo injusto, en las revelaciones de la conciencia y en la exacta observacion de los hechos morales. La manía de las definiciones, en particular, habrá envuelto desde luego al legislador en generalidades y abstracciones de que él mismo abusará al paso, ó abusarán aquellos que esten encargados de aplicar la ley.

Ha dicho un filósofo moderno: "En aquellos de nuestros estudios que tienen por objeto la moral ó la política, el sistema de conocimientos que mas se aproxima, á mi ver, á una ciencia hipotética como las matemáticas, es un Código de jurisprudencia; ó mas bien puede concebirse que un Código de esta especie ofreceria tal semejanza, si su composicion fuese sistemática y conforme en todas sus partes á ciertos principios generales y fundamentales. Fuesen ó no justos y convenientes estos principios, por lo menos es posible, razonando consecuentemente á estos datos, crear un cuerpo de ciencia artificial ó de convencion, mas sistemático, y mas completo al mismo tiempo que pudiera serlo, en el estado actual de los conocimientos humanos, ninguna de las ciencias que estriban en resolucion sobre las eternas é invariables reglas de la verdad y del error, del bien y del mal." (1)

---

(1) Dugald Steward, *Elementos de la Filosofia del Espiritu humano*.



Sin duda que es posible, y aun harto posible, hacer un Código sistemático, *fuesen ó no justos y convenientes sus principios*. La observacion del filósofo escocés es irrecusable, y mirándola, como él lo hace, solo como ejemplo de una cosa posible, nada dice que no esté á cubierto de toda inculpacion.

Pero, como importa que la ley sea justa y conveniente, la cuestion está para nosotros en saber cuál es el medio intelectual que puede arrastrar mas facilmente al legislador á sacrificar la verdad de los principios al arreglo lógico de la materia, á introducir hipótesis y consecuencias hipotéticas, coordinadas con arte, en vez de las disposiciones que sanciona la justicia y requiere la conveniencia pública.

Ahora bien, sin que queramos volver ahora á entrar en la cuestion de la *codificacion*, estamos convencidos de que si se sigue como *regla absoluta* el método, ya de sustituir una definicion al nombre propio, natural y generalmente admitido, del delito, ya de unir la definicion con la palabra, se corre entre otros inconvenientes el riesgo de apartarse involuntariamente de la verdad. Es sobrado difícil encontrar espresiones generales y precisas á la par, espresiones que no digan absolutamente ni mas ni menos que lo que está comprendido en la palabra significativa del delito. No olvidemos que estas definiciones introducidas en la ley se encuentran aisladas y solas para defenderse y esplicarse, y que no tendrán como en un libro el auxilio de las aclaraciones precedentes y ulteriores que les habrá dado el autor.

Habrán, dicen, jurisconsultos y jueces. Seguramente, y se formará una jurisprudencia; no somos de aquellos que se figuran poder vivir sin ella, que se complacen en desacreditarla.

Pero la buena jurisprudencia es aquella que trae



su origen de la misma naturaleza de las cosas, que encuentra y fija el sentido de las respuestas de la conciencia humana en materia de delitos. Si la definición del legislador es exacta, la jurisprudencia no se resentirá de ella; si es inexacta, la jurisprudencia estará al principio incierta y vacilante, y no volverá á encontrar el buen camino hasta despues de haber apartado con mucho trabajo los obstáculos que habian puesto por delante las ambiciosas pretensiones del legislador.

Pero la cuestion tiene acaso mas hondas raices. Los mas celosos defensores del sistema absoluto de las definiciones ¿no son los mismos hombres que se figuran que el legislador crea los derechos y las obligaciones, y los delitos por consiguiente? Compréndese entonces por qué no se asustan tanto como nosotros del peligro de las definiciones; por qué basta para ellos que la definicion espresese claramente sus propias ideas.

Aquellos, por el contrario, que no reconocen el delito sino en un acto inmoral de suyo; aquellos que, para distinguir el acto moral del acto inmoral, el delito de suyo grave del delito de menos gravedad, el bien del mal en una palabra, consultan antes de todo á la conciencia humana; esos requieren de la definicion que sea una imagen fiel de las revelaciones de la conciencia, y que se apliquen á cada delito, no ideas sistemáticas, sino las nociones del sentido comun.

Ahora bien, el sentido comun ha hablado antes que el legislador. Ha visto á hombres apoderarse maliciosamente del bien ageno, y los ha llamado ladrones. Ha visto á hombres quitar la vida á sus semejantes, y los ha llamado asesinos; y nunca ha confundido con ellos, ni á aquel que mata á su agre-



sor por defender su vida, ni á aquel que da muerte á un animal. ¿Qué es un robo? ¿Qué es un homicidio? Todos lo saben. Póngase en lugar suyo la definición; la mayor parte del público no sabrá ya de lo que se está hablando.

Y si sobre muchos delitos hay confusion en las ideas y en el lenguaje del público, no vacilamos en acusar de ello á los fabricantes de leyes, que todo lo han embrollado con sus distinciones y clasificaciones arbitrarias, que han querido crear definiciones en vez de recibirlas, inventar en vez de observar, hacer sistemas en lugar de coordinar los hechos existentes.

¿No es singular ver la gravedad con que los legisladores dan la definición del adulterio y de otras cosas peores todavía? ¿Con qué fin? ¿Con el de explicar su pensamiento? ¿Pues por qué, al hablar del robo de caballos, no dan la definición de estos animales? ¿Por qué, al hablar de los homicidios cometidos con premeditacion, á sangre fria, con traicion, no definen estas espresiones? Por último, ¿por qué no definen cada una de las palabras de que se compone la definición y asi sucesivamente?

Hay pues un punto en que es menester pararse, en que esta esplicacion en forma de definición no sería mas que un medio de hacer oscuro é incierto lo que es claro y cierto de suyo.

Y entonces ¿por qué no ha de aplicarse tambien esta observacion á la definición del delito? ¿Por qué se ha de establecer la necesidad de las definiciones en las leyes, como una regla general y absoluta?

¿Qué deberá inferirse de estas observaciones? Que no hay que establecer una regla invariable, que es menester examinar atentamente el estado de las cosas y seguir, segun las circunstancias, el método



que en los diferentes casos sea mas propio para dar á la ley toda la claridad y precision necesarias.

Terminaremos con algunas observaciones mas especiales y positivas que podrán acaso servir prácticamente de norma para la composicion de las leyes.

1.º Cuando, despues de haber reconocido que un acto reúne los caracteres morales y políticos del delito, se quiere darle lugar en la ley penal, es menester indagar ante todas cosas si este acto ha recibido en el lenguaje comun un nombre propio, fijo y determinado, que le distinga de cualquiera otro acto inmoral.

Si este nombre existe, el legislador debe apoderarse de él y usarle sin definicion.

2.º Si el crimen de que se trata es susceptible de diversas penas, segun que esté ó no acompañado de diversas circunstancias, la ley debe espresar primero la pena que amenaza á los autores del delito simple.

Luego, en otros tantos artículos diferentes, añadirá al nombre del delito las diversas circunstancias agravantes que el legislador tenga por oportuno preveer.

Asimismo, si el delito no debe ser castigado cuando le acompañen ciertas circunstancias ó sea cometido por ciertas personas, la ley establecerá la excepcion añadiendo al nombre del delito la circunstancia que le disculpa.

Por ejemplo, el robo será castigado, &c.

El robo con fractura será castigado, &c.

El robo nocturno con fractura, será castigado, &c.

El robo cometido con fractura por muchas personas, de noche y con armas, será castigado, &c.

:



El robo cometido en caminos reales, &c.

Es inútil advertir que damos estas espresiones solo por via de ejemplo, sin considerar si es este el orden que seguiríamos, si son estos los términos de que nos valdríamos al redactar una ley. Prosigamos.

El robo cometido por la muger en perjuicio de su marido, ó por el hijo en perjuicio del padre, no da fundamento á una accion penal.

Asimismo, el adulterio será castigado, &c.

El adulterio cometido con violencia será castigado, &c.

El adulterio cometido por el marido, fuera de la casa conyugal, no tendrá pena señalada.

3.º Si el delito es un hecho que el lenguaje comun no ha comprendido todavía con claridad dándole un nombre fijo que reproduzca inmediatamente su precisa idea, el legislador, despues de haberse *certificado bien* de que es en efecto un acto inmoral y dañoso, debe hacer con el público el oficio de *nomenclator*.

No basta solo el nombre en este caso; es menester mencionar el hecho que se tiene presente y á que se quiere aplicar el nombre.

Pero, en vez de dar una definicion bajo formas abstractas, es menester dar la descripcion del hecho, deduciéndola, en cuanto sea posible, de los actos físicos que la constituyen, ó de los efectos perjudiciales que produce. Lo esencial es abrazar los actos y efectos comunes á todos los delitos de la especie de que se trata, evitando los actos y efectos insignificantes y sobrado especiosos. "Aquel que desentierre un cadáver para venderle, aquel que quite un negro á su padre y á su madre," no son espresiones propias para definir bien el crimen del tráfico de



negros y el delito de violacion de sepulturas.

4.º Si el delito que se quiere castigar está designado bajo un nombre que se aplica tambien á actos que no considera la ley penal, el legislador debe añadir al nombre las circunstancias que hacen punible en este ó aquel caso el hecho general.

La palabra *estelionato* ha sido aplicada á un gran número de actos análogos. Supongamos que se quisiese establecer accion penal propiamente dicha en un solo caso, sería menester decir: "Todo aquel que se haga culpable de estelionato vendiendo á otra persona una cosa que ya hubiese vendido, &c.

5.º Algunas veces el sentido claro y preciso que el lenguaje comun habia atribuido á una palabra ha sido desfigurado, ó alterado por la ley ó la jurisprudencia. En este caso, importa evitar esta palabra, ó volverle su verdadera significacion; sería peligroso usar de ella sin ninguna esplicacion.

El Código penal francés habia usado la palabra *calumnia* en un sentido bastante remoto de la idea comun de este delito.

6.º Cuando se trate de hechos análogos, pero tales sin embargo que requieran una sancion penal diferente, y que la lengua les dé indistintamente muchos nombres á causa de su analogía, el legislador puede aprovecharse de estas diversas denominaciones, pero de modo que atribuya á cada una un sentido exacto y particular.

Tales son los actos señalados bajo los nombres de *calumnia*, *infamacion*, *ultraje*, *injuria* &c.

La ley determinará su sentido, dando á cada una de estas palabras la circunstancia esencial que distingue á uno de estos hechos de los hechos análogos; estas diferentes disposiciones, comparadas unas con otras, se esclarecerán mutuamente por el con-



traste de las diversas calificaciones que habrá expresado el legislador. Si la ley solo designase el *ultraje*, sería facil confundirle con la *calumnia* ó la *injuria*. Pero una vez calificadas la calumnia y la injuria de un modo particular, no podrian traspasarse los límites señalados al delito de *ultraje*, sin comprender al momento que se le confunde con uno ú otro de los delitos análogos. Con el auxilio de la jurisprudencia y de la publicidad, el sentido preciso de cada una de estas palabras pasará poco á poco al lenguaje vulgar.

7.º Cuando se trate de circunstancias agravantes ó atenuantes, es tanto mas esencial reflexionar maduramente sobre la redaccion de la ley, cuanto que puede cambiar esencialmente la distribucion de los poderes entre los jueces y el jurado.

Si á un crimen que puede ir acompañado de estas circunstancias se le designa por un solo artículo y con una sola palabra, el legislador está obligado á dejar mucha latitud en la sancion penal, y un poder grandísimo al juez.

Si, por el contrario, cada circunstancia importante forma un capítulo distinto con una sancion penal particular, la cuestion especial queda sometida al jurado.

Pronuncia entonces sobre la circunstancia importante, como si fuera un delito *sui generis*.

No molestaremos mas á nuestros lectores multiplicando estas observaciones minuciosas y circunstanciadas.

Todo se reduce, insistimos en esto, á esta regla fundamental: El legislador debe estudiar los hechos de su pais, del pueblo que está encargado de gobernar, posesionarse de ellos y ordenarlos con el objeto y en los límites de su mision. Este principio



se aplica igualmente á los actos y al lenguaje. La ley puede destruir algunos errores, disipar algunas nubes y ayudar con prudencia y medida al desarrollo nacional del derecho. Pero si el legislador, olvidando su papel, se aventura en el campo de la especulacion; si por la ambicion de crear desdeña los actos, las opiniones y el lenguaje de su pueblo; si quiere explicar científicamente lo que está claro, poner abstracciones en lugar de los hechos, sustituir al lenguaje comun una lengua particular, desconoce las augustas funciones de que está revestido.

Por lo demas, estos estravíos son poco temibles en los paises en que la nacion no es estraña á sus propios negocios, donde los elegidos del pueblo cooperan á la obra de la legislacion nacional. Las asambleas no fundan sistemas; no se complacen en superfluas generalidades y en sabias abstracciones; no desechan los hechos y la lengua de su pais, porque los llevan en sí propios; son la nacion misma.

FIN DEL TOMO SEGUNDO Y ÚLTIMO.



se aplica únicamente a los actos y al lenguaje. La ley  
 puede haberse escrito en otros idiomas, pero el lenguaje  
 es y siempre será el mismo y no cambia el lenguaje  
 nacional del derecho. Pero si el legislador, al hacer  
 de un país, se encuentra en el estado de la lengua  
 escrita: si por la evolución de esas lenguas ha  
 cambiado las opiniones y el lenguaje de un pueblo; si  
 puede aplicar convenientemente lo que está claro, por  
 sus características en lugar de los hechos, sustituir  
 el lenguaje como una lengua particular, desconocer  
 las antiguas funciones de que está revestida.

Por lo demás, estos estudios son por necesidad  
 en los países en que la lengua no es escrita a sus  
 propios negocios, donde los hechos del pueblo con-  
 pertenecen a la obra de la legislación nacional. Las lenguas  
 que no tienen sistemas; no se comparan en sus  
 partes generalizadas y en otras abstracciones; no  
 describen los hechos y la lengua de un país, porque  
 los tienen en el propio; son la misma lengua.

ELIX DEI SACRO BRACHIO IUSTITIAE



# ÍNDICE DEL TOMO SEGUNDO.



## LIBRO SEGUNDO.

### DEL DELITO.

	<i>Pág.</i>
Capítulo XII. <i>De las causas de justificacion ó disculpa.</i> . . . . .	3
Cap. XIII. <i>Legitimidad intrínseca del hecho, á pesar de sus consecuencias perjudiciales á tercero, ó de su apariencia criminal.</i> . . . . .	5
Cap. XIV. <i>De la ignorancia y del error.</i> . . . . .	15
Cap. XV. <i>De la edad.</i> . . . . .	16
Cap. XVI. <i>Del sexo.</i> . . . . .	27
Cap. XVII. <i>Del estado de enfermedad.</i> . . . . .	28
Cap. XVIII. <i>De las causas de ignorancia ó de error accidentales y transitorias.</i> . . . . .	43
Cap. XIX. <i>De la ignorancia y del error imputables.</i> . . . . .	44
Cap. XX. <i>De la embriaguez.</i> . . . . .	45
Cap. XXI. <i>De los actos cometidos por arrebató.</i> . . . . .	50
Cap. XXII. <i>De la negligencia.</i> . . . . .	56
Cap. XXIII. <i>De la violencia.</i> . . . . .	62
Cap. XXIV. <i>De la imputacion.</i> . . . . .	72
Cap. XXV. <i>De los actos que preparan ó constituyen el delito.</i> . . . . .	88
Cap. XXVI. <i>De los actos internos.</i> . . . . .	90
Cap. XXVII. <i>De los actos exteriores simplemente preparatorios.</i> . . . . .	95
Cap. XXVIII. <i>De los actos de ejecucion.</i> . . . . .	121
Cap. XXIX. <i>De la tentativa.</i> . . . . .	123
Cap. XXX. <i>De la tentativa desvanecida por imposibilidad del medio ó del fin.</i> . . . . .	128

\*



Cap. XXXI. <i>De la tentativa frustrada por imposibilidad relativa.</i> . . . . .	131
Cap. XXXII. <i>De la tentativa suspendida por desistimiento voluntario del autor.</i> . . . . .	147
Cap. XXXIII. <i>Del delito frustrado.</i> . . . . .	150
Cap. XXXIV. <i>De la participación de muchas personas en el mismo delito.</i> . . . . .	154
Cap. XXXV. <i>De los co-delincuentes.</i> . . . . .	163
Cap. XXXVI. <i>De los provocadores.</i> . . . . .	164
Cap. XXXVII. <i>De los participantes de un crimen resuelto por otros.</i> . . . . .	175
Cap. XXXVIII. <i>De los autores principales.</i> . . . . .	177
Cap. XXXIX. <i>De los cómplices.</i> . . . . .	178
Cap. XL. <i>Observaciones generales.</i> . . . . .	179

## LIBRO TERCERO.

### DE LA PENA.

Capítulo I. <i>Naturaleza de la pena.</i> . . . . .	191
Cap. II. <i>Fin de la pena.</i> . . . . .	192
Cap. III. <i>Efectos de la pena.</i> . . . . .	195
Cap. IV. <i>Proporción de la pena.</i> . . . . .	206
Cap. V. <i>De la elección de las penas.</i> . . . . .	223
Cap. VI. <i>De la pena de muerte.</i> . . . . .	236
Cap. VII. <i>De las penas corporales distintas de la pena capital.</i> . . . . .	254
Cap. VIII. <i>Del encarcelamiento.</i> . . . . .	258
Cap. IX. <i>De la deportación, del confinamiento, del destierro y de la prohibición de habitar en ciertos parages.</i> . . . . .	269
Cap. X. <i>De las penas infamantes.</i> . . . . .	271
Cap. XI. <i>De las penas que privan ó suspenden del ejercicio de los derechos políticos y civiles.</i> . . . . .	281
Cap. XII. <i>De las penas privativas del todo ó par-</i>	



*te de la propiedad.* . . . . . 285  
Cap. XIII. *Observaciones generales.* . . . . . 288

LIBRO CUARTO.

DE LA LEY PENAL.

Capítulo I. *Naturaleza y necesidad de una ley penal positiva.* . . . . . 293  
Cap. II. *De la formacion de la ley penal.* . . . . . 299  
Cap. III. *Cómo debe procederse á la formacion de la ley penal.* . . . . . 309  
Cap. IV. *Lo que debe contener la ley penal.* . . . . . 334  
Cap. V. *De la composicion de la ley penal.* . . . . . 344





de la propiedad . . . . . 287  
 Cap. XII. Observaciones generales . . . . . 288

LIBRO CUARTO

DE LA LEY PENAL

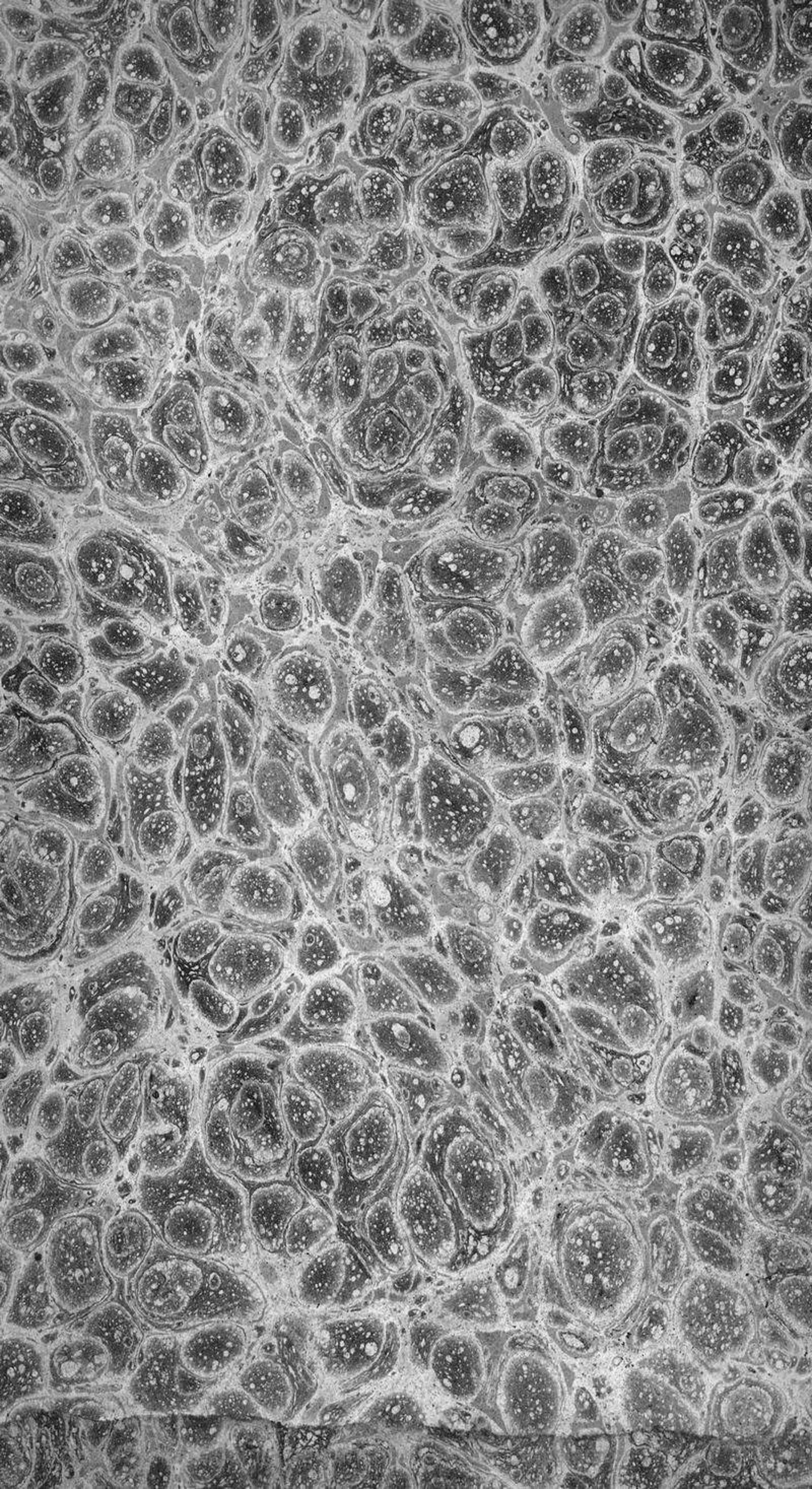
Capítulo I. Naturaleza y necesidad de una ley  
 penal . . . . . 293  
 Cap. II. De la formación de la ley penal . . . . . 299  
 Cap. III. Cómo debe procederse a la formación de  
 la ley penal . . . . . 309  
 Cap. IV. Lo que debe contener la ley penal . . . . . 324  
 Cap. V. De la composición de la ley penal . . . . . 344



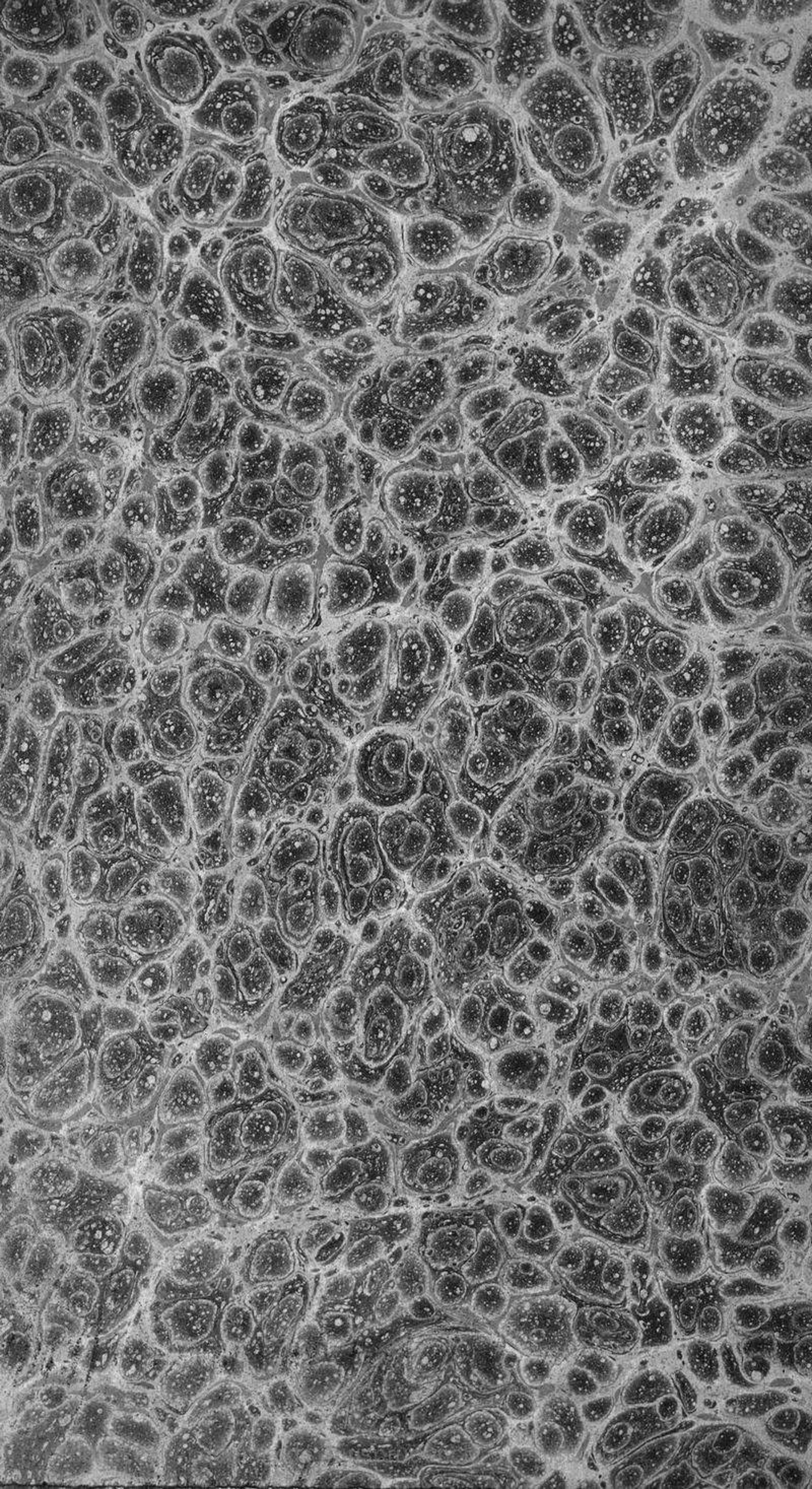




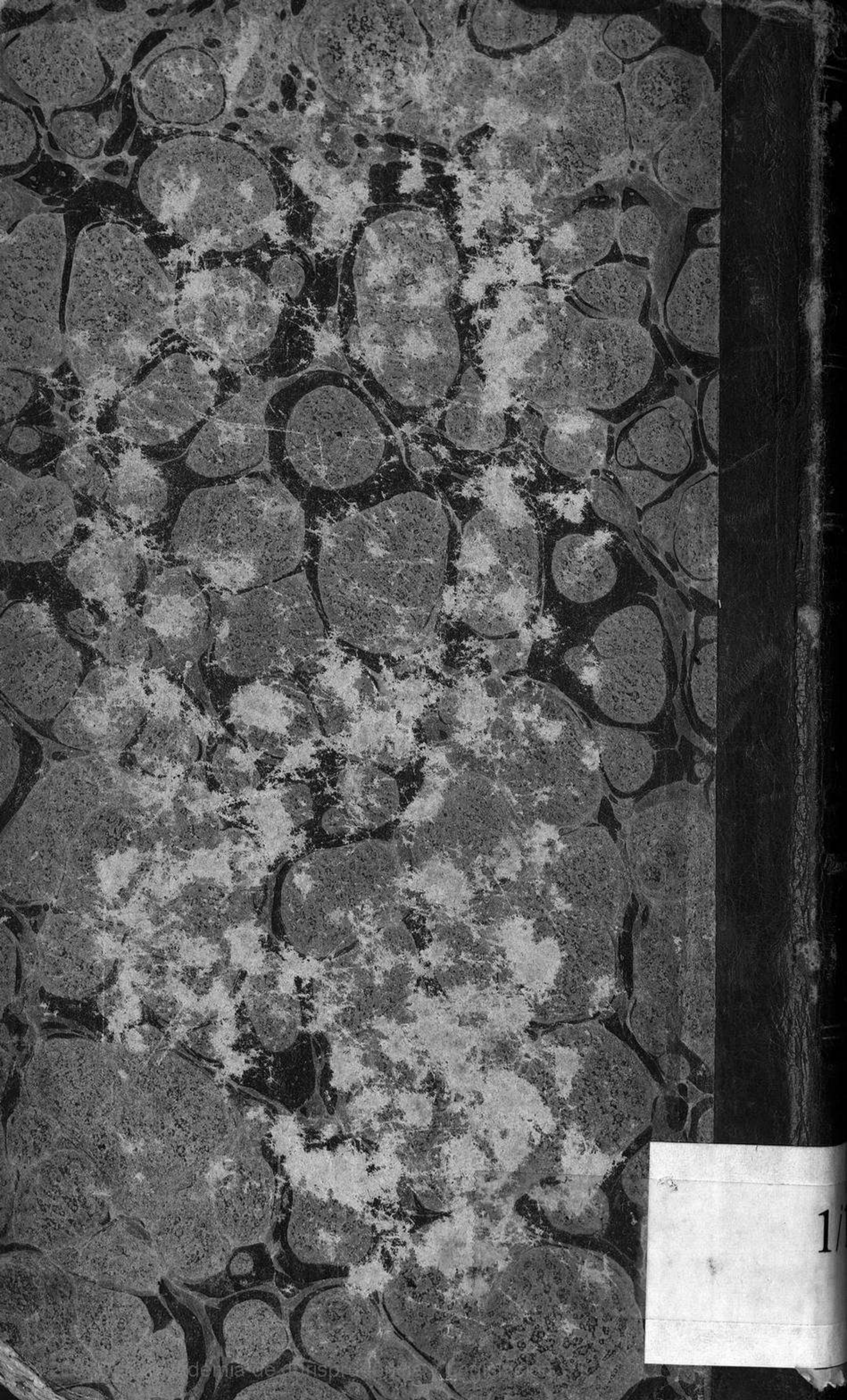












1



ROSSI  
DERECHO  
PENAL

2

1/12751