

El derecho penal
estudiado en principios
y en la legislación
vigente en España
por Luis Silvela

Presentación por: **Gonzalo Quintero Olivares**



Derecho Penal
y Procesal Penal

EL DERECHO PENAL ESTUDIADO EN PRINCIPIOS
Y EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN ESPAÑA

Presentación por

GONZALO QUINTERO OLIVARES

COLECCIÓN DE DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL

Director

Luis Rodríguez Ramos

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

Consejo Asesor

Nicolás González-Cuéllar Serrano, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Javier Álvarez García, catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III; director de la Sección de Derecho Penal, parte general y parte especial.

Alicia Gil Gil, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Silvina Bacigalupo Saggese, catedrática de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

Adán Nieto Martín, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Castilla-La Mancha; director de la Sección de Derecho Penal Europeo e Internacional.

Esteban Mestre Delgado, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares; director de la Sección de Derecho Penitenciario y de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

Jacobo Barja de Quiroga, presidente de la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

EL DERECHO PENAL ESTUDIADO EN PRINCIPIOS Y EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN ESPAÑA

LUIS SILVELA

Presentación por
GONZALO QUINTERO OLIVARES



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2024

Primera edición: marzo de 2024.

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© De la presentación, Gonzalo Quintero Olivares.

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 144-24-085-6 (edición en papel)

144-24-086-1 (edición en línea, PDF)

ISBN: 978-84-340-2970-5

Depósito legal: M-6128-2024

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
PRESENTACIÓN.	
<i>Luis Silvela, la persona y la obra</i> , por Gonzalo Quintero Olivares, Catedrático (j) de Derecho Penal. Vocal permanente de la CGC. Académico (c) de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Abogado	IX
1. Luis Silvela y sus circunstancias históricas	IX
2. Las ideas penales de Luis Silvela	XIII
3. Luis Silvela, un penalista de la Restauración	XV
4. El Proyecto de Código penal de Silvela	XVII
5. El «Derecho penal según los principios y en la legislación vigente en España»	XIX
6. La filosofía penal de Silvela	XXII
7. El delito	XXIII
8. El castigo del delincuente y su corrección	XXV
9. Las instituciones técnicas de la Parte General	XXVIII
10. Silvela y la ciencia penal	XXIX
EL DERECHO PENAL ESTUDIADO EN PRINCIPIOS Y EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN ESPAÑA	XXXI

PRESENTACIÓN

LUIS SILVELA, LA PERSONA Y LA OBRA

GONZALO QUINTERO OLIVARES*

1. LUIS SILVELA Y SUS CIRCUNSTANCIAS HISTÓRICAS

La publicación de una reedición de la obra de Luis Silvela *El Derecho Penal estudiado en sus principios y en la legislación vigente en España* más de un siglo después del fallecimiento de su autor (nacido en 1839 y fallecido en 1903) puede ser una sorpresa para las jóvenes generaciones de penalistas, que posiblemente tienen una idea muy vaga de quién fue y de la importancia que para la ciencia penal tiene la figura de Luis Silvela, hoy poco conocida, y hasta me atrevo a decir que es un gran desconocido, lo cual resulta especialmente lamentable porque se inscribe en una constante de la penalística española, cual es la de preocuparse solo por los temas de absoluta, y transitoria, actualidad, olvidando el centro de nuestra materia, o por saber lo que dicen y sostienen penalistas extranjeros sin prestar particular atención al importante caudal de ideas penales que se hallan en nuestra propia historia.

En eso destaca con luz propia Luis Silvela y de La Villeuze, cuya obra para muchos supuso el cambio de un modo de ejercer el oficio de penalista, que hasta entonces estaba centrado en la tarea de comentar los Códigos penales, para pasar al de analista y expositor de la teoría del derecho penal, lo que más adelante se denominaría Filosofía del Derecho penal y Parte General del Derecho Penal. La obra de Luis Silvela que el lector tiene en sus manos fue

* Catedrático (j) de Derecho Penal. Vocal permanente de la CGC. Académico (c) de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Abogado.

calificada en su momento por Giner de los Ríos como el primer Tratado jurídico y filosófico de Derecho penal, y ciertamente era una calificación adecuada.

Luis Silvela nació en Madrid en 1839. Siguiendo la tradición familiar habría de estudiar Derecho y participar de la vida política. De las diversas facetas de su vida me limitaré a destacar las directamente vinculadas con su principal condición, que fue la de jurista, sin entrar en la importante actividad política que desplegó, pues fue diputado en Cortes en las elecciones de 1876, por el distrito logroñés de Santo Domingo de la Calzada, y también lo fue en las legislaturas de 1879 y 1884, en ambas ocasiones por el distrito salmantino de Ledesma. La falta de relación entre los diputados y el distrito electoral al que representaban fue habitual en la Restauración¹, aunque también haya sucedido en nuestro tiempo. También fue senador vitalicio en representación de la Universidad de Madrid.

Importante fue asimismo su actividad como periodista y como divulgador de los problemas jurídicos. Fue colaborador de la revista *La España Moderna*² y de otras publicaciones periódicas. Fue también académico de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas y de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

Luis Silvela fue sin duda una personalidad política y jurídica, y para comprenderla ha de enmarcarse, entre otras cosas, en su familia, porque los Silvela fueron una familia realmente potente, con una marcada disposición para el Derecho en su más amplio sentido. Luis, el penalista, era hijo de Francisco Agustín Silvela³ y tuvo dos hermanos de importante trayectoria: el mayor era

¹ Eran los llamados diputados *cuneros*, a los que el Gobierno de turno «encasillaba» cómodamente en los distritos rurales que controlaba con el fin de garantizarles un escaño seguro, sin dar importancia alguna a las consecuencias de dejar sin voz alguna a los habitantes de esas zonas, habitualmente deprimidas. Acabar con esa costumbre política fue precisamente una de las batallas que libró Manuel Silvela, el hermano menor, aunque sin lograr acabar con ella.

² *La España Moderna* (1889-1914), fue una gran revista cultural del fines del XIX, que se publicó hasta 1914 y por la editorial del mismo nombre, ambas propiedad de José Lázaro Galdiano, un gran financiero con preocupaciones culturales que concibió ambas empresas, Editorial y Revista, como una forma de mecenazgo, porque no perseguía lucro alguno sino promover en la sociedad española el conocimiento de la obra de las grandes figuras intelectuales de su tiempo. En la editorial vieron la luz, además de colaboraciones de los grandes escritores de la época, obras de importantes penalistas como Dorado Montero o Concepción Arenal, además del propio Silvela. La misma editorial publicó también la *Revista de Derecho y Sociología* (1895) y la *Nueva Ciencia Jurídica*. Lo que significó *La España Moderna* merece ser conocido y estudiado, vid.: R. ASÚN ESCARTÍN, *La editorial «La España Moderna»*, Archivum: *Revista de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Oviedo*, t. 31-32, 1981-1982

³ Francisco Agustín Silvela, vallisoletano, era hijo de un prestigioso escritor y magistrado, Manuel Silvela y García de Aragón, que había cometido lo que luego resultó ser un error: aceptar cargos del Gobierno de José I, impuesto por Napoleón como Rey de España. A causa de ello tuvo que arrostrar la acusación de afrancesado y se vio obligado a emigrar a Francia para salvar la vida. Por esa razón, su hijo Francisco Agustín realizó sus estudios entre Burdeos y París, donde se licenció en leyes en 1833, título que se añadía al de bachiller en artes, además de estudios en materias científicas como la estadística o las matemáticas.

Manuel⁴ y Francisco, el menor⁵. Es importante no perder de vista ese entorno familiar para poder tener una imagen aproximada del ambiente intelectual que había en aquella casa, que no fue ajeno a las brillantísimas carreras de los tres hermanos⁶.

En cuanto a su vida privada de don Luis solo diré que casó con Isabel del Corral, matrimonio que tuvo seis hijos, Eugenio, Antonia, Agustín, María Eugenia, María Luisa y María del Pilar, de los que solo el mayor, Eugenio, siguió la tradición familiar de dedicación al derecho y a la política⁷.

Tras el fallecimiento de su padre regresó a España, y andando el tiempo consiguió ser catedrático de Humanidades, de Historia Antigua y de Lengua Griega y miembro de la Real Academia de Ciencias, lo cual compone una imagen de intelectual de muy amplias inquietudes. Esa personalidad no fue incompatible con el desarrollo de una importante carrera política, que fue inicialmente auspiciada por Javier de Burgos, que también había sido exiliado en Francia donde trabó una fuerte amistad con el padre de Francisco Agustín. Por influencia de Burgos fue Secretario de Fomento en Ávila, y posteriormente Gobernador civil de Castellón y de Lérida, para finalmente ser nombrado en 1838 Ministro de la Gobernación y más tarde de Gracia y Justicia. En 1843 fue nombrado Magistrado del Tribunal Supremo. La esposa y madre de Manuel, Luis, Francisco y Victoria, fue Luisa Antonia de Le Vielleuze y Sotés, hija de Luis Alberto de Le Vielleuze, Coronel de Infantería, nacido en Sanlúcar de Barrameda, de una familia de origen belga.

⁴ Manuel Silvela nació el 9 de marzo de 1830 en París, donde su abuelo, y con él su padre, Francisco Agustín, estaban exiliados, situación que duró hasta la muerte de su abuelo y, al poco, la de Fernando VII, momento en que Francisco Agustín regresó a España y Manuel, que había recibido las primeras letras en Burdeos, continuó su formación en Valladolid, para luego estudiar Derecho en la Universidad de Madrid. Fue un brillante y famoso abogado, miembro de la Academia de Jurisprudencia, de la que fue Presidente. Gran escritor de ensayos fue también miembro de la Real Academia Española. En el gobierno de O'Donnell fue Director General de Instrucción pública. Posteriormente, su actitud crítica contra el régimen isabelino le costaría algunas etapas de destierro. Tras la Gloriosa participó de nuevo en política, siendo famoso su Discurso exigiendo el sufragio universal, la libertad religiosa y de prensa y la de reunión y asociación. Fue Senador y Ministro de Estado. Al retorno de los Borbones con Alfonso XII se integró en el Partido de su viejo amigo Cánovas del Castillo, y volvió a ser Senador y también Ministro de Estado y Embajador en París.

⁵ Francisco Silvela, el hermano menor pero tal vez el más famoso, fue también abogado y miembro de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Se opuso al reinado de Amadeo I y a la Primera República. En el Gobierno de Martínez Campos, promotor del golpe de Estado, que puso fin al Sexenio Liberal y proclamó Rey a Alfonso XII, fue nombrado Ministro de Gobernación. Durante muchos años fue Diputado, y siempre, a diferencia de la mayoría del Partido Conservador, acérrimo defensor del constitucionalismo, en contra del imperante sistema electoral corrupto sobre él se asentaba el llamado «sistema de turnos». Para Silvela la política de Cánovas era inmoral y decadente. Pese a ello, en 1885 fue nombrado Ministro de Gracia y Justicia y en 1890 otra vez Ministro de la Gobernación. Alejado del canovismo intentó promover un regeneracionismo que pusiera fin a los vicios políticos de la Restauración, pero el asesinato de Cánovas de llevó a la Presidencia del Partido Conservador, en cuya condición sería dos veces Presidente del Consejo de Ministros. Perteneció a la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, y a la Real Academia de la Historia.

⁶ Sobre la familia, vid.: M. FERNÁNDEZ ALMAGRO, «*Los Silvelas*», en Homenaje a Don Ramón Carande, vol. II. Sociedad de Estudios y Publicaciones. Madrid, 1963. Por su parte, el Conde Torreánaz, en su contestación al Discurso de ingreso de Luis Silvela en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, y refiriéndose al padre, Manuel Agustín, escribe: «*su obra más afortunada fué la educación de D. Manuel, D. Luis y D. Francisco Silvela. Cuanto éstos han producido en ciencias y letras lleva la marca del padre que los amaestró...*».

⁷ Eugenio Silvela del Corral fue un famoso abogado y escritor, diputado por el Partido Conservador de 1891 a 1907, con el paréntesis de 1903, en que fue Fiscal General del Estado. Tuvo a su cargo la revisión de la segunda edición de *El derecho penal explicado en sus principios*, obra fundamental de su padre de la que más adelante trataré

En lo que a la ciencia penal interesa⁸ son otros los hitos de su biografía que merecen ser destacados. Su formación juvenil fue a través de la Filosofía, lo que habría de marcar su tarea futura como penalista. Alcanzado en 1856 el grado de Bachiller inició los estudios de Derecho alcanzando la graduación como Bachiller el 22 de junio de 1860 y el título de licenciado el 14 de junio de 1862, con un excelente expediente académico, incluso fuera de lo normal, puesto que, en 1857, a causa de que no le permitieron matricularse también en las secciones de Derecho y Administración (y sí solo en las de Derecho civil y canónico), retomó los estudios de Filosofía, que siguió en paralelos a los de Derecho. La amplitud de su plan de estudios no fue óbice para que el 13 de junio de 1859 obtuviera el grado de Bachiller en la Sección de Derecho administrativo, y pocos días después el de licenciado. En febrero de 1865 alcanzó el doctorado, tras la defensa de su tesis «La Ley sexta de Toro»⁹ ante un tribunal presidido por Pedro Gómez de la Serna¹⁰.

En 1863 se incorporó como Auxiliar a la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid¹¹. En 1865 concurrió a una oposición a una Cátedra supernumeraria de la Facultad de Derecho¹². En aquella Cátedra se reunían las materias de teoría de los procedimientos judiciales de España, práctica forense, filosofía del derecho, derecho internacional y legislación comparada. Ganó la oposición y por R. O. de 27 de septiembre de 1865 fue nombrado catedrático supernumerario de la Facultad de Derecho de Universidad Central. Tenía 26 años. Un año después pasó a la Cátedra de derecho político y administrativo, y, por fin, el 14 de junio de 1867 es nombrado, en virtud de concurso, Catedrático de Derecho Penal y Mercantil en la misma Universidad de Madrid.

⁸ Informaciones extraídas, entre otras fuentes, de Álvarez, C. y Díaz Rico, J. C. (2021). Silvela y de Le-Vielleuze, Luis, *Diccionario de Catedráticos españoles de Derecho* (1847-1984).

⁹ Luis SILVELA: «*La ley sexta de Toro: Discurso leído en el acto solemne de recibir la investidura de Doctor en Derecho en la Universidad Central*», Imprenta de José María Ducazcal, 1865. Era un estudio de derecho civil, concretamente, de sucesiones.

¹⁰ Personaje importante para la ciencia penal, en la vertiente docente, entre otras cosas por la obra que compuso junto a Juan Manuel MONTALBÁN, *Elementos de derecho civil y penal de España precedidos de una reseña histórica de la legislación española*, manual que alcanzó 14 ediciones y que fue de uso en las Facultades de Derecho durante la segunda mitad del siglo XIX. Discípulo suyo se considera al gran penalista y comentarista Alejandro Groizard y Gómez de la Serna.

¹¹ No hay especiales noticias sobre quién pudiera ser su maestro, si lo tuvo. Él se refiere como «mi querido maestro» a Manuel Colmeiro, que fue un gran historiador de la economía (cfr.: *Discursos de Recepción del Excmo. Sr. D. Luis Silvela y contestación del Excmo. Sr. Conde de Torreánaz, leídos en la Junta Pública de 8 de abril de 1894*. Tesis: «Bentham: sus trabajos sobre asuntos españoles: expositor de su sistema en España», Discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Política, p. 10) y fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid cuando Silvela era Catedrático. Colmeiro era veintiún años mayor que Silvela.

¹² Las Cátedras supernumerarias existían en todas las Facultades y no estaban adscritas a ninguna disciplina concreta, sino que acogían materias dispersas que, en aquel tiempo, no se consideraban con enjundia suficiente como para merecer una Cátedra específica.

En octubre de 1885 pidió y obtuvo lo que hoy calificaríamos de excedencia especial, invocando el mucho trabajo que le suponía la tarea de vocal de la Comisión General de Codificación¹³. Por último, en junio de 1899 solicitó, y le fue concedida, la jubilación voluntaria por razón de enfermedad. Le sucedió en la Cátedra José Valdés Rubio¹⁴. Luis Silvela falleció en Madrid el 2 de mayo de 1903.

2. LAS IDEAS PENALES DE LUIS SILVELA

Con esa denominación solo me referiré al modo en que se puede calificar el pensamiento penal de Silvela¹⁵. En su tiempo predominaba el clasicismo, que, según algunos, en España era «ecléctico» en cuanto no promovía un retribucionismo absoluto, al que se adscribía la obra de Pacheco y la de Groizard¹⁶, idea que Silvela rechazaba totalmente, en lógica coherencia con sus ideas correccionalistas.

En el último tercio del siglo XIX se produjo también la irrupción del positivismo naturalista de origen italiano, a la vez que comenzaba a aparecer la dogmática germánica y, con ella, la teoría jurídica del delito. En ese contexto se desarrollará el que para muchos es el genuino pensamiento penal español: el correccionalismo. Al correccionalismo se deberán las reformas penitenciarias de aquellos años impulsadas por Concepción Arenal (Ley de Bases de 21-10-1869), aunque el correccionalismo no ofrecía un sistema completo de derecho penal, pues su ideario prioritariamente se orientaba a la función de la pena¹⁷.

¹³ No olvidemos que en 1884 elaboró un Proyecto de Código penal, al que me referiré más adelante.

¹⁴ José María Valdés Rubio (1853-1914), Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Madrid, fue autor de obras importantes como el *Programa razonado de un curso de derecho penal según los principios y la legislación*, 2.ª edición, Madrid 1892-1898 (2 vols.), y, especialmente, su *Derecho penal. Su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia*, Madrid, Imprenta de Francisco de Sales, 1903, en donde se aprecia la influencia de Silvela. No hay datos que permitan sostener que fue discípulo de Silvela, si bien ganó la oposición a la cátedra de derecho penal convocada el 26 de noviembre de 1885, para ocupar la cátedra que había quedado vacante por el paso de Luis Silvela a una situación especial. Las fechas muestran que Valdés Rubio fue Profesor Auxiliar cuando Silvela estaba en activo como Catedrático.

¹⁵ No entraré en esta pequeña semblanza en la otra actividad académica de Luis Silvela, que era a la vez Catedrático de Derecho Mercantil y Penal, doble especialidad que fue frecuente hasta entrado el siglo XX. De su actividad como mercantilista docente da testimonio sus *Lecciones de Derecho Mercantil, según las explicaciones de D. Luis Silvela, por varios de sus alumnos*, Madrid, Imprenta Central, V. Sáiz, 1881.

¹⁶ Vid.: E. IÑESTA PASTOR, *La interpretación del eclecticismo en la doctrina y en la legislación penal de la España del siglo XIX*, Ivs Fvgit, 19, 2016, pp. 209 y ss.

¹⁷ Sin que ello rebaje la importancia de la obra de doña Concha (como en su tiempo era llamada Concepción Arenal). Sobre ella, G. QUINTERO, «*Concepción Arenal en la historia penal española*», en

Cuestión distinta es que los defensores de las ideas correccionalistas eran, además, mayoritariamente krausistas, lo cual sí tenía transcendencia para la totalidad de la filosofías del derecho penal. Otro factor a tener en cuenta, para comprender la obra de Silvela, es que el clasicismo no estaba en modo alguno arrumbado. La obra de Enrico Pessina había sido divulgada incluso antes que la de Carrara. Sus «*Elementos de derecho penal*», fueron traducidos en 1892¹⁸ por Hilarión González del Castillo, y, lo que es más importante, acompañados de un prólogo y unas notas al final de cada capítulo escritas por Félix de Aramburu y Zuloaga, y era una obra divulgada en las Universidades españolas.

Aun centrado en el problema de la pena, el correccionalismo estaba muy presente en la ciencia penal española desde 1880 (y perduraría esa presencia hasta 1930) El correccionalismo fue la traducción a lo penal de la filosofía krausista y en un primer momento, en su etapa «clásica», el correccionalismo limitaba su presencia a las doctrinas sobre el fin de la pena, aunque el krausocorreccionalismo, como pensamiento jurídico-penal, no se limitaba a eso. Pero en aquella primera hora los postulados correccionalistas aparecerían más como un «propósito» orientador que como *una formulación que abiertamente rompiera con el indeterminismo y el legalismo*. El delincuente era considerado como un ser necesitado de tutela, protección y corrección, y la pena debía ser un tratamiento curativo. En suma: los primeros correccionalistas españoles (entre ellos destacaba Silvela) fueron mucho más moderados que los positivistas naturalistas italianos, pues no cuestionaban la función del derecho penal tradicional, con las solas excepciones de Tal vez la única excepción significativa entre los penalistas fue Dorado Montero, que abiertamente promovió la ruptura con el sistema clásico y sus principios fundamentales.

Dorado es por ello considerado la máxima expresión del que se llamaría «krauso-positivismo», y Silvela, en cambio, lo sería del iusnaturalismo krausista y del «krauso-clasicismo». Su obra *El Derecho Penal estudiado en sus principios y en la legislación vigente en España*¹⁹ se presenta como manifestación de un peculiar clasicismo, de ascendiente krausista, por sus bases y por su método, si bien, como veremos, defiende tesis en materia de antijuricidad y de pena que se alejan de los postulados clásicos, adentrándose en la ideología correccionalista. El clasicismo, en cambio, se aprecia en el estudio del concepto de delito y en la formulación del sistema jurídicopenal, tanto en el plano de

«O mundo de porvir no bicentenario do nacemento de Concepción Arenal Ponte (1820-2020)», C. Pereira y M. Porteiro coord., ed. Consello da Cultura Galega, Santiago de Compostela, 2022.

¹⁸ Se publicó en Madrid, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1892.

¹⁹ Apareció en dos volúmenes los años 1874 y 1878 respectivamente, en 1874 y 1878, en Madrid.

los principios –1.^a parte de la obra– como con arreglo a la legislación vigente en España –2.^a parte–.

La obra de Silvela ya en su tiempo fue objeto de especial reconocimiento: en marzo de 1880 el Consejo de Instrucción Pública, dictaminó que «la obra del Doctor D. Luis Silvela está comprendida en el art. 232 de la Ley de Instrucción Pública y, en consecuencia, es merecedora del premio de mérito del Consejo de Instrucción Pública» Aquel acuerdo ponía fin al procedimiento incoado el 5 de marzo de 1880, fecha en la que «Don Luis Silvela por conducto del Rector solicita que el Consejo informe acerca del mérito de su obra El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España».

El correccionalismo que, según el propio autor, *es la doctrina que informa su obra*, se evidencia fundamentalmente en la «revisión de las teorías penales» y en su doctrina sobre el fin y la razón de las penas, mas también en el concepto de lo injusto, así como en la cuestión del castigo de la tentativa y de los actos preparatorios. Pese a ello, de Silvela dijo Dorado Montero, y más tarde lo diría también Jiménez de Asúa, que no era en realidad un correccionalista, pero esa crítica ha de ser analizada, y más adelante, al tratar de sus ideas sobre el fundamento y función de la pena veremos cómo la crítica era algo injusta.

3. LUIS SILVELA, UN PENALISTA DE LA RESTAURACIÓN

La circunstancia histórica de Silvela también influyó en su obra, pues su vida intelectual se desarrolló íntegramente durante la Restauración, que comenzó el 29 de diciembre de 1874 con la proclamación de Alfonso XII como Rey, vía golpe de Estado del General Arsenio Martínez Campos, que puso fin al Sexenio Liberal.

Silvela contaba en aquel entonces treinta y cinco años y estaba en su plenitud intelectual. La Restauración produjo la Constitución de 1876, que habría de durar formalmente hasta 1931 aunque los graves problemas acaecidos a partir de 1917 y, especialmente, el golpe de Estado y ulterior Dictadura de Primo de Rivera impiden hablar de una continuidad ni política ni constitucional.

En lo que afecta al derecho penal ha de considerarse que la Constitución de 1876 partía de una idea muy cara a los conservadores, entre ellos el propio Cánovas y Alonso Martínez: los derechos y deberes de los ciudadanos no derivan de la Constitución sin más, sino que han de estar concretados y limitados por leyes ordinarias. Esa idea bastaba para tener que reconducir algunos importantes avances que había supuesto el Código de 1870. En segundo lugar,

aparecía la «cuestión religiosa», pues se regresó a la proclamación de España como Estado confesional católico, con las consiguientes consecuencias en la configuración de ciertos delitos.

El Sexenio Liberal, había producido, entre otras importantes Leyes, un Código Penal, el de 1870, que estaba destinado a ser la pared maestra de todos los Códigos ulteriores (exceptuando al efímero Código de 1928) hasta llegar al de 1995. Como es lógico, los restauradores tomaron pronto la decisión de revisar y adaptar aquel Código a las exigencias de la Constitución de 1876. Para dicha tarea se nombró una Comisión presidida por Manuel Alonso Martínez, que en muy poco tiempo tuvo lista la reforma, que se aprobó el 17 de julio de 1876²⁰.

Por demás, y a salvo de puntuales cuestiones, la estructura y contenido del CP de 1870 continuó sin cambios sobresalientes. Tal vez por eso, la reforma no propició un consenso suficiente para tener por resuelta la cuestión del Código penal, y por esa razón durante un largo período fueron varios los intentos de promulgar un Código nuevo y así se sucederían los Proyectos de reforma, que no fueron pocos, y cada uno fracasó por uno u otro motivo²¹. Es común opinión que *el mejor de esos Proyectos fue el elaborado en 1884 por Luis Silvela*²². Pero no fue el único. Antes se presentaron el Proyecto

²⁰ Para ver el texto resultante: Salvador VIADA Y VILLASECA, *Código Penal reformado de 1870: con las variaciones introducidas en el mismo por la Ley de 17 de Julio de 1876*, Madrid, Librería de Fernando Fe, 1890.

²¹ Puede parecer extraño que la Restauración, que tan pródiga fue en la tarea legislativa (Código Civil, Código de Comercio, Leyes de Enjuiciamiento civil y criminal, Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley del Jurado), fue incapaz de producir un nuevo Código penal. La dificultad para producir un Código penal, a pesar de la idea reiterada de que a cada Constitución (1812, 1845, 1869, 1876) sigue un Código nuevo, no ha de extrañar. La Constitución española de 1978, dejando de lado las reformas parciales, no generó un Código hasta 1995. En la Restauración, la alternancia pacífica entre Cánovas y Sagasta, la poca duración de los Gobiernos, con la sola excepción del llamado «Gobierno largo» de Sagasta (1895-1902). Los Proyectos de Código penal fenecían por caída del Gobierno que los había impulsado, o, en el caso concreto del Proyecto Silvela, por la muerte del Rey. Por otra parte, había temas que generaban discrepancias insalvables, como la cuestión religiosa o las libertades públicas.

A todo eso ha de añadirse que el CP de 1870 no era un mal Código, y lo prueba que, con todos sus defectos, llegó a regir, más o menos retocado, hasta mediados del siglo xx. No se daba una situación comparable con el Código civil, que no existía antes de que Real Decreto de 24 de julio de 1889, ordenara su publicación, y otro tanto sucedía con el Código de Comercio de 1885, cuya promulgación urgía ante el vacío de regulaciones de las instituciones mercantiles y bancarias y la vida del comercio a fines del siglo xix, problemas que ni siquiera contemplaba el viejo Código de 1829. En suma: la situación del problema penal no era de manifiesto vacío legal, y ello determinaba que la promulgación de un nuevo Código no se sintiera como un tema perentorio, por lo que puede hablarse de una especie de inercia, comprobable en el hecho notable de que todavía en 1881 aparece la 5.ª edición del «Código penal comentado y concordado» de Pacheco, que se refería al CP de 1850, amén de la consolidada autoridad de los Comentarios al Código penal de 1870 de Groizard y de Viada, en los que no se aprecia una actitud crítica que reclamara un nuevo Código.

²² Así lo indican, por ejemplo, Quintiliano SALDAÑA, en *La reforma del Código penal*, 2.ª ed., Madrid, Reus, 1920, p. 10, y Antón ONECA, en *Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español*, Anuario de Derecho Penal, 1975, 2, pp. 251 y ss.

Bugallal²³ y el Proyecto Alonso Martínez²⁴, y después del Proyecto de Silvela hay que recordar al de Bernaldo de Quirós, Considerado como el más renovador junto al de Silvela, lo realizó Bernaldo de Quirós²⁵ del que se dijo, y era cierto, que estaba influido por el de Silvela.

4. EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE SILVELA

El Proyecto de Silvela²⁶ fue presentado en el Congreso en 1884 por Francisco Silvela, hermano de Luis, y a la sazón Ministro de Justicia. Según Antón Oneca, el Proyecto había aprovechado alguna de las ideas del precedente Proyecto de Alonso Martínez. Las críticas fueron tempranas, comenzando por el destacable hecho de que el trabajo no era fruto de una labor de equipo, sino que prácticamente era una obra personal, lo que costó a Silvela acusaciones de individualismo y prepotencia, además de aprovecharse de ser hermano del

²³ El Proyecto Bugallal (por Saturnino Álvarez Bugallal, Ministro de Gracia y Justicia) fue presentado al Senado en 1880, y tenía el claro propósito de recuperar en lo posible el CP de 1848, inspirado por los moderados de Narváez. Dos eran las principales preocupaciones presentes: la religión católica y la seguridad de la patria. La tutela de la religión católica era grande, castigándose incluso el intento de variar la orientación religiosa de los españoles, aunque con la restricción de que mediara violencia, pero también se castigaba a quien vejara a alguien a causa de sus creencias. Se actualizaban los delitos contra el orden público, incorporando nuevas modalidades, y contenía reglas que ojalá hubieran perdurado en nuestro derecho penal, como la reducción de la pena de las falsedades en uno o dos grados cuando éstas no hubieran causado perjuicio. Se mantenía el delito de vagancia (la vagancia solo perdería esa condición jurídica con la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, que pasó a tratarla como estado peligroso). El entonces reciente caso de «estafa masiva» descubierto tras el hundimiento de la Caja de Imposiciones, negocio construido fraudulentamente como «estafa piramidal» por doña Baldomera Larra (la hija menor de Mariano José), dio lugar a que se incluyera un delito que hoy llamaríamos de estafa o fraude de inversiones.

El Proyecto Bugallal decayó en 1881 con el Gobierno de Cánovas en que su promotor era Ministro de Justicia. Pasó a presidir el Gobierno Sagasta, y uno de los primeros frutos fue el Proyecto de Reforma impulsado por Manuel Alonso Martínez.

²⁴ El Proyecto Alonso Martínez, de 1882 se presentaba como consecuencia de la necesidad de adaptación del Código, pero también de la importancia de adecuarse a la legislación comparada y a los avances de las ciencias penales. Esos objetivos no eran especialmente visibles, aunque sí tenía otras virtudes, especialmente la simplificación de la siempre farragosa técnica de determinación legal de la pena, además de abolir la pena de cadena perpetua. No llegó a discutirse. Unos años después, en 1886, Alonso Martínez volvía a ser Ministro, y retomó la decisión de elaborar un Código penal nuevo. En esa segunda oportunidad el sistema elegido fue el de una Ley de Bases que autorizaba al Gobierno para reformar el Código. Se componía de diez bases, luego ampliadas a quince en el debate en el Senado, que entró en el Congreso de los Diputados el 22 de marzo de 1887, pero a causa de la misma fragilidad de las tales bases, en opinión de Antón Oneca, no llegaría a debatirse (vid: Antón ONECA, *Los Proyectos...*, cit., p. 258.)

²⁵ Constancio Bernaldo de Quirós (Madrid, 12 de diciembre de 1873-Ciudad de México, 11 de agosto de 1959) fue catedrático de Derecho Penal y Criminología. Inicialmente fue discípulo de Giner de los Ríos. Sería el máximo introductor de la Sociología criminal en España.

²⁶ Vid.: J. ALVARADO PLANAS, «El proyecto de Código penal de 1844 de Silvela, y el Código penal del Protectorado español en Marruecos», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 1, 1992.

Ministro, especialmente de algún penalista como Jerónimo Vida, Catedrático de Salamanca que acusó a Silvela de personalista y prepotente²⁷.

Dejando de lado esas críticas justo es señalar que Silvela había demostrado ya con agudeza los defectos graves que tenía el Código penal de 1870, a través de los artículos que publicó bajo el pseudónimo de Elías Visllú en el diario *El Imparcial* agrupados luego en un libro²⁸. Esos defectos se corregían en el proyecto, que era un buen texto, aunque tuviera aspectos discutibles a causa del empeño de su autor por imponer en la ley las ideas doctrinales que él sostenía en *El derecho penal*, prescindiendo de la tradición legal y hasta del derecho comparado.

Así, por ejemplo, su excesiva inclinación al subjetivismo, que le llevaba a despojar de componentes objetivos la tentativa, o la convicción de que solo podían merecer la calificación de delitos los actos «maliciosos», esto es, dolosos, como había hecho el viejo Código de 1822, pero sin que ello impidiera la presencia en el Código de hechos castigados con penas (las culpas o imprudencias) a las que no tenía por delitos. También ofrecía soluciones para problemas como el de la preterintencionalidad llamadas a perdurar en el tiempo.

El Código contaba con un Título preliminar que resolvía los aspectos relativos a la vigencia de la ley penal en el espacio y en relación con las personas, como hacen hoy muchos Códigos europeos. El catálogo de eximentes, atenuantes y excusas absolutorias se aumentaba en comparación con los Códigos y proyectos precedentes. Incluso una figura que está en boga en nuestro tiempo, cual es la libertad vigilada, tiene un precedente en la medida de seguridad de vigilancia de la autoridad.

Especialmente renovadora era la regulación de la autoría y la participación, lo que no significa estar de acuerdo con lo que proponía, pues, por ejemplo, y siempre por fidelidad a su concepción subjetivista de la infracción penal, la inducción se castigaba aun cuando no fuera seguida de la ejecución del delito, y si ese delito se producía, el inductor respondería si era ese el concreto crimen que había inducido, o bien una consecuencia aneja que fuera previsible. El encubrimiento, que nuestro derecho mantuvo como forma de participa-

²⁷ Crítica de Jerónimo Vida Vilches, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca, profesor prestigioso, originario de Granada, circunstancia que propició la llegada de Dorado Montero a la Cátedra de Salamanca: Vida Vilches era desde 1880 catedrático de Salamanca, pero deseaba trasladarse a Granada, para lo cual permutó su Cátedra (en aquel tiempo y hasta bien entrado el siglo XX se podía hacer) en 1892 con el catedrático Pedro Dorado Montero, que lo era de Derecho Político y Administrativo en la Facultad de Derecho de Granada. Para fortuna de la ciencia penal, Dorado pasó a dedicarse al derecho penal desde la cátedra de Salamanca.

²⁸ Elías VISLLÚ (Luis SILVELA), *El código penal y el sentido común*, Madrid, Tipografía de Manuel G. Hernández, 1886.

ción hasta 1995, Silvela lo excluía de la participación y lo trasladaba a la relación de delitos concretos, como sucede en la actualidad.

Otra muestra de modernidad fue la incorporación de una forma de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que a juicio de Antón Oneca era lo más original del Proyecto, pues como consecuencia del delito o complementaria de la pena se preveía la posibilidad de la suspensión o supresión de las entidades o personalidades jurídicas cuando sus individuos delincan por los medios que las mismas les proporcionen.

En todo caso, la fatalidad de la muerte de Alfonso XII el 25 de noviembre de 1885, en unión de un grave incremento de conflictos sociales y políticos provocó la caída del Gobierno y con ello la del Proyecto, que, a pesar de todo, influiría en los trabajos legislativos posteriores, entre los que ha de incluirse el Código penal para el Protectorado español en Marruecos.

5. EL «DERECHO PENAL SEGÚN LOS PRINCIPIOS Y EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE EN ESPAÑA»

Las ideas fundamentales de Silvela se muestran en diferentes obras, pero donde alcanzan su más completa exposición es en su obra fundamental, ya antes citada: *El Derecho Penal estudiado en sus principios y en la legislación vigente en España*²⁹, obra colosal pese a que en su día fue duramente criticada por Dorado Montero, que, desde su positivista planteamiento del problema penal, no podía aceptar uno de los pilares del sistema de Silvela: el libre albedrío, ante todo, y las consecuencias que de él derivan para el principio de culpabilidad.

Además, la tutela, corrección, «protección» del criminal, fundamentales en el pensamiento de Dorado, sólo alcanzaban en Silvela el papel de «propósitos» de las penas, pero sin ocultar su clasicista primigenia naturaleza de reacción jurídica por el hecho cometido, que es lo que primordialmente empuja al Estado a aplicar la sanción penal. Por esa razón Dorado le negaba incluso la condición de «correccionalista».

²⁹ La importancia de esta obra es de todos conocida, pero ya en su tiempo fue objeto de especial reconocimiento: en marzo de 1880 el Consejo de Instrucción Pública, dictaminó que «la obra del Doctor D. Luis Silvela está comprendida en el artículo 232 de la Ley de Instrucción Pública y, en consecuencia, es merecedora del premio de mérito del Consejo de Instrucción Pública» Aquel acuerdo ponía fin al procedimiento incoado el 5 de marzo de 1880, fecha en la que «Don Luis Silvela por conducto del Rector solicita que el Consejo informe acerca del mérito de su obra *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*».

Respetando, por supuesto, la opinión de Dorado no es correcto ni justo reducir a esa crítica la obra de Silvela, cuyo alcance y significado es mucho mayor³⁰. Merece destacarse una importante dualidad: por un lado, el estudio del Derecho Penal, haciendo abstracción de la legislación concreta vigente, en función de los principios racionales y naturales que rigen el orden universal y las relaciones entre los hombres, lo cual evidencia una actitud metódica muy próxima a la de los clásicos, que obraban con mentalidad iusnaturalista, si bien con matices en el fundamento filosófico (iusnaturalismo católico en Carrara e *iusnaturalismo krausista* en Silvela). No es de extrañar que algún autor calificara al pensamiento de Silvela como derecho «natural» penal.

Por otro lado, el estudio del Derecho positivo vigente, que en buena lógica, según Silvela, no puede diferenciarse del que dicta la razón y el buen sentido sobre el orden del universo; no obstante, el derecho positivo no es más que una manifestación parcial del natural o filosófico, pues no todo lo que aquél considera reprochable tiene que serlo también para el derecho vigente, el cual es mutable por naturaleza, sin perjuicio de que el derecho natural nos muestra la imagen del «verdadero» derecho. Esta doble vertiente de la obra de Silvela es lo que le confiere un indudable valor.

Ese modo de pensar, a su vez, también ha de ser matizado. Silvela puede ser adscrito al iusnaturalismo krausista, y su principal obra, *El Derecho Penal...* se presenta como una manifestación de un peculiar clasicismo, de ascendiente krausista (no católico, como era normal en el clasicismo), por sus bases y por su método, si bien defiende tesis en materia de antijuricidad y de pena que se alejan de los postulados clásicos, adentrándose en la ideología correccionalista.

El lector que se acerque hoy a la obra de Silvela podrá constatar que su lenguaje y el modo en que está configurada en nada se asemejan a los manuales o tratados de nuestro tiempo, y, pese a ello, está muy extendida la convicción de que este libro es el primer Tratado de Derecho penal escrito en España, y no solo porque tempranamente lo dijera Giner de los Ríos, sino porque es la primera reflexión profunda y separada del derecho positivo que aparece en nuestra historia penal, pues el siglo XIX español no conoce obras que puedan calificarse realmente como «Tratado», tónica que no se rompe hasta llegar a las obras de Dorado Montero y a la de Luis Silvela, añadiendo

³⁰ Pese a lo cual no ha sido objeto de todo el estudio que merece, sin perjuicio claro está de la atención que le prestaron Jiménez de Asúa y Antón Oneca. Atención monográfica le presta J. Cuello Contreras en tres excelentes estudios: «El significado de la moderna teoría de la culpabilidad frente al concepto de delito en la tradición jurídico-penal española», *Anuario de Derecho Penal*, 1986, 3, pp. 837 y ss. «Las raíces filosófico-jurídicas del pensamiento penal español contemporáneo», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1989, y «La Teoría de la pena de Luis Silvela», *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, 1989.

a lo sumo la obra de Valdés Rubio, aunque no se intitulara como exposición de carácter general. Ello, no obstante, tras la aparición del CP de 1848, se publicaron Comentarios de indudable importancia que no pueden ser reducidos a mera glosa de los preceptos del Código recién promulgado, comenzando por los de Pacheco al CP de 1848 y continuando con los de Groizard al de 1870.

Como podrá comprobar quien la lea, la sola configuración de la obra y el modo y orden en que están distribuidos los temas pone de manifiesto las claves del pensamiento de su autor. Quiere ello decir que el «índice» es algo más que un prontuario destinado a orientar al lector en la búsqueda de temas concretos, pues no es solo eso, sino la expresión del orden metodológico en que se ubica el derecho penal y, en base a ello, el modo en que ha de ser estudiado.

Como antes dije, hubo quien calificó la obra de Silvela como derecho penal «natural», lo cual tiene algo de cierto siempre que no se confunda esa denominación con el iusnaturalismo escolástico, pues no se trata de eso, sino de la convicción de que el derecho ha de ser expresión de un modo racional de ordenación de la convivencia y que las leyes, el derecho positivo, han de ser la traducción de esa racionalidad. Esa condición se expresa resumidamente en el título de la obra: el derecho penal *explicado en sus principios* constituye la primera y fundamental parte, mientras que, en un segundo lugar, el título se completa con la otra visión del derecho penal que es la que ofrece la *legislación vigente en España*.

Fácilmente muestra así Silvela que se puede describir lo que es el derecho penal antes de leer las páginas del Código penal. Con razón se ha dicho que, desde cierto punto de vista, con Silvela se inicia la *dogmática penal* en España, en tanto que construye un sistema de conceptos e instituciones entrelazados que explican lo que *debe ser* el derecho penal, y que sirve para analizar el derecho positivo y juzgar su adecuación a la racionalidad.

Claro está que la racionalidad no es ni puede ser única, sino que será acorde con unos presupuestos filosóficos, morales, políticos o religiosos. En esa línea se considera, como también he señalado antes, que Silvela fue, por una parte, un krausista, pero también, aunque en menor medida, un correccionalista, si bien no prestó al problema de la pena la atención que le dedicaron otros compañeros de generación como, especialmente, Dorado Montero, y también Aramburu o Concepción Arenal.

Otro aspecto de capital importancia en la obra de Silvela es su convicción de que existe una *Ciencia del derecho penal*, idea que propiciaba el ambiente cultural generado por el positivismo, pero que hasta entonces no había sido

expresado con tanta firmeza, y que, además, englobaba una pluralidad de saberes y disciplinas reunidos como *enciclopedia de las ciencias penales*³¹

Resumir los principios y los conceptos penales de Silvela en unas pocas páginas es tarea imposible y, además, innecesaria, pues el lector tiene la obra en sus manos. Por lo tanto, me limitaré a llamar la atención sobre algunas de las muchas ideas que don Luis vertió en su obra, con una advertencia: hay una gran diferencia de contenido y significación entre los volúmenes primero y segundo.

La primera parte puede calificarse como exclusivamente filosófica, y en ella Silvela desarrolla su pensamiento krausista y correccionalista, que hoy nos puede parecer excesivamente subjetivo y abstracto y alejado de la realidad positiva del derecho penal.

En cambio, en el segundo volumen aparece claramente el Tratado de derecho penal español que, con razón, se considera por muchos el inicio de la dogmática en nuestro país. Dedicado a analizar el Libro I del CP de 1870, marcando criterios de interpretación que han perdurado en el tiempo. Con todo, según otras opiniones, la dogmática no entraría en España hasta que se divulga la obra de Von Liszt por la traducción de Saldaña y Jiménez de Asúa³², pero ese respetable parecer debe ser matizado porque reduce su campo de visión a la dogmática de base germánica que se construye a partir de la teoría del delito, y sostener que no es posible el estudio dogmático del derecho penal si no es partiendo de la distribución conceptual propia de la teoría del delito es excesivo.

6. LA FILOSOFÍA PENAL DE SILVELA

Consecuente con su filosofía jurídica, de clara raíz iusnaturalista, Silvela estimaba que el hecho que calificamos como delito no es una creación del legislador anterior a él, sino que existe en la realidad, en la historia y en la cultura. El legislador penal se limita a dos tareas esenciales: determinar la clase y cantidad de castigo que merece el hecho delictivo y, para que realmente pueda merecer esa consideración, exigir que se compruebe la *voluntariedad* de la acción.

³¹ El concepto lo acuña Silvela, aunque es habitual atribuírselo a P. I. Rovira Carreró, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Santiago, que lo describió en 1915.

³² Sobre este punto, Enrique ROLDÁN CAÑIZARES, *Luis Jiménez de Asúa Derecho penal, República, Exilio*, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 170 y ss.

Ese componente de voluntariedad va a tener una singular importancia en la teorización del delito (recordemos, además, que tanto el CP de 1848 como el de 1870 comenzaban definiendo el delito como acción u omisión *voluntaria*), pero ese dato legislativo no es más que una consecuencia de una premisa que comparten los krausistas siguiendo a Giner de los Ríos: solo hay culpabilidad cuando voluntariamente se ha infringido la ley intencionadamente, y esa es una consecuencia obligada del carácter social del ser humano que está sometido a un orden moral, y eso es lo que lo diferencia del salvaje. La libertad del hombre es una libertad «moral» que, a su vez, da su significación a lo que, en uso de una libertad así entendida, se hace voluntariamente. La acción así realizada contra el mandato o la prohibición no es un suceso «meramente objetivo», sino pleno de significación jurídica subjetiva.

Premisa necesaria es que solo la filosofía y la evolución histórica del derecho permiten comprender la formación del derecho penal del Estado (el sentido del derecho positivo) como expresión de un ideal de justicia, pero también de un orden moral orientado a la consecución del bien, destino natural del hombre.

Contemplados globalmente esos diversos componentes del pensamiento de don Luis se pueden deducir algunas conclusiones. Una premisa necesaria es que era un católico profundo y consecuente, para el que Dios representaba el bien supremo. Dados los elementos «generadores» del Derecho, necesariamente el delito era algo más que la infracción de la ley positiva, pues, a la vez, era una conducta inmoral y contraria a la Religión. Con ese modo de entender el derecho penal, tan próximo a Carrara y Pessina, lo lógico sería la defensa de una concepción retributiva de la pena como restauración del orden jurídico alterado. Pero, aunque eso fuera lo coherente para un jurista católico, Silvela participaba también, no se olvide, de la ideología correccionalista por lo cual entendía que la ocasión de la imposición y ejecución de la pena tenía que ser aprovechada para procurar reeducar y corregir al condenado.

La legitimidad del Derecho y su «potestad coactiva» procede de la misma fuente, y no se limita al derecho penal, sino a todas las intervenciones del Estado ya sea a través del derecho público o del derecho privado.

7. EL DELITO

El libro segundo de la obra se dedica íntegramente al delito y sus elementos. No digo «teoría jurídica del delito» porque no sería correcto históricamente pues la teoría, así denominado, había de esperar a la llegada de la obra de

Von Liszt, y la divulgación de la teoría del delito por los trabajos de Ballvé Pallisé y de Jiménez de Asúa. En el libro de Silvela no hay una teoría así configurada, pero el lector encontrará una explicación científico-jurídica de los elementos del delito, aunque sea sin la estructuración sistemática que hoy, con los matices que se quiera, es visible en cualquier Parte General.

Un elemento preponderante en la concepción del delito es claramente la *voluntariedad*, al punto de que se podría decir que Silvela defendía una concepto subjetivo de delito, que es una violación del derecho por actos de libre voluntad, la violación consciente del derecho. La voluntad, a su vez, ha de ser objeto de atención tanto para entender las causas que llevan al sujeto a cometer el delito y eso ha de ser también el objetivo o propósito de las penas que se impongan a ese sujeto.

Silvela elige como elemento esencial del delito la acción voluntaria contra el derecho del sujeto activo del delito y la víctima, pero no deja un espacio propio para la culpabilidad o para la antijuricidad, que acaba siendo una característica de la propia acción (concepción subjetiva de la antijuricidad). En su pensamiento el derecho no se ofende «objetivamente» sino solamente si hay intención de ofenderlo, con lo cual quienes son incapaces de culpabilidad o que simplemente han actuado sin dolo, no pueden obrar antijurídicamente, aunque puedan verse obligados a la reparación civil por el daño provocado. No encontraremos, pues, una teorización del delito imprudente. En suma: sin intención no habrá comportamiento ofensivo para el Derecho, y, por lo tanto, quien no puede ser culpable no puede obrar antijurídicamente, con lo cual las funciones autónomas de cada una de esas categorías, centrales en la actual teoría del delito, no se pueden construir.

En tanto que concepción subjetiva del acto injusto, la dimensión objetiva queda en un segundo término. Eso tendrá también consecuencias prácticas, como la dificultad para la configuración de la tentativa despojada de elementos objetivos y constreñida a una concepción subjetiva.

Pero ese subjetivismo de Silvela propiciaría el primer desarrollo técnico en España del concepto penal de *preterintencionalidad*. En la doctrina española se han venido usando los conceptos de preterintencionalidad *homogénea* y *heterogénea*, cuya formulación procede de Silvela, y es coherente con su concepción subjetiva del delito: el derecho juzga los actos humanos pero no solo objetivamente, sino que necesita saber cuáles son las intenciones y los motivos que han dado en la infracción, y la responsabilidad penal solo puede proceder de la libre voluntad, y se ahí se derivará una consecuencia: la necesidad de establecer el grado de correspondencia que existe entre el acto realizado y la intención del autor. El derecho penal tiene que responder a partir de la compro-

bación de que el acto externo del autor se corresponde con su «acto interno», esto es, lo que deseaba hacer o conseguir.

Para comprender la preocupación de Silvela hay que tener en cuenta la fuerza imputadora que tenía, y que tuvo la regla del *versari in re illicita*, que permitía, durante mucho tiempo, condenar por homicidio (doloso) a quien hubiera provocado la muerte de la víctima sin haberlo deseado. Con la imputación de homicidio preterintencional se daba a la intención la importancia que en su pensamiento tenía, pero no se despejaba plenamente la sombra de la responsabilidad objetiva.

8. EL CASTIGO DEL DELINCUENTE Y SU CORRECCIÓN

En el pensamiento de un penalista ocupan el lugar central dos temas. El primero, el significado que tiene declarar legalmente que un hecho es constitutivo de delito. Sobre eso Silvela exponía claramente su idea de que el delito es materialmente anterior a la ley, y se configura a partir de elementos de tradición histórica, social y religiosa que están en presentes en cada sociedad y también en el delincuente que intencionadamente lo comete.

El segundo problema es el que el penalista ha de exponer su opinión es en el del castigo que se ha de imponer a los autores de delitos, tanto en contenido y calidad como en su razón de ser y objetivos que se pretenden con la imposición de la pena.

No quiere eso decir que otros problemas, como la culpabilidad y la antijuricidad no sean fundamentales, pero estamos contemplando la obra de Silvela, escrita en el último tercio del siglo XIX, y no la de un dogmático del último tercio del siglo XX. Por eso no ha de sorprender que el eje ideológico fuera la ideología sobre la pena y no la concepción de la tipicidad o los componentes de la antijuricidad o los elementos de la culpabilidad, pues estas dos categorías aún no se habían desarrollado dogmáticamente.

Eso no supone desconocimiento de problemas como el de la conciencia del derecho, la equivocación o error, los motivos y modos que agravan o reducen la responsabilidad, la responsabilidad por los hechos no queridos pero producidos, que son abordados en diferentes pasaje de la obra. Pero a finales del siglo XIX lo que marcaba definitivamente la personalidad de un penalista era su pensamiento sobre la pena.

Silvela ha sido adscrito al correccionalismo español, junto con Dorado Montero y Concepción Arenal, lo cual sorprende porque la lectura de sus obras pone de manifiesto que no se parecen en casi nada, lo cual hace muy difícil

reunirlos como miembros de una Escuela, y posiblemente esa es una denominación exagerada. Siendo así ¿qué significado tenía ser correccionalista y cuál era el punto de coincidencia entre ellos? Comúnmente se dice que ese punto era la «corrección del delincuente», pero eso equivale a introducir en la definición lo que se quiere definir.

En aquella época imperaba el clasicismo y su concepción retributiva de la pena. Pero a partir de 1876 fue penetrando el positivismo naturalista, de matriz italiana, en España, pero también la llegada de la dogmática de cuño alemán a través de la difusión de la teoría jurídica del delito. Y fue en ese contexto en el que se desarrollaría el correccionalismo, al que se le deben, entre otros méritos, las reformas penitenciarias impulsadas por Concepción Arenal (Ley de bases de 21-10-1869) pero sería exagerado decir que el correccionalismo alumbró un sistema completo de derecho penal, pues su ideario prioritariamente se orientaba a la función de la pena, aunque los defensores de las ideas correccionalistas eran, además, mayoritariamente krausistas, lo cual sí tenía transcendencia para la totalidad de la filosofía del derecho penal, es obligado recordar que el krausismo luchó, sin éxito, por la abolición de la pena de muerte.

El correccionalismo partía de un presupuesto fundamental, especialmente en aquellos tiempos, que era el respeto al ser humano depositario de derechos y libertades, y de ahí los esfuerzos de todos ellos por lograr dignificar las respuestas punitivas, y eso, ciertamente era el único punto de coincidencia. Pretender encontrar mayores acercamientos ente un liberal-conservador como Silvela y un anarquista utópico, como Dorado, es tarea inviable, salvando su común actitud crítica ante el derecho legislado.

Es cierto que el pensamiento correccionalista se centró en las penas, y en ese campo entraron, gracias a ellos, ideas que habrían de quedarse para siempre en el sistema punitivo español, como la posibilidad de reducir el tiempo de duración de la pena o la creación de instituciones de ayuda a los expresidarios para ayudarles a la reinserción.

La corrección del delincuente no era solo un objetivo humanista, sino algo más: lo que exige e impone la razonabilidad del Derecho, pues el Derecho lesionado no se restaura con el castigo puntual, como creían los retribucionistas puros, sino que exige, además, que el infractor no vuelva a ofenderlo, y para que eso sea posible no basta con privarle de libertad, lo cual lógicamente no puede ser por tiempo indefinido, sino que es preciso *corregir su voluntad* y educarle en el respeto a las leyes como norma ética que marcará su comportamiento y que le llevará a integrarse en la sociedad como miembro que comparte sus valores.

Con esa concepción del fundamento y fin de la pena se consiguen dos objetivos compatibles e igual de necesarios: la defensa de la sociedad frente a quien la ataca, pero también la recuperación o resocialización del infractor. En el clasicismo liberal la pretensión de aprovechar la ejecución de la pena para inculcar en condenado una nueva cultura social era ilícito y hasta se podía calificar de invasión de su intimidad. La idea del retribucionismo que rechazaban los correccionalistas era precisamente la renuncia a la reeducación, pues la pena debía ser exclusivamente el *precio a pagar* por el hecho cometido.

Pero los correccionalistas entendieron que del mismo modo que el maestro corrige al mal alumno para que pueda aprovechar la ocasión del estudio, también el sistema punitivo tiene el *deber* de recuperar al condenado para que pueda disfrutar de la vida en libertad en condiciones de igualdad, y solo entonces se podrá decir que el Derecho ha sido restablecido y que ha regresado a la situación anterior al delito. Y el Estado no puede inhibirse y desentenderse de la suerte del condenado como si el Derecho hubiera terminado su función al dictar la sentencia condenatoria, pues el Derecho penal ha de perseguir la plena realización de su función, que no solo es castigar, pues la justicia no se realiza plenamente si no se promueve la recuperación del delincuente, que, a su vez, tiene la obligación de procurarla.

De especial entidad es la atención que dedica a la bondad jurídica de la pena. La pena es justa porque es consecuencia del delito cometido, y su gravedad se ha de ajustar a la gravedad del hecho –idea plenamente retribucionista– pero solo será una pena coherente con el Derecho y su función cuando realmente promueva la corrección y la reintegración social del condenado. Ello no empece reconocer su carácter de sufrimiento inevitable que cumple con una serie de funciones: expiación por el mal causado, pero también medida necesaria que la sociedad tiene que adoptar para defenderse y para prevenir la comisión de delitos. Por lo tanto, no asume un criterio retribucionista, pese a su proximidad al clasicismo, pero tampoco defiende como básica la función preventiva.

Es evidente que Silvela no se apartaba únicamente del retribucionismo, sino también de las teorías de la prevención. Tanto una como otra idea sobre el fundamento y fin de la pena se olvidan de la significación profunda de la conducta delictiva para ir en busca de objetivos ajenos al delincuente (la retribución sin entrar en motivos o el aseguramiento de futuro), en lugar de comprender que la pena ha de ser a la vez justa defensa del Estado que a la vez va a ayudar al delincuente a regresar a la plena participación social.

Críticamente se puede decir, claro es, que los correccionalistas, como krausistas que eran, tenían una «fe» declarada en el ser humano y en su capa-

cidad de reformarse, cosa que retribucionistas y prevencionistas no creían que fuera objetivo prioritario del sistema punitivo. Los correccionalistas no olvidaban la necesidad de defensa que tiene el Estado y el deseo de sentirse defendidos los ciudadanos que contemplan la comisión del delito, pero la paz o la tranquilidad de todos no se puede alcanzar solo con la retribución o con la intimidación o la separación del cuerpo social, sino que pasa por la corrección del delincuente que tiene que reconciliarse con la sociedad en la que pretende vivir.

9. LAS INSTITUCIONES TÉCNICAS DE LA PARTE GENERAL

Ya he advertido antes que la obra de Silvela no puede compararse con los manuales o tratados de derecho penal que se escriben en España a partir de Jiménez de Asúa, en cuando a la teoría de delito, o de Antón Oneca, autor de una de las mejores obras de Parte General que de la bibliografía Española. La obra de Silvela se compone en el último tercio del siglo XIX y su estructura y método no se parecen a esas grandes creaciones del siglo XX. La diferencia fundamental se encuentra, como es lógico, en que la base de ordenación temática no es la teoría del delito de corte germánico que ni siquiera se había difundido en España en 1874 (año de aparición del primer tomo de «*El derecho penal...*»). Más aún, ni siquiera era común utilizar la denominación de Parte General para referirse a los principios del derecho penal, la teoría de la ley y la teoría del delito y de la pena.

La manualística del siglo XX, especialmente a partir del segundo tercio de éste, suele agrupar los problemas penales siguiendo, más o menos, la ordenación de la teoría del delito, que, a su vez, se difundió en la Universidad española mereciendo aplauso generalizado, pues, como en aquellos tiempos se decía, cada problema penal tenía su lugar sistemático, y cada elemento sus subconceptos integrantes.

No era ese, ni podía serlo, el criterio que seguía Silvela en su obra, en la que los diferentes problemas del concepto de delito y sus cuestiones conexas se enuncian y desarrollan de acuerdo con el criterio del autor, y la reunión de todos esos elementos pone de manifiesto cómo el autor se plantea separadamente problemas que hoy han de estar presentes en toda teoría del delito, aunque otros temas apenas tienen mención por la sencilla razón de que nunca se habían planteado porque son fruto de la evolución del derecho y el aumento de

la complejidad de los fenómenos que ha de enjuiciar, como son, y es solo un ejemplo, los problemas de causalidad³³ o de imputación del hecho.

Dejando de lado los temas que en su tiempo no habían entrado en la zona central de los problemas penales, en *El derecho penal...*, encontramos el estudio de las circunstancias del delito y su razón de ser, o el concurso de delitos, problema al que no se había dedicado más atención que la del correspondiente análisis a propósito de los comentarios al Código penal.

Especial importancia tiene la atención dedicada al problema de la imputabilidad, sus estados y sus causas, las circunstancias y hechos que pueden modificarlas. Por aquel tiempo se comenzaba a librar la batalla por el reconocimiento de la enfermedad mental como causa de exclusión de la imputabilidad, que se consideraba un estado normal o natural salvo que el sujeto padeciera una anomalía mental «físicamente perceptible». Para Silvela la imputabilidad es, en lo físico, la posibilidad de atribuir a un sujeto conceto realización, pero también puede ser entendida como la propiedad de ciertos seres, por su propia naturaleza, de producir ciertos hechos que les puedan ser atribuidos como efecto de su libre voluntad, categoría específica y diferente del libre albedrío, y que ha de formar parte expresa de la noción de delito.

Pionero sería también en el estudio de la naturaleza de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, las agravante y las atenuantes, problema que hasta entonces prácticamente no se había planteado, y otro tanto cabe decir de temas que si bien estaban en la ley y habían sido analizados por los comentaristas, no habían recibido un tratamiento individualizado, como pueden ser el concurso de delitos o la coparticipación en el hecho delictivo, sí como la ejecución de la pena y la extinción de la responsabilidad criminal

10. SILVELA Y LA CIENCIA PENAL

En la ciencia penal española, como he dicho antes, es común entender que la dogmática no entró en España hasta que se divulgó la obra de Von Liszt por la traducción que de su Tratado hicieron Saldaña y Jiménez de Asúa³⁴, pero ese respetable parecer debe ser matizado porque reduce su campo de visión a la dogmática de base germánica que efectivamente se construye a partir

³³ Baste recordar que la obra de M. VON BURI, *Ueber Causalität und deren Verantwortung*, reconocido fundador de la teoría de la causalidad en derecho penal, aparece en Leipzig en 1873, prácticamente coetánea a la publicación de *El derecho penal...*

³⁴ Sobre este punto, Enrique ROLDÁN CAÑIZARES, *Luis Jiménez de Asúa Derecho penal, República, Exilio*, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 170 y ss.

de la teoría del delito, pero sostener que no es posible el estudio dogmático del derecho penal si no es partiendo de la distribución conceptual propia de la teoría del delito es excesivo.

La obra de Luis Silvela, y eso está más allá de toda duda, fue la primera aproximación científica al derecho penal, superando la sin duda meritoria e imprescindible tarea de los comentaristas de los Códigos de 1848 y 1870, y, además, fue la primera piedra para la construcción del edificio científico del derecho penal español, sin perjuicio de que bebiera de las fuentes históricas del iusnaturalismo y de la filosofía krausista. Una y otra vez, por lo tanto, hay que repetir la opinión de Giner de los Ríos: *El derecho penal estudiado en sus principios y en la legislación* será siempre el primer Tratado de Derecho penal de nuestra historia.

EL
DERECHO PENAL

ESTUDIADO EN PRINCIPIOS

Y

EN LA LEGISLACION VIGENTE EN ESPAÑA

POR

D. LUIS SILVELA

Catedrático de Derecho mercantil y penal de la Universidad de Madrid.



MADRID
IMPRESA DE T. FORTANET
CALLE DE LA LIBERTAD, 29
—
1874

PRIMERA PARTE.

EL DERECHO PENAL

ESTUDIADO EN PRINCIPIOS.

EL DERECHO PENAL

ESTUDIADO EN PRINCIPIOS

Y

EN LA LEGISLACION VIGENTE EN ESPAÑA.

CAPITULO PRELIMINAR.

§ I.

Enciclopedia de las Ciencias y de las Artes jurídicas.

La palabra Ciencia, en su origen etimológico, y aún en su primitivo significado en nuestro idioma, equivale á conocimiento; pero comunmente se toma en una acepcion más restringida, pues el conocimiento puede ser ó vulgar ó científico, y sólo este último constituye propiamente la Ciencia.

El primero consiste en conocer las cosas tal y como se muestran ó aparecen, pero sin penetrar en su naturaleza, en su razon, en su enlace con las demás y su dependencia de otras superiores. El conocimiento científico, por el contrario, supone la noción de las cosas en su esencia y naturaleza. De este modo, no sólo es verdadero, sino que consta además por qué lo es, pues únicamente se pueden

afirmar como verdades aquellas que se saben científicamente. Es además sistemático, porque se adquiere conforme á cierto orden y método, con el auxilio de los que es posible descubrir el enlace que las verdades tienen entre sí y su relación con otras superiores dentro de las cuales están contenidas.

A no dudar, la inteligencia de todo hombre, áun la del más ignorante, posee un caudal de conocimientos de toda clase, que aplica á las exigencias y necesidades de la vida práctica: pero los usa y emplea, aceptándolos como verdaderos sin que pueda dar razón de este juicio, tal vez sin que se le haya ocurrido jamás preguntarse por qué y hasta qué punto lo son, á qué orden pertenecen y cómo ha llegado á adquirirlos. El hombre científico, que no puede serlo igualmente en todos los ramos del saber, procede en los que desconoce de esta manera. Así, por ejemplo, el médico tiene de la legislación de su país un conocimiento meramente vulgar y aprendido por el sentido común, y el letrado y el juez, por lo contrario, tienen de la salud, de la enfermedad, del organismo humano, de sus funciones, y de todos los demás estudios que constituyen la Ciencia médica, un conocimiento meramente vulgar. Tal vez éste es enteramente exacto, pero la conformidad entre el conocimiento y el objeto conocido no consta ni es fundada racionalmente, y es, por tanto, ignorada la verdadera esencia y naturaleza de éste. El conocimiento vulgar es más bien que un conocimiento falso un conocimiento incompleto. Dentro de todas las Ciencias y como formando parte de ellas, figuran muchas nociones, que aceptadas tradicionalmente y sin exámen no merecen otra consideración que la de vulgares, y que esperan el momento de ser confirmadas como verdades científicamente sabidas ó científicamente desechadas como errores. Por esto, los mismos conocimientos que son para unos simplemente vulgares y aprendidos por el sentido común, constituyen para

otros verdadera Ciencia. Hay pues, dos modos de conocer: el vulgar ó de sentido comun y el científico.

Pero toda Ciencia no es, como se afirma de ordinario, esencialmente filosófica.

Pretende conocer la Filosofía lo perenne, constante é inmutable en todo órden de ideas: la Historia, lo transitorio, mudable y perecedero, y como tanto lo uno como lo otro puede ser científicamente conocido, resulta que las Ciencias pueden ser filosóficas ó históricas.

No hay nocion alguna, por abstrusa y elevada que parezca ó por insignificante que se muestre, que no pueda y deba ser aplicada en un caso dado, ó mejor dicho, en todos los de igual naturaleza y cuya generalidad no pueda y deba ser individualizada en un objeto, sin lo cual sería un mero entretenimiento y un puro adorno del espíritu.

Mas esta aplicacion ó individualizacion puede ser empírica ó artística.

Supone ésta el conocimiento científico y su aplicacion, por tanto, ordenada y sistemática con conciencia clara, no sólo del resultado, sinó ademas del por qué y en virtud de qué se obtiene; esto constituye en general *el Arte*. En la aplicacion empírica falta el conocimiento científico, y por consiguiente, si el resultado puede ser previsto porque es propuesto como fin, se ignora siempre la razon por que se obtiene y la ley que se cumple ó realiza. Esto constituye propiamente el empirismo ó el oficio, aunque esta palabra se toma en nuestro idioma en una acepcion más restringida y limitada á las llamadas *Artes mecánicas*. Todo verdadero Arte supone, pues, una Ciencia ya existente, así como toda Ciencia supone un Arte, mediante la cual ha de aplicarse. Pero del mismo modo que el Científico no ha de ser necesariamente y no es de ordinario, el Artista de la Ciencia que profesa, el Artista no necesita tampoco siempre ser el Científico del Arte que cultiva. Un gran presentimiento de la verdad científica y una eminente

aptitud para ella, áun sin ser cultivada, llevan por otra parte en algunos casos á prodigiosos adelantos en la aplicacion, que por preciosos que sean no llegarán, sin embargo, á constituir jamás el verdadero Arte.

Las afirmaciones que en general acabamos de hacer pueden particularizarse tratándose del Derecho.

No hay hombre, por rudo y por ignorante que se le suponga, que no tenga una nocion más ó ménos clara, más ó ménos extensa, de lo justo ó de lo injusto, un conocimiento más ó ménos completo de alguna ó de algunas de las leyes positivas, á cuya nocion y á cuyas leyes tenga el deber como hombre y como ciudadano de arreglar los actos de su vida. En el convencimiento profundo de que todo hombre es capaz, cualquiera que sea su grado de cultura, de comprender los deberes que con relacion á nosotros tiene que llenar, se funda el que nos creamos con justicia autorizados para quejarnos de su conducta, aunque no falte á ningun precepto del derecho positivo; y en el supuesto de que todas, ó al ménos la mayor parte de las leyes promulgadas pueden ser comprendidas por el mero sentido comun, el exigirse su cumplimiento á todos los ciudadanos sin distincion del grado de ilustracion que alcancen.

Pero no se concibe sólo el conocimiento del Derecho por el mero sentido comun, sino que como los demás objetos puede serlo tambien en todos sus aspectos de un modo científico y aplicado tambien artísticamente. De aqui las Ciencias y las Artes jurídicas.

El Derecho se nos muestra primero como una idea, no separada, pero sí diferente de las leyes ó preceptos promulgados, y como tales, vigentes en los diversos pueblos. Cuando bajo este aspecto le concebimos y le estudiamos, en su esencia y su naturaleza, aparte de los tiempos y lugares, como permanente, eterno é inmutable, esto es, «lo que debiera regir como Derecho, y cuyo reconocimiento como tal debemos esforzarnos para conseguir,» concebi-

mos la *Ciencia filosófica del Derecho*, llamada también *Filosofía del Derecho*, *Derecho natural*, *Principios fundamentales del Derecho*, *Teoría del Derecho*, y con más impropiedad, *Ciencia del Derecho ó de la Legislación*.

Mas el Derecho aparece también en estado de cambio y de mudanza, siendo diferente según los pueblos y según las edades: y su conocimiento ordenado, metódico y con certeza de su verdad, constituye la *Ciencia histórica del Derecho*.

Dentro de ella es indispensable hacer una subdivisión, pues fácilmente se ve que cabe estudiar y conocer su desenvolvimiento como idea y su desarrollo como legislación positiva, siempre dentro del tiempo y de los diversos lugares.

En efecto, si bien el Derecho, como concepción ó como idea, es eterno é inmutable, ni siempre ha sido por todos, en todas las épocas y naciones comprendido de la misma manera, ni investigado por el mismo método, ni han sido idénticos los resultados obtenidos. Por esto aparecen los llamados sistemas de la Filosofía del Derecho, que no son otra cosa que el desenvolvimiento y transformación según los tiempos y países de la noción abstracta ó filosófica del Derecho; y pues la muestra, en su aspecto mudable y transitorio, forma parte de la Ciencia histórica, recibiendo por algunos la denominación de *Progresión científica del Derecho*: su nombre propio es el de *Historia de la Filosofía del Derecho*.

Preséntase éste, además, como un conjunto de preceptos positivos expresados en leyes ó costumbres jurídicas, bajo los que viven los pueblos, y que no son iguales ni en todas las naciones ni tampoco idénticos en las mismas, en todos los períodos de su historia, y su conocimiento científico forma parte de la *Ciencia histórica del Derecho*.

De ordinario se usan estas palabras en un sentido mucho más limitado que el que acabamos de darlas. Comun-

mente se cree que la Historia del Derecho no abarca sino el conocimiento de las leyes que pasaron y ya no rigen, y cuando más el de las causas que produjeron la promulgación de las existentes. El Derecho vigente, sin embargo, no es sino la más moderna y reciente manifestación histórica, y por esta causa no tiene más mérito ni merece más subido precio que el que ha dejado de obligar. Pero por otra parte, como es el único á que prácticamente está el ciudadano sometido, interésale más su conocimiento que el de ningun otro, y es indispensable para los que ejercen determinadas profesiones, como el letrado, el fiscal y el juez, que han de considerar la Historia propiamente dicha y la Filosofía tan sólo como Ciencias auxiliares para llenar mejor su cometido. Sin duda alguna que por esto ha adquirido el carácter de una Ciencia independiente de la Historia, conocida con el nombre de *Ciencia del Derecho positivo*, y las obras que de ella tratan, con el de *Espíritu de los Códigos, Comentarios*, y otros más ó menos propios.

Dentro de la Historia, y formando parte de ella, aparece la Estadística judicial que agrupa y reúne los hechos análogos ó semejantes que al Derecho se refieren ó pueden influir en él, los hace representar por cifras para que puedan con más facilidad ser apreciados y comparados, y dá á conocer, por tanto, el estado de cultura jurídica.

La Historia, la Estadística, el Derecho positivo pueden, por su extensión, ser, ó universales, si abrazan el desenvolvimiento de toda la vida jurídica de la humanidad, ó particulares, si comprenden sólo un período más ó menos largo, ó se limitan á un pueblo, á una raza ó á un continente, y por los hechos que consideran y exponen — aunque esta división se aplica con más exactitud á la Historia en su sentido estricto,—externas ó internas. La Historia interna se ocupa del conocimiento de las causas de toda clase, que han producido los cambios y alteraciones en el

Derecho, así como la interna del conocimiento de este mismo Derecho, esto es, del estudio de la legislación por estas causas producida.

Modernamente, y como reclamando un puesto propio entre las Ciencias jurídicas, se ha presentado la Legislación comparada, sobre cuya naturaleza histórica ó filosófica se cuestiona todavía. Reducida á sus verdaderos límites, no es á nuestros ojos otra cosa que la Historia misma, pues ora la comparación se establezca entre las leyes positivas de un mismo pueblo en diferentes épocas, ora entre las de países diversos en el mismo período ó en idéntico grado de desarrollo de su vida, no se diferencia esencialmente de la Historia, que puesto que considera lo mutable, entraña en sí la comparación y el contraste. Mas si la comparación se establece entre el Derecho positivo y las ideas dominantes, aceptadas como regla de lo justo, apropiadas y conformes al estado de cultura de la época y del pueblo en que se promulgó ó rige todavía, para juzgar hasta qué punto fué su genuino y fiel desenvolvimiento, es la *Crítica histórica*, y si se establece con el ideal de la Filosofía, es la *Crítica filosófica*; pero ni uno ni otro género de conocimientos constituyen propiamente la Legislación comparada.

Mas á poco que se medite y considere, se verá nacer entre la Filosofía del Derecho y su Historia, una Ciencia intermediaria que supone la existencia de ambas, pero que no puede ser sustituida por ninguna de ellas.

En efecto, hemos dicho al principio, que toda verdad existe para que sea aplicada, sin lo cual sería mero pasatiempo ó simple adorno del espíritu. Preciso es, sin embargo, hacer distinciones entre verdades y verdades, Ciencias y Ciencias. Algunas suponen sólo la inteligencia, y á ella se refieren exclusivamente, como acontece á las Matemáticas; pero otras suponen la libre voluntad, y á dirigirla rectamente se encaminan. Éstas, llamadas morales

y políticas, entre las que figura el Derecho en primer término, son Ciencias eminentemente prácticas, pues trazan la línea de conducta que el hombre debe seguir.

Ahora bien, si el ideal filosófico del Derecho tiene algun valor, es para que sirva de norma y de regla á la voluntad, y parece reclamar, por lo tanto, imperiosamente su consignacion en Códigos como legislacion positiva. Al propio tiempo, ningun pueblo ha elevado á precepto obligatorio lo que la Filosofía del Derecho enseñaba como norma de lo justo y lo recto, ni esto es, por otra parte, hacedero, ni áun completamente equitativo. Con sobrada razon ha dicho un profundo escritor: «que el ideal abstracto de lo justo no puede introducirse nunca en la vida prescindiendo de las condiciones históricas, y que toda clase de ensayo que no esté aún justificado, esto es, madurado por las circunstancias, contiene un ataque contra uno de los supuestos en que debe descansar toda legislacion positiva cual es la Historia, y debe, por tanto, llamarse una injusticia histórica.»

Para conciliar estas opuestas exigencias, preséntase la llamada *Ciencia filosófico-histórica del Derecho*, y por otros *Filosofía del Derecho positivo* y *Ciencia política*, que no es otra «que la que enseña lo que actualmente debiera regir como Derecho y lo que inmediatamente debiera verificarse para su progresiva cultura y presenta, por tanto, la justa transicion entre el ideal filosófico y las exigencias de la vida.» Como Ciencia filosófica, reclama necesariamente el conocimiento del ideal, cuya consecucion y práctica procura, y al que considera como el término siempre deseado y jamás obtenido de sus aspiraciones: como Ciencia histórica, supone el conocimiento profundo del derecho positivo, buscando en cada institucion la razon transitoria á que responde y porque se presenta con el carácter y condiciones que reviste en aquel momento. Necesita igualmente la Crítica histórica, con la

cual podrá juzgar hasta qué punto la legislación vigente se aparta ó se conforma con la noción de lo que, como justo y recto, está en la conciencia del pueblo cuya vida rige y gobierna, y por tanto, si subsiste todavía la necesidad que la dió origen, ó si ha desaparecido y la reglamentación jurídica pesa ya sólo como un cuerpo sin espíritu, ahogando, por el prestigio de lo antiguo, la espontánea manifestación de un Derecho superior y más perfecto; y uniendo á los datos históricos la noción del ideal, la Crítica filosófica mostrará cuánto y en qué se aparta la legislación existente de lo que debe mirarse como la aspiración suprema y la mayor perfección posible.

Mediante todo esto, son conocidos el estado actual y los defectos y vicios de que adolece el Derecho vigente, la reforma que exige y reclama, y hasta dónde se puede aproximar al ideal de modo que ni infructuosamente se anticipe ni dañosamente se retarde. Pero quedan todavía áridos problemas que resolver, cuales son el momento oportuno de la reforma de lo antiguo y la manera de llevarlo á cabo, esto es, el cuándo y el cómo.

Para conseguirlo presta su eficaz cooperación la *Filosofía de la Historia del Derecho*, que buscando la razón de los cambios de la legislación en lo pasado, nos traza la que ha de existir en los que han de sucederse. Ninguna transformación, en efecto, se verifica al acaso, y la que constituye la Historia del Derecho tiene lugar conforme á leyes, como tales eternas é inmutables. La Ciencia que investiga lo que hay de permanente y constante en lo perecedero y mudable del Derecho, esto es, las leyes que presiden á este desenvolvimiento que forma su vida, es la Filosofía de la Historia del Derecho. En cumplimiento de estas leyes se realizarán las futuras transformaciones que la legislación positiva ha de experimentar, y el trabajo del político consiste, en hacer que se cumplan enteramente, no sea que al intentar contrariarlas por impacien-

cia, torpeza ó descuido, se retarde una reforma que estaba, sin embargo, en condiciones de subsistir y encarnarse en la vida del pueblo.

Hé aquí el tema, por decirlo así, el contenido de la Ciencia filosófico-histórica, no bien conocida todavía, no bien deslindada de las demás sus hermanas, y que á menudo se considera que consiste sólo en la prudencia en las reformas legislativas, en cierto tacto ó sentido político, que revela, á la verdad, en quien lo posee, la aptitud natural para profesar con provecho y aplicar con fruto las preciosas enseñanzas de esta Ciencia, pero que no constituye la Ciencia misma.

La Filosofía del Derecho y su historia, la Historia del Derecho, comprendiendo dentro de ella el vigente, y la Estadística, la Legislacion comparada y la Crítica histórica, la Política con la Crítica filosófica y la Filosofía de la Historia, constituyen la Enciclopedia de las Ciencias jurídicas.

Muchas son las Artes que de su aplicacion resultan, pero aparecen tres como principales. El primero consiste en individualizar voluntariamente y sin coaccion, en todos los actos de la vida de cada hombre ó de cada colectividad determinada, de una manera metódica y con completa conciencia, los principios del Derecho, bien sea considerado como ideal, bien como legislacion positiva. Parte integrante de otro más extenso (el Arte de la vida), es el cumplimiento del Derecho por todos y cada uno de los ciudadanos dentro de la esfera propia trazada á su actividad (*in jure vivere*). El Estado, como sociedad para el Derecho, ha de cumplirle tambien artísticamente. Lo conseguirá si, con conocimiento claro de la mision que le está encomendada, aplica los principios de la Ciencia política á la formacion de Códigos y de leyes positivas en el Arte de la legislacion (*jus condere*), y despues los de la ley positiva, á su conservacion y mantenimiento, mediante la

accion de los poderes públicos en cada caso particular, haya ó no controversia, en la que pudiera con justicia llamarse Arte de la jurisprudencia (*jus conditum dicere*).

§ II.

Enciclopedia de las Ciencias y de las Artes jurídico-penales.

Si la distincion entre los conocimientos vulgares y los científicos, así como tambien entre el Arte y la Ciencia, es fundamental en el Derecho en general, en todas sus particulares esferas ó ramas habrá de darse. Por esto, sin mayor esclarecimiento, podremos afirmar que en el penal cabe el conocimiento vulgar y el científico, y que hay Ciencias y Artes jurídico-penales. Unas y otras serán las mismas que las que ya hemos hallado reducidas ó limitadas al particular asunto de esta esfera del Derecho.

Sin perjuicio de una demostracion ulterior más razonada, podemos asentar, con solos los datos del sentido comun, que lo que forma este asunto ó constituye la materia del Derecho penal es el determinar los Delitos y las Penas, la relacion entre los unos y las otras, fijando la responsabilidad de los autores del crimen, y finalmente, la ejecucion ó cumplimiento de la condena legítimamente impuesta.

Muy comunmente, sin embargo, se piensa que este último punto no forma parte del Derecho penal, ni aun siquiera de sus procedimientos. La legislacion española, por ejemplo, á imitacion de la de otros países, considera como asunto de la Administracion el cumplimiento de las condenas, con excepcion de la de muerte y alguna otra. Dictada la sentencia, ésta es, con el reo, entregada como un programa á las autoridades administrativas que la han de ejecutar con la escrupulosa exactitud y con la falta de

conciencia de un autómeta. Cuán errada es esta doctrina, se conocerá luego que se considere, que la ejecución de la Pena es la Pena misma, que no puede cumplirse en el espíritu del Derecho penal, sino fundada en los principios que éste consagra. Si por consistir en actos de ejecución se mira como de la competencia del poder ejecutivo, en buena lógica debiera encargársele no sólo del cumplimiento de todas las penas, sino el de todas las sentencias, salvándose la contradicción palmaria en que se incurre al encomendar al poder judicial la ejecución de las que recaen en materia civil, y al administrativo las que versan sobre delitos.

En la teoría, la consecuencia de este error ha sido el mirar como una Ciencia jurídico-administrativa la llamada *Ciencia de las prisiones*; pero bien se comprende que no es otra cosa que la Filosofía del Derecho penal, limitada á las penas de privación de la libertad exterior, y que por tanto, supone necesariamente el conocimiento del todo del que forma una parte.

Si pues, lo que dejamos apuntado constituye el peculiar asunto del Derecho penal, su Filosofía no será otra cosa que la investigación metódica y ordenada de estos conceptos, esto es, que es lo que constituye verdaderamente el Delito en Delito, la Pena en Pena y la relación entre ambos, marcando la responsabilidad del agente, y como por último ha de ser cumplida la sentencia para que se alcance el fin que el Derecho penal se propone. Y si nunca se ha pensado que el decidir qué actos son Delitos, qué privaciones han de ser Penas, cómo y á quién deben ser impuestas, quede completamente abandonado al arbitrio capricho del legislador, sin regla alguna, sin principio que le guie y al que deba someterse, se ha tenido en todo tiempo, cuando ménos, el presentimiento de una Filosofía del Derecho penal.

Como legislación positiva, el Derecho penal ha existido

siempre, afirmando alguno que es el primero que los pueblos han reducido á escritura. La exposicion de la manera en que se ha ido desenvolviendo en la serie de los tiempos, y las causas de este desarrollo, constituyen la Ciencia histórica del Derecho penal, en la que está comprendida la Historia en su sentido estricto, la Ciencia del Derecho positivo, la Legislacion comparada, la Estadística judicial y la Crítica histórica.

El Derecho penal no se ha presentado sólo como hecho legislativo, sino tambien como pensamiento científico, mejor dicho, filosófico. Los Sistemas de Filosofía del Derecho han influido, en más ó en ménos escala, en esta funcion ó esfera; al propio tiempo ha aparecido alguno que pretendia únicamente la resolucion de los problemas de esta parte del Derecho, y el conocimiento ordenado de todos ellos constituye la Historia de la Filosofía del Derecho penal ó Progresion científica.

Siéntese en el penal, lo mismo que en el Derecho todo la necesidad de una conciliacion entre la razon pura y las necesidades transitorias y mudables de la vida de cada pueblo, y percíbese, por tanto, claramente el contenido ó asunto de una Ciencia, intermediaria entre la Historia y la Filosofía, que puede ser llamada Ciencia filosófico-histórica ó Política penal. En efecto, si el ideal de Derecho seria imposible si no abarcase el de la funcion punitiva; si la legislacion de un país no se concibe sin una parte penal, que responda más ó ménos cumplidamente á las necesidades que experimenta, y que traduzca con más ó ménos felicidad en forma de ley ó de costumbre jurídica su pensamiento sobre el Delito, la Pena, la proporcion entre ambos, la Ciencia filosófica histórica del Derecho, tampoco pueden comprenderse sin una parte que al Derecho penal se refiera.

Tambien hallamos en él la Crítica histórica. Así como examinando las leyes de un pueblo nos preguntamos lo

que á sus ojos es la familia, el Estado, la propiedad, la herencia, y en general todas las instituciones, podemos preguntarnos tambien qué es el Delito y qué es la Pena. ¿Es, por ejemplo, el primero la infraccion de la ley moral? ¿Es la segunda la venganza pública ó privada, el pago, la retribucion del mal, la expiacion, la tutela ó cualquiera otra cosa? Escudriñando despues la conciencia de un pueblo sobre el Derecho, traducida en costumbres, en fallos de los Tribunales, en los actos de su vida toda, podemos tambien interrogarnos si el concepto que el legislador ha desenvuelto en sus leyes de la Pena y del Delito, y de la proporcion entre una y otro, es el mismo que tiene la nacion á que rigen, y si, por tanto, se reclama ó no por la opinion una reforma. A qué punto ha de encaminarse, en qué sentido y direccion, nos lo manifestará la comparacion entre el ideal filosófico y la ley positiva, esto es, la Crítica filosófica. Pero dado el conocimiento de todo esto, aun queda en pié en el penal, como en las demás esferas del Derecho, el problema del momento, de la reforma, y del modo en que se ha de verificar el tránsito de lo antiguo al ideal relativo que ha de ser inmediatamente planteado.

Y obsérvese que quizá la resolucion de esta cuestion es la que entraña las mayores dificultades en la práctica. Muchos problemas planteados ántes sólo dentro de la Filosofía, aparecen como definitivamente resueltos á los ojos de la generalidad. Pueden citarse entre otros los de la legitimidad ó ilegitimidad de la Pena de muerte, el carácter correccional de la pena, la abolicion de las perpétuas y áun las de larga duracion. Espérase, sin embargo, todavía en tales puntos una solucion práctica que tenga el carácter tan definitivo como el que tiene la teórica, y esto ni puede pedirse á la Ciencia histórica ni ménos á la filosófica, que ha puesto ya cuanto estaba de su parte. Sólo la política penal puede darla.

La Filosofía de la Historia del Derecho penal, exponien-

do las leyes con arreglo á las que se han verificado las evoluciones en la legislacion, podrá indicar el camino para conseguir que el cumplimiento de estas leyes no sea perturbado en lo futuro, sino ántes bien se facilite con las atinadas disposiciones del Político. En tanto, por ejemplo, que las penas de privacion de libertad no sean ejecutadas, al par que con el rigor, con la justicia que el Derecho exige, todo pueblo se resistirá á desarmar el brazo de sus Tribunales de la temible facultad de la vida y de la muerte sobre los criminales. Y aún cuando esto se consiguiese enteramente, no le desarmará desde luego por completo, prefiriendo el indulto, institucion que aparece en todas las épocas históricas, que rechaza el rigorismo de la Filosofia, y que recoge y ampara con amor la Política penal.

Con esto tenemos brevemente indicado—como lo hacíamos en el párrafo anterior al ocuparnos en general del Derecho—lo que constituye la Enciclopedia de las Ciencias jurídico-penales.

Las Artes que forman su aplicacion son fundamentalmente las mismas que como principales apuntábamos en el mismo párrafo.

Si el Derecho, como legislacion positiva, ha de ser cumplido en cada nacion, si como ideal tambien ha de ser ejecutado por aquel que le reconoce como obligatorio, aparte de la fuerza que su promulgacion le dé, para que esto tenga lugar de un modo completo, es indispensable que tambien se extienda á la esfera del penal. Consistirá, pues, su práctica, primero, en abstenerse cada ciudadano espontáneamente de ejecutar los actos que se hallan declarados como Delitos, ó que aunque no lo estén en la ley, él como tales considere. Mas si el Delito se ha cometido, la práctica del Derecho penal llevará á que cada uno preste su apoyo para la averiguacion del autor, para la imposicion y cumplimiento de la pena justa, en cuanto esté á su

alcance: que el Arte de *in jure vivere* no consiste sólo en no ser criminal, sino además en contribuir á que otros no lo sean ó dejen de serlo.

Como en todas las demás esferas jurídicas, el Derecho penal ha de ser declarado por el Estado en forma de ley ó de costumbre, y la aplicacion á este objeto de los principios de la Ciencia política ó filosófico-histórica constituyen el Arte de la legislacion (*jus condere*).

Dictada la ley, su aplicacion por Poder judicial, y áun por el jurisconsulto en cada caso particular y concreto para determinar el Delito de sus circunstancias, la pena justa y su cumplimiento forma el Arte de la jurisprudencia penal, ó el Arte del *jus conditum dicere*.

§ III.

Relacion de las Ciencias jurídicas entre sí y con las restantes Ciencias.

Todo conocimiento verdadero lleva en sí mismo su mérito ó valor, porque la verdad constituye siempre para la inteligencia una riqueza de más ó menos precio. Por esto no puede en realidad preguntarse para qué sirve una Ciencia, como hacen muy á menudo los que de hombres prácticos se precian.

Pero cuando la Ciencia tiene por asunto la direccion de la voluntad ó de la conducta humana, el valor, y áun si se quiere la utilidad, se presenta todavía más evidente. Y esto es lo que acontece á todas las Ciencias del Derecho.

Pero al propio tiempo, cada Ciencia puede ser considerada en el auxilio y cooperacion que presta á las demás para su complemento y perfeccion, y entónces tiene un valor relativo de mayor ó menor importancia.

Este valor ó importancia relativa puede examinarse, en lo que respecta á las Ciencias jurídico-penales, bajo los siguientes puntos de vista:

Relacion entre las Ciencias jurídicas;

Relacion entre las Ciencias jurídico-penales y las jurídicas en general;

Relacion entre las Ciencias morales y políticas y las jurídico-penales;

Relacion de las Ciencias naturales con las jurídico-penales.

Relacion entre las Ciencias jurídicas.

Apuntado queda en el párrafo anterior alguna cosa acerca del mútuo auxilio que se prestan la Filosofía y la Historia; y principalmente ambas á la Política; pero es indispensable insistir algo más, ensanchando el círculo de aquellas consideraciones.

Para el conocimiento completo y la justa aplicacion del Derecho vigente aparece como necesario el de la Filosofía del Derecho, pues siendo aquél una expresion transitoria y mudable de lo que siempre es justo y recto, si esto es ignorado, la ley positiva no puede ser bien comprendida.

Son las leyes y las costumbres, por otra parte, á menudo insuficientes para resolver muchas cuestiones, y es preciso que el juez y el letrado acudan en tales casos al llamado Derecho natural. Además es necesario que el ciudadano halle su razon bastante ilustrada, si quiere respetar la justicia, áun cuando no exista Derecho positivo á que deba someter su voluntad, pues sólo con esta conciencia se podrá establecer un Derecho consuetudinario completamente justo.

La Filosofía, de otro lado, hace patente en muchas ocasiones la conformidad del precepto escrito con el verdadero concepto del Derecho, y entónces no se cumplirá únicamente por la fuerza coactiva que le acompaña, sino por una imposicion de la inteligencia sobre la voluntad arbitraria. En el caso contrario, se irá formando la opinion y preparando la reforma.

No hay ley alguna positiva que no esté fundada en razones históricas; por esto ninguna puede ser bien conocida ni rectamente aplicada, si se ignoran los precedentes, las causas que la dieron origen, y que la presentan en la forma que en la actualidad reviste; y así la Ciencia del Derecho positivo y su Historia, más que dos Ciencias diversas, son parte de una sola, como dejamos ya consignado.

La Historia del Derecho en toda su extension, comprendiendo por tanto el vigente, presta auxilio poderoso á la Filosofía. El ideal que ésta persigue está, en verdad, fuera de la Historia, y no puede, por tanto, ser conocido por la sola contemplacion de las legislaciones pasadas ó actuales, pero no es ciertamente opuesto á la Historia que presenta en parte su realizacion. Ninguna legislacion puede decirse que sea todo el Derecho, pero no hay ninguna que sea opuesta del todo al Derecho. Así es que muy á menudo, lo que el filósofo pensaba descubrimiento debido á sus profundas investigaciones, lo halla confirmado en preceptos del Derecho positivo más ó ménos imperfectamente, y en otros casos una sencilla disposicion legal ignorada por él, pero cuya justicia le aparece clara luégo que la conoce, destruye en un instante tal vez toda una teoría. En esto, sin duda, se funda la importancia que en nuestros dias se atribuye á la Legislacion comparada.

La Filosofía del Derecho es al mismo tiempo necesaria al historiador. Busca éste lo que en cada época ha sido mirado como Derecho. Pues bien, en todo rigor, esto supone el conocimiento de lo que es el Derecho, para poder distinguir y separar de los demás objetos el que lo es de su investigacion, y este concepto sólo se halla en la Filosofía. Y si no puede negarse el que le posea, aprendido por el sentido comun como todos los hombres, será bien diferente la claridad y precision de este conocimiento vulgar en comparacion con el científico. Por esto las investigaciones

históricas del filósofo pueden ser ménos numerosas, ménos pertinaces y detalladas que las del que las mira como el objeto predilecto de su vida, pero son en cambio más fecundas y fructíferas. El erudito descubre tal vez hechos nuevos, leyes ignoradas, pero su valor, significado é importancia se le ocultan de ordinario; pero el filósofo penetrará todo esto y lo descubrirá seguramente. El erudito acopia materiales preciosos para la Historia, pero sólo es dado escribirla á un espíritu verdaderamente filosófico.

Más evidente aparece todavía la relacion que media entre la Historia y la Filosofía del Derecho y el auxilio que ambas prestan á la Ciencia política: basta considerar que es por muchos llamada Ciencia filosófico-histórica.

En efecto, sin el conocimiento de la Historia del Derecho sería totalmente ignorado el estado actual y las causas que le han producido, es decir, el punto de partida y á la par de apoyo; pero sin el de la Filosofía no fuera posible saber el dellegada que fijase cuando menos el rumbo y el derrotero. Necesita el legislador, pues, el conocimiento claro del ideal superior á legislaciones positivas, al que ha de procurar que se acerque cuanto sea dable la de su patria. De este modo, ejerciendo una autoridad de educacion parecida á la tutela, dirige y encauza, y á menudo estimula é impulsa, el sentido jurídico de su país. «Sólo estando por cima de su época, puede quedar su obra dentro de ella, sin romper con lo pasado ni renegar del porvenir; sólo así puede penetrarse claramente de lo que su tiempo debe realizar, y del modo de llegar á su consecucion, siendo un verdadero Artista del Derecho.»

En el pueblo todo, por la parte que toma en la obra de la trasformacion jurídica, el conocimiento de la Historia y de la Filosofía es lo que hace posibles y duraderas las reformas. Porque si bien no puede racionalmente esperarse, que la generalidad tenga de ambas Ciencias un conocimiento completo, tiene sí un presentimiento más ó ménos claro.

Desgraciado del país que ignora su Derecho vigente, porque ni sabrá amarle, ni defenderle, ni aún practicarle; pero desgraciado también el pueblo donde no se presenta un ideal superior al de la ley positiva, que empuje constantemente hácia adelante la opinion, y sobre todo, que no la deje perderse ni extraviarse, porque teniendo forzosamente que marchar, lo hará á ciegas y sin luz que le guie en su camino.

Claro está que cuanto dejamos apuntado como general, es aplicable á las Ciencias jurídico-penales.

Relacion entre las Ciencias jurídicas y las jurídico-penales.

Juzgamos completamente inútil el detenernos en demostrar que la Historia, la Filosofía y la Política del Derecho serian incompletas sin la Historia, la Política y la Filosofía del Derecho penal, pues es evidente que no puede ser el todo bien conocido cuando no lo son las partes que le componen. Más útil que esto y más fundamental creemos será el determinar el papel y la mision que representa el penal en relacion á cada una de las diversas esferas del del Derecho.

Cualquiera que sea el concepto que se forme del Delito y de la Pena, tendrá siempre que convenirse en que el primero no existe sin una perturbacion, una ruptura, una infraccion. Al propio tiempo la Pena se propondrá directamente, ó conseguirá indirectamente, la integridad del Derecho mediante la amenaza, y su restablecimiento y restauracion mediante su aplicacion, cualesquiera que sean los fines particulares que á la pena se asignen y la mayor ó menor latitud que se dé á la idea de restablecimiento del orden jurídico. Ahora bien, sólo puede conservarse y restaurarse aquello cuya existencia se ha afirmado ya; sólo puede mirarse como Delito la infraccion de aquello que se ha afirmado ántes como Derecho. Por esto el pe-

nal supone necesariamente otro más sustantivo, que contenga el concepto del Derecho y de los derechos que han de ser respetados, y por esto la ley penal, sea considerada como positiva, ó en la esfera de los principios, sigue paso á paso el desenvolvimiento de la civil, de la administrativa, comercial, etc. Cuando la Filosofía del Derecho descubre nuevas relaciones jurídicas, descubre también nuevo campo á la función punitiva, y no hay cambio de alguna importancia en la legislación de un país, que no trascienda inmediata y necesariamente á su Código penal, en el cual tiene su complemento. Así es que se ha dicho por muchos que el penal es el *derecho sancionador*, idea completamente exacta, si por sanción no se entiende la retribución de un mal por otro mal, y si se conviene en que no es el único con este carácter, pues en cada orden de relaciones jurídicas, hay una sanción apropiada á su peculiar naturaleza.

Relación con las restantes Ciencias morales y políticas.

Aceptando esta denominación, por ser de todos conocida, aunque no la creamos muy exacta, podemos decir que la Ciencia del Derecho mantiene con ellas íntimas relaciones. Basta observar que todas las llamadas morales y políticas, de las cuales forma parte, consideran al hombre como ser racional, sensible y sometido á leyes que ha de obedecer libremente, y teniendo esta base común, ninguna puede ser indiferente á las demás.

Pero hay algunas que influyen más directamente en el Derecho penal, y entre ellas deben señalarse la Psicología y la Ética.

Si el Derecho penal, al tratar de pesar y medir el Delito, necesita conocer lo que ordinariamente se llama la intención del culpable, esto es, hasta qué punto el hombre en cada acción se ha dejado dominar por los impulsos ex-

teriores que le apartaban ilegítimamente de la ley del Bien, para determinar en cada caso, cuál es la parte que en el hecho ha tenido la libertad, cuál es la que ha tenido la necesidad: si al propio tiempo la Pena ha de influir en la futura conducta del culpable y de los demás — cosa que nadie niega — nada de esto puede alcanzarse, sin el conocimiento cabal y completo del alma donde todos estos fenómenos se operan.

Tan verdad es lo que se acaba de indicar, que dentro de la Psicología, empieza á formarse una ciencia particular, llamada Psicología criminal, destinada á plantear y resolver los diversos problemas de esta índole: y sin embargo de la necesidad, que tan marcadamente se deja sentir, de esta clase de estudios, es muy comun que se mire con desden, tanto por los legisladores como por los jueces y los letrados, pudiendo explicarse por esta causa el atraso en que se ha hallado, y aún se halla, este importante ramo de la legislación. Por esta misma razón, las leyes y las sentencias de los tribunales aparecen muchas veces injustos á los ojos de los que son extraños á una especie de vulgar Psicología, tradicionalmente aceptada y constantemente sostenida entre los juristas prácticos, de los cuales dice con razón sobrada un autor, al hablar de un punto parecido al que nos ocupa, que rara vez saben tratar *humanamente las cosas humanas* (1).

Estrechísimas son también las relaciones que existen entre el Derecho penal y la Ética ó Filosofía moral, esto es, la Ciencia de la dirección libre de la voluntad del hombre hácia el Bien. Si el Delito no es la infracción de la ley moral, ó según ordinariamente se dice, no debe confundirse con el pecado, no puede negarse, sin embargo, que

(1) Para evitar este mal se reclama por muchos la institución del Jurado en lo criminal, que no es otra cosa á nuestros ojos que sustituir á la preocupación la ignorancia.

donde no hay infracción de la Moral no puede haber Delito.

La Pena representa por otra parte la conducta del Estado con relación al delincuente, regida, como toda regla de conducta humana, por la Ética. Pues bien; por haberse desconocido esta base común de la Moral y del Derecho, y haberse olvidado esta armonía y relación, vemos aceptarse como doctrinas corrientes, que el Delito no se mide sólo por la intención, sino por el resultado ó el daño que causa, penándose de diverso modo el frustrado que el consumado; que hay delitos que tienen un contenido ético (*prohibita qui mala in se*) y otros que carecen de él (*mala quia prohibita*); que la Pena es un mal que el Estado puede causar; que cabe imponerla, no por haberse delinquido, sino para que otros se aparten del crimen por el escarmiento, y tantas otras que sería prolijo enumerar. Conviene, pues, reconocer en la portada é ingreso del Derecho penal, que no está divorciado de la Ética, que no es, que no puede ser, extraño á ella, y conviene, sobre todo, no olvidarlo al resolver sus delicados problemas, como con harta frecuencia acontece.

Relación con las Ciencias naturales.

Estudian las Ciencias naturales ó de la Naturaleza, las leyes de la materia regidas por la necesidad, y los seres á ellas sometidos, y por tanto, cuando tratan del hombre, le consideran forzosamente bajo este aspecto. Si el Derecho le mira como libre y como inteligente, el lazo de unión entre éste y aquellas estará, en cuanto la materia, sus modificaciones y alteraciones puedan influir en el espíritu, y especialmente en la libertad, y en cuanto la materia y sus leyes pueden ser dominadas por la inteligencia del hombre.

Entre las Ciencias naturales hay una parte de la Medi-

cina llamada legal, que no es otra cosa que la aplicacion de los principios de aquellas á los problemas del Derecho, y que tiene con el penal íntima relacion, ya se le considere bajo el punto de vista filosófico, histórico ó positivo. La Medicina legal, por ejemplo, puede determinar hasta qué punto la enfermedad ó el imperfecto, el vicioso desarrollo físico, ha podido influir en la libertad moral del agente; hasta qué grado, por la inspeccion de la herida, ha sido perversa y dañada su intencion, y tratándose de la Pena, los efectos, que en el organismo del reo y en relacion á la sociedad han de producir ciertas privaciones y sufrimientos.

Pero no debemos exagerar la importancia, mejor dicho, el alcance y la extension de la Medicina legal. Cuando el médico legista se cree juez inapelable y único competente para decidir en ciertas cuestiones, en las que no hay ni lesion ni perturbacion orgánica, como sucede en muchos casos en la locura, en la embriaguez, en el sonambulismo, invade el campo de la Psicología; pues si esta Ciencia estudia el alma humana, la ha de considerar en todos sus estados, así sana como enferma, así en el normal como en el de perturbacion y desarreglo.

§ IV.

Orden de las Ciencias particulares, dentro de la Enciclopedia jurídico-penal.

Determinadas las Ciencias particulares que constituyen la Enciclopedia jurídico-penal, se ocurre naturalmente el inquirir el orden en que han de ser estudiadas, y la contestacion se encuentra, recordando la naturaleza de cada una, las relaciones que entre sí mantienen y la clase de auxilio que mutuamente se prestan.

El Derecho concebido por la razon, llamado natural ó filosófico, nos muestra la imagen, el retrato del verdadero

Derecho, esto es, lo que siempre ha sido, lo que es siempre, lo que siempre será Derecho. Por el contrario, el que hallamos desarrollado en la Historia como positivo, no es otra cosa que su manifestacion parcial, segun era posible que se presentase, atendiendo á los tiempos y á las circunstancias mudables y transitorias. En efecto, la idea de una justicia absoluta no dependiente de condiciones, ha existido, á no dudarlo, en todas las épocas; pero al determinarse despues en cada una como legislacion positiva, han resultado, por diversas causas, notables y profundas diferencias. Justa aparecia en la Edad media la intervencion de la Iglesia en lo civil y en lo criminal ejerciendo una benéfica tutela; justo el privilegiado derecho de las diversas clases sociales, pero todo esto no era sino temporalmente justo, parcialmente justo, no eterna y totalmente justo.

Ahora bien; parece fuera de duda, que primero es conocer las cosas en su esencia, y luégo examinarlas en las formas en que se han presentado y desenvuelto; que primero es saber qué es el Derecho, ántes de investigar qué es lo que se ha tenido y mirado por tal, y que por tanto, la Ciencia filosófica debe preceder á la histórica.

Unicamente los que sostienen que toda relacion jurídica ha sido ya traducida en leyes ó costumbres, esto es, en legislacion positiva, pueden afirmar que el conocimiento del verdadero Derecho se halla en la Historia; pero estos no discuten el órden de las Ciencias que de él se ocupan, sino que las reducen todas á una sola.

Por otra parte, en el párrafo precedente, aunque á otro propósito, hicimos notar como el concepto filosófico del Derecho era indispensable al historiador, al paso que el filósofo no hallaba en el estudio del positivo vigente, sino la confirmacion parcial de la verdad ó error de sus investigaciones, esto es, una prueba *à posteriori* y nunca decisiva é inapelable.

En cuanto á la Ciencia filosófico-histórica, no parece que ni áun preguntarse quepa si debe seguir á las otras dos, pues supone su completo conocimiento y es en parte su combinacion.

Fijado el órden de las Ciencias que componen la Enciclopedia del Derecho penal, es fácil deducir el que interiormente guardan dentro de cada una, cuando contiene otras Ciencias particulares. Así, concluido el estudio de la Filosofía del Derecho penal, deberia emprenderse á continuacion el de la Historia de su Filosofía en todos los tiempos y países, lazo de union entre el aspecto histórico y el filosófico. Deberia seguir despues la Historia universal, incluyendo por supuesto la Estadística, hasta llegar al Derecho positivo vigente en todas las naciones; de esta suerte quedaba comprendida en su estudio la Legislacion comparada. Tomando de todo esto sus materias, la Filosofía de la Historia hallaria las leyes por las que son regidos los cambios y se operan las transformaciones en el Derecho positivo: la Crítica histórica y la filosófica trazarian el campo dentro del que la Ciencia política estaba llamada á desenvolverse. Esta marcando el camino seguro para acercar el Derecho positivo al ideal filosófico, y la manera ó forma de conseguirlo, expondria cuál era aquel Derecho provisional y transitorio capaz de satisfacer cumplidamente las exigencias justas del presente, las instituciones llamadas á cooperar á este resultado y el procedimiento para alcanzarle.

§ V.

Propósito del Autor al escribir esta obra.

Nadie ha llevado á cabo, ni áun emprendido siquiera, la colosal empresa de desenvolver sistemáticamente la Enciclopedia del Derecho penal, como queda expuesta en los

anteriores párrafos. Dado el estado presente de la cultura humana, apenas iniciada la construcción de algunas de las Ciencias particulares como la Filosofía de la Historia y la Política penal; imperfectas la Crítica histórica y la filosófica, confundidas con la Historia ó con la Filosofía, vacilante ésta en sus bases fundamentales, no parece ni aún cercano el tiempo de una síntesis, que abarque el Derecho penal en todos sus aspectos. Claro está que no intenta quien escribe estas líneas, echar sobre sus hombros una carga, que si no fuese superior á su tiempo, lo sería siempre á sus débiles fuerzas. Su propósito es mucho más modesto, por más que dude al formarle y tema, con razón sobrada, que no ha de llegar á cumplirle con mediano acierto y fortuna.

Propónese primero investigar y exponer elementalmente, los Principios fundamentales del Derecho penal; esto es, la Teoría pura con el carácter absoluto que reviste la Ciencia filosófica. Mas su estudio se limitará en lo posible á aquella parte del Derecho punitivo, que el Estado de cada Nación, ha de encargarse de cumplir y aplicar. Aun dentro de este círculo no abarcará más que las nociones generales sobre el Delito, la Pena, la relación entre ambos términos y el cumplimiento de la Pena, no lo especial y propio en cada una de ellas; por esto titulará la primera parte de su trabajo, *Principios fundamentales del Derecho penal del Estado*.

Conocidos los Principios, pasará al estudio de la legislación vigente en España, procurando dar á su exposición el carácter sistemático de Ciencia del Derecho positivo. Pero como éste ha sido formado por consecuencia de diversas causas desenvueltas en la serie de los tiempos, no podrá ser conocido si no lo es su historia, en el sentido restringido de esta palabra.

En verdad que en la formación de los Códigos penales promulgados ó corregidos en los modernos tiempos en

España, no se ha olvidado enteramente la legislación consignada en los antiguos cuerpos legales; pero mucho más que este elemento tradicional, han influido las teorías dominantes, los sistemas filosóficos que corrían con más aplauso y aceptación, ya en las escuelas, ya entre los hombres públicos. Por esto, el que quiera apoderarse del espíritu de la mayor parte de las leyes penales vigentes, deberá atender con diligencia suma, á la transformación que las ideas sufren en el período contemporáneo, esto es, desde fines del pasado siglo y principios del actual, y dar á su conocimiento seguramente más importancia que al de los preceptos legales, que la mayor parte de las veces no se aplicaban áun ántes de haber sido derogados. Respondiendo á esta necesidad, precederá á la exposicion de las leyes vigentes una *Reseña histórica del Derecho penal español contemporáneo*, que abarcará, por un lado, el conocimiento sucinto de la legislación que regía en nuestro país al empezar el siglo, y por otro el de las ideas, sistemas y principios que desde fines del anterior han venido desenvolviéndose y popularizándose. De esta suerte, los dos elementos que explican por qué el Derecho penal se muestra hoy tal como á nuestros ojos se presenta, serán igualmente apreciados.

En el estudio del Derecho positivo, no se extenderá tampoco, conforme lo hizo en el de los principios, más que á la parte general, abandonando el propósito de escribir unas instituciones de esta esfera del Derecho.

En aquellas materias de mayor importancia, aunque sin constituir parte separada, no se prescindirá de examinar hasta qué punto la legislación vigente responde á las necesidades de la época contemporánea, á las ideas que dominan y la manera de conseguir que se aproximen cuanto sea dable, al ideal que la Ciencia marca.

PRIMERA PARTE.

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE FILOSOFÍA

DEL

DERECHO PENAL DEL ESTADO.

INTRODUCCION.

§ VI.

Plan y Método de la Filosofía del Derecho penal.

Hallada y expuesta la noción de la Filosofía del Derecho penal, ántes de proceder á su estudio, parece indispensable el fijar, aunque sólo sea de un modo sucinto, el plan bajo el que va á desenvolverse la materia que forma su asunto y contenido.

Supone esto, en verdad, el conocimiento del objeto, toda vez, que no puede ordenarse ni metodizarse aquello que totalmente se ignora. Mas si al comenzar, es preciso partir del supuesto que no se tiene el conocimiento científico del asunto, no acontece lo propio con el vulgar ó de sentido comun; y mediante éste es posible disponer el plan de un modo razonable, no arbitrario y gratuito.

Representa el plan, tratándose de una Ciencia, el orden en que deben ser sucesivamente investigados y aprendidos los diversos conceptos, que componen un conjunto de verdades propuesto á quien no puede conocerlas todas á la vez. El plan se impone, por consiguiente, de un modo necesario por la naturaleza del asunto; y si en algun caso le determinan las condiciones del sujeto, ó es porque se cree que no está convenientemente preparado para su estudio, ó porque éste tiene otro fin que el conocimiento del

objeto en sí mismo, y entónces siempre será imperfecto y no científico.

Ahora bien; dos conceptos ó ideas capitales aparecen primeramente como asunto del Derecho penal; la de Delito y Pena. Determinar, por tanto, cuál sea la naturaleza y esencia del Delito, quién es susceptible de cometerle, contra quién y con qué circunstancias, formará un todo que puede ser considerado como un tratado especial.

El sentido comun no concibe Pena sin que primero haya habido crimen, y por consiguiente ántes de ocuparse de aquella, será necesario estudiar éste. Pero tambien conoce, que la Pena es un concepto que puede ser investigado y considerado en sí mismo y aisladamente; por esto el fijar qué es lo que constituye la Pena, cuál es el fin ó el propósito con que se impone, cuáles sus atributos ó cualidades, quién puede declararla, quién puede recibirla, qué circunstancias la hacen nacer y la modifican, será el objeto peculiar de otro tratado.

Pero acabamos de decir que no se comprende Pena sin Delito, y la intuicion nos dice claramente que existe una esencial y necesaria relacion entre estos términos. Más aún: que por más que ambos nos sean préviamente conocidos, no lo es la relacion que con evidencia vemos hay entre ellos; determinar, 'pues, en qué consiste, cómo se establece, se mantiene, y termina, fundándose en los conceptos ántes notados, es la materia de otra parte que seguirá necesariamente á las dos anteriores como su consecuencia.

La Pena, puesto que tiene un fin y se impone con un propósito ó pensamiento, no bastará que sea declarada, sino que es indispensable que sea cumplida. La manera de este cumplimiento para que se obtenga el resultado que se espera, será el asunto de otro tratado.

Pero la doctrina contenida en todos ellos, no ha de ser otra cosa que la aplicacion de los Principios fundamentales del Derecho penal, deducidos de los generales del De-

recho. Imposible parece, en efecto, que llegue á formarse una noción clara de lo que es la función punitiva sin tenerla ántes del Derecho, toda vez que ésta es una de las que está encargado de desempeñar: y al exponer las relaciones entre las Ciencias jurídico-penales y las demás Ciencias jurídicas, quedaron presentadas las indicaciones suficientes para que esto no sea una afirmación gratuita y sin fundamento alguno racional, por más que haya de tener luego una confirmación más cumplida y acabada.

Preciso es, pues, si se ha de proceder conforme á un plan, que á los demás tratados anteceda uno, en el que se contenga la exposición del concepto del Derecho en sus bases más capitales. Mediante él será posible tener una idea verdadera y segura del Derecho penal, y de este modo se habrá llegado sistemática y ordenadamente, al conocimiento de los Principios fundamentales, cuya aplicación y más completo desarrollo se hallará en el curso de la obra.

Esta exposición, por otra parte, fijará los límites dentro de los que el autor intenta circunscribirse, según dejó manifestado al indicar su propósito al emprenderla. No todo el Derecho penal, sino tan solamente el que hace efectivo el Estado en cada Nación, será objeto de sus investigaciones. De aquí la necesidad de conocer el concepto del Estado nacional, y por lo tanto la esfera de su exclusiva competencia en materia de Delitos y Penas.

Cinco, pues, son los tratados ó libros en los que la naturaleza del asunto parece dividirse; conviene á saber: *Concepto del Derecho penal del Estado: el Delito: la Pena: relación entre el Delito y la Pena: cumplimiento de la Pena.*

En ellos, como también tiene dicho, sólo abrazará la parte general, esto es, los Principios que constituyan lo esencial de cada una de estas nociones. No se ocupará, pues, de cada Delito ni de cada Pena: no de la relación entre un determinado Delito y una determinada Pena; no del cumplimiento ó ejecución de cada uno de éstas; asunto

demasiado vasto, y que no es por otra parte otra cosa que la aplicacion lógica de los Principios generales ya sentados.

Mas para llegar al conocimiento verdadero, es preciso un método, esto es, determinar la marcha ó el camino que ha de seguir el pensamiento, no sólo para distinguir el error de la verdad, sino tambien para que ésta conste como tal, en todo su alcance y extension, de manera que se den las condiciones que la Ciencia reclama.

Dos son los métodos que se presentan: el analítico y el sintético.

Reposa el primero en el principio de que todas las cosas, puesto que tienen una esencia y naturaleza propias, pueden ser conocidas mirándolas atenta y detenidamente. Por eso el análisis las considera, en su conjunto, en las partes en que cabe descomponerlas, y en las relaciones que con otras mantienen. Así es que rigorosamente sólo puede ser investigado por el método analítico aquello que ya existe, porque es lo único que puede ser sometido á exámen. Y estas cosas que existen y por tanto pueden ser analizadas, son, ó las ideas ó conceptos que tenemos, por medio de una verdadera reflexion, meditando sobre nuestro pensamiento; ó los hechos exteriores, sean estos actos, ó pensamientos ajenos: de aquí el análisis interno y el externo.

Se funda la síntesis, por el contrario, en que toda verdad contiene dentro de sí otros particulares que pueden ser mediante ella conocidos. Por esto parte de un principio concebido por la razon, bien evidente por sí mismo ó cuya evidencia ha aparecido por la reflexion y el análisis, deduciéndose por un procedimiento lógico las consecuencias que se hallan dentro de él. Llégase, pues, por el método sintético á descubrir muchas verdades, ántes ignoradas, que como tales afirmamos, fundándonos en el firme apoyo que las presta la certeza del principio que las sirve de base, y en la confianza en la legitimidad del procedimiento lógico, mediante el que han resultado.

Por el análisis interno, las ideas que se han presentado á nuestra inteligencia como intuiciones, se convierten en verdades propiamente sabidas y en conocimiento verdaderamente científico; por el método sintético llegamos á lo que nos es desconocido, sacando de los principios todas las consecuencias que son susceptibles de presentar, y adquirimos por tanto las ideas discursivas.

Ahora bien; tratándose del Derecho y áun del penal, es innegable que todos tenemos, conforme dejamos apuntado en el capítulo preliminar, ideas ó conceptos intuitivos, á los cuales debe aplicarse el método analítico, para adquirir el testimonio de su verdad y de toda la verdad que encierran, porque no siendo la mayor parte axiomas, piden atención y estudio reflexivo. Luego de hecho constituyen los Principios fundamentales, pero muchos de ellos —tal vez todos ménos uno,— son lógicas consecuencias de otro superior; su verdad puede, por consiguiente, ser confirmada por el método sintético, y ellos ser dispuestos y organizados en un sistema de Principios y de consecuencias, y propiamente científico. Al mismo tiempo y por la deducción llegamos á donde jamás se hubiera llegado por medio del análisis riguroso. Ambos métodos, pues, analítico y sensitivo se completan, y ambos deben ser empleados para adquirir el conocimiento verdadero.

Pero si hubieran de seguirse con todo rigor; si un análisis minucioso debiera preceder siempre á una síntesis completa, la inteligencia habria forzosamente de desfallecer por el cansancio y la atención demasiado sostenida, y más en obras que, como la presente se destinan á la enseñanza. Por esto, si todo concepto capital será analizado en sus términos esenciales, no ha de ser de un modo tan riguroso que excluya toda síntesis, cesando tan pronto como aparezca suficientemente penetrada su verdad ya adquirida la bastante certeza en su fundamento.

LIBRO PRIMERO.

CONCEPTO DEL DERECHO PENAL DEL ESTADO.

CAPITULO PRIMERO.

CONCEPTO DEL DERECHO.

§ VII.

Formacion analítica del concepto del Derecho.

Cuando pronunciamos la palabra Derecho, no usamos ciertamente un término nuevo y que nos sea desconocido: mil veces le hemos empleado y mil veces le hemos visto emplear, y sin necesidad de un acuerdo previo, hemos sido comprendidos y no hemos dudado de lo que los demás querían decirnos. Y para darnos cuenta de lo que representaba, no nos ha sido preciso salir fuera de nosotros mismos, sino que en nuestro espíritu hallábamos esa idea y ese concepto. Es, pues, una idea intuitiva.

Si esto es así, la investigación del concepto del Derecho se reduce á pensar sobre lo ya conocido, á meditar sobre nuestro pensamiento, á analizar una idea que ya tenemos, siendo el resultado de este trabajo, no el adquirir una noción nueva, sino el penetrar en lo íntimo de una ya existente, distinguiéndola con toda claridad en el todo y en sus partes, constándonos de esta manera su verdad, esto es, convertir en científico el que era sólo un conocimiento vulgar.

Si analizo, pues, lo que yo pienso sobre este punto, hallo

como primera afirmacion la de que *yo tengo Derecho*. Hablo de mi derecho, defendiendo mi derecho, me atribuyo derecho para esto ó para aquello: el Derecho es, pues, una cosa que me es propia ó el Derecho es una *propiedad mia*.

Mas esta propiedad es de distinta naturaleza que otras que tambien hallo ó reconozco en mí. Mi unidad ó sér siempre uno, mi identidad ó sér siempre el mismo, son atributos que concibo sin que me sea necesario para ello que exista ninguna otra cosa. Pero mi Derecho no le comprendo sin algo sobre que recaiga, de quien lo exija, á quien lo imponga, es decir relacionado, unido á otro término. Es pues, una propiedad mia en relacion, ó una *propiedad de relacion*.

Entran en toda relacion forzosamente dos términos cuando ménos. En la que el Derecho representa, uno de ellos soy yo seguramente. En el otro están comprendidos los demás hombres, los séres materiales del mundo físico; así yo digo, por ejemplo, tengo derecho á las cosas que he adquirido por mi trabajo, tengo derecho á que se me cumpla la palabra empeñada, á que se respete mi vida, etc.

Meditando sobre lo que acabo de afirmar, encuentro que los términos distintos de mi persona, que entran en esta relacion, se dan ó se presentan de una manera muy diversa segun son los hombres, ó cualquiera cosa diferente de ellos.

Lo que con respecto á mis semejantes llamo mi Derecho, consiste en que observen para conmigo una conducta determinada, que hagan ó ejecuten alguna cosa, ó se abstengan, por el contrario, de hacerla ó de ejecutarla, y tanto en el acto positivo, como en el negativo, tanto en la accion como en la omision, digo que consiste ó está mi Derecho.

Cuando yo pienso en el suyo, encuentro igualmente que consiste, en que por mi parte observe con ellos un modo de obrar, que es tambien una accion ó una omision, un acto positivo ó negativo.

En ocasiones la conducta de los demás para conmigo, de mí para con ellos, aparecen como recíprocas y originadas la una por la otra—como en el cumplimiento de un contrato bilateral,—á las veces mi Derecho y el suyo son independientes, y mi manera de obrar conforme á él, no resulta de la suya y vice versa—como en la obligacion de respetar la honra ajena.

Por lo que hasta ahora llevamos observado es visto, que de las dos personas que entran en la relacion jurídica, una presta el Derecho, la otra lo reclama ó pide, ó que ambas recíprocamente lo prestan y reclaman, que es lo que en el lenguaje comun se llama el Derecho y la Obligacion, y no son más que distintos aspectos ó partes que reunidos constituyen el Derecho.

Cuando en la relacion entran, como otro término, seres ó cosas distintas de mis semejantes, hallo primero, que con respecto á estos últimos, mi Derecho consiste en que se abstengan de perturbar la relacion que con la cosa establezco, usando de ella, modificándola, cediéndola, etc., y en otros casos está en que la modifiquen en mi provecho ó la pongan á mi alcance: esto es, tambien en omisiones y en acciones ó actos positivos, que refiriéndose inmediatamente al objeto material, redundan en último caso en mi beneficio.

Mas cuando pienso en la relacion sola y aislada con el objeto material, hecha abstraccion de los demás hombres, lo que considero como mi derecho consiste sólo en disponer de él ó en darle una aplicacion ó destino en cierta manera ó modo. Y en verdad que cualquier uso, cualquiera aplicacion, cualquier destino, no me parece igualmente justo, ni digo que en él consiste mi derecho. Si alguna vez afirmo que está en ese uso arbitrario y caprichoso, no lo hago absolutamente asegurando que sea justo, sino con referencia á otro ú otros hombres á quienes niego la facultad ó potestad de intervenir para nada en mi manera de obrar.

Reclamo, pues, como Derecho mio, una esfera de accion propia para mi conducta, pero no aseguro ciertamente que dentro de ella sea árbitro de obrar como mejor me plazca. Nadie dirá en verdad que obra justa, recta, derechamente ó conforme á la idea del Derecho, cuando maltrata y atormenta innecesariamente á un animal, aunque le pertenezca, cuando destruye cosas útiles sin provecho ajeno ni propio, aunque sean suyas; sino que hallará por el contrario que sólo una manera de obrar será la de que deje satisfecha su conciencia y la justicia.

Pero esta conducta mia no me parece exigida ni impuesta, al ménos en la mayoría de los casos, por respeto ó en consideracion á la cosa que en la relacion entra, como veo claramente que acontece tratándose de los demás hombres: más bien encuentro que es una exigencia que parte y nace de mí mismo, y una imposicion que á mí propio me hago. Establezco entónces una relacion conmigo mismo, en la cual yo soy el que reclama y el que presta, el que pide y cumple. Cuando hago abstraccion de los demás hombres la relacion que se establece entre mi persona y el objeto material no constituye, pues, mi Derecho: buena prueba que puede prescindirse del objeto, que sin él puede existir, como acontece cuando considero mis actos con relacion á mi propio. Mi Derecho consiste, pues, en observar para conmigo una regla de conducta dada, en hacer ó nó alguna cosa, en acciones ó actos positivos, ó en omisiones ó actos negativos. Yo digo, por ejemplo: no tengo Derecho á embrutecerme, á mutilarme á matarme; yo tengo Derecho á instruirme, á cultivar mi espíritu y mi cuerpo; yo tengo Derecho á aplicar á la satisfaccion de mis necesidades las cosas que me pertenecen, y todo esto sin pensar que haya en el mundo otro más que yo. Robinson en su isla desierta no hubiera empleado otro enguaje.

Encuentro, pues, una completa paridad de naturaleza

entre esta relacion y la establecida con los demás hombres, y ni la una ni la otra me parecen ajenas al Derecho (1). Léjos de esto, veo claramente que si la conducta de los demás para conmigo, y la mia para con ellos ha de estar regida por él, tambien ha de regir el modo de obrar cuando á mí mismo se refiere. Lo primero constituye la justicia exterior; lo segundo la interior ó interna, pero ambas constituyen la justicia.

Mas si el Derecho es accion ú omision, manera de obrar ó de conducirse, todo esto lleva dentro de sí envuelta la idea de que el sér á quien se refiere, es capaz de hacer ó de omitir, de ejecutar ó no, ó de libertad, al ménos en lo que toca á estos hechos. Yo no reclamo jamás cosa alguna como mi Derecho, sino de los que pueden libremente ejecutar algo en mi beneficio, ú omitir algo que redundaria en mi daño. Por eso no digo, que la naturaleza física, que los animales, cumplen ni infringen mi Derecho, y ni le infringe ó cumple el hombre mismo, cuando le considero privado de libre voluntad, como en la infancia, en la locura, en el sueño y en la embriaguez. Las favorables circunstancias prestadas fatalmente, por útiles que me sean, no constituyen Derecho en mí, ni le amenguan por adversas que se presenten, pues sólo entran en la esfera jurídica

(1) Juzgamos que no habrá nadie á quien admire que el hombre pueda estar en relacion consigo propio, porque no habrá seguramente quien niegue la vulgarísima afirmacion que tiene deberes para consigo mismo. Muchas personas habrá, sin embargo, que aseguren que esta relacion es exclusivamente moral y no jurídica; pero les haremos observar: 1.º, que á la altura en que se halla la investigacion que venimos haciendo, no separada la Moral del Derecho, no cabe decir, sin obedecer á una preocupacion ó prejuicio, que es exclusivamente moral; 2.º, que no es posible hallar el racional fundamento de que no repugna que el hombre se deba algo, y sin embargo, repugne que tenga derecho á lo que se debe; 3.º, que el sentido comun y la conciencia se oponen á que se diga justo y recto al hombre que prescinde de toda ley y regla en los actos ó hechos que á sí propio se refieren y en los que se le considera como soberano.

cuando el que disfrute de ellas depende en todo ó en parte de la libre voluntad. Yo no digo que tengo derecho á que todos los días salga el sol; pero sí á que mi vecino no impida que sus rayos lleguen hasta mi casa, si sobre la suya pesa la servidumbre de luces; yo no digo que se ha quebrantado mi Derecho cuando una tormenta ha sepultado en el mar una nave mia ó la ha devorado un incendio; pero sí afirmo que se ha infringido y negado si una sociedad de seguros, de la que formo parte, no me indemniza de las pérdidas sufridas.

Pero si el Derecho consiste en acciones ú omisiones dependientes de la libre voluntad, no todas las que tienen este carácter le constituyen, sino que hallo que sólo aquellas que son buenas en sí mismas, buenas para quien las ejecuta, y buenas para mí, contienen realmente materia de Derecho. El dolo, la mentira, la mutilacion, cualesquiera que sean las ventajas que me hagan esperar, ni las puedo imponer á los demás como mi Derecho, ni serme por ellos exigidas, ni áun siquiera ejecutarlas, aunque á ningun otro cause daño. Mal y Derecho se me presentan como ideas antitéticas: así como me parecen de igual naturaleza Derecho y Bien. Ni concibo un Derecho que consista en el mal, ni veo tampoco que tenga Derecho para el mal.

Detiene, pues, mi pensamiento y reclama mi atencion, el exámen de lo que constituye la materia de las acciones ú omisiones libres, ó sea el Bien.

§ VIII.

Del Bien como Destino y Fin del hombre.

De la misma manera que la idea del Derecho y áun con más claridad, hallo en mí mismo la nocion del Bien.

Llamo bueno ó Bien todo aquello que concierta, se ajusta y conviene con la naturaleza del sér á quien lo refiero;

representa, pues, una relacion entre dos cosas, que existe cuando la una, que califico de Bien, está en armonía con lo que es la otra, dada su situacion y circunstancias.

Cuando no lo uso como sustantivo, sino como adjetivo, representa la cualidad en un objeto material ó inmaterial, por la que responde á lo que debe ser, conforme á su naturaleza y esencia. Por esto digo que la verdad es para el hombre un Bien, porque si le considero como capaz de comprender, hallo que la verdad es lo que se aviene y ajusta con su inteligencia; y digo que es buena inteligencia aquella que comprende ó concibe bien, esto es, como debe concebir y comprender.

Si esto es así, conocida la naturaleza de un sér, su esencia íntima y los estados y modificaciones de que es susceptible, será tambien conocido en qué consiste su propio Bien. Si quiero, pues, saber qué es mi Bien, tendré que estudiarlo á mí mismo para conocerme.

Desde luego hallo que soy un organismo material que vive (1). Organismo, porque veo mi cuerpo compuesto de una variedad de miembros ó instrumentos, que cada uno desempeña una funcion peculiar, ligados los unos con los otros y unidos con el todo para la realizacion de un fin, ó la obtencion de un resultado que es mi vida corporal. Hallo que vive mi cuerpo, porque se desarrolla y desenvuelve en el tiempo por medio de cambios ó evoluciones sucesivas, y de este modo aquellas cualidades que recibió como en gérmen al formarse, llegan á un estado mayor de perfeccion, para decaer, más tarde, descomponerse y perecer.

Cuando bajo este aspecto me considero, encuentro que el Bien consiste en todo aquello que sirve para la conservacion de mi organismo y para su desarrollo, satisfaciendo

(1) Esta afirmacion supone ciertamente el análisis de otro sinnúmero de conceptos que juzgamos poder omitir sin peligro, en gracia de la brevedad, dada la instruccion de las personas á quienes se destina la obra.

las necesidades que experimento, á lo que llamo Bienes materiales ó económicos.

Por la observacion interna, me reconozco tambien como un espíritu y un organismo espiritual. Yo me reconozco desde luego como uno, pero en la unidad de mi espíritu encuentro tres facultades fundamentales, á saber: la inteligencia ó la facultad de conocer, el sentimiento ó la facultad de sentir, y la libre voluntad ó la facultad de propia determinacion.

Por la primera, me siento capaz de penetrar en la naturaleza de las cosas, estableciéndose una relacion entre el sujeto que conoce y el objeto conocido. Cuando hay conformidad entre el objeto y el conocimiento, nace la verdad, y el error en el caso contrario. La falta de relacion es la ignorancia. La verdad ó el conocimiento verdadero constituye, pues, mi Bien, cuando me considero como sér inteligente.

Por la sensibilidad me hallo capaz de ser afectado agradable ó desagradablemente, tanto por los objetos materiales, como los inmateriales. Tambien por el sentimiento me pongo en relacion con las cosas, y si entre el sér que siente y el objeto que le afecta hay conformidad de naturaleza, nace entónces una adhesion, un movimiento de simpatía que constituye el amor, y una sensacion agradable en que consiste el placer. Si hay oposicion, se manifiesta un movimiento repulsivo por el que el alma intenta romper la relacion con el objeto, y nace el odio y una sensacion penosa en que consiste el dolor. Por eso la verdad nos causa placer y la amamos; el error dolor, y le aborrecemos. El placer, pues, es el Bien del hombre, como ser sensible, como la verdad es el Bien como inteligente.

Por la libre voluntad me siento capaz de determinarme como inteligente, sensible y activo, ó ser la causa eficiente de mis actos.

En verdad yo no reconozco en mí la posibilidad arbitraria de pensar ó no, de sentir ó no sentir, de ser ó no activo; pero sí encuentro que puedo dirigir mi pensamiento, interrumpir su marcha, para seguirla más tarde, que puedo dominar mi sentimiento, encauzarle y regirle. Tampoco soy dueño de pensar ó de sentir como quiero y á mí capricho, sino que he de sentir y de pensar conforme á las leyes del pensamiento y del sentimiento; en suma, que las cualidades constitutivas de mi espíritu y sus leyes me son impuestas, pero soy libre en cuanto á los actos que á aquellas se refieren.

Por la libertad se establece una relacion de efecto á causa, mediante la que nos atribuimos los hechos como nuestros, ó como producidos por nuestra propia determinacion. Existe entónces una identidad de naturaleza entre el acto y el sér que le ejecuta, consistiendo el Bien para el hombre, como dotado de libre voluntad, en la propia determinacion, en todos los hechos de su vida. Así, al dirigir la inteligencia ó la investigacion de lo verdadero, el sentimiento al placer puro, en cuanto son actos de la libre voluntad constituyen el Bien que se ha llamado comunmente Bien moral: dejarán de serlo, si me son impuestas, si nada he hecho por mi parte, aunque tenga bajo otro aspecto algun valor. Del mismo modo, si con conocimiento de esa facultad, y del modo de emplearla, en vez de hacerme superior á los impulsos que me incitan, me dejo dominar y regir por ellos, en vez de determinarme soy determinado, tambien habrá desaparecido el Bien como objeto de la voluntad.

Con este análisis rapidísimo, he aclarado el concepto del Bien y determinado lo que constituye el mio propio; y por tanto, la materia única que puede servir de contenido á las acciones y á las omisiones, en las que el Derecho consiste.

Mas cuando considero mi Bien y lo hallo conforme con

mi naturaleza, se me aparece como mi destino ó mi fin. En efecto, aquello para lo que un sér está destinado, constituye su fin; y todo ser está destinado á aquello que es conforme á su esencia y naturaleza, y es por tanto su Bien. Y si el sér está dotado de actividad, se ve más claro todavía en qué consiste su fin peculiar, que no es otro que desenvolver y desarrollar su naturaleza propia, realizando por tanto el Bien, y tejiendo de este modo la tela de su vida. La naturaleza de un sér, el Bien y su Fin, son enteramente conformes, en tal manera, que conocido cualquiera de estos términos lo están tambien los demás.

De aquí que vea claramente que el destino del hombre y su Fin es el Bien.

Mas como éste se me ha presentado bajo distintas formas, tambien se presenta el fin bajo las mismas, siendo por tanto, varios los fines, aunque todos coordinados y orgánicamente dispuestos, constituyendo el destino total humano.

Si la verdad es el Bien del hombre como inteligente, el conocerla en toda su estension constituirá un Fin: de aquí el fin científico ó que tiene por objeto la Ciencia ó el conocimiento de todo cuanto pueda alcanzar la inteligencia, desde las más sublimes nociones de la Teodicea, y la Metafísica, de la Ética y del Derecho, hasta la explicacion de los más sencillos fenómenos de la naturaleza, que se ofrecen á nuestra vista todos los dias.

Pero el Bien, que se presenta como verdad á la inteligencia, se muestra para la libre voluntad como objeto que debe ser practicado. De aquí el fin artístico que tiene por asunto el Arte, ó sea la práctica de lo que ha sido reconocido por la inteligencia como verdadero. Si esto puede ser ejecutado, aplicando la actividad libre y voluntaria, la Ciencia trasformándose en deber, se impone al hombre, para ser desenvuelta en la vida de un modo completo y sistemático.

Tómase, pues, la palabra Arte en un sentido mucho más amplio que el usado comun y ordinariamente, pues como se ve, abarca desde la aplicacion de los principios de la Ética, hasta los de las Ciencias físicas y matemáticas en la industria; desde el ejercicio de la virtud más sublime, hasta el cuidado de la salud del cuerpo, que es por otra parte un deber, y como tal una virtud tambien.

Todo lo verdadero y bueno es bello, pues la belleza no es otra cosa que su forma y aspecto para la sensibilidad. Esta nos hace amable la verdad, agradable el cumplimiento y la práctica del Deber, aún del más duro, y es el poderoso auxiliar que impulsa á la voluntad y á la inteligencia, á la ejecucion de su Fin. Todo acto, pues, todo hecho humano, debe ser bellamente ejecutado, uniendo ésta á las demás cualidades, para que concurra la simpatía á la obra comun. Mas cuando se contempla la belleza, no como separada, pero sí como independiente de las demás, su conocimiento es objeto de una Ciencia, la Estética y su práctica el de las Artes, asi llamadas por antonomasia, ó bellas Artes.

§ IX.

La Moral.

Si pienso ahora en el Bien como mi destino ó mi Fin, si hallo que no consiste en otra cosa que en el desenvolvimiento de todo mi sér, en traducir en hechos reales cuanto constituye mi esencia, se me impone como mi deber y reclama el que le practique, sin ninguna otra consideracion, desde el instante que depende de mi libre voluntad. Siento ciertamente en mí una necesidad moral, por la cual soy racionalmente llevado á la práctica de todo cuanto mi inteligencia me dice que es mi Bien, y preséntase éste por tanto, como el Principio de mi libre determinacion.

Desde que sé qué es lo bueno, sé tambien que debo

ejecutarlo, no por la esperanza del premio, no por el temor del castigo, no porque pueda exigírseme, ni tampoco por el resultado que haya de alcanzar, sino tan sólo por ser Bien, por no ser infiel á mi destino y para obrar conforme á la calidad de hombre. Y aunque por desgracia en muchos casos se aparte del camino que le traza tan elevado pensamiento, cediendo unas veces al interés, otras á la esperanza y al temor, siempre le dice claramente su conciencia, que el Bien tiene un valor absoluto, un valor por sí, que no depende de ningun otro hecho, supuesto, ó condicion. Por eso el hombre honrado no consiente que se atribuyan sus acciones á otro móvil que el Bien, tan sólo por serle conocido como tal, y juzga ofensa que se las suponga cualquier otro.

Desde este momento, todo el mérito, todo el valor del acto, no reside propiamente en los hechos externos, esto es, en que consista en una ó en otra cosa, sino en su completa consonancia con aquello que como bueno concibe la inteligencia y se presenta á la razon, ó en obrar conforme á lo que se siente y se piensa. Para apreciar el acto de la voluntad, no se le ha de mirar objetivamente, en relacion con lo que constituye el Bien, sino en su aspecto subjetivo, ó en vista de lo que como tal considera honradamente su autor; esto es, en la intencion pura, desinteresada de donde procede y se origina. Quizá es contrario al Bien de quien la lleva á cabo ó al de sus semejantes, pero no por esto se disminuye un ápice su mérito bajo el aspecto que ahora se considera. Léjos de ello, puede acontecer, que el hecho objetivamente bueno ningun aprecio merezca, ántes por el contrario sea malo y despreciable mirado subjetivamente, á semejanza de aquellos sepulcros blanqueados del Evangelio. Por fortuna, la humanidad no suele equivocarse tomando por bueno lo que no lo es, y se aparta ménos del deber por error de juicio, que por dejarse dominar por los impulsos exteriores que le alejan

del sublime principio que se viene desenvolviendo, diciéndole claramente su conciencia *video meliora proboque sed deteriora sequor*.

Si ahora, reconocido por mí esta manera de obrar y este aspecto del Bien, busco en el lenguaje comun y corriente una palabra que lo exprese, no encontraré otra más apropiada que la de *Moral*.

Como consecuencias de este principio, se hallan que, representando la Moral la relacion entre el Bien concebido por la persona que ejecuta el acto y el acto mismo, esto es, consistiendo en la práctica subjetiva del Bien, como no hay accion que no se lleve á cabo, ajustándose á lo que aparece como deber ó apartándose de ello, no hayninguna que esté fuera del alcance de la Moral, si depende de la libre voluntad. Externo al sujeto que obra, no existe un Bien moral que pueda objetivamente distinguirse de otro por su contenido, tampoco deberes morales que se contrapongan y se separen de otros, teniendo cada uno de ellos valor sustantivo y propio, sino que apareciendo el Bien como uno, y por tanto los deberes, aquél puede ejecutarse y éstos cumplirse de un modo moral ó de otra manera diferente.

Por el contrario, todo deber puede y debe ser llenado moralmente en la pureza de motivos y sólo por contemplacion y por respeto al Bien. Pero esta manera de cumplirle excluye toda coaccion y todo pensamiento de exigibilidad que no nazca de la exigencia misma del Bien. Podrá cada uno imponer á los demás, podrán serle impuestos actos positivos ó negativos, acciones ú omisiones, pero á donde no llegará nunca el poder de todos los hombres, la sancion ni la fuerza de las leyes, es á que estas acciones, áun siendo buenas en sí mismas, áun siendo como tales reconocidas, se practiquen tan solamente por ser buenas. Y como hay muchos deberes—la inmensa mayoría de ellos,—en los que no cabe el que se ejecute aquello

en que consisten mediante la coaccion externa y material, ha nacido de aquí la distincion entre deberes perfectos ó exigibles y deberes imperfectos no exigibles ó morales, confundiendo la forma con el fondo y el contenido, y dando á la Moral un asunto que no es el suyo.

§ X.

La Religion.

Sea por la necesidad de hallar en todo lo creado una suprema causa, sea por la aspiracion del alma á lo infinito y absoluto, sea por una sublime intuicion, existe en mí, y como en mí en los demás hombres, la Idea de Dios.

Al pensar en él, no puedo ménos de concebirle como el Supremo Bien, como Creador y Autor del Mundo, tanto físico como espiritual. En el orden todo de la naturaleza, cuya armonía me admira, veo el plan divino de la Creacion, y en el espiritual, no ménos admirable, encuentro tambien el sello de la divinidad y la expresion de la voluntad de Dios. Desde este instante, el Fin, como el Bien, como el destino de cada sér, parece exigencia de la naturaleza, pero al propio tiempo la obra de su infinito poder; y cuando el Fin y el Bien pueden ser cumplidos y han de ser llenados por la libre voluntad, el hacerlo se muestra como un deber, no sólo por ser tal deber, sino además por conformarse al plan divino de la Creacion. De esta manera, considerando á Dios como el sumo Bien, cuando el hombre le cumple se acerca á Dios, se intima y se asemeja á él, en cuanto es posible dentro de su naturaleza finita: y la conciencia, iluminada con este pensamiento, concibe y comprende la Religion y la ley religiosa.

La ley moral le dice, en efecto, que ejecute el Bien en la vida sólo por ser Bien y por ser conforme á su destino racional; la ley religiosa, que lo haga por residir en Dios

el sumo Bien y por ser conforme á su soberana voluntad. La primera reclama que obre con la dignidad propia de hombre y por respeto á esa dignidad, que en más ó en ménos reconoce el más abyecto y envilecido; la segunda le hace apartar la vista de la tierra y hasta de sí mismo para elevarla al cielo, y le exige que si se reconoce hecho á imágen y semejanza de su Creador y capaz de comprenderle aunque imperfectamente, traduzca en los actos de su vida toda esa naturaleza divina.

Resulta, pues, de esto que la ley religiosa liga al hombre con Dios, considerándole el Bien supremo, autor de todo orden espiritual; y como no hay acto alguno que no se conforme ó se aparte de aquella, no hay acto ni hecho alguno que esté totalmente fuera de su alcance. No existe, pues, deber alguno que no sea al propio tiempo un deber religioso y que no pueda ser considerado bajo tal aspecto. De esta manera penetra la Religion en la vida toda y la levanta á una altura superior á la de la Moral misma. Únicamente cuando toda obligacion, desde la más insignificante á la más grave que pueda imaginarse, se mira bajo este aspecto, puede concebirse una vida verdaderamente religiosa ó penetrada en todo del espíritu de Dios.

Es, por tanto, la Religion como la Moral una forma del Bien, y como ésta excluye toda coaccion externa. La Religion se enseña, se inspira, pero no cabe el que por medio de la pena de la ley y del sufrimiento externo, se haga resaltar en todos los actos el aspecto religioso que entrañan (1).

(1) Bien puede comprenderse que este punto se trata harto de ligero y de pasada y sin el rigorismo que los precedentes. El propósito del autor es tan sólo hacer comprender el aspecto religioso de todos los actos humanos para distinguirle del jurídico y del moral. Al propio tiempo, no será inútil el advertir, que se refiere únicamente á la Religion tal como puede ser comprendida por el esfuerzo de la razon sin referirse á ninguna positiva. El Cristianismo, sin embargo, es la que nos presenta de un modo completo la verdad que todos los

§ XI.

Confirmacion del concepto del Derecho. Fin inmediato (objeto) fin mediato (ético) del Derecho.

Mas si todos los actos de los que la Moral y la Religion se ocupan, son acciones ú omisiones dependientes de la voluntad y en relacion al Bien, no constituyen mi Derecho mientras los considero bajo el aspecto que han sido mirados en los párrafos que anteceden. Nadie dice seguramente, que su Derecho está en que él, ó los demás ejecuten ciertos actos, ó se abstengan de otros por cumplir el Bien y someterse á la ley de Dios; pero sí afirma que lo son cuando puede interesarle ó importarle, cuando entrando, por decirlo así, bajo su dominio le sirven para la consecucion de otro Bien que depende de ellos ó que está por ellos condicionado, cualquiera que sea el motivo á que deban su origen. Por esto, si reclamo como mi Derecho que mi propiedad sea respetada, es por cuanto sin este respeto no puedo aplicarla á la satisfaccion de mis necesidades; si pido que mi vida, mi libertad exterior, mi honor sean garantidos, es en cuanto todo esto depende de las omisiones de los demás. Por otra parte, la propiedad, la vida, el honor, la libertad externa son supuestos ó condiciones necesarias para que pueda llenar ó cumplir el Fin para que fui creado.

Es, pues, el Derecho, una forma del Bien, en cuanto éste

deberes pueden ser elevados á la categoria de religiosos. No matarás, no hurtarás, no cometerás adulterio, son preceptos religiosos, lo mismo que los de amarás á Dios y al prójimo. A qué sublime altura pueden levantarse los deberes cuando se les considera bajo este punto de vista, lo demuestra la virtud de la caridad cristiana, que consiste en hacer el Bien á los demás, no porque puedan exígerlo, ni áun siquiera porque debe practicarse, sino tan sólo por amor ó en contemplacion de Dios.

aparece como supuesto para el Fin, que no puede ser llenado sin el auxilio y la ayuda que le prestan determinadas condiciones.

Para que exista es, por tanto, preciso una acción ó una omisión dependiente de la voluntad, buena en sí misma, que sirva de condición ó de medio á una acción ó á una omisión, á un hecho que constituya toda ó parte del destino racional humano.

A lo primero debe llamarse Fin inmediato, más propiamente *objeto del Derecho*; á lo segundo Fin mediato, simplemente Fin del Derecho y también *Fin ético del Derecho*.

En efecto, según ya se ha notado, lo que distingue y caracteriza el Derecho es ser Bien condicional ó condición, Bien para otro Bien, medio para un fin sin lo cual no puede concebirse (1).

El medio, según también queda reconocido, ha de ser no sólo apropiado al fin y dependiente de la libre voluntad, sino además Bien en sí, pues no concibo que el Derecho pueda realizarse con la ayuda de medios malos en sí mismos (§ VII). Así dejan de poder ser reclamadas como condiciones jurídicas aquellas que sin ser opuestas al Bien se destinan al mal ó á la injusticia, del mismo modo que las contrarias al fin de quien ha de prestarlas, aunque se empleen

(1) Conviene fijar claramente el sentido de la palabra *condición*. Lo condicionado opónese á lo absoluto, que es lo que existe por sí, que tiene en sí mismo la razón de su existencia y no la toma de otra superior: tal acontece con la Moral, ó ejecución absoluta del Bien sólo por ser Bien. Lo condicionado existe mediante otra cosa que lo hace posible, que es la condición. Pero no hay que confundir la causa con la *condición*. La causa es la fuerza activa y operante que determina otra cosa como su efecto: la condición, sin ser activa ni operante, hace posible el desenvolvimiento y la producción del resultado. Así, la propia determinación del hombre para cumplir su fin es la causa del Derecho y las prestaciones de los demás hombres, mediante las que pueda conseguirlo son las condiciones jurídicas. Véase, pues, que la palabra condición se toma en un sentido bien diferente del empleado en el lenguaje del Derecho positivo.

en el cumplimiento del destino racional del que las exige. Bajo el primer respecto será nulo un contrato, según lo declaran todas las legislaciones positivas, para ejecutar un daño, aunque las prestaciones que le formen no sean opuestas al Bien, por el fin á que van encaminadas (1), y por el mismo principio, el criminal no tiene derecho á reclamar la libertad exterior, ni la propiedad que emplea para contrariar su fin propio y el de los demás. Sólo hay, pues, Derecho para el Bien.

Ninguna duda ciertamente me ofrece, cuando sería y atentamente consulto con mi conciencia, la afirmación que acabode estampar: para el mal nunca tengoderecho, le tengo sólo para el Bien. Mis semejantes no pueden tener tampoco derecho para el mal y la injusticia, y sin embargo, encuentro que las condiciones jurídicas con que todos y cada uno han de cooperar al cumplimiento del destino de todos y de cada uno, no pueden estar dependientes siempre del fin á que deben servir. No hace siempre el propietario un recto uso de las cosas que le pertenecen, ni la libertad exterior responde sin excepcion al pensamiento para que se concedió: y á pesar de esto, la propiedad y la libertad han de ser reconocidas como condiciones de Derecho, sino de un modo absoluto, sin exigir en cada caso su empleo justo y racional.

Mas esta contradicción que se me presenta, desaparecerá, si medito y recuerdo las dos esferas del Derecho interno y del externo, ántes notadas y distinguidas (§ VII).

El Derecho será externamente cumplido á cada uno, cuando le sean prestadas aquellas condiciones aptas para la consecución de su destino racional; y le cumplirá externamente aquel que las preste por cualquier motivo. Existe despues una esfera íntima, dentro de la que sólo la concien-

(1) Por eso las legislaciones positivas exigen causa lícita en el contrato para que tenga validez.

cia propia puede ser juez, que está en el uso que para llenar el Fin y para cumplir el deber, hace cada persona de su Derecho. Cuál será este uso, cómo se cumplirá en cada caso la justicia interior, no es posible verlo ni determinarlo en la mayoría de las ocasiones, pues depende de circunstancias, que sólo pueden ser conocidas por cada persona.

Así, por ejemplo, tratándose de la facultad de distribuir los bienes, después de la muerte es á todas luces evidente que la justicia no consiente una disposición arbitraria y caprichosa, sino que los hechos de cada uno de los que pueden ser agraciados, las circunstancias que en ellos concurran, las que se dan en el testador, determinan de un modo necesario una sola, una única disposición verdaderamente justa; y en este sentido, no hay, no puede haber libertad de testar. Pero cuál es esta disposición, no cabe el fijarla exteriormente y de antemano al testador, el que entonces se dice goza de lo que se llama libertad de testar (1). Lo mismo acontece con el uso de la propiedad y de todos los derechos, cuyos ejemplos confirman que existe una justicia exterior, que consiste en la prestación de condiciones apropiadas al cumplimiento del Bien y una justicia interna que se practica al aplicarlas al fin para que sirven y no para otro opuesto. Y por más que las legislaciones positivas se ocupen frecuentemente, aunque no siempre, de la primera, el Derecho sólo estará completo cuando se cumpla y se llene también la segunda.

Mas si es el Derecho el conjunto de las condiciones para la realización del Fin, siempre que aparezca un fin hu-

(1) Cuando las leyes positivas designan una porción legítima, se creen autorizadas para fijarla; pero esto lo hacen tratándose de herencias entre padre é hijo, y á lo más entre hermanos. Que existen deberes que el testador ha de cumplir, fuera de estos casos por la disposición testamentaria, nadie lo niega; pero la ley no se atreve á determinar cuál sea la manera de cumplirlos, y lo abandona al libre arbitrio de cada uno.

mano, nacerán condiciones jurídicas apropiadas á su peculiar naturaleza. De aquí un Derecho para la Ciencia, para el Arte, para la Moral, para la Religion y áun para el Derecho mismo. Porque, en verdad, no sólo el fin último, sino que tambien aquel que sin serlo, aparece como supuesto ó condicion para que se llene otro, puede ser fin ético ó mediato del Derecho. No es mi vida, no es mi libertad exterior el fin de mi existencia, pero son los supuestos necesarios; no lo es tampoco el Derecho, y mi Derecho mi libertad y mi vida pueden depender de condiciones que como jurídicas reclamo. Así, hay un Derecho para el Derecho, como es el político, el procesal y áun el mismo penal; y en esto se fundan la obediencia debida, la cooperacion que el juez exige á todos los ciudadanos para la averiguacion del Delito y la justicia con que cada uno pide que no se le impida cumplir el deber y tantas otras.

Pero desde el momento en que el Derecho se muestra como el Bien, considerado como condicional, no hay acto del hombre que sea totalmente indiferente á él, cuando depende de la libre voluntad, porque no hay ninguno que en más ó en ménos, de cerca ó de léjos, no retarde ó impulse, ayude ó estorbe el cumplimiento de los fines humanos, y sea para conseguirlo condicion adversa ó favorable.

De aquí que no pueda decirse con exactitud que existe un Bien jurídico, distinto del moral y religioso, ni tampoco deberes exclusivamente jurídicos, con un contenido propio y peculiar, sino que el Derecho es una forma del Bien como la Religion y la Moral, de los cuales no se diferencia en la extension, pues abarca cada una la vida toda del hombre, sino en la manera ó forma de considerarle. Por esto se ha dicho, sin duda, que la Moral, la Religion y el Derecho son fines formales para el hombre, y formales se llaman las asociaciones, dentro de las que se ejecutan y cumplen.

§ XII.

De la capacidad de Derecho.

Si es exacto lo expuesto en los anteriores párrafos, aparece como evidente que no todo sér es capaz de prestar ni de exigir el Derecho.

Como las condiciones en que este consiste dependen de la libre voluntad, será por tanto jurídicamente incapaz de prestarle el que carezca de la propiedad de libre determinación. Así, los animales, las plantas, los séres inorgánicos, el hombre en ciertos estados, como la infancia, la locura, la embriaguez, etc., no pueden ser obligados á prestar el Derecho (1).

Pero tratándose del hombre, esta incapacidad no aparece como absoluta, porque no lo es la carencia de las facultades que le sirven de fundamento. El niño, tal vez incapaz para comprender la trascendencia de una acción ó de una omisión, como el otorgamiento de un contrato, tiene la inteligencia suficientemente desenvuelta para penetrar el alcance de otras de índole diferente, como un Delito; y en este orden de relaciones jurídicas determinarse con libertad y obrar ciega é inconscientemente en el primero (2). El desarrollo, pues, de las facultades fundamentales del espíritu, sensibilidad, inteligencia, libre voluntad, fijan la extensión del Derecho que cada persona es

(1) Si prácticamente parece alguna vez que les obliga el cumplimiento de algún derecho, como al pago de contribuciones por los bienes que poseen; esta obligación no es por ellos cumplida, sino por la persona capaz que los representa como curador.

(2) Así, en cada esfera del Derecho positivo se fijan distintas condiciones de capacidad, no siendo necesaria la misma edad, por ejemplo, para contratar, casarse, hacer testamento, votar en las elecciones, ser Diputado, Senador ó Magistrado ó responder de un delito, etc., etc.

capaz de prestar y que puede exigírsele con justicia; y siendo este desarrollo tan diverso como los individuos que componen la especie humana, las obligaciones jurídicas que sobre cada uno deben pesar, serán también tan diferentes y varias: no consistiendo la igualdad del Derecho en imponer á todos idénticos deberes, sino á todos igualmente los que guarden proporcion con su capacidad.

Pero si es el Derecho el conjunto de prestaciones positivas y negativas para la consecucion del destino racional, sólo aquel sér en cuya naturaleza quepa el estar encargado de su cumplimiento, tiene capacidad para exigirle. Si nada hay en el mundo que no tenga algun Fin, sólo al hombre le es dado comprender cuál es el suyo propio y llenarle libremente. Los demás séres no le conocen, les está impuesto como necesario, y le llenan sin conciencia. La razon rechaza, pues, que se mire con capacidad para exigir el Derecho á aquel que no puede comprenderle y aplicarle al cumplimiento de su Fin. Cuando el hombre favorece con sus hechos la realizacion de las leyes de la naturaleza, bien tratándose de séres animados, bien de séres inanimados, diríase en verdad que cumple el Derecho, porque proporciona para sí y para los demás los medios de llenar su destino. Pero nadie podrá afirmar que los séres inconscientes que le sirven de medio pueden exigir que el Derecho les sea cumplido.

Mas no aparece, en verdad, necesario que en el momento de exigírse el Derecho exista la conciencia del Fin y de que ha de ser llenado como un deber. Al niño desde que nace, y áun ántes de nacer, al loco, al embriagado, al privado accidentalmente de la razon, les es debido su Derecho, pues ninguno ha perdido irremisiblemente las facultades fundamentales del espíritu, ni están total y perpetuamente incapacitados de conocer su fin y llenarle.

De la misma manera que al tratar del sujeto que le presta, nótese en el que lo exige y pide, una evidente

relacion entre el desarrollo de las facultades del espíritu y la capacidad de Derecho: así, el del sábio no es el del ignorante, el del débil que el del fuerte, el de la mujer que el del hombre. De este pensamiento nace que en peculiares estados de desarrollo, en los cuales el hombre es incapaz de regirse por sí, se originen precisamente por esta consideracion especiales funciones y que el Derecho afecte una posicion ó estado que pudiera llamarse con propiedad tutelar. De aquí la tutela del huérfano, del loco, del embriagado, del ignorante y aún del criminal.

Segun esto, el Derecho no puede, no debe ser justamente igual para todos, sino que debe ser á todos prestado igualmente, pero en relacion con su capacidad y situacion actual.

CAPITULO SEGUNDO.

CONCEPTO DEL DERECHO PENAL.

§ XIII.

De la perturbacion del órden juridico.

El Derecho, uniendo á los hombres por el vínculo de una mútua dependencia, de modo que cada uno preste su cooperacion y ayuda para el cumplimiento comun del fin, constituye un todo de relaciones diferentes pero regidas por un principio de unidad: esto es, un *órden*. Necesario para que pueda llenar la humanidad el destino que le está asignado en la tierra, es sin embargo, un órden no fisico sino espiritual: y como ha de ser mantenido y realizado por el concurso de actos de la libre voluntad, á la cual rige y gobierna, es un órden ético ó moral.

Reconocidos en el Derecho estos caractéres, se explica en él la existencia del desórden y la perturbacion. En todo rigor, éstos no se conciben dentro del órden puramente fisico, procediendo al ménos de los séres á él sujetos, pues las relaciones que le constituyen tienen lugar de un modo fatal, ineludible y necesario: mas en el moral, que ha ser practicado por actos de la libre voluntad, cabe que el sujeto se aparte del camino que debe seguir, produciendo, por tanto, hechos de verdadera perturbacion.

Toda perturbacion es esencialmente de idéntica naturaleza que el cumplimiento del órden á que se refiere, pues

las leyes no se infringen sino por actos de la misma índole que aquellos por los que se cumplen: una ley moral no puede ser violada por hechos puramente materiales y vice versa.

No es posible, por tanto, que la perturbacion jurídica sea de naturaleza diversa del Derecho mismo, y de aquí: primero, que ha de consistir en actos del espíritu, pues los hechos físicos que no corresponden á este orden, no constituyendo su cumplimiento, tampoco pueden constituir su violacion; segundo, los actos han de depender y originarse de la libre voluntad: por esto la muerte ocasionada por un rayo, no se ha dicho jamás homicidio, ni tampoco la causada por un loco, por un niño de corta edad, ó de una manera enteramente fortuita é inevitable.

Los actos morales y dependientes de la voluntad, pueden consistir, ó en no ejecutar aquello que debe ser ejecutado, ó en practicar lo que no debe serlo, ó lo contrario de lo que debe ser cumplido: y como en el contenido del Derecho entran igualmente los hechos positivos ó acciones que los negativos ú omisiones, unos y otros pueden producir la perturbacion jurídica.

Mas ni la accion, ni la omision, áun dependiendo de la libre voluntad, caen dentro del Derecho sino cuando son condiciones ó supuestos para el cumplimiento del destino racional humano (§ XI). Prescíndese, por tanto, segun queda notado (§ IX) de los motivos que impulsan la accion, y sólo se exige que ésta sea objetivamente conforme con el Bien. Por esto el que cumple el contrato por el solo temor de la pena, de la indemnizacion á que puede ser condenado, no falta al Derecho, aunque sea infiel á la Moral y á la Religion y haya en estos órdenes verdadera perturbacion.

Pero se engañará grandemente el que deduzca de ahí que el juez y el legislador han de prescindir á vista de un hecho objetivamente opuesto al Derecho, de los motivos

que impulsaron al agente, para fijarse tan sólo en el daño que causa y en la materialidad del perjuicio. En primer lugar es preciso poner en claro si el acto externo, que hiere los sentidos, es nacido de la libre voluntad ó proviene de un accidente casual é inevitable, de una fuerza ciega de la naturaleza, ó de un movimiento del espíritu que no puede reprimirse. Si acontece lo primero, entrará dentro del orden jurídico, como ético que es; en los demás quedará completamente fuera y excluido de él: y en este punto ninguna diferencia existe entre la perturbacion moral y la jurídica. Para averiguarlo no hay otro camino, que apreciar el hecho mismo en relacion con el sujeto que le ha producido, y considerándole como signo del movimiento de la voluntad, penetrar hasta el interior del alma del agente, que es donde habita el Derecho.

Fijado esto, precisa además determinar hasta qué grado el acto es producto de la libre voluntad; ó lo que es igual, hasta qué punto el hecho externo representa el interno. El que evidentemente tuvo sólo intencion de causar lesiones leves, de las cuales, sin embargo, tal vez por su propio descuido ó por circunstancias casuales murió la víctima, no es homicida. La muerte fué ocasionada, ó por hechos ajenos al delincuente, unos imputables al herido, otros á la fuerza ciega de la naturaleza, pero no al perturbador del orden jurídico, que no pudo violarle sino por los actos de su libre voluntad.

Si en el caso, pues, de cumplimiento del Derecho, el legislador y el juez respetaran los móviles y el propósito que impulsaron al agente, aunque sean inmorales, no acontecerá lo mismo cuando haya Delito. Pues si este consiste en haber querido conscientemente la injusticia—cosa que el sentido comun afirma al decir, donde no hay libertad no hay crimen,— necesario es averiguar si la ha querido y cuánto la ha querido, demostrada por su manera de conducirse y obrar. Si se prescinde de tales datos, el orden

jurídico no es un orden ético, ó para la voluntad libre, sino material ó físico en más ó ménos escala.

Por esto se ha dicho con razon sobrada, que todo Delito es pecado, aunque no todo pecado es Delito, lo cual equivale á afirmar que ambos son en algo enteramente idénticos, en algo esencialmente diversos. Son iguales en cuanto uno y otro nacen de determinaciones libres de la voluntad que se aparta del Bien, y en este respecto se aprecian del mismo modo; son diversos en cuanto á la materia, pues el primero la encuentra en el Bien subjetivamente considerado, y así hay falta aunque se practique, si es por impuros motivos ó torcida intencion; el segundo la halla en el Bien objetivamente apreciado, y prescinde del móvil que lleva al cumplimiento.

§ XIV.

De la perturbacion civil y criminal del orden jurídico.

Para que exista perturbacion en el orden del Derecho, es indispensable, segun queda sentado, que el acto en que consista sea dependiente y nacido de la libre voluntad humana. Mas el que la conducta del hombre se traduzca en actos opuestos á la ley, puede provenir de dos causas esencialmente diferentes; de aquí, dos formas ó modos de perturbacion.

Por error de la inteligencia, puede tomarse por justo aquello que no lo es, y aceptando equivocadamente el hombre como principio y regla de su determinacion la injusticia, alterar, contrariar y perturbar el orden jurídico. En este caso no aparece una voluntad que le niega y se levanta contra él, no hay una destruccion de ese orden moral y ético, hay sólo una afirmacion, en un caso particular, errónea y equivocada. Y como el Derecho, aunque encuentra su fundamento en el interior de la persona

humana, no es sólo un orden puramente subjetivo como el moral, que no existe fuera de la buena y recta intencion del agente, sino que es al mismo tiempo objetivo, puesto que se forma de las condiciones que han de servir y ser empleadas para el cumplimiento del Bien, hay perturbacion áun cuando no provenga de una voluntad dañada ó torcida, ni áun siquiera descuidada y perezosa.

Acontece esto, por ejemplo, cuando dos que han celebrado un contrato, al llegar el momento de consumarle, dan de buena fé á sus cláusulas una interpretacion opuesta. Evidente es que, hasta tanto que las obligaciones que han nacido del convenio no sean cumplidas, existirá una perturbacion, un desórden más ó menos profundos, por más que ambos contendientes esten animados del espíritu más puro de justicia.

Pero el quebrantamiento del Derecho puede tambien reconocer como causa, no el error, sino la mala y dañada intencion. El acto entónces no sólo es objetivamente anti-jurídico, sino que tambien la voluntad de donde procede. Teniendo conciencia de la ley, á la cual el agente comprende que ha de acomodar su conducta, se aparta voluntariamente de ella, la niega y destruye con sus hechos. Y como el orden jurídico, lo mismo que el moral, se cumple y se mantiene por la voluntad libre, faltando ésta queda herido más ó menos profundamente. El principio que por el acto se afirmó, es destructor del orden del Derecho, en tal manera, que resultaria totalmente aniquilado, si todos los hombres, siguiendo este ejemplo, le tomasen tambien como norma de su conducta y de su vida. El robo, el hurto, la estafa, son un ataque al Derecho de propiedad; el homicidio, al Derecho á la vida; la calumnia y la injuria, al del honor, segun se dice de ordinario, y no hay Delito que no presente este aspecto y revista este mismo carácter. Y es que el Derecho afirma la propiedad, la vida, el honor, como condiciones jurídicas, y el Delito,

las niega y aniquila, resultando incompatibles la propiedad y el robo, el homicidio y el respeto á la vida, la injuria y la calumnia y el honor. Si la voluntad acepta, por ejemplo, como principio el robo y el hurto, el Derecho en orden á la propiedad desaparece.

La primera de estas formas de perturbacion es la llamada civil, dando origen á los pleitos ó causas civiles; la segunda, es la criminal ó el Delito, y dá nacimiento á las causas criminales.

§ XV.

Del Derecho reparador ó contra la injusticia.

Es el orden la manera de ser las cosas, en sus relaciones conforme á su esencia: su quebrantamiento es, por tanto, un hecho anormal cuya desaparición pide la idea misma del orden.

La reparacion supone necesariamente, que las cosas vuelvan á ser en un todo conformes á su naturaleza propia, y es evidente por esto, que el orden y su restablecimiento son idénticos en su esencia. Así es, que no se concibe que el orden espiritual se reponga empleando para conseguirlo tan sólo medios materiales, ni al contrario.

La manera de ser de las relaciones de los hombres como dependiendo los unos de los otros, es el Derecho; y como todo orden cuando en alguna manera es perturbado, debe ser restablecido. La reparacion para ser total y completa, ha de extenderse necesariamente á todas las esferas hasta donde la perturbacion llegó. Así, cuando ha nacido sólo del error, esto es, sin mala voluntad, desaparecerá tan luego como sea legítimamente declarado cuál es el principio que debe regir aquel acto ó aquel hecho. El obligado le aceptará sin otras condiciones, sino que la declaracion sea legítima ó dictada por quien tenga autoridad para hacerla.

Esto es precisamente lo que se busca, y esto es precisamente lo que entraña la sentencia en todo pleito ó causa civil. Dispuesta la voluntad á acatar aquello que sea como justo reconocido, el cumplimiento de los fallos de los Tribunales es, en la mayoría de los casos, espontánea en el condenado, y sólo en el caso de que queden aún nuevas declaraciones que hacer ó falte fijar algunos hechos, sobrevive la oposicion á la sentencia ejecutoria (1).

Mas si el Derecho ha sido perturbado criminalmente ó por acto de la voluntad antijurídica, no puede consistir en esto su reparacion. Ciertamente que como primer término será indispensable, que aquellas prestaciones positivas ó negativas que constituian el contenido de la particular relacion jurídica negada por el Delito, tengan lugar: de aquí que se devuelva el objeto hurtado, se indemnizen los daños y perjuicios, que es lo que se llama responsabilidad civil, sin duda alguna porque no depende de la intencion, buena ó mala, que presidió al acto.

Por esto no es, no puede ser bastante cuando la causa de la perturbacion se halla en la voluntad torcida del agente, destructora del Derecho. Reclama éste desde luego que la obra de aniquilamiento y destruccion, si consiste en hechos que tengan algo de materiales, no continúe, si puede conseguirse por medios externos, que el crimen comenzado no se consume ó se cometan otros por el mismo autor, por esto se detiene su brazo y se le encarcela.

Mas siendo el jurídico un órden espiritual, su restablecimiento no puede alcanzarse empleando únicamente medios materiales, y la injusticia que el Delito produjo no quedará reparada con sólo privar al delincuente de un modo mecánico y externo del poder de inferir la injuria ó el daño, sino tan sólo cuando esta imposibilidad sea moral.

(1) Si sobrevive á pesar de no haber declaraciones que hacer ni hechos que fijar, esta oposicion constituye entónces delito de desobediencia.

Al propio tiempo si el Derecho se mantiene por los actos de la voluntad de los hombres, no se obtendrá su completa realizacion mientras no concurren todos, y por consiguiente el culpable mismo, á conseguir este fin. El restablecimiento del órden juridico exige, pues, como condicion necesaria de su naturaleza, la mejora y la enmienda de aquella voluntad opuesta á él, trasformándola en sumisa y observante de sus leyes.

Esta restauracion ha de obtenerse además por medios juridicos, y contándose entre ellos la Pena, no puede ser ni extraña ni contradictoria á la esencia del Derecho de que forma parte integrante, esto es, ha de consistir en condiciones dependientes de la libre voluntad, buenas en sí y para el cumplimiento del destino racional humano, y por tanto el del culpable mismo (§ § VII, VIII, IX y XI). No es por esto Pena juridica la sancion impuesta al Delito fatalmente por la naturaleza como el dolor físico: no puede consistir en mal, pues si nadie está autorizado para causarle, tampoco lo está el Estado, y finalmente, por lo mismo la Pena—que es el Derecho,—no puede ser, como ordinariamente se asienta como cosa inconcusa, la negacion ó privacion del Derecho.

Preséntase por el contrario afirmándole de nuevo: como la posicion ó el estado de las únicas condiciones juridicas que reclama el quebrantamiento que ha tenido lugar, que se ha causado por actos de la libre voluntad, y que pide por otra parte la situacion del culpable, que por serlo, ha hecho patente el estado de su alma. Es, pues, la pena el Derecho que justamente debe ser cumplido al criminal, como la tutela para el niño ó el loco, la libertad para el hombre honrado.

§ XVI.

De la coaccion; de la coaccion jurídica. — Justicia de la coaccion.

Si el Derecho constituye aquel orden sólo mediante el que, es dable al hombre desarrollar en la vida sus facultades llenando el destino que le fué impuesto como su deber, no puede quedar abandonado á la arbitrariedad y al capricho de cada uno, su eficaz cumplimiento. Por esto, sino en todo, en una parte, puede ser exigido coactivamente.

Se engañará, sin embargo, el que considere la coaccion como la nota distintiva del Derecho, segun ordinariamente se afirma, pues abraza todos los actos humanos en cuanto son supuesto ó condicion (§ XI), y hay muchos demasiado delicados para que llegue hasta ellos la grosera mano del medio coactivo. Prueba de esta verdad se encuentra considerando los varios deberes, que como civiles consignan los códigos, que carecen de toda sancion externa, como acontece á muchos de los esposos, de los padres y los hijos, los tutores y sus pupilos entre sí. Cuando se ha querido revestir tales deberes del carácter coercible que otros tenian, ó ha sido ineficaz ó contraproducente el medio, de modo que todo hombre, obrando con delicadeza se hubiera sonrojado de emplearle. ¿Quién ha acudido á los Tribunales para compeler á su mujer que le acompañe y le asista y el juez decida si debe seguirle al extranjero, por ejemplo?

En cambio, dé entre las leyes del mundo moral, sólo el Derecho no rechaza enteramente que la coaccion se emplee para obtener su cumplimiento, porque no estribando todo su valor y todo su mérito en la pureza del motivo, tiene una existencia objetiva, aparte de la buena voluntad, á

diferencia de lo que sucede con la Religión y con la Moral (§§ IX y X).

Supone, pues, esto el conocimiento de lo que es coacción y que su empleo se justifique como medio jurídico.

Segun su origen etimológico, coacción equivale al hecho de ejecutar alguna cosa, por medio de otra, esto es, empleándola como medio impulsivo (1). Y en tan amplia acepción, si cohibir es determinar á hacer lo que de otro modo no se hubiera practicado, cohibe el consejo que convence, el reconocimiento del deber que impele, como cohibe la pasión, el temor que domina, el sufrimiento, la desconfianza y hasta la fuerza material que obliga al cuerpo á actos que la voluntad repugna.

Pero ciertamente que á todo esto no se aplica con igual propiedad la palabra coacción, y mucho ménos cuando se refiere al Derecho. Cohibir es obligar, constreñir á hacer, sin tener para nada en cuenta si la inteligencia acepta como bueno y como principio de una determinación racional, lo que se ejecuta en fuerza del medio coactivo. Así se dice, que obran á impulsos de la coacción ó por coacción, lo mismo aquel cuya alma cobarde lamenta no tener energía bastante para sobreponerse á ella, el que bendice la fuerza que le comunica para ejecutar lo que sin su auxilio jamás hubiese practicado, que el que cede á una fuerza física superior que deja íntegra su libertad interna.

La coacción es, por tanto, ó material ó psíquica.

Esta, que como su nombre indica, recae sobre el espíritu, cuando se refiere á un sér dotado de libre y propia determinación, no cohibe ni obliga de un modo necesario.

(1) Coacción viene del verbo latino *agere*, practicar, obrar, y de la partícula *cum*, que equivale á *con*, *juntamente*, y también *por medio* ó *mediante*. Únense, pues en la coacción dos términos: el uno que determina la existencia del otro, que es por éste determinado: por el intermedio del primero se obtiene la ejecución del segundo, y ambos se practican juntamente.

Consiste, en efecto, la libertad (§§ VIII y XXXI) en hacerse el hombre superior á los motivos sensibles y exteriores, en determinarse racionalmente por sí, y en no ser por ellos determinado. De aquí que toda coaccion puramente psíquica puede llegar á ser completamente vana é ilusoria, porque nadie puede ser cohibido de este modo, si firmemente no quiere serlo.

No prescinde el hombre, sin embargo, de ordinario de los motivos exteriores y sensibles, y en la mayoría de los casos su conducta aparece determinada por ellos, y en esto consiste el valor y la eficacia de la coaccion. Aquel, que para el caso de faltarse á un contrato, pacta una multa, espera fundadamente que si las obligaciones no se llenan por la razon moral de que, si lo prometido es justo debe cumplirse, lo serán al ménos por el temor de la pena. El medio coactivo no se impone, pues, como motivo racional, sino como puramente sensible.

La coaccion externa ó material, no sólo no intenta vencer á la inteligencia, sino que prescinde de la sensibilidad hasta el punto, que únicamente consiste en obligar á que el cuerpo ejecute un acto del cual no es ya causa moral, sino que ni áun causa física. En este caso se halla el privado de la libertad exterior, del uso de sus miembros ó de su propiedad, cediendo á una fuerza irresistible. Por esto, sin duda, se considera dentro de la esfera coercible, la ejecucion voluntaria y libre de un hecho por persona distinta de la obligada, pero en su nombre. Cuando el juez, por ejemplo, vende por su autoridad propia los bienes del deudor que se niega al pago, entrega al acreedor el precio y otorga en nombre de aquél la escritura de venta, se dice que el Derecho se ha cumplido coactivamente, lo cual es exacto, tratándose del que le reclamaba, no así del que le debia, que se ha hecho superior al medio coercitivo. Y toda coaccion psíquica viene al fin á quedar reducida á esto, ó se convierte en

puramente material, en el caso de una tenaz y obstinada resistencia del obligado.

Mas para que la coaccion caiga dentro de la esfera del Derecho ó sea medio jurídico, es indispensable que su empleo dependa de la libre voluntad humana.

La integridad de las leyes fisiológicas tiene su garantía en el dolor físico que acompaña á su violacion; las morales, y entre ellas el Derecho, son mantenidas, en parte, por el remordimiento que sigue á la falta; pero tanto una como otra sancion se producen necesariamente, y no son coacciones jurídicas. Lo será la Pena que coloca al culpable, mediante actos libres y voluntarios, en situacion de que el dolor moral y el remordimiento nazcan, poniéndole en condiciones para que enmiende y reforme su conducta en lo sucesivo.

Mas no bastará esto para que la coaccion tenga carácter jurídico, sino que además será preciso, que la accion ó la omision que por su medio se intente alcanzar, sea buena, justa y conforme, por tanto, á la naturaleza de aquel á quien se impone y por quien se exige.

Tambien ha ser bueno y justo en sí mismo el hecho ó el contenido de la coaccion (§§ VII y XI). Así, la Pena que infama é impide la correccion futura del culpable, la mutilacion, la marca y áun el castigo excesivo en relacion al Delito, no son medios jurídicos ó justos, cualesquiera que pudieran ser las ventajas, siempre mentidas y falaces, que con su aplicacion se esperaran. La privacion de la libertad externa, que aleja al delincuente de la atmósfera en que ha vivido; el aislamiento, que le hace reflexionar sobre su crimen; la negacion temporal del uso del Derecho que le sirvió para delinquir, son, por el contrario, medios coactivos justos en sí y para un fin justo.

E importa poco que esta coaccion sea sentida y aborrecida como un mal por el obligado á sufrirla. El derecho de todos y áun el suyo mismo, no está á merced de la volun-

tad, ó viciada ó imperfectamente desenvuelta. Esto acontece en toda tutela, en la del loco como en la del niño, en la del ignorante como en la del culpable.

§ XVII.

De la coaccion en lo civil y en lo penal.—Concepto del Derecho penal.

La coaccion, que se aplica para el cumplimiento del Derecho civilmente perturbado, lo mismo que la empleada para restablecerle si lo fuere por el Delito, como jurídicas habrán de reunir ambas necesariamente las notas que quedan reconocidas en los párrafos anteriores.

Pero como el fin de la una es distinto, al ménos en su extension, que el de la otra, tambien se diferenciarán en puntos esenciales. Propónese en primer lugar la coaccion civil que el Derecho sea respetado ó sea restablecido voluntariamente por el obligado, añadiendo al motivo racional que obra sobre la inteligencia, el medio coactivo puramente sensible. Este es, en verdad, el propósito de las penas meramente civiles puestas en los contratos, y en parte de las indemnizaciones pactadas de daños y de perjuicios, de la obligacion de cumplir alguna formalidad bajo pena de ser nulo el acto, ó de revestirle de cierta forma exterior para que conste, y tantas otras.

Encuéntanse entre ellas tambien toda la ritualidad de la actuacion civil, no en cuanto es garantía para el uso del derecho sustantivo, sino en cuanto tiene de pública intimacion al obligado para que cumpla lo que es pedido como justo. Así, el emplazamiento, la citacion pública á presentarse en juicio, y hasta la rebeldía misma, la notificacion solemne de la sentencia, son evidentemente medios coactivos—aparte de otro carácter más importante que en ellos se ha de reconocer,—pues el que de esta manera es llamado, además de gozar de la garantía de la forma, es

cohibido al cumplimiento del Derecho. ¡Cuántos que se niegan ó aparecen remisos á llenar sus obligaciones, las cumplen por la sola citacion á juicio y por la amenaza de una pública declaracion de su injusticia!

Tambien entra en la esfera de la coaccion civil, el cumplimiento de la sentencia por el juez en nombre del obligado, y todos aquellos medios materiales para que no sea ilusoria cuando se dicte, como los embargos preventivos, el depósito del objeto litigioso, etc. pues si en casi todos estos casos se sospecha que hay una voluntad antijurídica, y en otras aparece evidentemente, tales medios no se proponen restablecer el Derecho corrigiéndola ó enmendándola.

La coaccion en lo penal va encaminada en primer término á impedir materialmente la perturbacion futura del Derecho por la voluntad, que ha revelado por sus actos que es opuesta á él. La privacion de la libertad externa del culpable lleva evidentemente, y sobre todo en un principio, este propósito. Intenta despues, como fin inmediato, el que sea colocado el infractor, áun contra su voluntad, en las condiciones que su situacion reclama, para que pueda ser corregido y alcanzada su enmienda, cumpla el Derecho que se debe á sí mismo, y sobre todo á los demás. Muy á menudo lo que es para el reo coaccion criminal, preséntase á los ojos de otros muchos como coaccion civil, pues tenido este estado como un mal, seguramente como un dolor ó sufrimiento, les sirve como de motivo sensible para llenar sus deberes, de que en otro caso se apartarian. Las escuelas de filosofía del Derecho, que no reconocen en la Pena otro fin que el escarmiento del culpable ó el de los que sin delinquir todavía están inclinados á ello, la consideran tan sólo como un motivo sensible, y niegan en parte y en parte afirman su carácter correccional. Le niegan totalmente aquellos otros que no ven en la Pena jurídica sino la consecuencia necesaria del Delito; á cuyos ojos es

sólo un postulado de la razon y de la lógica, y una paga del sufrimiento y del mal, con el mal y el sufrimiento.

Tal vez para la completa claridad y precision de esta materia, debiera añadirse á la coaccion en lo civil y en lo penal, la tutela en sentido estricto que se distingue de ambas esencialmente.

Suponen, en efecto, las dos primeras su aplicacion al hombre en estado de bastante desarrollo intelectual para que haya conciencia del Derecho. Así, la infraccion que nace exclusivamente de la ignorancia, del estado infantil ó de imbecilidad, no se pena. Sustitúyese al castigo el procedimiento puro de educacion, ó sea la tutela en el sentido estricto de la palabra. Buena prueba es, que cuando los Tribunales declaran que el niño obró sin discernimiento en el acto que en otro caso constituiria Delito, es colocado en un establecimiento público de educacion ó entregado á su familia con este objeto.

Propónese, pues, la coaccion tutelar dirigir en el sentido del Bien empleando medios sensibles y aun de fuerza, el desarrollo de una inteligencia y de una voluntad no desenvueltas. No se busca, pues, la enmienda que supone un vicio de la voluntad, sino una direccion acertada para que jamás llegue á cometerse Falta ni Delito. Verdad es que la educacion no es toda coactiva, sino muy principalmente encaminada á la inteligencia ó racional; pero al propio tiempo no puede negarse que conserva siempre un carácter de coaccion y de medio sensible, que reviste casi de un modo exclusivo en los primeros años de la vida. La tutela del loco, del imbécil y aun del pródigo, suponen un vicio físico ó moral que incapacita al que le padece para una direccion propia de sus actos, y es impuesta en su beneficio para obtener su curacion si es posible, y en la de los demás cuya vida perturba.

Si ahora, recogiendo todo lo expuesto, queremos resumir en una fórmula, siempre incompleta, el concepto del Derecho penal, podremos decir que es el conjunto de aquellas condiciones libres, para que el Derecho que ha sido perturbado por los actos de una voluntad opuesta á él, sea restablecido y restaurado en todas las esferas y puntos á donde la violacion llegó. Es el Derecho para el restablecimiento del Derecho; es la restauracion del Derecho por el Derecho mismo; es una posicion ó situacion del Derecho, ó mejor el Derecho que nace y se constituye en consecuencia de una transgresion voluntaria.

CAPÍTULO TERCERO.

DEL DERECHO PENAL DEL ESTADO.

§ XVIII.

Concepto del Estado. — Funciones del Estado.

Hasta aquí hemos estudiado principalmente el Derecho como un puro concepto de la razón: pero no es esto sólo, sino además una idea que ha de regir nuestro modo de obrar, ó un principio conforme al cual ha de determinarse la voluntad en cumplimiento de la justicia. Y si toda verdad puede y debe ser aplicada, no todas se nos muestran como reguladoras de nuestra conducta en la vida y capaces de ser elevadas á la categoría de deberes.

El Derecho no constituye únicamente un orden práctico ó de los actos de la libre voluntad en su relación con el Bien, sino que es además un conjunto de prestaciones con que cada uno coopera libremente á que todos y cada uno, puedan cumplir el fin que les está asignado, que faltando, fuera imposible alcanzar. Tiene, pues, este orden una existencia objetiva como necesario para la consecución del destino racional de la humanidad, y como el organismo apropiado para ello, y se impone, por tanto, á todos los hombres. De aquí, que si todos han de concurrir á tan elevado propósito, no hay miembro alguno de la humana raza que no deba considerarse como órgano que desempeña esta función especial, en uno ú otro sentido, en mayor ó en menor escala.

Mientras contemplamos el Derecho como simple idea, este organismo se nos presenta como inerte y sin vida, á semejanza del cuerpo humano en el cadáver, cuyas funciones estudia, analiza y percibe claramente el anatómico; pero cuando le vemos animado y en movimiento, aparece en una nueva forma y bajo distinto aspecto. Porque si es un principio para nuestra voluntad y nuestros actos, no nos es dado únicamente para que sea conocido, sino además practicado como Bien, y por consiguiente, teniendo verdadera vida. Y cuando se le considera de este modo, convertido de idea en hecho, en una palabra, realizándose, se muestra en una situación ó estado (*status juris*). No es, pues, el Estado distinto del Derecho á la manera que el organismo inerte no es diverso del organismo funcionando, segun gráficamente lo expresa la misma palabra: es por el contrario, el Derecho en estado de realizacion, de cumplimiento, el Derecho mismo como vivo.

Opérase esta trasformacion de idea en realidad objetiva, mediante los actos voluntarios de los hombres; así todo el que coopera con su modo de obrar á que el Derecho se cumpla, es parte del Estado ó de la sociedad jurídica. Dentro de cada Nacion, por ejemplo, las Cámaras que dictan la ley, el Gobierno que la pone en práctica, los Tribunales de justicia que la mantienen en vigor, forman parte del Estado, de igual modo que el ciudadano que emite su voto para la eleccion de las personas que han de desempeñar las funciones ó puestos oficiales, que crea con sus actos la costumbre jurídica, depone en una causa civil ó criminal, ó de cualquiera otra manera ayuda ó impulsa el cumplimiento del Derecho. Pero esto no quiere decir que cada ciudadano haya de concurrir en igual forma y medida á la realizacion del orden jurídico, sino en el modo á que su aptitud especial le lleve y en la medida de su capacidad.

Cuando se dice, pues, el Estado y los particulares, no se

contraponen dos entidades esencialmente diversas, sino que se contraponen ó relacionan los miembros todos de la sociedad jurídica, mirados bajo distinto aspecto ó punto de vista. A toda persona individual ó colectiva le es debido su derecho, y en este respecto puede ser mirada como el particular frente al Estado: pero al propio tiempo toda persona le cumple y le hace cumplir, y en este sentido puede considerársela como al Estado frente al particular.

En el lenguaje comun suele llamarse Estado á los empleados públicos y á las funciones que les están encomendadas, lo cual, en verdad, constituye lo que debe apellidarse *Estado oficial*; y áun en ocasiones se aplica esta palabra á una parte de él, ó sea al Poder ejecutivo.

Los distintos sentidos ó direcciones en que el Estado, como órgano del Derecho, le desenvuelve y realiza dándole vida, forman las llamadas *funciones del Estado*.

Es la primera la de convertir la idea, el principio reconocido como regla teórica de conducta, en ley ó precepto práctico obligatorio. Libre cada uno de investigar en qué consiste el Derecho, obligado á aceptarle desde que le conoce, como principio racional de su determinacion, no puede, sin embargo, por su propia autoridad, imponer á los demás lo que estime como recto y como justo, cuando tal vez piensan de distinto modo. Preciso es llegar á un reconocimiento de la justicia del precepto para que pueda ser impuesto y su cumplimiento exigido. Hé aquí la funcion de legislar.

Ciertamente que ya para nadie, medianamente ilustrado, el legislar es un acto de la voluntad arbitraria, ni de una persona, ni de todo un pueblo, en el sentido de que por él se crée ó se forme un Derecho que ántes de ser declarado no existia, sino por el contrario, dar una forma práctica, temporal y transitoria á lo que por su naturaleza es eterno

é inmutable (1). Pero así como, según se hizo notar hace poco, para que un principio sea considerado por el hombre como regla obligatoria de su determinación, es preciso que primero aparezca á su conciencia como expresión del Bien, de igual manera debe existir en toda sociedad, considerada como una persona, la conciencia de la justicia de un precepto ó de una serie de preceptos, para que pueda y deba traducirse en Derecho positivo, ya en ley, ó ya en costumbre jurídica: formas ambas de la función legislativa.

Contiene la primera el resultado de la actividad, del Estado oficial, que se compone de aquellas personas, que habiendo mostrado una vocación decidida y una capacidad notoria para hacer el fin de su vida el estudio de la legislación que conviene á su país, han recibido la misión de traducirla de un modo reflexivo en preceptos obligatorios y generales. Así que, las Cámaras representan ó deben representar, cuando se las considera como legislativas (2), la conciencia jurídica del país dentro del que funcionan, no consintiendo los límites de esta obra el detenerse á determinar ni qué personas representen la verdad de la conciencia pública jurídica, ni el medio para averiguarla y hacerla constar de un modo auténtico.

La costumbre, creadora del Derecho, por el contrario, es el resultado de la actividad de los ciudadanos, que no teniendo ninguna misión pública que desempeñar, consideran las máximas del Derecho natural como ley que debe regir los actos particulares de su vida. De esta suerte,

(1) Como censura de que el legislar sea acto de la voluntad arbitraria, como reconocimiento del principio racional en que la ley descansa, se dijo en lo antiguo: *sic volo, sic jubeo, stet pro ratione voluntas*.

(2) Las Cámaras, Asambleas ó Cuerpos legislativos, tales como hoy los conocemos, no desempeñan siempre, ni áun siquiera de ordinario, á pesar de su nombre, funciones legislativas; ejércenlas más bien ejecutivas ó de gobierno, y hasta cierto punto, judiciales, cuando velan por que el Derecho de los ciudadanos no sea infringido por el Poder ejecutivo.

cuando un principio se presenta intuitivamente á su **razon**, le aplican al caso particular en sus relaciones con los demás hombres, sin ánimo de que se convierta en principio 'universal obligatorio para otros. Mas al cabo llega á ser reconocido como la expresion de lo justo, regula la vida del pueblo, y entónces se trasforma en verdadero Derecho positivo, aunque consuetudinario. Ninguno habrá, que habite aquella sociedad, tan ajeno á su manera de ser, que desconozca ó pueda, sin culpa de su parte, desconocer semejante costumbre, expresion todavía más clara y genuina de la conciencia jurídica que la ley misma y hallándose, por decirlo así, promulgada, se aplica áun al que intenta evadirse de su cumplimiento.

Convertido, en ley del Estado, el principio jurídico por el convencimiento de su justicia, bajo él han de determinarse en lo futuro las acciones de los miembros que le constituyen. Cada uno dentro de la esfera en que vive, está llamado á subordinar su conducta y á cooperar dentro de la misma y en el grado que sus fuerzas alcancen, á que los demás ajusten la suya á las leyes vigentes, como pública expresion del Derecho, y en esto consiste la parte que todos toman en la funcion ejecutiva. La del Estado oficial se reduce á hacer que el precepto legislativo tenga un entero cumplimiento y adquiera la actividad que no recibe de la sola declaracion. Desenvuelve sus principios prácticamente en Reglamentos, encomienda á las autoridades que velen por que sea cumplido, para que de este modo se ponga en accion y se traduzca en actos. La funcion ejecutiva, por tanto, consiste sólo en hacer eficaz el Derecho venciendo las resistencias, los obstáculos que á ello puedan oponerse, mientras no nazcan de una voluntad individual que se levante afirmando con sus hechos un principio contrario al precepto positivo. Así, la actividad de esta funcion proviene tan sólo y como consecuencia de haberse promulgado la ley; no obra por instigacion de parte, es

siempre constante y permanente, y se refiere al Derecho en general y como patrimonio de todos; por eso confundiendo la utilidad con la justicia, se dice que mira al interés ó al bien público.

Mas el Derecho, que como un orden espiritual y ético ha de ser mantenido por la voluntad, puede por ésta ser roto y quebrantado (§ XIII), bien en forma civil ó sólo por error, bien por un hecho conscientemente opuesto á él ó en forma criminal (§ XIV). La naturaleza misma del orden reclama entónces su reintegracion y restablecimiento, y á efectuarlo están llamados en primer término el perturbador de un modo espontáneo, los miembros todos de la sociedad jurídica, y el Estado en la funcion judicial. Mediante ésta, se hace constar el hecho con el carácter que reviste, se afirma de nuevo y para aquel caso el principio único que debió determinarle como justo, y se restaura en la pureza y en el vigor que habia perdido por aquel acto de perturbacion.

La funcion judicial, por tanto, nace siempre de un hecho opuesto á la ley y con el fin de negarle y destruirle, obra provocada, pues, hasta que la perturbacion se ha dejado sentir permanece inactiva, y luégo sólo intenta reparar el Derecho, limitándose á las peculiares relaciones en que ha sido desconocido; por esto se dice, aunque impropriamente, que mira sólo al bien particular. La funcion judicial es una funcion reparadora del Derecho, y conservadora la ejecutiva.

Encargados de estas funciones se hallan los poderes del Estado.

Representa el poder una actividad, aunque no se desarrolle siempre y en todo momento: es una fuerza espiritual ó física, capaz de producir un resultado, y determinarse eficazmente en hechos. Todo poder supone un fin, término de su actividad, y una ley y un procedimiento bajo los cuales se desenvuelva; por esto tiene una funcion que le

es propia y un modo de ejercerla y llenarla, de la misma manera que toda función necesita un poder mediante el que se practique y desempeñe.

El Poder ó la actividad jurídica del Estado, es uno. Considérase, sin embargo, dividido y separado para llenar particularmente las tres funciones de declaración, conservación y reparación del Derecho, en los tres poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

§ XIX.

Distintas esferas ó círculos de vida dentro de los que se cumple el fin humano.

Los conceptos de Derecho, Pena y Estado, sus funciones y poderes, estúdiense generalmente con referencia á los pueblos independientes y soberanos, y limitándolos á aquellas relaciones externas, de ordinario coercibles, que se miran sin razón, como la exclusiva materia del Derecho. Para que nuestro pensamiento fuese más fácilmente comprendido, nosotros mismos nos hemos dejado llevar de esa vulgar preocupacion, en el desarrollo del anterior párrafo.

Este organismo existe, sin embargo, sin excepcion alguna, en todas las esferas ó círculos en los que la vida de la humanidad está llamada á desenvolverse: unos ya al presente completamente constituidos, otros de un modo rudimentario, algunos apenas iniciados.

Prolijo trabajo, superior á los estrechos límites de esta obra, sería el determinar de un modo científico y completo estos distintos círculos, tanto más cuanto que no habrá de ser asunto de ella, sino el ocuparse de uno y tan sólo en él, de la función penal ó punitiva. Sin embargo, por lo que hasta ahora queda expuesto, no aparecerá gratuito y enteramente arbitrario el afirmar, que se constituyen bajo los puntos de vista siguientes:

1.° Por la diferente direccion que toma la actividad humana en el cumplimiento del Bien, ó sea por los distintos fines (§§ VIII y XI), el económico, el científico, comprendiendo en éste el estético y el artístico.

2.° Por la diferente forma que la misma actividad dá á todos y á cada uno de los hechos de cumplimiento del Bien, como la Religion, la Moral y el Derecho.

3.° Por el diverso grado ó extension en que el Bien es realizado y cumplido, en cuanto al fondo ó la forma, como la Familia, el Municipio, la Nacion y la Humanidad.

Mas el fin que determina el nacimiento de estas sociedades, ó el modo de llenarle, no pueden ser totalmente alcanzados sin un conjunto de condiciones positivas y negativas, con las cuales las restantes ayudan y favorecen su consecucion. Sin la Familia, ni la Nacion, ni el Arte, ni la Ciencia podrian existir y vice versa. De aquí un Derecho que cada una de estas entidades puede justamente reclamar, y que por los demás y por cada individuo debe serles prestado: esto es, que existe Derecho para el Arte, la Ciencia, la Familia, etc.

Al propio tiempo mucho ménos se conseguiria el fin, si los miembros á quienes éste congrega como aspiracion comun, no cooperasen á realizarle por medio de servicios ó prestaciones apropiadas á su naturaleza: por esto hay Derecho religioso ó canónico, científico ó universitario, familiar ó de la Familia, municipal ó del Concejo, de la Humanidad ó de las gentes ó Naciones.

Pero toda sociedad, puesto que necesita un Derecho particular enteramente conforme á la naturaleza de lo que forma su fin propio, ha de hacer que sea efectivo, que se practique y viva; esto es, se constituye en Estado ó su Derecho tiene un verdadero Estado. Así, en efecto, acontece en todas las sociedades que hoy están constituidas, así sucederá respecto á aquellas que no habiendo aun aparecido ó sólo imperfectamente, han de organizarse más

tarde. La Familia como el Municipio, la Iglesia como la Nacion, la Universidad como la Sociedad comercial ó de la industria, tienen ó han de tener un verdadero Estado con todas sus funciones y poderes: el legislativo declarando su Derecho interno obligatorio para todos los asociados; el ejecutivo promoviendo su práctica; el judicial reparándole y restaurándole cuando ha sido perturbado.

Y si para mayor confirmacion se juzga necesario descender á los hechos de la vida real, podemos encontrarla tomando como ejemplo dos sociedades de índole bien diversa; la Iglesia Católica, aunque se la mire sólo bajo el aspecto humano, y una asociacion industrial.

Los cánones disciplinares constituyen el Derecho de la Iglesia ó canónico, tan extenso, y á menudo mucho más perfecto que el del Estado nacional. Los Concilios, el Romano Pontífice—además de las declaraciones dogmáticas y morales que tienen otro carácter,—dictan reglas de disciplina para la conducta que los cristianos han de observar; gobiernan la Iglesia los legítimos pastores y ministros, haciendo respetar y cumplir los cánones, y los Tribunales con sus procedimientos, su orden jerárquico, dirimen las controversias é imponen las penas cuando ha habido Delito ó Falta.

Constituye la legislacion propia de una sociedad industrial, la contenida en su escritura ó estatuto, formado por los asociados, que pueden cambiarle y alterarle, desempeñando entónces la funcion legislativa. Un director, una junta de gobierno, impulsan el cumplimiento del objeto social, haciendo que los que se comprometieron á coopear presten las condiciones que libremente acordaron. En caso de resistencia, una comision, la junta de gobierno, tal vez la general, resuelve el conflicto, y si el Derecho es perturbado criminalmente, dentro del estrecho límite que pueden abarcar, imponen la pena anteriormente establecida.

Y el mismo fenómeno observaremos en cualquiera otra asociación como la Familia, el Municipio ó Concejo, la Universidad, etc. Háse llamado siempre al padre juez y legislador de la familia; en todo tiempo el Ayuntamiento ha regulado relaciones más ó ménos importantes en el órden jurídico entre los vecinos, dictando fallos y dirimiendo controversias; en todas partes ha conocido el profesorado de las faltas de los alumnos y de los mismos profesores, rechazando toda extraña ingerencia cuando se referian á la disciplina académica, y por tanto, se ha reconocido, en más ó en ménos grado, la verdad de cuanto venimos sentando.

Compendio de toda la humanidad es el individuo al cual, tal vez sin razón, no hemos incluido en ninguno de los tres grupos que se formaron al principio de este párrafo. Pues bien, en él se nota un Derecho peculiar, el interno (§ VII), y se constituye en Estado, cuando desenvueltas sus facultades fundamentales, legisla su conciencia cuando á ella aparece como evidentemente obligatoria la regla de conducta que ha de ser cumplida por la fuerza y el poder ejecutivo de su libre voluntad. Si no lo es, nace la perturbacion y el desórden que juzga la conciencia misma como si el hecho fuese ajeno, y que pena el remordimiento, en el que voluntariamente insiste, mejorando la conducta individual, ó llevando á que se pongan los medios para conseguirlo.

§ XX.

Del Derecho propio de las diversas esferas de la vida y de la cultura humanas.

Si la naturaleza misma del fin, que se desenvuelve dentro de cada particular sociedad, determina el nacimiento de un Derecho propio, segun ha quedado reconocido en el párrafo anterior, tambien ha de fijar y definir

la extension y el carácter de este mismo Derecho. En efecto, con tanta mayor claridad se verá lo último, cuanto se perciba con mayor evidencia y distincion lo primero; por esto el Derecho peculiar de las Sociedades llamadas reales, como la Universidad, y el de las formales, como la Iglesia, es en principios más fácil de señalar que el de las conocidas como totales ó que abarcan todos los fines humanos, como la Familia, el Municipio, y la Nacion.

Estas, en verdad, no pueden distinguirse las unas de las otras más que por la mayor ó menor extension con que realizan el destino del hombre, pues comprenden dentro de sí todas los fines de la vida; esto es, no cabe diferenciarlas cualitativa sino cuantitativamente. Y como el fijar el cuánto siempre es difícil, tambien lo es el definir el peculiar Derecho de cada una de manera que no se confunda con el de las restantes.

El camino y el medio de conseguirlo está, sin embargo, trazado. Cuando se sepa con toda precision qué es la Familia, qué el Municipio, qué la Nacion, qué pensamiento los alienta, no podrá dudarse en qué consiste y hasta dónde alcanza, el Derecho familiar, el municipal y el nacional.

En el estado presente de la Ciencia, parece la Familia, despues del individuo, la esfera más íntima de la vida. Para los hijos parece la iniciacion en ella, para desenvolverla posteriormente en círculo más ancho: la patria potestad ejercida no sólo por el padre y la madre juntamente, sino hasta por los parientes mayores de edad, es aquella autoridad de proteccion y aquella tutela para dirigir y corregir al que por su edad no se basta á sí propio. La Moral como la Industria, la Religion como la Ciencia y el Arte, deben ser cultivadas por el hijo bajo la inteligente direccion del Consejo de familia que enmienda y castiga las faltas que se cometan en las relaciones familiares. Estos mismos fines cultivan íntimamente los espo-

sos y áun los demás individuos, entre los que deben comprenderse los criados domésticos, y la perturbacion, cualquiera que sean las relaciones que nazcan de este vínculo, debe ser penada por el poder familiar.

La reunion de familias, á quienes congrega no sólo recuerdos y tradiciones comunes, sino el lazo de la convivencia ó convecindad, dentro de un territorio ó término dado, constituye el Concejo ó el Municipio. Ciertamente que como sociedad total ha de desenvolver en mayor extension, aunque por relaciones ménos íntimas, los fines todos de la vida. La Parroquia, la Escuela de primera enseñanza, el Hospital y el Hospicio, representan la Religion, la Ciencia, la sociedad moral y caritativa en el Ayuntamiento.

Pero no hay que confundir el Municipio, con el Estado municipal que dentro de él funciona, y por tanto, el Derecho que por éste ha de hacerse efectivo coactivamente, como no se confunde el Estado con la Nacion. La Iglesia parroquial está dentro de la Iglesia toda, la Escuela del Concejo dentro de la Asociacion científica y pertenecen como organismos parciales á estas esferas. El Estado municipal puede temporal y transitoriamente ayudar, prestando su tutela, el desenvolvimiento de alguna de estas instituciones, pero el Derecho que está llamado á garantir, es el que nace y se origina de las relaciones que han de establecerse en una agrupacion de personas individuales y colectivas, que habitan de un modo permanente en una poblacion con la parte de terreno anejo á ella. Pues este Derecho se refiere principalmente á la reglamentacion del disfrute de los bienes de comun aprovechamiento, y áun en combinacion con el Estado nacional, la de aquellos de que todos los hombres pueden gozar, como las calles, los caminos, las fuentes, canales y demás aguas públicas del mismo municipio, y las servidumbres, tanto urbanas como rústicas que nacen como consecuencia de la contigüidad de prédios. Toda

contienda que sobre estos puntos se origine, así como las faltas ó pequeños Delitos á los bandos de policía municipal, son de la competencia del tribunal del Concejo, encargado de ejecutar despues lo sentenciado.

Al Estado municipal corresponde tambien exigir coactivamente de sus miembros, no sólo cuantas prestaciones positivas ó negativas sean necesarias para el cumplimiento de su Derecho', esto es, *el Derecho para el Estado mismo municipal*, sino que parece que tambien le toca la tutela de aquellos que carecen de familia y que no se bastan á sí mismos, como más adelante será expuesto (§ XXIV) aunque tal mision no resulta tan claramente como las anteriores.

La Nacion puede ser considerada bajo dos aspectos; ó como la reunion de los hombres á quienes liga el lazo de una cultura comun, que se sienten atraidos naturalmente por él, que de ordinario hablan el mismo idioma, y viven un territorio geográficamente determinado: ó como la sociedad humana más universal, más grande que hasta ahora se ha constituido en verdadero Estado de Derecho. Bajo el primer aspecto si la Nacion seguramente no perecerá nunca, su importancia puede decrecer hasta el punto que deba ser mirada tan sólo como uno de los varios escalones ó grados entre el individuo, la familia y la humanidad, representando el papel que en muchos países está reservado á la provincia. Bajo el segundo, aparece como el círculo de vida más importante, mientras el Estado de toda la humanidad llega á constituirse. Y puesto que intentamos ocuparnos sólo del Derecho penal del Estado —entendiendo siempre que es el de la Nacion (1),— bajo este último punto de vista habremos de mirarla para estudiar el papel que la está encomendado.

(1) Para evitar repeticiones enfadosas, entiéndase que cuando hablamos del Estado —salvo advertencia prévia— nos referimos al nacional.

La Nación, segun queda expuesto, es una sociedad total, que comprende dentro de sí la científica, la moral, la religiosa, la familiar y la municipal. Ahora bien: su Estado, sin ser ajeno á todos los elementos que componen la Nación, no puede ser enteramente extraño á la Ciencia, á la Moral, á la Religion, á la Familia y al Municipio. Por otra parte, no es posible, que sin usurpar injustamente funciones ajenas, intervenga para regirlos y gobernarlos cuando tienen tambien su Derecho propio y un verdadero Estado. Si por un razonamiento lógico, partiendo del principio del Derecho, se llegase á que debia permanecer enteramente apartado de todos estos organismos, ¿cuál sería el fin y el papel del Estado nacional que prescindia totalmente de la Nación?

Para dar respuesta á esta pregunta se presentan dos escuelas; la individualista que viene á destruir el Estado para afirmar la independendencia de los particulares organismos nacionales, y la socialista, que le hace mezclarse activamente en todos ellos, negándoles por tanto, su individualidad y su propia autonomia. El eclecticismo y la práctica empírica toman de cada una principios, máximas y consecuencias contradictorias, sin cuidarse de armonizarlos: y este es el estado presente, tanto en los hechos como en las ideas, de este gravísimo problema.

Sin embargo, si se quiere dar un paso en firme, es indispensable que tenga una solucion satisfactoria, que es lo que intentamos — aunque con la certeza de no conseguirlo — en los párrafos siguientes.

Para acercarnos á la verdad en lo posible, juzgamos que es el camino seguro el determinar, tan claro como se pueda, lo que es la Nación: y hoy parece que es aquella gran sociedad dentro de la cual existen, con completa independendencia y con entera soberanía, los individuos todos y todas las demás sociedades particulares. La mision del Estado sería entónces, hacer que conservaran todos su

independencia dentro de una vida comun, desarrollándose de un modo completo: y si tal pensamiento fuese exacto se tendria hallada la medida del Derecho que ha de hacer efectivo.

§ XXI.

Del Derecho legislable por el Estado.—Derecho de autonomía.

Toda persona que tiene la conciencia del fin que ha de llenar en la vida, la tiene tambien de la manera y medios de conseguirlo, y mientras aquella no le falte, nadie podrá ciertamente, con mejor acuerdo, intervenir para gobernarla y regirla. Las leyes, las costumbres y los dichos lo mismo de los sabios que de los ignorantes, han reconocido siempre esta verdad: y en que en todo hombre sano de entendimiento, existe la conciencia de lo que constituye su destino y se le muestra como su deber, y de los medios de cumplirle se ha fundado el análisis que encabeza este libro,

Pues si esto es así, cada persona, individual ó colectiva, reclama su perfecto Derecho á realizar su propio Bien. cumpliéndole á manera que lo entienda, por su sólo esfuerzo, sin que nadie pueda perturbar, limitar ni cohibir esta vida interior. De aquí el Derecho de *propia autonomía*, llamado así con razon sobrada, pues no consiste en otra cosa que en dejar que cada persona capaz se rija por las leyes que nacen de su naturaleza, sin imponerla otras contradictorias con ella ó que no sean como tales reconocidas para quien ha de cumplirlas (1). Por esto reclama como primera condicion, un círculo, dentro del cual

(1) Viene la palabra autonomía de las dos griegas *autos*, yo mismo, y *nomos*, regla, cánon, ley; significa, pues, *ley de mí mismo*, que nace de mí mismo; lo opuesto es la *heteronomía* de *heteros*, otro, distinto; ley distinta de la mía ó que viene de otro distinto que yo mismo.

pueda moverse con completa independencia y con absoluta libertad.

Si el fin determina los medios como esenciales para conseguirle, conocido el que la persona individual y la colectiva se proponen perseguir, nacido de su propia naturaleza, se tendrá también fijando qué es lo que justamente pueden y deben hacer para alcanzarle, y cuál es, por tanto, aquel espacio en que tienen el perfecto y absoluto Derecho de moverse con toda libertad, ó sea la esfera de su propia *autonomía*. Considerando el fin como el centro, los medios apropiados á él dan la extensión del radio, con el cual se traza la circunferencia que limita el círculo para su actividad.

Cuando este derecho se estudia, con relación al Estado nacional, comprende: primero, el reconocimiento por parte de éste de todo hombre como persona, negado en la esclavitud y servidumbre; de toda corporación, con un fin lícito, como verdadera persona jurídica, con las mismas facultades que la individual, sin más restricciones que las nacidas de su naturaleza; se extiende después á los que se han llamado sin exactitud, derechos individuales, como la libertad exterior en todas sus formas y manifestaciones, ya sea la del individuo, la de la Familia, la del Municipio, la de la Iglesia, la de la Universidad, ó cualquiera otra sociedad particular. Este Derecho es desconocido por el Estado, cuando impone directa ó indirectamente una determinada profesión, como la de curial en Roma; cuando favorece ó pena la soltería, el matrimonio, la viudez; cuando interviene en nuestros pensamientos, intentando prescribir por la fuerza una Moral, una Religión; cuando prohíbe hechos inocentes en sí mismos, ó que de igual modo pueden servir para el cumplimiento que para la infracción del deber, por el temor de que no se haga de ellos recto uso; cuando penetra en el Municipio, en la Familia, para darlos una organización espe-

cial; cuando prescribe la Ciencia, el método de enseñanza, protege el comercio, organiza la sociedad económica bajo un tipo dado; cuando prohíbe la formación de sociedades, niega, coarta ó reglamenta la adquisición, conservación, transformación de sus bienes ó del patrimonio, y tantos otros que sería prolijo enumerar.

Si nos fijamos ahora en la naturaleza del Derecho de autonomía, encontraremos que consiste por parte del Estado, en no perturbar la libre vida interior de los individuos y de los organismos particulares que constituyen la Nación, y en impedir que sea por nadie perturbada, exigiendo, por tanto, á todos y á cada uno un conjunto de actos negativos ó de omisiones. El Estado en esta esfera, no ayuda, no ampara, sino tan sólo permite el desarrollo de todas las entidades que existen en la Nación, estorbando que las unas entren dentro del círculo donde se mueven las otras, pues todas simultáneamente pueden coexistir y desenvolverse, mientras no salgan del límite de la justicia.

Y este es el aspecto puramente negativo, que en el Derecho han visto con toda claridad, la escuela de Kant y la individualista.

§ XXII.

Del Derecho legible por el Estado.—Derecho de contratación.

El Derecho de autonomía supone necesariamente—en su estricta acepción—que la persona individual y la colectiva hallan dentro de sí cuantos medios son necesarios para el cumplimiento de su fin. Mas esto no acontece de ordinario, sino que necesita cada una del auxilio y ayuda efectivos de las demás, pues para desenvolverse y vivir no bastan las omisiones, los hechos negativos y la sola inacción.

Esta falta ó deficiencia puede ser mutuamente recono-

cida por personas individuales ó colectivas independientes, y en su consecuencia convenirse de un modo libre y espontáneo en cambiar aquellas prestaciones, apropiadas al fin de cada una. Nace entonces el contrato, nueva relacion jurídica que cae dentro de la esfera del Derecho legislable por el Estado.

No es el contrato, como á primera vista parece, obra exclusiva de la voluntad arbitraria, por más que reciba su forma externa de la voluntad. En todo contrato, para que sea válido y eficaz, ha de haber un fondo, un contenido jurídico, esto es, una prestacion ó condicion que pueda ser útil para el humano destino, mediata ó inmediatamente. Por esto no hay contrato cuando falta la forma ó el consentimiento libre, pero tampoco le hay, cuando existiendo éste falta el fondo; así, nadie puede pactar, por ejemplo, ser moral ó religioso, ni acerca de su vida, su libertad y en general renunciar al Derecho, convirtiéndose en cosa.

Mas cuando el contrato tiene un contenido jurídico, el deber que ya ántes existia, reviste una forma exterior especial; hay un reconocimiento público, ostensible de él, y pasa, segun el lenguaje comun de los juristas, á la categoría de los exigibles, esto es, de los que coactivamente pueden hacerse efectivos. Por la expresion pública del consentimiento reconocen los contratantes la ley que debe regir sus mútuas relaciones en aquel caso, la ponen bajo la salvaguardia del poder del Estado, y entra por esto en la esfera del Derecho, que esta institucion está obligada á conservar y hacer cumplir. Todo contrato, pues, cuyo contenido sea una prestacion útil, directa ó indirectamente para que se realice el humano destino, no sólo es lícito y válido, sino que el Estado, cuando sea requerido por parte legítima, debe cuidar que se ejecute de un modo eficaz y coercitivo.

Claro está que atendido el concepto de la coaccion, no podrá obtenerse siempre el cumplimiento cabal de lo pac-

tado. Si consiste, por ejemplo, en la entrega de un objeto ó en omitir un hecho externo, podrá alcanzarse, pero será imposible cuando se refiera ó á la prestacion de un servicio que dependa sólo de la voluntad espontánea del obligado, ó á no ejecutar un hecho espiritual. En muchos casos se concibe que el servicio se sustituya por una prestacion equivalente, y si en otros ni aún esto puede tener lugar por no ser estimable, cabe siempre el que la coaccion obre como motivo sensible para determinar la voluntad, aunque no sea más que por el temor de que se dicte un fallo en el que se declare que se ha faltado á la ley y se ha obrado injustamente (§ XVII). Cabe tambien en todo caso, que se imponga una Pena al violador del Derecho, quedando éste reparado, si se alcanza por este medio que la falta sea corregida.

En esta funcion, el Derecho no se muestra ya como en el de autonomía en forma negativa, sino que consiste más bien en hacer ó prestar. El Estado, sin embargo, no interviene en esta vida interior, sino que recoge cuidadosamente lo que es la expresion de la necesidad sentida y manifestada por las personas individuales ó colectivas que á su amparo se desenvuelven, y lo hace obligatorio coactivamente.

§ XXIII.

Del Derecho legisible por el Estado.—Derecho de asistencia.

Ni el Derecho de autonomía ni el de libre contratacion, pueden concebirse sino respecto á aquellas personas que tienen medios suficientes, ya propios, ya por otros voluntariamente suministrados, para desenvolver su vida de un modo más ó ménos completo. Pero á las veces por un peligro que amenaza, por una desgracia que repentinamente sobreviene, la vida, la integridad corporal y otros bienes

tan preciosos como éstos, no pueden conservarse sin el auxilio positivo, eficaz, de otro ó de otros hombres.

Pregúntase entónces si apareciendo tan evidente, que la única conducta justa es el auxiliar al que se halla en peligro, el Estado ha de permanecer testigo inactivo, amparador y sancionador de la injusticia de no socorrer al amenazado, ó puede y debe convertir en Derecho legible y coactivamente exigible el de la ayuda y asistencia.

La mayoría de las legislaciones vigentes no aprecia como general esta situación que venimos considerando, ni hace nacer, en su consecuencia, un peculiar Derecho. Conforme á sus disposiciones el que abandona al que se halla en peligro, obra justamente, y está exento de toda Pena (1). Tan sólo por excepcion (2), en casos muy determinados ó refiriéndose á persona que por deber jurídico ántes reconocido, como el padre ó el tutor, tenían obligación de amparar, ó tratándose de aquel que por su falta de desarrollo, no se basta á sí propio, como el infante, se ha castigado al que no prestaba el socorro y la asistencia (3).

(1) Ante los Tribunales franceses, se presentaron dos casos que menciona Ortolan en sus elementos de Derecho penal (pág. 249, tomo I); el uno el de un aguador que subiendo una escalera con una cuba llena de agua se negó á vaciarla para apagar el fuego que consumía los vestidos llenos de alcohol de un hombre que bajaba pidiendo auxilio, dando como excusa que no podía desperdiciar en esto el líquido. El segundo, el de un carretero, que vió cerca de un pueblo dentro de un foso un niño, cuya cabeza y cuyo tronco estaban hundidos en el fango dentro del cuál se agitaba. El carretero, que manifestó que no tenía tiempo para detenerse, dió conocimiento del hecho á la primera persona que halló. El hombre y el niño faltos de socorro murieron, y segun se deduce de lo que Ortolan consigna, el carretero y el aguador fueron absueltos por el Tribunal del homicidio que á tan poca costa hubieran podido evitar.

(2) Entre ellos puede enumerarse la disposición del art. 360, núm. 10 del Código penal de la Confederación de la Alemania del Norte, que castiga con 50 thalers ó arresto al que rehusa la asistencia en caso de calamidad ó peligro público eminente requerido por la autoridad, cuando pueda hacerlo sin grave riesgo.

(3) Casos 5.º y 9.º, art. 608.—*Código penal español*.—En este mismo artículo

Estas excepciones revelan, sin embargo, la intuición del verdadero Derecho, aunque harto mezquina é incompleta. Pero en verdad que hasta ahora no se ha llegado á fijar con toda certeza el principio que deba determinar la acción de Estado en tales casos, luchándose entre dos direcciones contrarias, pues si por un lado la justicia parece reclamar con imperio, la obligación del auxilio como coactivo, por otro se recuerda que el Derecho es un organismo, que las condiciones jurídicas se han de prestar orgánicamente, esto es, para el cumplimiento total del fin, y que la vida autonómica de cada persona será perturbada, si se obliga á que todas las fuerzas acudan á un punto, dejando á otros desamparados.

Buscándose este principio nacido del fondo mismo del concepto de Derecho, que armonice estas opuestas tendencias, parece que puede como primero consignarse, el de que el Estado ha de reconocer á todos y á cada uno la facultad completa de prestar de un modo espontáneo y voluntario este auxilio, y entónces protegerlos y ayudarlos activamente.

En este principio solamente puede fundarse, en efecto, el que se tenga y declare como acto lícito y justo, el defender materialmente al extraño, aunque haya provocado el ataque, en juicio si es acusado, y socorrerle en caso de desgracia ó calamidad; declaración que hecha por la ley está léjos de ser inútil, pues evita que las autoridades y que los demás miembros impidan de mala fé ó por error el auxilio que se presta, fundados en la carencia de Derecho del que se convierte en protector.

Como segundo principio, pudiera establecerse el de que

y en su caso II se añade que también constituye acción punible el no socorrer á una persona que se encontrare en despoblado herida, ó en peligro de perecer, cuando pudiere hacerse sin detrimento propio. Todas estas acciones se penan como faltas con 5 á 15 días de arresto y reprensión.

la asistencia sólo puede ser requerida por medio de la coaccion del Estado y castigada su falta con pena, cuando la inaccion equivale á un ataque voluntario al Derecho y entraña una injusticia, sino de la misma importancia, del mismo carácter que la accion. El que voluntariamente abandona al recién nacido, por ejemplo, al dejar obrar á las leyes naturales, observa una conducta injusta como si le privase de la existencia por una lesion ó por un veneno, y lo propio acontece al que no socorre al herido, al hambriento ó al sediento, al que se halla perdido y pregunta el camino, etc., cuando no justifica su modo de obrar por el temor racional del daño que pudiera resultarle, ocasionado por otros hombres, ó por las leyes mismas del mundo físico, dada su situacion. Sólo entónces esta obligacion impuesta como coactiva, no desorganiza el Derecho, y el Estado no perturba la vida de los individuos. Y en este sentido, algo se halla consignado en los Códigos penales.

Preséntanse en nuestros dias, clases enteras y personas constituidas en tal estado de desamparo y desgracia permanente, que en verdad no parece que el Derecho en relacion á ellas consista tan sólo, en el reconocimiento y respeto de su autonomia y en la exigibilidad á su favor de los contratos libremente celebrados. Nos referimos á la indigencia, al proletariado, á la situacion de la clase jornalera, de la industria y aun de la agricultura, que motivan segun escuelas más ó menos comunistas y socialistas, *el derecho perfecto y exigible al trabajo* y á la asistencia. Mas esto no puede hacerse sin que el Estado—que ha de recabar de los demás ciudadanos los medios materiales para este auxilio—penetre en la vida de cada uno perturbándola sin límite ni medida, destruyendo toda individualidad, negando las bases mismas del Derecho.

Pero si bien se examina el asunto sin prejuicio de ninguna clase, habrá de convenirse en que el proletariado y la indigencia, al ménos como situacion permanente de

una gran parte de los ciudadanos de cada país, procede de causas históricas transitorias, llamadas á desaparecer más ó ménos tarde (1). Mientras existan, al ménos con la generalidad y extension y con el carácter social que hoy revisten, determinará el justo nacimiento de instituciones jurídicas que remedien el mal, pero que cesarán tan luego como lo hayan alcanzado. El examinar, pues, este punto bajo este aspecto, corresponde al Derecho histórico y á la política, no á la Filosofía pura del Derecho.

§ XXIV.

Del Derecho legislable por el Estado.—Derecho de asistencia tutelar.

La razon del Derecho á la asistencia de que nos hemos ocupado en el párrafo anterior, está en la situacion pasajera que amenaza la vida y la integridad corporal ú otros bienes espirituales ó materiales, que no puede ser vencida y superada por el esfuerzo de quien se halle colocado en

(1) Nos apartaría gran trecho de nuestro propósito el señalar estas causas. La constitucion de las familias sobre bases demasiado mezquinas, la forma de la retribucion del trabajo en las industrias, áun en la propiedad inmueble, la ignorancia de las clases proletarias, indiferentes á sus males ó buscando sus remedios donde no puede hallarlos, extraviadas por quien explota en su provecho sus pasiones, puede ser bastante motivo de este estado. Abolidos los gremios con una precipitacion tan ciega como imprudente, sin sustituirlos por ninguna otra institucion, ha quedado el trabajador en la posesion de una libertad sin organismos en que sostenerse. Dibújase, sin embargo, hoy, lo que en tiempos más ó ménos remotos, los reemplazará con ventaja en las sociedades cooperativas, no sólo nacionales sino internacionales. Cuando se ve el poderoso empuje de la *Asociacion internacional de trabajadores*, se comprende lo que podria ser una sociedad análoga, pero destinada á la educacion, al auxilio y socorro de los jornaleros que quedasen accidentalmente sin trabajo, á sus viudas y huérfanos. El que piense que tales sociedades están condenadas fatalmente á la destruccion y al mal, que no se preocupe tampoco del Derecho ni de la justicia, que no caben, si se considera á los hombres todos, ó á la mayor parte, como corrompidos é inmorales y llevados al mal por naturaleza.

ella. La persona que lo pide ha llegado, sin embargo, á un estado de completo desarrollo y de plena capacidad. Causas dependientes por entero de la naturaleza, como la edad infantil, ó de otro orden, como la locura, el idiotismo, la embriaguez, la ignorancia misma, pueden hacer que una persona se encuentre incapacitada de regirse á sí propia y gobernarse en la vida. Entónces el Derecho no puede afectar la forma de reconocimiento de la autonomía y de libertad de contratar, sino que léjos de esto, se cambia y trueca en la negacion de parte de estas facultades, esto es, se presenta en forma de tutela.

Quien por su estado la reclama, puede hallarse dentro de una familia, y siendo esta una relacion jurídica familiar (§ XX), el cargo de la tutela cae naturalmente de lleno sobre aquellos de sus individuos más aptos para desempeñarle. Su falta es una infraccion de este Derecho, exigido por el Estado de la familia y que podrá sólo competir al de la Nacion, á la manera que determine la naturaleza de las relaciones entre una y otra sociedad (§ XXV).

Si no se halla dentro de una familia por haber ésta desaparecido, por no ser conocida, como el expósito, el Estado debe, como primer principio, reconocer el derecho de aquellos más capaces—bien sea individuos ó asociaciones—que quieran tomar sobre sí esta carga, protegerlos y revestirlos de las facultades necesarias para llenarla en beneficio del incapacitado. Cuando el Derecho positivo no enumera entre las instituciones del Derecho civil la adopcion, falta evidentemente á este principio que en otros muchos casos reconoce.

Pero en verdad que cada dia la infancia y la ancianidad abandonadas, los enfermos, y en general los desvalidos todos, ven crearse instituciones benéficas destinadas á ejercer, con el cariño y el esmerado cuidado que no puede revestir el deber coactivo, esa proteccion y auxilio tutelar. Ante este consolador espectáculo se siente el pensador in-

clínado á creer, que llegará un dia feliz en que el papel y la mision del Estado queden reducidas á lo que acabamos de exponer, sin verse precisado á exigir la tutela de un modo más eficaz. Entre tanto, parece que esta obligacion va pesando sobre aquellos círculos más estrechos y más íntimos, y que faltando la familia debe recaer sobre el Municipio, afectando un carácter público que ciertamente tiene la tutela y que reconoce en general la legislacion de todos los países tomándola de la romana. Al Estado municipal corresponde, pues, imponer coactivamente, si fuese necesario, este cuidado, bien creando instituciones benéficas al efecto, bien encomendándole á aquellas personas más idóneas que por su profesion, su situacion de fortuna, de familia, no tuvieran razon derecha para excusarse.

Lo mismo que al hombre, que pasa por los períodos de infancia y decrepitud, y puede hallarse en el estado de enfermedad y de abandono, acontece á la persona colectiva. Determina esta situacion el nacimiento para ella de condiciones jurídicas verdaderamente tutelares. Instituciones más desarrolladas las protegen, amparan y cuidan amorosamente de su vida, preparándolas para una emancipacion oportuna. La Iglesia Católica, en la Edad media, desempeñó con honra suya y con completa justicia este papel en pró de la ciencia, creando y sosteniendo universidades y escuelas, le corresponde en gran parte hoy en esta esfera y en la de la moralidad en los Hospitales, hospicios, etc. El Estado nacional empieza ya á sustituirla, y por esto aparece mezclándose ya en la enseñanza, ya en la esfera económica, interviniendo en asuntos que propiamente no son de su competencia. Mas esto toca más bien á lo que con razon ha sido llamado *tutela histórica*, que como su nombre indica, no pertenece á la pura Filosofía del Derecho.

§ XXV.

Del Derecho legisable por el Estado.—Derecho que nace de las relaciones entre el Estado y las restantes esferas de la vida y de la cultura humanas.

El desenvolvimiento de estos organismos, puede ser impedido y aún su existencia amenazada por ataques que provengan de personas á ellos extrañas. El evitar que esto suceda reparando sus efectos si aconteciese, corresponde al Estado nacional, segun quedó reconocido al exponer el Derecho de autonomía.

Más el ataque y la perturbacion, pueden venir del interior y de sus mismos individuos, dando, sin embargo, el resultado de hacer imposible, difícil, ó imperfecta su misma vida.

Esta perturbacion consistirá necesariamente, ó en ejecutar lo que se halla prohibido, ó en omitir lo que se encuentra preceptuado en el especial estatuto por el que la sociedad se rige.

Pero si se examina todavía con más atención el contenido, la materia de los actos afirmativos ó negativos perturbadores del orden jurídico, se encontrará que unas veces son servicios que ningun valor pueden tener si no proceden de la espontánea voluntad de quien ha de prestarlos, al paso que otras aparece notoria su utilidad para el cumplimiento del fin, aunque se los considere independientes de la voluntad del obligado, y sean exigidos ó impuestos por la coaccion. Así, en la sociedad religiosa hallaremos ejemplo de esto último, cuando los fieles se comprometen á contribuir con una parte de sus bienes ó con un servicio estimable en dinero.

Además, muy á menudo, ciertos actos de carácter puramente espiritual, producen consecuencias ó hechos materiales que pueden ser exigidos por la coaccion externa. La

excomunion ó separacion del gremio de la Iglesia, que trae consigo la prohibicion de entrar en el templo, de gozar de sepultura eclesiástica, dá una prueba de lo que venimos diciendo.

Ahora bien; en todas estas sociedades, existe un Estado con sus poderes y funciones (§§ XVIII y XIX), que declara el estatuto por el que han de regirse, que le hace cumplir, que procura restablecerle en su integridad cuando ha sido perturbado: mas sólo el Estado nacional dispone de medios coactivos bastante poderosos para enfrenar la voluntad rebelde que se traduce en hechos materiales y externos.

En tal supuesto, no hay más que dos caminos; ó se proclama la completa indiferencia y quedan estas sociedades huérfanas dentro del país, en que viven, al que prestan su aliento y su vida, abandonadas, sin más armas que las espirituales de que disponen ante la indocilidad de sus asociados, ó es preciso que el Estado nacional intervenga en estos casos de oposicion y de perturbacion material.

Si como parece justo se opta por esto último, aplicando el concepto que del Estado nacional se tiene, la intervencion ha de ser de tal naturaleza, que no se mezcle en su libre vida interior, ni por tanto, en sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial, que han de ejercer autónomamente de un modo soberano. Limitase, por tanto, á prestar el auxilio de su fuerza coactiva contra aquellos de sus individuos, que ya por actos positivos, ya por actos negativos materiales ó á los que cabe aplicar con fruto aquel remedio, perturban el completo y libre desenvolvimiento de tales Sociedades.

Mas esta proteccion y auxilio, no pueden ser prestados de un modo inconsciente y ciego, cualquiera que sea la sociedad, cualquiera el asunto y la persona que la reclame. Para hacerlo con justicia y razon inquiere, pregunta

cuál es la ley por la misma sociedad dictada en uso de su soberanía innegable, y pide á la sociedad económica ó industrial sus estatutos y reglamentos, sus leyes universitarias á la científica, á la Iglesia sus cánones: no para enmendarles ó corregirlos, ni áun siquiera para juzgarlos, sino tan sólo para hacerlos cumplir. Reclama en seguida la ley procesal, donde encuentra el orden de tramitacion, y señalado el tribunal competente, no para saber si en el fondo es justa la aplicacion de la ley, esto es, la sentencia, sino para estar cierto tan sólo de que el fallo dimana de autoridad legítima que pueda requerir justamente su cumplimiento. Despues de todo esto, seguro de que de esta manera no perturba sino que ayuda á la vida interior de aquella sociedad, impone coactivamente la ejecucion de lo sentenciado en cuanto coactivamente puede hacerlo.

A esta intervencion, mejor á este auxilio, se ha llamado técnicamente, tratándose de la Iglesia, *impartir el auxilio del brazo secular*. Pero no sólo la sociedad religiosa, todas las demás han impartido ó pedido el auxilio de este brazo ó de esta fuerza. ¿Qué otra cosa hace una compañía mercantil ó una sociedad científica cuando reclaman ante los tribunales del Estado, que en el cumplimiento de sus estatutos, lance de su seno al que los infringe, obligue á que contribuya con los bienes materiales el que á ello se comprometió, ó indemnice los daños que ocasiona con su resistencia?

Las demás sociedades, que abarcan la cultura humana en todos sus fines, como la Familia y el Municipio, no carecen ciertamente de toda fuerza coactiva, y por esto es ménos necesaria la intervencion y auxilio del Estado. Limitase éste primero á exigir su constitucion como indispensable en una forma justa y que responda á la mision que por su naturaleza les está encomendada. Así, el Estado no puede reconocer como matrimonio y familia, aquella

union que niega los fines de la familia y del matrimonio. Obliga despues á que se constituyan los organismos interiores que han de desempeñar sus funciones peculiares; por esto no determinará la persona que ha de ejercer la tutela del huérfano por ejemplo, pero exigirá que se reúna el Consejo de familia para designarla. Últimamente, dado el caso de un justo requerimiento obligará á aquellos miembros que no reconocen un superior, á que cumplan sus obligaciones, como el de alimento y educacion de los hijos: auxiliando siempre con la fuerza de que dispone, la ejecucion de lo decidido legítimamente, en caso de haberse faltado, como cuando los esposos son infieles á sus mútuos ó especiales deberes.

Lo que dejamos apuntado, puede hacerse extensivo al Municipio en los límites del Derecho municipal.

En cuanto al Derecho que para sí ha de cumplir cada persona individual, dada la especial aptitud de cada hombre, sus aficiones, la situacion en que se halla colocado, la direccion en que ha desenvuelto su actividad, el Estado ha de ignorar forzosamente en qué consisten para él las especiales prestaciones jurídicas. Pero cuando los actos son de tal naturaleza que aparecen evidentemente opuestos al fin de todo sér humano, cualquiera que sea su profesion, su aptitud especial, y se manifiestan exteriormente, puede y debe el Estado hacer que esta persona permanezca dentro del círculo de su Derecho, impidiendo que le traspase. La mutilacion, el suicidio, la embriaguez, la prostitucion, pueden por esto ser justamente prohibidos y justamente penados por el Estado. Y unque han de ser forzosamente limitados los casos en que haya de ejercerse respecto al individuo esta funcion, no sea que ahogue la libertad pensando proteger el Derecho, basta, sin embargo, que exista alguno para que deba señalarse.

§ XXVI.

Del Derecho legible por el Estado.—Del Derecho para el Estado mismo.

El Estado nacional, como institución humana encargada de una misión, necesita para llenarla de prestaciones afirmativas y negativas, dependientes de la libre voluntad que constituyen su peculiar Derecho, ó sea el Derecho del Estado (§ XI), que ha de ser cumplido por todas las personas, tanto individuales como colectivas, que bajo su amparo se desenvuelven.

Los que se hallan fuera de su acción, como son los restantes pueblos soberanos, no están exentos ciertamente de este deber: pero no regularizadas ni organizadas estas relaciones jurídicas, sino de un modo harto incompleto, sólo haremos alguna indicación sobre este punto, al fin del presente capítulo.

Determina el alcance y el contenido del Derecho del Estado la misión especial que le está encomendada, por el mismo principio que fijó los límites del que corresponde á las demás sociedades.

Por esto encontramos que la Nación, como un todo independiente, reclama, en primer lugar, vivir una vida propia, desenvolviéndose en todos sus interiores organismos. Nacen de aquí un conjunto de condiciones negativas, impuestas á todos los miembros, que pueden compararse á lo que forma el Derecho de autonomía en las demás personas colectivas é individuales. Los actos contrarios dan origen á los Delitos llamados comunmente contra la independencia é integridad nacional.

Pero para conservarla, defenderla y recuperarla, pueden no ser bastante las omisiones, y entonces reclama servicios positivos, bien personales como el militar, ó reales como

la contribucion, asemejándose este conjunto de Derechos al de la asistencia.

Reconocida y conservada la Nacion como sociedad independiente, tiene el Derecho de que su Estado sea respetado en la forma que actualmente tiene, esto es, que no se cambie por medios injustos, ántes bien, que se coopere á este fin activamente por toda persona. De aquí omisiones, que cuando no tienen lugar, dan origen á los Delitos de rebellion, sedicion, etc., y en general contra la Constitucion del Estado.

Este despues, debe ser ayudado en las tres funciones ántes señaladas (§ XVIII). Para esto pide el concurso de los ciudadanos, para constituir el poder legislativo, ya directamente desempeñando el cargo de legislador, si su aptitud, profesion, etc., á ello les llevase, ya indirectamente designando aquellas personas que reúnen las condiciones necesarias, y á quienes toca y corresponde esta funcion. Lo mismo acontece en la judicial; pues hay en ella la participacion directa, tomando el cargo de juez, para la que no ménos que para la anterior, es necesario el conocimiento y el sentido práctico del Derecho positivo, y la indirecta, cooperando á su designacion y ayudando á que los hechos se averigüen, á que el delincuente no se evada, sufra la Pena, etc., pudiendo hacerse afirmaciones parecidas en lo que á la funcion ejecutiva hace referencia.

Vacilante se muestra la legislacion positiva en todos estos puntos, no sólo en cuanto al límite á que se extiende, sino además á la manera de conseguir que el Derecho sea efectivo. En ocasiones tolera y ampara como lícitos hechos de evidente oposicion á los fines del Estado, como el encubrimiento, la no revelacion del Delito, que en otras impone como obligatorios. Limitase en muchos casos á consignar el Derecho del ciudadano, y mediante esta forma que parece hacer potestativo y arbitrario su uso, no castiga su

inobservancia y la omision , contentándose con penar — y aún esto no siempre — el abuso ó la negacion del Derecho mismo en el empleo que se le dá. Tal acontece, por ejemplo tratándose del Derecho electoral, de los deberes que tienen los miembros del poder y la funcion legislativa, cuya falta no se halla castigada.

Pero si aquí, como en todos los casos de un hecho no material, es el medio coactivo impotente para conseguir de un modo eficaz, la prestacion del servicio; si la indemnizacion tampoco cabe, puede la Pena conseguir indirectamente que aquella al fin se efectúe, y siempre proponerse y alcanzar á menudo la correccion de la voluntad viciada (§ XVII). Y el Estado, dentro de los principios, debe aplicar el medio coactivo, no abandonando, como hoy acontece, el cumplimiento de esta parte importantísima del Derecho á la arbitrariedad y al buen parecer de cada uno, aunque se vea lejano el dia que tenga la sociedad condiciones para realizarlo.

El Estado llena su mision por medio de funcionarios que constituyen, segun se ha dicho, el Estado oficial, cuyas atribuciones están determinadas por el cargo especial que cada uno desempeña. Representan, pues, el poder público, y la cooperacion que de los ciudadanos exigen ha de serles prestada directamente; mas esto nada significa para introducir alteracion en las relaciones del particular con el Estado. El desacato y la desobediencia á la autoridad no es Delito contra la persona del empleado que la ejerce, sino contra el poder público.

El funcionario tiene, además de los deberes hácia el Estado que le son impuestos como ciudadano, los que se desprenden de la especial mision que le está encomendada, cuya falta dá origen á los Delitos del empleado en el desempeño de su cargo. Pueden ser éstos ya contra el Estado mismo, como el militar que se subleva, ó contra las personas individuales y colectivas, como el juez prevari-

cador que dicta en pleito ó en causa criminal sentencia injusta.

Con estas rápidas indicaciones, queda marcado en sus líneas y bases capitales lo que puede llamarse *el Derecho legislable por el Estado*.

§ XXVII.

Notas características del Derecho legislable por el Estado.—Concepto de Derecho penal del Estado nacional.

Si trayendo á la memoria todo lo expuesto en el presente capítulo, pretendemos determinar cuáles son las notas que distinguen al Derecho que hemos llamado legislable y que el Estado ha de hacer efectivo, encontraremos como primera la de la *coaccion externa*.

Ciertamente que si esta nota, que se atribuye como distintiva del Derecho todo, no lo es en verdad segun se demostró (§ XVI), no puede negarse al propio tiempo que caracteriza á aquella parte mínima que el Estado nacional se encarga de hacer cumplir en el modo que es posible. La diferencia, pues, entre deberes perfectos, exigibles ó jurídicos, é imperfectos no exigibles y morales, comunemente admitida, si contiene mucho de incompleto y de erróneo, expresa algo de exacto y verdadero. Todo Deber es exigible en la forma que su naturaleza lo consienta: todo Deber que se presenta como medio para la consecucion del fin humano, es jurídico, y al afirmarse lo contrario se desconoce la naturaleza del Deber y del Derecho. Pero si á virtud de este pensamiento se quiere separar de un lado las prestaciones á las que la coaccion no puede llegar, y de otro aquellas otras en que cabe su empleo, reconociendo á ambas como jurídicas, se habrá estable-

cido una base para clasificarlas, que puede ser fecunda en consecuencias.

Así el Estado nacional ayuda con la coaccion externa el cumplimiento del fin de los diversos organismos que existen dentro de la Nacion sin perturbar el libre desarrollo de su vida, realizando el Derecho que comprende los deberes exigibles y coercibles. Por esto, definiendo todo el Derecho como si sólo abarcara esta parte, se ha dicho que es la *condicionalidad exigible*.

Considerando ahora las relaciones que mantiene con las demás entidades y el auxilio que las dá, si llega en conocimiento de otra nota, que tambien puede señalarse como característica, cual es el de ser *exterior*.

El Estado nacional, en efecto, presta, ya al Municipio, ya á la Familia, ya al individuo, ya á la sociedad religiosa ó científica, algo que sin ser opuesto y discordante con su naturaleza, no se halla dentro de ella, cual es la fuerza que mediante la coaccion enfrena la indocilidad de los que espontáneamente no se resignan á no perturbar el cumplimiento del fin, que no cooperan activamente segun se han comprometido, ó que le niegan y tal vez le hacen difícil ó imposible. Ni los medios, ni el fin, ni la manera de alcanzarle, en suma, nada de cuanto constituye lo peculiar y propio, lo interno de cada persona individual ó colectiva, aparece impuesto por el Estado que lleva tan sólo á la obra comun, la coaccion ó fuerza necesaria para que el propósito se consiga. Sin duda por esta razon, al definirse por algunos esta parte del Derecho, se ha dicho que es la *condicionalidad externa para la consecucion de los fines humanos*.

Tan solamente esta última nota distintiva no se dá á aquella parte que hemos llamado Derecho para el Estado mismo (§ XXVI). Es este, en efecto, interno dentro de la sociedad que le cumple, y por esto, aunque sin gran precision, se le llama público interior. En él existe tambien

diferencia entre la parte que ha de ser coactivamente exigible y la que no puede serlo por su naturaleza, notándose claramente que no cabe que la coaccion nos haga llenar todos los deberes; tan múltiples, tan delicados y diversos que hácia el Estado tenemos. Si la distincion se presiente con claridad suma; nótese la falta de un principio que ponga término á la confusion que se advierte en todas las legislaciones positivas.

De lo relacionado se desprende el concepto que se puede formar del Derecho penal del Estado, que no es otro que el conjunto de aquellas condiciones coactivas y externas para el restablecimiento del Derecho que el Estado hace efectivo cuando ha sido perturbado por actos de la libre voluntad: el Derecho que nace y se constituye en consecuencia de una perturbacion de esa parte del Derecho, ó sea el Derecho del Estado nacional para la reparacion del Derecho del Estado nacional.

§ XXVIII.

Del Derecho de toda la humanidad y del Estado humano.

El Derecho que hemos llamado legislable, queda expuesto sucintamente limitándolo al Estado nacional, que es hoy el círculo de vida más ancho que existe constituido de una manera más completa en forma jurídica.

Presiéntese, sin embargo, que ha de aparecer otro más universal que comprenda y abrace á todos los seres humanos. La Nacion entónces, compuesta de los hombres unidos por el vínculo de una comun cultura, de aspiraciones, tendencias y sentido, traducirá en sus leyes lo que haya de peculiar en sus hábitos y usos, lo que exijan y reclamen sus necesidades, sin romper por esto la unidad funda-

mental del Derecho, á la manera que hoy acontece con la costumbre jurídica de los municipios, de las provincias y regiones de una Nacion.

Pero esta grande y única sociedad no se ha constituido todavía en verdadero Estado de Derecho, pues le falta el reconocimiento unánime de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial. Proclámase, por el contrario, la autonomía de cada Nacion independiente, en lo político para tener su gobierno propio, en lo civil y administrativo para dictar y hacer cumplir los preceptos de sus Códigos y las decisiones de sus Tribunales sin extraña ingerencia.

Mas, á pesar de esto, ha habido siempre el presentimiento de un Derecho más alto, porque jamás se ha negado en absoluto que las relaciones entre los pueblos civilizados deban regirse por máximas de Justicia á las que se ha llamado *Derecho internacional ó de gentes*. Cada vez se acentúa más y más este presentimiento, y aunque se note el peligro de graves trastornos y no pocas veces de tiránicas imposiciones, vase quebrantando no poco el *principio de no intervencion*, cuando por un Estado soberano son violadas y desconocidas las más capitales y evidentes nociones del Derecho natural.

El deber de cada pueblo independiente, de auxiliar á los demás á cumplir el fin jurídico, recibe además todos los días una nueva sancion y reconocimiento por los varios Tratados que ajustan y que se obligan á observar mutuamente. Entre todos, los más frecuentes los llamados de *extradicion*, lo cual, unido á la conformidad grande que se nota en los Códigos penales, demuestra que esta esfera ó funcion del Derecho es una de las llamadas primero á universalizarse y salir del mezquino y estrecho círculo de la Nacion.

Desgraciadamente, la forma del tratado ó convenio parece revelar, que es arbitrario enteramente en cada pueblo el prestar su cooperacion á la comun obra jurídica,

cuando en realidad es exigido y reclamado por la justicia, y que, por tanto, debiera imponerse necesariamente. Pero más desgraciado que esto es, que el cumplimiento de lo convenido, carezca de otra sancion eficaz que la guerra y la fuerza material y bruta, nacido de que el concierto de los pueblos, como no se ha constituido en verdadero Estado, carece de poderes, y sobre todo, de la funcion penal ó restauradora del Derecho perturbado. La guerra, sin embargo, si puede justificarse en tal situacion de anarquía, es cuando desprendiéndose de la forma antigua de avasalladora y de conquista, toma la moderna de punitiva ó penal para restablecer el Derecho por una Nacion desconocido.

A pesar de todo, la generalidad de los países civilizados, de una manera puramente espontánea en ciertas materias, á virtud de tratados en otras, se comprometen á amparar y hacer cumplir dentro de su territorio ciertos principios de justicia en beneficio de los demás. De aquí consignar en los Códigos los llamados *Delito contra el Derecho de gentes*, como formando parte, aunque por causas puramente históricas, del Derecho legislable por el Estado nacional, y por esto, si el cuadro no habia de quedar incompleto, hemos debido ocuparnos, aunque brevemente, de este asunto.

LIBRO SEGUNDO.

EL DELITO.

CAPITULO PRIMERO.

DEL DELITO EN GENERAL.

§ XXIX.

Nocion del Delito.—Sus notas ó caractéres.

Analizado en el libro anterior el concepto del Derecho, marcados los límites de aquel que el Estado dentro de cada Nacion ha de hacer efectivo, fijada la idea de la perturbacion criminal, han sido expuestos y son conocidos los términos esenciales que entran en el Delito. Recordándolos todos, no será arbitrario el afirmar que el Delito *es la violacion ó quebrantamiento del Derecho por actos de la libre voluntad* ó con conciencia no sólo del acto, sino además, de que es opuesto al Derecho.

Un estudio atento de esta fórmula, nos llevará á comprender mejor su alcance, y á aquilatar su exactitud detallando los caractéres esenciales, ó notas características de todo Delito.

Y aunque esta palabra notas ó caractéres, ha sido ántes de ahora empleada, preciso es fijar su sentido y significacion propios, cuando tratamos de definir ciertas nociones fundamentales.

Son notas esenciales, ó simplemente notas, de un sér ú objeto espiritual ó físico la expresion de aquellas propiedades que constituyen y forman su especial naturaleza.

Conteniendo, pues, lo que hay en él de fundamental, de inmutable, no pueden cambiarse ni alterarse, sin que al propio tiempo se altere y cambie la naturaleza del objeto de que se dicen. Las notas, por consiguiente, del Delito, serán la expresión de lo que es el Delito: esto es lo que constituye el Delito en Delito, lo que le separa y distingue de cualquiera otra noción más ó ménos afin ó semejante con la cual pudiera confundirse.

Lo accidental, por el contrario, representa la diversa manera de ser la esencia de un objeto y puede por tanto, modificarse sin que cambie su naturaleza.

Una noción puede ser general abarcando otras particulares que están en ella contenidas: tal acontece, por ejemplo, á la de Delito, que comprende la de todos los Delitos particulares.

Mas así como la noción general tiene sus notas características que la separan de otras todavía más amplias y universales, acontece lo mismo á cada una de las particulares, cuya naturaleza y esencia propias se expresan también por notas ó caracteres distintivos. Así, el hurto, la injuria, el homicidio, puesto que son distintos—aunque todos igualmente Delitos— tendrán sus notas ó caracteres especiales.

De aquí que con relacion al Delito hallemos:

—Notas esenciales y comunes á todos (*essentialia, substantialia delicti, essentialia communia*);

—Notas esenciales y propias de cada uno (*essentialia propria*);

—Accidentes ó circunstancias accidentales que pueden modificar cada especie de Delitos (*accidentalia*).

Pues bien, no habrá Delito si no existe:

—Una violacion ó quebrantamiento del Derecho;

—Si esta violacion ó quebrantamiento no tiene lugar por actos de la libre voluntad;

—Si en el infractor no hay conciencia, de que es el Derecho lo que se infringe.

Constituirá, pues, todo esto, lo sustantivo y característico del Delito ó sus notas esenciales.

Si ahora queremos convencernos de la exactitud de estas afirmaciones y comprender todo su alcance, habremos de analizarlas, lo que será objeto de los párrafos siguientes.

§ XXX.

El Delito como violación del Derecho.

Las ideas de quebrantamiento, de violación y falta á una ley por el sér que á ella se encuentra sometido y la de Delito, preséntanse íntimamente unidas á nuestra inteligencia, siendo enteramente imposible separar la una de la otra. El Delito es lo injusto, lo malo: se confunde con lo inmoral, con lo irreligioso y con otras nociones más ó ménos afines: pero siempre está en su fondo y como constituyendo lo esencial, el presentar al sujeto en una posición en la que marcha en sentido opuesto á la regla obligatoria que debe determinar sus hechos. Es la manera de ser el sujeto en contradicción con su propia ley: es su negación por quien debiera afirmarla con sus actos: y esto es lo que figuradamente expresan las palabras *violación, quebrantamiento, infracción, falta, etc.*

Si todo órden ético puede ser perturbado por el sér libre que se halla á él sometido, sólo la perturbación del jurídico constituye el Delito.

La ejecución voluntaria de un hecho, cualquiera que sea su materia, por otra razón que el Bien sólo por ser Bien debe ser practicado, constituye la falta, ó si se quiere el *Crímen moral* (§ IX). La ejecución de cualquier hecho, con la conciencia de que es opuesto al precepto de Dios, contrario al órden universal divino, constituye el pecado, ó si se quiere el *Crímen ó Delito religioso* (§ X). Uno y otro se verifican en la esfera íntima de la conciencia, y

como tal falta y tal pecado, no tienen valor fuera del círculo de la conciencia misma.

Pero cuando el hecho de la libre voluntad es opuesto á lo que los demás hombres pueden exigir como condiciones afirmativas ó negativas para el cumplimiento de su destino racional, y áun cada uno para el suyo propio, aparece el Delito, ó si se quiere el *Crimen jurídico*.

Comprende el Derecho dentro de sí dos ideas: la de exigencia y la de prestacion de lo exigido; ó como se dice comunmente, la de Derecho y la de Deber ú obligacion.

Pues bien; si es el Delito el quebrantamiento del Derecho, es al propio tiempo el quebrantamiento de la exigencia y de la justa reclamacion: ó á la par del Derecho y del Deber.

Háse intentando, sin embargo, dar la nocion del Delito fundada tan sólo en una de estas dos ideas correlativas y presentándola como la infraccion del Deber. (Rossi y Pacheco.) Pero bajo este punto de vista exclusivo, ha de resultar necesariamente equivocada y errónea, no entrando en ella una parte esencial de lo que se describe. La que se tiene presente además, es aquella que ménos caracteriza el Delito. El Deber sin otro calificativo, manifiesta principalmente la relacion entre el Bien y los hechos, entre el Bien y el sujeto que le realiza, y nos lleva por consiguiente á la esfera puramente moral y al círculo interior de nuestra vida. Y el Delito no está en haber faltado á la ley del Bien ó haberse conducido inmoralmente, sino en haber negado lo que como Derecho puede reclamarse, en no haber ayudado al desenvolvimiento de la vida con aquellas prestaciones, ya afirmativas, ya negativas dependientes de la libre voluntad que podian exigirse. Al obrar el criminal de este modo, ha faltado conjunta é indivisamente, á lo que háy facultad de pedir y necesidad de prestar, esto es, al Derecho.

Las escuelas que para definir el Delito toman por base

exclusivamente, ó de un modo predominante, la idea del Deber, parten, á no dudarlo, de un concepto equivocado del Derecho. Presentan á éste, en efecto, como la facultad ó posibilidad arbitraria en el obrar: de aquí que pase como cosa inconcusa que nadie tiene obligacion de hacer uso de él, hasta el punto que corre como axioma en los Tribunales, en las escuelas y entre los jurisconsultos, que todo Derecho es renunciabile. Arrancando de este principio, que no se creia que pudiera ponerse en duda, el Delito quedaba anulado al considerarle como una violacion del Derecho. No sólo el suicidio no era una accion criminal, sino que recordándose la regla de que *scienti volenti et consensienti nulla fit injuria*, no lo era la muerte del que consiente en recibirla, el robo y el hurto cuando se perdonaba al ladrón, ni en general podia existir ningun crimen ni falta cuando no reclamaba el lesionado: en una sociedad tan inmoral que nose considerase ofendida por la violacion de su Derecho, no habria razon para imponer castigo alguno. Ante tales consecuencias, repugnantes al buen sentido, se buscó la base del Delito en lo que no se reputaba como arbitrario facultativo y renunciabile, esto es, en la idea y pensamiento del Deber.

El estudio, á nuestro entender, más detenido y profundo y más exacto que contiene el LIBRO PRIMERO, nos lleva á afirmar que el Derecho es tan irrenunciabile como el Deber. Formado por el conjunto de aquellas prestaciones necesarias para el cumplimiento del fin, si no puede voluntaria y arbitrariamente faltarse á éste, no pueden excusarse tampoco los medios necesarios para conseguirle. Inherente el Derecho á la persona humana, lo es tan sólo para el cumplimiento de la mision que tiene sobre esta tierra, y para llenar enteramente el Deber. Así, nadie puede renunciar á vivir, á ser honrado, á ser libre, á ser propietario, si la vida le honra, la libertad y la propiedad son condiciones jurídicas, porque no puede renunciar á

ser hombre y á vivir una vida verdaderamente humana. Todos, sin embargo, pueden determinar la forma de estos derechos sin negarlos; y así en la propiedad, por ejemplo, cada uno fija y escoge el modo de ser de la suya, cambiándole por medio del contrato, desprendiéndose de ella para satisfacer por la donacion un legítimo impulso de su alma ó un justo deber, renunciando, por iguales ó parecidas razones, á exigir el cumplimiento de lo prometido; y finalmente, privado hasta por un Delito, de un objeto material de que es propietario, negándose á recibirle y cediéndole en beneficio del ladron. De lo que no puede disponer es del Derecho de propiedad, que ha quedado destruido, negado y roto por el robo y el hurto. De aquí que sea siempre renunciable la responsabilidad civil, y nunca, en los verdaderos Delitos, la criminal.

§ XXXI.

El Delito como violacion del Derecho por actos de la libre voluntad.

El Derecho es un orden ético que ha de ser mantenido por la libre voluntad: por esto se concibe su violacion ó quebrantamiento por la voluntad misma, destinada á cumplirle y hacerle efectivo en la vida.

La violacion de una ley es de igual naturaleza que su cumplimiento; por esto el Derecho, como un orden ético, sólo puede ser quebrantado por actos de la libre voluntad (§ XIII).

Si el análisis hecho ya no nos diese á conocer estos principios, la conciencia universal y la intuicion del sentido comun los afirmaria con claridad innegable. No es, pues, necesario demostrar, que donde no hay capacidad para la libertad, no la hay tampoco para la delincuencia, sino que es preciso definir con completa exactitud en qué consiste el ser libre; pues si bien al examinar la naturaleza

del hombre y las condiciones jurídicas, nos hemos ocupado de este asunto, ni es con la detención suficiente, ni encaminado á determinar cuándo son los actos humanos verdaderamente libres.

La voluntad es una de las facultades que el hombre reconoce en sí propio como fundamentales y que consiste en determinarse en la vida como causa eficiente. La voluntad se aplica á la realización de los actos ó de las acciones que son, por tanto, el resultado de la actividad del espíritu. El sér, ciertamente, no es causa de que piense ó no, de que sienta ó no sienta: pero sí lo es de dirigir su pensamiento y su sensibilidad, lo cual es una acción.

Pero no todos los hechos producidos por una actividad son libres, ni áun siquiera voluntarios. Todo sér que vive y que se determina en el tiempo por diversos estados, como, por ejemplo, la planta, es activo; lo mismo acontece á los animales y áun al hombre en los hechos de su vida vegetativa. Esta forma de la actividad se ha llamado por algunos, tal vez impropiamente, *espontaneidad*.

Los actos en los que el espíritu se muestra como causa son voluntarios, tenga ó no conciencia de ellos, sepa ó ignore que son suyos, y como tales los aprecie y considere. Actos de la voluntad son los que desde su nacimiento verifica el niño, y los del adulto, cuando no presta atención á ellos, como por ejemplo, los movimientos del cuerpo para andar, etc.; y del mismo modo lo son aquellos que se ejecutan ántes de haber podido reflexionar y dirigir la actividad voluntaria, como en el caso de hallarse el hombre sorprendido por un acontecimiento fortuito ó imprevisto. El que por huir de un mal que le amenaza, se expone á correr otro mayor, sin haber pensado, verifica una acción voluntaria aunque inconsciente.

Pero al propio tiempo son actos voluntarios los que verifica el sujeto con completa conciencia de lo que hace, reconociéndose como la causa que los produce, pudiendo

suspenderlos ó continuarlos, dominando así su actividad. La voluntad representa, pues, la actividad propia del espíritu, el espíritu como fuerza viva y operante, que se determina en actos.

Mas esta determinacion—de que siempre el espíritu es causa—puede presentar diversas formas. La voluntad, tratándose de actos del espíritu, constituye el fondo de toda determinacion, faltando sólo el fijar ó caracterizar la forma. Así, cuando á nuestra consideracion se presenta un hecho, al relacionarle con el sujeto de quien proviene, preguntamos primero: ¿le ha ejecutado? y á seguida, ¿cómo le ha ejecutado? La primera pregunta va encaminada á saber tan solamente, si el espíritu ha sido causa de los hechos: la segunda, á definir cómo, en qué manera lo ha sido.

Pues bien; las formas de la determinacion voluntaria pueden ser dos, inconsciente ó consciente, esto es, libre.

En el primer caso, la voluntad es determinada á desenvolverse á impulso de los estímulos exteriores que la tienen encadenada necesariamente. El sujeto que obra no rige y gobierna la actividad de que goza, ni aun al verificar el acto tiene conocimiento de ella, sino que se desarrolla á merced del hecho externo que la pone en movimiento y en el sentido que la marca. De esta suerte se conduce el niño en los primeros años de su vida, en los que aparecen los deseos invencibles, tenaces al mismo tiempo que varios y caprichosos, que no pueden ser combatidos sino por otro estímulo, tambien exterior y sensible, y del propio modo el maniaco juguete de la idea dominante y el animal encadenado por el instinto.

La voluntad inconsciente — tal como ahora la explicamos— no excluye, ántes bien supone cierto grado de inteligencia. Para querer es preciso tener algun conocimiento, más ó ménos completo, de lo que se quiere, pues la vo-

luntad no puede agitarse en el vacío y sin un objeto á que se aplique. En los séres en quienes la voluntad es inconsciente, habremos de reconocer muy á menudo, que ántes de obrar ha precedido un raciocinio más ó menos complicado, y hasta un plan que se observa despues rigorosamente. El pájaro al tejer su nido, el niño y el loco en muchas de sus acciones, sorprenden á veces por la astucia del procedimiento para obtener lo que desean. Mas á pesar de esto, su voluntad no es libre, y puede llegarse á preveer con toda seguridad, cómo han de obrar en circunstancias dadas, bastando para ello el tener el conocimiento completo de los móviles externos y sensibles que los determinan y mueven. Si alguna vez se burlan de nuestra prevision, es porque estos móviles no son enteramente conocidos.

La voluntad será libre, cuando el sujeto que goza de esta facultad, tenga conciencia de sí y de la ley que debe regir los actos voluntarios.

Es consciente el sér que se conoce á si propio, que es íntimo de sí, ó lo que es igual, que no solamente tiene ciertas propiedades, sino además sabe que las tiene. El animal, por ejemplo, es vivo como el hombre, pero no tiene como éste conciencia de su vida; es inteligente, pero ignora lo que es conocer y que tenga esta facultad. El hombre en los primeros años de su existencia se halla en igual caso, y tambien en algunos estados transitorios, como el sueño, la síncope, etc., en los que puede decirse de él con el poeta, *vivit et ipse est nescius vitæ suæ*.

Tambien en ciertos momentos obra el hombre sin libertad, como cuando á impulsos del dolor, prorumpe en un grito, huye espantado ante un espectáculo horrible, contesta una injuria con otra excitado por la sola sensibilidad: en todas estas ocasiones, en el lenguaje comun, se dice que obra inconscientemente, esto es, en un estado en que no tenia conocimiento de sí propio, siendo el grito, la huida

y la injuria, determinados por los hechos, no por la propia voluntad (1).

En consecuencia de lo expuesto, se puede decir que sólo es el espíritu consciente, cuando es capaz de repeler todo influjo exterior, de aislarse del mundo que le circunda y rodea. De este modo el motivo de la determinacion, no se halla fuera del agente, no se encuentra como en el caso anterior en los estímulos sensibles que le tienen encadenado y sujeto. Un peligro que amenaza, un dolor físico, determinan necesariamente al animal á ciertos actos: pero el hombre puede romper esta servidumbre del mundo sensible, hacerse superior á este estímulo, obrar independientemente de él y de una manera absoluta. Por esto no es posible jamás preveer con toda certeza la línea de conducta que seguirá una persona, y de aquí que ni los malos ejemplos ni el temor de un daño, ni la fuerza de un hábito arraigado, excusan por completo sus acciones, porque la libertad sólo por la libertad puede ser atacada.

Mas para que exista libertad verdaderamente, no sólo es preciso conciencia de sí, sino además conocimiento de la regla, ley ó principio que ha de regir la voluntad. El que ignora cómo ha de obrar, cómo ha de conducirse, no puede conducirse ni obrar libremente; y así, en el lenguaje comun de los jurisconsultos, se dice, que no hay libertad sin inteligencia, afirmacion que es verdadera si se entiende por inteligencia conciencia actual de la ley, falsa si sólo por la facultad de conocer, pues entónces el animal es libre porque conoce, delibera y elige.

Entre las leyes y el sér que á ellas se encuentra some-

(1) Preciso es convenir que en el modo ordinario de expresarse en todos estos casos, se dice que obra involuntariamente, pues segun el concepto vulgar, la libertad representa sólo la falta de coaccion, y la voluntad la determinacion unas veces consciente y otras inconsciente. Por esta confusion, imposible de mantener en la ciencia, hemos adoptado la nomenclatura que se emplea en el texto.

tido, existe identidad de naturaleza, pues no son las leyes más que las relaciones necesarias que se desprenden de la esencia misma de las cosas; por eso son como ella constantes en medio de la variedad de sus manifestaciones, ó sea de los fenómenos que rigen.

Toda ley implica además una necesidad, pues no podemos concebir ninguna que no deba cumplirse en el modo que su naturaleza exige; fatalmente unas, libremente otras. El Bien es el objeto de la voluntad como libre (§ VIII), y el realizarle en la vida, sólo por ser Bien, y por tanto conforme á la naturaleza del sér, la ley á que se halla sometido por la propiedad de libertad que le adorna. El Bien es, pues, moralmente necesario para todo sujeto libre; de aquí que la ley aparezca con toda evidencia como obligatoria, sin negar por esto la libertad. El agente, por el contrario, no obrará libremente, sino cuando se determine conforme al Bien, por el sólo respeto á la ley del Bien. En otro caso, léjos de buscar en sí mismo la causa de su determinacion, la busca fuera; léjos de determinarse es determinado; léjos de dominar los impulsos externos que le llevan á ser infiel á su propia esencia y naturaleza, es regido y esclavizado por ellos. La verdadera libertad racional—tal como por ejemplo, la concebimos en Dios—consiste no en poder hacer el bien ó el mal, sino sólo lo primero, *non posse peccare*. El hombre generalmente, no llega sino al grado de libertad, llamada, aunque impropia-mente moral, que consiste en poder no faltar á la ley; *posse non peccare*.

La intuicion de esta verdad se revela á cada momento en el uso comun del lenguaje. Todo el mundo dice: se dejó llevar de la ira, de la venganza, de los celos, cedió al deseo, sucumbió al vicio, y nadie, se dejó llevar de la justicia, de la verdad, cedió al deber, sucumbió á la virtud; y si alguna vez vemos empleada la frase, esclavo de su obligacion, es como hipérbole con la que se quiere

manifestar como la ley se impone al alma del justo á manera de una necesidad, aunque moral.

Teniendo todo esto presente, se comprende el sentido de las palabras *autonomía* y *heteronomía*. Obra autónomamente aquel que sigue tan sólo la ley que reconoce como propia nacida de su naturaleza: heteronómicamente el que sigue una diversa, cediendo á cualquier impulso que le separa de ella: y por esto toda persona con conciencia de sí tiene perfecto derecho á que no se la impida obrar del primer modo.

Equivócanse, por consiguiente, aquellos que aseguran que el Delito es un acto libre del agente: pues léjos de esto su comision revela que el culpable ha perdido su verdadera libertad: que léjos de determinarse por sí ha sido determinado por el móvil impulsivo del crimen. En el supuesto que censuramos, el que más á menudo delinquiera, el constante víctima y juguete de sus pasiones y apetitos, sería el más libre, y el más esclavo el que hubiese llegado á dominarlos de tal modo que nunca faltase á la ley.

La libertad, en el acto del crimen, tiene, pues, forzosamente que entenderse de otra manera, y consistir tan sólo en la propiedad de que goza el autor de poder ó nó afirmar su libertad cometiendo ó nó el Delito: en el *posse non peccare* de que hace poco hablábamos. El que dice, por ejemplo, cuando cometí el homicidio no obré libremente, porque lo hice impulsado por el resentimiento y el deseo de venganza, dice una gran verdad; pero si de ahí quiere deducir que no es responsable, faltará á la verdad y á la lógica. Para conseguirlo, para desconocer ese acto como suyo, tendría que demostrar primero, que no pudo dominar su resentimiento y su deseo de venganza, que no tuvo conciencia de lo que hacia, ó que ignoraba que el matar á sus semejantes es un acto reprobado, lo cual es punto ménos que imposible en la mayoría de los casos. El que es capaz de libertad responde, pues, de haberla perdido, de

haberse hecho esclavo voluntariamente, de ser determinado en vez de determinarse por sí; por esto, al definir el Delito no hemos dicho que es la infracción libre del Derecho, cosa que implica contradicción, sino la infracción del Derecho por actos de la libre voluntad.

§ XXXII.

Imputabilidad, responsabilidad objetiva y subjetivamente consideradas.

Consecuencia de la noción de libertad es la de *imputabilidad*, que tan á menudo juega en todas las cuestiones penales.

Imputar (1) representa un juicio segun el que se afirma que el acto es producido por la determinación del agente capaz de libertad, esto es, teniendo conciencia de sí y conocimiento de la ley ó principio que debía regirle, y en su consecuencia se le atribuye como suyo y propio. No expresa, pues, la simple relación de efecto á causa, como en la actividad espontánea y en la solamente voluntaria, sino la relación de causa ó voluntad libre á efecto por ella producido. Para que se puedan imputar los hechos, es, pues, necesaria la condición, que el agente sea capaz de determinación voluntaria y libre. Por esto se ha dicho que la imputabilidad y la imputación requieren que el hombre que fué autor material del hecho sea al propio tiempo causa moral. Puede suceder, sin embargo, que el autor tenga la cualidad de libre y voluntaria determi-

(1) El verbo castellano *imputar* procede del latino *imputare*; éste se forma de la preposición *in* y del verbo *putare*. La primera entre las muchas significaciones que acepta en composición y fuera de ella, tiene la de *en, dentro, encima*, y por extensión *á cargo de*: el segundo significa *contar*, y también *juzar*, separando lo inútil. Así *imputar*, es formar un juicio sobre un hecho, y separando lo que debe descartarse, cargar á alguien ó ponerle encima el resultado de este juicio.

nacion y no le sea imputable por no haberla desenvuelto y empleado en aquel caso, como acontece en la distraccion, y áun en ciertos estados más ó ménos permanentes, como el sueño y la embriaguez.

Mas al imputar un hecho á su autor, no juzgamos de su mérito ó cualidad con relacion al Bien, si se ajusta ó separa de la ley, sino que afirmamos tan sólo que cae dentro de la Ética, como producido por quien se ha determinado como un sér activo, voluntario y consciente. El vicio y la virtud, el cumplimiento del Derecho como su infraccion, la moralidad como la inmoralidad, son igualmente imputables.

En nuestro idioma, sin embargo, al ménos en el uso comun, se restringe aunque sin motivo la acepcion del verbo imputar, que se toma frecuentemente á mala parte y sólo se aplica á aquellos hechos contrarios á lo debido ó prometido, y que han de traer en pos de sí consecuencias penosas ó desagradables para quien los ejecutó. A pesar de esto, como ni el origen etimológico de la palabra, ni su recto significado rechazan la acepcion más lata de que hablamos mas arriba, en ésta la emplearemos en el curso de esta obra.

Derivado del verbo imputar nace el sustantivo abstracto *imputabilidad*, que no significa otra cosa que posibilidad de imputar.

Mas aunque siempre en la misma acepcion, esta posibilidad puede ó referirse á los hechos y á los actos, ó al agente que los produce: esto es, al objeto ó al sujeto. Claro está que no puede haber actos objetivamente imputables sin un sujeto con capacidad para producirlos, y por el contrario, que todo sujeto que obra libremente causa hechos que le son imputables. Mas cabe que por una abstracion se consideren los actos en sí mismos prescindiendo del sujeto y vice versa.

Es la imputabilidad mirada objetivamente, la propiedad

que tienen ciertos hechos por su propia esencia y naturaleza, de ser producidos por una causa libre, á la cual se le atribuyen como efectos de su determinacion. El amor, el desinterés, el odio, la avaricia, el hurto, el homicidio, el cumplimiento de un contrato, y en general el de cualquier Deber y su infraccion, son hechos imputables. No lo son, por el contrario, las combinaciones de los cuerpos mediante sus afinidades químicas, la vegetacion, la respiracion, el movimiento instintivo, y muchas de las funciones del espíritu, como el recuerdo, el olvido, etc. Cuando los Códigos penales describen el Delito en general, sin el autor, y cada Delito sin tener en cuenta el agente que ha de haberle causado, como el homicidio sin el homicida, la calumnia sin el calumniador, definiendo sus notas ó caracteres esenciales y propios, miran la imputabilidad en los hechos, ó sea objetivamente. Una buena parte del Derecho penal se alimenta, pues, de esta abstraccion que no tiene existencia en la esfera de la vida real, donde no puede haber homicidio sin homicida, ni Delito sin autor.

Es por el contrario la imputabilidad, subjetivamente considerada, la propiedad de ciertos seres, por su propia naturaleza, de producir ciertos hechos que les pueden ser atribuidos como efecto de su libre voluntad. Del mismo modo que, ya filosóficamente, ya en los Códigos penales se considera la imputabilidad de una manera aislada en los hechos, se examina tambien sólo en el agente capaz de producirlos y llevarlos á cabo. Cuando se estudian, por ejemplo, las cualidades necesarias para que haya posibilidad de imputar, cuando se fijan las causas que la destruyen, como la locura, la falta de edad, etc., sin relacion á un acto dado, la imputabilidad se aprecia subjetivamente.

Si mediante la condicion de imputabilidad, los actos son reconocidos como propios por el agente y como suyos le son atribuidos, nace de aquí la idea de *responsabilidad*,

que no consiste en otra cosa que en la necesidad moral á que está sujeta toda persona, de atenerse ó estar á las consecuencias que provienen de sus acciones imputables. Si el efecto está todo contenido en la causa, quien lo ha sido libre y voluntariamente de un hecho debe, por una exigencia racional ineludible, aceptar como suyos los resultados. Y las palabras mismas *responder* y *responsabilidad*, demuestran en su sentido recto y en su origen etimológico, que ha de haber algo á lo que se conteste ó responda (1).

Pero así como el uso dá á las palabras *imputar* é *imputabilidad* un significado mucho más restringido que el que rectamente admiten, lo mismo acontece con las de *responder* y *responsabilidad*, usadas de ordinario únicamente para expresar las consecuencias desagradables ó penosas que siguen á los hechos ejecutados, no los merecimientos ó recompensas que pueden desprenderse de los conformes al precepto de la ley ó al deber. En el curso de nuestro estudio, sin embargo, aceptaremos el significado lato de la palabra, aplicándola á todos los hechos imputables, sean opuestos ó conformes al Bien (2).

La responsabilidad puede tambien ser ú objetiva ó subjetivamente considerada.

Nace la primera de apreciar el hecho imputable en sí mismo, deduciendo de su propia naturaleza, de su mérito ó valor las consecuencias que de él deben originarse y á

(1) Responder viene de las palabras latinas *re*, preposición, que en composición significa de nuevo, á su vez, á su turno, y *spondere*, verbo que significa prometer, obligarse. El que preguntado si aceptaba un contrato respondía, quedaba obligado á cumplirle, si lo ofrecido tambien se le cumplía.

(2) En el lenguaje corriente áun en el jurídico, la responsabilidad no proviene siempre y exclusivamente de ser el autor del hecho capaz de imputabilidad, bastando, respecto al hombre, que se muestre como causa voluntaria aunque inconsciente. Así se dice, que el loco, el niño, el violentado, están sujetos á responder civilmente de actos que no pueden serles imputados. La responsabilidad penal, único objeto de nuestro estudio—no se concibe, sin embargo, sin que concurra en el agente la condición de imputabilidad.

las que ha de estar atendido el autor. Procede la segunda de considerar al propio tiempo el estado ó situacion especial de ánimo en que el culpable se hallaba en el momento de cometer el crimen , para deducir tambien la responsabilidad. Que ambas maneras de considerarla son meras abstracciones, no hay para qué decirlo, pues bien se comprende que no puede haber Delito cuyo autor no se halle en determinada situacion de espíritu al ejecutarle, no pudiendo omitirse este dato al fijar el total de la responsabilidad.

La responsabilidad considerada objetivamente puede dividirse en objetiva *in abstracto* y objetiva *in concreto*.

Aquella consiste en examinar cada Delito en lo esencial y característico, en sus requisitos ó condiciones propias (*essentialia propria*), esto es, lo que hace que la injuria sea injuria, el hurto, hurto, etc., y deducir de ahí la responsabilidad del autor. De este modo se procede, por ejemplo, cuando se marca la Pena correspondiente á cada Delito en los Códigos, y cuando en los libros científicos se discute y se llega á determinar la naturaleza del castigo que cada uno reclama.

La responsabilidad objetiva *in concreto* procede de tener á la vista, no sólo lo propio y esencial del Delito, sino lo vario, lo accidental, lo individual de cada uno: esto es, las circunstancias que en aquel caso le han modificado (*accidentalía*), y apreciar el dato que traen al valuar la responsabilidad, como sucede cuando en el crimen se considera el lugar, el momento, la víctima, la forma de ejecucion y tantos otros hechos que le han acompañado. El aumento ó disminucion de la Pena que como ordinaria y nacida de examinar la responsabilidad objetiva *in abstracto* marcan las leyes, muestra gráficamente la influencia de estas circunstancias y el dato que suministran.

La responsabilidad subjetiva puede mirarse tambien *en abstracto* y *en concreto*; lo primero, cuando se considera

al sujeto en un estado de espíritu, que puede reputarse como el normal y ordinario, no hallándose determinado á la comision del Delito por otro impulso que el que el mismo Delito muestra; lo segundo, cuando se tiene en cuenta la especial situacion de su alma al tiempo de ejecutarle, lo que explica en parte que haya tenido lugar y disminuye la responsabilidad. De esta manera, cuando en un Código se indica qué condiciones ha de reunir todo sujeto á quien se somete á responsabilidad para imponerle la pena ordinaria, se aprecia la responsabilidad subjetiva *in abstracto*: cuando se enumeran como motivos de atenuacion, por ejemplo, la embriaguez incipiente, la edad juvenil, etc., y en su consecuencia se rebaja la duracion ordinaria del castigo, se valúa la responsabilidad subjetiva *in concreto*, á la que Rossi parece calificar con el nombre de culpabilidad especial.

§ XXXIII.

El Delito como violacion consciente del Derecho.

Demostrado queda que el Delito consiste en la perturbacion ó quebrantamiento del Derecho por actos de la libre voluntad.

Mas á poco que se medite, no podrá ménos de convenirse, por la sola intuicion del sentido comun, que no todos los actos contrarios al Derecho, áun limitándose al legislable por el Estado, cuando son producidos por el sujeto con las condiciones de imputabilidad, son criminales. Con la más pura y desinteresada intencion, con el mejor deseo, puede dejarse de cumplir un contrato, de llenar un deber, perturbando el Derecho, sin que por esto se cometa Delito. Alguna nota, pues, además de las ya estudiadas, ha de distinguirle y caracterizarle.

Pensando sobre cuál sea, parece á primera vista descu-

brirse, separando los deberes jurídicos en dos categorías, según su mayor ó su menor importancia y alcance. La infracción de los primeros constituiría el crimen; la falta á los segundos, la perturbación civil. Recapitando después, se ve que no hay orden ninguno en el Derecho, que al mismo tiempo no dé origen su perturbación á un Delito más ó menos grave, más ó menos importante, pero al fin y al cabo Delito. Muéstrase éste siempre como la posición voluntaria del agente frente al Derecho, contraria á sus preceptos obligatorios; y desde el instante que toma tal posición opuesta ó invertida por efecto de actos de su libre voluntad, el Delito aparece guardando cierta relación, por un lado con el valor del Derecho mismo, por otro, con las circunstancias que determinaron al culpable. Y si esto puede acontecer en todas las relaciones jurídicas, no cabe llegar, mediante esta división, á la nota característica que buscamos.

Presentándose de ordinario el crimen, como violenta alteración del orden, también se siente el ánimo inclinado á considerar sólo como Delito el quebrantamiento del Derecho por actos positivos contra él, revistiendo la forma negativa, como resistencia é inacción la falta civil. Y á no dudarlo, este es el punto de vista que toman en general los Códigos penales vigentes. Pero el hallarlo con razón negado en algunos casos en ellos mismos, y sobre todo el aspecto que siempre reviste el Derecho como acción y como omisión (§§ VII y XI), alejan este pensamiento, que encierra, sin embargo, algo de más exacto y profundo que el anterior.

Desesperándose, sin duda, de encontrar dentro de la pura y racional concepción del Derecho una nota característica del Delito, se ha ido á buscar fuera de ella, en lo mudable, temporal y transitorio del precepto de la legislación positiva. El Delito es entonces la inmoralidad, la falta á ciertos deberes de suma importancia, cuyo cumpli-

miento tiene el Estado grande interés en garantir, áun por el medio doloroso de la Pena, por no hallarle suficientemente asegurado por la sancion de las leyes naturales ó civiles. (Rossi, Pacheco, Tissot, Haus, Ortolan, y en general la escuela ecléctica francesa.)

Para otros pura y simplemente—áun dentro de la noción filosófica—no hay Delito en tanto que no venga á declararlo así la ley pública del Estado. (Carrara y algún otro.)

En estos sistemas, faltando un principio que arranque del concepto mismo del Derecho, el Delito no tiene realidad sustantiva: antes bien es creado tan sólo ó porque el interés social en cierto tiempo reclama que algunos hechos sean como tales considerados y penados, ó por la declaracion caprichosa de la ley, careciendo el legislador de una regla ó norma superior y más alta que la voluntad arbitraria, para determinar *à priori* qué actos son verdaderamente criminales. Si el Estado no tuviera interés en castigar el homicidio—como no le tiene en castigar el duelo,—el homicidio no sería Delito; si en un artículo de su Código no se hubiese penado, tampoco lo sería. Y sin embargo, el sentido comun se opondrá siempre á aceptar como justas tales doctrinas, y ha de seguir pensando que hay algo dentro del hecho mismo, que es lo que constituye el Delito en Delito.

En el libro primero de esta obra (§ XIV) quedaron sentadas, á nuestro sentir, las verdaderas bases para establecer la diferencia fundamental entre el crimen y la perturbacion civil: Recordando lo allí expuesto podrá verse, que no consiste en una diferencia cuantitativa (deberes de mayor ó de menor importancia): tampoco en la forma externa de la infraccion (actos positivos ó negativos): en un principio extraño al Derecho y mudable (el interés social): ni en una declaracion arbitraria (la del legislador), sino en la naturaleza misma del acto, considerado en rela-

cion al Derecho, en la posición de la voluntad del sujeto que ha de cumplirle.

El Derecho como ley para la vida, queda desconocido, tanto en la perturbacion civil, como en el crimen. En uno y otro caso, ha sido turbado por actos de la libre voluntad, sin lo cual sería tan sólo una desgracia, no una lesion jurídica. Y claro está que al decir actos de la libre voluntad, entendemos afirmar, no sólo que el autor ha tenido conciencia de sí, sino además de la ley ó del principio que debía regirlos. En este sentido el Delito y la perturbacion civil son igualmente conscientes.

Mas el principio general que debía dirigir la conducta en aquel acto determinado y concreto, ha podido aparecer como verdad á la inteligencia, esto es, ha habido en el agente el conocimiento verdadero del Derecho que debía aplicar: ó por el contrario, aceptándole como ley para la vida reconociendo la necesidad moral de acatarle, dispuesto á traducirle voluntariamente en hechos prácticos, ha podido tener de él un concepto equivocado y erróneo. En el último supuesto, nada de extraño tiene que determinándose la voluntad en tal sentido, resulte el Derecho quebrantado y roto, en la falsa creencia que se realiza y cumple.

Este error puede provenir de varias causas, que dan todas idéntico resultado; perturbacion del orden jurídico sin culpa de su autor.

Es la primera el desconocimiento de un principio de Derecho, bien porque totalmente se ignore, bien porque se haya sustituido por otro falso. Bruto sacrificando á sus hijos, el sacerdote indio mutilándose, todos los hombres, omitiendo un sinnúmero de prestaciones jurídicas á que falsamente no se creen obligados, nos presentan ejemplos de esta forma de quebrantar el Derecho. De ordinario, no suele el hombre sano de espíritu, apartarse del comun sentir y tomar sin culpa y sin la menor intencion de su parte, por justo aquello que como injusto reputan sus contempo-

ráneos; comunmente cae con las preocupaciones de su época, se levanta con sus acertados y exactos conceptos del Derecho, y por esto, cuando se aparta de ellos, suele atribuirse, y con razon, no al error, ni á la ignorancia, sino á lo torcido de su voluntad. En el Derecho positivo no se admite que nadie infrinja la ley sin responsabilidad, por desconocerla, y por tanto, esta forma de perturbacion apenas se concibe (1).

Puede nacer la segunda causa de error, no de la ignorancia del principio, sino de una equivocada aplicacion. En efecto, del principio abstracto y universal del Derecho, es preciso sacar en cada caso, la ley individual y propia por la que ha de ser regido, que es en lo que propiamente consiste la interpretacion y el arte jurídico. Y si esto es en ocasiones fácil, en otras, por la multiplicidad de circunstancias que complican el problema, puede ser árduo y dudoso; con la mayor buena fé, con la intencion más pura, con el propósito más recto, puede entónces perturbarse el Derecho, aplicándole viciosamente. Habrá si se quiere una falta de lógica, un vicio en el razonamiento, deduciendo una consecuencia opuesta ó no contenida en el principio; pero en todo esto no podrá encontrarse ni una falta, ni un vicio en la voluntad, perturbadora sin embargo, del Derecho.

El desconocimiento de ciertos hechos que debian determinar la conducta, el error, tomando por verdaderos los falsos, la equivocada apreciacion de su alcance, pueden llevar tambien en ocasiones á que se aplique un distinto principio y regla, ocasionando con esto la perturbacion jurídica.

De igual modo puede existir cuando conociendo el

(1) Debe hacerse excepcion de las leyes antiguas, cómo las de la Novísima Recopilacion, que excusaban la ignorancia de la ley en la mujer y en el que vivía en despoblado.

agente la ley y dispuesto á cumplirla, se halla en el caso de no poderlo hacer materialmente por carecer de medios: como el obligado al pago que no tiene fondos.

Pues bien; ó esta interpretacion torcida pero sin mala fé, ó este involuntario é inculpable desconocimiento de los hechos, ó esta imposibilidad, es lo que encontramos en todo pleito no temerario ni malicioso. Con esto queda sumariamente descrito lo que puede ocasionar la perturbacion civil.

En ella encontramos como primera nota ó carácter, la afirmacion del Derecho como principio universal y obligatorio para la voluntad. El que ignora el principio ó el que se equivoca al comprenderle y aplicarle, no le niega, no intenta romperle ni sustraerse á su observancia y cumplimiento, pues léjos de esto, si le conociese ó le entendiese bien, se someteria voluntaria y espontáneamente. Mucho ménos le niega el que de un modo explícito le afirma como universal, y sólo le desconoce en su aplicacion, al caso concreto, por no haberle interpretado felizmente, por ignorar los hechos sin culpa suya ó por carecer de medios para llenarle. Así, en un pleito sobre la propiedad de un objeto, hallamos, por parte tanto de uno como de otro litigante, el reconocimiento explícito, evidente del derecho de propiedad individual, sin lo que la contienda no podria existir: esto es, el reconocimiento del derecho de propiedad como principio universal que debe regir las relaciones humanas interesadas. Por esto se ha dicho sin duda que en la perturbacion civil, la infraccion del Derecho sólo es hipotética ó que nace de la hipótesis de tomarse lo falso como verdadero.

La segunda nota que en ella se encuentra, es la de que la negacion del Derecho, como tal negacion, es inconsciente, porque si bien los actos en que consiste no lo son en verdad, no aparece una voluntad opuesta al precepto jurídico, destructora de sus disposiciones, rebelde á ellas, sino por el contrario, obediente y sumisa, pero extraviada y engañada

ó en la imposibilidad de cumplir. De aquí que se diga también que si el Derecho se perturba es sólo indirectamente ó de un modo indirecto, pues resulta contra la intencion y el deseo del agente.

Añádese por alguno, que la infraccion civil aparece siempre cubriéndose con la forma legal, pues en efecto, el mismo que trastorna el Derecho acude muy comunmente á los Tribunales y al poder del Estado, para que amparen, protejan y sancionen lo que en el fondo es una verdadera injusticia. Mas esto no es un carácter y nota distintivos, sino una consecuencia de la buena fé de donde nace y procede la perturbacion. Harto á menudo el verdadero Delito toma, no la falsa vestidura, sino el verdadero traje del Derecho y la forma enteramente legal, sin perder por eso su carácter. El que cree que unas Cámaras ó un Tribunal, ampararán su usurpacion, su robo ó su estafa por ignorancia, pereza ó temor, no convierte la usurpacion en legítimo título, ni la estafa en propiedad porque vea cumplido su deseo: el Delito siempre será Delito, aunque le encubra otro ó una falta civil.

Cuando el principio de Derecho ha aparecido en toda su verdad á la inteligencia, el sér humano sólo puede determinarse en dos sentidos: ó afirma la libertad acomodando los actos á la ley, cuya necesidad moral reconoce y acata, esto es, obra autonómicamente, ó dejándose llevar de impulsos extraños niega su fuerza moral, esto es, obra heteronómicamente. En el primer caso, el Derecho resulta cumplido; en el segundo, violado criminalmente.

Caractéres diametralmente opuestos á la civil presenta, pues, la infraccion criminal. En el Delito se ve en primer término la negacion del Derecho como principio universal y obligatorio. En vano se muestra claro á la conciencia, pues léjos de ser la regla jurídica el precepto cuya aplicacion se hace al caso dado, es la injusticia la que se ha tenido

en cuenta. Sobreponiéndose el criminal á la ley, ésta queda por bajo y sometida á su modo de obrar, en tal manera, que no pueden subsistir á la vez el Derecho y el crimen, y uno de ellos ha de resultar negado en último término. No es el hurto y el robo de un objeto material la perturbacion únicamente de las relaciones que mediante la cosa se establecen entre el dueño y los demás hombres, sino la negacion del derecho de propiedad; no es la herida, la injuria violenta al cuerpo, sino la negacion del derecho de integridad corporal; no es el homicidio la muerte sólo de un hombre, sino la negacion del derecho de vivir. Por esto en el lenguaje vulgar cuando se habla de algun Delito, se dice siempre que es un ataque, no á una persona determinada, sino al Derecho que le sirve de contenido y materia, comprendiendo que cada crimen destroza todo un orden de relaciones jurídicas y áun el Derecho todo. En la lesion criminal hay, pues, una voluntad antijurídica que niega el Derecho, que se levanta contra él, y por tanto no es hipotética sino categórica, no es indirecta sino directa.

Los Códigos penales de todos los países lo han reconocido así, cuando al definir muchos Delitos han empleado las expresiones, el que *á sabiendas*, el que *con ánimo de dañar* ó de *lucrarse*, el que *con intencion de ocasionar perjuicio* ó *en perjuicio de tercero*, y otras semejantes que revelan bien á las claras que la posicion del delincuente frente al Derecho, es afirmarle claramente su conciencia y negarle y violarle con sus hechos. Y si tales fórmulas no se aplican á la descripcion de toda accion criminosa, es porque los actos en que consisten la mayor parte revelan por sí mismos con toda evidencia el ánimo dañado, que las hace completamente innecesarias. No puede decirse, en efecto, sin caer en el ridículo, el que matare con ánimo de dañar, etc., y omítase por tanto expresar el sello característico del Delito allí mismo donde es más evidente.

En el ánimo, en la intencion está, pues, la raíz y el fundamento y carácter distintivo del crimen.

Con completa razon hemos dicho, al presentar su concepto en una forma compendiosa, que es la violacion consciente del Derecho, ó la violacion con conciencia de que se infringe el Derecho.

Tal vez pensará alguno, que con tal definicion ó descripcion se dá al concepto del Delito un alcance extraordinario, de manera que apenas habrá pleito que no deba convertirse en causa criminal, porque el error es ménos comun que la mala fé. Y en verdad que esto es hasta cierto punto exacto. No puede á nuestros ojos dejar de ser Delito, como á los de Rossi, Pacheco y demás partidarios del eclecticismo, la infraccion del Derecho cuando su cumplimiento se halla generalmente garantido con sanciones naturales, como la mutilacion y el suicidio, ó solamente civiles, como la falta al contrato, ó de policia, ni serlo sólo cuando la conveniencia, fundada no sabemos en qué principios, reclame la Pena; pero sí habremos de observar que desgraciadamente muchos crímenes quedan ocultos bajo la forma hipócrita de un pleito. El juez del Estado, la generalidad del público no pueden penetrar en la conciencia, sino por los actos exteriores que la revelan. Por esto, cuando el que sabe que obra injustamente, aparenta con sus palabras acatar y respetar la ley, cuyo respeto no desmienten sus actos, que pueden proceder lo mismo de error que de malicia, el juez no halla materia de Delito, ni el público se alarma, porque desconocen la pervertida voluntad que late bajo la forma de una perturbacion civil. Esto acontece en muchos pleitos. Pero si por cualquier hecho se muestra la voluntad injusta, se convierten entónces por este nuevo elemento, en causas criminales (1).

(1) Preciso es convenir tambien en que las leyes positivas, la falta voluntaria en ciertos contratos, como el depósito, constituye Delito, y no á otros como el

De lo que dejamos expuesto, querrá, tal vez, deducirse, que es condicion indispensable para que exista Delito lo que se llama la intencion criminal ó el dolo, y por tanto, que la culpa y áun la más grave imprudencia no deberia pensarse: mas no sería exacto.

La intencion representa la direccion de la voluntad que se propone el hecho como resultado. Esto acontece cuando hay dolo, siendo el crimen el resultado de la direccion voluntaria de la actividad. En la culpa, la voluntad se propone como fin un hecho, y la infraccion jurídica aparece sin buscarse directamente. Por esto se llama á la imprudencia Delito no intencional.

Mas no puede decirse que el que obra imprudentemente, lo hace sin libertad y sin conciencia del Derecho. Aparece éste á su inteligencia como principio obligatorio que debe aplicar para su vida: pero léjos de poner atencion y estudio para conocerle y desenvolver sus actos conforme á él, le descuida y menosprecia y deja marchar su actividad al acaso y sin regla ni camino. Su voluntad por esto es contraria ó está voluntariamente separada del Derecho, y la conciencia dice bien claro á todo el mundo que es responsable de sus imprudencias, porque dependen de su voluntad. De este principio, jamás negado, ha nacido la antigua doctrina de la ignorancia vencible é invencible, y la teoría romana del *casus, dolus et culpa*, de los Delitos y cuasi Delitos. Y como el orden jurídico no puede mantenerse sino por la cooperacion efectiva, racional y consciente de los hombres, como para conocer el Derecho y aplicarle les ha sido dada la inteligencia, falta, y falta criminal y conscientemente aquel que con su imprudencia le perturba, y con sus hechos le desconoce.

arrendamiento. Pero el progreso del Derecho penal va haciendo entrar en la categoria de delitos la mayor parte de los actos de incumplimiento voluntario de los contratos; véase sino el desarrollo que toman las formas de la estafa en los Códigos modernos.

Claro es que la responsabilidad de la imprudencia, áun la mas temeraria, jamás igualará á la del Delito, y que irá disminuyéndose á medida que la falta de atencion sea ménos grande y ménos dependiente del sujeto.

§ XXXIV.

Elementos del Delito.

En toda relacion jurídica se halla siempre un sujeto que reclama, otro que presta y cumple, y la relacion misma el modo de obrar, ó la prestacion, en la que consiste el contenido de aquel particular derecho (§ VII). Esto es lo que puede llamarse, los elementos de la relacion jurídica.

En el Delito se dan igualmente estos elementos: para que exista, son en efecto necesarios: 1.º, un sujeto, que debiendo prestar la condicion jurídica, la niegue con sus actos positivos ó negativos; 2.º, un sujeto, á quien debiendo serle prestada, se le niegue y quebrante; 3.º, una relacion entre ambos, que consiste en la violacion ó quebrantamiento; ó lo que es igual, una manera de conducirse el primero respecto del segundo, opuesta, contradictoria con lo que el Derecho exige.

De aquí que hallemos necesariamente en todo Delito, un sujeto activo ó agente, un sujeto pasivo, paciente ó víctima, y la materia, el contenido del crimen mismo. Sin el primero no hay Delito, porque no hay delincuente; sin el segundo tampoco, porque no hay persona á quien el Derecho condicione y ayude; y por último, sin la relacion jurídica entre ambos, no puede concebirse de ninguna manera, porque falta la base ó la condicion, que es al propio tiempo la del crimen.

Si nos preguntamos ahora en qué orden lógico se presentan estos tres elementos y en cuál, por tanto, deben ser analizados y estudiados, hallaremos que no es el mismo que

el que se acaba de consignar para más fácil inteligencia del asunto.

Lo primero que aparece, es la materia ó el contenido del Delito, esto es, la relacion que liga á los sujetos. Esta en verdad, determina luégo la posibilidad ó nó de que exista ó se dé entre las personas, que en la relacion entran, y sus cualidades y condiciones. Conocida la materia, se presenta despues quién puede cometerle, y luégo contra quién, esto es, los sujetos activo y pasivo.

CAPITULO SEGUNDO.

DE LA MATERIA DEL DELITO.

§ XXXV.

De la materia del Delito en general.

Sólo la perturbacion ó violacion del Derecho constituye Delito, y sólo la perturbacion ó violacion del legislable por el Estado puede constituir el que éste se halle autorizado para castigar: el Derecho, pues, forma el contenido y materia de toda infraccion criminal. Mas siendo su contenido y materia, no en estado de cumplimiento sino por el contrario en el de violacion y falta, cabe preguntar cuándo, cómo, en qué manera tienen lugar la violacion y la falta.

Es el Derecho, segun repetidamente se ha expuesto, un orden ético que ha de ser mantenido por los actos de la voluntad humana; por tanto, sólo puede ser quebrantado, desconocido y roto por actos tambien de la libre voluntad.

Pero el Derecho legislable por el Estado, á diferencia de aquel que cada uno ha de cuidar de cumplir por sí y para sí, es externo y se manifiesta por hechos exteriores. Para que aparezca materia de Delito, son necesarios, pues, hechos de la libre voluntad humana, que caigan bajo la jurisdiccion externa; esto es, que se hayan manifestado fuera del círculo íntimo de la conciencia.

Pero si hay conformidad casi completa entre todos los

pensadores respecto á que es indispensable un hecho exterior y sensible del agente, nótase una gravísima discrepancia en cuanto al modo de apreciar el valor y el papel que representa y juega en el crimen.

Muchas escuelas, todas las de los ecléticos franceses, que empezando en el ilustre Rossi concluyen en Tissot y Ortolan; la mayor parte de las italianas, que no se separan mucho de ellas, y la de los juriconsultos españoles, que no han bebido de ordinario en mas fuentes que las dos indicadas, conceden al acto externo un valor propio y sustantivo. Partiendo unos abiertamente, otros de un modo más disimulado y oculto, de la doctrina de Rossi, sostienen, que para que haya Delito es indispensable que se cause un mal ó un daño material.

Divide este autor el mal, en físico, moral y mixto. Es el primero, el producido por una causa ciega y fatal, como una peste, el incendio ó la muerte causados por un rayo. Es el segundo, la falta á un deber que no turba de un modo sensible el orden material, ya sea en perjuicio del infractor, de otra persona ó de la sociedad civil, como una viciosa costumbre. El mixto participa de ambos caractéres no muy bien definidos, mezclándose ambos males de un modo ya igual ya desigual, como en un bofeton dado por un hijo á su padre, en la peste introducida en el país por impericia del director de un lazareto.

Tomando por base esta distincion, ó aceptándola sin consignarla claramente, no determinando la esfera propia del Derecho penal del Estado, y confundiendo la parte política con la verdaderamente filosófica, se ha formado una doctrina que corre entre juriconsultos y letrados como inconcusa é inatacable y constituye el fondo de todos los comentarios, de los Códigos, de los fallos de los Tribunales y de las discusiones académicas, á saber: para que haya Delito es preciso que concurren mal moral y mal físico para constituir el mal mixto; la intencion sin re-

sultado no es Delito; el resultado sin la intencion tampoco.

Son entre otras consecuencia de esta doctrina , que no habiendo crimen sin un daño fisico y una perturbacion del órden material, no es punible ningun hecho que no sea de ejecucion. Lícito es, por tanto, proponer públicamente, excitar, concertarse y prepararse para la comision de cualquiera clase de crímenes áun los más atroces, pues todos estos hechos, por censurables que sean moralmente, no han introducido ninguna alteracion sensible en el órden material , y en tanto que no haya muerto, herido, ó de otro modo lesionado físicamente, el Estado no puede intervenir. De esta suerte, la más dañada, la más perversa intencion demostrada de una manera indudable áun por hechos externos de ejecucion , no es Delito á los ojos del Estado si se hace ver que es imposible conforme á las leyes de la naturaleza, que produzcan el daño material que se buscaba. Así, por ejemplo, no es criminal el que dá de puñaladas al cadáver pensando que es un hombre vivo á quien intenta matar, ni tampoco el hijo que procura privar de la existencia á su padre, empleando para envenenarle nitro ó azúcar, firmemente persuadido que con ellos se puede producir la muerte ó confundiéndolas con el arsénico. En todo rigor—y así lo sostiene alguno,— no debe pensarse siquiera en la existencia de Delito, cuando el daño material, aunque posible, no ha resultado por causa independiente de la voluntad del autor, siendo necesario para que deba castigarse, que se cause, por ejemplo, en el homicidio intentado lesion ó herida: y en realidad la injuria, la calumnia, el desacato, muchos ataques contra la honestidad, no deben ser mirados segun tal teoría como acciones punibles , porque son completamente inmateriales y no producen más que mal moral.

Son tambien consecuencias de tales principios —si este nombre merecen— el que tratándose de apreciar y valuar

el Delito, se tengan á la par presentes el mal llamado moral y el físico, pero de un modo muy diverso. El primero se considera tan sólo para determinar la imputabilidad del hecho; por esto donde no existe mal moral, no hay persona á quien se declare responsable: y el segundo, para graduar el valor de esta responsabilidad representada por la Pena. De este modo el Delito frustrado, que sólo puede distinguirse del que se consumó en la exterioridad del daño, se castiga ménos severamente, reconociéndose, sin embargo, que la perversidad es idéntica en un caso que en otro. Asimismo en muchos crímenes, en que la perturbacion material puede ser mayor ó menor segun los casos, á menudo por hechos puramente casuales y por tanto independientes de la voluntad del autor, la Pena aumenta ó disminuye segun este daño es más ó ménos considerable. Tal acontece, por ejemplo, en las lesiones cuando se califican de graves, leves ó de simples faltas, segun el tiempo que necesitan para curarse, segun quedó ó no deforme el lesionado; en los daños por su menor ó mayor extension: en los Delitos contra la propiedad cuando se mira la cuantía del objeto hurtado ó robado, como dato que exclusivamente se ha de consultar, y algunos otros. Fáltase por el contrario á la lógica y á los principios, cuando en otros crímenes se desprecia lo físico para atender á lo inmaterial, por ejemplo, en el desacato de hecho, pues el bofeton como lesion al empleado público que ejerce autoridad, no tiene valor en sí.

Al examinar tal teoría, se comprendè desde luego, que aunque pretenda negarse, el Derecho es considerado como un órden material. El órden, en efecto, no se perturba sino por actos ó hechos de naturaleza idéntica á la que constituye su esencia propia; el físico no puede ser turbado por actos espirituales, y al contrario; y por consiguiente se determinará con toda seguridad cuál es la naturaleza de una ley cuando se fija qué actos son capaces de lesionarla

y herirla (§ XXXI): si pues algo de físico es esencial al Delito, algo de físico es esencial al Derecho.

Demostrado queda en el primer libro de esta obra—especialmente cap. II—que el Derecho no puede ser mirado sino como un orden espiritual y ético destinado á ser realizado y mantenido por la voluntad humana. Por eso consiste en condiciones dependientes de la libertad, y por esto sólo es perturbado por actos ó por hechos de la libre determinacion, en la cual únicamente es donde el Delito se encuentra, no en la parte exterior y tangible. *In maleficiis* se ha dicho desde antiguo, *voluntas spectatur non exitus*. El homicidio no consiste en la muerte de un hombre á quien puede privar de la vida la naturaleza y un accidente fortuito sin crimen, sino en haber quien sea capaz de asesinar á su semejante; así se concibe sin que nadie muera.

Por otra parte, muchos hechos universalmente reconocidos como Delitos son incapaces de producir—al menos directamente—un mal físico, careciendo, por tanto, de ese cuerpo material y tangible que en otros se considera como esencial. Ya se ha hecho notar que la injuria, la calumnia, el desacato á la autoridad, la rebelion y sedicion, á veces el falso testimonio y tantos otros, son hechos completamente espirituales sin contener perturbacion alguna que caiga bajo la inspeccion de los sentidos.

Al propio tiempo debe notarse, que rara vez un mal puramente moral deja de producir perturbaciones materiales. El amenazado ve cohibida su libertad exterior; el injuriado y calumniado, disminuido su crédito; una sublevacion incipiente amengua considerablemente la confianza en el Estado, y se traduce por un descenso en la riqueza pública. La alarma y el mal de tercer grado, de que tanto habla Bentham y que en gran parte sirve dentro del sistema para caracterizar el hecho como Delito y justificar el castigo, no es otra cosa que un mal puramente espiri-

tual producido por hechos de igual índole ó materiales y tangibles. La ciencia y el sano sentido comun desechan pues de consuno la diferencia de males que quieren establecerse como fundamental y se oponen á admitir la teoría que examinamos.

Pero si como se indicaba al principio de este párrafo, para que exista materia para el Delito dentro de la esfera del Estado, son necesarios hechos que caigan bajo la jurisdiccion externa, y que salgan de la esfera íntima de la conciencia, ¿qué papel representan estos hechos? ¿cuál es su significado?

El hecho exterior y sensible no tiene valor en sí, propio y sustantivo; tiénele tan sólo como signo, como expresion y manifestacion de la voluntad antijurídica ú opuesta al Derecho. Al interior del hombre, al conocimiento de su voluntad, no puede llegarse en la tierra sino mediante el hilo conductor de sus acciones. Sólo cuando abre su alma por sus actos, entendiéndose entre ellos sus palabras, es cuando cabe el penetrar dentro de ella, conocer su intencion, su voluntad y su deseo; en suma, lo interno é inmaterial, que es lo que va á buscar y va á apreciar el juez en la esfera del Derecho legislable por el Estado. Existe Delito ciertamente en el foro interno desde el instante que hay intencion decidida de cometerle, mas sólo aparece violada la justicia exterior cuando esta resolucion es dada á conocer por hechos del mismo criminal ó de otro. Hasta tanto que esto sucede, el libro de la conciencia permanece cerrado para el juez y para los miembros todos de la Nacion. El órden jurídico, como bien de que todos gozan, aparece incólume todavía, en la creencia de que no hay voluntad alguna que intente perturbarle: la violacion resultará al instante que la triste realidad de los hechos demuestre de un modo indudable la falsedad del supuesto de que se partia, y cuando se vea claramente que hay personas capaces y decididas á levantarse contra el Derecho y á romperle y

desconocerle. Para que esto acontezca no es necesario un mal exterior ó físico, bastando que la conducta del agente dé á conocer de cualquier modo su ánimo ó la intencion antijurídicas.

Y por muchas causas, en verdad, puede suceder que se adquiriera tal convencimiento, sin que llegue á causarse lesion en el órden sensible. Unas veces el acto es incapaz de producir este efecto, como la calumnia, el desacato, etc.; otras, por el estado á que llegó, que fué intentado sólo ó frustrado; opondráse otros la naturaleza misma por imposibilidad absoluta, como la de matar al muerto. En todos estos casos, lo mismo que los de ejecucion del proyecto, el hecho exterior existe, pero el daño puede ó no existir, y sin embargo, siempre se hallará el Delito en lo íntimo de la conciencia y en la perversa intencion del criminal que se ha puesto de manifiesto por su conducta y por sus actos.

Y esta manera de considerar los hechos externos, sólo como expresion de la interior voluntad del hombre, y no dándolos un valor propio, no es ciertamente exclusiva del penal, sino por el contrario, comun al Derecho todo, cualquiera que sea la esfera en que se la mire; ante él sólo lo interno, sólo lo que contiene la voluntad libre del hombre, sólo lo inmaterial tiene verdadera importancia. Los hechos son pues jurídicos en cuanto son la expresion de esa voluntad, que unas veces revelan expresamente, que otras las leyes suponen, salvo prueba en contrario, pero que siempre tienen en cuenta. La posesion, en efecto, no consiste en la simple tenencia del objeto, que es lo material, sino el *animus domini*, que es lo inmaterial; la prescripcion no se causa por la posesion continuada si no hay inteligencia en el que intenta prescribir; el contrato no es válido, aunque exteriormente sea inatacable, sin causa justa y sin fin lícito; para ser comerciante se necesita la intencion de obtener lucro, y no hay final-

mente hecho alguno que sea apreciado como jurídico, en el que no se vaya al interior de la voluntad.

Considerado de esta manera el hecho externo, no tiene valor propio, ni propia sustancia, y cuando se trata del Delito, no hay que pararse en él para apreciarle aisladamente. El acto exterior tanto vale y tanto significa, como valga y signifique la voluntad antijurídica, de que es mera expresion y signo. De aquí que si se nos preguntase cuándo hay materia para el Delito, esto es, cuándo en un acto de la libre voluntad hay un contenido criminal que deba castigarse por el Estado, nuestra contestacion á la luz de los principios sentados no será otra, sino que la hallaremos tan pronto como actos ó hechos nos demuestren que la voluntad del criminal está decididamente determinada en sentido opuesto ó contrario al Derecho que ha de hacerse efectivo y exigirse por la coaccion.

§ XXXVI.

De los varios estados en la vida del Delito, comunmente generacion del Delito.

No es el Delito un hecho indivisible, sino que se desenvuelve en el tiempo por actos sucesivos: este proceso constituye lo que puede llamarse su vida, y que se ha denominado, á nuestro entender con más impropiedad, *su generacion*. Hasta llegar á consumarse y perfeccionarse, en efecto, ha debido ir pasando por diferentes estados, en los que se le puede contemplar y reconocer á los distintos fines del Derecho penal. La resolucion nos presenta el crimen en un estado diferente que en el de preparacion, y ésta que en el de tentativa: y así como el individuo es el mismo, bien se le mire en la infancia, en la edad juvenil ó en la adulta, lo propio acontece con el Delito, que siempre es idéntico, aunque diverso el desarrollo de su vida.

Pues bien, si queremos conocerla, lo primero que detendrá nuestro pensamiento y reclamará nuestro análisis, serán las funciones que desempeña la voluntad.

Claro está que éstas no se diferencian de las que tienen lugar tratándose de producir cualquier otro acto, y suponiéndolas conocidas por la psicología, podemos decir que son tres fundamentalmente, conviene á saber; la *disposicion*, tendencia que revela una inclinacion secreta del alma hácia el crimen; la *deliberacion*, que representa la lucha de la libertad contra el impulso extraño que intenta subyugarla, y últimamente, la *resolucion*, que muestra actividad decidida en el sentido del quebrantamiento del Derecho. Mas si estas tres funciones han de existir necesariamente en todo acto de la libre voluntad, puede pasar el espíritu súbitamente de la primera á la última, ó permanecer largo espacio y con largo trabajo en la resolucion ya formada, pero pensando maduramente en los medios de realizarla. De aquí los Delitos instantáneos y los Delitos premeditados.

En el lenguaje comun del Derecho penal, la disposicion, la deliberacion y la resolucion, son conocidas con el nombre de actos internos y no con propiedad, pues al par que todo hecho ético ó moral tiene forzosamente que ser interno, todos ellos pueden revelarse exteriormente, tener una manifestacion corpórea y entónces no puede sostenerse la denominacion que ha querido dárseles. La amenaza simple, por ejemplo, no es otra cosa que la resolucion de causar un daño, dada á conocer á la víctima y á pesar de haber salido á lo exterior, no representa más que la funcion de la voluntad que llegó á resolverse, sin haber pasado todavía ni á ejecutar ni áun á preparar lo decidido.

Formada la resolucion de cometer el crimen, la voluntad no se retira para ceder su puesto á los hechos materiales, sino que persiste y los dá vida hasta su completo perfeccionamiento. Por larga que sea la ejecucion de un Delito,

aunque se suspenda ó aplace, no se presentan nuevas funciones de la voluntad, sino que todos los actos que la constituyen no son otra cosa que consecuencias de haberle resuelto y decidido.

Son estos actos varios y diversos, clasificándose ordinariamente en *actos preparatorios y de ejecucion*. Los preparatorios, como su nombre indica, son aquellos hechos apropiados ó aptos para la ejecucion de un Delito, pero sin constituir todavía los esenciales y propios. Subdivídense generalmente en morales y materiales. Los primeros no pertenecen á los hechos puramente sensibles, como la conspiracion, la proposicion, el consejo, el concierto de diversas voluntades é inteligencias para el crimen. Los materiales se muestran en hechos externos, como la eleccion de los instrumentos, reconocimiento del lugar, etc.

Difícil, cuando no imposible, es distinguir los actos preparatorios materiales de los de ejecucion. La nota más distintiva que puede señalarse es la que aislados ó separados de la intencion de donde proceden y del fin al que sirven de medios, aparecen completamente inocentes, á diferencia de los de ejecucion, que revelan por sí propios su naturaleza criminal. Quien compra un arma ó un veneno, se disfraza, fabrica una llave ganzúa, puede hacerlo para cometer un Delito ó para un uso lícito. Pero á medida que la preparacion se acerca al crimen, es más difícil explicarlos como actos enteramente inocentes, hasta el punto que llegan á confundirse con los de ejecucion.

Consiste ésta en la práctica de aquellos hechos constitutivos, ó que contengan los requisitos propios de cada Delito (§ XXIX). Así, el robo consiste en ejecutar actos que den por efectivo resultado apoderarse de lo ajeno contra la voluntad de su dueño, empleando violencia en la persona.

Si el Delito se forma de varios actos, puede presentarse ó como intentado ó como completo.

Es tentativa la ejecución de alguno pero no de todos los requisitos ó condiciones esenciales de un crimen, faltando para completarle y perfeccionarle algo esencial y constitutivo dependiente de la libre voluntad del agente ó que este pensaba ejecutar. No es pues tentativa aquel estado ó momento en el que el Delito no se perfecciona por una imposibilidad de cualquier clase incapaz de ser vencida por la voluntad, como la de envenenar con azúcar ó quitar la vida á un tronco de árbol que en la sombra se tomó por un hombre.

El Delito puede no pasar de tentativa ó por desistimiento voluntario del autor, ó por causas ajenas á su voluntad y su deseo, y aunque la una y la otra causa harán que se aprecie en distinto valor, en ambos casos ha habido verdadero intento de cometerle.

El Delito existe como completo (*perfectum delictum*) desde el instante en que ha practicado la voluntad los hechos que habian de contener en sí todas las condiciones ó requisitos esenciales: cuando la voluntad hizo todo lo que juzgaba indispensable y preciso para cometer el crimen, éste se halla terminado y completo.

Pero tal vez los actos no dieron afortunadamente el resultado que esperaba su autor por cualquiera causa ajena á su deseo, y el Delito completo subjetivamente, pero objetivamente imperfecto, se dice *frustrado*.

La frustración puede proceder: 1.º, de imposibilidad absoluta de medio afín, esto es, que sin trastorno de las leyes de la naturaleza, empleando tales procedimientos, sea imposible que el crimen resulte: 2.º, de imposibilidad relativa, de manera que sea difícil que acaezca en el modo regular de las cosas, aunque no completamente imposible: 3.º, de hecho puramente accidental ó casual. Matar ó herir á un hombre con una pistola á mil metros de distancia es hoy imposible, difícil, casi imposible á ciento, á diez muy fácil.

El análisis que acabamos de hacer del Delito desde su nacimiento hasta su terminación, puede presentarnos los datos para responder á estas dos preguntas. ¿En qué estado constituye violación del Derecho ó es verdadero Delito? ¿Cuál es el valor que tiene según se le considere en cada uno de los diversos momentos?

Para contestar á la primera pregunta, bastará recordar los principios que venimos demostrando. Desde el instante que se revela evidentemente una voluntad, que lejos de acomodarse al Derecho del Estado, se muestra decidida contra él, dispuesta á perturbarle y violarle exteriormente en una de sus relaciones, existe el Delito. Ni la disposición á cometer el crimen, que puede perturbar un momento la conciencia del hombre más honrado que se apresta á combatirla, ni la deliberación que contiene la lucha entre la libertad que tiende á afirmarse venciendo el extraño estímulo, presentan la voluntad todavía como opuestas y trastornadoras del orden jurídico. Aun conocidas, pues, áun confesadas, áun evidentes para todos, no constituyen Delito, no es el Delito en ninguno de los momentos de su existencia, pues el Derecho y la libertad pueden aún salir triunfantes de un combate que nadie puede afirmar que nunca tendrá que sostener.

Mas la resolución firme presenta la voluntad determinada injustamente y opuesta á la ley que debía mantener y aceptar como regla de sus hechos, y por tanto, como violando el Derecho conscientemente. En la resolución, pues, cuando es conocida, empieza el Delito que concluye con la consumación.

Generalmente, siguiéndose la doctrina de Rossi, con más ó menos exageración, se asienta como cosa inconcusa que el Delito legal no existe ni cae bajo el poder del Estado, sino cuando empieza á ejecutarse, considerando como actos inocentes ó al menos lícitos y permitidos, la resolución decidida y todos los preparatorios. Tal afirma-

cion, sin embargo, como veremos luego, se niega, aunque parcial é incompletamente, en la mayoría de los Códigos vigentes por un presentimiento del verdadero Derecho superior á las sistemáticas conclusiones de la Ciencia penal. Y puesto que nuestro modo de pensar contradice el comun y tradicionalmente admitido, preciso es insistir algun tanto en su fundamento, empezando por consignar algunas advertencias prévias, que limiten el verdadero terreno donde habremos de movernos.

Es la primera que hablando de Derecho penal, suponemos los hechos completamente conocidos. No se trata, pues, de si es fácil ó no conocer las resoluciones criminales, y hacerlas constar ante los jueces ó jurados; tampoco si puede llegarse á saber con toda certeza el propósito que encierran los actos preparatorios; lo uno y lo otro, que corresponde al Derecho procesal, debemos darlo por evidenciado y preguntarnos ¿la resolucíon de cometer un Delito y los actos preparatorios, cuando son conocidos, deben castigarse por el Estado?

Es la segunda, que la cuestíon debe aquí resolverse con arreglo á los principios inmutables de la filosofía del Derecho y no dentro de la política penal, que puede hacer indispensable que en un momento y en un pueblo no sean castigados, ni las resoluciones conocidas ni los actos preparatorios, teniendo en cuenta condiciones puramente históricas.

Es, finalmente, la tercera, que no debe confundirse la cuestíon del castigo que los actos preparatorios y la resolucíon merezcan y que puede ser muy pequeño, con la de si deben ó no considerarse como criminosos.

Hechas tales advertencias, resolvamos la cuestíon conforme á los principios que consideramos como verdaderos.

Si la lesíon, lo mismo que el cumplimiento del Derecho, consisten sólo — segun queda demostrado — en las

determinaciones de la voluntad, si los hechos externos son únicamente signos de ellas, careciendo de valor propio y sustantivo, luego que el firme propósito sea conocido, hay infracción del orden jurídico. Cada uno, recogiendo dentro de su conciencia, habrá de confesar que es culpable desde el momento que decidió el Delito, y cada uno al tener noticia de esta resolución encontrará amenazado y lesionado su derecho en pequeña escala, si se quiere, pero de un modo indudable. Aquel á quien se amenaza con causarle un daño en su persona ó en sus bienes, experimenta en el temor un mal, ve cohibida su libertad, cercenadas en más ó en menos las facultades de que gozaba. Y si á esto se sigue que sabe que se preparan los medios y los instrumentos para llevar á cabo lo resuelto, aumenta su justo temor y se disminuye su confianza de que será su derecho mantenido. ¿Qué otra cosa más que esto es la alarma que tan importante papel ha jugado en la ciencia penal después de los delicados análisis de la escuela de Bentham? Tal estado antijurídico reclama, pues, imperiosamente la Pena.

Las mismas legislaciones positivas lo han reconocido así, aunque de un modo parcial é incompleto, no sólo dentro de la penal, sino de la civil. La llamada *acción de jactancia*, que nuestro Derecho conserva, es una prueba. Por ella aquel que se veía turbado en la propiedad de sus bienes, no por actos materiales, sino por la afirmación que otro hacía de que eran suyos, podía obligarle á que presentase demanda en forma ó guardase silencio en adelante. Equivale esto á reconocer expresamente que el derecho de propiedad y posesión quedan legal y externamente lesionados cuando se niegan con las palabras, aunque no se perturben con los hechos. Y si el sólo anuncio de promover un pleito constituye una perturbación civil del Derecho de propiedad, sin injuria á la lógica y al buen sentido, no puede menos de considerarse que la firme re-

solucion de cometer un robo cuando es conocida, entraña ya una lesion criminal.

Más numerosos y elocuentes son todavía los ejemplos que pueden presentarse en esta esfera del Derecho. La conspiracion y la proposicion, actos puramente morales que no perturban de un modo sensible el órden material, son y han sido considerados como penables en muchos Códigos, ya generalmente, ya en relacion á ciertos crímenes (1); la resolucion de subvertir el órden público ó hacer traicion á la patria, como delitos (2), y apenas hay país que no castigue, más ó ménos gravemente la amenaza, sea ó no condicional, hecha de palabra ó por escrito (3).

La amenaza, sin embargo, no es un Delito peculiar, sino un estado en que pueden encontrarse todos, pues no consiste en otra cosa que en la resolucion de causar un daño dado á conocer á la víctima. Así cambia su naturaleza segun varía el mal con el que se amenaza, y unas veces es contra la honra, otras contra la propiedad, otras contra la vida y la integridad corporal. Y si como parece afir-

(1) Artículo 4.º del Código penal español de 1850 y de 1870. — Art. 153 al 160 del Código penal italiano de 20 de Noviembre de 1859. — Arts. 89 y 90 del Código penal francés de 1832. — Arts. 63 y 64 del Código prusiano. — Arts. 107 y 108 del Código del Brasil.

(2) Artículo 82 á 84 del Código penal de la Confederacion de la Alemania del Norte de 31 de Mayo de 1870. — Arts. 168, 169 y 182 del Código penal español de 1870. — Art. 85 del Código penal de la Confederacion de la Alemania del Norte. — Art. 171 y siguientes del Código portugués. — Arts. 124 y 125 del Código Belga, promulgado en 8 de Junio de 1867.

(3) Artículos 507 y 508 y casos 3.º y 4.º del 604, Código penal español. — Arts. 431 y 432, caso 2.º del 686, Código penal italiano. — Arts. 161 y 162, Código de las Dos Sicilias. — Art. 362 del Código toscano de 1.º de Setiembre de 1853, con las variaciones de la ley de 1.º de Abril de 1856. — Arts. 305, 306, 307 y 436 del Código francés. — Arts. 212 y 213 del Código prusiano. — Art. 2.º, caso 4.º, y art. 207 del Código del Brasil. — Art. 248 del Código de Baviera. — Arts. 488, 827 á 331 del Código penal Belga. — Arts. 126, 180 y 241 del Código penal de la Alemania del Norte. — Art. 379 del Código penal portugués.

marse por el sitio en que le colocan los Códigos, se quiere considerar siempre como un ataque á la libertad externa, entónces todos los Delitos por comision se reducen á una sola clase, pues no hay ninguno que no consista en una injusta limitacion puesta al desenvolvimiento exterior de la libertad.

No sólo la resolucion y los actos preparatorios morales se castigan, sino tambien muchos preparatorios materiales. El poseer fabricar ó vender armas, además de impedirse por el sistema preventivo, se castiga como falta ó Delito (1), igualmente que la venta sin licencia de sustancias venenosas ó abortivas (2), el tener llaves ganzúas, el fabricarlas y venderlas (3), el llevar mecha encendida cuando aparece que es con ánimo de incendio (4). Además, en la manera de describir muchos Delitos se ve de un modo evidente que se pena el acto preparatorio. La teoría aparece, pues, vencida por otro más conforme al principio del Derecho, y por la práctica universal de los países civilizados.

(1) Capítulo IV, libro II del Código penal italiano.—Art. 314 del Código penal francés.—Art. 497 del Código de Cerdeña de 15 de Enero de 1840.—Art. 150 del Código de las Dos Sicilias.—Art. 372 del Código prusiano.—Arts. 117, 119 y 120 del Reglamento romano de 1.º de Noviembre de 1832.—Arts. 87, 88, 89 y 90 del Reglamento de policía punitiva de Toscana.—Arts. 316, 317, y 318 del Código Belga.—Art. 360, caso 2.º, art. 367, caso 9.º del Código penal de la Alemania.—Art. 253, párrafos I y II del Código penal portugués.

(2) Artículo 406 y siguientes del Código penal italiano.—Art. 345 y siguientes del austriaco.—Art. 141 á 143 del toscano, 241 y siguientes del Reglamento romano.—Arts. 248 y 249 del Código portugués.—Art. 367, caso 5.º del de la Alemania del Norte.

(3) Artículos 528 y 529 del Código español de 1870.—Art. 646 al 649 del Código penal italiano.—Art. 669 al 698 del Código sardo, de 15 de Enero de 1840 y 469 del Código austriaco del 1.º de Marzo de 1852.—Art. 201, párrafo I, art. 202, párrafos I y II, 208 y 204 del Reglamento punitivo de Toscana.—Art. 399 del Código francés, ley de 1.º de Junio de 1863.—Art. 488 del Código belga.—Arts. 443 y 444 del Código portugués.—Art. 367 número 3.º del Código de la Alemania del Norte.

(4) Artículo 472 del Código penal español de 1848 y 1850.

En vano quiere decirse que castigando la resolución de delinquir y los actos preparatorios, se autorizan inquisiciones odiosas incompatibles con la libertad, violando el secreto de la conciencia y penetrando en este terreno vedado á la jurisdiccion de los Tribunales.

Demostrado queda que el juez siempre y más en lo criminal, penetra en el terreno de la conciencia y en el secreto de las intenciones, y es excusado repetir lo ya expuesto; pero sí debemos hacernos cargo de lo que se refiere á lo odioso de la inquisicion que se dice que se autoriza por las doctrinas que sostenemos.

El sistema de inquisitivo busca siempre como firme y casi único apoyo de la prueba la confesion del reo. Por un contrasentido que no es del caso explicar, la procuraba y creia alcanzarla por el sufrimiento y dolor del acusado, obligándole á manifestar lo que guardaba su pecho. Por esto el tormento, la confesion con cargos, bajo juramento y aún con simple promesa de decir verdad, pertenecen al sistema inquisitorial, y deben considerarse como violacion del secreto de la conciencia y negacion del principio de *cogitationis pœna nemo patitur*. Pero no es violacion del secreto de la conciencia ni pertenece al sistema inquisitorial el hacer que consten los hechos externos por los medios ordinarios de prueba, apreciarlos, penetrar mediante ellos en la intencion que los produjo, exigiendo la responsabilidad al autor, que es lo que se practica en todo proceso criminal. No hay que olvidar, por otra parte, que se trata del Delito dentro del círculo del Derecho legislable por el Estado, cuya esfera de accion se halla limitada por los demás círculos de vida, como el individuo, la Familia, el Municipio, la Iglesia, la sociedad moral, etc., en los cuales no puede penetrar sin injusticia.

Por no haberse seguido los principios que consignamos, se ha caido en el absurdo por un lado, de exigirse un principio de ejecucion del crimen que puede ser ántes extir-

pado de raíz, y por otro de mirarse siempre y castigarse siempre, como criminales ciertos actos preparatorios, suponiendo injusta y arbitrariamente un mal propósito que puede no existir, como en la posesion de llaves ganzúas, venenos y armas.

Resuelta la primera cuestion, queda la segunda reducida á apreciar el valor que el Delito tenga, segun los diversos momentos en que se le considere. Y en verdad, mirados los actos externos, tan sólo como expresion de la voluntad culpable, por los ejecutados ya puede deducirse la mayor persistencia y tenacidad en el crimen. Ciertamente que la simple resolucion, de la cual muchas veces se desiste sin llegar á preparar los medios para ejecutarla, es ménos grave y demuestra ménos perversidad de espíritu que la preparacion y ésta á su vez, que la tentativa por una gradacion que mas bien se comprende que se explica. Así, en todos los Códigos antiguos como modernos la Pena se valúa é impone en proporcion y en armonía con el estado en el que se considera el Delito. En la tentativa misma, mientras como á menudo acontece, no se confunde con el Delito frustrado, existe una parte del crimen que quedó por ejecutar. Posible es que se llevase á cabo, posible es que el culpable no retrocediera, pero nadie, ni áun el autor mismo, puede asegurarlo. Si el hombre es siempre capaz de libertad, nadie, sin negar en el agente esta nota distintiva del sér humano, tiene derecho á considerarle en ningun momento fatalmente condenado al mal, sin posibilidad de vencerle, subyugarle y rescatar su falta: por eso la tentativa no puede igualarse sin injusticia con el Delito consumado.

No acontece lo propio con el frustrado, pues en él la voluntad ha persistido cuanto era necesario y posible y tratándose de apreciar la responsabilidad criminal — no la civil — el Delito está completamente perfecto. Si la casual desgracia no es imputable, tampoco lo es la casual for-

tuna, porque ni una ni otra son hechos del agente, sino completamente extraños á él. Y si en el crimen no se mira la materialidad del daño, sino la inmaterialidad de la voluntad, el Delito frustrado vale tanto y merece tanto como el que se consumió. El que dá de puñaladas al muerto ó intenta envenenar con azúcar, es homicida, como ladron el que roba lo propio creyéndolo ajeno, sin que se haya dado razon fundada por sostener lo contrario.

No es esta, sin embargo, la opinion comunmente aceptada por los criminalistas, y sobre todo en nuestro país, que á imitacion de la sostenida en Francia, en Portugal y en Italia, distinguen el Delito frustrado del consumado, considerando á éste como más grave y digno por tanto de mayor Pena.

Fúndanse para ello en el hecho que dicen constante, de que la muchedumbre suele valuar la importancia de los actos humanos por sus resultados, y que todos se inclinan á la indulgencia cuando el mal que se ocasionó es reparable, y á la severidad en el caso contrario, añadiendo que el mismo autor aprecia en el fondo de su conciencia de un modo diverso la responsabilidad que contrae, segun el crimen ha producido ó no sus naturales efectos.

Pero en verdad que no parece un modo muy legítimo de discurrir en filosofía, el someter los principios á las impresiones inconscientes de la muchedumbre imperita, plegando la razon ante un hecho completamente irracional.

Mas sucede en este caso lo que en otros muchos; el vulgo siente y comprende por intuicion lo verdadero, pero de un modo vago é incierto, tocando el definirlo y precisarlo á la Ciencia; la cual no siempre tiene la fortuna de conseguirlo.

En efecto, en el primer momento de la ejecucion de un Delito, la generalidad no se pára á apreciar si fué ó no consumado: ante la herida abierta en el pecho de la víctima, nadie pregunta si morirá ó no de ella, para calificar de

homicida al autor y pedir la Pena. Mas despues se mezclan en el ánimo dos sentimientos diversos nacidos de la consideracion del hecho bajo diferente respecto. Es el uno el que nace de mirar la intencion del criminal, que es siempre el mismo, háyase frustrado ó consumado el Delito; es el otro el sentimiento de dolor más ó ménos intenso, segun que el daño no pueda ó permita remedio.

Ahora bien: esto último representa sólo el valor del hecho en relacion á la sensibilidad, más hondamente afectada cuando por haberse consumado es ya irreparable el daño; y bajo este punto de vista no puede negarse que el Delito que se consuma significa más que el que se frustra. Mas cuando se trata de pesar y medir el crimen como un acto que cae bajo el dominio de la Ética, ó en su relacion con el Bien como objeto de la voluntad, sólo la intencion del culpable tiene un valor positivo y real, en cuyo caso el Delito frustrado no vale ménos que el consumado. Y cuando ambos elementos se acumulan para graduar la responsabilidad que del hecho se desprende, se reunen cantidades completamente heterogéneas, cosa disculpable en la muchedumbre, que se deja llevar del sentimiento, pero que no puede serlo en la Ciencia, que debe analizar y distinguir racionalmente cada objeto segun su propia naturaleza.

El Derecho positivo en este punto se muestra vacilante. Unos Códigos (1) consideran al Delito en tres estados; el de tentativa, frustracion y consumacion; otros superiores en autoridad y más modernos (2) le miran como perfecto

(1) Entre ellos el español, artículo 3.º; el napolitano, arts. 69, 70 y 71; el portugués, arts. desde el 7 al 11; el italiano, desde el 96 al 100; el de las Dos Sicilias, arts. 69 al 73; el Reglamento romano, arts. desde el 9 al 12; el de Baviera, arts. 37 y 38.

(2) El francés, artículos 2 y 3; el austriaco, párrafos 8 y 47; el del Brasil, arts. 2 y 34; el prusiano, arts. 31 al 33, el belga, arts. 51 y 52 promulgado en 8 de Junio de 1867, y el de la Confederacion de la Alemania del Norte, artículos 43 al 45, promulgado en 31 de Mayo de 1870, por lo cual ha merecido las alabanzas del célebre criminalista Röder.

cuando el culpable hizo cuanto pudo para consumarle, aunque no consiguiese su propósito por causas ajenas á su voluntad; lo cual demuestra que está muy léjos de ser tan universal còmo se afirma la doctrina que combatimos.

Tan sólo un autor, notable por cierto, apunta, aunque tímidamente, una razon que puede inclinar el ánimo á mirar como más grave el Delito consumado que el frustrado, cual es la de que los hechos prueban que lo último aconteció por la vacilacion y sobresalto del autor que todavía luchaba con su conciencia. Y si esta vacilacion se demostrase, entónces y sólo entónces, que la imperfeccion del Delito revela una voluntad ménos enérgica, decidida y persistente, podrá el que se frustra representar ménos valor que el que se consuma. Mas esto, que no es más que la aplicacion feliz del pensamiento que desenvuelve este párrafo y el anterior, debe tenerse presente en todos los momentos de la vida del Delito, ya cuando se resuelve y prepara, ya cuando se intenta y perfecciona.

§ XXXVII.

Causas de justificacion.

Donde no existe perturbacion del Derecho, no puede haber Delito porque falta materia para ello.

Preséntanse, sin embargo, á las veces sucesos provocados por la libre voluntad, que al principio se muestran como verdaderos crímenes, pero que más detenidamente examinados, no son otra cosa que el cumplimiento del Derecho mismo, desapareciendo el falso aspecto criminal, que un instante pudo alucinarnos. De aquí, que habiendo tratado de la materia del Delito, seamos lógicamente llevados á ocuparnos de cuando no existe por resultar justificado el hecho.

En realidad tal asunto no corresponde al Derecho penal,

que no nace sino por la comision del crimen y por sus consecuencias. Pero la necesidad de distinguir estas causas de las de no imputabilidad, con las cuales, aunque sin razon, se confunden, la práctica de los autores de Filosofía del Derecho y de todos los Códigos, imponen como exigencia irresistible el decir algo sobre esta materia, por otra parte de altísimo interés.

Como la misma etimología de la palabra indica, aparece justificado un acto cuando se demuestra evidentemente su conformidad con la ley del Derecho. Las causas de justificacion tienen, pues, un carácter objetivo, porque para apreciarlas no es preciso tener en cuenta otra cosa ni examinar otros datos que los que los hechos mismos presentan, no la condicion ó situacion del sujeto. La herida ocasionada que parece constituir un Delito, resulta un acto enteramente legítimo, cuando se prueba que se infirió en justa defensa; y para llegar á esta conclusion no ha debido pensarse si gozaba ó no el que se defiende de las condiciones de capacidad, si era mayor ó menor de edad, si estaba embriagado ó apasionado, etc. Otra cosa sería si se tratase, por ejemplo, de la lesion causada por un loco, hecho ni justo ni injusto, como no dependiente de la libre voluntad, por más que en lo penal, tanto una causa como otra, produjeran el mismo resultado de hacer imposible el castigo. Pero así como en el último caso pudiera decirse que la razon estaba en no haber delincuente, en el primero debiera afirmarse que se hallaba en no existir Delito. Mediante las causas de justificacion desaparece, por tanto, la materia del crimen y si de ellas debe ocuparse el Derecho penal, ha de ser forzosamente en este lugar.

Mas para que haya necesidad de justificar un acto, preciso es que no aparezca desde luego como justo: y así es en efecto. Examinado sin la causa que le justifica, es un daño, una negacion total ó parcial del Derecho y un verdadero crimen. Cuando no concurre además un motivo de no impu-

tabilidad es dependiente de la libre y consciente determinación, puede atribuirse á una persona capaz de responder y que de hecho responde de sus consecuencias. El daño causado en justa defensa, el inferido en virtud de obediencia debida es imputable al que se defiende y obedece, aunque la responsabilidad que por él deba exigirse no pueda ser la Pena: ántes por el contrario, en obedecer una orden injusta, en defenderse á sí propio ó al extraño puede haber un mérito altísimo y ser un acto heroico y digno de alabanza y premio.

Mas aunque intervenga el motivo justificante, hay siempre un mal que se causa por persona que tiene conciencia de sus hechos y en momento en que es dueño de su libertad, ¿cómo, pues, la justicia autoriza este mal?

En tanto que todos los hombres acomodan su conducta á la ley del Derecho, no existen entre los de cada uno, choque ni colision, pues formado por aquel conjunto de condiciones para el cumplimiento del fin humano, cada persona, cumpliendo su propio Bien, ayuda y favorece el de los demás, y así como las líneas paralelas jamás se cortan ni se encuentran, el verdadero Derecho tampoco corta ni rompe el verdadero Derecho de otro.

Tales colisiones existen, sin embargo, en los sucesos de la vida actual presentando dos diversos aspectos. Unas veces las leyes positivas las suponen como necesarias, por ejemplo, cuando buscan medio de concierto entre derechos que se dicen contradictorios y antagónicos, tales como los del capitalista y el obrero, los del inquilino y el propietario y tantos otros. Consiste esto en que no habiendo sido bien interpretado el verdadero Derecho, quiere remediarse la injusticia ó la deficiencia de la ley con otro medio legal, sin destruir lo antijurídico del principio, bien porque no se conozca, bien porque se crea errada ó verdaderamente que no lo consientan las circunstancias ó las preocupaciones de la época. Mas esto nada tiene que

ver con las causas de justificación, tal como ahora las consideramos.

La colisión puede reconocer otra causa. A veces, una persona faltando á la ley jurídica se extralimita voluntariamente del círculo en que podía y debía moverse, invadiendo el ajeno. Y entónces el Derecho del que se extralimitó aparece contrario y en oposición con el de que ve atacado y vulnerado el suyo. La injusticia dá entónces una peculiar posición al Derecho, que es el llamado contra la injusticia (§ V). Y este Derecho que nace y se constituye en consecuencia de una trasgresión voluntaria, cuando es ejercido por el Estado para obtener el restablecimiento del orden, se conoce con el nombre de penal, y cuando se emplea por el particular, aparte del Estado y en falta de su auxilio para conservar el bien amenazado, dá origen á la justa defensa como causa de justificación.

Para que esta aparezca, es, pues, preciso que haya siempre una falta, una trasgresión á la ley, único motivo capaz de explicar una conducta al parecer injusta. Mediante tal trasgresión se ha entrado en el círculo del Derecho ajeno, y el que le posee, puesto que goza de él legítimamente, debe defenderle, mejor conservarle, rechazando todo cuanto le perturba hasta que quede restaurado en toda su integridad, que es su límite natural.

Las condiciones justas que constituyen el derecho de resistencia ó de defensa, derivadas de su naturaleza, son: 1.º, una agresión actual ó presente; 2.º, que se justifique la defensa por la necesidad no habiendo otro extremo que resistir; 3.º, que no exceda la resistencia ni los medios empleados de aquel límite que traza el Derecho que intenta ampararse; 4.º, que el daño que el ataque amenaza, sea irreparable totalmente por hechos posteriores del Estado ó de los individuos.

Lo que hace justa la defensa es en verdad la agresión: si ésta no existe ó no es injusta, carece de toda base,

lo mismo que cuando no es actual ó presente. El ataque que con más ó menos razon tenemos, faculta para arbitrar los medios de defensa, y principalmente para acudir al Estado, pero convertiria en injusto agresor al que acometiera para impedir lo que todavía no se ha realizado.

Si el ataque es ya un hecho, la defensa sólo aparece justificada por la necesidad de conservar el bien cuya pérdida es segura por nuestra inaccion. Si cabe, pues, que nos pongamos á cubierto sin acudir á aquel extremo, como requiriendo el auxilio de los agentes del Estado ó de otros ciudadanos y aún por la fuga, deber nuestro es practicarlo para que se evite, á la par que el daño nuestro, el que la resistencia ocasionaria.

Mas sino hubiere otro camino que resistir ó dejar que sea lesionado nuestro Derecho, éste mismo traza los límites á donde se puede llegar. Porque hay ataque queda justificada la defensa, que se extiende á la conservacion de lo que es nuestro y hasta dejarlo á salvo é incólume. No será, pues, resistencia, sino ataque más ó menos explicable pero siempre injusto, aquella que por los medios que emplea ó la extension que adquiere, sale de la esfera de nuestro Derecho. La defensa como reaccion justa contra la injusticia no puede pasar de aquel punto á donde la accion llegó, ni proponerse otro fin que destruir y aniquilar el ataque.

Y si ciertamente en la práctica de cada caso es difícil trazar con seguridad matemática los términos que constituyen esta justa proporcion, el Derecho ideal los marca con claridad suma, y el juez llamado á decidir si la defensa fué excesiva, debe fijarse principalmente, en que si dada la situacion de ánimo del acometido pudo racionalmente juzgar indispensables los medios empleados, ó si por el contrario, cedió á la ira de verse injustamente vejado, ó al pensamiento de asegurar su tranquilidad futura de un modo más cierto, infringiendo al agresor un daño no necesario.

Mas con todas estas condiciones, que son las que de ordinario se fijan, la defensa no será justa si el mal del ataque puede ser reparado, y si no puede serlo el que aquella exige. En sucumbir entónces á la agresion injusta consiste el deber y el verdadero valor. Quien mata al ladron por conservar una parte, quizá insignificante, de su propiedad, ejecutará un acto que excusarán tal vez las leyes y la vanidad humana que tienen una idea harto equivocada del valor personal, pero que su conciencia no podrá aprobar. No ha perdido el agresor ni áun por su proceder injusto todo Derecho, no queda convertido en un sér contra el que como animal rabioso, todo sea lícito y permitido, ni el Bien de que gozamos nos autoriza á ampararle hasta el punto que lesionemos otro más precioso. En el que acomete hay que reconocer un semejante digno más bien de lástima que de odio y en nuestro Derecho algo que tiene un valor pero limitado y que por tanto, sólo puede conservarse dentro de los límites de este valor. La vida, la integridad corporal gravemente comprometidas, la honra, la honestidad, etc., pueden justificar una resistencia completa, que llegue hasta privar de la existencia al agresor injusto, pero la propiedad de un objeto determinado no autoriza una defensa que ocasione la muerte ó la mutilacion.

Dúdase aún, si conscientemente y con intencion es lícito privar de la vida al que amenaza la nuestra. Y en verdad que limitada la defensa á la conservacion propia, se presenta como un acto pasivo de simple oposicion al ataque. La muerte del que acomete, mas bien que buscada y querida ha de ser el resultado necesario de la violencia que se nos causa, ha de aparecer como la fuerza misma del agresor, que repelida se vuelve contra el que la hace, que sufre de este modo las consecuencias de su propio hecho.

En realidad no puede hablarse de propia defensa, cuando el que acomete no es un sér en estado de posesion de sí mismo. Contra las fuerzas ciegas de la naturaleza, con-

tra el animal hay, no el Derecho de resistir, sino el de obrar como se juzgue necesario, con la sola limitacion que no se viole y desconozca el Derecho que debemos respetar en nosotros mismos (§§ VII y XI). El que destruye sin motivo un objeto que le perjudica, áun siendo de su pertenencia, mata á un animal útil porque le incomoda, se falta á sí propio ó al Derecho para consigo mismo, pero no se excede en el de la defensa.

Tampoco existe, en verdad, ésta contra el loco, el niño y el embriagado incapaces de verdadera injuria. Podemos y debemos, sin embargo, repeler el daño del mismo modo que podemos evitarle sometiéndoles á la tutela que se les debe en todo caso y momento. Pero puesto que no cabe que el niño, el loco ni el embriagado infrinjan ni respeten nuestro Derecho, no cabe tampoco contra ellos propiamente la defensa, y por tanto, un Derecho contra una injusticia imposible.

Menciónase comunmente entre las causas de justificación, la obediencia debida por el encargado de cumplimentar una orden que resulta en el fondo contraria á la ley. Cuando esto acontece, el hecho del injusto mandato y de su injusto contenido no pueden justificarse, pero sí el de su cumplimiento por el inferior en fuerza de la subordinacion jerárquica. Hay, pues, siempre falta y perturbacion del Derecho, y á pesar de esto, el acto que aparecia criminal no lo es, sino ántes conforme al deber. Mediante la causa justificativa, la responsabilidad se descarga y pesa toda sobre el autor verdadero del Delito.

Pero la obediencia sólo es debida con determinadas condiciones; conviene á saber: que la orden provenga de un superior jerárquico y se dirija al inmediatamente subordinado, único en quien reside el deber de la obediencia, ó mejor dicho, de cumplimentar el mandato. No siendo del superior, el precepto no es otra cosa que un consejo que deja libre la determinacion del que le sigue.

En realidad, á nuestro entender, esta es, bien examinada, la única condicion de la obediencia, pues si se mencionan otras dos, cuales son, que el superior obre dentro del círculo de sus funciones, y que en el caso de ser la orden contraria á la ley ignore esta circunstancia el que obedece, están comprendidas dentro de la que queda expuesta. No es autoridad ni superior el que por cualquier respecto se excede del límite de su jurisdiccion ó de sus atribuciones; ni lo es tampoco el que obra contra la ley, de que es ministro, y por tanto, no cabe hablar de inferior ni de subordinado. Pero estas condiciones explican y explanan la primera y deben ser tenidas en cuenta. La última sobre todo necesita además algun esclarecimiento.

La orden ó disposicion de la autoridad cuyo cumplimiento se encarga al inferior jerárquico, puede entrañar una injusticia en la parte formal ó en la parte interna, esto es, ser ilegal ó injusta propiamente. El juez que manda detener á un ciudadano, tal vez criminal, sin dictar ántes auto motivado, ordena una cosa ilegal, aunque en otro sentido pueda ser justa; por el contrario, si dicta el auto para prender á un inocente, el mandamiento de prision es injusto pero legal. De la justicia propiamente dicha no puede entender el que ha de cumplir el auto, sin colocarse en el lugar del superior que ha de juzgar. De aquí que no sólo puede obedecer sin incurrir en Pena, sino que si quiere excusar la justamente declarada para la desobediencia, debe hacerlo sin género de duda. Mas si la orden es ilegal, opuesta al precepto formal del Derecho y desnuda, por tanto, de la única vestidura que puede tener la justicia, la obediencia no será inculpable. Si el superior no puede mandar de esa manera, el inferior no puede entónces obedecerle, no debe obedecerle, porque no obra como autoridad legítima, sino como individuo que supedita la ley á sus hechos.

El daño causado en virtud de un derecho, en ejercicio

de un cargo, en cumplimiento de una ley, que tambien se mencionan como motivos de justificacion, no pueden serlo. Ninguna apariencia criminal presentan, no hay colision, ni falta, ni infraccion del Derecho, y de considerarlos como tales, no habria acto en el que no pudiera decirse que intervienen las causas justificativas.

§ XXXVIII.

Notas esenciales y propias de cada Delito que nacen de la especial relacion jurídica infringida.

Además de lo general que hay en todo Delito como perturbacion del orden jurídico (*essentialia comunia*), el análisis distingue lo peculiar y característico de cada uno, (*essentialia propria*). Estudiado, pues, lo primero, cumple ahora pasar á lo segundo para reunir los datos necesarios para definir el carácter y naturaleza, la persistencia y pertinacia de la voluntad culpable revelada ya en gran parte por el estado á que llegó el crimen, en lo que comunmente se llama su generacion (§ XXXVI).

Demuéstrase y dáse á conocer todo esto en primer término por el especial Derecho ó la especial relacion que aparece violada y desconocida, pues es evidente que no todas son de igual importancia, valor y carácter. El asesinato no es de la misma naturaleza que la estafa, ésta que la injuria, notándose semejanza aunque no identidad entre el homicidio, por ejemplo, y las lesiones. Sujeto hay capaz de ser poco escrupuloso tratándose de los bienes materiales ajenos y que no atacará la vida ni la honra de sus semejantes y al contrario; muchos que se considerarían deshonrados si cometieran un robo, no creerían grave crimen el hacer armas contra el Estado, que se las entregó para su defensa. Cada Delito tiene, pues, un valor propio, que proviene de la especial materia que forma

su contenido, y no podrá ser apreciado debidamente si no se le estudia con atención bajo este aspecto importantísimo.

Limitado el asunto de esta obra—como al principio se expuso—al Derecho penal del Estado, concrétese nuestra investigación á la esfera del Derecho que ha sido llamado legible. De los principios consignados entonces, arrancará necesariamente cuanto ahora habremos de exponer.

Debemos advertir, sin embargo, que el fijar determinadamente todos los Delitos posibles de una manera completa atendida la materia, supone, no ya el conocimiento de la parte general, sino de la especial del Derecho, y sale, por tanto, de los límites que el asunto nos traza. Nos concretaremos, pues, á lo que comun y ordinariamente se ha mirado como propio de la parte general, esto es, á señalar las bases para una clasificación metódica, cuyos miembros deben ser estudiados individualmente en la parte especial.

El Derecho legible por el Estado muéstrase primero, como reconocimiento y garantía de una esfera propia dentro de la que libremente puede moverse toda persona. (*Derecho de autonomía* (§ XXI).

Las acciones por las que este Derecho es lesionado, pueden referirse, ó á cualidades de la persona ó al desenvolvimiento de su actividad. Reconocidas cuáles sean las primeras, tendremos clasificados los Delitos bajo este aspecto. De esta manera, si el honor ó propia dignidad, la personalidad civil, la igualdad, la libertad, la vida, la integridad corporal, son cualidades inherentes á toda persona, la injuria, la calumnia, la difamación, la usurpación de estado, el secuestro, la esclavitud, el homicidio, las lesiones, son Delitos contra ellas.

El desenvolvimiento autonómico de la personalidad, dá origen y nacimiento á los llamados Derechos primitivos, originarios, ó libertades individuales, que toman una denominación especial, según la materia á que se refieren.

De aquí, por ejemplo, el Derecho de exteriorizar el pensamiento, de asociarse para todos los fines humanos, constituyendo sociedades, de conservar los objetos materiales en nuestro poder, de aplicarlos á nuestro uso, que cuando son violados producen Delitos diversos que algunos carecen de nombre peculiar y propio. Entre ellos pueden comprenderse los cometidos contra la libre contratacion, de que se habló en el LIBRO I, § XXII.

É importa poco que quien vea atacados los derechos llamados con harta impropiedad individuales, sea una persona individual ó colectiva, pues las relaciones entre el sujeto activo y el pasivo son idénticas en un caso que en otro. La sociedad, con un fin lícito, puede reclamar el reconocimiento y la garantía de sus derechos como persona jurídica dentro del Estado, al igual de la individual y tan capaz, por tanto, como ésta, segun lo consienta su naturaleza. Caben, pues, contra aquella los mismos Delitos que contra el individuo, sin más distincion que la nacida de su falta de realidad corpórea; así, puede ser víctima del robo, pero no del homicidio ó de las lesiones. En cambio es imposible que aparezca como sujeto pasivo de mayor número que el individuo completamente capaz. La injusta disolucion de una compañía, por ejemplo, el impedimento para que se forme ó funcione, es un ataque al Derecho de reunion ó de asociacion de los que la componen, pero no un crimen de que sólo pueda ser víctima la persona social.

La dificultad más grave, en ciertos puntos insoluble—dado el estado presente de la Ciencia—es distinguir de un modo preciso, el límite á que se extiende el Derecho de penar, propio de estas asociaciones y aquel en que empieza el del Estado nacional, separando los Delitos que deben ser por ellas castigados exclusivamente. Consecuencia es esto de la oscuridad en que aparecen envueltas las relaciones que mantienen con el Estado (§ XXV), sobre

todo, tratándose de las llamadas totales, como la Familia y el Municipio.

Resultado de esta inseguridad es que el Derecho positivo abandone en muchos casos la sociedad particular á sus propias fuerzas, sin prestarla el auxilio debido contra los ataques criminales de sus miembros, como sucede en muchos países con la Iglesia, con la Familia y el Municipio; aguarda otras á que se reclame su intervencion, como en el adulterio, en las lesiones leves entre los cónyuges: mas cuando es solicitada, conoce íntegramente del asunto, empezando por definir el Delito, y concluyendo por cuidar del cumplimiento de la Pena que el ofendido puede, sin embargo, remitir á su voluntad. En otras ocasiones legisla *autoritate propria* sobre Delitos que parecen evidentemente exclusivos por su naturaleza de una sociedad determinada, los define, persigue y castiga de oficio, como el incesto, la falta de educacion ó de alimentos del hijo por el padre, al paso que en otras varias los deja completamente impunes, como si su represion no le correspondiera, por tener lugar dentro de la Familia, como acontece con el hurto, las defraudaciones y daños entre cónyuges, padre é hijos y parientes cercanos, y muy pocas permanecen íntegras las funciones propias de la sociedad para definir, conocer y castigar el Delito, y las del Estado para auxiliar tan solamente á la ejecucion de la sentencia.

Al hablar del Derecho legislable por el Estado, nos ocupábamos del llamado de asistencia (§ XXIII). Como se recordará, consiste en imponer á todos y á cada uno como coactivo en ciertos casos, el deber de auxiliar positivamente ó por actos afirmativos, al que se halla en peligro de perder su vida, su honra, su propiedad ó cualquier otro de los bienes legítimos que por su propio esfuerzo no puede conservar. Está, pues, sólo en la forma, en el modo de la prestacion, que es afirmativo, pero no tiene en realidad materia propia en el sentido que por él se re-

conozcan Derechos con un contenido peculiar. El derecho á la vida, por ejemplo, encuentra su sancion y reconocimiento cuando no es por nadie atacada y cuando es defendida si se intentara lesionar. Por esto los Delitos contra la asistencia debida, no se refieren á la especial relacion jurídica violada, sino á la forma de la violacion, de lo cual nos ocuparemos en el párrafo siguiente.

No acontece lo propio con el Derecho llamado de asistencia tutelar (§ XXIV). La especial situacion en que se hallan colocadas las personas que justamente la reclaman, determina, no sólo por parte de quien ha de prestarla en primer término, sino por todos los demás miembros de la Nacion, un auxilio especial que se presenta, como siempre, en forma de servicios positivos y negativos. Nacen, pues, de aquí Delitos por parte del padre y del tutor, empezando por la denegacion injusta de la tutela, la desmoralizacion de los hijos de ambos sexos, la falta de educacion, y ciertos convenios por los cuales se hace imposible fomentando el crimen (1), y otros de los particulares, como la corrupcion de menores excitando sus pasiones, el abandono del infante ó el expósito, el rapto de la doncella menor de cierta edad áun con su consentimiento, el estupro en las mismas condiciones ó cometido por el encargado de la educacion, etc.

El Estado, como institucion humana con un fin, ha de recibir condiciones jurídicas para llenarle; de aquí el que hemos reconocido con el nombre de Derecho para el Estado mismo (§ XXVI). Compónese éste de prestaciones positivas y negativas de todos los súbditos para con el Estado y sus Poderes, de prestaciones de igual clase de los funcionarios para con el Estado, de aquellos para con los

(1) Nos referimos al contrato bastante comun en Italia, por el cual los padres mediante un precio, entregan sus hijos á ciertas personas que los destinan á pedir limosna como músicos ambulantes, llevándolos á países extranjeros.

particulares, en cumplimiento de su encargo, dando origen su falta á Delitos de diferente índole.

En efecto, si la Nacion tiene Derecho á existir como un todo independiente en una forma dada y ejercitando libremente y con el concurso de los ciudadanos sus funciones legislativa, ejecutiva y judicial, encontraremos como Delitos de los particulares contra el Estado, los de traicion, los que atacan la forma de gobierno, rebelion, sedicion, resistencia, desobediencia á las autoridades representantes de los tres poderes, etc. Estos son los que comunmente, cuando se refieren al Estado nacional, se llaman Delitos políticos, y más en especial si se trata de la forma de gobierno y de la desobediencia al poder legislativo y ejecutivo. Pudiera tambien reclamar con justicia el concurso efectivo y considerar como Delito el no ayudar á constituir con su voto los poderes, ó el no cooperar á que funcionasen una vez constituidos. Pero apenas si el Derecho vigente ha llegado á castigar con Pena al que albergando al delincuente y proporcionándole la fuga, no deteniéndole, no deponiendo en causa criminal se opone al fin que guía el poder judicial.

Las especiales funciones encomendadas á cada empleado en el gobierno del Estado, determinan claramente el Delito con relacion á éste y al particular. Así, la prevaricacion, la infidelidad en la conservacion ú otorgamiento de documentos, la denegacion de derechos políticos como el del sufragio, el cohecho, los fraudes, exacciones y detenciones ilegales, etc., son Delitos de los empleados contra el particular, y al propio tiempo contra el Estado.

Las peculiares relaciones entre éste y sus órganos, hacen nacer tambien los Delitos del funcionario en el desempeño de su cargo, pudiendo considerarse como tales, además de los ya indicados, la infidelidad en la custodia de personas ó de objetos públicos, la desobediencia del inferior al superior, la anticipacion, prolongacion y aban-

dono del destino, la malversacion de caudales, etc. La independencia, la seguridad de la sociedad, del Estado y de sus poderes, encomendados á determinados funcionarios —como la fuerza pública,— puede dar lugar á la comision de Delitos de esta misma índole.

Como se ve, los que nos ocupan se originan de las relaciones que todo Estado y sus funcionarios mantienen entre sí; de aquí que puedan existir y de hecho se conozcan en toda verdadera sociedad constituida, con las excepciones y diferencias que determina necesariamente la índole de cada una. No sólo en el Estado nacional, sino en la Iglesia, en la Universidad, en la Familia y en el Municipio puede tener lugar. No nos ocupamos, sin embargo, de ellos bajo este aspecto tan general y tan ámplio, puesto que excede del asunto de nuestra investigacion.

De parecida naturaleza que los Delitos del particular contra el Estado, son los llamados *Faltas*, confundidas muy á menudo con los Delitos de pequeña importancia. Deben, sin embargo, distinguirse, pues tienen un carácter peculiar y propio.

Regula el Estado el aprovechamiento, ó mejor el uso de ciertos bienes comunes á los súbditos de que todos pueden y deben gozar simultáneamente, siempre que se observe en este uso y aprovechamiento los principios de justicia. Tal acontece con los caminos, con el tránsito en general de las calles y plazas, sus luces, aguas corrientes, del mar, la atmósfera á la que dañan los establecimientos insalubres y la seguridad á la que se oponen los peligrosos y la posesion de animales feroces y dañinos, etc. Las leyes que regulan el uso de estos bienes públicos ó de todos los súbditos, son llamadas *Reglamentos de Policía*. Ahora bien; el particular puede faltar conscientemente á ellos, lesionar el Derecho del Estado, que justamente los estableció, pero sin causar, al menos de una manera directa y sensible, daño á un particular determinado:

nace entónces la verdadera Falta, que puede llamarse si se quiere, de policía.

Como se comprende, esto no es propio sólo del nacional, sino que parece anejo á todo Estado que posea bienes materiales y especialmente al Municipio, al que corresponden muchos de los reglamentos á que nos referimos.

No ha llegado á formarse todavía un Estado cosmopolita, por el concierto de todas las Naciones. Si llegase á constituirse algun día, á él pasarían la mayor parte de las funciones del nacional. Entre tanto, sospechándose y presintiéndose su existencia, ha nacido el Derecho de gentes. Desgraciadamente este Derecho no se ha constituido en verdadero Estado, con sus funciones propias, y al Derecho penal se ha sustituido el del más fuerte ó de la guerra. A pesar de esto, cada Nacion se ha comprometido á veces en virtud de tratados ya espontáneamente, á hacer respetar, bien que en una mínima parte dentro de su territorio, un verdadero Derecho humano ó de toda la humanidad (§ XXVIII). De aquí los *Delitos contra el Derecho de gentes*, en los que se incluyen la piratería, la trata de negros, etc.

§ XXXIX.

Notas esenciales y propias de cada Delito que nacen de la forma ó manera de la violacion del Derecho.

No sólo la especial condicion ó relacion jurídica violada dá á conocer el carácter y la energía de la voluntad culpable, sino que los demuestran tambien el modo, forma ó manera en que tiene lugar y se lleva á cabo el Delito.

El autor de él puede modificar en daño de la víctima la manera de ser de las cosas, y entónces su conducta y su modo de obrar se compone de actos afirmativos ó positivos; pero tambien por su causa, la realidad exterior

de los hechos puede permanecer la misma y sin modificación cuando estaba en su mano el alterarla para impedir el mal: su modo de conducirse entónces es una falta de acción, ó se forma de hechos negativos. De aquí los Delitos por comisión y por omisión, que responden á las dos maneras en que el Derecho se muestra (§§ VII y XI).

No es ciertamente dudoso que estas dos maneras revelan, no sólo un distinto grado de actividad en la libre determinación, sino una naturaleza diversa: cuestiónase tan sólo si todo crimen puede presentarse bajo una y otra.

Los Códigos, con una uniformidad desconsoladora, han resuelto que la omisión es la forma peculiar de algunos y escasísimos Delitos, áun en aquellas relaciones jurídicas reconocidas y sancionadas coactivamente: siendo la mayor parte de los autores de Filosofía del Derecho los que con sus preceptos han inspirado tales doctrinas. La omisión, segun las leyes positivas, no lleva de ordinario responsabilidad criminal sino respecto del empleado público en el ejercicio de su cargo, ó cuando redunde en daño de personas ligadas con vínculo de parentesco cercano, y esto no siempre, ó que se hallan heridas, abandonadas ó son infantes que no se bastan á sí propios. Imponen tambien la asistencia como obligatoria en caso de calamidad pública evidente, pero despues del oportuno requerimiento de la autoridad, como se dejó notado en los párrafos XXIII y XXIV.

La omisión sin embargo tiene lugar muy comunmente fuera de los casos que se acaban de enumerar, y por más que las leyes no la tengan en cuenta, no sólo constituye una lesión civil, sino una verdadera infracción criminal. Esto acontece, por ejemplo, tratándose del incumplimiento de cualquier contrato ó de cualquiera deber reconocido y sancionado por la ley, como el pago del impuesto, el desempeño de un cargo como el de jurado, el de alcalde ó concejal, y áun el de simple elector, cuando no pro-

viene de ninguna de las causas que dan nacimiento á la lesion puramente civil.

Y sin embargo, es evidente y además por nuestra parte demostrado (§§ XI y XXXIII), que la omision es una forma de infraccion criminal del Derecho, y que debe decirse con el jurisconsulto Paulo: *qui non facit quod facere debeat, videtur facere adversus, ea quia non facit*. La vida como el honor, la propiedad como los Derechos políticos y civiles, la libertad en todas sus fases, como la integridad é independencia de la patria, con más ó ménos frecuencia, pueden ser lesionados por el acto positivo como por la inaccion. Los principios que debieran determinar las facultades del Estado para imponer la asistencia como coactiva, abarcando, no sólo algunas sino todas las relaciones jurídicas sériamente amenazadas, quedan expuestos en los párrafos XXIII y XXIV, lo cual nos dispensa de insistir más en este punto.

La omision voluntaria — como tal forma especial — no es susceptible por su naturaleza, de presentar á su vez nuevas formas ó maneras de ser. Cualquiera causa que reconozca, cualquier propósito que la guie, no hay más modo de omitir que la de no hacer lo que es debido.

Lo contrario acontece con la comision; pues si la examinamos atentamente, hallaremos que son tres los modos en que puede tener lugar.

Es el primero la violencia por la que el agente contrapone su fuerza material á la fuerza que defiende y mantiene el Derecho. Esto es lo que caracteriza los Delitos violentos y atroces.

Es el segundo el fraude, por el que el agente si infringe el Derecho no lo hace con actos violentos, sino que valiéndose del poder de su inteligencia consigue que se tome lo falso como verdadero, ó lo contrario, y de esta manera que el mismo lesionado ó los encargados de protegerle, concurren ó no impidan la lesion. Esto es lo que carac-

teriza los Delitos con engaño ó fraudulentos. Ciceron en su libro de *Officiis* ya habia dicho *duobus modis fit injuria aut vi aut fraude*.

Hay por último, otro tercer modo, en el que ni por la fuerza física se causa violencia ni por la intelectual engaño, sino que prescindiéndose de lo uno y de lo otro, se quebranta el Derecho en el momento de descuido ó de inatencion del que le disfruta ó de los encargados de protegerle.

A no dudarlo, el engaño y la violencia, pueden darse en el quebrantamiento de todo Derecho: el honor como la vida, la propiedad como los Derechos civiles y políticos, pueden sernos arrebatados ó dolosamente estafados. Así el asesinato suele ser la forma violenta del homicidio: el envenenamiento su forma con engaño y fraude. Pero el modo sin violencia ni engaño en un instante de inadvertencia y descuido sólo cabe respecto á los bienes que pueden perderse sin que la sensibilidad se afecte por el momento, como el de propiedad. Y en verdad que esta condicion de la forma ha venido á caracterizar en todos tiempos y en todos los Códigos principalmente los varios Delitos de esta naturaleza: el robo es el ataque con violencia al Derecho de propiedad; la estafa, el ataque fraudulento; el hurto, el ataque sin que concurra ni lo uno ni lo otro.

§ XL.

Notas esenciales y propias de cada Delito que nacen de la razon ó causa que reconoce como origen.

La energía, el carácter mismo de la actividad culpable que distingue y avalora cada Delito, revélase tambien si atentamente se le considera, por la razon ó causa que le dá origen.

Dejando aparte y para su lugar oportuno el móvil impulsivo que le produce, el quebrantamiento del Derecho puede reconocer en primer lugar como causa la voluntad del autor que se le ha propuesto como resultado. El Delito está entónces en la intencion del culpable y á ejecutarle dirigia su actividad.

Pero ademas puede provenir de la omision voluntaria, y por tanto, imputable y punible, de aquel cuidado y diligencia precisos para no perturbar el Derecho, ni áun sin mala intencion. La ignorancia, la impericia, la imprevision, la imprudencia, el orgullo, la pereza, pueden ser causa de esta clase de Delitos que revelan la falta de aquella voluntad firme y decidida de dar á cada uno lo suyo. De aquí los Delitos propiamente dichos y los llamados aunque impropriamente, *faltas*, y tambien *cuasi delitos* ó *imprudencias*.

Evidentemente ambas formas pueden presentarse, cualquiera que sea el contenido y materia del crimen y así consista en ejecutar lo prohibido por el Derecho como en omitir lo que imperativamente preceptúa. La imprudencia ó la falta, sin embargo, puede tener lugar más fácilmente tratándose de cierto género de Delitos que de otros en los que apenas se concibe, pero en todos al fin puede presentarse (1).

Que el Delito por imprudencia merece tal nombre y debe pensarse y no tenerse sólo como infraccion puramente civil, queda demostrado en el párrafo XXXIII, siendo, por tanto, ocioso el insistir ahora en este punto.

(1) Así lo ha reconocido nuestro Código que en su art. 581, con el cual conciertan otros muchos, considera la imprudencia simple con infraccion de reglamentos y la temeraria, no como un Delito especial, sino como la forma ó manera en que todos pueden cometerse con mayor ó menor facilidad. Hay, pues, homicidio, lesiones, injuria, hurto, etc., por imprudencia, por más que los dos primeros crímenes sean más frecuentes en esta forma que los últimos, que exigen una falta de atencion mucho mayor.

§ XLI.

De las circunstancias accidentales del Delito.

Si las notas ó condiciones esenciales y comunes son la expresion de lo que constituye un acto en Delito y las propias de cada uno lo que le caracteriza expresando la naturaleza peculiar de la infraccion jurídica, las circunstancias accidentales representan la varia manera de ser ó de manifestarse lo esencial y característico.

Sin alterarse ni cambiarse la esencia de un objeto ó de una nocion, puede, en efecto, mostrarse en una forma ó manera que introduce algun cambio constituyendo lo individual, esto es, el modo en que aparece lo esencial en aquel caso. Un hombre, por ejemplo, no deja de ser hombre porque sea más alto ó más bajo, más débil ó robusto, más ó ménos inteligente: como una idea es siempre idea, ya sea más clara ó más confusa, más ó ménos extensa. De igual suerte el robo es tal Delito, cualquiera que sea la cuantía del objeto sobre que recae, la manera en que se ejecute la violencia y fuerza en las personas ó en las cosas, por más que nada de esto, aunque accidental, sea despreciable é indiferente. Serán, pues, las circunstancias accidentales, aquellos hechos que concurren en la violacion ó quebrantamiento del Derecho y que le modifican sin alterar lo que hay en él de esencial ó característico; de aquí que la responsabilidad que se desprende, se halle tambien modificada pero no cambiada esencialmente.

Vése, pues, con toda claridad, que las circunstancias accidentales concurren en el hecho criminal y tienen, por tanto, un carácter objetivo. Para ser conocidas y apreciadas debidamente, basta examinar en todos sus detalles el Delito, sin tener para nada en cuenta la disposicion, el estado ó situacion del ánimo del criminal, ni los móviles ó

causas que pudieron determinarle en un sentido dado. Y acontece esto aunque el accidente nazca de las personas sujeto activo y pasivo, como, por ejemplo, de sus relaciones de parentesco, cariño, etc., siempre que no se refieran á la disposicion de espíritu del primero. En la herida ocasionada al ascendiente por el descendiente, hay algo que sin cambiar la naturaleza del Delito de lesiones, le modifica agravándole. Mas para apreciar la modificacion que el accidente del parentesco introduce, no se mira si se obró en un momento de arrebato, en estado de embriaguez incompleta, ni ningun otro elemento que se refiera á la disposicion interna del agente. Cualquiera que esta sea, la perturbacion jurídica se encontrará modificada, porque en la materia misma, en el modo de presentarse se halla lo accidental que examinamos. Y esto precisamente es lo que diferencia y separa las circunstancias accidentales de las que llamamos *modificativas de la imputabilidad en el agente*, de que nos ocuparemos á su tiempo.

Mediante este análisis, puede fácilmente resolverse la cuestion muy debatida entre los prácticos, y diversamente resuelta en el Derecho positivo, si deberá tenerse presente para atenuar ó agravar la Pena de todos los co-reos las relaciones por ellos conocidas, en que uno solo se encontraba con la víctima: pues si esta circunstancia concurre en el hecho ó es esencialmente objetiva, alcanza, aunque en diverso grado, á todos los partícipes en él. El extraño que á sabiendas ayuda al hijo al homicidio de su padre, es coactor ó cómplice del parricidio y la Pena que se le imponga no debe, prescindiendo de esta circunstancia, ser igual á la del autor ó cómplice de un simple homicidio, como sucede entre otros en nuestro Código.

Si las circunstancias accidentales son objetivas y representan la varia manera de ser lo esencial y característico, no pueden ser independientes de cada Delito, sino, por el

contrario, penetradas de la naturaleza especial de cada uno; pues no hay cosa que pueda ser modificada por accidente totalmente extraño á su manera de ser. Lo accidental se pega y adhiere á lo que es principal, forma con ello un todo inseparable y es por consiguiente grave error el conceder á estas circunstancias una vida como propia y peculiar, considerándolas con un carácter de generalidad que rechaza su naturaleza.

En esta equivocacion lamentable incurre, por ejemplo, nuestro Código, cuando agrupa al principio de sus disposiciones las que llama *circunstancias atenuantes y agravantes*, en vez de consignarlas, como hacen otros con mejor acuerdo, al lado de cada uno de los Delitos á los que únicamente cabe que modifiquen. Si de esta manera artística se hubiere procedido se habrían evitado preceptos ridículos, como el de ordenar que los Tribunales aprecian, ya como atenuante, ya como agravante el parentesco, ejecutar el hecho de noche ó en despoblado ó por medio de la imprenta (1), considerando como accidente que en todo Delito puede concurrir y como general, el cometerle por inundacion, incendio ó veneno, con alevosía, con escalamiento, etc. (2).

Consecuencia de la noción de estas circunstancias, tal como la venimos presentando, es el que concurran en el acto de quebrantamiento del Derecho en cualquiera de sus estados, ya cuando se resuelve, ya cuando se prepara, ya cuando se intenta ó se consuma, lo que las diferencia de aquellas que modifican la Pena, que pueden ser, no sólo posteriores al Delito y á la sentencia, sino también subjetivas y personales. Por un crimen de un valor enteramente igual, completamente idéntico á otro

(1) Circunstancias 1.ª, 5.ª y 15.ª— Art. 10 del Código penal de 1870.

(2) El mismo art. 10, circunstancias 4.ª, 2.ª y 21.

cabe el que justamente se aplique un castigo diverso, sino en calidad en la cuantía, bastando para ello que la capacidad de los penados para sufrirlo sea diferente, como á su tiempo tendremos ocasion de exponer.

Mas al insistir en el carácter objetivo que revisten las circunstancias accidentales, no se entienda que han de considerarse —contradiendo lo consignado en otros párrafos— como hechos totalmente extraños y ajenos á la voluntad culpable; léjos de eso, es preciso afirmar nuevamente, que lo que no está en la determinacion voluntaria del reo, no está en el Delito y que los hechos exteriores tan sólo tienen valor en cuanto son su expresion y signo. Y esto es igualmente aplicable á lo esencial y característico que á lo de puro accidente.

Injusto es, por tanto, reputar como circunstancias accidentales los hechos producidos, por la fuerza de las cosas que aumentan ó disminuyen las consecuencias y los funestos efectos del Delito, enteramente aparte de la voluntad criminal. Cuando en las lesiones, para calificarlas de graves ó leves, se aprecia el tiempo necesario para su curacion ó el en que la víctima no ha podido dedicarse á sus ocupaciones habituales, si ha quedado ó no deforme ó inútil para el trabajo (1), se comete la injusticia de que la mayor ó menor importancia moral del hecho dependa de la constitucion física del herido, de su conducta anterior, ó durante el tratamiento curativo, de la pericia ó fortuna del médico encargado de cuidarle, y de tantos otros hechos extraños al autor. Otra cosa sería si se mirasen cuidadosamente las condiciones de la lesion para deducir de ella si el que la infirió lo hizo con ánimo de producir la muerte ó sólo herida más ó menos considerable; ó si se tratara de la responsabilidad meramente civil.

(1) Art. 429, Código Penal español de 1870. — Arts. 360 y 361, Código portugués. — Art. 224, Código de la Confederacion de la Alemania del Norte, etc.

En injusticia igual á la ántes señalada se incurre, aunque en menor grado, cuando se castigan los daños ó los Delitos contra la propiedad más ó menos duramente, tan sólo por el mal externo ó la cuantía y valor del objeto material (1), y cuando se mira como motivo de agravacion la mayor facilidad de cometer todo crimen ó de quedar impune despues de ejecutado (2).

Mas así como lo que constituye la esencia del hecho punible determina de un modo necesario lo que forma la esencia de la responsabilidad que se desprende de él, de igual suerte lo que sólo es un accidente de la primera, no puede ser tampoco más que una accidental modificacion en la segunda. Por esto la Pena no debe variar de naturaleza cuando concurre alguna circunstancia por importante que parezca, y sí sólo la cuantía y duracion. El castigo, pues, es mayor ó menor que el que nace del Delito mismo, y de aquí motivos ó causas atenuantes y agravantes.

Y puesto que producen este aumento ó esta disminucion, encuéntranse frente á frente dos términos que se comparan, que es preciso señalar para que la materia aparezca con toda la claridad de que es susceptible.

Es uno de los términos el Delito que se examina apreciado en todo el valor que se desprende de considerarle tan sólo en las condiciones ó notas esenciales sin modificación alguna. Estudiado de este modo, la importancia del Derecho violado, la forma en que ha tenido lugar, la razon de ella, determinan la responsabilidad objetiva que hemos llamado *in abstracto* (§ XXXII). Mediante este procedimiento, se fija en la Ciencia y despues en los Códigos la responsabilidad propia de cada Delito, como la del hurto,

(1) Párrafos 1 y 2, tít. XIII, arts. 576, 578 y 579, Código Penal español.— Artículos 421, 425, 430 y 472, Código Penal portugués.— Arts. 606, 609, 658 y 672, Código italiano, etc.

(2) Art. 10, circunstancia 14, Código español.

la del robo, la del homicidio, la de la injuria, expresada en la Pena conocida con el nombre de ordinaria ó en su grado medio.

Es el otro término, con el cual éste se compara, el Delito mismo, con la alteracion ó modificacion que la circunstancia introduce, que lleva á que el quebrantamiento del Derecho sea de mayor ó de menor importancia, marcando tambien una responsabilidad objetiva, pero no genérica sino específica ó de aquel caso, que hemos denominado *in concreto* (§ XXXII).

Representan, pues, las circunstancias accidentales, la desproporcion y desequilibrio entre la responsabilidad genérica (*in abstracto*) — la del hurto, por ejemplo, — y la específica ó de aquel caso (*in concreto*) — como del hurto por ser doméstico. — De aquí el aumento ó la disminucion de la Pena con referencia á la marcada como tipo ú ordinaria, segun la más grave ó la menor perversidad que el criminal demuestra por la concurrencia de tales circunstancias.

Habiendo ya ántes hecho ver que estas modificaciones de la materia del Delito forman un todo con él, que se unen y adhieren á lo esencial y característico, es vano el empeño de enumerarlas y estudiarlas como generales como si tuvieran una existencia enteramente propia é independiente. Si se intentara se caería en el mismo error que censurábamos en el Código español. La noción filosófica de ellas toca á la parte general, pero su enumeracion y el estudio de cada una á la parte especial y al lado del Delito que modifican. Así es que para concluir esta materia y sólo para su mayor esclarecimiento y por vía de ejemplo, indicaremos sumariamente las fuentes y orígenes de donde de ordinario proceden.

Son estos entre otros:

— *Las relaciones entre el ofendido y el ofensor*, de parentesco, tutela, domesticidad, superioridad de jerarquía, de fuerza física, de instruccion, de inteligencia, etc.

—*La manera* de llevar á cabo el Delito dentro de las tres formas indicadas en el párrafo XXXIX, como á traicion, ejecutando males ó crueldades innecesarios para la comision del crimen, aumentando la ignominia que del mismo se desprende, etc.

—*La ocasion*, como en un incendio, en un naufragio, en el asalto de una plaza, cuando otros cometen otro Delito que llama la atencion del ofendido, etc.

—*El momento* del tiempo, como de noche.

—*El lugar*, como en sagrado, en despoblado, en el sitio donde la autoridad ejerce sus funciones, en habitacion humana, en la casa del pariente, etc.

—*El destino de los objetos* sobre que recae el crimen, como si son sustancias alimenticias, de uso general, objetos de uso público, de mérito artístico, consagrados al culto, á la administracion de la justicia, á obras de beneficencia en favor del mismo que le comete ó de otros que se hallan en igual caso, si son muebles ó inmuebles, etc.

—*La cuantia del daño* que se intentó, como el valor de lo hurtado ó robado, incendiado ó destruido, la importancia de la lesion, etc.

§ XLII.

De la acumulacion de Delitos cometidos por la misma persona.

Acumular es reunir, amontonar varios objetos en un punto ó en un sitio, y empleada esta palabra en sentido figurado tratándose de actos inmateriales, significa referirlos todos conjuntamente á una unidad que los enlaza.

Este lazo ó vínculo comun puede ser diverso; pero tratándose ahora de graduar el valor que se desprende del exámen del Delito objetivamente considerado en relacion al criminal que le ha producido, la unidad está en la persona del agente, y los hechos que se acumulan solo en relacion á los Delitos.

Para que pueda hablarse de acumulacion, se necesita, pues, como el mismo epígrafe del párrafo expresa, una unidad, la del delincuente, y una diversidad ó variedad, la de los actos punibles por él ejecutados. Si falta lo primero, el valor de cada acto refiriéndose á distinta persona no se acumula ni se suma con otro para aplicar el resultado de esta operacion del espíritu al que haya de ser responsable: si falta lo segundo, no hay datos ó sumandos que puedan acumularse.

Claramente se ve por lo expuesto, el fin á que tiende el estudio que emprendemos, que no es otro, como el de todo este capítulo, que determinar la naturaleza y carácter, la energía y persistencia de la voluntad criminal demostrada por los hechos. Y á todas luces no puede ser indiferente para ello el dato que suministra el mayor número de acciones de igual, de parecida ó de diversa índole, enlazadas las unas con las otras y que han sido producidas por un mismo sujeto.

Mas el enlace ha de existir en los actos; ha de ser real y no meramente personal, y cabe por consiguiente el preguntar si esa unidad y relacion se encuentra segun se ha afirmado, entre todas las acciones criminales siempre que sean ejecutadas por el mismo agente.

Si cada hecho exterior tuviera un valor propio y sustantivo ó si representase cada uno solo y aislado el mérito que en sí entraña, la unidad que buscamos no se encontraría en la unidad del agente, cosa completamente accidental ó casual. El robo cometido hoy nada tendria que ver con el mismo Delito repetido mañana, con la restitution que despues pudiera hacerse. Pero léjos de esto, el hombre es uno (§ VIII), y no hay hecho de su vida espiritual que no esté relacionado, más ó ménos estrechamente con los demás que le han precedido. El influjo de la educacion, del ejemplo, de la impunidad, como del castigo, de la próspera como de la adversa fortuna, lo mismo que el de un

Delito sobre el que le sigue, como el de una buena acción sobre el crimen y vice versa, aparece á nuestra inteligencia como indudable. De aquí que no pueda romperse el encadenamiento y dependencia de los actos todos de un individuo, que revelan y demuestran su estado y situación y explican su conducta pasada y hacen prever la futura.

Por el presentimiento de esta verdad se ha tenido siempre en cuenta para valuar cada Delito, otros hechos anteriores, ya criminosos, como por ejemplo, la reiteración y la reincidencia, si alguno era medio para cometer otro, ya inocentes y meritorios, como el voluntario desistimiento, la espontánea reparación del daño causado, la conducta del reo ántes de delinquir, y cada vez se acentúa más en los pueblos cultos la necesidad de conocer, en cuanto sea dable, la vida toda de aquella persona á quien, sin embargo, sólo se va á juzgar al parecer por un hecho concreto.

Pues bien; cuando cada Delito se considera aisladamente, ó lo que es igual, cuando no se entiende que para su acumulación con otros existe la unidad necesaria desde el momento que ha sido ejecutado por la misma persona, se desconocen estas verdades y se tiene en cuenta, en más ó ménos grado, sólo lo externo, separando casi de un modo mecánico y material hechos que proceden de una misma causa y que sólo son efectos diversos de ella. Desconócense también cuando la relación se limita á los Delitos y no á la conducta toda del sujeto, prescindiéndose, por tanto, de las circunstancias modificativas de la imputabilidad que en su lugar oportuno serán objeto por nuestra parte, de un estudio detenido.

Al referir ahora todos los Delitos á la unidad del agente, el análisis nos llevará á distinguir dos grupos esencialmente distintos, porque ó pueden proceder de una única determinación de la voluntad para conseguir un resultado

preconcebido, fin comun de todos los actos, ó pueden nacer como consecuencia de la perversidad del alma del culpable que se revela por hechos diversos, que no son sin embargo hijos de una sola resolucion. Cuando acontece lo primero, puede decirse que hay *concurrency* de Delitos, cuando lo segundo, *repeticion*.

Existe *concurrency*: 1.º, cuando en un hecho ó en una série de hechos, pero que se presentan como unos á la consideracion del agente por el propósito que los guia, se desconocen y perturban relaciones jurídicas de índole diversa, como en la violacion, que es un Delito contra el pudor al propio tiempo que contra la libertad y el cuerpo, y áun en el rapto y en muchos otros que pudieran llamarse compuestos; 2.º, cuando un hecho, ya criminal en sí independiente por completo de otro, sirve de medio para una infraccion más ó ménos grave ó para que resulte un mal diferente del que entraña la naturaleza del Delito ejecutado, como el incendio para cometer el robo, el hurto ó la destruccion de materias alimenticias para ocasionar la muerte, el estupro para producir la deshonra; 3.º, cuando un Delito se origina como consecuencia natural de otro, por ejemplo, la resistencia á la autoridad para conservar el objeto material arrebatado; 4.º, cuando conjuntamente y por los mismos hechos resultan varios Delitos, bien por que estaban todos en la intencion del autor, como el incendio y el homicidio para producir daño simultáneamente en la persona y en los bienes, ó bien porque pretendiéndose tan sólo ejecutar intencionalmente un sólo Delito, debió tener presente y calcular que otros deberian originarse de él, como el que incendia para aniquilar la propiedad ajena y que causa un homicidio debiendo suponer la casa habitada; esto es, concurriendo dos Delitos intencionales, ó uno ó varios intencionales y otros por imprudencia, ó tal vez varios por imprudencia.

Hay *repeticion*: 1.º, en el caso llamado propiamente de

reiteracion, ó sea cuando un mismo culpable ha delinquido varias veces sin haber sido penado en ningun caso, esto es, careciendo del auxilio que la Pena le presta para su enmienda; 2.º, en el de *reincidencia* ó cuando ha cometido otro ú otros Delitos despues de haber sido castigado anteriormente.

De ordinario se considera que hay reiteracion sólo cuando la materia de las diversas infracciones es igual ó cuando ménos análoga, y reincidencia siempre que se hubiere dictado ejecutoriamente sentencia condenatoria contra el reo, aunque no la hubiere cumplido. Mas en verdad la reiteracion contiene tan sólo la idea de insistencia en la vida criminal, y la reincidencia, el pensamiento de que es más profunda la perversion de aquel para quien ha sido inútil é ineficaz el remedio de la Pena, siendo, por tanto, preciso para ello que sea, no sólo declarada por el Tribunal sino además cumplida en todo ó en una gran parte. La repeticion de otro Delito cuando se ha dictado sentencia ejecutoria contra el reo que éste no ha cumplido por estar prófugo, por ejemplo, es una reiteracion, si bien más grave por el desprecio que demuestra al fallo de la autoridad judicial, pero al fin y al cabo una reiteracion.

Analizados, pues, los casos en que existe la acumulacion de los Delitos, esto es, la unidad y la diversidad de que al principio hablábamos, este estudio nos lleva á determinar el valor de los hechos criminales que se revela bajo dos puntos de vista, á saber: 1.º, la cualidad de ellos, esto es, el carácter peculiar, la especial naturaleza de la perversion de su autor; 2.º, la cantidad, el grado á que ha llegado: ó lo que es igual, el cómo y el cuánto.

Respecto al primer punto de vista, la cualidad de la perversion del reo, en qué órdenes y género de relaciones aparece viciado su espíritu y su voluntad, se dá á conocer por la naturaleza propia de los Derechos violados, por la forma ó manera y la razon de los crímenes cometidos.

El homicidio, por ejemplo, las lesiones violentas, indican una clase de perversidad feroz distinta de la estafa, del hurto y del alzamiento, lo cual habrá de tenerse presente entre otras cosas, para determinar la naturaleza de la Pena.

Pues bien; en esta materia, la acumulacion de Delitos para nada influye; y así, el que roba para matar es ladrón y homicida; el que estafa y más tarde comete un estupro, muestra la perversion de su alma en los dos órdenes de relaciones jurídicas, y ninguno de los elementos que traen cada uno de estos hechos puede despreciarse. Fáltase, por consiguiente, á este principio cuando como acontece en muchas legislaciones positivas, sólo se castiga el Delito mayor, no teniendo para nada en cuenta los demás, ó únicamente el que ha servido de fin ó de medio, ó no se aprecian los distintos elementos que entran en un Delito compuesto. La unidad del agente no puede borrar, en efecto, la variedad de los hechos.

Lo contrario debe decirse cuando se trata de valorar los actos criminales cuantitativamente ó por el grado de perversion que revelan. En la concurrencia de Delitos, el que aparece como fin y el que se emplea como medio, el principal y el que es su consecuencia, no valen reunidos y naciendo de un sólo impulso de la voluntad, lo mismo que si se considerasen aislados. Un solo pensamiento ha presidido esta série de hechos, y se cometeria una injusticia si rompiendo el encadenamiento que naturalmente se ha establecido entre ellos se juzgasen, segun muchos pretenden, como independientes del todo los unos de los otros.

De igual manera, cuando dos Delitos, bien por imprudencia ó intencionadamente concurren en un hecho ó en una série de actos, el valor de cada uno se halla tambien disminuido, pues proceden, como en el caso anterior, de una misma resolucion. El lazo, sin embargo, que los une es mas ténue, y por tanto, la disminucion debe ser menor.

Queda, sin embargo, siempre á descargo del reo, que la persistencia en el crimen aparece ménos considerable que si cada Delito fuese nacido de una determinacion independiente.

La insistencia en la vida culpable revélase por la repeticion de los hechos punibles. Que el segundo Delito no puede tener el mismo valor que el primero, el tercero que el segundo y así sucesivamente, sólo puede ser negado por quien no haya hecho atencion á lo que en sí mismo acontece, y que desconozca la fuerza casi avasalladora del hábito. Una lucha larga y sostenida entre la libertad que tiende á afirmar la ley cumpliéndola y el influjo extraño de las circunstancias que lleva á negarla, se entabla al revelarse á la inteligencia la posibilidad del crimen.

Abierto ya el camino, es harto mas fácil que entrar en él, seguirle una vez empezado. El que sustrajo una cantidad sin ser descubierto, halla ménos repugnancia en repetir una y varias veces su mala accion y aún atreverse á ejecutar otras de diversa índole. Dos Delitos no tienen, pues, el mismo valor cuando son cometidos por una misma persona, que si lo hubieren sido por diferentes sujetos. La falta habitual llega á ser casi indiferente á la conciencia.

De aquí que tratándose, por ejemplo, de las Penas se desconozca este principio cuando se acumulan y se imponen como si ninguna relacion hubiera entre los Delitos que se castigan en el mismo autor, por el principio falsamente aplicado, *nullum crimen sine pœna*. En el sentido contrario, se comete tambien una injusticia cuando prescindiendo de algun hecho criminal, se impone tan sólo el castigo del más grave, por el erróneo precepto *pœna major absorbet minorem*. Ni lo uno ni lo otro es lo justo, pues si la reiteracion exige que no se sume la responsabilidad que nace de cada Delito repetido, no puede borrar ninguno ni anularle.

Cuál sea la cantidad que la reiteracion sustrae, por

decirlo así, de cada Delito, no es posible como principio general indicarlo; el mayor ó menor espacio de tiempo transcurrido, la analogía entre los hechos, las causas que los determinaron, el número de ellos hasta llegar á ser habituales, si el reo fué aprehendido aunque no penado, todos estos datos y otros muchos deben tenerse presentes en cada caso por el juez.

Pero la reiteracion supone que la Pena no ha sido declarada ó no ha sido cumplida, al contrario de lo que sucede en la reincidencia. En el caso de que ésta exista no se trata de apreciar el efecto de un crimen sobre otro cuando se va á dictar sentencia sobre ambos, sino el que produce un Delito ya castigado sobre otro que va á serlo. Entónces el reo ha sido ayudado á su enmienda por el procedimiento penitenciario, aunque inútilmente, porque su perversion es más arraigada y profunda que lo que aparentaban los actos criminales primeramente ejecutados. Y el dato que esto trae es importantísimo, pues revela por un lado que es mayor la perversidad que la que el acto por sí demuestra, y por otro que son más profundas sus raíces, toda vez que no han podido ser extirpadas por la Pena sufrida, que si se repitiese sería de nuevo tan inútil é ineficaz. De aquí que la reincidencia sea motivo de agravacion y aumento del valor del crimen, pues al ser éste juzgado y apreciado no puede serlo aisladamente, sino teniendo en cuenta el anterior.

La analogía entre los Delitos, el ser más ó ménos grave el que ahora se reprime que el anterior, la distancia de tiempo entre una y otra condena, su número, etc., pueden llevar á determinar el aumento que la reincidencia trae consigo.

Pero aunque apartándonos algo del asunto, no podemos ménos de consignar aquí, que el considerar como causa de agravacion la reincidencia, es un contrasentido cuando no se reconoce en la Pena un carácter correccional, una

injusticia cuando las cárceles están de tal manera establecidas y organizadas que no procuran la enmienda del reo y una iniquidad capaz de sublevar la conciencia más endurecida, cuando son escuelas de perversion y enseñanza del crimen. Castiga entónces el Estado en el criminal reincidente sus propias faltas y sus propios Delitos de un modo despiadado, cuando es la causa de que no pueda volver al camino del deber y la virtud el que una vez tuvo la desgracia de abandonarle y la no ménos grande de no quedar impune.

CAPITULO TERCERO.

DEL SUJETO ACTIVO DEL DELITO.

§ XLIII.

Del sujeto activo del Delito en general.

El que infringe el Derecho que debia respetar y cumplir es el sujeto activo del Delito: determinar quién puede serlo, equivale á definir las cualidades que han de darse en un sér para que se conciba en él la posibilidad de esta infraccion. La naturaleza del hecho, pues, nos lleva como por la mano á fijar cuáles sean estas cualidades.

Es el Delito la infraccion del Derecho por actos de la libre voluntad, y sólo aquel sér en quien reconozcamos la condicion de libre y en el momento que goce de ella podrá ser sujeto activo del crimen. Y si la conciencia de sí y el conocimiento de la ley ó de la regla á que debe atemperarse la actividad voluntaria en su desenvolvimiento son los requisitos necesarios para la libertad, segun ha quedado reconocido (§ XXXI), sólo el que sea capaz de obrar de este modo podrá ser responsable de sus actos é imputársele sus consecuencias.

Ahora bien, mediante los datos de la observacion externa parece que podemos afirmar, que ni los séres inanimados, ni las plantas, ni los animales están adornados de la propiedad de ser libres. En los primeros vemos la carencia de toda actividad, en los segundos sólo la actividad espontánea, en los terceros la actividad voluntaria pero enca-

denada y fatalmente sujeta siendo llevados á determinarse en el sentido que los impulsos exteriores les marcan.

Lo contrario acontece en el hombre. En los estados normales de su espíritu tiene en primer lugar conciencia de sí, pues claramente se distingue de todo el mundo que le circunda y rodea. Conócese además como uno y como idéntico y por esto concibe la idea de su responsabilidad, que exige que el que se mira como autor del acto sea el que sufra sus consecuencias. Despues se reconoce como inteligente, como sensible y como activo, esto es, no sólo tiene estas propiedades, sino que como es íntimo de sí, sabe que las tiene, y así al pensar, sentir y determinarse libremente en pensamiento, sentimiento y accion (§ VIII y XXXI), está penetrado de las operaciones que su espíritu ejecuta. Por esto es responsable de la direccion que las imprime ó de los actos que reconoce como suyos, dejando de serlo cuando obra, segun se dice de ordinario y con mucha propiedad, *inconscientemente*.

En un estado de desarrollo de su espíritu, completo ó que se acerca á ello, tiene tambien conciencia de la ley jurídica que ha de regir sus acciones. Existen, en efecto, en el espíritu humano ciertas ideas superiores á la experiencia y que no han podido ser adquiridas por ella, como la de lo absoluto, infinito, de causa, de ley, de bondad, de belleza y justicia, y en este fundamento ha estribado todo el análisis contenido en el LIBRO I de esta obra. La facultad por medio de la cual se adquieren, ó mejor se revelan, es la razon, y al sér que goza de ella se le llama racional.

No hay hombre alguno —so pena de dejar de serlo— en el que no existan tales ideas con más ó con ménos claridad, segun el mayor ó menor grado de atencion que ha puesto para penetrarlas. Con confianza completa de no ser engañado acude á ellas en todos los momentos de su vida para juzgar de la verdad de sus racionios y pensamien-

tos, de la bondad de sus actos y todos por un unánime consentimiento las hacen juez inapelable en sus controversias, seguros que en lo humano, nada de cuanto es racional puede dejar de ser verdadero. Constituyen, pues, los principios y cuando se refieren á la libre determinación de la voluntad respecto al Bien, como acontece en el Derecho; los de su conducta moral ó ética.

Por una ficción se supone en la práctica que las leyes á seguida de promulgadas son de todos conocidas y comprendidas, y de aquí la máxima que la ignorancia y el error de Derecho á nadie aprovecha. Pues esta ficción pugnaría demasiado con la realidad, y no podría, por tanto, sostenerse si no fuese cierto que los principios fundamentales de toda legislación positiva existen en la conciencia de todo hombre sin necesidad de ser aprendidos. A ningún criminal se le ha ocurrido preguntar seguramente si el homicidio y el hurto se consignan en el Código como Delitos, como lo hace cuando se le acusa por un hecho que no es malo en sí—como la introducción en un país de objetos cuya importación está prohibida y penada, tan sólo porque una utilidad real ó supuesta así lo reclama.

Por lo expuesto se comprende que las cualidades que constituyen la imputabilidad y la responsabilidad en el agente del Delito, son enteramente internas y del espíritu, no externas y materiales. Sin embargo, su existencia se revela por hechos ó por signos exteriores más ó menos falaces y engañosos, y la mayoría de los tratadistas y de los Códigos las hacen consistir precisamente en estos signos que suelen llamarse *condiciones ó requisitos constitutivos de la capacidad*. Así se habla por ejemplo de la edad, fijándose una en que el hombre empieza á ser responsable, de la coacción psíquica, marcándose cuando existe esta.

Pero ni el desarrollo físico es paralelo siempre con el es-

piritual, ni la energía de la voluntad la misma, no sólo en todos los individuos, sino en cada uno en los distintos momentos de su existencia, y por consiguiente, se engaña á sabiendas el que señala una edad para hacer al hombre responsable ó un tipo de miedo para excusarle de Pena (1). Otro principio opuesto se sigue generalmente respecto á las causas que perturbando las facultades mentales destruyen la capacidad, como la locura y el idiotismo, pues de ordinario los hechos externos que las demuestran, son apreciados libremente por los Tribunales, no marcándose determinadamente los que las suponen de un modo necesario.

Mas no sólo la persona individual, sino que tambien la colectiva, presta y recibe el Derecho, y cabe, por tanto, preguntar si tanto la una como la otra pueden ser sujeto activo del Delito.

No son las Sociedades ó Corporaciones —como de ordinario se dice— pura creacion de la ley autorizada para marcar á su antojo el círculo dentro del cual hayan de moverse, sino que el Estado debe limitarse á reconocer su existencia y su Derecho, y por tanto, tan naturales como los individuos. La legislación positiva, por consiguiente, no es la que de un modo arbitrario puede admitir ó rechazar su responsabilidad en lo penal, sino que ha de nacer forzosamente de su propia naturaleza.

Ahora bien; la existencia dentro del Derecho, la legitimidad, las atribuciones que á las personas colectivas correspondan provienen todas del fin lícito que las anima. Si, pues, varios individuos se reúnen y ponen en comun

(1) Entiéndase que censuramos este sistema dentro de los principios absolutos de la filosofía del Derecho: tal vez en la política pueda excusarse y aún aprobarse, si faltan y no pueden crearse las instituciones que supone el seguir otro más perfecto.

los medios de que cada cual goza para cometer uno ó varios crímenes, constituye esto una infracción jurídica y todos ellos pueden y deben ser castigados como autores.

Mas no es este el caso que se cuestiona. Pregúntase si una asociación lícita, por serlo también su fin, debe responder del Delito cometido en su nombre por algunos de sus individuos ó por los directores ó gerentes que tienen su representación, del mismo modo que es obligada por sus actos en materia de contratos de adquisición y pérdida del dominio. Pero á poco que se medite se verá, que como nota Fuerbach, «sólo el individuo es sujeto posible» del crimen, porque si una Sociedad sólo á causa de su fin determinado subsiste como una persona moral, los individuos no obran como sociedad cuando obran, no por el fin de la misma Sociedad, sino por otro fin diverso.» Y esto es aplicable no sólo al Delito, sino á cualquiera relación jurídica, pues el contrato celebrado por el socio ó gerente fuera de los límites del fin social ó para conseguirle, podrá obligarle pero nunca á la Sociedad á la cual quiso imponer en cumplimiento.

Por otra parte, en la persona colectiva no existe la conciencia de sí, y de la ley distinta de la de los individuos, pues son propiedades del espíritu humano, que no pueden enajenarse, dividirse ni ponerse en comun. Tan sólo pueden ponerse en comun de manera que cada uno tenga una parte indivisa, los medios materiales para conseguir el fin. Por esto, tratándose de la responsabilidad, sólo cabe hacer efectiva la civil, que en último caso se traduce en la entrega de un objeto material que pertenece á los socios porque todos tienen parte en él.

Así cuando el Derecho positivo ha querido que las Corporaciones respondan de los Delitos de los asociados, ó ha tenido que acudir á la disolución que no es Pena, ó á la pecuniaria, ó ha tenido forzosamente que buscar á cada uno

de sus individuos, todo lo cual es negacion del principio que pretendia sentar (1).

§ XLIV.

Nocion de los estados de inimputabilidad.

El individuo es el único sujeto posible del crimen, ¿pero acaso lo es siempre y en todo estado?

Si en todos los momentos de su vida terrena, tuviera conciencia de sí y de la ley que debe regir su conducta, no habria ninguno en que sus actos no le fueran imputables y de los que no debiera responder criminalmente cuando violan y perturban el Derecho.

Más la observacion de sí mismo y de la conducta y régimen de vida de los demás, convencerán de que hay estados, unas veces naturales, producidos otros por la enfermedad ó artificialmente, y á menudo sin que haya podido la Ciencia descubrir la razon de ellos, en los que

(1) La disolucion no es Pena, pues en primer lugar no exige que haya delito, toda vez que las Sociedades se disuelven por voluntad de los socios, por cumplimiento del fin social, por no poderlo llenar, y por otras mil causas. Cuando el Estado la decreta justamente no hace otra cosa más que declarar que ha acaecido alguna de ellas, ó que la Sociedad no debe subsistir por no proponerse fin justo, ó por no emplear medios lícitos para alcanzarle. Todo esto puede revelarse por los Delitos cometidos por los socios; pero siempre la mera disolucion ó suspencion no es más que impedir, perpétua ó temporalmente, que la Asociacion se emplee como medio de infringir el Derecho.

Contiene, por consiguiente, un grave error el art. 19 de la Constitucion española de 1869 cuando dice *á toda asociacion cuyos individuos delinquieren por los medios que la misma les proporciona, se le podrá imponer la Pena de disolucion*; lo cual se revela en el párrafo siguiente del mismo artículo que dispone que *la autoridad gubernativa podrá suspender la asociacion que delinca sometiendo in continenti los reos al juez competente*. Pues si la asociacion es la que ha delinquido ¿por qué no someterla como reo al juez competente?

no concurren en el hombre las condiciones necesarias para la imputabilidad.

Y puesto que éstas han sido por nosotros previamente reconocidas y notadas puede decirse sin proceder ninguno arbitrario, que *los estados de inimputabilidad* son aquellos en los que mediante cierta causa ha desaparecido en el sujeto alguna de las condiciones de imputabilidad, y por tanto no cabe hacerle responsable del hecho aunque sea dañoso y perjudicial.

Los tratadistas del Derecho penal y los Códigos, fijándose principalmente en el efecto que produce la causa que los motiva, suelen llamarlos *circunstancias de exención*. Pero ni la una ni la otra palabra representan con propiedad la idea que quieren expresar. Circunstancia — como su origen etimológico indica — es aquello que está al redor de un objeto, que puede, por consiguiente, modificarle accidentalmente pero no en su esencia, y las causas de inimputabilidad cambian de tal manera la naturaleza del hecho que convierten al crimen en una desgracia. La de exención, por otra parte, parece indicar que aunque el hecho es imputable, sin embargo, la responsabilidad no se exige por cualquier motivo, lo cual acontece prácticamente en el Derecho positivo, por ejemplo, en los hurtos y defraudaciones entre padres é hijos y cercanos parientes (1), en las lesiones causadas por el marido á la adúltera y su cómplice cogidos *in fraganti* (2), y áun en el caso de indulto, perdón del ofendido, prescripción de la Pena, etc. (3), sin que concurra á pesar de eso causa de no imputabilidad.

Si con la palabra exención se ha querido indicar tan

(1) Art. 530, Código penal español.

(2) Art. 438, Código penal español.

(3) Arts. 132 y siguientes, Código penal español.

sólo que á pesar de no ser el hecho imputable, sin embargo, no resulta legítimo en el que le ejecuta, tampoco es feliz ni apropiada la fórmula que se emplea.

Caracteriza los estados de que nos vamos ocupando, el ser personales en el agente, esto es, subjetivos, por lo cual se distinguen de las llamadas propiamente *causas de justificacion* de que se ha tratado en el párrafo XXXVII y que concurren en la materia, del Delito. Y no conocerá la naturaleza propia de los unos y de las otras ni podrá hacer recta aplicacion de la doctrina, aquel que no se fije en el carácter peculiar que revisten. Mediante las causas de inimputabilidad, no hay delincuente aunque el hecho no sea bueno ni legítimo; concuriendo la causa de justificacion no hay Delito, y á pesar de su apariencia criminal, y aunque se cause daño y perjuicio á quien sufre sus consecuencias, el acto es enteramente justo y conforme al Derecho, tal vez meritorio, á veces heróico, como sucede en la defensa y en la obediencia debida. El acto del loco, el del niño, por el contrario, ni merece alabanza ni vituperio, ni premio, ni castigo cualquiera que sea, porque está fuera del alcance de la Ética.

Ciertamente que la naturaleza diversa de las causas de justificacion y de no imputabilidad suele reconocerse generalmente, pero ni se sostiene la distincion despues de hecha, ni se deducen en la teoría ni en la práctica las consecuencias que de ella se desprenden, pues tanto los Códigos como los tratadistas del Derecho penal vienen en último término á confundirlas al llegar á la aplicacion.

Las causas de no imputabilidad, concurriendo en el sujeto activo del Delito, le colocan en un estado de excepcion, bien relativamente á todos los hechos de su vida, bien á algunos en los que aparecen suprimidas totalmente alguna de las condiciones necesarias para ser responsable. A un estado del alma de conciencia, se constituye otro en el que falta el conocimiento de sí y de la ley: en vez de deter-

minarse el sujeto por sí es fatal y necesariamente determinado: en vez de regir su voluntad, es regida por impulsos externos y suprimida, por tanto, la libre determinacion queda cegada la fuente de la responsabilidad.

Son estos estados, unas veces anómalos, como la locura y el sonambulismo; otras naturales, como el sueño y la infancia, pero en todos han desaparecido totalmente ó no se hallan todavía las condiciones para que el sujeto sea responsable, pues si se diera en algun grado, aunque imperfectamente, habria motivo de atenuacion, como veremos luégo, nunca de irresponsabilidad completa.

Distingue y separa estas causas de las de no *imposicion de la Pena* el concurrir en la comision del hecho, porque estas últimas suponen el crimen cometido con todas las condiciones de imputabilidad en el agente á pesar de lo que no se declara, no se ejecuta ó no se concluye de ejecutar el castigo declarado, por falta de capacidad en el reo para recibirle ó por no ser ya necesario: tal acontece en el caso de locura posterior al Delito, de muerte del reo, de enmienda, de prescripcion, etc.

El estado del sujeto puede hacer relacion á todos sus hechos como la locura furiosa, ó influir tan sólo en algunos: pues cabe tener en cierto orden de relaciones conciencia más ó ménos clara, y faltar totalmente respecto á otro. El niño de corta edad tal vez comprende que debe respetar la vida de los demás, y no alcanza su inteligencia á darse cuenta cabal del daño que una estafa ha de producir. Deberá, pues, en este último Delito ser declarado irresponsable y responder, aunque con grave atenuacion, pero al cabo responder del homicidio. Por esto no es posible marcar en los Códigos los estados de no imputabilidad absolutamente, sino que deben considerarse en relacion á cada acto criminal y á cada individuo.

Puesto que las causas de que nos ocupamos destruyen de un modo más ó ménos permanente aquellas cualidades

en que consiste la libertad, claro está que no quedan limitadas al penal, sino que trascienden á todas las esferas del Derecho. El civil las mira, en efecto, como motivos de nulidad de los contratos y del matrimonio y como origen de la tutela; el político como incapacidad de ejercer las facultades que consagra, y el penal las tiene en cuenta al apreciar los actos que si hubieran sido ejecutados en otro estado constituirían Delito.

Pero indicábamos al principio del párrafo que por su concurrencia, no nace responsabilidad penal alguna aunque el hecho sea dañoso. La naturaleza del acto, en efecto, en relacion á la persona sobre la que recaen las consecuencias, aparece como opuesta al Bien: pero cuando se mira con referencia al sujeto de quien procede, ni es bueno ni malo, por carecer de todo valor ético ó moral. De aquí, que si no puede haber responsabilidad para la Pena que supone necesariamente la libre voluntad, cabe la puramente civil, que mira al perjuicio y busca la indemnización de un daño inmerecido, y tambien el que se adopten medios que en adelante impidan que se repitan, como imponiendo á la familia y al tutor el deber de educar al niño y de recluir al loco. Pero ni lo uno ni lo otro —aunque sea asunto de que comunmente se ocupan los Códigos criminales, — corresponde al Derecho penal.

§ XLV.

Causas de inimputabilidad.

Para proceder con rigoroso análisis en la determinacion de estas causas, seria preciso examinar todos los estados en que el hombre puede hallarse á fin de encontrar aquellos en los que se dan y faltan las condiciones sentadas en el párrafo XLIII. Mas como este proceso, en extremo fati-

goso, excedería de los límites de una obra elemental, será necesario suponer algunas nociones cuya verdad no ha sido aquí científicamente establecida.

Las condiciones de imputabilidad pueden faltar, ó bien por un desarrollo incompleto é imperfecto de las facultades del espíritu, ó por encontrarse en desórden y perturbadas. La infancia, el idiotismo, la imbecilidad, el sueño, la embriaguez en su último período, la síncope ó desmayo, y segun algunos, la senectud, la ignorancia y la sordomudez, deben figurar en el primer grupo; y en el segundo, la locura ó demencia, la embriaguez en su segundo período, el sonambulismo y los primeros momentos de la pasión. Ocupémonos, pues, de cada uno de estos estados separadamente, aunque con brevedad.

Infancia. Las funciones del espíritu se desenvuelven en el hombre con lentitud como el organismo físico, desde el momento que el alma se infunde misteriosamente en la materia apta para recibirla. Por lo que podemos inducir de la observacion de los actos del niño, en los primeros años de su vida, no tiene conciencia de sí y mucho ménos de la ley que ha de regir su voluntad, sobre la cual evidentemente no tiene dominio, estando fatalmente determinada por los impulsos externos. En este estado no existe la imputabilidad.

Poco á poco va adquiriendo la conciencia de sí, y cuando pronuncia la palabra *yo*, se distingue del mundo que le rodea, pero todavía permanece algun tiempo la voluntad encadenada al móvil sensible que la guía de un modo necesario. Los deseos inmoderados, irresistibles, la testarudez propia de la edad nos lo demuestran. La conciencia más ó ménos clara de sí, le lleva luégo á la reflexion, y mediante ésta va entrando en sí mismo, va rompiendo la esclavitud del mundo exterior en que se hallaba y atendiendo á las ideas abstractas que iluminan lentamente su inteligencia. Empieza entónces a obrar conforme á principios, con conocimiento de la ley, autónómicamente y comienza la edad de

la razon, de la imputabilidad y de la responsabilidad.

Mas la vida espiritual humana no marcha paralela con el desarrollo corporal: al propio tiempo cierto género de relaciones que son violadas por el Delito reclaman para ser comprendidas un grado de inteligencia que otro no exige, y por tanto cabe que una persona obre al perturbar el primero, sin conciencia y sin que responda de sus hechos, y suceda lo contrario tratándose del segundo. De aquí que sea harto difícil el fijar el instante en que empieza la imputabilidad en cada persona, y completamente imposible por medio de una regla general aplicable á todos los individuos, como lo intentan algunos Códigos, que al fin han tenido que venir á reconocer que sólo el juez en cada caso es capaz de determinar si se obró ó no con discernimiento.

La infancia, pues, como signo del imperfecto desarrollo intelectual, presenta uno de los que hemos llamado estados de inimputabilidad.

Senectud. Tras el período de la virilidad viene el de la decadencia del cuerpo y del espíritu, y cabe, por tanto, preguntar si es el fin de la vida terrena semejante á su comienzo. Pero parece demostrado, que si en la extrema vejez decrece el vigor de las facultades del alma, no es hasta el punto que se confunda con la infancia, si no va acompañada, como á veces acontece, de la imbecilidad.

Idiotismo, imbecilidad, amencia. La llamada por alguno locura por impotencia, comprende el idiotismo y la imbecilidad, que no pueden diferenciarse entre sí esencialmente, sino que se presentan como grados de un mismo padecimiento. La amencia tampoco se distingue de ambas sino por la causa que la produce; pues al paso que aquellas parecen congénitas, ésta es ocasionada por la enfermedad, la vejez ó cualquiera otro motivo semejante.

Es característico de todas la atonía ó la supresion más ó ménos completa de las facultades del espíritu ó de sus funciones, de manera que desde el infeliz cretino á quien la

falta de ideas ha suprimido el lenguaje, que apenas se distingue del mundo en que vive, que sólo siente el aguijón del deseo y de la necesidad material, hasta aquel hombre flaco de espíritu á cuya inteligencia aparecen débilmente los principios racionales, movido casi siempre por el impulso sensible, median infinitos grados que se escapan á toda clasificacion. Aseméjase, pues, la locura por impotencia á la edad infantil, y todo cuanto del niño queda consignado, puede darse aquí por reproducido. El idiotismo, la imbecilidad, presentan al sujeto en estado tal, que segun sean más ó ménos intensas, sus acciones pueden ó no serle imputables.

Sueño. En el sueño cuando es natural y sin ensueños aparecen como suspendidas, no sólo las funciones del espíritu, sino hasta las de los sentidos corporales, pues luego que alguno recobra suejercicio ó no es natural ó verdadero sueño, ó empieza ya la vigilia. Si el alma no duerme—como se asegura, tal vez con fundamento,—no tiene conciencia de que existe, ni está en relacion con el mundo exterior.

Comparable en sus efectos psíquicos al natural, es el artificial ó magnético, de cuya existencia no puede dudarse. Los fenómenos á que realmente queda reducido, son los mismos que los que se observan en el sueño fisiológico, aumentados con más persistente insensibilidad y con la rigidez corporal ó catalepsia. La doble vista, la presciencia, la imposición de la voluntad ajena, parecen patrañas indignas del siglo presente.

En el sueño natural ó magnético, considerado de este modo, no cabe que se cometa Delito, á no ser por omision, y tan sólo pudiera cuestionarse si es imputable el haber cedido á él voluntariamente. Mas tal estado, aparte de esto, es, á no dudarlo, uno de aquellos en que las condiciones de imputabilidad están suprimidas.

Embriaguez. Presenta la embriaguez marcadamente tres períodos diversos. En el primero hay cierta excitacion

é irritabilidad, y el hombre dueño todavía de sí, es fácilmente llevado á obrar á impulsos de un móvil exterior; la imputabilidad de los actos existe, por consiguiente todavía. A este estado sucede uno parecido al de locura, caracterizado por las alucinaciones de los sentidos, inconsciencia de él y de los principios racionales, del que ahora no debemos ocuparnos. En el tercero de atonía ó colapso, los sentidos corporales, las funciones todas del espíritu se suspenden como en el sueño y las condiciones de imputabilidad desaparecen; siendo en verdad extraño que á pesar de la evidencia de todo esto algunos Códigos, como el nuestro penal que admiten Delitos por omision, no señalen la embriaguez en este período como causa de irresponsabilidad completa.

Síncope ó desmayo. Iguales fenómenos que la embriaguez en su último estado produce la síncope ó desmayo natural ó provocado, por lo cual es innecesario ocuparse de él con extension.

Sordo-mudez é ignorancia. Suele tratarse en la ciencia si la sordo-mudez y la ignorancia de la ley son causas de no imputabilidad de ciertos hechos ó de todos: y evidentemente que de serlo en este lugar, debieran examinarse.

Pero en verdad que si respecto de una ley positiva parece que por el principio de que no llegando ni habiendo podido llegar á noticia de aquel que ha de ajustar á ella sus actos, no le es obligatoria y no puede responder de su violacion, la ley del Derecho está en la conciencia del hombre siempre promulgada, y por consiguiente nadie puede decir que la desconoce si es sér racional. A no mediar enfermedad, un desarrollo incompleto, perturbacion mental, nadie hay que desconozca el principio que debe regir su conducta, y al sordo-mudo, aunque aislado en gran parte del mundo exterior, no puede faltarle la conciencia del deber, de manera que siempre haya de considerársele como irresponsable.

En la práctica, sin embargo, pueden presentarse casos de verdadera ignorancia; el sordo-mudo puede sin culpa de su parte, desconocer muchos preceptos, si no ha recibido educación, y entónces es estrictamente justo que tanto la una como la otra sean consideradas como causas que excluyen la imputabilidad. Por esto un Código moderno (1) consigna con sobrado fundamento que el sordo-mudo, á quien falte la inteligencia necesaria para comprender el carácter criminal del acto que ejecuta, debe ser declarado irresponsable, y que ignorándose por el autor las condiciones que constituyen el carácter criminoso de un hecho ó que le agravan, no le serán imputadas. En los Delitos por negligencia ó imprudencia esta regla no es aplicable sino cuando la ignorancia no reconoce como causa tambien el descuido ó la imprudencia.

No parece que puedan hallarse despues de las expuestas, otras causas que den origen á estados de inímitabilidad, por imperfecto ó incompleto desarrollo intelectual, faltando para dar por terminada la materia el tratar de los que provienen de una perturbacion ó desarreglo en el ejercicio de las funciones del espíritu.

Enajenacion mental. Bajo estas palabras de uso corriente en el lenguaje comun, puede comprenderse la llamada por algunos locura por perversion y que presenta diversas formas. Unas veces el desórden es completo, invade la inteligencia toda; otras sólo se muestra en cierta clase de ideas y es la llamada monomanía, y pueden tales estados ser permanentes y constantes ó con ciertas intermitencias é intervalos lúcidos, no siendo extraño que una verdadera locura provenga de un estado patológico ó de una causa inmaterial y jamás vuelva á aparecer.

A juzgar por sus hechos que pueden apreciar nuestros sentidos, no parece dudoso que el verdadero loco ó ma-

(1) El de la Confederacion de la Alemania del Norte, arts. 58 y 59.

niaco si piensa, razona, compara, deduce, proyecta y ejecuta, ni tiene conciencia de sí ni de las funciones de su espíritu ni mucho ménos percibe la ley que ha de regir su conducta. Las más extrañas é incomprensibles alucinaciones suceden á las realidades de los sentidos y las ideas más extravagantes á los principios racionales, y así es que no parece discutible si las condiciones de imputabilidad se dan en tal estado. É importa poco que sea accidental, intermitente ó constante, pues, todos los actos ejecutados durante él carecen de contenido y valor ético. Si á esta situacion, aunque sea sólo por un momento, sucede un intervalo lúcido, la imputabilidad reaparece por más que la aplicacion práctica de una regla tan inconcusa sea en extremo difícil.

Donde teóricamente se suscitan graves dudas es al tratar de aquella locura ó monomanía que se muestra como la exaltacion, más ó ménos exagerada, de un sentimiento ó de una idea.

Es sello característico de la monomanía la completa regularidad de las funciones de la inteligencia, en tanto que nada se relaciona con la idea que domina y tambien la normalidad casi constante de las mismas funciones dados los erróneos supuestos de que parte el monomaniaco. Si la manía no es delirante ni ha llegado á apoderarse la vida toda de quien la padece, puede fácilmente confundirse con la pasion que impera en un espíritu por la flojedad del ánimo, que puede, sin embargo, con mayor ó menor esfuerzo, vencerla y sujetarla.

De esta confusion que entraña á nuestro entender un error grave, ha nacido la doctrina admitida por muchos y en parte aceptada por nuestro Código, de que la manía es causa de exencion si es completa y de atenuacion si no lo es (1), refiriéndose el Delito al orden de ideas dominantes.

(1) Arts. 8, caso 1.º, y 9, caso 1.º

Pero si se analizan y se estudian los actos del verdadero monomaniaco, se verá que al principio racional ha sustituido la falsa idea, la cual se impone necesariamente y determina la conducta de un modo fatal. Y si la inteligencia funciona á veces con una sagacidad maravillosa, es como fiel é inconsciente sirvienta no como señora y dueña. El más grave obstáculo, la imposibilidad completa no detiene al maniaco incapaz de ver por cima de su alucinación y su locura que le obliga á marchar sin descanso. Así, si se intenta convencerle no se conseguirá más que irritarle, siendo preciso para dirigirle y aún para curarle separar su pensamiento de aquella idea, excitando otra más poderosa. No hay, pues, conciencia del principio racional, ni por tanto, imputabilidad, ni cabe la correccion por la Pena relacionada con el Delito. Al procedimiento penal debe sustituir la tutela de la que en parte se ocupan los Códigos al exigir que el que ejecuta un hecho que en estado de razon constituiria Delito, sea recluido en un establecimiento público, no pudiendo entregarle á la familia sino cuando presta fianza de custodiarle.

Ciertas enfermedades, una educacion viciosa é incompleta, una costumbre muy arraigada, como la de embriagarse, pueden, á no dudarlo, producir un estado en el que la voluntad con suma facilidad sea determinada en cierto sentido y parezca esclavizada como en la monomanía. Pero esta esclavitud es voluntaria y es consciente: la idea que impera puede ser discutida, insistiendo sobre ella seguramente desaparecerá y el hábito más inveterado puede desarraigarse con un grande esfuerzo. Existen, pues, en tal caso las condiciones de imputabilidad, y no sólo la Pena puede llenar su fin, sino que la naturaleza de los hechos y el estado de quien los ejecutó la reclaman imperiosamente, pues entónces, como siempre que hay Delito, se muestra el hombre determinado por las circunstancias exteriores que le rodean, siendo dominado

voluntariamente por ellas en vez de regirlas y vencerlas.

Cierto que en la práctica será difícil á las veces el distinguir un estado de otro; pero ni esto es motivo para no procurar caracterizarlos, ni áun la dificultad se salva con declarar la manía causa de exencion á la par que modificativa, pues sólo se consigue el convertirla en esta otra no más fácil de resolver: ¿es la manía completa de modo que anula el libre albedrío ó tan sólo incompleta?

Pasion. Por lo anteriormente expuesto y lo consignado en el párrafo XXXI se comprende que las pasiones, que no son otra cosa que sentimientos egoistas llevados á la exaltacion, no pueden suprimir en el hombre las condiciones de imputabilidad, porque no hay ninguna que no pueda ser dominada y regida.

Pero esto no debe confundirse con los primeros movimientos apasionados en los que la sensibilidad impera sobre la inteligencia y determina inconscientemente los actos de un modo fatal, siendo entónces el hombre pasivo más bien que activo: pues en tal estado, que puede durar sólo un momento, la imputabilidad desaparece. Bajo la influencia del terror, por ejemplo, se ejecutan los actos más irracionales é insensatos, y si ocasionasen daño á un tercero, no deben con justicia ser imputados como crímenes. Al lado de esta pasion puede figurar la necesidad extrema, la ira de un instante, y tantas otras.

De aquí que en todo rigor el llamado *miedo insuperable* que permite raciocinar y escoger entre el mal con que se amenaza y el Delito que mediante él se espera que se cometa, no presenta al hombre en un estado de no imputabilidad. La conciencia de sí, de la ley ó del principio existen, y hay por tanto, dominio sobre la voluntad. Aunque parezca paradoja el hecho ejecutado por la coaccion es acto libre, porque á la fuente de la libertad sólo por la libertad se llega. Las leyes positivas, sin embargo, no se han atrevido á exigir al ciudadano esta libertad heroica

que consiste en hacerse superior á la coaccion más apremiante, y unas con una fórmula y otras con otra diversa, comprenden entre las causas de exención, el miedo de un mal grave y próximo que suele llamarse sin razon *insuperable*.

Embriaguez. Como se dijo en este mismo párrafo, la embriaguez presenta tres momentos, siendo en el segundo muy semejante á la locura, con la cual se la ha comparado, pues por lo que demuestra la observacion de los hechos del beodo, cuando se halla en él, ni tiene conciencia de sí, ni de la ley, ni principio racional. La irresponsabilidad, por consiguiente, debe ser completa como se consigna en algunos Códigos (1).

La dificultad de distinguir sin duda cuando el ebrio ha perdido el uso de sus facultades, el pensamiento de que el hombre se embriaga voluntariamente, y más que nada el no atreverse el legislador en muchos países á castigar la embriaguez como Delito ó falta, ha llevado á adoptar en ocasiones el sistema más cruel y ménos eficaz de penar como criminales los actos dañosos ejecutados por el beodo. Pero ni la dificultad, por grande que sea, puede justificar tal precepto, ni es siempre exacto que la embriaguez no pueda ser enteramente casual, fuera de que nadie ha de responder sino de sus hechos voluntariamente producidos, y al que se embriaga, al menos cuando es públicamente, debe siempre imponérsele Pena aunque á nadie cause daño.

Sonambulismo. Caracterizase el sueño generalmente por la inactividad casi completa del cuerpo. Mas á veces

(1) El portugués, arts. 2 y 3, y el austriaco.—Otros no hablan de la embriaguez especialmente, pero por las condiciones que exigen al autor al tiempo de cometer el Delito, se comprende que el ebrio no delinque. La ley IV, tit. 3.º, Partida 7.ª, declaraba tambien irresponsable al embriagado porque obraba estando desapoderado de su seso.

el dormido habla, se rie, llora, agita los brazos, y cuando estos movimientos son ya muy marcados, cuando se levanta y mueve se dice, como lo expresa la misma etimología de la palabra, que está sonámbulo.

No es el sonambulismo ciertamente un estado natural ó fisiológico, sino patológico ó de enfermedad, pero no se diferencia en su esencia del sueño natural cuando se le considera con relacion al alma. Los sentidos corporales permanecen inertes siendo sustituidos por las alucinaciones, cuyos elementos proporcionan el recuerdo, y por lo que puede inducirse de la experiencia de los actos del sonámbulo, no tiene jamás conciencia de su estado, ni dominio sobre su libertad, ni sigue su conducta aquellos principios que la gobernaban durante la vigilia. Por esto parece fuera de toda duda, que el hecho ejecutado durante tal estado no es imputable, siendo en verdad extraño que el sonambulismo —considerado en algun Código antiguo como causa de irresponsabilidad, (1) —no lo sea en varios modernos, como acontece en el de España.

§ XLVI.

**De las circunstancias ó hechos modificativos de la imputabilidad
en el agente del Delito.**

Partiéndose del supuesto que el Delito es un acto de la libre voluntad humana, se ha examinado en todo el Capítulo segundo de este LIBRO su valor y su importancia, considerándole tan sólo como el quebrantamiento del Derecho, hecha abstraccion de la persona del agente. De esta manera, el estado á que en el desarrollo de su vida habia llegado

(1) La ley V, tit. 8.º, Part. 7.ª, y el art. 26 del Código Penal español de 1822.

el crimen, su causa, la forma del quebrantamiento, la especial relacion jurídica perturbada, las circunstancias accidentales que le habian acompañado, así como la influencia que un hecho punible ejercia sobre otro, determinaban el valor ético ó moral del acto culpable por los elementos que llevaba el análisis tan sólo de su parte objetiva, esto es, mirando el delito sin el autor, el crimen sin el criminal, la perturbacion sin el perturbador.

Mas así como no hay efecto sin causa, no hay determinacion alguna de la voluntad sin sujeto de ella, y por tanto, el crimen sólo puede ser rectamente apreciado uniendo á los datos anteriormente recogidos los que suministra el exámen de la persona del culpable. Quién puede serlo y en qué condiciones, ha sido el asunto de los tres precedentes párrafos.

Pero no es esto bastante, necesitase además fijar de un modo claro hasta qué punto y en qué medida ha sido el autor causa del hecho por el que se le pena, qué es lo que en él existe que le sea imputable, qué pueda atribuírsele, y por consiguiente á que queda reducida su responsabilidad. De aquí surge la nocion de las causas ó hechos modificativos de la imputabilidad, que son aquellos que concurriendo en el sujeto activo del Delito, le colocan sin culpa de su parte, en un estado personal y excepcional, en el que la determinacion para cometerle es más fácil, y por tanto, la responsabilidad menor que la que se desprende del hecho considerado en sí mismo.

Mas esta descripcion, que reconocemos como imperfecta y no enteramente satisfactoria, y que sólo consignamos para el orden de la exposicion, necesita ser explicada.

En todo Delito el culpable se ha apartado de la ley del Derecho, con conciencia de que debia ser la regla de su proceder en la vida, y de que gozaba de libre voluntad para ajustarse á ella. Representa, pues, siempre el Delito el injusto pero voluntario dominio que sobre la libertad

del hombre han tomado los impulsos extraños, los hechos externos que le rodeaban al tiempo de cometerle. Al faltar conscientemente á la ley, al obrar heteronómicamente demuestra el hombre que ha perdido el uso de la verdadera libertad, pero por su culpa y por algo que le es imputable. Por esta razon, se le pena, buscando por tal medio que no vuelva á obrar de ese modo, sino que adquiera el perdido uso de su libre determinacion (§ XXXI).

No puede, por tanto, ser causa de no imputabilidad, ni siquiera modificativa el haber cedido el culpable, en el robo á la avaricia, en la violacion al impuro deseo, en la sedicion á la sed de mando, y en general al cometer cualquier Delito, al motivo antijurídico que sacó de su recto camino la voluntad del agente. Cuando esto acontece, esto es, cuando sólo tenemos que considerar en el acto culpable, el hecho mismo y el injusto dominio que sobre el ánimo del criminal han ejercido los incentivos que le determinaron, existe un equilibrio, una ecuacion exacta entre el Delito objetivo y el Delito subjetivamente considerado. Un hombre adulto en el pleno uso de su razon, no cohibido por la necesidad ni por otra causa, comete un robo, por ejemplo; pues en tales supuestos, esta infraccion jurídica ni tiene más ni tiene ménos valor que el que la prestan sus condiciones propias. Si la ley—como es comun y frecuente—asigna Pena que fija en cualidad y en cantidad, que en unos Códigos se dice ordinaria y en otros en su grado medio, el Tribunal debe aplicarla tal como está escrita, sin que el estado ó situacion del agente rompa ni altere la relacion entre las condiciones constitutivas del Delito y la responsabilidad que de ellas se desprende.

Mas el hombre, que se determina muchas veces por las circunstancias que le rodean, puede haber llegado á encontrarse en medio de ellas sin culpa alguna de su parte, y en un estado en el que era harto difícil no sucumbir y obrar en pura determinacion racional. Si entónces se quiere

valuar y pesar el hecho y la responsabilidad á que debe estar atendido el autor, será preciso dividirla forzosamente en dos partes y apreciar dos factores ó sumandos.

Constituye el uno la parte que las circunstancias han tenido en que se ejecute, que no puede ponerse á cargo del agente; forma el otro lo que hay en el hecho de voluntario y de imputable en ceder y ser dominado por ellas. Resulta de ahí un desequilibrio y una desproporcion entre el hecho mirado en sí mismo ú objetivamente, y el hecho considerado en el autor, dada la situacion en que tuvo lugar. Y si la ley marca para el crimen una pena de duracion determinada, no puede aplicarse en toda su extension al culpable, pues parte del Delito es hijo exclusivamente de las circunstancias. En otras diferentes y ménos adversas el sujeto no hubiera sucumbido, sino que conservando su libertad, la habria afirmado cumpliendo la ley. Y como la Pena no puede proponerse el cambiar las condiciones externas de la vida, sino las internas del criminal, sólo tiene que corregir en el culpable la perversidad que los hechos demuestran. Injusto por excesivo seria, pues, el castigo que no respondiendocompletamente á este pensamiento, fuera igual en todos los casos. Quien cometió el hurto, por ejemplo, era un niño ó era un adulto aguijoneado por el hambre, y en tal caso el valor de este hecho se disminuye por la facilidad de ceder al móvil codicioso el que no ha fortalecido con el hábito de la vida su libertad, ó el que la halla ya atacada por una necesidad apremiante.

Pero como se ve, el hecho ó causa modificativa ha de concurrir en el autor sin culpa de su parte, al tiempo de cometer el delito. Esto acontece evidentemente, por ejemplo, en el caso de un desarrollo espiritual incompleto, producido ó por la falta de edad, ó por defecto físico ó moral, como la imbecilidad, la sordo-mudez, la necesidad material, el miedo ó coaccion y tantos otros.

Aunque no de un modo permanente como en los notados, sino fugaces y pasajeros, puede hallarse el hombre tambien en tales situaciones que pierda en parte el dominio sobre sí propio. El ofendido injustamente que venga en el acto su ofensa, el que cede á un sentimiento poderoso, natural y hasta cierto punto, dada la humana imperfeccion, legítimo, no puede responder en el mismo grado y extension que si se hallase en otras condiciones. Mediante las circunstancias, fué fácil el que cediera, y entre ellas y la debilidad de la voluntad resultó el crimen; mas lo que este vale corresponde á estos dos factores de valor bien diverso. Casos hay en que tal es el influjo del primero, que la libertad desaparece como en los primeros momentos de la passion; algunos, que la responsabilidad se atenúa hasta el extremo de ser necesario una libertad heroica para no delinquir, como en el miedo llamado insuperable, y muchos en que apenas se disminuye de un modo perceptible.

De la misma índole son otras causas modificativas que suelen concurrir con la extralimitacion en el uso de un derecho ó cumplimiento de un deber. Ciertamente que por esto no habria lugar á disminuir la importancia del hecho criminal, que consiste en la extralimitacion, pero el estado de espíritu del agente hace fácil el dejarse llevar por ese camino. Así sucede, por ejemplo, en la defensa que no guarda relacion y consonancia con el ataque y en la obediencia prestada en asunto que no era debida al superior, que de ordinario ordena con rectitud y dentro de los límites de su competencia. Pues en efecto no es fácil libertarse del sentimiento de ira que causa la injusticia de la agresion, como no lo es tampoco el ponerse á cubierto del influjo que ejerce el que se considera, no sólo como superior jerárquico, sino como superior en inteligencia, en instruccion y cultura.

Pero si en las enumeradas se ve de un modo claro que la voluntad ha tenido que aceptar necesariamente los he-

chos que constituyen la causa modificativa, no sucede lo mismo en algunas otras. La embriaguez, que en su primer período debe enumerarse entre ellas, puede ser casual, mas de ordinario es voluntaria, y á pesar de esto, la modificacion de la imputabilidad es evidente. En efecto, basta para que exista que el culpable no se colocase en ese estado con la intencion deliberada de ser más accesible á los impulsos exteriores y llegar de esta manera á perpetrar el Delito, que de otro modo no hubiera cometido. El que busca en las bebidas alcohólicas tan sólo la alegría de un instante, tal vez el olvido de sus dolores y sufrimientos, si cometiese un crimen á que por un accidente casual fué fácilmente provocado, su responsabilidad seria menor, sin duda, que la propia del Delito. Él no intentaba disminuir la fuerza y energia de su voluntad para ser más fácil y más seguramente determinado, y la embriaguez, áun siendo voluntaria, representa en relacion al hecho criminoso, un estado ocasional y puramente fortuito. Cualquiera, pues, que hubiera de ser la Pena que mereciese por la embriaguez, la del Delito que durante ella cometió, deberá disminuirse en relacion con la mayor ó menor intensidad. Otra cosa seria si la excitacion y áun la pasajera locura que producen las bebidas alcohólicas se hubiera buscado con el intento de colocarse en un estado en el que es más fácil dejarse dominar por los incentivos que llevaban á cometer el Delito, pues entónces por un acto de su voluntad se hizo el agente esclavo y perdió el uso de su libre arbitrio.

De aquí la distincion que en algunos Códigos se hace entre la embriaguez posterior y anterior al proyecto de cometer el crimen, si bien al formular el precepto de este modo se incurre en el grosero error, por una parte, de considerar que invariablemente todo el que se embriaga despues de la resolucion de delinquir, lo hace para consumir lo que ha imaginado y decidido, y de otra suponer que la inten-

ción formada en un estado normal, persiste siempre en el ebrioso, lo cual no es exacto.

Las causas ó hechos modificativos constituyen, pues, un estado personal del sujeto activo del Delito, al tiempo de cometerle, que ya es permanente, como la imbecilidad incompleta, ya transitorio pero de duracion más ó ménos larga, ya más ó ménos fugaz ó pasajero, como la embriaguez, el estímulo poderoso de un sentimiento, etc. Mas siempre si han de merecer con justicia tal nombre presentan al autor en una situación en que ó son ménos claras la conciencia de sí ó de la ley, ó menor el dominio sobre la voluntad, siendo por tanto más fácilmente determinable en un sentido dado. Por esto revisten un carácter de generalidad que repugna á las accidentales del Delito, con las cuales suelen muy á menudo confundirse, tanto en la práctica como en la teoría. El crimen del niño es siempre ménos grave, cualquiera que sea su naturaleza y la relacion jurídica violada, y así, dado caso que en el Derecho positivo hubieran de marcarse taxativamente ó por vía de ejemplo las circunstancias modificativas, el arte de la legislacion no se opondria á que se colocasen reunidas al principio del Código, como precepto universal á todos los Delitos aplicable, á diferencia de las accidentales que no pueden separarse del acto que modifican.

Estas, en efecto, segun quedó notado son objetivas: su influencia puede ser apreciada y medida con sólo tener presente el Delito mismo; aquellas, por el contrario, son subjetivas, y únicamente entrando en el interior del culpable, analizando la situación de su alma puede conocerse y apreciarse el dato que suministran para determinar el grado de la imputabilidad y de la responsabilidad. Es más, si segun el comun sentir— aunque lo juzgamos erróneo,— sólo puede ser castigado como criminoso el hecho descrito en una ley penal con todos sus accidentes de forma, manera, etc., las circunstancias acciden-

tales que expresan todo esto debieran consignarse con la mayor minuciosidad posible. Pero aquellas que representan el estado de ánimo del culpable y hasta qué punto fué el Delito la obra de su libre y voluntaria determinacion, esto es, lo que sólo puede verse teniendo á su presencia el reo y escudriñando su conciencia, se escapan á toda racional enumeracion y más que nada á toda valuacion *à priori* y deben quedar al prudente arbitrio de los Tribunales.

Por eso, aún en Códigos en que como el nuestro quiere marcarse por reglas generales é invariablemente la relacion entre todo Delito y toda Pena, hallamos disposiciones que dejan al juez fijar discrecionalmente la que estime justa para el delincuente mayor de nueve años y menor de quince que hubiere obrado con discernimiento, que le permite disminuir extraordinariamente el castigo para el mayor de quince y menor de diez y ocho (1), y tambien, aunque en menor escala, cuando ocurre el caso de la defensa ó cualquiera otra causa justificante que por no reunir todos los requisitos para serlo se convierte en motivo de atenuacion (2).

Pero el estado en que queda constituido el autor por la circunstancia modificativa, no sólo es personal é involuntario sino excepcional, no pudiendo sustraerse de su influjo por su esfuerzo propio. Tantas veces como el estímulo se presentase, otras tantas, sin poderlo el culpable evitar, cometiese ó no el crimen, sentiria los efectos de su situacion. Mientras el niño no salga de la infancia tendrá ménos desarrollada la inteligencia; mientras esté el autor embriagado hallará más débil su voluntad. Y si bien por medio de la Pena puede evitarse, por ejemplo, que el hom-

(1) Art. 86.

(2) Art. 87.

bre se coloque en este último estado, ya en él la perversidad es menor que la que el hecho ejecutado demuestra, y por tanto, puede ser corregido y obtenerse la reparación del Derecho á ménos costa y con menor castigo. Fuera de esa situacion transitoria y extraordinaria su conducta hubiera sido diferente, y la manera normal y comun de ser el culpable, es lo que representa el verdadero estado de su alma que debe tenerse en cuenta para penarle y corregirle.

Mas no puede apreciarse ciertamente como circunstancia modificativa en el sentido que aquí la consideramos, aquel estado que constituye la manera de ser ordinaria del criminal que ha aceptado voluntariamente y que explica el Delito cometido y hace temer que incurra en otros mientras permanezca en él. La falta de educacion, la viciosa ó dirigida en mal sentido que produce como efecto que sea ménos dueño de sí y más inclinado á apartarse de la ley, el hábito que con su fuerza casi avasalladora amengua en alto grado la libertad, constituyen al agente en condiciones tales que le llevan al crimen. Pero aparte de lo voluntario que hay en todo esto, revelan el estado del espíritu del culpable, su manera de ser, y explican su conducta en relacion al Derecho, y las infracciones cometidas. Cada una de ellas y más todavía su repeticion, le dan á conocer evidentemente, y no hay, por tanto, desequilibrio entre el Delito objetivo y el subjetivo. Pues si no se mira el crimen como la perversidad sin causa, sino como el predominio de las circunstancias exteriores sobre la libertad, consiste precisamente en dejarse dirigir por el camino que trazan y determinan en vez de dominarlas y regirlas como es posible. Y si la Pena no es expiacion, sino reparacion, precisamente está llamada á venir en auxilio del criminal para sacarle de un estado en el que parece sujeto á delinquir siempre y colocarle en otro más favorable para que cumpla el Derecho, entrando en el concierto

y armonía de este organismo. Por esto, la falta de educación que inclina más fácilmente al Delito, la costumbre que lleva á que el último acto sea ménos grave aisladamente considerado que el primero y que todos los anteriores, léjos de ser causa de disminucion de la Pena, lo son de que ésta se prolongue más, insistiendo cuanto sea necesario para que la incultura desaparezca y el hábito contra el Derecho se trueque y cambie en el de cumplirle ó en la virtud de la justicia.

Despréndese de lo expuesto, que además de los ya señalados, es carácter de las circunstancias modificativas, el concurrir en los actos de resolución, preparacion ó consumacion del Delito, pues si el estado personal sólo apareciese, bien ántes ó despues de declarada la Pena, bien ántes ó despues de estarse cumpliendo, la circunstancia no sería modificativa de la imputabilidad. Ciertamente que el castigo podría y debería modificarse y áun cesar, pues como ya hemos indicado (§ XLI), la situacion de fortuna, tal vez de familia, el sexo, la edad, la enfermedad, la enmienda del penado, pueden entre otras causas producir este efecto.

Queda con esto explicada á nuestro ver de un modo satisfactorio, la definicion ó descripcion de las circunstancias modificativas en los términos esenciales que la forman. Tan sólo parece necesario el insistir en las últimas palabras, conviene á saber: que la responsabilidad es menor que la que se desprende del hecho considerado en sí mismo.

Frecuente es el hablar de responsabilidad y de Delitos atenuados y agravados, sin pensar que entrañando esto una comparacion, exige cuando ménos dos términos que deben fijarse claramente. Cuáles sean resulta de cuanto dejamos expuesto. Es el uno el Delito considerado objetivamente y valuado, por tanto, en la criminalidad que los hechos constitutivos y sus accidentes demuestran;

es el otro, el mismo Delito examinado en el sujeto activo, esto es, apreciando la situación, el estado del espíritu del criminal. Si uno y otro término son equivalentes ó presentan una ecuación perfecta, tanto vale mirarle en uno como en otro; pero si hay desequilibrio, entónces uno de ellos es el único que justamente puede ser tenido en cuenta. Representan, pues, las circunstancias modificativas, la desproporción entre la responsabilidad objetiva y la subjetiva (§ XXXII), entre la maldad del hecho y la del criminal.

Es visto por lo expuesto, que las circunstancias modificativas se presentan tan sólo como motivos de atenuación de la responsabilidad penal, y en verdad que su naturaleza parece oponerse á que lo sean de aumento, como acontece á los accidentales.

En ocasiones, sin embargo, pudiera pensarse que habría momentos ó estados en los que el culpable tendría más motivos que en otros para determinarse libremente, por estar más capacitado para conocer la ley y dominarse. El Delito en un hombre de gran cultura, tal vez jurídica, como el juez, el abogado, el profesor de Derecho, es ménos disculpable, no ya que el de una mujer y el de un ignorante, sino el del que tiene la común y ordinaria educación. Fundándose en parte en este pensamiento, hallamos algunas disposiciones en los Códigos imponiendo penas más graves á ciertos hechos ejecutados por las personas citadas, por los sacerdotes, los encargados de la educación no relativos al ejercicio de sus respectivos cargos y funciones.

Pero esto supone un tipo de cultura y de dominio de sí propio imposible de ser comprendido, y el pensamiento de que hay una maldad sustantiva natural en cada individuo, que es causa de la infracción no siendo ésta producida por el influjo que voluntariamente se ha dejado tomar á los móviles externos sobre la libertad. El hombre de ley

que delinque, puede saber mejor que otro el Derecho, pero no lo ha asimilado con su espíritu, no lo ha hecho como propio y es para él como cosa extraña é indiferente, y en este sentido está muy léjos de ser su educacion más perfecta que la del ignorante, que siente, sin embargo, en su conciencia de una manera poderosa el valor de los preceptos tal vez más escasos en número que conoce. Podrá esta consideracion tenerse en cuenta si se trata de la ignorancia de la ley positiva en relacion á ciertos delitos de creacion artificial, pero esto nada tiene que ver con la cuestion que nos ocupa.

Tambien suele mirarse como motivo de aumento de Pena por el mayor valor del crimen al considerarle subjetivamente, el haber procedido con premeditacion ó nó. Ciertamente que esto revela una persistencia en el proyecto criminal que le agrava, mas para apreciar su influencia es necesario examinar la vida del Delito, su generacion, esto es, su materia, como se expuso en el párrafo XXXVI y no constituyendo un estado del delincuente sino del Delito, no corresponde á este lugar.

Lo propio debe decirse en el caso de que el móvil ó fin sea más grave que el que entraña la naturaleza del acto mismo; por ejemplo, el que hurta no por codicia sino para ocasionar la muerte; el que comete un crimen contra la honestidad, no para satisfacer su impuro deseo sino para producir la deshonra y la desesperacion de la persona agraviada. Mas todo esto, en los hechos mismos está y de los hechos mismos se desprende. Al considerarlos, pues, como signo y expresion de la voluntad, no se tendrá en cuenta sólo el crimen realmente ejecutado ni áun intentado, sino el fin ó el propósito más ó menos criminal que los guiaba, correspondiendo, por tanto, á la acumulacion de Delitos (§ XLII).

§ XLVII.

De la codelincuencia.

Hasta ahora venimos partiendo del supuesto que el crimen es la obra del pensamiento y de la voluntad de un solo hombre. De esta manera, toda la energía, persistencia y peculiar carácter de la actividad voluntaria demostrada por los hechos exteriores, se atribuía tan sólo al único autor y causa eficiente para valuar su responsabilidad.

Mas el Delito no es un hecho indivisible, ya se le mire en los actos puramente externos, ya en las funciones del espíritu que éstos suponen. En la deliberacion pueden intervenir varias personas, concurrir varias inteligencias y ser lo resuelto producto de un comun acuerdo de voluntades que subsista en todo el curso de los hechos exteriores. Su preparacion, lo mismo que su ejecucion, cabe tambien que sea la obra de varios, bien porque cada uno tome á su cargo una parte, bien porque todos ejecuten conjuntamente todos los actos. El quebrantamiento del Derecho es entonces á todos imputable, alcanzándose la responsabilidad del acto aunque aparezca como uno. Y este concurso y reunion de diversos agentes, que dá por resultado un solo crimen, debe con propiedad ser llamado *codelincuencia*.

Para que exista, pues, son necesarias una unidad, la del Delito, y una multiplicidad, la de las personas.

La unidad aparece á primera vista de una manera puramente exterior. Cada Delito, en efecto, se compone de un número determinado de hechos, unos de ejecucion y otros de preparacion, que reunidos le constituyen.

Mas esta unidad no es la del crimen, pues basta consi-

derar que si proceden los actos de diversas personas que no se han puesto previamente de acuerdo, por más que unas se aprovechen de los ejecutados por las otras, no serán codeficientes, sino individual y separadamente criminales. El que revela, por ejemplo, la existencia del tesoro oculto y hace de este modo posible el robo, no responderá con los autores de éste, si obró por imprudencia, tal vez intencionalmente, pero sin ánimo de que el Delito se cometiera. Por el contrario, el autor de un hecho criminal, pero que sirve de medio á otro más grave, no se le mirará tan sólo como reo del primero, sino también responsable del segundo, en el cual materialmente no tomó parte. El que hurta un arma para que su dueño no pueda defenderse de un ataque dirigido por otro contra su vida, no sólo viola el Derecho de propiedad, sino más bien el de la existencia.

La unidad, por consiguiente, puramente exterior, como la diversidad también externa, ni constituyen ni se oponen á que exista la unidad del Delito. Si el crimen es un hecho, no material sino espiritual, que entra en el dominio de la Ética como una determinación de la voluntad con relación al Bien, su unidad no puede darse fuera de las funciones de esa voluntad, origen y causa de los hechos exteriores que después de ejecutados la demuestran.

Entre las funciones de la voluntad, la que constituye el quebrantamiento del Derecho es la resolución de infringirle, según queda en otra parte demostrado (§ XXXVI). De aquí que sólo puedan considerarse como codeficientes los que han participado en más ó en menos de la resolución, y que lo sean todos los que hayan tomado parte en ella de una manera más ó menos directa y principal. Y así como después de resuelto el Delito la persistencia en lo decidido se muestra por los actos exteriores que le realizan, también los codeficientes dan á conocer la parte que tomaron en el común pensamiento del crimen por los actos prepara-

torios ó de ejecucion, no siendo extraño que los de los unos revelen la participacion moral de los demás, pues tratándose de la codelincuencia, los hechos externos no tienen, lo mismo que del Delito, valor por sí propio y sustantivo, sino como signo de la voluntad antijurídica.

Por lo expuesto, se ve que los encubridores y receptadores que no son partícipes de la resolucion aunque auxilian á aprovecharse ó se aprovechan por sí mismos de los efectos del Delito que saben se ha cometido, que impiden su descubrimiento ó el de los autores, no son codelincuentes con éstos, sino reos de un Delito especial y propio.

Tampoco lo son aquellos que aprueban el crimen ya consumado, mientras se limitan á la simple aprobacion, por más que demostrando por ello una voluntad opuesta al Derecho, puedan y deban ser castigados. Mas si en su resolucion estaba el ejecutar por sí el hecho ajeno que aceptan como suyo, para que sirva de base al Delito, entónces la determinacion para aquél es propia y de ella deben responder, y á no dudarlo, en este sentido se dijo *ratihabito mandato equiparatur*.

La pluralidad de delincuentes—que es otra de las condiciones,—existe desde que en la resolucion del crimen concurren varias personas. Y puesto que sólo la individual es el único sujeto posible del Delito (§ XLIII), habrá pluralidad de agentes cuando diversos individuos intervengan en la resolucion de cometerle, bien pertenezcan á sociedades diferentes, bien á una sola, bien la sociedad se constituya con el fin de ejecutarle.

Si examinamos ahora la participacion en el pensamiento del Delito, que supone la codelincuencia, hallaremos como resultado de este análisis, que la voluntad culpable ha podido cooperar á él en bien diversa medida.

Puede, en verdad, ser tal, que aparezca como la causa eficiente, esto es, como verdadera causa del Delito. Considerado éste como efecto, la fuerza activa que le ha deter-

minado como efectivo, que ha hecho que pase de la esfera de lo ideal á la de lo real y objetivo, es su causa y su causa eficiente. No lo es aquella que ha ocasionado tan sólo se realice de aquel modo, en aquel momento ó en aquel lugar, cuando hay la seguridad que se habria efectuado aunque de otra manera, en otro instante ó en otro sitio. La conciencia de cada uno suele no equivocarse cuando á sí propio se interroga formulando la pregunta hasta qué punto su actividad voluntaria es la que ha producido el hecho. Tratándose de actos ajenos, apreciando en éstos el valor ético que manifiestan, se formula un juicio que tiene la misma base y fundamento, aunque no de un modo tan firme y seguro.

De la participacion en esta diversa medida ha nacido la diferencia entre los codelincuentes, de *autores* y de *cómplices*.

Ciertos hechos externos de diverso carácter revelan que una persona ha sido causa eficiente del Delito, y de aquí que se diga, tal vez con impropiedad, que hay distinta manera de ser autor y diferentes clases de autores.

Los que han ejecutado materialmente los actos constitutivos (condiciones esenciales y propias del Delito, §§ XXIX y XXXVIII), son causa eficiente de él, bien los hayan practicado todos, bien cada uno algunos de ellos, siempre bajo el supuesto que partan de un concierto y una resolucion comun. El que sujeta al dueño del objeto de que otro se apodera, es reo como éste de robo, y como ambos, el que rompe el armario ó el arca donde el tesoro se encerraba.

Mas á veces las condiciones ó actos constitutivos dependen de otros que no tienen este carácter. Supuestos ineludibles del crimen, si materialmente no le constituyen, moralmente apreciados son el Delito mismo, y quien los ejecuta con conocimiento de lo que hace y del fin á que van encaminados y pueden servir, es causa de él y por tanto autor. El dueño del secreto del lugar en que el te-

soro se oculta, que le revela á los ladrones, hace que el crimen por éstos pensado sea una triste y deplorable realidad; el centinela que abre la puerta ó entrega la llave al enemigo sitiador, aunque no penetre en la plaza ni se apodere de ella, es la causa de ese desastre. El que ejecuta, pues, un hecho de cualquier clase, solo mediante el cual ha sido posible que se lleve á cabo el Delito, es causa de él y responsable como su verdadero autor.

Mas obsérvese que si éstos se constituyen en autores en las maneras indicadas, no es por la ejecucion material de los hechos, sino por la participacion que revelan que han tomado en la comun resolucion de cometerle y como causas de este propósito, á que han cooperado ó aceptado como suyo. De aquí que con más razon serán autores los que imponiendo á otros su pensamiento y decision de delinquir, logran que se infunda en su inteligencia y su voluntad determinándolos á la ejecucion. Estos, como se ve, han influido y participado en la raíz misma y en el mismo origen del Delito, y los hechos demuestran de un modo directo é inmediato la parte que tomaron en la resolucion criminal. Sin duda por esto son llamados comunmente autores morales, así como los que ejecutan los actos externos autores materiales, por más que en realidad nadie pueda decirse con completa exactitud autor de este último modo, pues siendo el Delito un hecho espiritual repugna á su naturaleza que llegue á realizarse sólo materialmente.

Esta imposicion del pensamiento y decision propias en la voluntad ajena, puede afectar diversas formas. El consejo, la orden, el pacto, la esperanza de una recompensa ó premio, el miedo, el engaño, representan entre otros, los medios que como motivos determinantes pueden hacerse valer para llegar á inducir á cometer el Delito y á participar de él. Imposible es apurar su enumeracion é inútil por otra parte, pero es indispensable que quede bien fijo

el alcance y carácter de esta induccion para no engañarse sobre los casos en los que constituyen en autor á una persona.

La participacion de este modo—que para atenernos al tecnicismo comunmente recibido, llamaremos moral, —ha de ser capaz de determinar á la comision del Delito y contener por tanto la causa de él. El miedo por el mal con que se conmina y la persona que le causa; el consejo por su contenido y por quién á quién se dá; la promesa por el que la hace á quién se hace y por lo que deja esperar, pueden muy bien, segun los casos, ser la causa eficiente del delito, ó simplemente facilitarle y producir el que se ejecute de un modo, en una forma ó en un tiempo dados. En el primero, el miedo, el consejo ó la promesa, constituyen al que le causa, le dá ó la hace, en autor del crimen, pero no ciertamente en el segundo.

Supone la induccion naturalmente el propósito firme en el que induce de que el Delito se cometa, sin lo cual no se dá la condicion indispensable de la codelincuencia. Por esto el consejo del que no piensa faltar, la aprobacion del crimen meditado por otro del cual no va á participarse, el mal ejemplo, la educacion viciada y corruptora, los espectáculos inmorales, cuyos efectos no se intentan aprovechar para un Delito, por más que puedan castigarse, no son la induccion ni pueden entrar en la doctrina de los codelincentes, sean éstos autores ó sean cómplices.

Formado un exacto concepto del autor, no es, en verdad, difícil darse cuenta clara del del cómplice. Constitúyete una condicion positiva ó afirmativa y otra negativa. Es la primera, comun con los autores, la de haber sido partícipes de la resolucion del crimen, en la que despues de lo expuesto parece ocioso insistir. Es la segunda, la de no haber tomado parte, ni en la ejecucion ni en la preparacion por actos que le constituyan en autor, esto es, no haber sido causa eficiente del Delito. Ayuda el cómplice á

la realización del hecho por otros resuelto y que otros ejecutan, facilitándole, haciendo que tenga lugar en una forma, en un tiempo, en un sitio dados; pero ni los hechos que lleva á cabo ni la parte que ha podido tomar en la resolución, son tales que pueda decirse que por él y por causa de él se decidió y se cometió. Quien practica todos ó algunos de los hechos constitutivos del Delito, ó que sin serlo aparecen indispensables para que tenga lugar, no es cómplice sino autor, como dejamos notado: el campo propio de los cómplices es, por regla general, el de los actos preparatorios más ó ménos cercanos, á menudo concomitantes con los de ejecución y á veces posteriores á algunos de ellos.

La parte que toma el cómplice en las funciones de la voluntad, no se distingue, pues, de la del autor cualitativa, sino más bien cuantitativamente: consiste la diferencia no en el modo sino en la importancia y alcance.

El análisis que venimos practicando de los hechos que constituyen la codelinuencia, nos dará los datos para apreciar la responsabilidad de cada uno de los co-reos, punto á que se encamina y dirige el contenido de este párrafo.

Existiendo una unidad, obra de varios agentes, parece que la responsabilidad del único hecho que se considera, debería distribuirse entre todos, de modo que reunidas las partes constituyesen la total correspondiente al Delito. Y así, en efecto, acontecería si tuvieran los actos externos el valor propio y sustantivo que es preciso reconocerles cuando se trata del restablecimiento del daño causado en la responsabilidad puramente civil: y esta doctrina debiera ser lógicamente sostenida por aquellos que exigen para que haya crimen un mal físico.

Pero el Delito es un hecho espiritual; los actos que le constituyen en lo exterior, revelan la voluntad antijurídica, y por tanto la responsabilidad alcanzará á todos

aquellos que la hayan demostrado y en el grado que se haya hecho palpable. Nadie ha dudado, por ejemplo, que la pena de 10 años de reclusion deba imponerse y ser cumplida íntegramente por los dos coautores de un solo homicidio, estando por la ley señalada para tal delito, y sería demencia y locura el pensar que cada uno pagaba su culpa solamente con cinco años, y con dos si fuesen cinco los que le perpetraron, así como aplaude y aprueba que el importe de la indemnización á la viuda y á los hijos del muerto se divida entre los matadores. Esta verdad, afirmada siempre por el sentido comun, es el reconocimiento claro del principio que el hecho y el daño material nada valen por sí cuando se trata de apreciar el Delito que está sólo en la interna disposición del agente (1).

Ahora bien; si esto es así, no se trata de dividir una responsabilidad entre varios — si es lícito hablar de este modo — sino asignar, determinar la de cada uno, en proporción á la maldad que han demostrado sus actos. Y como hay en éstos una unidad, existe también una unidad de responsabilidad. El delito, en efecto, para todos los autores y para todos los cómplices es el mismo; todos han demostrado que son capaces de infringir el propio orden de relaciones jurídicas, todos han delinquido en igual materia, la perversión jurídica de todos es de idéntica índole y carácter. Unidos, pues, todos los co-reos en la materia del Delito lo están también en la materia de la responsabilidad, ó lo que es igual, aunque se anticipen algunas ideas, los codelincuentes partícipes del mismo género de crimen, deben ser partícipes del mismo género de castigo. El que vende el arma para el asesinato, el que

(1) Contra este principio va el Código penal portugués, que en su art. 101 supone que puede haber casos en los que la multa señalada por la ley al Delito, debe dividirse proporcionalmente entre los co-reos.

abre la puerta al asesino, el que le compra y el asesino mismo, todos han violado el derecho á la vida, y todos deben participar de la Pena del homicidio.

Mas si la responsabilidad es cualitativamente la misma, no puede ser cuantitativamente igual para todos. Los hechos no revelan únicamente la esencial naturaleza y carácter de la perversion del reo, sino además y muy principalmente, la energía y persistencia de la actividad voluntaria del agente, esto es, el grado. Pues bien, desde luego el hecho de la complicidad no demuestra la misma persistencia y energía que el de los autores; tal vez el que consiente en ayudar al asesinato, seria incapaz de asesinar; por esto la responsabilidad cualitativamente idéntica ha de ser cuantitativamente diversa, si ha de guardar relacion proporcionada.

Y no sólo ha de ser diferente entre los cómplices y los autores, sino que tambien entre cada uno de ellos en la mayoría de los casos, pues apenas hay dos hechos que bien pesados y medidos tengan el mismo valor ético. El que induce á otro á cometer un crimen, no se atreveria quizás á cometerle, y en ocasiones retrocederia espantado y tal vez arrepentido si tuviera que ejecutarlo materialmente. Y así como en la tentativa que queda aún la duda, que ni el culpable mismo puede desvanecer, si efectivamente llegaria hasta consumarle, el que induce al crimen sin presenciarse, es posible que le estorbase si ante sus ojos se ejecutara. El que aconseja no puede equipararse en la mayoría de los casos al que ordena ó pacta, el que promete al que intimida; y todas estas diferencias que se escapan á toda regla invariable, deben ser apreciadas para valuar la cuantía de la responsabilidad, sobre todo cuando—como acontece en todos los países al presente—se fija la Pena en una ejecutoria irrevocable, que no puede ser revisada y sí sólo arbitrariamente corregida por el indulto.

Siendo el campo que pueden recorrer los cómplices más extenso y vasto, mayores y más profundas habrán de ser entre ellos las diferencias, y más varia la responsabilidad. Entre el que ayuda por un hecho casi indiferente para la ejecución del crimen, hasta aquél que practica un acto tan importante, que el ánimo vacila en asegurar si es de aquellos sin los cuales no hubiera podido llevarse á cabo, media una distancia enorme, que debe apreciarse y traducirse en la cuantía del castigo.

No lo hacen así la mayor parte de los Códigos modernos, preocupados en buscar una proporción imposible de establecer *à priori* invariablemente y de un modo externo y hasta mecánico. Por eso en las sentencias de los Tribunales se ve á menudo excluir de la categoría de autores á los que realmente lo son, por considerar la pena conocidamente excesiva, ó por mirarla demasiado benigna, comprender como autores á los cómplices.

Consecuencia del principio fundamental que los hechos no tienen otro valor que el que les presta la intención de donde proceden, es que al valuar la responsabilidad que de ellos se deduce, no han de ser considerados por la importancia que en sí tengan, sino por la que aparezcan tener á los ojos del que los ejecute, esto es, no objetiva sino más bien subjetivamente. Si se demostrase, por ejemplo, que un acto, insignificante en sí mismo, era mirado por el agente como enteramente decisivo en el Delito, de manera que sin él no se hubiera podido llevar á cabo, al practicarle lo hizo como causa eficiente, y por tanto, como autor principal. Por el contrario, un hecho de importancia suma, tal vez constitutivo, ha podido ser ejecutado en la falsa creencia que favorecía indirectamente y de un modo lejano el crimen, y si de tal supuesto se partía de buena fé, sólo revela este grado de criminalidad, y como cómplice deberá responder. La prueba de la intención en estos casos, más bien que la doctrina, presentará dificultades graves en la práctica.

CAPITULO CUARTO.

DEL SUJETO PASIVO DEL DELITO.

§ XLVIII.

Del sujeto pasivo del Delito en general.

El sujeto pasivo del Delito es aquel á quien se debe la condicion jurídica negada por el crimen. De aquí que el determinar quién puede serlo, equivale á definir quién tiene capacidad jurídica para reclamar el Derecho, punto que en sus bases capitales quedó dilucidado en el párrafo XII.

Unidos todos los séres humanos por el vínculo del Derecho, es la cualidad del hombre bastante para constituir la capacidad jurídica pasiva con relacion al Delito, y así tanto el sano de entendimiento como el loco, el imbécil, y el privado del sentido, el niño como el adulto, el nacido como el feto, la mujer como el varon, el ignorante como el sabio, pueden ser sujetos pasivos del Delito.

En cambio, contra Dios, el sér infinito y absoluto, no puede cometerse propiamente Delito, pues la relacion que por este se rompe y aniquila, es como repetidamente queda probado, jurídica, y por tanto, de auxilio y ayuda, de medio á fin, de condicionante condicionado. Y si no podemos concebir la Divinidad sino como un sér de nada y de nadie dependiente, el hombre es incapaz de prestar á Dios el Derecho necesario para cumplimiento de fin alguno, é incapaz tambien de violarle y desconocerle. Rebájase, por tanto, la idea de la Divinidad al nivel de la im-

perfeccion y deficiencia de lo humano, cuando se habla de Delitos contra ella. Elévase por el contrario, colocándola á su verdadera altura, cuando en toda falta se ve la infraccion de un deber, que como religioso ha de ser mirado y como tal cumplido, segun el concepto que por la razon natural podemos formar de la Religion (§ X).

Mas siendo su fin humano el religioso, que no puede cumplidamente llenarse sin el auxilio ajeno, existirán siempre Delitos de esta índole en la Iglesia, y en el Estado Delitos contra la libertad exterior en materia de Religion (§ XXXVIII), pero en las que el hombre y sólo el hombre será el sujeto pasivo.

Los séres inanimados, los animales mismos que están fuera de la relacion jurídica (§ XII), no pueden ser pacientes del Delito, porque jamás pueden intervenir en ella como sujetos. Ciertamente que el Derecho sólo consiste en disponer de ellos en cierta manera ó modo, apropiada á su naturaleza y á la del que los aplica á la satisfaccion de sus necesidades (§§ VII y XI); pero esto toca y se refiere á la justicia interior y al Deber del hombre para consigo propio. Por eso el abuso de la propiedad destruyendo cosas útiles sin motivo, martirizando al animal, no puede castigarse por el Estado como negacion del Derecho al sér inanimado ni á la bestia, sino como negacion del que á sí propio se debe cada uno, si cabe en los límites de su competencia. El mal trato á ciertos animales penado en algunos países—más bien como falta de policia que como crimen,—se funda en este principio y más propiamente en que con tales actos groseros y brutales se ofende y desconoce el derecho que todos tienen á que su sensibilidad sea tambien respetada; por esto no se castigan en absoluto, sino cuando son públicos.

Relacionado íntimamente el Derecho con el fin cuyo logro hace posible, el estado de la persona autorizada para exigirle determina su extension. Y si el Derecho no es para

todos igual, aunque á todos debe ser igualmente prestado el que les corresponde (§§ XII, XXIII y XXIV), no todos son en igual medida sujetos pasivos del Delito ó de cualquier Delito. La situacion personal que determina el nacimiento del Derecho tutelar, coloca al que se encuentra sometido á él, como víctima posible de crímenes que no se conciben respecto á otras personas, como el abandono, la negacion de alimentos, la corrupcion, del menor, etc. (§ XXXVIII), al paso que aleja totalmente respecto á él la posibilidad de otros, como la injuria y la calumnia del infante, del loco y del feto.

Haciendo aplicacion de estos principios se resuelve la dificultad que puede suscitarse acerca de si la persona colectiva puede entrar en Delito como sujeto pasivo.

Si la Sociedad debe sólo su nacimiento al fin lícito que se propone y que no puede ser llenado sin la prestacion de condiciones jurídicas afirmativas ó negativas por parte de sus miembros y además de los extraños á ella, si éstos las niegan ó quebrantan cometerán un Delito del que será la única víctima.

Mas la persona colectiva no es idéntica en un todo á la individual: careciendo, por ejemplo, de realidad corpórea, muchos crímenes, como los de homicidio y lesiones, son imposibles contra ella, al paso que no habrá ninguna que no pueda ser herida en su propiedad. El fin que intenta y que determina su Derecho interno marca tambien la esfera del externo, y por consiguiente, aquel en que puede ser lesionada, y por esto, contra la Familia, el Municipio y el Estado, caben Delitos imposibles contra una Sociedad científica, artística é industrial y vice versa.

El Estado ó Sociedad jurídica preséntase como sujeto pasivo del Delito bajo dos aspectos ó consideraciones diferentes: como el Derecho organizado y vivo, el verdadero *Status juris*, ó simplemente como una Sociedad con un fin que no puede llenar sin el auxilio de condiciones jurídicas.

Bajo el primer aspecto, puede decirse, en un sentido lato, que es sujeto pasivo de todo crimen como expresando el orden de Derecho por todos y por cada uno perturbado. En esto se funda el que se comiencen, se continúen y terminen las causas criminales de oficio por el juez del Estado, sin necesidad de acusacion de parte, y aun contra su voluntad expresa y terminantemente, pues el perdón del ofendido no extingue la accion penal. Por esto tambien se concibe que un Delito deba ser perseguido y penado, aunque no haya persona que experimente en sus derechos una lesion material. El que dá de puñaladas al cadáver en el erróneo concepto de que es un hombre vivo, no ha podido herir en el sujeto el derecho que se proponia lesionar. A pesar de todo, el orden jurídico ha quedado perturbado y debe por consiguiente ser restablecido, y puede abrirse el proceso y debe declararse y cumplirse la Pena sin necesidad de reclamacion de parte interesada.

Casos hay sin embargo en la práctica que la accion criminal sólo puede ejercitarse por la persona directamente ofendida, como acontece en el adulterio; y por ésta y los parientes cercanos y herederos, como sucede en la injuria y la calumnia, en el estupro, violacion y rapto, pero esto depende ó de que se tiene formado un falso concepto del honor ó estimacion que se merece ante la opinion de las gentes, ó de que el Estado castiga como crímenes que caen dentro de la esfera de su competencia, los que corresponden privativamente á otra Sociedad y en particular á la Familia.

El Estado bajo el aspecto de una entidad con su fin propio, sólo es sujeto pasivo cuando son desconocidas ó violadas las condiciones que justamente reclama para su conservacion y desenvolvimiento, esto es, lo que hemos llamado Derecho para el Estado mismo (§ XXVI). De aquí los Delitos contra el Estado todo, contra el poder legislativo y sus órganos, contra el ejecutivo y sus funcionarios, con-

tra el judicial y sus Tribunales y dependientes (§ XXXVIII), impidiendo por actos positivos ó negativos el desempeño de sus funciones propias.

Todavía cabe que se presente como una simple persona colectiva, con facultad para reclamar, como cualquiera otra dentro de la Nacion, el ser protegida y amparada. Cuando bajo este aspecto es sujeto pasivo, los Delitos en que es víctima no se diferencian en nada de los demás; tal sucede en el hurto de objetos ó caudales públicos, usurpacion de sus bienes raices, etc.

§ XLIX.

De la pluralidad de sujetos pasivos del Delito.

Falta en nuestro idioma una palabra, que á semejanza de la de *codelinquencia* que expresa la reunion de diferentes personas en el comun pensamiento del crimen, represente tambien la comunidad entre varias que sufren sus efectos. Sin embargo, si el Delito segun quedó notado, puede ser la obra de diversos individuos, del mismo modo por un sólo hecho puede resultar violado y roto el Derecho que habria de ser respetado y cumplido á distintos sujetos. El objeto hurtado, por ejemplo, es de la propiedad indivisa de diferentes dueños; con un mismo tósigo se dá la muerte á los individuos de una familia; el disparo de una arma causa lesiones á varios; el incendio destruye una manzana de casas, quizá una poblacion entera; la calumnia mancha á los miembros que componen una sociedad, y en todos estos casos por un solo hecho, quizá en un sólo acto, son destruidas las varias relaciones jurídicas que mediaban entre el agente del crimen y un número determinado de personas unidas, por lo tanto, en la comun desgracia del Delito.

Para que esto acontezca se hacen precisas, pues, la uni-

dad del crimen y la pluralidad de los sujetos pasivos de él.

Si el Delito es más de uno, la pluralidad de pacientes no nace y se origina de otra cosa que de la pluralidad de acciones punibles, y el determinar el influjo que debe ejercer esta circunstancia, corresponde á la doctrina ya expuesta (§ XLII) de la concurrencia ó concurso de Delitos. Solamente cuando el hecho sea uno é indivisible, cabrá el apreciar las modificaciones que resultan por la multiplicidad de personas que sufren sus efectos, pues entónces esta circunstancia no depende de otra ya tenida en cuenta y notada.

En el capítulo anterior (§ XLVII), quedó determinado lo que constituye la unidad del Delito, debiendo tan sólo ahora hacer aplicacion de aquel concepto. Así, existirá esta unidad cuando no haya sino la resolucion de cometer un sólo crimen aunque resulten varios; como las lesiones y el homicidio ocasionados por el disparo de un arma de fuego.

Por el contrario, si el acto, áun siendo uno, constituye, tanto en los hechos como en la mente del autor, diversos crímenes pero recae el daño en diversas personas, habrá desaparecido la unidad de que tratamos, como por ejemplo, el incendio con ánimo de destruir la propiedad del dueño del edificio y producir la muerte de éste ó del inquilino que le habita; habiendo Delitos por los que quedan violadas conjunta é indivisamente diversas relaciones jurídicas cuya separacion es imposible. El rapto con miras deshonestas es al propio tiempo que un ataque á la libertad exterior de la persona, á su buen nombre y á su honestidad, y sin embargo, no podrá ni deberá considerarse como tres Delitos en un solo acto realizados, pues los tres van envueltos en su pensamiento y en su ejecucion. Lo mismo acontece cuando los hechos tienen lugar en distinto momento pero nacen todos de una sola determinacion de la voluntad, como si los objetos robados se separan de la propiedad de su dueño en diferentes ocasiones, ó si en

una se efectúa la violencia y en otra se toma lo ajeno.

Mas cuando exista la unidad de que nos ocupamos, habrá la pluralidad de pacientes siempre que sean varias las personas, que estando unidas con el autor del crimen con un vínculo jurídico que constituya un especial y determinado derecho, les sea á todos infringido y violado.

Por esto no serán sujetos pasivos del Delito todos los que sientan por su comision amenguado su Derecho — porque entónces lo serian siempre en más ó ménos todos los hombres — sino sólo aquellos que le ven atacado de un modo directo. La rebellion, la sedicion, por ejemplo, perturban hondamente el órden jurídico, y sus efectos son sentidos por los habitantes todos de un país que, sin embargo, no son en verdad los sujetos pasivos de él sino el Estado que le representa; pues en el concepto de estos Delitos y en la responsabilidad que de ellos se desprende, va envuelta naturalmente la idea de la extension del daño que producen. Lo propio acontece cuando no es la sociedad jurídica sino otra la lesionada, como la científica, la religiosa por crímenes parecidos, en los que la pluralidad de los pacientes nace de un modo necesario de su peculiar naturaleza.

Hay otros Delitos, por el contrario, que atacan el derecho individual, y de su concepto se desprende, que sólo un individuo es el sujeto pasivo, como el homicidio, el hurto, etc. Si á pesar de esto, la lesion del Derecho se extiende á varios, esta circunstancia, que no emana de la naturaleza del Delito, constituye la pluralidad de pacientes, que debe ser entónces especialmente estudiada y tenida en cuenta.

Resulta, pues, del análisis que venimos practicando, que la pluralidad de sujetos pasivos nace, ó de existir más de un Delito ó de la naturaleza especial del cometido, ó de hechos y circunstancias ajenas á todo esto. Ahora bien; en los dos primeros casos el mayor valor é importancia que el hecho entrañe por ser varios los lesionados, no

puede separarse de la naturaleza misma de los crímenes, ni apreciarse como aislada é independiente de ellos. Pero no acontece lo mismo en el tercero, en que el número de víctimas es una circunstancia que se une y agrega por accidente.

Y tratando de determinar el influjo de esta circunstancia, hallamos en primer lugar, que haciendo aplicacion de los principios ya sentados (§ XXXV), lo que no está en el ánimo y en la resolucion del criminal no puede tampoco estar en su responsabilidad. De este modo, si depende de hechos puramente fortuitos y casuales, ni previstos ni debidos prever, el que sean varios los lesionados, tal circunstancia no deberá justamente ser tenida en cuenta, á no ser que se trate de la indemnizacion puramente civil. El que asesina á una mujer en cinta ignorándolo, no puede ser reo de doble homicidio: ni aumentar la responsabilidad ni disminuirla, el hurto de un objeto que pertenece á dos personas en la firme creencia que era de la propiedad de una sola.

En segundo lugar hallaremos que la pluralidad de pacientes, no pudiendo alterar en nada la materia y contenido del Delito, en nada puede influir al fijar la naturaleza intrínseca de la responsabilidad penal: el hurto contra uno ó contra varios, siempre es hurto, y debe castigarse con la misma clase de Pena.

Mas la circunstancia de ser varias las personas lesionadas puede dar á conocer el diverso grado de energía y vigor de la actividad culpable y la más profunda ó ménos intensa perversion del criminal: esto es, el cuánto.

Difícil es abarcar en reglas generales la multitud de casos posibles. Sin embargo, cuando la condicion en que el Derecho consiste es una, verdaderamente indivisible, de manera que el daño no se reparte sino que más bien se multiplica, la pluralidad de pacientes hace que la responsabilidad se aumente en un grado tal, que comunmente se

considera que hay tantos Delitos como víctimas. Tal acontece, por ejemplo, en el incendio en que se sabe han de perecer varias personas, en las lesiones, en la difamacion por la que van á quedar injuriados todos los que componen una clase de la sociedad, y en otros muchos casos. Por el contrario, si el objeto de la condicion jurídica puede dividirse, esto es, si el daño es repartible, tal circunstancia apreciada por el criminal, debe hacer en casos dados disminuir la responsabilidad. Evidente es que el hurto al Estado, y aún á una Sociedad, precisamente porque se extiende á todos los ciudadanos ó comprende á muchos, no puede ser tan grave como el de la misma cuantía á un sólo individuo, porque sus consecuencias habrán de dejarse sentir ménos profundamente.

No faltarán, sin embargo, ocasiones en las que la mayor extension del daño se equilibre con su menor intensidad respecto á cada sujeto que le sufra, y aún otras en las que esta circunstancia quede completamente destruida ó notablemente amenguada por la preponderancia de aquella.

RESÚMEN.

§ L.

La culpabilidad.

La palabra *culpabilidad* representa lo que en una acción libremente ejecutada hay de opuesto, de contrario á la ley que debe regirla. Fijar, por tanto, la culpabilidad de un acto, es descartar, separar todo aquello que no ha provenido de esa libre determinación, y hecho esto valuar su importancia.

Confúndese á menudo con las nociones de imputabilidad y responsabilidad, pero se diferencia de la primera en que no sólo señala aquello en que el espíritu se ha mostrado como causa libre, sino que además aprecia su valor; y de la segunda en que no determina las consecuencias que habrán de ocasionarse por el hecho imputable, como por ejemplo, la Pena, sino tan sólo el mérito del acto en sí, bien en absoluto, bien en comparación con otros. De esta suerte decimos, por ejemplo, la muerte del padre ó madre es el acto más culpable que puede cometerse, el homicidio entraña más culpabilidad que las lesiones, etc.

El estudio que contiene este LIBRO SEGUNDO no está encaminado á otro fin que á determinar los datos que han de tenerse presentes para valorar la culpabilidad de una acción. Terminado, pues, no parece fuera de propósito el presentar su resúmen, donde al primer golpe de vista aparezca todo esto de una manera compendiosa, lo cual nos

servirá por otra parte, para poder fijar con mayor claridad la relacion entre el Delito y la Pena, objeto y asunto de LIBRO IV.

Determinan la culpabilidad de una accion criminal los siguientes datos:

Sujeto activo.	{	Por la parte que tomó en la ejecucion (§ XLIX).—(Autor ó cómplice).....	}	Con ó sin circunstancias modificativas de la imputabilidad (§ XLVI).
Sujeto pasivo.	{	Por el número de sujetos pasivos (§ XLVIII).—(Si fueron varios los lesionados ó uno solo, etc.)	}	
		Estado á que llegó el delito (generacion) (§ XXXVI).—(Resolucion, preparacion, tentativa, etc.).....		
		Derecho especial violado (§ XXXVIII).—(La vida, el honor, la propiedad, etc.)..		
Materia.....	{	Forma de la violacion (§ XXXIX).—(Accion, omision, fraude, violencia, sin fraude ni violencia).....	}	Con circunstancias accidentales ó sin ellas (§ XLI).
		Razon ó causa de la violacion (§ XL).—(Dolo ó negligencia).		
		Acumulacion de delitos (§ XLII).—(Uno ó varios, concurrentes, reiterados, con reincidencia).....		

LIBRO TERCERO.

LA PENA.

CAPITULO PRIMERO.

DE LA PENA EN GENERAL.

§ LI.

Análisis del concepto de la Pena.

Al desenvolver en el LIBRO PRIMERO el concepto del Derecho penal, quedó también expuesto el de Pena, aunque sumariamente y sólo en su principio y fundamento. Siguiendo el orden adoptado al tratar del Delito, pudiéramos pues entrar desde luego á exponer de un modo más concreto y detallado lo que encierra en sí y comprende esta noción.

Sin embargo, la idea que en nosotros despierta esta palabra—á diferencia de la de crimen ó Delito,—no nos lleva necesariamente al campo del Derecho y á considerar su función punitiva, porque fuera de él la concebimos y aplicamos como refiriéndose á un orden mucho más amplio y comprensivo. Y si esto es así para tener de ella un completo y cabal conocimiento, lejos de buscarle partiendo del concepto del Derecho, que nos daría tan sólo la noción de la Pena jurídica, debemos analizarla en sí misma, en los términos esenciales que la constituyen, y cuando lo hayamos conseguido, podremos con toda seguridad y confianza traerla al campo del Derecho en el cual no ha nacido ori-

ginariamente, pero en el que toma un puesto y lugar propios.

Por de pronto la palabra Pena parece representar tres ideas diferentes aunque afines. Es la primera la de sufrimiento, la de dolor interno, la de padecimiento puramente espiritual, ya provenga de hechos que nos sean imputables, ya fortuitos ó casuales (1). En este sentido se toma cuando se dice la pena que causa la muerte de una persona tiernamente amada, ó la que origina la comision de un pecado, ó un Delito, ó el error áun sin culpa, al investigar la verdad. Representa, pues, un estado en que el alma aparece como pasiva ó sufriendo, bajo el peso de un dolor puramente espiritual.

Úsase tambien esta palabra, aunque ménos frecuentemente, en la acepcion de sufrimiento tan sólo físico, y áun más en la de trabajo y esfuerzo, á menudo doloroso; así se dice en el lenguaje comun *à duras penas* ó *con mucha pena*. Mas estas son más bien locuciones ó modos de expresarse, que no contienen una idea ó concepto fundamental que exista en nuestro espíritu no aprendido por la experiencia.

No sucede lo mismo cuando usamos la palabra Pena en el sentido de sufrimiento y de privacion, en consecuencia de un hecho contrario á la ley ó al principio que debieran haberse observado y cumplido por el sér libre para quien eran obligatorios. Nuestra conciencia afirma seguramente con toda certidumbre que quien ha faltado á un precepto, debe atenerse á los resultados á que dá origen su conducta, y entre ellos á la Pena que le somete al sufrimiento. Y nadie habrá que tomando á sí propio por campo de experiencia, no halle en el fondo de su alma como verdad del todo evidente, que la inobservancia de la ley le sujeta al

(1) Esta parece ser la acepcion que en primer lugar le corresponde, atendiendo no tanto á su etimología latina *Pena* como á la griega *Poina*.

castigo, el cual es llamado y exigido por la falta. Parémonos, pues, en este hecho de la conciencia universal, y analicémosle de modo que adquiramos la certeza de todos los conceptos que encierra.

Lo primero que observamos es que este estado de privación ó sufrimiento no nace sino en consecuencia de un hecho anterior con el cual está unido, invariable y necesariamente: la razon ó el por qué del uno, se encuentra en la existencia del otro; sin aquél no concebimos éste.

A seguida notamos que el hecho ó el acto ha de ser nuestro, refiriéndose, por tanto, la privación ó la Pena, de una manera más ó ménos inmediata, al que le ejecutó. El sufrimiento que nos causa el hecho ajeno, es la Pena tomada en el primero de los significados ántes expuestos, no en el que ahora nos ocupa.

Si se examina despues la naturaleza del acto se hallará, que ha de ser siempre opuesto, contrario á la ley que ha debido tenerse presente y observarse, esto es, consistir en una perturbacion del órden ó ser un acto de desórden. Nuestra conciencia rechazaria como antitética é irracional la Pena impuesta por la observancia de la ley, pues por doloroso y áun penoso que aparezca en ocasiones el llenar el deber, nunca se ha dicho Pena á este estado y á este sufrimiento. Léjos de esto nuestra razon aprueba, que como de ordinario acontece, una sensacion agradable, ya espiritual, ya física, acompañe al cumplimiento de cualquiera ley que nos ha sido impuesta. El placer que causa una buena accion, tanto mayor cuanto más graves han sido los obstáculos que la voluntad ha tenido que superar, el goce material legítimo con que la naturaleza recompensa el haber escuchado y seguido sus indicaciones, parecen un justo premio y como el Bien del hombre cuando se le considera como sér sensible (§ VIII).

Por el contrario, rara vez la infraccion de la regla obligatoria deja de acarrear privación y dolor, que unas veces

es el remordimiento si el acto dependía de la libre voluntad y estaba comprendido en la esfera de la Ética, otras la tristeza y el desaliento si ha sido un error de juicio, y otros, por último, el padecer físico si un desórden fisiológico. Y si queremos extender más nuestras observaciones, notaremos que todo sér que cambia con el tiempo por estados sucesivos conforme á las leyes que presiden el desarrollo de su vida, entra en ese estado de padecimiento cuando dichas leyes dejan de cumplirse. El vegetal desfallece, por ejemplo, se marchita y muere si le falta la luz, el ambiente y el agua; el animal y el hombre si deja de alimentarse y moverse, ó si lo hace con exceso, etc.

No se acostumbra, sin embargo, á emplear la palabra Pena, al ménos en el lenguaje comun, sino limitándola á aquellas acciones ó actos de la libre voluntad, representando un concepto que entra sólo en la esfera de la Ética. Fuera de ella, sin embargo, como dejamos notado, se percibe claramente esa relacion entre el sufrimiento y la falta á la ley.

Mas nuestro análisis seria incompleto si nos detuviéramos aquí como se ha hecho por muchos autores. Cierto es que nuestra conciencia percibe como un postulado de cuya verdad tiene completa certidumbre, la relacion que hay entre la infraccion de la ley y el padecimiento que es su consecuencia; pero al propio tiempo encuentra otras afirmaciones sobre ésta.

Cuando libremente hemos violado la ley, cuando retardamos su cumplimiento, el dolor no es sólo un castigo, una expiacion de nuestro mal obrar, es además y muy principalmente un estímulo y poderoso incentivo que nos empuja á dar satisfaccion á nuestra propia conciencia, llenando la ley olvidada, restableciendo su observancia y afirmándola de nuevo por una conducta que borre en lo posible el mal pasado. En verdad que el que tomó lo ajeno no descansará tranquilo mientras no lo restituya á su

dueño legítimo indemnizándole el perjuicio causado; el que injurió ó calumnió en tanto no devuelva á la víctima la pública estimacion perdida por su causa, y todos los que faltaron sino reparan las consecuencias de sus hechos.

Y nótese que esta reparacion y restablecimiento, no consiste sólo en que las cosas se restituyan materialmente al estado que ántes tenian, sin que para ello tenga necesidad de intervenir para nada la voluntad del perturbador. Aunque la restitution por entero quepa — que en la mayoría de los casos no cabe — si por su parte no hace nada el agente, el sentimiento penoso de la falta podrá atenuarse algun tanto, pero no desaparecerá por completo por esta reposicion puramente externa y material. Si el robado — tal vez por haberle perdido el mismo ladrón — recuperó el objeto de que era dueño, el calumniado el aprecio público porque halló pruebas para destruir la calumnia, cuando el autor de tales Delitos interrogue á su propia conciencia, ésta le dirá sin duda alguna que aún es ladrón y calumniador. Para que le responda que ha dejado de serlo, será necesario que á la par le diga, que él mismo como causa de la perturbacion la ha aniquilado por sus hechos restableciendo el orden en toda su integridad. Y esto no tendrá lugar sino cuando reconozca primero y confiese su falta, acusándose como reo y poniendo despues todo empeño y diligencia en producir tanto bien en aquel género de relaciones como mal habia ántes ocasionado por su conducta. De este modo aparece ordenado todo lo que era susceptible de serlo por la voluntad y por los hechos del perturbador, el cual habrá empezado por poner el orden en sí mismo, que mal puede conseguirse lo uno sin lo otro. La ley ética que violó el Delito, se repara por actos buenos y de la libre voluntad, pues una ley no se restaura más que por hechos de idéntica naturaleza que los que constituyen su cumplimiento.

La enmienda y la regeneracion del culpable son, por tanto, necesarias para la reparacion, ya que las leyes de la moral, que no se cumplen ni se mantienen más que por la voluntad que libremente se dirige al Bien, no se restablecen hasta haber obtenido el concurso efectivo de quien primero se mostró rebelde contra ellas. El estado, pues, de sufrimiento ó de Pena propónese un fin, la restauracion del orden, no cesa hasta haberlo conseguido, y no lo consigue sin la correccion y sin la enmienda.

Puede por consiguiente decirse, con fundamento, que la Pena, tomada en este sentido, es la misma fuerza del orden imponiéndose á la perturbacion, ó sea la *autocracia* del orden (1). Pues si este es la manera de ser de las cosas conforme á su naturaleza y su fin (§ XV), representa lo esencial, lo permanente, y el desórden, la perturbacion y la falta, aparecen como un hecho accidental y transitorio, pasajero y efímero. Por esto al observar en el mundo cuán á menudo son burladas y escarnecidas las leyes morales, ha existido en el corazon de todos los pueblos y en la mente de todos los filósofos dignos de tal nombre, el presentimiento divino de otro mundo y de otra vida, donde tendrán un íntegro y entero cumplimiento.

Decíamos há poco, que no sólo en las leyes de la Ética, sino en todas las que rigen los séres dotados de vida, se notaba que siempre el sufrimiento y el padecer venian tras la infraccion, y podemos añadir ahora que la experiencia exterior confirma que tambien tratándose de ellos, ese estado penoso se encamina al restablecimiento de la ley desconocida ó violada, y que no cesa hasta haberlo conseguido. Al incumplimiento de cualquiera funcion fisiológica

(1) La palabra *autocracia* empleada en el texto se compone, como es sabido, de dos griegas, *autos*, que significa yo mismo, y *crates* que significa fuerza, poder. *Autocracia* del orden equivale, pues, á poder y fuerza del orden, aniquilando, negando, destruyendo el desórden y sometleádole y vencleádole.

en el animal, sigue el dolor físico que como aguijón y estímulo persiste, y por lo general crece, hasta que oída la voz de la naturaleza se presenta el placer como justo y merecido premio. El mal cumplimiento, el exceso, tiene también su sanción. Reunidas entónces las fuerzas todas de la vida orgánica luchan para introducir el orden, y penosamente lo consiguen á las veces. La enfermedad misma no puede mirarse sólo como el desarreglo fisiológico, sino además como el esfuerzo del organismo perturbado en sus funciones, que crea otra nueva, regida por sus leyes—que también cada enfermedad tiene las suyas,—para obtener una restauración. La autocracia curativa del organismo que halla en sí la autoridad para gobernar el cuerpo, no puede ser ciertamente negada y representa el mismo papel que la Pena en el mundo de la Ética.

Háse llamado á la Pena *un mal*, y mal se denomina de ordinario á toda enfermedad, y lo son ciertamente, pues una y otra proceden de la perturbación de leyes que cada una á su modo y manera debieron cumplirse. Pero se engaña grandemente aquel que deteniéndose en esta primera y vulgarísima observación, asigne el mal como la esencia y carácter de la Pena. Para apreciar lo que pueda haber de verdad en este punto, volvamos al análisis de que nos hemos apartado algún tanto.

El mal, en primer lugar, expresa una idea no afirmativa, sino negativa, la ausencia ó negación del bien; tanto, que sin este último no puede concebirse. Es bueno todo aquello que se ajusta y concierta con la naturaleza del sér de quien se dice, dada su situación y circunstancias (§ VIII).

Pero todo sér capaz de cambiar por estados sucesivos en el tiempo, y de colocarse por tanto en situaciones diferentes, ha de ver forzosamente mudarse á la par, si no en su esencia en su forma, lo que constituye su propio Bien. Lo que es bueno para el hombre adulto, sano, en-

tendido ó perito, es un mal para el niño, para el enfermo ó para el ignorante; pues para cada hombre y para el mismo en cada instante, varía la forma del Bien.

Y si esto es así, ¿qué es lo que dice la razón cuando la interrogamos sobre lo que es Bien tratándose de quien ha faltado á la ley? Seguramente que no habrá nadie que no mire como una gran desgracia para el criminal el que después de haber delinquido no experimente el dolor y sufrimiento por su conducta injusta, y no sienta el aguijón incesante que no le deje reposar hasta haber alcanzado su enmienda. Si el mismo que faltó reconoce su falta; si luchando entre el áspero camino de la virtud y el resbaladizo del vicio, experimenta remordimiento por su vida pasada, no le mirará como un mal sino como el auxilio poderoso y el sosten necesario contra sus vacilaciones en el combate que tiene que librar. El dolor mismo, que le llama á sí propio para conocer su falta, que le estimula á corregirla y enmendarla y á corregirse y enmendarse, no será, pues, un mal, sino un bien inapreciable.

Y si este estímulo interior no bastase, si una vida frívola, disipada y tal vez criminal, pudiera acallar ó amenguar al menos el grito de la propia conciencia, no parecerá á nadie un mal que otra voluntad más justa y más enérgica le arranque violentamente de esa vida, le vuelva á sí mismo y le ponga, aún mediante el padecimiento, en el camino de la virtud, de la honra y del deber, al cual no hubiera vuelto sin tan poderoso como benéfico auxilio. No rompe ciertamente el dolor la armonía del universo, ántes bien, la mantiene y restablece, dada la humana imperfección y flaqueza, que con razón se ha dicho, —triste es confesarlo, —que no puede ser enteramente bueno el que siempre ha sido dichoso.

§ LII.

Nocion de la Pena jurídica, dentro del Derecho legislable por el Estado.

El concepto de Pena no nace, segun decíamos en el párrafo anterior, de las nociones vulgares ó científicas que tengamos sobre el Derecho penal: ántes bien, el concepto de Derecho penetrando en el de Pena determina una clase de ésta, que es la llamada jurídica.

Si la Pena jurídica representa, pues, la especie dentro del género, habrá de reunir por un lado las notas ó caracteres genéricos y por otro los específicos. Son los primeros el nacer siempre de un hecho anterior encontrando en él su razon; ser este hecho opuesto á la ley, y consistir en un estado de privacion ó padecimiento que no cesa hasta haber alcanzado el que el desórden sea destruido. Los caracteres específicos se hallarán en lo que esta Pena tiene de jurídica: de aquí que no nacerá ó no tendrá su razon sino en un Delito ó en un quebrantamiento voluntario del Derecho, y no podrá proponerse otra cosa que la restauracion de éste. Además, puesto que no ha de ser jurídica tan sólo por estos dos respectos, sino tambien por su naturaleza y modo de ser, tendrá tambien los caracteres notados en el Derecho: de aquí que se muestre como condicion, en sí misma buena, y dependiente de la libre voluntad (§§ VII y XI).

Mas no toda Pena jurídica se declara, se impone y se hace cumplir por el Estado nacional, pues segun expusimos, el Derecho que este hace efectivo es únicamente una parte mínima. Y siendo nuestro asunto ocuparnos tan solamente de ella, la Pena que cae dentro de su jurisdiccion especial, habrá de reunir los caracteres y notas que caracterizan al que hemos llamado legislable por el Estado (§ XXVII), esto es, externa y esencialmente coactiva.

Reuniendo, pues, todos estos datos en una fórmula breve á manera de descripción ó definición, podremos decir que es la Pena en esta esfera, el conjunto de condiciones exteriores y coactivas, prestadas por el Estado para que el Derecho que por él ha de hacerse efectivo, sea restaurado, cuando se perturbe por un Delito.

Si queremos ahora penetrar bien en el sentido de esta definición ó descripción dándonos entera cuenta de todo cuanto encierra y abarca dentro de sí, hallaremos que para conseguirlo será preciso fijar: 1.º, la razón ó el por qué de la Pena; 2.º, el fin ó el para qué se impone; 3.º, la naturaleza de la misma determinada forzosamente por su fin y su razón, y expresada en notas ó caracteres esenciales.

§ LIII.

Razon de la Pena.

La razón de la Pena está en el Delito ó en la infracción jurídica por actos de la libre voluntad. Si decimos razón á todo aquello que contiene otra cosa como posible, aunque no determine su nacimiento de una manera necesaria y efectiva — en lo que se diferencia de la idea ó causa, — todo Delito, toda violación consciente del orden jurídico, encierra en sí la Pena.

Preséntase, en efecto, el Derecho como un principio que ha de regir y gobernar los actos de la voluntad humana, y que por éstos ha de ser mantenido: impónese, pues, como una ley, por lo tanto, como necesario, como expresión que es de la naturaleza de las cosas.

Ahora bien; el hombre al cometer el Delito, ha negado la ley, por sus hechos y sus actos, que léjos de ser por ella dominados y dirigidos, parece que la dominan y someten.

Resulta entónces que la manera de ser de las cosas aparece opuesta y contradictoria á lo que reclama su naturaleza (§§ XIII, XIV y XXXIII). Y si el Derecho es una ley para la vida humana, impónese de un modo necesario. El orden jurídico un momento perturbado ha de restablecerse necesariamente, porque las cosas no pueden ser constantemente de una manera opuesta á su esencia propia, y la Pena que ha de conseguir este fin, llamada á obtener este restablecimiento, encuentra su razon ó su por qué en el acto que perturba ó niega el Derecho. Por esto se ha dicho siempre *nulla pœna sine crimene*.

Y en verdad que tal principio jamás ha sido por nadie puesto en duda. Habráse discutido en qué consiste el crimen: tal vez se habrá justificado la imposicion de un castigo á otra persona distinta del mismo delincuente, ó superior á la maldad del hecho, pero nunca se ha afirmado, ni aún en los tiempos de mayor atraso é ignorancia, que pueda con justicia decretarse una Pena sin la prévia existencia de un acto criminoso.

Así, al investigar en el párrafo LI, primero de este capítulo el concepto general de Pena, hallábamos que nuestra conciencia exigia necesariamente para que esta idea apareciera, un acto de oposicion á la ley, contrario á lo que debia ser. Cuando preguntamos, pues, por qué se castiga, es la contestacion invariable en todos los tiempos y circunstancias, entre todos los hombres, así sabios como ignorantes, *quia peccatum est*: porque hubo falta.

§ LIV.

Fin de la Pena.

Si la razon de la Pena está en el quebrantamiento del orden juridico por una voluntad á él opuesta, su fin consiste en restaurarle y restablecerle en toda su pureza.

Entiéndase el Delito como se quiera, téngase del Derecho un concepto más ó ménos exacto, del fin del hombre y de la sociedad una idea más ó menos cierta y precisa, nadie negará de seguro, que la justicia debe ser cumplida y realizada en la tierra, y que la Pena, al ménos en parte, intenta conseguirlo. Hasta aquellas escuelas, llamadas absolutas, que pretenden que el castigo no debe proponerse alcanzar un fin ulterior al castigo mismo, no pueden sin embargo, desconocer que se impone para que el crimen no quede impune, «y no sean considerados como cómplices de » la violacion pública de la justicia los que descuidaron de » ejecutar la Pena » (Kant).

Con mayor motivo reputan como su fin el mantenimiento del orden jurídico, los partidarios de los sistemas relativos en sus diversos matices, que no ven en ella sino el medio de aniquilar la tentacion al delito, y los que no consideran el procedimiento penal sino como una segunda educacion ó como una tutela que el reo puede reclamar en cumplimiento del Derecho que le es debido. El eclecticismo no sostiene que toda violacion jurídico-criminal debe ser reprimida con Pena, pero, sin embargo, la mira como justa y legítima cuando se impone para reprimirlo.

No es, pues, punto discutible el de si el castigo debe proponerse como fin el conservar y restablecer el Derecho quebrantado por el Delito, porque en ello están conformes, así los sabios como los ignorantes, así la Ciencia como el sentir de la generalidad, sino en determinar de un modo claro cuándo se ha conseguido este propósito.

Desde el momento que la violacion empieza á aparecer por actos del agente contrarios al Derecho, reclama éste, como primera exigencia, la prestacion de medios apropiados para impedir que llegue á consumarse. Mediante la conducta exterior se ha demostrado claramente la existencia de una voluntad, que léjos de cooperar al mantenimiento

y conservacion del órden, es trastornadora y perturbadora, y una y otra cosa son desde este instante incompatibles. Si el uno ha de subsistir, la otra no puede continuar la obra comenzada. El Derecho, que es la ley y el órden, un momento perturbado, recobra su imperio, y con el auxilio del medio coactivo empieza por imponerse á la voluntad rebelde, impidiendo los nuevos actos, que habrian de seguir como consecuencia natural de los anteriores.

Mas para que esto sea justo, es indispensable que el Delito haya comenzado, aunque no sea más que por la resolucion conocida del agente, porque la Pena ó cualquier otro medio jurídico contra la injusticia, sólo encuentra su razon en los actos contrarios al Derecho. De aquí que no puede sostenerse el sistema llamado preventivo, que supone una inclinacion natural á delinquir en todos ó en la mayoría de los individuos de una sociedad, ántes de haberse claramente manifestado en una persona determinada, y que fundado en ello impide hechos ó acciones en sí mismas legítimas, sin distinguir al culpable del inocente. Tal acontece en la prohibicion de reuniones ó asociaciones, el uso de armas y tantas otras.

Pero al propio tiempo se engañará el que piense que toda reaccion contra el injusto proceder de uno ó varios individuos, no puede tener lugar sino cuando ya han terminado su obra. El órden del Derecho, aunque en diverso grado, se perturba igualmente por el primer acto criminal que por el último, y por esto puede y debe castigarse no sólo el Delito consumado y el que no pasó de tentativa, sino tambien el simplemente preparado y aún el resuelto, pues siempre hay crimen, y al hacerlo no se previene lo que tal vez jamás acontecerá, sino que se repara lo que ya se ejecutó.

Hay en esta funcion del Derecho contra la injusticia que empieza á mostrarse, dos puntos que conviene examinar. Es el primero el empleo de los medios, así materiales como

morales, de impedir que llegue á consumarse, en tanto que se resuelve y se decide en toda forma, si ha habido verdadera perturbacion criminal. La prision preventiva, la caucion ó fianza de presentarse en juicio cuando fuere llamado, la simple promesa de abstenerse de ciertos hechos mientras recae sentencia, los mismos actos materiales que el empleado público ejecuta para oponerse á la consumacion por parte del reo cogido *in fraganti*, nos presentan ejemplos de estos medios. Son, como se ve, medidas transitorias puramente provisionales, pero que no por esto quedan abandonadas á la arbitrariedad del legislador, y ménos á la del juez ó de cualquier otro funcionario, sino sometidas como todas á los principios de Derecho que marcará en qué han de consistir, los casos y forma en que han de emplearse, y el tiempo que han de durar. En todo rigor, esta materia no pertenece á la funcion punitiva, aunque sí á la judicial, y la policia dependiente de este poder debe estar encargada de su cumplimiento.

Es el segundo punto en que habremos de fijarnos, la aplicacion de los medios, no ya provisionales sino definitivos, no tan sólo para que el crimen no se consume, sino además para que el consumado se repare completamente. Y como la injusticia siempre existe, haya llegado á perfeccionarse el Delito, ó quede imperfecto por impedirlo la accion del Estado ó por cualquier otra causa, los medios habrán de ser esencialmente los mismos en uno que en otro caso, entrando por consiguiente de lleno en la cuestion del fin que la Pena debe proponerse.

Si con la Pena se va buscando la restauracion del orden perturbado, esto no puede alcanzarse sin que las cosas sean repuestas á su primitivo ser. Para determinar, pues, en qué consiste el restablecimiento y cuándo se ha conseguido, se hace necesario fijar primero hasta dónde ha llegado y en qué ha consistido la perturbacion.

El crimen, en primer lugar, ha destruido la relacion

justa del autor ó sujeto activo con el pasivo, ó sea la víctima. En la esfera del Derecho entre ambos, han sido negadas por el uno, ya por actos afirmativos, ya por actos negativos, las condiciones y medios que el otro podía reclamar legítimamente.

En este limitado círculo del Derecho individual, la injusticia causada por el Delito puede presentar distinto aspecto, pues ó las condiciones son de aquellas que tienen siempre un valor aparte de la buena voluntad de quien ha de prestarlas, ó no merecen ninguna cuando se las considera separadas de ésta. En el primer caso, la reparacion puede tener lugar de un modo más ó ménos completo sin la cooperacion efectiva y voluntaria del agente. Esto sucede, por ejemplo, en la llamada responsabilidad civil, que consiste como es sabido, en la restitucion del objeto material sobre que recayó el Delito, en la entrega de otro semejante ú otra cosa equivalente. Todo esto halla, á la verdad, la razon de su existencia en el acto criminal, pero no en cuanto negacion consciente y libre del Derecho, sino en cuanto le perturba aparte de esta voluntad y deseo injustos. Más claro: esta responsabilidad nace, no de que el Delito sea Delito, sino de que es siempre perturbacion jurídica, no representando, pues, otra cosa que lo que hay en ella de civil.

Mas con tales medios, si no se emplean ningunos otros, no se habrá alcanzado el restablecimiento del orden jurídico que se buscaba. El que vió arrebatado el objeto material de que era dueño, aunque le sea devuelto íntegramente y se le indemnice por el tiempo que no le disfrutó, no se creará seguro ni considerará reparado el Derecho si nada más se hace. Ninguna razon fundada hay, en efecto, para suponer que el delincuente cambiará de conducta en adelante, si permanece en las mismas condiciones en que ántes se hallaba, y el ataque actual, aunque materialmente reparado, contiene el gérmen de otros futuros tan graves ó

más si nada se hace para evitarlo. Y esto no se podrá conseguir si no se rectifica y vuelve al Bien la voluntad que se encuentra separada de él.

Si los hechos que forman el contenido ó la materia del particular derecho violado por el Delito, son de aquellos que no tienen valor alguno, ó que no se conciben sino naciendo de la voluntad del que ha de prestarlos, como por ejemplo, la educacion, la tutela y otros muchos, ó en los que no cabe la reparacion material, todavía aparece más claro que el órden no se restablecerá si no se cambia la intencion del agente.

Pues bien; si como es visto, la perturbacion tiene su raíz y su asiento en la voluntad antijurídica, ó que se determina contra el Derecho, sólo podrá obtenerse el restablecimiento que se busca cuando se llegue hasta la misma voluntad de donde aquella procede. La Pena, pues, si ha de ser restauradora, ha de penetrar forzosa y necesariamente por la exigencia de la misma víctima, hasta el interior del criminal, enderezando y rectificando su intencion torcida, y por esto en todos los tiempos se ha reconocido al lesionado la facultad de querellarse y de acusar hasta obtener la imposicion de la condena.

Mas este verdadero derecho individual al castigo no puede ser justo si se mantiene en sus antiguos fundamentos de vindicta ó venganza privada ó pública, pues sólo podrá justificarse en la necesidad que siente el sujeto pasivo del Delito, de que el que fué culpable coopere con sus actos y con su buena conducta á la prestacion de los medios jurídicos que negó.

Cierto que cuando su contenido son hechos negativos ó simples omisiones, tal vez parecerá que se consigue la restauracion sin corregir la voluntad viciada, privando, por ejemplo, perpétuamente al criminal del poder externo de dañar, por un encierro eterno, por la mutilacion ó por la muerte, que alejan el temor á nuevos ataques. Y en

verdad que si no se miran las cosas sólo en la corteza y superficie, si no se contenta el hombre con una simple retribucion del daño sufrido que halaga y satisface la pasion de la venganza, habrá de convenirse en que no cabe medio entre los dos términos del dilema: ó la imposibilidad material externa de causar daño, ó la imposibilidad moral por la correccion. Cuando todos los dias arrojan los presidios criminales más astutos, más corrompidos y audaces que cuando entraron, la seguridad del Derecho es una ilusion y la Pena una mera crueldad, sin fin y sin objeto que la justifique. El que fué víctima y buscó en el castigo el remedio contra la injusticia, no puede pensar sin insensatez, que si el reo queda más desmoralizado y dispuesto á delinquir aún más gravemente que ántes, ha obtenido la reparacion que buscaba.

Resulta, pues, que si no se procura la enmienda, ó al ménos el escarmiento del criminal, es indispensable que por el Delito más insignificante se imponga la muerte, la mutilacion ó una reclusion perpétua. Pues bien; el sentimiento natural de justicia, aún interpretado por el solo sentido comun, se opone á no dudarlo, á considerar como legítima esta consecuencia que lógicamente se desprende de las premisas. Y si esto es así, no queda otro camino que el de buscar, no la imposibilidad material en lo externo del castigo, sino la imposibilidad moral en lo correctorio de la Pena.

Y nótese que venimos hablando bajo el supuesto de que el deber jurídico consistia en omitir, y por tanto de Delitos por comision; pero esto no acontece siempre, ni aún siquiera en la mayoría de los casos. Muy á menudo se compone de actos afirmativos, muchos de ellos insustituibles por otros, y entónces la reclusion durante la vida del penado, su muerte, no sólo no ayudan al restablecimiento del Derecho, sino que le hacen imposible. Y sin embargo, el criminal es el que de un modo completo puede restablecer

el bien perdido: en ocasiones el único en el mundo que puede hacerlo. Quien calumnió ó injurió es quien puede devolver seguramente—reconociendo su proceder injusto—la pública estimacion; el hijo que faltó al respeto á su padre, quien sumiso y arrepentido puede darle la consideracion que en la familia necesita; el padre, por el contrario, que abandonó, educó mal al hijo, el que le puede llevar por la senda de la virtud y amparándole en sus desfallecimientos y extravíos juveniles. La correccion, pues, es siempre y en todo caso, lo que reclama la reaccion justa contra la voluntaria injusticia, aunque el Delito se mire—como ahora lo hacemos—bajo el aspecto sólo de la víctima.

No es éste el único, sin embargo, en el que debe considerarse. Recordando cuanto hemos dicho al tratar de la perturbacion criminal (§ XIV), se halla que el Delito es la negacion del orden jurídico, su aniquilamiento como ley y como principio para la conducta humana. Resulta, por tanto, lesionado, no sólo el Derecho de un particular como en la perturbacion meramente civil, sino herido en su base y raíz como conjunto de relaciones regidas por un principio de unidad. Los miembros todos del Estado, en mayor ó menor escala, más ó menos inmediatamente, se sienten lastimados por el Delito y víctimas del trastorno que ocasiona. De aquí la legítima y perfecta facultad de exigir que se reprima. Encierra, pues, una profunda verdad luégo que se considera atentamente, el dicho, que es el crimen la negacion del Derecho, y la Pena la negacion de esta negacion, y por tanto, su afirmativa. Y bajo este aspecto público ó social si se quiere, deben ser examinados el crimen y su castigo.

Cuando se considera el Delito bajo este punto de vista lo mismo que cuando se trata de la reparacion en el estrecho círculo del Derecho de la víctima, reclámase tambien que el perturbador no termine su obra comenzada, y las doctrinas

que entónces quedaron sentadas sobre el carácter medio y fin de esta funcion, deben darse aquí por completamente reproducidas. La razon del todo igual ó iguales deben por tanto, ser las consecuencias; el primer movimiento del orden contra la perturbacion es que ésta no llegue á consumarse.

Obtenido esto, es necesario que las cosas vuelvan á ser como ántes, esto es, conforme á la ley que siempre debió regirlas. El que ha faltado, si lo ha hecho impunemente y sin sufrir las consecuencias de su modo de obrar, continuará probablemente en el mismo camino. Debilitada la fuerza de la ley, cuya necesidad moral aparece ménos ostensible, otros muchos se sentirán llevados á imitarle, y en último caso, apenas cumplida, habrá venido á quedar la injusticia como regla y principio práctico. La alarma de que tanto se habla en el Derecho penal, no es otra cosa que la lesion del Derecho sentida por quien no es víctima inmediata del crimen, por la certeza de ataques futuros y posibles. El mal de tercer grado, que considera Benthan, no representa sino el desfallecimiento del organismo jurídico, cuando el cuerpo social llega á convencerse que las leyes han perdido su imperio. Para que todo esto no suceda, todos y cada uno de los miembros del Estado reclaman en nombre del orden la represion y con ella el restablecimiento del Derecho.

Mas esto no se consigue de un modo completo sino cuando se haya obtenido la imposibilidad de un nuevo desorden, al ménos de parte de quien se separó de la ley voluntariamente. Es de toda evidencia que no puede decirse que la ley ha quedado restaurada en su fuerza, si al mismo tiempo subsiste la causa de la perturbacion y la perturbacion misma, como nadie se dice curado cuando permanece aún el gérmen de la enfermedad. De igual modo la Pena que no hace tan imposible el Delito como ántes de empezar á ser concebido, no repara el orden que estaba encargada de mantener.

Pues bien; esta imposibilidad puede ser puramente física, impidiendo todo ataque exterior y material, ó moral y ética, produciendo el mismo á igual resultado por la correccion de la voluntad viciada y corrompida; pero no cabe término medio.

Demostrado queda, al considerar la Pena en relacion con el sujeto pasivo del Delito, que lo primero no opera el completo restablecimiento del Derecho, é idéntica afirmacion debe hacerse ahora al examinarla con referencia á todos los miembros del Estado, que no han de mirar como cosa indiferente la conducta futura del culpable, áun bajo el punto de vista de su utilidad. No negaremos que aquí no se ve como allí tan de bulto y manifiestamente, la necesidad de que sea el mismo perturbador quien ejecutando tanto bien como mal causó, sea el que opere el restablecimiento, y en el estado por el que las sociedades pasan, suelen quedar tranquilas con la imposibilidad puramente material. Pero si el Derecho se mantiene por el concurso de todos los seres racionales de la humana raza, todos deben cooperar á conservarle, si el orden ha de ser completo. La tranquilidad y el sosiego que siente el cuerpo social entero cuando el criminal, reconociendo su falta la corrige devolviendo el Bien que arrebató por su Delito, en prenda segura de su enmienda, demuestra harto claramente, que entónces y solo entónces, es cuando se ha obtenido la entera satisfaccion. Por lo demás, el encierro perpetuo y la muerte, únicas Penas tranquilizadoras sin la enmienda, repugnan de tal modo al espíritu moderno, que á no hallarse otro remedio preferiríase sufrir el Delito en muchos casos. La tolerancia con el crimen en algunos países—desgraciadamente el nuestro es uno de ellos—en que se sabe que el castigo es duro, pero por la manera de cumplirse esencialmente desmoralizador del reo, no tiene otra explicacion.

No queda, pues, más camino para llegar á la restaura-

cion del Derecho por la Pena, que reconocer en ésta la enmienda como fin esencial, no en gracia del culpable, no como tutela, sino como exigencia y como derecho del Estado y de todos sus miembros.

Pero la Pena no puede ménos de considerarse tambien en relacion con el criminal mismo. Y seguramente que si al mirarla con referencia á la víctima y á los miembros todos del Estado, se ha venido en último término á reconocer que su fin es la restauracion del Derecho por la enmienda, no podrá ponerse en duda que tambien debe proponerse esto mismo cuando se trate únicamente de la persona del reo.

Fué éste, en efecto, llevado á delinquir por la flojedad y flaqueza de su voluntad á él imputable. Excitado por el falaz atractivo de los impulsos exteriores, negó la ley que debia afirmar por sus hechos, y en vez de determinarse por sí, fué determinado por las circunstancias que le rodeaban. Perdida por su culpa su libertad, mostróse incapaz de gobernarse y de llenar sobre la tierra su destino (§ XXXI), no pudiendo creerse que llegue á conseguirlo mientras permanezca dentro de las mismas circunstancias; ántes por el contrario, debe pensarse que en tanto que continúen, persistirá tambien en su conducta torcida.

Verdad es que nadie está incapacitado de un modo irremisible, para volver, por un esfuerzo nacido de sí propio, al olvidado camino del deber; cierto que las circunstancias pueden alterarse por hechos puramente casuales y fortuitos, ya prósperos, ya adversos, pero ambas cosas acontecen pocas veces, y de todas suertes en ninguna el Derecho ha puesto por su parte las condiciones y los medios que la especial situacion reclamaba. Quien vive permanentemente de manera que, aunque sea por su culpa, parece condenado á faltar á sus deberes, se encuentra en un estado antijurídico ó en condiciones contrarias á las que reclamaba para él el Derecho. Y esto es precisamente

lo que acontece al criminal. El Delito cometido demuestra, que á pesar de parecer por su edad hábil para regir su voluntad y sus actos por sí, es, por el contrario, víctima y esclavo de los impulsos exteriores. La esfera de la propia autonomía, la libre contratacion, estado justo del Derecho para los demás, no es el justo estado de Derecho para él, á quien ha dominado la injusticia y debe ser sustituido por otro más conforme á su manera de ser.

Es este estado el de la Pena, en el cual ha de permanecer hasta que dé pruebas inequívocas de haber adquirido, mediante el procedimiento penal, el uso de la verdadera libertad y la posibilidad de regirse por sí propio. Sometido á él, le son prestadas las condiciones jurídicas externas, que piden las internas en que se halla, con arreglo al principio de la verdadera igualdad, segun el que no pueden ser tratados del mismo modo el niño que el adulto, la mujer que el hombre, el inocente que el criminal, ni en suma, medidos con igual medida séres desiguales (§ XII). Si las leyes de los antiguos tiempos decian que el criminal se debe á la Pena, los modernos deben decir además que la Pena le es debida para su correccion y mejora, como el único estado justo del Derecho en relacion á él.

De cualquier punto de vista, por tanto, que se mire, bien sea desde el de la víctima ó sujeto pasivo, el de todos los hombres unidos por el vínculo comun del Derecho ó el del criminal mismo, se llega siempre al resultado de que si la Pena ha de ser el restablecimiento del orden jurídico, ha de proponerse la correccion de la voluntad viciada.

Además, por ser esta restauracion jurídica, reclama como esencial y necesario el que contenga esa enmienda y mejora. Repetidas veces, en el curso de esta obra, hemos probado, que toda reparacion de una ley es esencialmente igual á su cumplimiento, y que los actos por los que se llega á la primera son de idéntica clase que las que operan

lo segundo. Las leyes, en efecto, se perturban de la misma manera que se cumplen, y se restauran de la propia suerte que se cumplen y se perturban (§ XV). Y si el orden jurídico es espiritual y ético, sólo puede turbarse por actos espirituales y de la libre voluntad, y por tanto restablecerse, si fué lesionado, por hechos del perturbador, mediante los que se dirija hácia el Bien que debió cumplir y realizar. Es ilusion engañosa,—en la cual se cae muy á menudo, sin embargo,—el suponer, que el encierro perpétuo, la mutilacion y la muerte pueden por sí solos conseguir la reintegracion de leyes puramente morales en su observancia y en su validez, cuando no contienen ninguno de los elementos necesarios para alcanzar el remedio que se busca.

Ciertamente que el Estado no emplea, al parecer, como Pena sino medios sensibles y áun externos, como la privacion del uso de algunos derechos, la pérdida temporal de la libertad exterior; pero será muy miope aquel que vea en ellos el fin último del castigo. Consiste éste en poner al culpable en condiciones de que se enmiende, y aunque sensibles, van dirigidas y encaminadas á modificar su voluntad ó al interior de su conciencia. La reclusion no es medio penal, sino porque le aparta de la atmósfera corrompida en que ha vivido, le hace entrar en sí mismo, de quien el mundo exterior le ha tenido hasta entónces separado. Ajena á este propósito y como mero encierro será medida de precaucion y de prudencia, pero no verdadera Pena.

Pregúntase por muchos, si es racional suponer que en todos los casos puede esperarse la enmienda del delincuente, y si no hay algunos en que es absurdo el creerlo, vista la enormidad del Delito y la persistencia en el mal. Del arrepentimiento del reo más endurecido y degradado, no es á nuestros ojos lícito dudar, como no duda nunca la Religion que prodigándole hasta el último momento sus

auxilios, confía en su salvacion eterna. El hombre, hecho á imágen de Dios, como racional y libre, no pierde jamás irremisiblemente tales atributos, con los cuales siempre la rehabilitacion es posible. Pero si irremisiblemente los perdiera, si estuviera encadenado por la fatalidad al mal, si no pudiera ya determinarse sino ser necesariamente determinado, ya no es un sér libre, ya no es un hombre, ya no es una persona. La imputabilidad ha desaparecido, y con ella la responsabilidad de los actos, y detrás de todo esto la justicia de la Pena. Podrá ser un individuo peligroso, una bestia feroz, pero ajeno y extraño al órden jurídico, en el cual sólo á título de sujeto libre puede estar comprendido. Equiparado al loco furioso, debe ser tratado como él, debe en su consecuencia pensarse en privarle del poder externo de hacer el daño, pero no en que expie la falta, sufra castigo por el Delito que no pudo evitar; en suma, nada tiene que ver entónces con el Derecho penal.

Reconocido el fin de la correccion del reo como de esencia al restablecimiento del Derecho, preguntase tambien si ha de ser moral ó meramente jurídica, entendiendo que la primera se consigue cuando se ha alcanzado que el hombre en adelante se determine sólo por el mero pensamiento del Bien; y la segunda, cuando ajuste sus acciones exteriores en relacion á sí mismo y á los demás, al precepto del Derecho, aunque no lo haga por tan elevado y puro motivo.

Y en verdad que á nuestro parecer, implica contradiccion el exigir como necesaria la enmienda moral, pues si la perturbacion que en el Delito se considera es la jurídica, tambien ha de ser jurídico el restablecimiento, segun lo notado anteriormente. Si el culpable faltó al Derecho, no por haber querido el mal en su conciencia, sino por haberse determinado exteriormente á ejecutarle, si su crimen no consiste en no reconocer la necesidad

que toda ley entraña cumpliéndola tan sólo por ser ley, sino en haberla infringido consciente y libremente; si en suma, la pureza del motivo no es de esencia al cumplimiento del Derecho, tampoco puede serlo á su restauracion. Habráse obtenido ésta jurídicamente cuando se haya alcanzado que por cualquier motivo, por cualquier causa, el hombre se determine en adelante en los hechos que contienen las condiciones de Derecho conforme á la ley. Ciertamente es que la persona que obre de este modo no será verdaderamente moral ni tendrá tranquila su conciencia, pero no es un perturbador del Derecho, que al fin es mantenido como orden ético por actos de su libre voluntad: y obraría injustamente cualquier Estado y más el nacional, si á pretexto de una mayor y más sólida enmienda prolongase la Pena, cuyo fin, como medio jurídico, se habría llenado enteramente.

No negaremos que el orden tendría un asiento más firme y duradero si llegase á alcanzarse la correccion moral con la especie de santidad que lleva consigo; pero este propósito está fuera del Estado como Sociedad jurídica. Mas no siendo contrarios sino armónicos el fin moral y el jurídico, los medios empleados para conseguir el segundo sirven también para obtener el primero. Las Sociedades religiosas y para la moralidad deben por esto tener entrada franca en las prisiones, si es que acaso al Estado no le corresponde, como tutela histórica, la misión de crearlas y después de llevarlas allí, por no encontrarlas desarrolladas y desenvueltas suficientemente en la Nación.

§ LV.

De la naturaleza de la Pena.—La Pena como condicion dependiente de la libre voluntad.

Por lo que se desprende del análisis contenido en el párrafo primero de este capítulo, por lo expuesto en otros

del mismo y en el LIBRO PRIMERO, aparece de un modo claro que la Pena se presenta con el carácter de condicion para el restablecimiento del orden perturbado. Cuando esto ha tenido lugar, créase en efecto en su consecuencia un estado jurídico, mediante el que la perturbacion ha de desaparecer sometiendo á la ley, en virtud de lo que hemos llamado autocracia del orden, á los que sujetos por su naturaleza á ella se apartaron de su cumplimiento.

Pero si esto es así, conviene no confundir el medio penal con el fin de la Pena misma. Esta pone, en efecto, las condiciones, presta los medios, crea la situacion necesaria y apropiada para que el restablecimiento se opere, pero no es la restauracion que se busca, sino el camino para conseguirla. De esta manera aparecerá el castigo como justo y legítimo desde el momento que habiéndose violado el orden, empieza á cumplirse la Pena, por más que todavía no se haya conseguido el propósito con que se declara é impone, siendo necesario un espacio de tiempo más ó ménos largo para que produzca su efecto.

Pues bien; llamamos condicion (§ XI, nota 1.ª, pág. 53), á todo aquello que sirve de medio, de supuesto ó premisa necesaria para que otra cosa exista, y por tanto, se ve sin necesidad de insistir más sobre este punto, lo exacto de aquella parte de la descripcion de la Pena, que la presenta como condicionalidad ó conjunto de condiciones.

Reconocida esta nota importantísima y trayendo además á la memoria la doctrina contenida en el párrafo XI, puede distinguirse bien en la Pena jurídica, su fin inmediato ú objeto y su fin mediato ó ético, con lo cual quedará aún más en claro este carácter que ahora examinamos.

El fin ético ó mediato del Derecho todo y por consiguiente del penal, es el cumplimiento del destino humano, para lo que la perturbacion que ha nacido, debe ante todo desaparecer. Para alcanzarlo necesitanse condiciones prestadas por el concurso de la voluntad humana, y este con-

junto y prestacion es lo que forma el fin inmediato. Desde el instante, pues, que en el caso de un Delito, se han puesto los medios para operar la restauracion jurídica, el fin inmediato ú objeto de la Pena y del Derecho se ha llenado cumplidamente. Puede, sin embargo, acontecer que á pesar de esto, no llegue á conseguirse nunca el fin mediato ó ético. Si el criminal murió; si perdió por la locura la capacidad para operar el restablecimiento moral que exigia la naturaleza tambien moral de la falta; si aún sin esto no aplica los medios reparadores con que se le auxilia, el objeto del Derecho penal, el fin inmediato se llena, el castigo es justo, por más que el propósito más elevado y completo quede fallido.

Mas si la Pena siempre es condicion, no entrará en el círculo del Derecho, sino cuando dependa de la libre voluntad humana (§ VII, XI y XVI): de aquí el distinguir la *natural* de la *jurídica*.

Nace la primera espontáneamente sin intervencion alguna de la actividad voluntaria del hombre, como consecuencia ineludible de la trasgresion de una ley cualquiera. El esfuerzo del organismo para introducir el órden en las funciones de la vida fisiológica, el dolor del alma que constituye el remordimiento, la tristeza y el desencanto al encontrarse con el error como término de nuestros esfuerzos para hallar la verdad, son pruebas de Penas naturales.

Las jurídicas serán aquellas, que originadas siempre por la falta de cumplimiento de un precepto del Derecho, se impongan por el esfuerzo voluntario del hombre. El separado, por ejemplo, de las malas compañías que le llevaron al crimen, detenido en una cárcel, privado del uso exterior de algunas facultades, como la de intervenir en las funciones públicas, sufre un castigo jurídico, puesto que este estado y situacion nace de los actos voluntarios de otros hombres. Y así como el fin mediato ú objeto del Derecho aparece como coordinado con el carácter de

condicion, al fin ético ó mediato, acontece lo mismo con la Pena jurídica y la natural. Aquella presta los medios y las condiciones para que ésta, verdaderamente medicinal, no deje de cumplirse. Apartado el reo de sí propio por su vida disipada, jamás llegaría á reflexionar sobre su conducta con la insistencia necesaria para conocer la extension de sus deberes, la necesidad de llenarlos en adelante y corregir el mal anteriormente ejecutado; y el encierro y el aislamiento, y el trabajo y la separacion del lugar donde cometió el crimen, en suma, el castigo jurídico le pone de un modo admirable en el caso de despertar su conciencia y fortalecer su voluntad.

Todavía es preciso restringir aún más el concepto de la Pena, si hemos de permanecer dentro de los límites asignados á nuestro estudio, esto es, dentro del Derecho del Estado nacional. El carácter de coaccion externa impuesta aún en contra de la voluntad del que ha de sufrirla, y por el Estado nacional con el propósito de que se cumpla primero el fin inmediato y despues el fin ético, serán los caracteres de esta Pena, que bien pudiéramos llamar *pæna forensis*.

Como se alcanzará esto por medios coactivos, exteriores y de fuerza, resulta en gran parte de lo ya expuesto, y aparecerá con mayor claridad de la doctrina de los párrafos siguientes.

§ LVI.

De la naturaleza de la Pena.—La Pena como condicion buena en sí misma.

Si la Pena jurídica forma parte del Derecho ó es el Derecho en cierta posicion ó estado, ha de reunir las propias notas y caracteres que distinguen á éste (§§ VII, XI, XVI y XXVII). Así, no puede ménos de ser condicion para el

cumplimiento del fin racional humano, y condicion en sí misma buena, ó conforme á la naturaleza del sér que la presta y para quien se presta. Por esto el castigo que consiste en la infamia del culpable, en su degradacion exponiéndole á la vergüenza pública, en la mutilacion, en el tormento corporal, en la muerte, carece de la cualidad más esencial que ha de reconocerse en todo medio punitivo. Por el contrario, la privacion de la libertad externa, de la que el reo ha demostrado que no sabe usar sino en daño de los demás y de sí propio, á la que no puede por consiguiente pretender, al ménos con la amplitud que los demás ciudadanos, aparece como un Bien y como una condicion buena para que corrigiendo su conducta pueda en adelante cumplir sus deberes.

De igual manera la sociedad que declara, impone y ejecuta el castigo ha de sentir, cuando es justo, ya que padeció el daño del Delito, un Bien que de otra manera no podria alcanzar. Así, cuando no sólo desmoraliza al penado sino al pueblo todo, como sucede con los azotes, emplumamiento, y áun con las ejecuciones capitales, la cualidad de condicion buena en sí misma desaparece igualmente.

Por lo expuesto, que nace del concepto y esencia del Derecho, se comprende por cuán errado camino marchan los que definen, segun se hace de ordinario, la Pena, como un mal impuesto por la sociedad ó el Estado. A esta escuela pertenecen no sólo los partidarios de la doctrina absoluta que sólo hallan el fin del castigo en la expiacion y la retribucion ó paga, sino los de los del eclecticismo dominante hoy casi por completo en todos los países. Ninguno de cuantos autores profesan una ú otra doctrina científica ha expuesto con mayor claridad y valentía las ideas que las sirven de fundamento, que Pacheco en sus lecciones de Derecho penal pronunciadas en el Ateneo de Madrid, único libro que hasta ahora ha dado el pensa-

miento de nuestra patria á la juventud estudiosa. No sólo dijo este autor ilustre, que *el mal llama al mal de modo que mal por mal es la ley de nuestra naturaleza y de nuestra conciencia que no nos es dado romper*, sino que añadió, para que no cupiese duda sobre el significado en que tomaba estas palabras, que *toda clase de males, que cualquier género de daños y de privaciones, son materia de la verdadera Pena*. Así, para él, según terminantemente expuso, la vida, la libertad, la fortuna, los derechos de todo género y el honor mismo, constituyen la materia de la penalidad, porque dan ocasion á que la mano de la ley se extienda sobre ellos.

Y concebido de esta manera el castigo, es completamente perturbador de toda idea moral y ética, y de Derecho por consiguiente. Si á alguno, por ignorante y rudo que sea, se le pregunta, si consultando su conciencia cree en verdad que obrará bien en alguna ocasion haciendo el mal, y si se considera autorizado en algun caso para causarle con completa justicia, no es dudoso que contestará que el mal nunca es legítimo; podrá excusarle, explicarle, jamás justificarle. El Estado, pues, que se encamina conscientemente al Bien ó á poner los medios para que se alcance, no puede penar, si no le es posible hacerlo sin que al propio tiempo cause un mal ó ejecute alguna cosa contraria á la naturaleza de los seres que le componen, y por tanto á la suya propia.

Extraña es por cierto la alucinacion que se padece al suponer que el órden del Derecho turbado por el mal del Delito sólo puede ser curado y restablecido por el mal de la Pena. Léjos de esto, la naturaleza de cada hecho tiende á perpetuarse en consecuencias de su propia índole. Las obras buenas producen bienes y venturas, las malas no pueden dar de sí, aunque tengan el más levantado propósito, sino males ó desgracias. ¿Cómo puede esperarse que una sociedad en la cual sus legisladores y sus jueces

proclaman con conciencia y friamente el Derecho al mal, sea justa y recta y se aparte del camino de la maldad cuando aplican como remedio de sus enfermedades morales el principio médico de esta manera entendido, de *similia similibus*?

El mal, en efecto, no representa una idea positiva, sino negativa del Bien que debió ser practicado, y por tanto, aquél sólo se niega, se destruye y se aniquila, mediante la ejecucion de lo bueno que se omitió. Léjos de llamar la conciencia al mal por el mal, reclama el bien para que desaparezca el mal, sustituyendo la idea positiva á la negativa. La Pena, por tanto, es la negacion del mal, ó sea la afirmacion del Bien mismo, sin lo que ni es legítima ni puede ejecutarse. La conservacion de la libertad exterior, por ejemplo, para el culpado que no sabe y dada su situacion no puede usar de ella en provecho suyo y de los demás, es un mal; su privacion ó restriccion constituye el Bien; por eso puede encerrársele, aislarle, imponerle el trabajo como obligatorio, cumpliéndole de esta manera su Derecho. La mayor desgracia que puede acontecer al criminal despues de la de haber delinquido — decia un filósofo de la antigüedad, — es la de no sufrir la Pena justa que merecia su Delito.

Pero nótese que al hablar de este modo estamos muy léjos de sostener que sea preciso que el procedimiento penal haya de ser reconocido como un Bien por el culpable mismo. Incapacitado para regirse por sí, falto de fuerza para llenar el deber, su situacion actual le hará mirar casi siempre la Pena, no sólo como un sufrimiento, sino como un verdadero mal, al que intentará sustraerse con todas sus fuerzas. Pero como la naturaleza de las cosas está en ellas mismas, no en la manera que tal ó cual persona las considera, la Pena continuará siendo un Bien, mírela como tal el reo, ó apréciela de otro modo como puede en algun caso acontecer. La tutela ó direccion del que no tiene bas-

tante capacidad para gobernarse, suele ser sentida como mal por el que á ella se encuentra sometido y que precisamente por eso le es necesaria.

Pero no debe confundirse—como muy comunmente acontece— el mal con la privacion, con el sufrimiento y áun con el dolor, pues en ambos puede haber un Bien y un Bien inapreciable.

§ LVII.

De la naturaleza de la Pena.—La Pena como sufrimiento ó padecimiento.

Confúndese en el lenguaje comun—segun hemos hecho observar en la conclusion del precedente párrafo y en otros pasajes,—la idea de padecimiento ó sufrimiento y dolor, con la del mal, y son sin embargo esencialmente diversas.

Padece ó sufre el que se considera en un estado pasivo, en el cual se encuentra como sujeto á la accion de alguna fuerza, ya de la materia ó ya del espíritu. En este sentido, cuando el hombre, por ejemplo, experimenta en su cuerpo los efectos de las leyes físicas ó filológicas, se dice que las sufre. Tambien se dice que sufre la imposicion de las leyes del Derecho ó de la Moral cuando se las mira como freno y regla de la arbitrariedad de la voluntad. Y como tal estado pasivo se opone á aquel otro en el que el hombre ó domina las fuerzas de la naturaleza dirigiéndolas en su provecho; ó se sobrepone á las leyes de la Moral y del Derecho, aunque sólo sea de un modo transitorio; como precisamente experimenta el yugo de las unas y de las otras, en el momento en que quisiera hacerse superior á sus preceptos, que reconoce sin embargo como obligatorios; como todavía siente su imposicion de una manera más dolorosa cuando habiendo logrado infringirlas, el orden se

restablece por su propia eficacia, se dice que tal estado de padecimiento es un mal. Lo será, en efecto, cuando tal situación esté constituida por algo contrario á la naturaleza del sér, como por ejemplo, cuando decimos el hombre está sujeto á padecer error, á sufrir la fuerza de la pasión. En estos casos, en efecto, el error y la pasión no dominada, no sólo son un padecimiento, sino además un mal.

Haciendo ahora aplicación de estas ideas, podemos preguntarnos si la Pena es un sufrimiento ó un padecimiento.

El sentido comun no vacila en este punto. Percibiendo de un modo más ó ménos claro y preciso que la razón del castigo está en el Delito, mira á éste como la obra de la actividad mal dirigida del hombre y á aquella como el acto ó el hecho de sobreponerse á sus extravíos dominándolos y sometiéndolos: por esto dice siempre que el sujeto al castigo le sufre. Mezclando esta idea de estado pasivo, contrario á lo que el culpable intentaba, doloroso por tanto, y el sentimiento del mal con el mal mismo, no halla repugnancia en asentir que es un mal y un padecimiento.

De ordinario los hombres científicos convienen con este concepto, incurriendo en la misma confusión que el vulgo; así, la idea de la Pena de Grotio, *malum passionis ob malum actionis*, subsiste á pesar del tiempo y de las diversas teorías que han aparecido, habiendo pocos autores que no la definan como el mal y el padecimiento impuesto por la Sociedad ó el Estado al que ha cometido un Delito. El *pati quidam* es lo que constituye la materia—según el comun sentir,—de toda punición ó castigo.

Dejando aparte la idea de mal—sobre lo que juzgamos habernos extendido bastante,—el presentar la Pena como un padecimiento ó sufrimiento, ó como un estado en que se considera al criminal como pasivo, es, á nuestro entender, profundamente exacto, y se desprende de un modo lógico

y necesario de cuanto venimos desenvolviendo en todo el curso de nuestro trabajo.

En efecto, si el Delito es el acto por el cual la voluntad del agente se hizo superior á la ley jurídica negando su necesidad, la Pena representa la negacion de este hecho injusto y el reconocimiento de aquella necesidad moral. El culpable que desconoció el Derecho sobreponiéndose á él, sufre su imposicion y es de nuevo sometido á su imperio.

Este mismo carácter y sentido se manifiesta en los medios para conseguir este fin. El Derecho, segun se dijo en lugar oportuno (§ XII), guarda completa relacion y armonía con las condiciones internas y con la capacidad actual del sujeto en cuyo provecho se presta. Por esto no debe haber facultad externa de obrar reconocida por la legislacion de un país en cualquiera orden de relaciones, que no suponga ó deba suponer en los ciudadanos una capacidad apropiada para saberla usar rectamente. Ahora bien; ántes de ser culpable parecia el sujeto completamente capacitado para la plenitud de los derechos que el Estado garantiza á todos sus miembros. Mas el Delito ha venido á hacer patente el error en que se estaba, el falso supuesto de que se partía y la desproporcion y desacuerdo entre las facultades externas concedidas y las internas de quien ha de usarlas. Buscando entónces la armonía de la justicia, se proporciona y concierta el Derecho exterior con el estado moral del culpado, lo que se consigue restringiendo desde luego el uso del Derecho mismo, é imponiéndole al propio tiempo coactivamente ciertas obligaciones, como la del trabajo, la de la educacion, etc. Y como no hay Delito que no consista en el empleo abusivo é ilegítimo de la libertad de obrar, no hay Pena alguna cuyo contenido no sea la restriccion de ella hasta que llegue á obtenerse que la voluntad sepa dirigirse y gobernarse por sí. Hé aquí lo que tiene el castigo de sufrimiento ó padecimiento.

Dícese por algunos tambien, que es la negacion ó priva-

cion temporal ó perpétua de uno ó varios derechos impuesta por el Estado. Y si esto se entiende como la justa privacion en el uso de atribuciones ó facultades al que no está capacitado para ello, se habrá expuesto un pensamiento completamente exacto, aunque no lo sean las palabras para expresarle. Pero si de ahí quiere deducirse que por causa del mal proceder del culpable no se le reconoce como sujeto del Derecho y á quien debe serle prestado íntegramente y de una manera completa como á todo sér humano: si se le considera convertido en cosa en más ó en menos grado y sirviendo de mero medio de alcanzar un fin, bien sea el escarmiento ó cualquiera otro; si en suma, no se conviene en que la restriccion y limitacion á que se encuentra sometido no es respecto á él y dado su estado el único cumplimiento total del Derecho—que es como de ordinario se entiende,—no puede aceptarse en modo alguno tal manera de definir la Pena, que la convierte en la práctica social de la injusticia.

Pero si es sufrimiento ó estado pasivo, ¿es además la punicion un dolor?

El criminal que sufre su condena se halla contrariado ciertamente en todos sus propósitos culpables y en la manera viciosa de ser y de vivir que hasta entónces tenia, pues en esto consiste su eficacia como correccional y reformadora. El reo experimenta, pues, á no dudarlo, una afliccion y un dolor al hallarse sometido al tratamiento penal, considerándole además como una desgracia, al ménos en tanto que no empieza á arrepentirse. De la misma manera aparece como doloroso para las personas que le presencian ó tienen de él noticia. Afígelas primero la falta cometida, y si su conciencia aprueba la imposicion de la Pena justa, su sensibilidad no puede ménos de ser afectada dolorosamente al ver que es necesario el empleo de tales medidas para la restauracion del órden perturbado. Y por más que los medios sean justos les parecerá siempre la-

mentable que el Derecho tenga que presentarse en esa forma, que es sin embargo la única que su quebrantamiento y violacion reclaman. De esta suerte el legislador alcanza sin buscarlo, que el castigo merecido sirva de ejemplo, inclinando al respeto á la ley la voluntad del que no ha faltado todavía.

Análogo efecto surte la Pena en el ánimo del que la sufre cuando ha entrado en el periodo del arrepentimiento. Desde entónces el castigo que reconoce como merecido, deja de ser mirado como un mal, ántes por el contrario, le bendice como Bien inapreciable.

Pero no por esto desaparece el dolor, sino que se transforma. En cada hecho de privacion ve una consecuencia justa, un recuerdo de su crimen y del estado perverso á que llegó por su voluntad, que le hace necesaria, pero que le produce una sensacion dolorosa. Y como el arrepentimiento ó el pesar de haber delinquido, no debe confundirse con la enmienda, que consiste en haber rectificado la voluntad injusta recuperando la cualidad de la propia determinacion racional, el solamente arrepentido, pero que comprende que puesto de nuevo ante la tentacion sucumbiria, continúa con dolor aceptando la Pena como una necesidad. Así la Iglesia, cuyo espíritu ha sido siempre el de buscar la correccion como madre amorosa, haciendo cesar las penitencias, cuando lo ha conseguido, acoge el pensamiento de su aceptacion como medicinales por el arrepentido. Al dolor de corazon ha seguido siempre la penitencia canónica, con la cual, afectado dolorosamente el pecador, le ha servido para sacar fuerzas y medios de persistir en su propósito de nunca más pecar.

Pero no se confunda este dolor, siempre moral, con el puro padecer físico del tormento. Las privaciones del bienestar ó goce del cuerpo sólo serán justas en cuanto se encaminen al fin ético de la Pena. No será lícito arrojar al culpable, aun del más horrible y repugnante Delito, en un

calabozo insalubre para que sufra; pero sí lo será aislarle para que trabaje y piense, y aún imponerle otras privaciones si de otra manera no puede quebrantarse su voluntad indómita.

En suma, la Pena no es Pena porque es dolor, sino por el contrario, por presentarse como el medio para el restablecimiento del orden perturbado, resulta como dolor moral nacido de la falta cometida.

§ LVIII.

Naturaleza de la Pena.— La Pena como expiación.

Nada más frecuente, en el estado actual de la Ciencia, que la afirmación que toda Pena debe ser por su naturaleza expiatoria, y nada más común también que no dar á estas palabras una significación precisa.

De ordinario la expiación representa el sufrimiento y el dolor, al cual se le atribuye por sí solo una especie de virtud mística de lavar la mancha del Delito. El que ha tenido un goce ilegítimo, encuentra un sufrimiento en el castigo, mediante el cual la falta queda como aniquilada y borrada.

Relaciónanse muy de ordinario ambas ideas, y la expiación representa entónces el mal ó el daño del Delito que se vuelve por retorsion contra quien le causó, que sufre de este modo las consecuencias de sus hechos. El padecimiento en que consiste la Pena es el mismo mal ó el mismo padecimiento que contenía el Delito; de esta manera el primero es la paga del segundo, conteniendo su expiación.

En la infancia de los pueblos, este pensamiento se traduce en las relaciones privadas entre el ofendido y el ofensor, por la venganza, según la cual se cree el hombre autorizado para causar al que le injurió el mismo daño que él

ha sufrido. Asumiendo luégo la sociedad el Derecho de vengar los Delitos se expresa por la Pena del talion *dentem pro dente, oculum pro oculo, idem per idem*; y tomando más tarde cuerpo y aparato científico dá origen á las escuelas llamadas de la justicia y de la retribucion.

Los que tales doctrinas admiten parten del principio, á sus ojos evidente, que la Pena debe seguir al crimen como la sombra al cuerpo, que es un postulado de la razon, que es un imperativo categórico que el mal y el Delito merecen y llaman al castigo, así como el Bien merece y llama tras sí la recompensa. Para satisfacer esta exigencia, y sólo para satisfacerla sin esperar ni buscar otra ventaja ni otro fin, impónese la Pena.

Al determinarse despues la naturaleza de ésta, se encuentra que es un mal y un dolor ó sufrimiento, y luégo que es el mismo mal y sufrimiento del Delito que vuelve y cae como de rechazo en la cabeza del culpable.

Expresion gráfica de estas ideas es la llamada ley de el mal por el mal, la Pena del talion, ya sea material, en que el padecimiento físico se paga con otro padecimiento de la misma índole, ya talion espiritual ó ennoblecido, en el que el daño del cuerpo se compensa con un padecimiento del alma. Cuando esto acontece, se dice que se ha realizado en el mundo la ley de la expiacion. Alguna vez parece como exigirse además la enmienda del pecador y delincuente, aunque no como indispensable á la naturaleza expiatoria de la Pena del Estado. Y esta es, á nuestro entender, la noción más clara que puede presentarse, del nebuloso y vago concepto de la expiacion.

Dados tales supuestos, ¿debe considerar la Pena con este carácter expiatorio?

Para contestar aunque sea brevemente á esta pregunta, preciso es distinguir las varias ideas que dentro de la de expiacion se encierran.

Es la primera la de una relacion necesaria entre el De-

lito y la Pena nacida de la propia naturaleza de las cosas é impuesta como una exigencia racional: es la segunda, que el castigo consiste forzosamente en un dolor: es la tercera, que este dolor es como un mal, consecuencia del que ocasionó el crimen: es por último, la cuarta que la relacion que se establece se traduce por la identidad cualitativa y cuantitativa entre ambos males que se tienen presentes.

Ahora bien; lo último no corresponde á la materia de este LIBRO sino á la del siguiente; sobre lo segundo se ha hablado con alguna extension en el párrafo antecedente, así como sobre lo tercero en diversos pasajes de este estudio (§§ XV, LI, LVI), quedando tan sólo por examinar la primera de las ideas ó conceptos enumerados, aunque lo fundamental quedó expuesto al ocuparse de la razon de la Pena (§ LIII y tambien párrafo LI).

Si consultamos á efecto nuestra conciencia, ésta nos dirá que todo Delito, sólo por ser Delito, merece y reclama el castigo. La noción de Pena, que reprime de un modo justo la voluntad que se levanta contra la ley infringiéndola y negándola, se presenta con la misma evidencia que la de premio ó satisfaccion que debe experimentar quien se atempera á la regla obligatoria y la cumple. Si esto no fuese así, no podríamos darnos cuenta de las nociones de mérito y de demérito, imputabilidad y responsabilidad, y seria una frase completamente hueca y vacía la de *merecer la Pena* y otras semejantes que hallamos en todos los idiomas. El Delito, puesto que es la razon de la Pena, la contiene en sí mismo, á la manera que el principio, comprende la consecuencia que de él se deduce ó saca lógicamente. De suerte que la ley ética del Derecho nos parece violada y rota, en igual modo, cuando vemos castigado al inocente, que cuando queda el criminal sin castigo.

En este punto el delicado análisis de la escuela absoluta es completamente exacto, y nada puede decirse contra él,

que no choque abiertamente con el modo de pensar y de conducirse todos los hombres.

Tan sólo debemos observar que este carácter de necesidad racional no es exclusivo de la Pena, sino mucho más amplio y comprensivo, como propio de toda ley, cualquiera que sea, puesto que expresando la manera de ser de las cosas conforme á su esencia, se impone á ellas de un modo necesario. La fatalidad con que se cumplen las leyes del mundo físico, la exigencia que entrañan las del mundo moral son la expresion de este pensamiento. La virtud en cualquier orden á que se aplique, merece premio; el pecado moral ó religioso, como el Delito, merecen y reclaman castigo.

Pero las escuelas absolutas se quedaron á la mitad del camino, cuando parándose en la contemplacion de esta verdad, afirmaron que el Estado al castigar no debía proponerse otra cosa que traducirla y expresarla en hechos sensibles. De este concepto incompleto— y por consiguiente falso— nació la teoría de que la Pena no tiene fin alguno que llenar, ni en cuanto á la sociedad ni en cuanto al culpable y que debía imponerse, no para alcanzar ventaja alguna, ni con ningun propósito ó fin ulterior, sino *por la sola razon de haberse delinquido*, esto es, para *expiar el Delito*.

Mas á poco que se medite habrá de comprenderse cuán opuesto á la razon es este modo de discurrir. En efecto, no obrará de un modo racional quien no justifica su conducta por un *por qué ó razon suficiente*, y al propio tiempo, por un *para qué* ó un fin que se intente alcanzar como término de la actividad voluntaria. Y si muchas veces ambas cosas se confunden, procede de que la segunda está tan determinada por la primera, que apenas se distinguen. Pero tan absurdo seria el obrar sin tener motivo ó razon, como teniéndolo hacerlo sin fin ó sin propósito alguno. Ciertamente que por haberse infringido el Derecho se im-

pone la Pena, mas tan exacto como esto es, que se decreta para restablecerle y restaurarle.

Prueba de que ambas cosas son necesarias, se halla al considerar que la Pena no se impone contra el culpable *aun habiendo delinquido*, si posteriormente cae en locura ó imbecilidad, porque el Derecho aunque fué perturbado no puede ya restablecerse por el perturbador. La razon de la Pena ó sea el crimen existe, pero falta el fin para que quede justificada, y si lo primero fuese suficiente deberia en todo caso ejecutarse, lo mismo contra el sano de espíritu que contra el loco. Si el que ha *matado debe morir, tan sólo porque ha cometido un homicidio* (Kant), no hay medio de eximir de pena tan grave al asesino voluntario, fundándose en hechos posteriores é independientes de la ejecucion.

El castigo como todo movimiento racional de la actividad, tiene, pues, un fin, un propósito ó un término. Al negarlo las escuelas de la llamada *Justicia absoluta*, eminentemente espiritualistas al parecer en su principio, profundamente crueles y áun materialistas en sus consecuencias, no representan otra cosa que la natural reaccion contra las utilitarias.

Segun éstas, las Penas no quedan justificadas por su razon, sino tan sólo por la utilidad que de aplicarlas se espera, eligiéndose entre dos males, el mal de la impunidad y el mal del castigo, el mal de la enfermedad y el mal del remedio. El hombre es, segun sus preceptos, considerado como un simple medio, como cosa á quien se puede atormentar ó no, hacer ó no sufrir segun lo exija el interés público ó particular, á semejanza de lo que acontece con los animales, con las plantas, con los séres inanimados que se destinan á la satisfaccion de una necesidad. Y para no caer en tales errores y en tamañas injusticias, pensóse que no cabia otra cosa que negar todo fin á la Pena para que el criminal no fuese puesto al servicio de él y como medio de alcanzarle.

Pero esto, que encierra un alto pensamiento, se obtiene cuando se asigna al castigo el fin del restablecimiento y restauracion del órden jurídico, segun se ha expuesto (§ LIV), pues de esta manera se dá á cada uno su Derecho, incluso al culpable, que por haber delinquido reclama la imposicion de la Pena necesaria para su correccion y mejora y logro completo de su destino en la tierra. No es, pues, tratado como en las escuelas utilitarias, como simple medio de una manera inhumana ó anti-humana, sino que por ser criminal se le prestan las condiciones que su estado exige á fin de que pueda en adelante obrar libremente como sér racional y humano.

Es más; rectamente entendida la palabra expiacion (1) está muy léjos de oponerse á este pensamiento. Expiar es destruir el mal, hacer desaparecer lo injusto, lo pecaminoso y culpable de un acto; y esto no puede alcanzarse sin que la ley que ha sido negada se restablezca y restaure (§ § LI y LIV), lo cual no se conseguirá hasta tanto que la voluntad que se apartó de ella vuelva á reconocer la necesidad que entraña y la cumpla, practicando tanto bien en el órden de relaciones que perturbó, como mal habia ántes causado.

Ilusion engañosa seria pensar que se ha expiado ó borrado el Delito, permaneciendo tan perversa y tan impura como ántes la voluntad causa originaria de la mancha que pretende lavarse. El arrepentimiento es el comienzo, la correccion el término, y el sufrimiento el camino y medio de la verdadera expiacion. Sólo de este modo puede comprenderse la virtud purificadora del dolor, que aparta al alma del mundo externo, que la hace entrar en sí misma, que la pone frente á frente su conducta para que la juzgue

(1) La palabra *expiacion* (en latin *ex-piatio*) procede de la griega *Eus* (*pious*) que significa bueno, religioso, afable, en suma, la bondad en todo órden de ideas; *expiar* es hacer bueno ó convertir en bueno, regenerar y corregir.

con tanta severidad como si fuese ajena, conduciéndola á su perfeccionamiento. Por esto, todo dolor no merecido es un simple mal sin carácter expiatorio, que tiene sólo el que proviene de una falta cuando corrige y mejora.

§ LIX.

Naturaleza de la Pena. — La Pena como defensa y medio preventivo.

Al desenvolver los principios fundamentales del Derecho de imponerse por el Estado el castigo, suele este presentarse como la defensa del orden social contra los ataques de los malhechores, y como medio de prevenir, ya las reincidencias, ya los actos de los demás ciudadanos que alentados por la impunidad trataran de seguir el mal ejemplo.

Esta concepcion dá nacimiento dentro de la Ciencia á muy varios sistemas conocidos bajo los nombres de *teoría de la defensa en sentido estricto*, de *la advertencia*, de *la prevencion*, de *la intimidacion*, de *la coaccion psíquica*, de *la conservacion*, entre los cuales debe comprenderse el utilitario, por su semejanza con ellos en cuanto al modo de entender la Pena. En lo vulgar se expresa en parte por el principio del *escarmiento*.

Es el fin y propósito en todos ellos al castigar, tan sólo impedir que el crimen empezado se consume y que se cometan otros, ya por el mismo, ya por los demás miembros del Estado, empleando para conseguirlo motivos puramente sensibles. Opónese á la tentacion del Delito, la seguridad del sufrimiento del castigo, y de este modo por la eleccion de males, se espera alcanzar que la ley sea respetada y el orden se conserve escarmentando al perturbador.

En tales teorías, como en todas las que han alcanzado algun asentimiento, hay algo que es exacto y verdadero, aunque mezclado con mucho equivocado y erróneo.

Cierto es que el orden jurídico, como la manera de ser ó la conducta justa que los hombres han de observar en sus mútuas relaciones, se impone necesariamente á los actos que rige. Esta necesidad moral, nacida de la propia naturaleza del orden, que ha de ser reintegrado en su observancia si por algúien se perturba, equivale al llamado *derecho á la conservacion* de que se parte ó que se supone en toda teoría preventiva y de defensa. Si el Delito es la destruccion del orden jurídico, con el cual es completamente incompatible (§§ XIV y XXXIII); si á su restauracion, arrancando la raíz de donde pudieran nacer nuevas faltas, se encamina la Pena (§§ XV y LIV), claro está que no podemos rechazar el que se la presente como defensa, como conservacion y como medio preventivo, siempre que estas ideas se entiendan rectamente.

Sin la funcion punitiva, las demás del Derecho, dada la imperfeccion humana, serian imposibles (§§ III y XVI), pues su cumplimiento quedaria enteramente abandonado al arbitrio caprichoso y á merced de la voluntad torcida y viciada. Por esto todos y cada uno de los ciudadanos reclaman como un derecho perfecto que les es debido, el que no deje de castigarse al que faltó criminalmente á la ley, como interesados que están en el mantenimiento del orden jurídico. Este verdadero *Derecho de todos á la Pena justa*, engendra en el Estado, que le ha de cumplir, el deber de castigar, no teniendo, por tanto, la facultad arbitraria de declarar ó no la punicion, de imponerla ó de conceder indulto, sino tan sólo lo primero.

En efecto, cuando la impunidad es comun en un país, los Delitos se multiplican de un modo portentoso, el orden desaparece y cae el pueblo en un estado antijurídico. Y cuando esto sucede, busca cada uno la conservacion de su Derecho en la defensa individual primero, en la colectiva despues, y ensanchándose el círculo de estas medidas viene á reconstruirse el Estado, aunque imperfectamente,

fuera de los organismos oficiales, como necesario que es para la vida.

Además, la restauracion del Derecho infringido no se consigue sin que haya certeza, ó probabilidad al ménos, de que no volverá á turbarse por la misma causa (§ LIV), siendo injusta la Pena, como mero padecimiento y dolor si no se propone mejorar la situacion presente y dar garantías para el porvenir. No carecen, por consiguiente, por entero de exactitud las dos ideas capitales del sistema que examinamos, cuando afirman que al castigar se defiende y se previene, llevando á la voluntad á determinarse conforme á la ley.

Pero esto — en lo que juzgamos inútil insistir por haber sido ya desenvuelto (§§ LIV y LV), — no autoriza en verdad los errores en que se incurre al considerar el problema del Derecho penal bajo este punto de vista exclusivo y estrecho. Las teorías de la defensa y de la prevencion imponen el castigo para obtener por los medios puramente sensibles del temor y de la coaccion psíquica, que el órden social se conserve, poniéndole á cubierto de ulteriores ataques. No reconociendo, por tanto, más fin que el del interés de todos los ciudadanos — hecha excepcion del culpable — estableciendo una línea que separa enteramente al criminal del hombre honrado, deben mirar como justo y legítimo todo medio de escarmiento. Se pena, no cuanto merezca y reclame la perversidad que el reo ha demostrado por sus hechos, sino cuanto sea bastante á producir la tranquilidad social. Y como el Derecho penal, así entendido, no considera para nada que el culpable tenga derecho alguno que deba respetarse, sino que se compone sólo de los medios de que el Estado dispone contra sus perturbadores, la gravedad de la Pena no encuentra más límite que la utilidad grosera.

Modelo acabado de este sistema nos presentan las leyes militares que desprecian por completo todo lo que tiene el

crimen de moral ó de ético y castigan cuanto há menester la conservacion del órden militar ó la disciplina. El reo entónces es una víctima que se sacrifica al interés comun, en términos que si hubiera certeza de que el Delito no se repetiría nunca, ó al ménos con frecuencia, no sólo podría obtener perdon, sino que no habria justicia para condenarle, porque la Pena no depende de los actos que el criminal ejecutó, sino de la buena ó mala conducta que los demás puedan observar en adelante.

Ante la frase cruel *es preciso hacer un ejemplar*, cede todo pensamiento de justicia y se decretan las Penas más atroces, que se dice que hacen necesarias tal vez el descuido ó la debilidad pasada, de que el reo no tiene la culpa y sí el Estado. Quizás despues de dictada la sentencia que condena al último suplicio á un sinnúmero de victimas más torpes ó más desdichadas que los anteriores delinquentes, se cae en la cuenta de que no se necesita tanto para conseguir lo que se desea, y entónces se acude al procedimiento de diezmarlas en *número que parezca suficiente para servir de saludable escarmiento*.

No hay, pues, que molestarse en desentrañar los escondidos móviles del Delito, la perversidad más ó ménos profunda del agente, ni adaptar á todo esto las Penas; búsqese, por el contrario, qué es lo que producirá más seguramente la tranquilidad y el órden social. Y como esto, al menos en la opinion, varía á cada instante, tal vez sea condenado el que iba á ser absuelto ó al contrario, pues el Estado castiga tan sólo *cuanto lo ha de menester*. El criminal ni merece ni deja de merecer la Pena, la necesita y la merece la sociedad en que vive, pues el hombre en tal supuesto no alcanza más consideracion que la del cuchillo que ejecuta materialmente la sentencia, la voz del pregonero que la publica, y que todo el aparato para buscar la ejemplaridad. Como el esclavo en lo antiguo era un medio de produccion material, el condenado es medio de produ-

cir tranquilidad y sosiego, ambos por tanto, cosas y objetos, cuyo valor no está en ellos mismos, sino en el servicio que prestan y en la necesidad que satisfacen.

De esta manera considerada la Pena es la negacion del Derecho. Éste, en efecto, ha de ser cumplido por el hombre y para el hombre, y no es lícito mirar á ninguna persona como ajena á él. Cualquiera que sea el Delito que haya cometido, alguna cosa hay que respetar en el culpable, y es su dignidad como sér humano y que impide que se le confunda con las cosas de las que podemos disponer aplicándolas justamente á la satisfaccion de nuestras necesidades. Es tambien la negacion de la Pena, áun apreciada por el sólo sentido comun, que no la comprende si no ha habido un hecho intrínsecamente malo y relacionada en proporcion con la perversidad que éste entraña. El reo merece el castigo por sus hechos, no por los de los demás; le merece siempre sin que circunstancias ó acontecimientos extraños á la criminalidad que sus hechos demuestran puedan alterar la relacion que claramente se percibe entre la represion y la falta á no ser que pierda, como por locura, la posibilidad de sentir la Pena como cumplimiento de la ley moral.

La defensa del órden jurídico es, en verdad, un fin del castigo, pero que nace naturalmente y sin afanarse en buscarle, de la certeza de la Pena. Cuando es ineludible, cuando acompaña siempre al Delito, el Derecho aparece como un órden invulnerable que vela siempre por su integridad, que se halla en todo momento en situacion de defensa; y á la manera del fuerte que no necesita abusar de su poder para ser respetado, no es preciso que castigue con crueldad para conservarse incólume. De este modo, al reprimir con justicia previene con eficacia.

La verdadera prevencion, por otra parte, no se obtiene sino con la enmienda, idea más elevada, [pero del mismo órden que el escarmiento. Éste, en efecto, cohibe tan

sólo por el temor sin mejorar la voluntad esencialmente. De aquí que la maldad reaparece al menor signo de debilidad: la enmienda rectifica el alma y la lleva á mejor camino, que no es tan fácil abandone una vez emprendido.

§ LX:

De la naturaleza de la Pena. — La Pena como tutela.

Nace la concepcion de la Pena como tutela, cuando se la considera bajo el punto de vista del interés ó del provecho que ha de reportar por su imposicion el reo que ha de sufrirla.

Semejante carácter, en verdad, apenas se presintió en los antiguos tiempos, á no ser tratándose de los castigos y penitencias que declaraba la Iglesia, á los que no se negó nunca la cualidad de medicinales ó de curativos de las enfermedades del alma. Hasta hace poco, como dice un elegante escritor de nuestra patria, el criminal era tenido como un apestado, hácia quien apenas era un deber la caridad. De esta manera los más atroces suplicios, los castigos más crueles eran justos y legítimos, si se alcanzaba *« que los bonos vivieren seguramente entre los malos, é que los malos dejasen de facer mal por el miedo de la Pena, »* como se consigna en el Fuero Juzgo (1). Por esto tambien, como expresan las Partidas (2), los criminales *« deben ser escarmentados crudamente, porque los facedores resciban la pena que merecen y los que lo oyeren se espanten y tomen ende escarmiento. »* La persona, pues, del reo

(1) Ley V, tit. II, lib. I.

(2) Partida VII.—Proemio.

y sus derechos no entraban para nada en el problema penal.

Pero más tarde vino á reconocerse que algo habia que respetar en el delincuente, y entónces empezó á aparecer la doctrina que proscribió como injustas las penas infamantes. Proclamóse luégo como carácter de todas ellas, que no debian desmoralizar al condenado á sufrirlas; á poco que la enmienda era un fin que debian proponerse siempre aunque sólo como accesorio y subordinado, esto es, cuando fuera posible; despues que esta enmienda y mejora era fin esencial, del que no cabia prescindir, y por último, apareció la Pena como derecho del reo á recibirla, como deber del Estado de prestarla y como verdadera tutela. Y ciertamente que en tanto que se la mire como correccional y reformadora, presenta al Derecho en funcion tutelar de amparo y socorro al que no se basta á sí propio para la recta direccion de su vida.

En efecto, el que ha llegado á la posesion de sí mismo rigiendo racionalmente su actividad voluntaria para la realizacion de lo que considera como su propio Bien, es reputado como moralmente independiente. El reconocimiento de su autonomia, de libertad de contratar, de auxiliar espontáneamente y de ser auxiliado (§ § XXI, XXII y XXIII), es en relacion á él, el único estado del Derecho. Mas desde el instante en que se tiene como justo, que otra voluntad más potente, más ilustrada y virtuosa se imponga para dirigirle y para enseñarle, deja de ser sujeto moralmente independiente, y el Derecho entónces se presenta bajo el aspecto y forma de una verdadera tutela (§ § XXIV).

Y si esto es así, una vez que se reconozca que el castigo por medio de la coaccion se propone traer al camino del deber al que de él se apartó, mejorándole y procurando la enmienda, todo castigo que corrige es por lo mismo esencialmente tutelar para quien le sufre. Podrá discutirse, pues, el carácter correccional de la Pena, pero si se ad-

mite como necesario, no puede rechazarse sin una monstruosa inconsecuencia el de tutela del culpable.

Nótase, sin embargo, una marcada repugnancia, no sólo entre los Tribunales y hombres del foro, sino también entre los filósofos y pensadores, á asentir á que deba reconocerse á la Pena la tal calidad y á designársela con tal nombre, lo cual proviene, á nuestro parecer, por un lado, del concepto estrecho que se tiene de la tutela, y por otro de que los partidarios de esta doctrina han presentado la punición como un derecho individual del reo y como un deber del Estado en gracia y provecho únicamente de quien infringió las leyes por actos de su libre voluntad.

Pero esta repugnancia debe desaparecer, cuando se comprenda que no es sólo la tutela la autoridad de protección del huérfano menor de edad, del loco y del demente, sino también todo estado en el que, por cualquier causa, una persona individual ó colectiva, como más poderosa que otra, por su virtud, su ilustración ó su cultura, tome á su cargo el dirigirla y ampararla (§ XXIV), según hace un instante indicábamos. Pertenece entonces á la función tutelar, el auxilio y protección de unas sociedades por otras, como la prestada por la Iglesia al Estado, la de Estado á la Universidad, así como la de las asociaciones para la instrucción popular, la patria potestad y en general toda educación, toda medida protectora del que se considera en cualquier respecto incapaz, y por tanto el procedimiento de la Pena si se propone la emienda del reo.

Mas estas varias formas que la tutela reviste, demuestran que es necesario introducir en ella distinciones, porque si el estado de quien la exige es siempre la debilidad reconocida, ni es ésta siempre de igual naturaleza ni proviene de la misma causa. Totalmente impedido de gobernarse en todos los respectos y absolutamente necesitado en todos sus actos de tutela, no hay persona alguna, ni aún el niño recién nacido, ni aún el loco furioso,

que algo hacen por sí y para sí. Si nadie hay, pues, incapaz sino en ciertos órdenes de relaciones, sólo en estas debe ser socorrida su debilidad; y de aquí la varia naturaleza de esta protección, caracterizada por la causa que la produce.

Ahora bien; cuando el incompleto desarrollo de las facultades del alma procede de falta de edad, nace la tutela en el sentido estricto y más comun de esta palabra, y á su imitación la ejemplar del loco y del imbécil y la interdicción del pródigo, que no sabe gobernarse, aunque no cometa Delito. Cuando se ha cometido, la voluntad que aceptó como regla de sus determinaciones la injusticia, aparece viciada, y á corregirla se dirige la acción tutelar. Es, pues, la Pena una de las *varias especies* del género *tutela*.

Pero es preciso advertir, ántes de pasar adelante, que toda tutela no se dá sólo en gracia y provecho del incapacitado, sino además de las restantes personas que, entrando en relaciones con él, han de ser ayudadas al cumplimiento de su fin. El que ha de pleitear con el menor ó el loco para pedir el cumplimiento de un contrato, tal vez celebrado por sus causantes, el Estado que ha de exigirle el impuesto, por ejemplo, no puede aguardar á que la incapacidad cese, y reclaman como su perfecto derecho, que el tutor venga á completar con su autoridad la deficiencia que se nota. Por esto ha afectado siempre la tutela un carácter público en provecho de todos, además del privado en beneficio del incapaz, preponderando ya uno, ya otro, pero sin que ninguno desaparezca absolutamente, segun sea la especie que consideremos. La tutela creada en beneficio del infante presenta á todas luces en primer término aquel aspecto de derecho privado, de educación y enseñanza de su persona y de cuidado de sus bienes, al paso que prevalecerá el opuesto ó sea el público, en obsequio de todos, si se considera la Pena. La tutela, que pudiera con razón llamarse penal, es impuesta, pues, al reo como exigencia

de la sociedad jurídica entera, que reclama que todos sus miembros cooperen de un modo efectivo al mantenimiento del orden de Derecho, que le restablezcan si le perturbaron. Ó imposibilitado de dañar ó corregido es el grito unánime que se escucha despues del crimen, no creyendo preciso el extendernos en este género de consideraciones, por haberlo hecho en otro párrafo (§ LIV).

Es, por tanto, inexacta á nuestros ojos, errónea y peligrosa la afirmacion de que se castiga *tan sólo para que el criminal reciba su Derecho*, dándole su mala pero voluntaria conducta, la facultad de poder exigir al Estado un cúmulo de prestaciones, á las que en otro caso no podría aspirar. Léjos de esto, faltando conscientemente á la ley por actos imputables á su voluntad libre, perturbó, en daño del comun de los ciudadanos, el orden jurídico, y *ante todo* para que estos víctimas inocentes de este desórden reciban *su Derecho* se pena al reo. Y como este fin, segun ha quedado probado, (§ § LI y LIV) no puede obtenerse sin que el culpable quede corregido y rectificada su voluntad torcida, se exige su enmienda y su mejora.

Pero á su vez este propósito, dada la situacion del criminal, no se realizaria, si el Estado no le prestase condiciones para ello, en las cuales precisamente consiste la Pena. Con este pensamiento ha de ser aceptado el castigo por el delincuente, que debe mirarle, no como el beneficio á que le hace acreedor su mala conducta, sino como el doloroso procedimiento que ésta reclama y á que debe someterse con resignacion. La frase *Derecho á la Pena* entraña, por consiguiente, al ménos á los ojos de la generalidad, no sólo una idea peligrosa, sino una profunda injusticia, pues parece que con ella se quiere dar á entender un aumento en los derechos, una situacion mejor para el culpado que para el que nunca delinquirió, y sólo porque delinquirió. A expensas de todos, principalmente del hombre honrado, se ha de proporcionar al criminal alimento, vestido, educacion, me-

dios de trabajo, y no es maravilla que unido esto á la idea de que la Pena no es padecimiento ni mal, haga incurrir en el error de que la maldad mejora la condicion del ciudadano, principio inmoral y trastornador, sobre todo, entre las clases desheredadas de la fortuna, que han de creerse más dignas de recibir iguales ó parecidos beneficios, cuando sufriendo su desgracia con resignacion, no intentan remediarla con el crimen.

Y no es esto ciertamente. El criminal perturbó el órden, y en interés de todos y para que les sea cumplido su Derecho, es castigado, de la misma manera que se recluye al loco furioso, que se dá tutor al niño para que en su nombre contrate y cumpla las obligaciones. El Estado no puede consentir en ser aniquilado y destruido, y por tanto, no sólo no puede ya reconocer y garantizar la libertad exterior al que ha demostrado con sus hechos que la emplea en violar el Derecho, que mediante ella debió cumplir, sino que si ha de ser el guardador de la ley, tiene forzosamente que restringirla. Lo hace justamente porque el reo no podia pretenderla sino en cuanto no la volviera en daño suyo y de los demás; de este modo la prision es impuesta con justicia, porque es merecida, y ni el que la impone se extralimita ni quien la sufre la sufre sin motivo; é igual afirmacion pudiera hacerse respecto á todas las privaciones en que consisten las penas.

Pero al obrar de este modo se convierte en tutor del criminal. El Derecho que nace y se constituye en consecuencia del Delito, es tutela, puesto que se propone la correccion: el sujeto á la Pena se encuentra en la única situacion jurídica que le es debida, y recibe total é íntegramente su Derecho, pues mediante ella las condiciones exteriores en que se le coloca, guardan proporcion y completa armonía con el estado de su alma. De esta suerte, los ciudadanos todos piden é imponen como justamente debida la tutela penal del perturbador, como el es-

tado del Derecho en relacion á ellos y al reo, cumpliéndose así el fin social y el fin individual del castigo.

Y precisamente lo que constituye en justa la Pena, mirada como medio preventivo y represivo en interés de los ciudadanos todos, es lo que la hace justa como procedimiento tutelar en beneficio del criminal. Porque por más que no tuviera sino éste último fin, todavía debiera empezarse por separar al delincuente de la compañía en que ha vivido y que le incita al crimen, privarle de la libertad exterior aislándole, para que volviendo en sí propio renazca la conciencia de su deber; debería luégo imponérsele como forzoso el trabajo y la educacion, desterrando la holganza y hasta la vida muelle y regalada; en suma, someterle al tratamiento penal. Pero en este medio el Estado halla su seguridad presente y su garantía para el porvenir, haciéndole esperar con fundamento la enmienda del que delinquirió y la prevencion para los demás.

De esta suerte, demostrándose una vez más que todos los Derechos y todos los legítimos intereses son armónicos y marchan en líneas rectas y paralelas, no hay colision entre lo que al Estado le es debido y lo que es debido al reo, lo que el primero debe hacer en referencia al segundo y al contrario, entre la Pena como represion y la Pena como tutela, entre el castigo en interés de la sociedad jurídica y el castigo en beneficio del reo, que no aparece sacrificado á la falsa utilidad de aquella, como sucede en los sistemas de la defensa y de la prevencion.

Y si existe la armonía cuando nace y mientras dura el tratamiento Penal no desaparece cuando cesa.

En el momento que el culpado dá seguridades de enmienda, recupera su derecho á gozar de las condiciones que los demás ciudadanos disfrutan; prolongar por más tiempo tal situacion, es tan innecesario como injusto. Pues bien; en aquel instante cesa tambien el derecho y el interés del Estado en continuarle, y el criminal se abre á sí pro-

pio las puertas de la vida de la libertad, que abre tambien por su parte la sociedad entera.

§ LXI.

De las notas ó caracteres esenciales á toda Pena (*essentialia communia*) que nacen de considerarla en sí misma.

De igual modo que en el Delito, es preciso reconocer en las Penas, notas ó caracteres esenciales y comunes (*essentialia communia*), que siendo la expresion de su propia naturaleza, no pueden faltar si han de ser justas: notas ó caracteres peculiares (*essentialia propria*) que las distinguen y reparan entre sí, y accidentes (*accidentalia*) que pueden alterarse sin que cambie por eso ni lo esencial ni áun lo peculiar de cada una (§ XXIX).

Ocupémonos, pues, de las primeras como más generales, empezando por investigar de donde nacen ó proceden.

Toda Pena —para merecer tal nombre— ha de ser justa en sí, justa con relacion al Delito; y siendo, pues, ambas cosas la expresion de su naturaleza, ambas habrán de traducirse en notas ó caracteres esenciales y comunes. Así, por ejemplo, cuando decimos todo castigo debe ser correccional, no pensamos ciertamente en el hecho punible que fué causa de su imposicion, sino que dándole por supuesto, consideramos sólo cómo ha de ser toda Pena. Por el contrario, cuando decimos debe ser proporcionada, análoga y áun *ineludible*, tenemos presente el crimen en relacion con el cual la miramos. De aquí que las notas esenciales nazcan, ó de contemplar la Pena en sí misma ó en referencia al Delito. Mas no habiéndola estudiado todavía bajo este último punto de vista, claro está que no podemos ocuparnos ahora sino de las notas ó caracteres que nacen de examinarla bajo el primero.

La Pena que decreta el Poder legislativo y aplica el judicial de cada Nacion (*Pæna forensis*), es medio jurídico, medio jurídico punitivo y medio punitivo del Estado. En ella, por tanto, se encontrarán caracteres ó condiciones que serán comunes con toda otra relacion jurídica; condiciones ó caracteres comunes con toda otra pena, y caracteres ó condiciones peculiares que nacerán de ser impuesta por el Estado al hacer efectivo la parte del Derecho encargado de mantener.

Analizado en el LIBRO PRIMERO de esta obra el concepto del Derecho, parece á todas luces innecesario el ocuparse de nuevo de aquellas cualidades que de éste mismo concepto se desprenden. Porque forma parte del Derecho, ha de ser la Pena, como todo medio jurídico, condicion dependiente de la voluntad, en sí misma buena y para el cumplimiento del fin humano. En los párrafos LV y LVI quedó además expuesto cuanto á este propósito pudiera ser interesante.

No acontece lo mismo con las notas ó caracteres que distinguen la Pena de toda otra relacion jurídica y con los que separan la declarada por el Estado de la Nacion de la que decreta cualquiera otra sociedad; á ellos, pues, vamos á concretarnos.

La Pena, como impuesta á la voluntad que no se basta á sí propia para regirse y gobernarse en la vida conforme al Derecho, presenta en primer término el carácter de una tutela (§§ XVII y LX). Al mismo tiempo, puesto que consiste en someter al reo á una restriccion de las franquicias y libertades de que ántes gozaba y de que disfrutaban los demás ciudadanos, y aparece como una tutela de un género particular (§§ XVII, LI, LIV, LVII y LX). Hé aquí el primer carácter esencial que debe señalarse.

Desgraciadamente tal nota no tiene en nuestro idioma, ni comun ni científico, una expresion gráfica. La mayor parte de los expositores al asignar á la Pena la cualidad de

aflictiva, expresan en parte nuestro pensamiento cuando presentan al culpable sometido á un régimen en el que halla limitadas y restringidas las facultades de que ántes gozaba. Y si en este punto hay exactitud, deja de haberla cuando viene á representar la idea de un sufrimiento del espíritu ó del cuerpo, de una afliccion para cumplir la llamada ley expiatoria que remunera y paga el mal con otro mal análogo (§§ LVI y LVII).

Buscando, pues, palabras que traduzcan este pensamiento de una manera, ya que no precisa, no enteramente errónea é inexacta, no hallamos otras más apropiadas que la de *restrictiva tutelar*.

Será, por consiguiente, tutelar y restrictiva, la Pena que prive temporalmente al reo de la libertad externa, que la disminuya y restrinja impidiéndole el disfrute de los bienes materiales que le pertenecen, el uso de los derechos políticos y de ciudadano, ó que le obligue á ejecutar por medio de la coaccion lo que los demás y aun él mismo, practicaba anteriormente sólo por su voluntad espontánea, como el trabajo, la instruccion, etc. No lo será, por el contrario, el castigo que prive para siempre de algun derecho, como el de vivir, el de ser propietario, ciudadano, funcionario público, ni lo que tal vez corrigiendo al reo y apartándole de la comision de otros crímenes, mejoran su condicion sin amenguar en nada sus franquicias, como pudiera ser el dar bienes de fortuna, tierras que cultivar, ó retribuir más generosamente su trabajo al que robó impelido por la necesidad, el casamiento de la estuprada con el estuprador que fué llevado á ejecutar el Delito sólo por amor y para hacer inevitable el matrimonio, y otros hechos de esta naturaleza.

Propónese la Pena al restaurar el Derecho, impedir la consumacion del crimen empezado y la comision de otros, volviendo al Estado la tranquilidad perdida. Como defensa, pues, y medio preventivo debe ser inmediatamente

tranquilizadora (§ LIX). Y esta cualidad se encontrará en el castigo que como la prision, el extrañamiento del país, el destierro á territorio lejano, y aun la multa por pequeñas faltas, traen la seguridad ó hacen probable que la infraccion que se lamenta no volverá á tener lugar, al ménos por el mismo perturbador. Los azotes, la exposicion pública, la marca, la Pena insuficiente, que no dan tales seguridades sino que ántes bien llevan á la reincidencia, no pueden mirarse como tranquilizadoras.

Conviene, sin embargo, no dejarse alucinar en este punto buscando exclusivamente tal cualidad por el sólo procedimiento de la dureza del castigo. Si muchas veces se ha pensado que este medio encerraba eficacia bastante para curar los males que á la sociedad aquejan, causa de atroces crímenes, no faltan desgraciadamente ejemplos en la época contemporánea para demostrar que está muy léjos de ser suficiente. Porque si por este medio la seguridad y la confianza renacen por el pronto al reaparecer el Derecho con la fuerza y el prestigio que habia perdido, despues las perturbaciones se repiten, los crímenes se suceden, porque no se ha destruido la causa del mal. La más ligera vacilacion, la debilidad más pequeña, lo mismo que el crecimiento de la causa perturbadora, producen de un modo inevitable el resultado de que el espectáculo del crimen vuelva á presentarse con mayor crudeza. Y es que la Pena ha sido falsamente no verdaderamente reparadora, porque no arrancó de raíz la causa de la intranquilidad y el mal-estar. Lo será, en efecto, y en último término, cuando enmiende la voluntad torcida é injusta, restaurando por entero el Derecho, como la víctima, el reo y el Estado lo reclaman (§§ XV, XVII, LI, LIV y LX), esto es, cuando sea *correccional*, tercera nota que debe reconocerse en la Pena.

Nace, pues, esta tercera nota como complemento de las otras dos, como su consecuencia, mejor, como medio y camino para alcanzarlas, pues no es tutela la que no intenta

regir al pupilo, ni tranquiliza el procedimiento que no consigue el aniquilar la causa del desorden.

Poseen en eminente grado este carácter, las Penas de privacion de libertad combinadas con el trabajo y el aislamiento, que pretenden llegar hasta el alma del culpable para que reflexione sobre su vida pasada y cuya dureza se dulcifica á medida que se notan muestras ciertas de aplicacion y de arrepentimiento. Por esto son la base de los sistemas de penalidad de los tiempos modernos. La restriccion de ese mismo derecho en el extrañamiento y el destierro, y la de aquella franquicia que sirvió para la comision del Delito, aunque no en tan grande escala, serán tambien correccionales. No lo serán en modo alguno las que, ya por su materia, como la infamia, ya por la forma de imponerse, como la de privacion de libertad trabajando en obras públicas unido con otros penados y á la vista de todos, ó sin trabajo alguno mezclándose los detenidos durante dia y noche, y tantas otras, léjos de mejorar á quien las sufre, le pervierten y desmoralizan.

Pero segun al principio indicábamos, las notas ó cualidades de la Pena forense no nacen sólo de su carácter de Pena, sino tambien de ser impuesta por el Estado, y bajo este respecto habrá de reunir en primer lugar las mismas que el Derecho que aquella institucion se encarga de realizar. De aquí que se componga de medios externos y coactivos. Por esto la sancion que el remordimiento lleva en sí, la privacion que cada uno puede imponerse para corregir sus defectos y áun su crimen, la que cada sociedad particular decreta para sus miembros, no son penas que merezcan el nombre de forenses ó del Estado. Pero sí lo serán todos aquellos medios de coaccion con los cuales se espera que aparezca el dolor de haber delinquido y se acepte la tutela restrictiva como un Bien. Pues no se olvide que si el castigo mirado como condicion prestada por la sociedad jurídica, se forma de medios externos, se encamina y dirige, como

todo el Derecho, al interior del hombre, donde está la fuente de la maldad y de la enmienda, de la perturbación y del restablecimiento del orden, quedando de este modo cumplido, no sólo su fin inmediato, sino el ético ó mediato (§§ XI y LIV).

Resumiendo, pues, podemos decir que las notas ó caracteres esenciales de toda Pena, considerada en sí misma, son:

- | | | |
|-------------------------------------|---|---|
| 1.º Como medio jurídico... | } | Condicion.
Condicion dependiente de la voluntad.
Condicion buena en sí misma.
Condicion para el cumplimiento del fin humano. |
| 2.º Como Pena jurídica... | } | Tutelar restrictiva.
Tranquilizadora.
Correccional. |
| 3.º Como forense ó del Estado | } | Externa.
Coactiva. |

§ LXII.

De otras cualidades ó notas de la Pena.

No son las enumeradas en el párrafo antecedente las únicas cualidades ó caracteres de la Pena. Como indicábamos en su principio, hay otras también esenciales, que nacen de mirarla en relación con el Delito, de las que ahora no debemos ocuparnos para no invadir el asunto propio del LIBRO CUARTO, destinado especialmente á esta materia.

Señálanse por los tratadistas de Derecho Penal, además de éstas otras muchas, que ó son las ya notadas, si bien con otro nombre más ó menos propio, ó medios de alcan-

zarlas, ó provenientes de un concepto completamente erróneo y equivocado del fin y naturaleza de la punición.

Prolijo trabajo sería enumerarlas todas, pues no ha habido filósofo ó pensador que al tratar de este punto, no se haya creído obligado á poner en tortura su ingenio para inventar una nueva y hasta entónces desconocida. Nuestro propósito en el presente párrafo es sólo el indicar brevemente qué representan las que generalmente se mencionan ó como esenciales ó como muy importantes, señalando de paso el pensamiento capital de donde proceden.

Las teorías de la justicia absoluta, que ven en el castigo un mal, fijan como su cualidad necesaria la de ser *aflictiva física ó moralmente*, esto es, la de hacer sufrir ó padecer al reo para dar una satisfaccion al Derecho ultrajado y borrar la mancha del crimen.

Como Ortolan afirma, tal requisito es fácil alcanzar, pues si una privacion no es sentida como dolor, puede sustituirse por otra, como hacen la mayor parte de los Códigos que trasforman en personales las penas pecuniarias, cosa á la verdad no ménos irracional que lo contrario, tan usado en los pueblos germánicos y en la Edad Media, y tan anatematizado hoy día. Por el camino de esta cualidad, no sólo se llega á la Pena de muerte, sino á la mutilacion, á los azotes, á la picota y á cuantos horribles suplicios puede imaginar la mente más desarreglada, porque toda materia de males puede justamente convertirse en materia punitiva, como afirma Pacheco.

Partiendo de otro principio, llegan al mismo resultado las escuelas de la defensa, de la prevencion y en general del escarmiento, que preconizan como carácter esencial de toda Pena la *ejemplaridad*. Y es ejemplar la que infunde suficiente pavor en el ánimo del delincuente, y de cuantos intentaran imitarle, para alcanzar por este camino que se aparten del Delito, lo cual no conseguido demuestra que por excesiva blandura, faltó el legislador á su mi-

sion señalando una Pena insuficiente, y por tanto, injusta. A no dudarlo, la ejemplaridad no es cosa que debe depreciarse; pero los sistemas de que nos ocupamos la buscan por el camino erróneo del temor y de la coaccion psíquica, en vez de esperar á que resulte naturalmente de la justicia del castigo.

Las escuelas eclécticas, á cuyos ojos la enmienda es cuando más un fin subordinado de que se encarga si puede la administracion, suelen reconocer como cualidades en la Pena las de *no ser infamante* ni *desmoralizadora* del reo.

Por la primera quedan excluidos todos aquellos sufrimientos que atacan la honra y la propia estimacion del penado, que hacen imposible de hecho ó de derecho el comercio con los demás hombres. La marca, la exposicion pública, los azotes, la pérdida ignominiosa de honores, condecoraciones, dignidad ó empleos, como la degradacion que aún conserva nuestro Código, la de argolla, suprimida hace pocos años, nos presentan ejemplo de lo primero.

Dícese que la Pena no es desmoralizadora cuando sin ayudar positivamente á la correccion y enmienda de quien la sufre, no se opone á su regreso al Bien. Asi, por ejemplo, se afirma que la multa, la deportacion, el extrañamiento, el encierro, la interdiccion civil, si no hacen mejorar al penado no le empeoran y depravan como los azotes y la picota. Segun en otra parte indicábamos, este es el primer paso para la Pena correccional.

Pero si bien se examina este carácter neutro del castigo que pasa por el alma del hombre sometiéndole á un régimen de vida especial durante largo tiempo sin dejar huella ni rastro, es una verdadera ilusion. El que entra en una cárcel sale de ella, ó mejor que entró, habiendo reflexionado sobre su crimen, habiendo adquirido hábitos de orden y de trabajo, ó lleno de ira contra la sociedad que le pena, acostumbrado al ocio, indiferente al dolor físico y al padecimiento, y por consiguiente más corrompido. Pién-

sese, pues, si las prisiones han de corregir ó no; pero no se crea que pueden ser indiferentes á la enmienda, porque es equivocarse á sabiendas y errar voluntariamente.

§ LXIII.

Elementos de la Pena.

Es la Pena una relacion que se establece en consecuencia de una trasgresion voluntaria del Derecho. De aqui, pues, que en ella se den los mismos elementos que son de esencia en toda relacion jurídica, ó sea, un sujeto activo, un sujeto pasivo y la materia ó contenido, conforme se notó al tratar del Delito (§ XXXIV).

En efecto, si la Pena como jurídica es condicion dependiente de la voluntad, para el cumplimiento del fin humano, por alguna persona capaz ha de ser prestada: ésta es entónces el *sujeto activo* de la Pena.

En todo rigor, en la Pena natural ó de la naturaleza, que nace de una manera puramente espontánea en cumplimiento de leyes fatales, no puede decirse que existe sujeto activo: para encontrarle seria preciso remontarse á la Suprema Causa de todo órden espiritual y moral. Mas cuando la Pena es jurídica, ó forense ó del Estado, siempre se hallará una persona que la declare, que la imponga y que la haga cumplir, sin lo cual no existiria en el mundo de los hechos.

La condicion prestada ha de serlo á algúien forzosamente, capaz tambien de recibirla y de aplicarla al fin para que sirve, que entónces es el *sujeto pasivo* de la Pena. Si se castiga, algúien debe ser castigado, y si el castigo se presenta como medio para el cumplimiento del deber ó del fin, ha de haber una persona que tenga posi-

bilidad de emplearle para alcanzar el propósito con el que el medio se dá.

Pero esta relacion entre el sujeto activo que presta los medios y el pasivo que los recibe, ha de consistir en algo ó ha de tener un contenido, que es lo que constituye *la materia* de la Pena. Si consideramos, por ejemplo, el arresto, encontraremos que consiste en la privacion de la libertad externa, en el trabajo, en la instruccion obligatoria, lo cual forma la materia de este castigo, que no naciendo espontáneamente, dependerá de que una persona individual ó colectiva (sujeto activo) restrinja por más ó ménos tiempo las franquicias ó facultades de que otro gozaba (sujeto pasivo).

Estando determinados los sujetos de la relacion por el contenido ó la materia de ella, el órden lógico en que parece deben de estudiarse, es el empezar por exponer la doctrina relativa á la materia de la Pena y despues la referente á los sujetos activo y pasivo, segun se practicó al tratar del Delito.

CAPITULO SEGUNDO.

DE LA MATERIA DE LA PENA.

§ LXIV.

De la materia de la Pena en general.

Conocido el fin de la Pena, su naturaleza y cualidades, se tienen reunidos cuantos datos son necesarios para determinar lo que el Estado debe hacer en relacion al culpable, á la víctima ó sujeto pasivo del Delito y á toda la sociedad jurídica, esto es, la materia de la Pena. Trayéndolos á la memoria, será posible fijar de un modo fundamental el contenido del castigo justo, y qué privaciones y sufrimientos, aunque empleados en la práctica del Derecho, no pueden mirarse como tales.

Si el castigo se presenta como condicion en sí misma buena, para el cumplimiento del destino humano, todos aquellos medios que se opongan á que el reo pueda entrar de nuevo en el libre trato con sus conciudadanos, como sucede con la llamada *infamia*, la pérdida con ignominia de honores, ó sea la degradacion, la picota, los azotes, la marca, el emplumamiento, que causan igual efecto, y tambien el puro padecer físico y aún el moral sólo por el pensamiento de atormentar sin que se busque la enmienda, no pueden ser materia de la Pena justa: porque ya ha quedado demostrado que no es posible que se admita como tal cualquier dolor y cualquier mal, como equivocadamente pro-

clama la escuela de la justicia absoluta y de la retribucion.

Tampoco deben enumerarse en la escala de los castigos los que en vez de afirmar el Derecho le niegan, como la pérdida de la vida, de la libertad en absoluto, esto es, eterna ó perpétuamente, de la propiedad, como la confiscacion que no sólo arrebatara los bienes materiales apropiados, sino que impide que puedan adquirirse otros y los demás con igual propósito, pues se pena justamente no negando el Derecho sino afirmándole en el modo que la naturaleza de las cosas reclama y pide.

Mas si la Pena es medio jurídico, distínguese de los demás en ser restrictivo y tutelar, segun quedó demostrado: por esto, no podrá tener como materia la privacion que no reuna tales caractéres. El Derecho al honor puede ser restringido por la infamia que la ley declara, pero no será ciertamente á título de tutela; ántes bien, si tal procedimiento se empléase por el padre, el maestro, el tutor ó el poder público, nunca podria encaminarse á moralizar la voluntad torcida, puesto que destruye la base de toda enmienda que ha de fundarse en la propia estimacion y en la conciencia de la dignidad. La Pena que degrada, ó por su materia, ó por la manera de cumplirse, no tiene condiciones para que se la considere como justa, porque el reo debe ser castigado, esto es, regenerado de la ignominia en que vivia, no envilecido ó puesto en situacion más baja y despreciable.

Ahora bien; los derechos llamados, tal vez sin gran propiedad, civiles, como la patria potestad, la autoridad marital, el ser tutor, individuo del Consejo de Familia, etc., los conocidos con el nombre de políticos de tomar parte en la eleccion de los miembros del poder, de desempeñar funciones ó cargos públicos y áun ciertas profesiones, el derecho de autonomía ó de determinarse exteriormente sin coaccion, y en especial la libertad externa con todas sus naturales consecuencias, pueden ser restringidos consti-

tuyendo una verdadera tutela en beneficio de quien á ella se encuentra sometido y de los demás.

La privacion de libertad, en efecto, es la base de todo el sistema punitivo de los tiempos modernos, pudiendo calcularse sin error los progresos que en este punto realiza un pueblo por la importancia preponderante que en sus Códigos van adquiriendo las Penas que la toman por materia y por la manera más perfecta de cumplirse. Si en las leyes de Partida se decia que la cárcel es para guardar los presos y no para causarles mal y castigarlos, la Ciencia moderna empieza á reconocer que las prisiones deben servir ménos para evitar que el acusado eluda la accion de la justicia, que para penarle y corregirle. Por ellas la seguridad de que no se consumará el Delito comenzado, que no se cometerán otros por el mismo reo, se obtiene desde luego y se alcanza más tarde que se convierta al Bien, con la separacion del género de vida que hasta entónces ha llevado, con el aislamiento para que reflexione sobre ella, y sobre su crimen, y obligándole al trabajo y á recibir la educacion y la enseñanza.

Pero si toda esta doctrina se acepta generalmente, cuestionase mucho acerca de si la restriccion de la libertad reducida á impedir que el penado viva en un territorio dado, pudiendo hacerlo libremente en los demás (destierro), ó á alejarle de su patria pudiendo morar en cualquier punto del extranjero (extrañamiento), ó á obligarle á que permanezca en alguna colonia ultramarina (relegacion), debe admitirse como materia de Pena.

Por de pronto parece indiscutible que tal procedimiento no es sólo restriccion, sino restriccion tutelar. Apartado el reo de aquellas influencias que fueron la causa del Delito, empieza á reflexionar friamente, sobre las perturbaciones que ha traído á su patria que mira desde más lejos y juzga por esto mejor; escucha la opinion de otras personas no contaminadas por la pasion que le domina-

ba; conoce otras leyes, otro régimen político y social, y de esta manera puede esperarse con seguridad una enmienda más profunda y duradera que por la cárcel y el encierro. ¡Cuántos conspiradores han dejado de serlo por el extrañamiento, á quienes la prision no hubiera apartado de tan funesto camino! ¡Cuántos que en cosas leves han faltado á la obediencia á la autoridad han vuelto del destierro sumisos y obedientes! Obra aquí el Estado á semejanza del tutor y del padre que muchas veces — con profundo acierto — esperan la enmienda del menor, más que de otro medio, de su separacion del sitio donde empezaba á viciarse.

Dicese contra esto que en el comercio de las naciones no es lícito á una enviar á otra los miembros criminales y corrompidos. ¿Qué se pensaría de nosotros, decia Francklin al hablar de estas Penas, si enviásemos á Europa nuestras culebras de cascabel para desembarazarnos de ellas?

Pero tales argumentos no son en primer lugar aplicables al destierro, que se cumple bajo la vigilancia de la autoridad dentro del país mismo, ni á relegacion á las colonias ó territorios incultos, y además tratándose del extrañamiento carece de exactitud. El extrañado, cuando lo es por Delito que justamente merezca tal Pena, no puede considerársele como un hombre pervertido y profundamente inmoral. Más bien es una persona que dentro del juego de las pasiones de su país, es peligroso y perturbador, y deja de serlo desde el momento que se le separa de su patria. En el extranjero no encuentra los elementos necesarios para delinquir y no delinque, y hasta la carencia de ciertos derechos, como los políticos, la especie de arbitrariedad que respecto á él puede emplear el Gobierno del Estado en que habita, le hace completamente inofensivo. Si las culebras de cascabel al llegar á Europa dejasen de ser venenosas, habria razon y justicia para sacarlas de América.

Buena prueba de lo poco que se teme el daño que el extrañado puede ocasionar se halla en la conducta seguida invariablemente por todas las naciones. Cuando se ajusta un tratado de extradición de malhechores se exceptúan siempre los crímenes políticos y áun algunos otros castigados generalmente con el extrañamiento, por no considerarse como un peligro el que moren sus autores en el territorio.

Forma también materia de Pena el prohibir ejercer algún oficio que tenía el delincuente ó dedicarse á determinadas profesiones.

Tal castigo responde desde luego al pensamiento de evitar que el reo continúe perturbando aquel órden de relaciones sociales encargado precisamente de mantener, y al propio tiempo que aprecie por la privación su justo valor y sepa más tarde desempeñar rectamente el cargo ó fin que le está encomendado. La interdicción é inhabilitación para cargos públicos, derechos políticos y civiles, entrañan, á no dudarlo, la misma idea. Estas Penas, sin embargo, no parece que deban, por regla general, aplicarse solas, sino como accesorias de otras principales.

Cuestionase por muchos si deben considerarse como justas las Penas que recaen sobre la propiedad, cuyo uso puede limitarse, ó sin que se pierda el dominio de un objeto determinado, ó privando del que se tenga sobre algunas cosas, como acontece en el comiso de los instrumentos del crimen y en la multa.

De toda evidencia juzgamos la afirmación que la propiedad es materia de Pena precisamente por su carácter de tutela. No se concibe, en efecto, ni la una ni la otra ni ambas reunidas, conservando el propietario la facultad de disponer de aquello que por ignorancia ó por maldad no sabe aplicar rectamente. Tan incomprensible es la tutela del menor y del loco dejándoles la administración de sus bienes, como la Pena consintiendo al reo gozar de las ventajas que le proporciona su riqueza. El régimen de toda

prision somete al detenido al género de vida del establecimiento, sin que pueda tolerarse que se altere por ningún motivo. El traje, el alimento, la obligacion del trabajo, la soledad, son completamente iguales para el rico que para el pobre, siempre que tambien sean iguales su condicion ó capacidad para sufrirlas. La restriccion de la propiedad acumulada, con otras privaciones como su consecuencia y como medio de alcanzar que sean eficaces, es parte esencial del sistema punitivo. Queda, pues, circunscrita la cuestion al punto de si puede serlo cuando se la mira aisladamente y en la forma de privacion del dominio de algunos objetos determinados.

En verdad que muchas veces la tutela no consiste en otra cosa que en limitar el goce de los bienes que se poseen y no se ve un motivo bastante poderoso para que, pudiendo consistir el Delito sólo en el abuso de la propiedad, no pueda esperarse la mejora y la enmienda de su restriccion.

La pérdida de los instrumentos ú objetos materiales que sirvieron para delinquir, parece además inherente á todo castigo justo; y la multa se presta á aquella coaccion del ánimo que lleva á que se observen las leyes cuya importancia aparece menor, como los reglamentos de policia, y á que se ponga cuidado en cumplir cualquier precepto que por falta de atencion y diligencia se infringe en las llamadas *imprudencias* y por otras *culpas*, no siendo en asuntos graves. La eficacia correccional de las Penas pecuniarias no puede negarse y tampoco su justicia reducidas á los límites indicados, pues así como los Delitos á quienes deben aplicarse segun lo expuesto, se acercan á la infraccion civil y no revelan una perversa voluntad, del mismo modo su represion se acerca á la mera advertencia.

El sufrimiento corporal ha sido muy á menudo tenido como principal materia de la Pena; pero segun queda probado, no debe serlo mientras no se considere en él otra

cosa que el dolor que produce. En este caso se encuentran, por ejemplo, los azotes, los grillos y las cadenas, cuando no son medida de seguridad, que un régimen carcelario medianamente establecido debe hacer inútiles; la privación de los alimentos necesarios, según la edad y el temperamento del penado; los trabajos insalubres y excesivos; los calabozos con malas condiciones higiénicas; la privación de todo ejercicio corporal preciso para conservar la salud, y algunos otros. En todos ellos no puede ver el detenido otra cosa que el deseo de atormentarle por ruin venganza, y la sociedad el abuso de la fuerza contra el infeliz que tuvo la desgracia de levantarse contra sus leyes.

Ninguno de estos medios, sin embargo, y sobre todo en nuestro país, han dejado de ser empleados como materia de Penas; pareciendo en verdad extraño que cuando han producido el daño que inevitablemente debían acarrear, se procure poner remedio pasando el penado del calabozo á la enfermería, donde se le prodigan los cuidados más exquisitos para curar la dolencia que se le hizo contraer y en la que recaerá de un modo seguro, pues así se dice que lo exigen la caridad y la justicia.

Mas el dolor físico como medio coactivo para conseguir que el reo se someta al régimen penal, semejante, por tanto, á la tutela del niño, no puede desecharse en absoluto, siempre que su empleo no extinga ni disminuya el sentimiento de dignidad que debe reconocerse y respetarse en todo hombre. Si el látigo y la vara deben estar proscritos en toda penitenciaria regularmente organizada, la privación al penado, ya de parte del alimento de manera que no ataque su salud, ya de conversar con su familia y demás personas extrañas al establecimiento, el aumento de trabajo, el encierro solitario, pueden y deben emplearse como medio de coacción, y áun combinarse con algunos otros.

Desde luego no puede consentirse en que el recluso disfrute de aquellos goces, por regla general legítimos, que

haciendo ménos penosa su situacion, disminuyen la eficacia curativa y reparadora del castigo, como el regalo en la mesa, en el traje, en la habitacion, que pueden irse mejorando segun dé muestras de más sincero arrepentimiento, y vaya adquiriendo hábitos de trabajo que le permitan usar discretamente de tales ventajas sin amenguar el efecto del régimen penitenciario, que va perdiendo el carácter material y espiritualizándose en cierto modo.

Hasta aquí nos hemos ocupado de las que pudieran llamarse condiciones negativas de la Pena, ó que consisten en la restriccion de aquellas franquicias y libertades de que disfruta en general el ciudadano. Pero al propio tiempo y por el mismo carácter de tutela, hay otras que afectan la forma positiva, por más que no sea otra cosa que la misma restriccion. Son éstas las que consisten en imponer coactivamente de algunos hechos, que obligatorios á todo hombre, ejecuta, sin embargo, por su espontánea voluntad en el libre comercio de su vida. Tales son, por ejemplo, el trabajo, la instruccion, el cuidado del cuerpo y gran parte del régimen penal.

No se concibe, en efecto, que se prive de la libertad externa con el ánimo de corregir, sin obligar al que la sufre al trabajo como condicion primero de su enmienda, despues para satisfacer en parte los gastos que ocasiona y para impedir últimamente la reincidencia á que inevitablemente seria llevado cuando recobrando su libertad se hallara sin un medio honrado de proporcionarse lo necesario para la vida. Madre de todos los vicios ha sido llamada la ociosidad, y es por lo mismo tambien madre de la mayor parte de los crímenes: se ataca, por consiguiente, la raíz de donde nacen cuando se obliga al reo á tener una ocupacion. Si á esto se añade, el que debe huirse cuidadosamente de que lo mire como un sufrimiento, recompensando la asiduidad y la pericia con premios que las estimulen, se habrá dado un gran paso en el camino de la

enmienda. Y es fácil, sin grande esfuerzo y sin emplear medios violentos y crueles, alcanzar tan elevado propósito. En la prision, sobre todo si es solitaria, el reo mismo pide como un beneficio el ocuparse en alguna cosa. Los delicados trabajos obra de paciencia y de constancia que en algunos presidios de nuestro país, donde el trabajo no era obligatorio, se enseñan al curioso, demuestran esta verdad prácticamente. Parece obra de presidiario, es frase que se aplica á aquellos objetos que exigen una asiduidad que no se concibe sin una larga y rigurosa reclusion.

El aseo y el cuidado del cuerpo, no sólo es un deber de higiene en el establecimiento penitenciario, sino una parte de la educacion penal, pues de esta manera los reclusos adquieren hábitos de orden que no los alejarán, al abandonar la cárcel, como á menudo acontece al mendigo, del comercio y trato con otras personas, circunscribiéndolos al peligroso de sus iguales, con lo cual gana bien poco la moralidad.

Formando parte de estas condiciones positivas, se presenta la instruccion, que en algunas Penas— como la de extrañamiento — resulta naturalmente de vivir bajo otro régimen, bajo otras leyes, con otra compañía, alejado de la influencia que llevó á delinquir, sin que sea necesario medio alguno especial para conseguirlo, y que en otras— como las de privacion de libertad— no se obtiene sin esfuerzo.

La enseñanza, no sólo en el arte ú oficio sino tambien la moral y religiosa, ha de ser proporcionada al reo en la prision, no pudiendo eximirse de recibirla. Las Asociaciones benéficas para este objeto ayudarán poderosamente al Estado, cuyo papel si las encuentra organizadas convenientemente en el país, puede quedar reducido á proporcionarlas los medios externos de coaccion, necesarios para que puedan con fruto llenar su cometido.

Con esto queda expuesto, aunque de un modo sumario,

lo que puede considerarse como materia y contenido de la Pena justa que ha de ser impuesta por el Estado de cada Nación para llenar el fin que le está encomendado, de conservar y restablecer el orden jurídico en la limitada esfera de su competencia.

§ LXV.

De lo propio y característico (esencialia propria) de cada Pena, atendiendo á su materia.

Como se ve por lo expuesto en los párrafos que anteceden, áun existiendo siempre algo de comun en la materia de las Penas, son éstas diversas considerando su contenido. De aquí que habiendo estudiado ya lo que hay de general en todas, debamos indicar brevemente la especialidad de cada una, ó sus notas ó caractéres esenciales y propios.

Pero este punto ni puede ni debe ser tratado extensamente por corresponder en todo rigor á la parte especial. Considerase, sin embargo, de ordinario, comprendido en la general, el establecer la base de una clasificacion metódica que permita formar una idea del sistema de Penas, ajustado á principios racionales, teniendo presente su contenido y materia, lo cual sirve además para determinar más tarde con toda claridad la relacion entre el Delito y su castigo.

Y recordando lo expuesto en el párrafo precedente y en el LXI, donde se consignaron las notas ó caractéres esenciales de todas las Penas, éstas pueden clasificarse, atendiendo á su materia, en:

Penas de privacion de la libertad exterior, en las que están comprendidas todas las que durante más ó ménos tiempo someten al reo á la reclusion y régimen en un esta-

blecimiento público destinado al efecto, y que son conocidas con muy diversos nombres en el Derecho positivo;

Penas de restriccion de la libertad de elegir domicilio, que consisten, bien en impedir al que las sufre habitar en determinado punto, bien en señalarle uno en donde haya de residir forzosamente, que los Códigos distinguen con los nombres de *destierro, relegacion, extrañamiento* y algunos otros;

Penas de restriccion de libertad de ejercer algun oficio ó profesion, por las cuales el penado no puede emplear su actividad en determinado sentido, como dedicarse á la enseñanza, al trabajo manual que constituia su oficio, etc., y que son conocidas con los nombres de *inhabilitacion* y *suspension de profesion ú oficio*;

Penas de privacion de los cargos públicos del Estado nacional que desempeñaba el reo, que se conocen tambien, como las anteriores, con los nombres de *inhabilitacion* y *suspension*:

Penas de restriccion de los derechos políticos de ser elegible y elector para cualquier cargo en el poder legislativo, ejecutivo ó judicial;

Penas de privacion de los derechos llamados comunmente civiles, como la patria potestad, la tutela y curatela, formar parte del Consejo de Familia, la autoridad marital, la administracion de bienes, que es en lo que consiste en nuestro país la llamada *interdiccion civil*;

Penas de restriccion del uso del derecho de propiedad que hasta ahora no se han impuesto como principales, sino como consecuencia de las de privacion de libertad;

Penas de privacion de la propiedad, bien de un objeto determinado (*comiso*), bien de una cantidad en dinero (*multa*).

La clasificacion que acabamos de presentar, no difiere esencialmente de la comunmente admitida en los Códigos vigentes. Desaparecen, sin embargo, de ella la Pena de

muerte, y todas las que producen un mero dolor del cuerpo; las que toman como materia el honor y propia dignidad; la conocida en algunos países con el nombre de *caucion de conducta*, y que no es más que la fianza que se presta de que no se cometerá el delito con que se amenazó, que no puede mirarse sino como medio puramente civil de seguridad de que el daño, si se causa, será reparado; la reprension pública y privada, cosa ajena al Estado, y finalmente, la sujecion á la vigilancia de la autoridad ó de la policía, consecuencia de todo castigo, pero que no debe tenerse como Pena si no se convierte en la de restriccion de la libertad de elegir domicilio ó desempeñar profesion ú oficio.

Desaparecen tambien las divisiones que de ordinario se introducen en cada una de sus clases, bien por el tiempo que dura el tratamiento penal, por el lugar en que se cumple, por no representar cosa alguna que sea de esencia, toda vez que la materia es la misma. Y sin embargo, precisamente esto, que sólo como accidental y variable puede considerarse, sirve dentro del Derecho positivo para hacer las clasificaciones de mayor importancia y trascendencia en las Penas. Con dificultad, en efecto, se hallará un Código que no las divida en tres grupos, conocidos con los nombres, el primero, de *penas afflictivas, criminales y mayores*; el segundo, *penas correccionales*, y el tercero, *penas leves ó de policía* (1). Y la materia de todas ellas, salvas ligeras excepciones, es, sin embargo, la misma: ya la privacion ó la restriccion de la libertad durante más ó ménos tiempo, ya la multa en más ó ménos cuantía, ya la suspension de los derechos políticos durante más ó ménos espacio de tiempo.

(1) Debe hacerse excepcion del nuevo Código penal de la Alemania del Norte que no consigna tal clasificacion.

§ LXVI.

De lo accidental ó variable en cada Pena (accidentalía.)

Representa lo accidental la manera de manifestarse la esencia de las cosas, según indicamos al hablar del Delito (§§ XXIX y XLI). Así es, que lo que se considere en las Penas como accesorio, no alterará lo característico de ellas, sino tan solamente su distinto modo de ser.

Olvidan semejante principio los autores de los Códigos penales, cuando reputan como castigos esencialmente diversos, los que teniendo una materia común, difieren tan sólo en la duración, en el lugar en que se cumplen, en la cuantía material, etc. La privación de la libertad, por ejemplo, desde un día de arresto hasta el límite máximo de la reclusión, es una misma Pena, más ó menos prolongada; la multa, cualquiera que sea su cuantía, es siempre un castigo pecuniario.

Mas si queremos conocer de un modo completo la materia de la Pena, no habremos de examinarla únicamente en lo esencial, sino también en lo accidental y variable, pues nada puede en este punto despreciarse ni omitirse.

Pues bien; todo castigo que no tiene lugar en un sólo acto, esto es, que se desenvuelve dentro del tiempo, se presenta modificado por la duración: primer accidente que debe tenerse en cuenta, y en este caso se hallan la privación y restricción de la libertad, de los derechos civiles y políticos, del uso del derecho de propiedad.

Las Penas que han de ser cumplidas en un determinado lugar, pueden también accidentalmente diferenciarse por el sitio de su ejecución. Ciertamente que esta circunstancia no se presenta como de importancia suma tratándose de la privación completa de libertad. Separado el reo del comercio

libre con las personas ajenas al establecimiento penitenciario, importa poco que sea conducido á un punto más próximo ó más lejano de aquel en que cometió el crimen ó en que hasta entónces habia vivido. Sin embargo, esta comunicacion nunca es completa, y á medida que el detenido va haciéndose digno de este beneficio, es ménos rigurosa. Entónces puede ser visitado, con anuencia del director de la penitenciaría, por su esposa, por sus parientes, por todos aquellos que muestren interés por él, y bajo este punto de vista, el lugar donde se cumpla la condena no puede serle por completo indiferente. Si á esto se añade el distinto efecto que causa en su ánimo, aunque sea sin razon, el considerarse más ó ménos apartado de su residencia habitual, se comprende la importancia, tal vez exagerada, que se ha dado á este accidente en muchos Códigos, y en especial en el nuestro.

Pero si la privacion de libertad no es completa, el lugar en que debe extinguirse la condena adquiere una importancia considerable. El establecimiento de colonias penitenciarias, agrícolas ó no, habrá de responder en gran parte á este pensamiento de la mayor ó menor proximidad al domicilio del reo, para considerar la Pena como ménos grave ó más dura. El que es llevado á un punto de Ultramar ó á una isla, separado de todo comercio con sus conciudadanos, creará seguramente que su situacion es más desfavorable que la de aquel otro sometido á régimen igual dentro de su patria, y no errará, en verdad, en su creencia.

Pero este accidente se presenta como de gran valor cuando se aplica á las restricciones de la libertad de elegir domicilio. Libre el penado para dedicarse al género de trabajo que prefiera, para rodearse de aquellas personas que estime oportuno y continuar su vida y trato social, el punto ó puntos en que no pueda permanecer, el sitio en que haya de habitar, es objeto de atencion preferente por su parte y

por la del legislador. Desde luego se presentan tres términos que casi separan como cosa esencial las Penas de que nos ocupamos: conviene á saber; la nacion de donde el penado es ciudadano, sus colonias ó países apartados de ella y los demás Estados extranjeros. De aquí que el destierro, la relegacion y el extrañamiento sean de ordinario considerados como castigos enteramente diversos.

Si la multa no puede variar por el lugar ni el tiempo, es susceptible de aparecer como mayor ó menor por su cuantía, y lo mismo acontece con la de interdiccion civil, pues cabe estar privado de ejercer alguno de los derechos, como el de la autoridad paterna y marital y no del de administrar sus bienes, y al contrario, y con la de inhabilitacion de derechos políticos y áun para ejercer profesion ú oficio.

El comiso ó la pérdida de los medios ó instrumentos que sirvieron para cometer el crimen, es la única Pena que parece resistirse á toda gradacion ó accidente, no pudiendo ni aumentarse ni disminuirse por su naturaleza.

Otras muchas circunstancias accidentales, consagradas más que por los principios por la legislacion positiva, pueden tambien tenerse presentes.

El régimen más ó ménos severo de la cárcel, la clase de ocupacion, el destino que se dá á las ganancias que el reo obtiene, pueden servir de ejemplo. En aquellos países, como es el nuestro, que por desgracia en este punto conservan las tradiciones de otras épocas, el trabajo puede ser público y en obras del Estado, privado ó dentro del establecimiento, voluntario ó forzoso, libremente elegido ó impuesto al reo, que recibe ó no parte de su valor: todo lo cual altera la Pena de un modo considerable. Hasta el llevar grillo, cadena ó esposa ha servido y aún sirve en nuestra patria para distinguir ciertos castigos de otros. Los Estados que admiten al propio tiempo que la prision celular, el trabajo en comun durante el día y separacion completa por la noche ó clasifican los reos segun el Delito

que han cometido, no puede mirar como indiferente que los reos estén recluidos en penitenciarias sometidas á uno ó á otro régimen, constituyendo esto un accidente en la Pena.

Cómo pueden y por qué causas variar estos accidentes en el régimen penal, no es del caso examinarlo aquí. Por ahora debemos limitarnos á consignar las diversas modificaciones que accidentalmente pueden hacer, que el castigo, sin perder lo que tiene de esencial y característico, varíe en lo accesorio: más tarde vendrá la aplicación de estas ideas al inquirir cómo se relaciona la Pena con el Delito.

§ LXVII.

De la acumulacion de las Penas.

Conocidas las Penas en lo que tienen de comun y de propio, de esencial y de variable, si se quiere comprender por completo lo que forma su materia y contenido, es preciso investigar el efecto de las unas sobre las otras, cuando se reúnen en cabeza de una misma persona: esto es, la doctrina de su acumulacion. Unida íntimamente con la de los Delitos, de que en su lugar nos ocupamos (§ XLII), no suele por esto ser objeto, por la mayor parte de los tratadistas, de un estudio especial, sino que una y otra materia se confunden entre sí.

Ambos asuntos, en efecto, reconocen una base completamente igual, la de concurso de hechos ó actos. Para que exista acumulacion en las Penas, del mismo modo que para que exista acumulacion en los Delitos, es necesario la unidad en la persona y la diversidad en el objeto. Sin que haya un solo penado no habrá acumulacion, aunque las condenas que deban extinguirse sean muchas, como

no la habrá tampoco si es una sola: hé aquí el punto de contacto entre ambas doctrinas.

De ordinario la pluralidad de Penas proviene de que el condenado ha sido autor de diferentes infracciones y se encamina á buscar la proporcion y la analogía, pero este punto corresponde, como claramente se comprende, al LIBRO CUARTO de esta obra. El propio del presente se reduce á examinar la concurrencia ó concurso de Penas á sí misma, aparte si provienen ó no de varios Delitos, determinando el efecto y la modificacion que esta circunstancia produce sobre las mismas.

Desde luego se ocurre el someter á un análisis detenido la naturaleza de cada una de las Penas comparándolas entre sí. De él resulta que hay unas cuya materia es totalmente diversa, como la reclusion y la multa; otras cuya naturaleza es análoga, como el destierro y el arresto, y finalmente, que el mismo castigo puede duplicarse ó repetirse, bien sin modificacion, como en el caso de imponerse dos veces ó más el extrañamiento, ó modificado como sucede cuando la relegacion se une con el extrañamiento.

Cuando las primeras son conjuntamente impuestas y cumplidas, pudiera decirse que hay verdadera *acumulacion* en el sentido estricto de la palabra; *repeticion* cuando se trata de las comprendidas en el tercer grupo, faltando un término propio para designar el concurso de las que se contienen en el segundo, que constituye una *cuasi repeticion*.

Ninguna dificultad presenta la doctrina referente á la acumulacion estricta. Las privaciones que forman el contenido de cada una de las Penas, siendo diversas, pueden tener lugar simultáneamente, no siendo raro que algunas aparezcan como la necesaria y forzosa consecuencia de las otras viniendo á constituir todas reunidas la tutela del penado y la represion que la sociedad exige. La reclusion en un establecimiento público y el comiso, éste y la inhabilitacion para desempeñar cargos en el Estado ó

ejercer derechos políticos, pueden amalgamarse respondiendo perfectamente ó á diversos Delitos de distinta índole ó á uno solo, pero compuesto, porque viola distintas relaciones jurídicas. La interdiccion civil más ó ménos completa, parece ser como la natural consecuencia de todas las Penas de privacion de libertad, y como accesoria de ellas la miran con razon la mayoría de los Códigos vigentes.

Donde se presentan en verdad las dificultades en la práctica y en la doctrina es al llegar á la repeticion y á la cuasi repeticion. La igualdad ó semejanza de las Penas impide enteramente su cumplimiento simultáneo, sin que alguna resulte ó desnaturalizada ó ilusoria. A la satisfaccion simultánea es por consiguiente preciso sustituir la sucesiva. Mas entónces no se acumula y reune, sino que puede decirse que el castigo se prolonga hasta llegar en su duracion al de los varios impuestos. Y una cosa idéntica acontece si el aumento no puede tener lugar en el tiempo sino en la cantidad, como sucede en la multa. Quien paga una determinada no puede solventar otra igual con las mismas monedas: obligarle á satisfacer dos equivale á duplicarla.

Para dar solucion á este problema preséntanse dos escuelas que se colocan en los puntos extremos: la una, en odio á la injusticia del cumplimiento sucesivo, anula todas las Penas ménos la que considera como más grave, y sienta el principio: *Pœna major absorbet minorem*: la otra partiendo del que sin razon se tiene como opuesto: *Nullum crimen sine pœna*, exige que todas se cumplan, empezando por las más duras y terminando por las más leves y suaves.

Pues bien; reducida la cuestion á los estrechos límites en que ahora debemos considerarla, esto es, no teniendo presente sino la Pena misma y no la relacion que debe guardar con el Delito, ambos sistemas, aunque opuestos al parecer, parten de un principio comun completamente

equivocado. Este es el que el legislador debe fijar de antemano y por reglas generales, la cuantía, duracion, lugar del cumplimiento de la Condena, confundiendo lo accidental y variable con lo esencial y permanente.

Las Penas, en efecto, no pueden repetirse sin ser las unas absorbidas por las otras, sino cuando están determinadas, no sólo en su materia — de privacion de libertad, restriccion de este derecho, del de propiedad, etc.,—sino en todos sus accidentes que pueden modificarlas. Repetir un castigo no es más que prolongarle ó aumentarle; absorber uno en otro equivale á disminuir el tiempo, la duracion ó cuantía de cualquiera de ellos, esto es, modificarlos sin cambiar su esencia. Al que por dos Delitos penados con un año de arresto, se le condena dos veces á esta pena, se encuentra en el mismo caso que aquel otro reo á quien se le impone una sola de dos años de arresto; y si por la circunstancia de tratarse de una persona que delinquirió dos veces, ambas condenas de que hablábamos hace poco, se reducen á la de arresto de un año de duracion, equivale á decretar por este tiempo limitado tal pena.

Ahora bien; en uno como en otro caso lo esencial de la Pena subsiste, pero lo accesorio toma una importancia y alcance injustificados. Y si lo esencial de la punicion debe responder á lo esencial del Delito, y lo accidental á lo accesorio, como veremos más adelante, el legislador no puede fijar sin injusticia la cuantía del castigo, sino sólo su clase ó naturaleza para cada especie de Crímenes, y aún el juez mismo sólo puede hacerlo de una manera puramente provisional y transitoria, á lo cual faltan ambos sistemas.

Además de esto, el de absorcion rigurosa al anular siempre uno de los castigos, desconoce que el ser más de uno procede seguramente de haberse delinquido varias veces, y por tanto, que el valor que este dato trae á la masa comun de la culpabilidad, por insignificante que

parezca, representa una fraccion positiva, y si el juez y el legislador prescinden de ella desprecian algo que debe imputarse en el cálculo.

Por el contrario, el sistema que admite la acumulacion ó repeticion rigurosa é inflexible, olvida cuanto influye el hábito en la humana naturaleza para que todo lo que la afecte sea sentido bien diversamente y no en puro aumento segun su duracion más ó ménos larga, preocupado del carácter principalmente expiatorio y remunerador del castigo segun la ley, del mal por el mal. Pasado cierto tiempo, la Pena ya no es medicinal y correctoria sino puro padecer y dolor, es decir, deja de ser verdadera Pena.

Reducido, pues, el punto á determinar cuánto debe prolongarse, cualquier escuela, tanto la que acumula siempre como la que siempre hace que la más leve sea absorbida por la más grave, son igualmente equivocadas. En efecto, cuál sea el tiempo justo y necesario que debe durar el procedimiento punitivo, cuál sea su cuantía, no fluye y se desprende de la naturaleza del Delito y de la Pena (responsabilidad objetiva y subjetiva in abstracto, § XXXII), sino que resulta al considerar el crimen individual, y al adaptarle tambien en su consecuencia la Pena individual (responsabilidad objetiva y subjetiva in concreto, § XXXII). Pero determinar esto no corresponde á la materia de que tratamos ahora sino á la del LIBRO CUARTO, destinado á investigar la relacion entre los términos Pena y crimen donde tendrá respuesta cumplida la cuestion propuesta.

Mas si no se trata de Penas enteramente iguales, sino algun tanto diferentes (cuasi repeticion), su acumulacion no puede producir el resultado de que una ó varias desaparezcan por completo sin injusticia. Si todas, puesto que son diversas por su materia, responden á distinto pensamiento, éste dejará de cumplirse cuando por estar reunidas, alguna quede anulada. Así, cuando la reclusion se acumula

con el extrañamiento, por ejemplo, no ha de resultar que la segunda resulte como absorbida en la primera, ni al contrario, sino que ambas han de ser cumplidas, la una á continuacion de la otra, pues las dos tienen su naturaleza propia y sustantiva que ha de persistir siempre.

Pero recuérdese, y esto es en verdad importante, que sólo desaparece una Pena cuando no existe la materia que la forma, no cuando se prolonga más ó ménos, y que la duracion de todas y de cada una depende de cómo se han apreciado los Delitos, bien juntos, bien como separados ó independientes.

Por esto, los principios no rechazan, en verdad, que al reunirse varios castigos en la cabeza de una persona, se altere el tiempo por el que deba sufrirlos ó su cuantía, considerándolos en conjunto como la restriccion tutelar que reclama el estado de alma del reo y el Derecho que se perturbó. Lo que no consienten es que por esta circunstancia, alguno deje de existir y desaparezca por entero, porque es negarle como justo por un hecho independiente de él mismo y del Delito que reprime.

CAPITULO TERCERO.

DEL SUJETO ACTIVO DE LA PENA.

§ LXVIII.

Del sujeto activo de la Pena.

Si traemos á la memoria lo expuesto en el LIBRO PRIMERO de esta obra y singularmente en su capítulo tercero, aparecerá evidente que sólo el Estado, como el Derecho en vida y movimiento y como el organismo para su realización es el sujeto activo de la Pena. Representando ésta el orden jurídico mismo, que perturbado por el Delito que le niega, se restablece y restaura en virtud de su fuerza autocrática, sólo puede ser declarada, decretada é impuesta por quien tenga la misión de conservar, y por tanto, de procurar el restablecimiento de aquel orden. El Derecho penal no es sino la relación entre el sujeto que viola y quebranta el orden jurídico y el Estado que le restablece públicamente.

En una sociedad, por tanto, organizada ó constituida en Estado, el individuo no tiene el derecho de señalar las acciones ó actos que han de ser mirados como crímenes, lo que ha de considerarse como Pena, ni de referir en cada caso la segunda al primero. Y si cada ciudadano separadamente no puede hacer nada de esto, tampoco cuando se los considera reunidos, si no representan justamente la conciencia jurídica del país.

De aquí, que siempre se haya distinguido el Derecho de defenderse ó de resistir á la agresion injusta, del de penar ó imponer castigos, aunque uno y otro formen parte del Derecho contra la injusticia. El individuo en un momento en que no puede ser protegido por el Estado, es víctima de un ataque que va á producir un daño del que no cabe ulterior reparacion, y entónces debe y puede resistir, pero no penar al agresor. Los principios que determinan la defensa y el castigo, la causa que los dá nacimiento, el fin que se propone cada uno, son diversos esencialmente, y sólo un exámen harto incompleto y grosero ha podido confundirlos.

Pero si sólo el Estado debe penar, no puede en él considerarse como potestativo y arbitrario el uso de semejante funcion; ó lo que es igual, no tiene el derecho de castigar ó no, de conceder indulto ó de ejecutar la condena, sino solamente lo primero. Encargado de la conservacion y restablecimiento del órden jurídico, ó la Pena consigue tal propósito, y entónces ha de imponerse como un deber sagrado en bien de todos y del culpable mismo, ó no puede alcanzarlo, y entónces deja de ser Pena y debe desaparecer. Cada indulto concedido por el Monarca, por el Presidente de una República, por el Poder ejecutivo, no sólo es un ataque al judicial que ha de ser tan independiente como él, sino además una violacion del Derecho que todos tienen á que se pene, incluso el mismo reo.

Claro está que no intentamos sostener que doctrina tan absoluta, como debe serlo toda verdadera doctrina, haya de tener aplicacion inmediata ni en toda su extension en el momento histórico que atravesamos. La naturaleza de las Penas que contienen los Códigos vigentes, la manera de cumplirse, la organizacion de los Tribunales, los errores que como verdades se admiten por todos sin exámen, la perturbacion en todas las ideas é instituciones, aconsejan que por largo tiempo se mantenga el indulto con las ventajas

y los inconvenientes que encierra todo lo arbitrario. Pero esto no toca á la Filosofía del Derecho que prescinde de tiempos y de circunstancias, sino á la Ciencia política que ha de estudiarlas con atención suma y cuidado exquisito.

Si el castigar corresponde al Estado, se desenvolverá su actividad en este orden en las tres funciones legislativa, ejecutiva y judicial que en él se reconocieron, ejercidas por los tres poderes de igual denominación (§ XVIII). El Estado, en efecto, en función legislativa, determina qué actos son Delitos y sus Penas, procura dar vida á estas leyes en función ejecutiva y restablece el Derecho perturbado criminalmente aplicando las unas á los otros y obligando á cumplir las condenas en la judicial.

Mas si esta doctrina es corriente y admitida sin oposición fundada y razonable, no pueden de igual modo aceptarse las consecuencias que de ella se quieren deducir: tales son, por ejemplo, que todo Delito, para considerarse en la práctica como tal, ha de estar por necesidad definido en un precepto del poder legislativo oficial, que lo mismo debe decirse de la Pena, no pudiendo imponerse ninguna, no sólo si no está previamente declarada, sino tambien si no se asigna taxativamente para reprimir el hecho en un Código ó precepto que tenga su origen en las Cámaras ó en el Monarca.

Proviene, en verdad, semejantes afirmaciones, aceptadas tradicionalmente en la época actual, consignadas en todos los Códigos y en las obras de la mayor parte de los autores penalistas, de una errada y falsa concepción del Estado, de la ley y de la costumbre.

Para destruir las y fijar el verdadero sujeto que declara la Pena, preciso es recordar lo expuesto en el capítulo citado, en el comienzo del presente párrafo.

El Estado no se constituye tan sólo en su esfera legislativa por los funcionarios que han recibido la pública investidura del poder, sino por todos los individuos de la

Nacion que de alguna manera cooperan á que el derecho positivo se declare como fiel expresion de la conciencia jurídica. De aquí que no haya persona alguna que concurriendo de este modo á la declaracion del Derecho, sea enteramente extraña á este Poder y á esta funcion. Ciertamente es que los encargados de formar la ley obran, al dictar preceptos generales, de un modo reflexivo, al paso que los demás lo hacen inconscientemente ó sin ánimo de que la regla que aplican al caso individual y concreto adquiera el carácter público, universal y aplicable, por tanto, á todas las relaciones jurídicas de igual clase. Pero al fin, por el prestigio mismo de la costumbre adquiere fuerza y eficacia, es conocida como principio práctico, es aceptada como general y hasta obligatoria por la coaccion, es, en suma, derecho positivo vigente aunque consuetudinario.

Ahora bien; dados tales supuestos, ¿hay alguna razon especial para que la declaracion hecha por la costumbre de la regla de lo justo no se aplique á un acto, considerándole como Delito y á una privacion como Pena? ¿Hay motivo alguno para poner fuera del alcance del derecho consuetudinario el penal, declarándose que los Tribunales deberán absolver siempre al autor de un acto digno de castigo, si no se reprime por el legislador oficial, ni imponer el que no se encuentre consignado en el Código, y que la ley natural no ha de tenerse jamás en cuenta por el juez para condenar á quien lo merece?

Ni el considerarse necesaria la amenaza prévia para que sea legal la imposicion de la Pena que existe en la conciencia del culpable, y exteriormente en lo público y conocido del Derecho consuetudinario; ni el peligro de la libertad civil, si el juez pudiera condenar sin ley anterior, que no existe si se exige la prueba de la costumbre, y que no se teme en otras esferas del Derecho; ni el principio de que es lícito todo lo no prohibido, segun el dicho célebre: *Ubi non est lex nec prevaricatio*, al que se dá una interpre-

tacion harto estrecha cuando se entiende que no es ley más que la del poder oficial, pueden justificar una doctrina rechazada por la práctica de los mismos pueblos que la consignan en sus cuerpos legales.

Ejemplo de ello es nuestra patria, que hasta el año de 1848, salvo el efímero período de algunos meses de 1822 á 1823, como ántes y despues habia sucedido á otros pueblos, se regia en lo relativo á Delitos y Penas, por el Derecho natural, el consuetudinario y el arbitrio prudente de los jueces. Y ciertamente que esto era lo más justo, mejor dicho, era lo único posible, dada la barbarie y atraso de los antiguos Cuerpos legales, de tal modo que nadie se hubiera atrevido á exigir el cumplimiento estricto de la ley. Un Código ménos opuesto al progreso de las ideas ha sido despues promulgado; mas este hecho no ha podido cambiar los principios de justicia. Cuando el precepto del legislador responde á la necesidad sentida, el derecho consuetudinario no tiene razon de ser, y por esto no nace: pero si en todo ó en parte no responde á ella, aparece inmediatamente. Tal ha acontecido áun despues de promulgado el Código en 1848, con el título relativo al duelo, jamás observado ni aplicado, que un Tribunal militar (1) consideró sin observancia legal por la costumbre en contrario.

Es más, en nuestro Código, como en todos los vigentes, se encuentran disposiciones, por las cuales se penan como Delitos actos que no se describen ni definen (2), y los Tribu-

(1) El que se formó en Madrid para juzgar al señor duque de Montpensier, convicto y confeso de haber muerto en duelo al príncipe D. Enrique de Borbon.

(2) Pueden servir de ejemplo, entre otros, los siguientes, tomados del Código de 1870:

Art. 241. El que en lugar religioso ejecutare con escándalo actos, que sin estar comprendidos en ninguno de los artículos anteriores, ofendieren el sentimiento religioso de los concurrentes...

Art. 554. El que defraudare ó perjudicare á otro usando de engaño, no expresado en los artículos anteriores...

nales mismos, tan inclinados al rigorismo del Derecho, presentan ejemplos de haber castigado más ó ménos arbitrariamente actos no penados taxativamente por el Código (1) con infracción evidente del precepto de que no debe ser castigado ningún hecho no definido ni penado como Delito por ley anterior á su perpetración. Tampoco es nuevo el caso de decretarse una Pena arbitraria en circunstancias extraordinarias—como deportación á una isla—cuando son muchos los delincuentes complicados, por ejemplo, en una rebelión contra el orden social.

La verdad es que definido el Derecho y cada relación jurídica, lo está cada Delito y cada falta especial, deter-

Art. 579. Los daños no comprendidos en los artículos anteriores...

Art. 619. *Faltas contra la propiedad.*—Los que intencionalmente por negligencia ó por descuido causaren un daño no penado en este libro ni en el anterior...

(1) El caso á que nos referimos en el texto, es demasiado notable para pasarle en silencio. Cuando en 1870 se llevó á cabo en España la reforma del Código penal, sea por errata de imprenta, que luego se subsanó por un decreto, sea, que parece lo más probable, porque se embrollasen sus autores entre el robo, con rompimiento de pared, de puertas ó armarios, con la fractura de sellos, con llaves ganzúas, con nombres supuestos y simulación de autoridad, pensando locamente abrazar la infinidad de casos individuales con una enumeración minuciosa, es lo cierto que en la edición oficial no resultó penado el robo en cantidad superior á 500 pesetas en edificio público ó lugar habitado, pero sin armas. Pues bien; en esta situación legal hubo necesidad de castigar un robo con estas condiciones, que por tanto no estaba taxativamente comprendido ni penado en el Código: y á pesar de las alegaciones irrefutables del defensor del procesado, bajo el punto de vista erróneo de que aquel parte, el Tribunal Supremo de Justicia no casó la sentencia que imponía la pena contenida en el Código derogado de 1850, fundándose en *que los hechos consignados en la sentencia, constituyen delito por su propia naturaleza, sin que circunstancias posteriores impidan penarlos*; (el Código vigente ni los describía ni los penaba) *y que castigándose en el núm. 4.º, párrafo 3.º del art. 521, en la edición no corregida, á los que robaren en casa habitada con fracturas de puertas y ventanas, haciendo uso de llaves falsas, no excediendo el valor de lo robado de 500 pesetas; con superior razón legal es responsable el que en iguales circunstancias robare más extraordinariamente subida cantidad, produciendo esta omisión el efecto favorable al reo de imponerle la pena menor.*

minándose despues la Pena por la naturaleza de los hechos mismos, de un modo lógico y necesario, aunque nos hallemos todavía muy léjos del tiempo en que estos principios puedan ser admitidos en la legislacion vigente en toda su pureza.

Así como todos los ciudadanos contribuyendo al establecimiento de la costumbre, forman parte del poder legislativo y cooperan á definir el Delito y la Pena, tambien deben ayudar el Estado, de que son miembros, á la declaracion en cada caso y á la ejecucion del castigo declarado como sujetos activos de él, cosa que están bien léjos todavía de admitir las leyes y los hábitos de nuestros tiempos.

No se concibe, en verdad, que reconociéndose el fin público, el interés social en que no quede impune ningun Delito, que estableciéndose funcionarios encargados de denunciar y de perseguir los que en la Nacion se cometan, se conceda al propio tiempo la facultad de oponerse á que todo esto se consiga, permitiendo el encubrimiento como hecho lícito y aún meritorio, y no penando el no denunciar, el no acudir citado como testigo, y tantos otros actos de igual índole. En bien de todos, en bien del culpable, es un deber el cooperar á la imposicion de la Pena justa y merecida. Y de la misma manera que el superior que por debilidad de carácter no corrigió una falta en sus subordinados, experimenta un remordimiento por su conducta, cuando otras más graves vienen á hacer necesario un severo castigo, el ciudadano honrado que dejó impune al culpable de un Delito que pudo denunciar, debe sentir en su conciencia el torcedor gusano que le acusa al ver sepultado para siempre en una cárcel, ó quizá subir las gradas del patíbulo á aquel que podia haber sido corregido con la Pena aplicada oportunamente, evitando una perturbacion mayor. Bien es verdad que para que el encubrimiento deba ser castigado siempre como crimen, para que se im-

ponga la denuncia como obligatoria y con razon derecha, es indispensable que las Penas no sean excesivas, y que por el modo de cumplirse no se conviertan las cárceles en escuela de depravacion. Mientras esto suceda y donde esto acontezca, aparecerá muy de ordinario como deber sagrado encubrir, ocultar el crimen y evitar la accion de la justicia, ó más bien de la injusticia, y la ley será completamente ineficaz para cambiar la conducta de los ciudadanos.

Del mismo modo, preso el reo, decretada la Pena, es deber de todos influir para que surta los buenos efectos que de ella se esperan. Las prisiones del Estado no pueden ser totalmente eficaces—como á su tiempo veremos—si se encuentran abandonadas á los funcionarios que desempeñan su cargo por deber legal. Preciso es que álguien, con un pensamiento más desinteresado y más alto penetre en ellas á llevar, primero el consuelo, luégo la instruccion y el consejo, más tarde el amparo y apoyo al que sale de un presidio manchado ante la opinion, que no halla frecuentemente quien le ayude á no verse en el caso de delinquir de nuevo.

CAPÍTULO CUARTO.

DEL SUJETO PASIVO DE LA PENA.

§ LXIX.

Del sujeto pasivo de la Pena en general.

La inteligencia del hombre más rudo é ignorante percibe con toda claridad que existe una relacion necesaria entre el Delito y su castigo: por esto afirma sin vacilar ni un momento, que el que cometió el primero debe sufrir el segundo; esto es, que el sujeto activo del crimen es el pasivo de la Pena.

Pero no es este el punto que debemos ahora desenvolver. No se trata, en efecto, de estudiar las relaciones que unen el quebrantamiento del Derecho con su reparacion, sino de considerar la Pena en todos sus aspectos sin referencia alguna al acto que reprime, y por tanto, la materia del presente párrafo puede quedar reducida á dar contestacion á la siguiente pregunta: ¿quién puede ser castigado? O en otra forma más propia y científica: ¿cuáles son las condiciones ó cualidades constitutivas de la *punibilidad* ó de la capacidad para sufrir la Pena?

Esta cuestion se presenta de ordinario en la Ciencia y en el Derecho positivo, confundida con la de imputabilidad y responsabilidad del autor, pensándose que determinado quien puede cometer Delito lo está igualmente quien puede recibir el castigo. Y sin embargo, no es uno solo

el problema, sino dos diversos, aunque relacionados entre sí; porque puede muy bien suceder que el agente reuniera al tiempo de delinquir todas las condiciones de imputabilidad y fuese entonces justo el castigarle, mas al llegar el momento de extinguir la condena se hallara que esto era del todo imposible. Tal acontece, por ejemplo, al reo que estando detenido se vuelve loco ó imbécil.

Las cualidades de la imputabilidad en el agente del Delito podrán ser si se quiere las mismas que las de punibilidad en el sujeto pasivo de la Pena; pero las unas deben forzosamente ser consideradas aparte de las otras.

Preciso es, sin embargo, hacer notar que la imputabilidad y la responsabilidad nacen del concepto que se tenga formado del Delito y la punibilidad de la noción de la Pena, de su naturaleza y su fin; y como ambas cosas no suelen responder al mismo pensamiento en el sentir de muchos filósofos, de aquí que en todo rigor, al ménos éstos, debieran fijar distintas condiciones para ser responsable que para ser penado.

Los que consideran el castigo tan sólo como un sufrimiento ó dolor, que aunque es consecuencia de la falta cometida no tiene fin alguno sino el expresar esa relacion entre el mal y el mal que se mira como necesaria, deberían exigir únicamente en el sujeto la capacidad para sufrir el mal y experimentar el dolor. Así todo el que hubiese delinquido podría ser castigado justamente, si conservaba la facultad de ser afectado de una manera desagradable ó dolorosa. Al loco se le puede encerrar atormentándole física y aún moralmente, es posible en todo caso privarle de la existencia, y en el estado en que se halla colocado cabe que reciba la Pena segun el concepto de dolor y aficcion que de ella tiene el sistema. Cierto es que sobreponiéndose á la preocupacion de escuela, un presentimiento más alto de lo justo, no se ha admitido generalmente semejante consecuencia que repugna al buen sentido; pero no es mé-

nos verdadero que se desprende lógicamente de las premisas.

Del mismo modo cuando se busca en el castigo tan sólo la seguridad, mirándole como el medio ó el motivo puramente sensible que aparte á los individuos de aquellos actos que ocasionan á los demás daño ó perjuicio, no hay causa alguna que racionalmente justifique el detener la accion de los Tribunales ante la locura, el idiotismo ó la minoría del culpable. El niño, el loco y el idiota y áun el animal, pueden ser educados empleando medios que afecten puramente su sensibilidad, y de este modo ser conducidos á observar una conducta exterior y automática conforme al orden tambien externo y material. El loco, se ha dicho muchas veces, por la Pena es cuerdo: y si bien su sensatez se reduce á determinarse segun el camino que le trazan los motivos sensibles, al fin su conducta en cuanto á los actos materiales deja de ser perturbadora. La ejemplaridad del castigo, por otra parte, de ordinario no se disminuye, ántes bien, se aumenta en ocasiones al recaer en quien no puede recibirle sino como puro mal y dolor, y no hay por tanto, motivo alguno para eximir al loco. Lo cierto es que tratándose de graves Delitos contra la persona del Soberano, la demencia no ha sido siempre causa bastante de exencion, como lo prueban algunos ejemplos historicos.

Las condiciones constitutivas de la punibilidad nacen, pues, del concepto que se tenga de la naturaleza de la Pena y de su fin, no de la nocion del Delito. Sin embargo, dentro de los principios no puede negarse que, como lo ha reconocido el sentido comun, son idénticas ó las mismas que las de la imputabilidad.

Representa, en efecto, la Pena el restablecimiento del orden jurídico perturbado por el crimen; y si toda restauracion de una ley es de igual naturaleza que su observancia, sólo puede operar la primera quien pueda efec-

tuar la segunda: y el capaz de Delito es por tanto el único capaz de verdadera Pena. La conciencia actual de sí propio, el conocimiento de la ley del Derecho, como constituyendo la libertad moral, son las condiciones, como dejamos desenvuelto (§§ XXXI y XLIII), necesarias para la imputabilidad, y por tanto, para la punibilidad. Si el Derecho es un orden espiritual y ético, habrá de ser también ético y moral su restablecimiento, y no es posible esperarle de aquel que ha dejado de gozar de la cualidad de propia determinación. Por esto cuando se encierra al loco en un establecimiento público, ó se le entrega á su familia para que en adelante no pueda causar daño; cuando al niño declarado exento de responsabilidad por no haber obrado con discernimiento se le conduce á una casa de enseñanza; cuando por los perjuicios irrogados por uno ó por otro se decreta la responsabilidad civil sobre sus bienes, nadie piensa, en verdad, que se los pena. Inhábiles por su estado para dirigir sus actos y deshacer las consecuencias del ataque que á la ley infirieron, lo están también para recibir y aplicar los medios encaminados á este fin. Su conducta en lo futuro—si como suya ha de considerarse cuando no tienen conciencia de sí—podrá ser exteriormente ajustada al orden; pero la verdad es que como sujetos productores ó activos, están fuera del orden jurídico que no pueden cumplir, ni perturbar, ni restablecer. Ni bajo el punto de vista del sujeto pasivo, ni del Estado todo, ni bajo el del mismo criminal cabe que la Pena llene fin alguno. Así, áun siendo declarada, deja de ejecutarse en todos los países civilizados en el que cae en locura ó imbecilidad; pero también si tales causas desaparecen la condena que se impuso recupera su fuerza como volviendo á hallar materia apta para sus fines, cesando si de nuevo se presentan aquellas causas y renaciendo cuando el motivo se extingue.

Y puesto que las condiciones constitutivas de la punibi-

lidad son las mismas que las de la imputabilidad y responsabilidad, juzgamos enteramente inútil el detenernos en exponerlas minuciosamente, reproduciendo la doctrina consignada en el párrafo XLIII y en determinar en su consecuencia qué seres son capaces de recibir ó sufrir la Pena. Si sólo el hombre, si sólo la persona individual pueden delinquir, sólo el hombre y sólo la persona individual pueden ser castigados ó reunir condiciones de punibilidad.

§ LXX.

Noción de los estados de impunibilidad y de sus causas.

Determinadas en el párrafo anterior las condiciones que constituyen la punibilidad, ó sea la capacidad para sufrir la Pena, ha quedado apuntada también la idea de que hay momentos, en los que el hombre viene á carecer de ellas de un modo más ó ménos transitorio ó permanente. Nacen entónces, lo que pudiéramos llamar con razon, estados de *impunibilidad*, en los cuales, mediante cierta causa, aparecen suprimidas las condiciones de la punibilidad, y por tanto no es posible que el reo extinga la condena justamente declarada por el Delito que ha cometido.

La semejanza entre esta noción y la de los estados de inimputabilidad (§ XLIV) es clara, y no podía ser de otra manera; pues si las condiciones que ha de reunir el sujeto para que responda de sus actos, son esencialmente las mismas que las que le capacitan para sufrir las consecuencias de ellos, los estados que impiden lo segundo habrán de ser forzosamente de idéntica naturaleza que los que estorban lo primero: aunque no por esto se confundan de modo que no puedan y deban distinguirse y hablarse de cada uno de ellos con entera separacion.

Desde luego, según el concepto que dejamos expuesto, se comprende que los estados de impunidad, como los de inimputabilidad, son personales y subjetivos, pues representan aquella situación ó manera de ser excepcional del agente, en la que han desaparecido ó no existen las condiciones que harían posibles el fin ó el pensamiento con que la Pena se declaró. Esta supone, por ejemplo, que la perturbación moral causada por el Delito sea destruida por actos de la libre voluntad del perturbador, y si ha perdido la conciencia de sí y de la ley, como sucede en el caso de locura, ha desaparecido también la posibilidad del resultado que se apetecía. La Pena, pues, al ménos con tal carácter, no cabe dentro de las condiciones actuales ó presentes de la persona que debiera sufrirla.

Y esta nota separa los estados de que nos vamos ocupando de otras causas ó motivos que producen como ellos el efecto, de que no se imponga el castigo ó no se ejecute, aún habiendo habido crimen, como acontece en el caso de verdadera enmienda, de prescripción, de amnistía ó indulto, ó en virtud de la inmunidad personal de que gozan algunos individuos del Estado, como en los Gobiernos constitucionales el Monarca y los representantes del Poder legislativo, si la Cámara no concede permiso al judicial. En todos ellos hay persona que puede ser castigada; pero en unas ocasiones por no ser ya esto justo, en otras por evitar ataques contra quien se dice debe tener completa independencia en el ejercicio de su cargo, no se declara ó no se impone la Pena, pero sin que para nada se tenga en cuenta el estado de espíritu del reo.

Respecto á su materia ó contenido, las causas de impunidad, son idénticas exactamente á las de inimputabilidad, según queda indicado. En ambas el hombre deja de ser verdadera persona, sujeto activo y productor del Derecho. Pero no son iguales las aplicaciones que de ellas se hacen ni el momento en que se aprecian.

Supuesto el estado en el que los actos no son imputables, no hay delincuente y por tanto Delito; en el de impunidad ha habido crimen y criminal, pero ya no hay sujeto penable. Por esto los primeros de estos estados coexisten con el acto, mejor dicho, éste tiene lugar dentro de ellos, y los segundos son siempre posteriores y aparecen al tiempo de declararse ó ejecutarse la Pena que por esta razón no puede ya cumplirse. Evidente es, que si no ha habido quebrantamiento ó crimen, no puede haber reparación ó castigo, pero bien se comprende que la razón está, no en faltar el sujeto pasivo de la Pena, sino el activo del Delito. Así importa poco que la causa que produce la irresponsabilidad que puede ser transitoria como la embriaguez, subsista ó desaparezca después de ejecutado el acto: al paso que el motivo de impunidad debe sobrevenir después y permanecer mientras la condena pueda extinguirse. El hecho del loco, por dañoso y perjudicial que sea, jamás se reputará como crimen y nunca deberá penarse aunque recobre la razón, y si se empezó á proceder, deberá sobreseerse en el proceso, tan pronto como se haga constar esta circunstancia. Mas si sobreviniese después, el proceso debe continuar hasta terminarse por sentencia que fije, no sólo las medidas de precaución y la responsabilidad civil, sino también la penal, pero que sólo habrá de hacerse efectiva si el agente recuperase el uso de sus facultades intelectuales. Y si la demencia apareciese estando el reo extinguiendo la condena, se suspenderá hasta que de nuevo haya en el detenido capacidad para cumplirla.

De aquí se desprende, que si bien las condiciones de la imputabilidad son las mismas que las de punibilidad, no todas las causas que producen la suspensión de aquellas, son susceptibles de motivar la falta de éstas, porque no todas pueden sobrevenir del mismo modo después de ejecutado el hecho. La menor edad, por ejemplo, el idiotismo, preexisten siempre al acto, le acompañan y jamás

le subsiguen; al paso que la locura, el sonambulismo, el sueño, el síncope ó desmayo, la embriaguez, pueden tener lugar en ambos momentos ó en uno solo. Pero lo que no acontecerá nunca, es que una causa de impunidad no pueda serlo de inimputabilidad si el hecho se ejecuta dentro del estado ó situación en que coloca al sujeto, pues esta doctrina, aceptada por todos los Códigos y tratadistas, se desprende necesariamente del principio de la identidad de naturaleza entre la infracción de la ley y su restablecimiento, en lo cual juzgamos inútil insistir.

Por esta misma consideración, no es preciso detenerse á investigar ni á desenvolver cuáles sean y en qué consistan las causas que imposibilitan el cumplimiento de la condena por venir el reo á un estado personal de excepción, habiendo quedado expuesto en el párrafo XLIII de esta obra las que obstan á la imputabilidad. Tan sólo conviene recordar que de entre ellas deberán excluirse todas las que por su naturaleza no puedan sobrevenir después de ejecutado el hecho, como la minoría de edad y el idiotismo que dejamos señaladas.

Entre las restantes, unas afectan un carácter de permanencia que las demás rechazan, pudiendo enumerarse entre las primeras la locura completa, y la imbecilidad; y entre las segundas, la manía pasajera, el síncope, el primer movimiento de la pasión, la embriaguez, el sonambulismo y aún el sueño. Ciertamente que que lo fugaz de éstas—que pueden cesar por la sola voluntad del hombre y algunas empleando medios artificiales—explica el que no se consignen en los Códigos, pero la doctrina por esta razón, no deja de ser aplicable. El reo embriagado, el sonámbulo, el privado de sentido, mientras permanezca en esa situación, no podrá recibir la Pena, lo mismo que el loco y el imbécil.

§ LXXI.

De las circunstancias ó hechos modificativos de la punibilidad.

La Pena, como toda accion dirigida á producir algun resultado, ha de tener forzosamente en cuenta, no sólo las condiciones de lo que se emplea como medio, sino tambien las del sujeto que ha de experimentar sus efectos. Un mismo castigo impuesto á personas distintas, es sentido por todas, sino diversamente en cuanto á su calidad, sí de una manera diferente en cuanto á su intensidad. El *quidquid recipitur ad modum recipientis recipitur*, es completamente exacto comprendido de este modo. La eficacia, pues, de la Pena, no puede medirse apreciando tan solamente su materia ó contenido, sino además la especial situacion del reo á quien va á aplicarse.

De aquí nace naturalmente la idea de ciertos hechos ó circunstancias que concurriendo en el sujeto pasivo, le colocan en un estado peculiar y propio, produciendo que el efecto de la Pena sea distinto (mayor ó menor) que el que se desprende y nace de considerarla en sí misma ó únicamente con relacion á su materia.

Tales hechos, como se acaba de indicar, son personales del sujeto pasivo, cuya manera de ser ó estado constituyen. Y esto los distingue profundamente de aquellas circunstancias accidentales que pueden modificar el castigo, bien por unirse con otro, bien por su duracion, lugar en que se cumple, etc., que no dependen en verdad de las condiciones de la persona á quien se impone. Como las modificativas de la imputabilidad son, pues, subjetivas, y es preciso, por tanto, entrar en el interior del agente para darse cuenta del estado de su espíritu; por más que todo esto se revele con más ó ménos certeza y seguridad por señales

exteriores, como el sexo, la posición social ó de fortuna, etc.

Diferéncianse, sin embargo, de ellas, en que así como éstas recaen en el sujeto activo del Delito, las modificaciones de la punibilidad se refieren al sujeto pasivo de la Pena. De este modo dos crímenes cometidos por dos sujetos, pueden ser enteramente iguales, no sólo objetiva sino también subjetivamente considerados, en su fondo y en sus accidentes, y pesada y valuada la criminalidad de uno y otro dar una cifra ó suma completamente igual. Al llegar, sin embargo, el momento de traducir estos datos, en un todo idénticos, en la Pena correspondiente á cada autor, tal vez en la mayoría de los casos deba variar considerablemente en intensidad, por las modificaciones que introduce la especial situación ó estado de cada uno de los sujetos penales. Era una mujer el agente del primero, y un hombre el autor del segundo, y la pena para ambos la de cadena y trabajos públicos, y sin embargo, en ningún país, ninguna mujer ni anciano extinguen esta condena, creyéndose tan dura para ellos la de reclusión en un establecimiento penitenciario, buscándose por este camino una igualdad que por otro no se alcanzaría.

Tales causas subjetivas ó personales constituyen, pues, al sujeto pasivo en una peculiar situación en la que el tratamiento penal es sentido con mayor ó con menor intensidad, produciendo efectos más ó menos considerables. Porque si ciertamente el castigo no es sólo un estímulo puesto á la sensibilidad, no puede negarse, que sobre todo al comenzar, se propone dirigir, empleando tales medios, los actos voluntarios del sujeto al restablecimiento del orden que perturbó. Pues bien; el niño, por ejemplo, más fácil para determinarse, es llevado al crimen, pero también á la enmienda con menor esfuerzo que el adulto; el trabajo corporal impuesto en la prisión, corrige tal vez al hombre que en libertad vivía del producto de sus manos, pero exclusivamente exigido al dedicado al estudio,

le embrutece ó le desespera; el régimen de la cárcel que mantiene la salud del hombre robusto, somete á crueles suplicios al enfermo ó de constitucion débil; el carácter frio y reconcentrado del uno, reclama una Pena de duracion larga y sostenida, el violento é irascible del otro, una más corta, tal vez más dura en apariencia.

Pero en todo el curso de esta exposicion venimos hablando de más y de ménos, de mayor y de menor, lo cual supone ciertamente dos términos que se comparan, que han de determinarse para que resulte completa claridad en la materia.

Es uno de estos términos lo que pudiéramos llamar punibilidad ó capacidad *in abstracto* ó ideal para sufrir la Pena, y el otro la punibilidad *in concreto* ó individual. Por la primera, la Pena es apreciada en sí misma, en su materia y en su contenido, teniendo en cuenta tan solo el efecto que ha de producir, atendiendo á su naturaleza. Cuando en los Códigos, por ejemplo, se marca un máximo y un mínimo de duracion ó de cuantía de las Penas que son divisibles, se entiende que en el medio de esos dos extremos se halla un tipo que responde exactamente á la capacidad ó sensibilidad comun y ordinaria de los reos para recibirlas. Por esto todo castigo se aplica en su grado medio—que en algunos países se llama pena ordinaria—cuando no aparece motivo para aumentarle ó disminuirle por concurrir circunstancias accidentales ó modificativas de la imputabilidad ó por el estado ó situacion del sujeto penable. En tal supuesto, la Pena mirada objetivamente *in abstracto*, no vale más ni representa más que si se la considera subjetivamente *in concreto*, resultando por consiguiente, una armonía perfecta entre uno y otro aspecto.

Puede por el contrario suceder que la sensibilidad del reo sea mayor ó menor que ese tipo que se reputa como ordinario: y entónces si se quiere conservar y mantener

la realidad de las cosas y la proporcion, es indispensable que la Pena se aumente ó se disminuya, pues mirada en concreto y subjetivamente, representa más ó representa ménos que si se considera en abstracto y objetivamente. Y al modo que el medicamento produce más ó ménos efecto, no sólo conforme á su naturaleza, sino tambien á la del paciente, consistiendo la habilidad del facultativo en apreciar y tener á la vez presentes ambos extremos, de igual manera acontece con el medicamento del alma que se llama Pena. Es el legislador el teórico que señala en general la clase y las proporciones máxima y mínima dentro de las cuales ha de encontrarse forzosamente la del caso concreto que se cuestiona; y es el juez el facultativo práctico que la busca y sabe encontrarla despues de haber reconocido minuciosamente al enfermo.

Compréndese perfectamente, que esta materia, como otras muchas, se roza con el gravísimo problema objeto del LIBRO CUARTO de esta obra de la relacion entre la Pena y el Delito, y que no puede tener ahora todo el desarrollo de que es susceptible. Tan sólo deberemos apuntar ántes de seguir adelante, evitando una mala inteligencia, que de lo expuesto no haya de deducirse que aplaudimos el sistema de la mayor parte de los Códigos modernos, llevado á la exageracion en el nuestro, que consiste en señalar siempre un máximo y un mínimo á cada castigo, dejando encerrado al juez entre límites demasiado estrechos, para que aprecie las varias y múltiples circunstancias accidentales del Delito, las modificativas de la imputabilidad y de la punibilidad. Léjos de esto, el límite, si existe, ha de ser el que esté determinado por la naturaleza especial y propia de la punicion. El químico, por ejemplo, marca, sin duda alguna, las dosis en las que el arsénico es un veneno ó un medicamento; y el filósofo del Derecho puede, de igual modo fijar cuándo una pena de restriccion ó privacion de libertad es verdaderamente correccional y restau-

radora, pasado el que se convierte en un puro mal ó dolor, ó una medida de precaucion enteramente externa y material. Bien puede asegurarse que el límite máximo á que pueden llegar tanto unas como otras, aplicadas en el espíritu del Derecho, es el de diez años, pues si trascurrido ese plazo la correccion no se ha alcanzado, es lícito desesperar de ella y deben dejar de ser miradas ante la justicia de los hombres como Pena. Tampoco queremos decir, en verdad, que una vez que sea ésta declarada no pueda alterarse, bien por sobrevenir circunstancias modificativas de la punibilidad, bien por haberse obtenido ya el fin, ó porque los hechos hayan demostrado que era excesiva ó demasiado ténue. En repetidas ocasiones hemos dicho, que así como el médico modifica la dosis del medicamento en vista de los resultados que obtiene, del mismo modo deben proceder los jueces del Estado si están atentos al efecto que el castigo produce.

De la doctrina que venimos desenvolviendo se desprende que las causas modificativas de la punibilidad pueden ocasionar aumento ó disminucion en el castigo; de aquí que se diga, aunque no con toda exactitud, que son agravantes ó atenuantes. Acontece lo segundo cuando la sensibilidad del reo es mayor que la que se supone como regla general, y lo primero en el caso contrario.

Enumerar todas las causas modificativas de la punibilidad es tarea realmente impracticable, pues debiera comprender todas las circunstancias que influyen en más ó en ménos en el hombre. Esta parte de la aritmética moral, como la llama Benthan, se compone de un número de cifras y fracciones infinitas que escapan, á pesar de los esfuerzos de este ilustre autor, á toda enumeracion racional. Contentémonos, pues, con indicar alguna de las principales, cuando los legisladores han sido en este punto tan parcos.

Figura en primera línea el sexo, que todos los Códigos

han apreciado, así como la edad, que también se ha tenido presente por regla general. Pero no son estas solas; la salud, el temperamento, la fuerza física, las imperfecciones corporales, la cultura, la educación, la posición social, los hábitos anteriores, la profesión, los sentimientos religiosos y morales, hasta las preocupaciones de la época, la raza, el clima, las cualidades del espíritu, como la firmeza de ánimo, la impresionabilidad mayor ó menor, la inteligencia más desenvuelta, más viva ó perspicaz y tantas otras, deben enumerarse como causas de modificar la Pena.

Cuéntase entre ellas, tratándose de la pecuniaria, la posición de fortuna de quien ha de pagarla, y en verdad que es motivo para imponerla en cuantía diferente. Pero no se olvide que cuando la situación más ó menos desahogada se considera como causa modificativa de la punibilidad, no se trata de buscar la proporción entre la cuantía de una multa y la total fortuna del penado. Comunmente se dice que aquel á quien se le priva de una moneda única que posee, se halla en el mismo caso que otro á quien se le confiscan todas las que constituyen su fortuna, lo cual es completamente exacto si no se deduce otra consecuencia más que la de que á uno y otro se les ha privado de todos los bienes que poseían. Mas será perfectamente erróneo si se afirma que ambas Penas son completamente iguales por esta circunstancia. La aflicción que experimenta el que se ve desposeído de una moneda, aunque no tenga más que aquella, no es, por regla general, la misma que sufre el que se encuentra privado de algunos miles: no existe, pues, paridad sino aparente.

Y no sólo la cuantía de la multa en relación con la fortuna total de quien la sufre, es lo que puede considerarse como causa modificativa de sus efectos, sino otras muchas. El sufrimiento del rico avaro no puede compararse con la indiferencia del indigente pródigo que ni

guarda ni aprecia el dinero: el del padre de familia con el del que se halla solo en el mundo, el del que puede adquirir pronto una suma igual con el del que no espera poseerla nunca, ni el padecimiento de quien ha reunido el importe de la multa con impropio trabajo en comparación con el del que le ha heredado ó recibido por título gracioso.

RESÚMEN.

§ LXXII.

La Penalidad.

La palabra *penalidad* tiene en nuestro idioma diferentes acepciones; pues ora se confunde con la Pena, ora representa la reunion ó conjunto de los castigos declarados en un Código, ó los impuestos en un país ó en una época, ora expresa la cualidad abstracta propia de toda punicion, ó lo que en un acto ó en un hecho debe considerarse verdaderamente como Pena ó castigo.

Dejando aparte las primeras acepciones, más ó ménos exactas, emplearemos únicamente en el presente párrafo la última, respondiendo al mismo pensamiento con el que usamos la palabra culpabilidad al terminar el LIBRO SEGUNDO. Si la culpabilidad significaba allí lo que en una accion libremente ejecutada hay de opuesto, de contrario á la ley que debe regirla, la penalidad representa aquí lo que en un acto, tambien practicado libremente ó con conciencia, hay de punicion ó de castigo.

Al considerar, en efecto, el conjunto de los múltiples elementos ó partes en que puede descomponerse lo que constituye las consecuencias que el quebrantamiento de la ley trae consigo, es posible distinguir lo que en ellas hay de propio ó correspondiente á la Pena y responde al

propósito de castigar al autor, de lo que nace de otro fin y objeto. Las medidas puramente externas y transitorias para impedir que el Delito comenzado se consume, ántes de resolver en forma solemne si ha habido verdadera lesion jurídica, como la detencion del presunto reo, la recogida del escrito que se tiene por injurioso, la clausura temporal de la sociedad mientras sus individuos son entregados á los Tribunales, y otras de este género (§ LIV); las precauciones que toma el Estado mientras se cumple la condena, para evitar, por ejemplo, la evasion del recluso al ser trasladado de un establecimiento á otro, ó para impedir las enfermedades contagiosas; la vigilancia que ejerce durante algun tiempo sobre el que ha salido de la penitenciaria, no responden ciertamente á la idea de la penalidad.

Mas si el caracterizar de esta suerte lo peculiar y propio de la punicion, entra en el concepto de la penalidad, tambien está en él comprendido el valorar la importancia y alcance de lo que se mira como Pena, ya en absoluto, ya en comparacion con otras, ó bien relacionándolas con el estado y situacion actual de los sujetos que han de sufrirlas. Así, cuando en el lenguaje científico y áun en el vulgar decimos: la penalidad más grave que puede concebirse es la de diez años de privacion de libertad, apreciamos el tratamiento punitivo en absoluto, y le relacionamos con otros de igual ó parecida índole cuando expresamos, por ejemplo, que el destierro es ménos grave que el extrañamiento, y áun que el arresto ó la reclusion. Valuamos la Pena al referirla al condenado á sufrirla siempre que tenemos en cuenta su situacion y estado, al decir, por ejemplo: la penalidad por idéntico delito no puede ser la misma para el niño que para el adulto, para el hombre que para la mujer en ciertas ocasiones.

Ahora bien; en todo el curso del LIBRO TERCERO de esta obra, hemos ido estudiando metódica y ordenadamente

todos cuantos datos debian apreciarse y tenerse presentes para pesar y medir la penalidad, ya en absoluto, fijando claramente el concepto de Pena, su fin y sus notas esenciales, ya con referencia al sujeto pasivo al determinar las condiciones modificativas de la punibilidad, pudiendo ahora resumirlos de un modo compendioso para que salten desde luego á la vista, á semejanza de lo que hicimos al ocuparnos del Delito (§ L).

Una diferencia habrá de notarse, sin embargo, cual es que el sujeto activo de la Pena no trae elemento ni cantidad positiva alguna que deba apreciarse, al lado de los que suministran la materia y el sujeto pasivo. Dentro de la Filosofía pura del Derecho, el castigo no puede ser mayor, ni menor, ni diverso, segun los tiempos y las circunstancias por las cuales atraviese la Humanidad entera ó parte de ella, que haga apreciarle de diferente modo. Pero no acontece lo mismo si se examina á la luz de la Ciencia política, cuyo concepto expusimos al principio (§ I), pues entónces el legislador no puede prescindir de tener todo eso en cuenta si quiere que su obra, respondiendo á la vida del pueblo, no quede como letra y cuerpo muertos fuera de su época.

Hecha, pues, esta advertencia, podemos decir que la penalidad está determinada por los siguientes datos:

Materia.....	{ Por lo propio y característico de la Pena, atendiendo á su materia (§§ LXV y LXVI).— (La libertad, la propiedad, los derechos políticos, etc.) Por la acumulacion de varias Penas (§ LXVII). (Acumu- ladas propiamente, repeti- das, etc.)..... }	Por lo accidental y variable de cada Pena (§LXVI).— (El lugar, el tiem- po, la cuantía, etc.)

Sujeto pasivo.	} Concurriendo circunstancias ó hechos modificativos de la punibilidad (§ LXXI).— (La edad, el sexo, etc.)

LIBRO CUARTO.

RELACION ENTRE LA PENA Y EL DELITO.

CAPITULO PRIMERO.

RELACION ENTRE LA PENA Y EL DELITO EN GENERAL.

§ LXXIII.

Análisis del principio de la relacion entre la Pena y el Delito.

En los dos Libros anteriores han quedado determinados en toda su extension los conceptos de Delito y de Pena, considerándolos en sí mismos, esto es, aisladamente y sin tener en cuenta, siempre que ha sido rigurosamente posible hacerlo, el vínculo que los une y enlaza. Y debemos decir en cuanto ha sido posible hacerlo, porque en muchas ocasiones, para precisarlos más, y conseguir que de esta suerte fuesen comprendidos completamente, fué necesario dar como supuesta la noción, ya del Delito, ya de la Pena, ya de sus mútuas relaciones. Verdad es que las ideas fundamentales se encontraban expuestas en el LIBRO PRIMERO. No cabe, en efecto, aislar por entero cosas que tienen entre sí un enlace necesario, y ménos cuando una de ellas encuentra en la otra su razon: por esto, para fijar, por ejemplo, lo que es el castigo, no se ha podido prescindir de traer á la memoria lo que es el Delito.

La relacion, sin embargo, que une el Crimen con su Pena, necesita ser más atentamente analizada, no sólo para que aparezca con mayor claridad, sino además porque debe examinarse bajo otros aspectos, pues el restablecimiento del Derecho que se busca, no guarda, únicamente con su quebrantamiento el vínculo que se establece por contener éste la razon de aquél, sino que además la dependencia entre ambos términos subsiste, de suerte que tal como sea el Delito, tal ha de ser la Pena, no pudiendo modificarse el uno sin que tambien sufra la otra el cambio consiguiente. Examinemos, pues, este principio de la relacion entre el quebrantamiento del Derecho y su justo castigo.

La relacion entre la Pena y el Delito, ha dicho un ilustre criminalista de nuestros dias, es una verdad intuitiva, y á no dudarlo, como se ha afirmado por nosotros, es un concepto que se ofrece como evidente por sí mismo á todo sér racional (§§ LVIII y LXIX). No hay persona, por ignorante é inculta que se la suponga, que deje de aceptar como un hecho, de que su conciencia le dá claro testimonio, que todo crimen debe ser castigado y que el culpable debe sufrir una pena. El reo mismo, áun impenitente del Delito, áun sin el propósito de corregirse, la reconoce como la consecuencia justa de su proceder injusto, y sólo se levantará contra ella, ó cuando niegue que su conducta fué criminal, ó cuando la halle excesiva, esto es, no proporcionada á la extension de su falta. Y si la universalidad de un hecho, y la constancia de una nocion á través de los tiempos y de los lugares puede aducirse como prueba de su certeza, ningunos encontrarán un asentimiento más unánime que el hecho del castigo impuesto al criminal y la nocion de su completa justicia.

La idea, sin embargo, de que á la violacion jurídica debe seguir el restablecimiento del Orden de Derecho, no es, como lo hemos hecho notar, aunque sólo incidental-

mente (§§ XV, L y LVIII), más que la aplicación de otras más universales y comprensivas, cuales son las de mérito, demérito y responsabilidad por los actos libremente ejecutados y la de que toda ley, puesto que nace de la naturaleza misma de las cosas y la expresa, entraña en sí misma una necesidad ó debe ser necesariamente cumplida. La razón humana encuentra, en efecto, como imposible y contradictorio que una ley que debe regir los hechos no se realice y exprese por ellos mismos.

Mas no es esto decir que no pueda infringirse nunca ni quebrantarse jamás. La necesidad que toda ley contiene y supone es también igual á su naturaleza y esencia propias. Así, una ley física no se infringirá mientras el mundo de la materia no se trastorne enteramente; pero una ley moral ó ética que ha de ser cumplida por un sér que se determina libremente, puede de hecho perturbarse (§ XIII), pues la necesidad que caracteriza al órden ético es también como el mismo moral; es decir, que para todo sér dotado de razón que se encuentre sometido á ella, aparecerá como moralmente necesaria y como éticamente ineludible. Por esto, cuando consideramos el Bien como el objeto de la voluntad como libre, podemos afirmar que los hombres tal vez discrepen acerca de lo que le constituye en absoluto, mas á menudo lo que aparece como tal en las circunstancias mudables en que se hallan colocados: tal vez conocerán el Bien y le amarán, pero serán conducidos por una apariencia falaz y transitoria y más asequible á su deseo, pero nadie negará, sin caer en locura, que el Bien debe practicarse y cumplirse siempre indispensablemente. Unido esto á la idea que ántes hemos indicado de mérito y demérito, aparece como una verdad á la conciencia universal que quien dejó de cumplir ó se opuso al cumplimiento de un precepto para él moralmente obligatorio, debe sufrir el castigo ó las consecuencias de su falta.

Mas la aplicacion de tal principio, segun resulta de lo expuesto, no puede quedar tan sólo reducido al orden juridico porque su alcance traspasa los limites dentro de los que este se halla encerrado, y que abarca á todo orden ético ó moral. Así, la conciencia aprueba y aplaude, lo mismo cuando sufre la Pena el infractor de la ley juridica que cuando el que conculca la moral ó religiosa queda sujeto á la penitencia ó al castigo.

Es el Derecho, segun queda ya reconocido, la manera de ser las relaciones de los hombres entre sí, y por tanto ha de ser cumplido y realizado en la tierra de un modo necesario. De aquí que se imponga como regla ó principio que ha de regir la voluntad, á pesar de las arbitrariedades caprichosas ó malévolas de los seres que están á él sujetos. Si, pues, por su carácter ético ó moral, que hace posible el quebrantamiento, dejase de cumplirse en algunos casos ó por inaccion ó por la comision de hechos opuestos á sus preceptos soberanos, este estado anormal, contrario á lo que debe ser, tiene forzosamente que ser destruido, imponiéndose el orden á la perturbacion, la ley al incumplimiento, el Derecho á la injusticia (§ XV).

Surge inmediatamente de aquí de un modo lógico y necesario la idea de Pena ó de restauracion, representando lo que hemos llamado autocracia del orden ó restablecimiento del Derecho por su propia virtud y por su propia fuerza y autoridad. El castigo al Delito y por el Delito, aparece, pues, como una necesidad moral, á la manera que dentro de las leyes del pensamiento la consecuencia se desprende y mana del principio en que está contenida.

Limitado á este punto, y dejando aparte la concepcion del castigo como un mal y como una retribucion ó paga, ningun sistema ha comprendido mejor esta necesidad de la Pena justa que reprime la accion injusta y la ha expresado de un modo más brillante que la escuela absoluta

desenvuelta por Kant, cuando ha dicho que la Pena debe acompañar al Delito como la sombra sigue al cuerpo que la proyecta.

Si ha habido, pues, infracción jurídica, ha de haber restablecimiento de este orden: pero esto no basta. La razón, pasando más adelante, se pregunta primero cómo ha de ser este restablecimiento ó cómo ha de ser esta Pena, y cuánto el castigo para que se considere suficiente para el fin que se intenta conseguir.

En efecto, al sentido comun aparecen de un modo claro ambas ideas, á saber: que así como es el Delito así debe ser la Pena, y que tanto como sea el primero debe ser la segunda, cuando dice que un crimen diferente por completo de otro, debe tener un castigo diverso, y á mayor Delito mayor Pena.

Más estos presentimientos é intuiciones de la verdad son inconscientes y confusos, de aquí falibles y sujetos á error cuando—como de ordinario acontece—se quieren aplicar sin que conste ántes toda su verdad y se determinen como principios científicamente sabidos.

Entre la Pena y el crimen que castiga, existe una relación, por la cual la naturaleza de la primera se muestra como semejante á la del segundo, que puede apellidarse *analogía ó relación cualitativa*. Aparece además otra, mediante la que tanta ha de ser la punición como fué el crimen, la que puede denominarse *proporción ó relación cuantitativa*. Y si esto es así, preciso es determinar las nociones de cualidad y cantidad y de dónde nacen ambas relaciones de analogía ó proporción.

Representa la idea de cualidad aquello que hace que una cosa sea lo que es y no otra diferente: lo que en suma constituye su esencia propia. Por esto, los diversos órdenes de seres, así materiales como inmateriales, se distinguen los unos de los otros por sus cualidades, que se expresan en las notas ó caracteres. De esta suerte hemos

separado el Delito de la falta puramente civil, la Pena de cualquier otro sufrimiento, etc.

Habrà, por consiguiente, relacion de analogía siempre que la cualidad de una cosa sea igual á la de otra, ó que ambas sean de la misma naturaleza. Es la Pena análoga al Delito, ó mantienen entre sí relacion cualitativa, cuando la primera sea de igual suerte que el segundo.

Y que esta relacion, que el sentido comun concibe de una manera confusa, debe existir, se comprende con toda claridad luégo que se recuerda el concepto ya aprendido de la Pena y del Delito. Si éste es la perturbacion del órden jurídico, aquella es su restauracion y restablecimiento (§ LI y LII).

Ahora bien; si las leyes no se perturban sino por hechos de igual clase á los que constituyen su observancia, tampoco se restauran sino del mismo modo y por medios de idéntica naturaleza á los que se emplearon para violarlas (§ XV). Inútilmente se intenta restablecer en su observancia un precepto moral ó ético con hechos exclusivamente materiales y con medios puramente externos, y lo contrario. Por esto, teniendo todo presente, decíamos en el LIBRO TERCERO, al fijar la naturaleza de la Pena, que siendo el Delito perturbacion del Derecho, su castigo debia ser tambien doblemente jurídico por el fin y por los medios (§ LII), por lo cual distinguíamos la Pena natural de la jurídica, y áun ésta de la forense ó del Estado. Mediante el mismo principio hallábamos que todo procedimiento que no pudiera compadecerse con el concepto del Derecho, como la muerte del criminal, la mutilacion, la infamia, no podia comprenderse entre las justas puniciones del Delito. Por esto tambien la Pena, como reaccion contra la injusticia, no puede ser un procedimiento puramente material, sino ético, como es la falta, y consistiendo esta en haberse determinado el agente contra el Derecho por actos de su libre voluntad, el castigo deberá propo-

nerse necesariamente rectificar la intencion viciada y corrompida, sin lo cual, no seria la restauracion de la misma índole y carácter que fué el quebrantamiento.

Desconoce por completo este carácter de la analogía que debe concurrir como general en todo castigo, segun ya hemos hecho notar, los que tan sólo buscan en él el medio puramente físico y externo de impedir los daños futuros que pudieran venir por parte del reo, no viendo otra cosa que esto en las privaciones de la libertad externa, en el extrañamiento, en el comiso, y áun en la multa impuesta, por ejemplo, al que con dádivas corrompió al ejecutor material del atentado, cuando no pueden tener otro valor en un último término para conseguir el completo fin de la Pena, que colocar al delincuente en condiciones para que, conociendo y apreciando su falta, restablezca el orden en sí mismo y luégo en su conducta exterior.

Tambien olvidan semejante principio los que, no contentándose con la enmienda jurídica, que se obtiene tan luego como el criminal dá seguridades que no se levantará en adelante contra el Derecho, exigen como necesario que haya alcanzado la voluntad aquel grado de perfeccion, que consiste en determinarse á obrar sólo por contemplacion al Bien y por llenarle en la tierra, como su destino: pues si la ley jurídica, á diferencia de la moral, se cumple y mantiene, aunque tan elevado propósito no guíe la conducta humana, se restablece y restaura aunque no se llegue á conseguir la enmienda hasta ese extremo que sale fuera de los límites del Derecho mismo (§ XIV).

Mas la analogía, no sólo se comprende cuando se examinan los dos términos, Delito y Pena en general, esto es, como la congruencia entre uno y otro pensando únicamente en lo que es la infraccion cualquiera que sea y su restablecimiento, esto es, en los caracteres ó notas esenciales de cada una de estas nociones, sino además cuando se

relacionan un determinado Delito con una Pena tambien determinada. Ciertamente que en este punto es donde, como veremos en su lugar oportuno, se presentan las más graves dificultades en la teoría. En la aplicacion, á juzgar por el desarrollo que presentan los Códigos penales vigentes, se ha prescindido casi por completo de buscar principios fijos, ó al ménos algun tanto constantes, que determinen la analogía, considerándose como puramente arbitrario el fijar á cada infraccion jurídica Pena de una ó de otra clase, á pesar de haber sido tan fecundos sus autores en inventar castigos y sufrimientos diversos distinguiéndolos aún por lo meramente accidental y accesorio.

Sin embargo, bien se comprende que la relacion jurídica infringida, la forma ó manera en que se ha llevado á cabo su razon ó causa, demuestran, segun se ha expuesto (§§ XXXVIII, XXXIX y XL), no sólo que el agente es capaz de infringir el Derecho que debia cumplir y mantener con los actos de su libre voluntad, sino además el sentido y direccion en que aparece su alma viciada, esto es, el especial carácter que en aquel caso reviste el quebrantamiento jurídico. La restauracion, por tanto, ha de ser análoga á la falta, y el remedio semejante al vicio que se intenta corregir desempeñando la Pena el carácter tutelar que en ella hemos reconocido.

Sin duda por el presentimiento, aunque algo vago é indeterminado de estas verdades, encontramos siempre que á los Delitos violentos y atroces se asignan penas que muy comunmente se llaman afflictivas; á las faltas nacidas de la omision de aquel cuidado y diligencia que puede exigirse á todo hombre para que ni por descuido infrinja la ley, multas ó reprensiones, reservándose de ordinario el destierro, la relegacion y el extrañamiento para castigar los llamados delitos políticos, ó contra el Derecho del Estado nacional que no revelan profunda perversidad, por

que van más contra la forma que contra el fondo del Derecho, y le desconocen más que en su contenido en el procedimiento justo para su realización.

Los principios, pues, que determinan la Pena análoga, han de hallarse necesariamente examinando el Delito mismo. Este, en efecto, ha mostrado que el autor no sólo es capaz de infringir el Derecho, sino además en qué órdenes de relaciones, y por tanto, el sentido y dirección injustos á que se inclina. Al quebrantar la ley, sacó de su recto camino la libertad; hubo según la ordinaria, aunque poco exacta manera de hablar un verdadero abuso de ella. Mas como este abuso se manifestó en una dirección dada, y en un especial orden de relaciones jurídicas, sobre los mismos debe recaer la represión. Por esto la Pena, como tutelar y restrictiva, conseguirá este propósito empezando por restringir la actividad del agente, privándole de la franquicia de que se valió para ofender el Derecho. Si todo castigo, pues, para ser análogo con todo crimen, debe coartar la actividad voluntaria, esta coartación, para ser análoga con cada uno, debe recaer sobre la franquicia que se puso en juego para llevar á cabo el quebrantamiento de una especial relación jurídica, apartándola del servicio justo á que estaba destinada. Así el juez prevaricador no puede continuar en su cargo; el que vendió su voto en las elecciones interviniendo en esta función; el que ha corrompido la juventud, á quien debía educar, dedicado á la enseñanza; y el que no supo usar de su Derecho, gozando de él mientras no aprenda á darle su verdadero destino.

Y tal principio está bien lejos de ser la pura retorsión y paga del mal por el mal, que consisten, no en quitar los medios de causar el daño, sino en producir al agente el mismo que causó á la víctima y en hacer que, volviendo sobre sí, refluya, como de rechazo, en la persona que le produjo. La coartación de la franquicia ó derecho que sir-

vió como medio para delinquir es, por el contrario, la defensa y tutela que reclama el Estado y que conviene y aprovecha al mismo criminal. Es lo primero, porque cuando existe entre la Pena y el Delito la relacion que venimos señalando, reaparece, por de pronto, la tranquilidad en la sociedad entera, que sabe que no se infringen impunemente sus leyes, y que los actos de perturbacion que lamenta no se repetirán, al ménos por el mismo culpable, á quien faltan los medios para ello. El reo, sin embargo, es colocado en la situacion y sometido al régimen jurídico que podia pretender: y cuando por este procedimiento se alcanza la enmienda del pecador, se ha llenado enteramente el fin del castigo, y entónces es completa la seguridad y confianza del Estado. Es lo segundo, porque la privacion de la libertad ó franquicia de que no se supo usar se presenta, á no dudarlo, como uno de los más eficaces medios de conseguir que algun día llegue á emplearse rectamente cuando la conciencia diga, como no puede ménos, que la Pena ha sido merecida y justa. El Bien que se gozaba, por propia culpa perdido, se apetece con el deseo de lo que ya se conoce y que se aprecia mejor que cuando se poseía. Y no de otra manera procede todo tutor ó todo el que intenta educar: de manera que aquí como siempre resplandece la armonía de la justicia en los varios procesos y formas de su desenvolvimiento, porque se ve que la Pena más correccional es al propio tiempo la más tranquilizadora.

Pero la especial naturaleza del Delito y de la perversidad que revela, no se dá á conocer tan sólo por la especial naturaleza de la relacion jurídica infringida, sino además por la forma en que se ha llevado á cabo (§ XXXIX) y por la causa ó razon que reconoce como origen (§ XL). La violencia no puede compararse, por ejemplo, con el fraude; pues si la primera deja ver gran crueldad, también demuestra que el corazon, más que profundamente viciado, está inculyto que

carece la inteligencia de dominio sobre el instinto brutal y grosero, y el hombre se halla en un estado muy semejante al de la infancia; al paso que el fraude, que no es hijo nunca del arrebató de un momento, sino friamente decidido y largamente preparado, hace ver más cultura, pero extraviada ó mal dirigida, tal vez falsa y errónea. Por esto los delitos meramente violentos son más comunes en los pueblos primitivos; los fraudulentos en los más adelantados; los primeros en los hombres ignorantes, y los segundos en los corrompidos en la atmósfera de las grandes civilizaciones. La punición debe, pues, responder por su carácter á esto, que también reconocemos en el Delito como esencial.

Pero la Pena no sólo ha de ser análoga, sino también proporcionada; esto es, no sólo debe guardar con el crimen relación cualitativa, sino además cuantitativa: y para determinar en qué consiste ésta última, se hace preciso detenerse un tanto en el análisis del concepto de cantidad.

La cantidad, tratándose de seres finitos, no se refiere á su naturaleza y esencia. Y decimos tratándose de seres finitos ó de algo finito porque es evidente que si los comparamos con lo infinito, la cantidad constituye una calidad esencial: lo que no es infinito siempre es en más ó en menos cantidad; la cantidad es, pues, un esencial atributo de todo lo finito. Por tanto, si nos referimos á algo que sea limitado, el más ó el menos, según se dice comunemente, no muda la esencia de las cosas. Hace, pues, relación este concepto de la cantidad al desenvolvimiento, al desarrollo de lo finito, que puede mirarse en un estado diverso de su vida ó de las evoluciones por las que pasa, sin que por esto cambie lo que constituye su propia manera de ser. De aquí que se diga generalmente que cantidad es todo lo que es susceptible de aumento ó de disminución.

Aplicando esta doctrina al Delito y á la Pena, la cau-

tividad del uno y de la otra será el desenvolvimiento que quepa en lo que en ellos constituye y forma lo esencial. De acuerdo con este pensamiento decíamos en el § LXVI que era equivocado y erróneo clasificar los castigos por su duración, su material cuantía, ó por el lugar en que debieran cumplirse, considerándolos como diversos y totalmente diferentes, según el uso y práctica de los Códigos, y distinguir las acciones punibles en delitos graves ó *crímenes*, y ménos graves ó *delitos*, y faltas ó *contravenciones*, cuando en realidad todo esto no representa otra cosa sino el mayor grado ó altura á que podían llegar.

Si, pues, la cantidad de la Pena no depende de lo esencial de la misma, no puede jamás estar determinada por cosa alguna que constituya la esencia misma del Delito, sino por lo accidental, ó sea por el mayor ó menor desarrollo que éste haya tenido, que haga ver que la perversidad es más ó ménos intensa y profunda. La naturaleza del crimen fijará claramente la clase de la Pena, pero no su cantidad. Así, cuanto dé á conocer la energía de la intención viciada, como el estado á que llegó el Delito, la participacion en él como autor ó como cómplice, la persistencia en el mal como la reiteracion y la reincidencia y sus raíces y fundamentos más hondos que los que muestra á primera vista, así tambien como la situacion actual de quien ha de estar sometido á la Pena, como su temperamento, su sexo, etc., serán datos que servirán para establecer la intensidad en que debe ser aplicada, pero nunca para determinar su clase; de la propia manera que la índole de la enfermedad señala el medicamento que debe emplearse, pero no la dosis, que depende de la mayor ó menor violencia con que se haya desarrollado y de las condiciones de la persona que ha de experimentar sus efectos curativos.

Dos, pues, han de ser los términos que deben consultarse para resolver el problema: la intension de la perversidad

que se ha mostrado y la capacidad del sujeto para sufrir la Pena y experimentar sus efectos saludables. Cuando atentamente recogidos y con cuidado exquisito apreciados, se toman en cuenta el castigo justo no resulta una idealidad abstracta, sino una realidad concreta que responde á la del caso individual que el juez tiene á la vista, determinándose la que hemos llamado (§ XXXII) responsabilidad objetiva y subjetiva *in concreto*. La Pena entonces es tambien concreta, esto es, *personal* ó justa para un delincuente dado, injusta quizá, por desproporcionada, para otro, aunque autor, al parecer, de un crimen enteramente idéntico.

De lo expuesto se desprende de un modo claro que el establecer la Pena análoga al Delito entraña una funcion diferente que la de determinar la Pena proporcionada, y que una y otra corresponden á poderes diversos que deben moverse con absoluta independencia dentro de su esfera. Lo primero nace de principios, de la contemplacion de lo esencial de todos los Delitos semejantes, y se desenvuelve por tanto en leyes generales que pueden y deben establecerse *à priori*, cosa que sólo es lícito al legislador: lo segundo, del exámen de lo individual, de lo particular del Delito ó hecho concreto que se tiene delante, que no puede verse ni apreciarse sino en cada caso, esto es, *à posteriori*, funcion propia y áun solamente posible para el llamado á juzgar y dictar fallos, ó hacer aplicacion á un individuo de la ley adecuada para él, que está comprendida en la general para todos; esto es, para el poder judicial.

§ LXXIV.

Relacion entre la Pena, cuando se la considera como retribucion,
y el Delito.

El concepto que se tenga de la Pena y de su fin determina necesariamente el que se forme de la relacion que guarda con el Delito que reprime. De aquí, pues, que habiéndonos ocupado en el Libro anterior de la varia manera en que aquella ha sido concebida, seamos en éste llevados á hacer ver cómo estas ideas se desenvuelven y desarrollan al dar solucion á uno de los problemas más importantes del Derecho penal.

La primera nocion de la Pena que se nos presenta, es la que la considera como la expiacion y la paga del daño ocasionado por el crimen, que quedó expuesta, así como las doctrinas de la llamada escuela de la justicia absoluta, en los §§ LVI y LVIII. Ocioso es por tanto repetirla, bastando ahora para nuestro objeto el recordar que la relacion que se establece entre el castigo y el Delito, se traduce por la identidad cualitativa y cuantitativa entre los dos males que se tienen presentes. El daño que voluntariamente ocasionó el perturbador del Derecho, vuélvese en forma de Pena y por retorsion sobre su cabeza, no pudiendo quejarse, por tanto, cuando es tratado de la misma manera que por él lo fué su víctima.

Cuán equivocado y erróneo sea este modo de concebir la relacion entre la Pena y el Delito, se comprende luego que atentamente se consideran las consecuencias á que conduce.

Dejando á un lado el concepto de la Pena como mal, la reciprocidad entre el ocasionado por el Delito y el que contiene el castigo, es contrario á todo pensamiento de justicia, la cual reclama y pide que cada uno sea tratado

como exige su situación y estado actual, no como él se condujo con sus semejantes violando y perturbando el Derecho. De otra suerte se vendría á elevar á la categoría de principio la injusticia, y se conduciría el Estado, que tiene la misión de conservar el orden jurídico y restablecerle cuando se quebranta, de un modo tan torcido y tan inicuo como el mismo reo imitando á sangre fría sus malos hechos, como si la injusticia del uno pudiera nunca justificar la injusticia del otro.

Cierto es que la retorsion que implica la venganza es por desgracia un sentimiento que nace de ordinario en el pecho de todo hombre, pero sólo como hijo de la limitación y la flaqueza de la humana raza. En reprimirle, en dominarle, en procurar el verdadero Bien á los que nos ofenden y nos hacen mal, está la perfección á la que deben aspirar de consuno y juntamente la ley moral, la religiosa y la jurídica. De todas se olvidan los que, santificando la venganza, proclaman, como Pacheco y otros, «*qua mal*» por mal es la relación necesaria que no nos es dado romper por las fuerzas de nuestro entendimiento: *mal por mal* es la ley cuya realización nos satisface, y cuya falta nos deja un vacío, una expectación que no llenamos nunca.»

Fundados todos los sistemas de retribución en este principio, le aplican y desenvuelven sin embargo diversamente al resolver el problema que agitamos, pudiendo señalarse como capitales dos tendencias. Es la primera la que apreciando tan sólo el sufrimiento y el mal físico ocasionado por el crimen, le paga y retribuye con otro también físico, enteramente igual en calidad y cuantía, estableciendo la Pena llamada del talion. Es la segunda la que intentando purificar ó espiritualizar el mal de la Pena, la hace consistir en un sufrimiento moral; ó por el contrario, considerando—que es lo más común—que el Delito ocasiona un mal puramente ético, encuentra la retribución en el puramente físico del castigo.

Entrando á examinarlas separadamente, no puede en verdad negarse que la teoría del talion en sentido estricto, resuelve de un modo perfectamente claro el problema de establecer con toda exactitud la Pena apropiada á cada Delito en calidad y cuantía. Cuando las leyes escriben diente por diente y ojo por ojo, y que la vida del homicida sea el justo castigo del homicidio, determinan de un modo que no deja duda alguna en qué consiste la represion que se estima como justa y merecida.

Pero si el problema queda claramente resuelto, no puede decirse con igual propiedad que quede resuelto de un modo completo y satisfactorio. Por de pronto, muchos Delitos—la inmensa mayoría de ellos—son incapaces de producir un daño físico apreciable; tal acontece en la injuria, en la calumnia, en todos los cometidos contra la honestidad, en muchos contra el Estado, en los desacatos, desobediencias á la autoridad, etc. En ellos es, por tanto, imposible encontrar la Pena del talion, y por esto vemos que, apartándose de ella, se persigue una semejanza puramente simbólica y quimérica, que se aleja completamente de la verdad de los hechos. Entónces al falsario se le corta la mano, se castra al sodomita y se arranca la lengua al blasfemo, con otros procedimientos todavía más horribles que la misma retorsion material. Aun en aquellos crímenes que producen un daño físico, si resulta siempre inhumano el tratar al culpable de la misma manera que él obró, aparece en ocasiones tan repugnante, que los pueblos más bárbaros y atrasados han resistido á consignarlo en sus leyes. Piénsese en la retorsion en los delitos atroces en que ha de imitar el Estado la crueldad y fiereza del reo y se comprenderá que no puede resistir ni un solo instante á la crítica del sano sentido comun. A veces no sólo es repugnante, sino completamente imposible, cuando el que ha de ser castigado carece de capacidad para sufrir el mal de la Pena, como sucede al ladron completamente pobre, ó

al que siendo tuerto se le ha de imponer la pena de arrancarle un ojo, ó al manco se le ha de cortar una mano.

Tal sistema, universalmente desechado hoy, ha ejercido sin embargo grande influencia en la Filosofía penal que aún conserva en gran parte dentro de las legislaciones positivas. Benthan, con tanta admiración escuchado en época no lejana, desenvuelve con toda prolijidad, en su *Teoría de las Penas y de las Recompensas*, el principio de la analogía y los medios de hallarla. Como preciosas fuentes de esta cualidad, señala, por ejemplo, la identidad entre el instrumento del crimen y el de la Pena; y así, propone la aplicación del fuego al incendiario, aunque sin llegar hasta la muerte, señalando la ley la parte del cuerpo que debía ser expuesta á su acción, el tiempo que debiera durar el suplicio, la manera de llevarle á cabo, representándose todo esto en un grabado que acompañase al Código; al que asesinó por inundación, marca como Pena el ahógarle, aunque no admitiéndose la capital debiera limitarse á hacerle perder el sentido, de modo que pareciese muerto; al que lo hizo por el veneno, envenenarle, teniendo preparado el antídoto. No rechaza Benthan la analogía puramente simbólica, ántes bien la aplaude; y así, propone que el falsario sea expuesto al público con la mano atravesada por un hierro en forma de pluma y el calumniador con la lengua por una aguja. Su expositor Dumont añade, que ambas Penas podrían ser más duras en la apariencia que en la realidad, haciendo que la pluma fuese mucho más delgada en la parte que entrase en la mano que en la restante, para que el público creyese que la atravesaba en todo su grueso, y la aguja de hierro fuese extremadamente ténue, aunque terminada en dos botones que obligaran á tener la lengua fuera de la boca. ¡A tales absurdos y delirios conduce el buscar la analogía por el camino de la Pena del talion! Las legislaciones positivas vigentes conservan aún vestigios de estas doctrinas, no

sólo en el modo de concebir todo castigo, sino en su aplicación en determinados casos. Tales son la muerte impuesta al asesino, el castigar muy á menudo el falso testimonio en causa criminal con la misma pena que por él se impuso á la víctima (1), y al juez que dictare á sabiendas sentencia injusta, con la misma pena que injustamente decretó (2).

Ménos cruel y repugnante, pero más irracional y arbitrario, se presenta el sistema del talion ennoblecido. Pretendiéndose comparar el mal físico ó moral del Delito con el mal moral ó físico de la Pena, adviértese desde luego que se ponen en parangon y frente á frente términos esencialmente distintos. Para que una cosa equivalga á otra ó sea su retribucion ó paga, es indispensable que existan entre ellas puntos de contacto por contener ambas cualidades ó extremos semejantes. De otra suerte, si la naturaleza de los términos es completamente diversa, no sólo la retribucion sino que hasta el pensar en compararlos es de todo punto imposible, y al perseguir la analogía y la proporcion, se cae por este camino en la arbitrariedad y en el absurdo. Cuando al que causa lesiones se le multa, relacionando la impórtancia de las unas con la cuantía de la otra, se escriben leyes como la de nuestro Fuero Real (3), que por más que haya merecido la alabanza de personas entendidas, causará horror y repugnancia invencibles al que en estas materias sólo se guie por su

(1) Pueden citarse como ejemplos, entre otros, los que contienen los artículos 366 y 367 del Código penal italiano, y el § I, art. 238 del Código portugués.

(2) Entre otros, los artículos 361 y 362 del Código penal de 1870, 222 del Código italiano, y el § I, art. 284 del Código portugués.

(3) Nos referimos á la ley III, título V, libro IV del Fuero Real, citada por Pacheco en su introduccion á los *Comentarios al Código penal*, en cuya ley se tasan en maravedises las lesiones, segun son en la cabeza, en la cara, en el cuerpo, si rompen el cuero y llegan al hueso, si ocasionan la pérdida de un ojo, de la nariz, del labio, de la mano, del pié, y áun segun sea en cada uno de los dedos, que se estiman en cuantía diferente.

buen sentido y por su recta razon natural. Cuando al que hurta se le encarcela y al reo de rebelion se le extraña, es imposible distinguir punto alguno de contacto entre el mal y el daño que se intenta pagar y retribuir, con el mal y el daño que se mira como paga y retribucion. Como expresa un profundo escritor de nuestra época, tan irracional es inquirir cuántos días de arresto vale una injuria, como cuántas arrobas de hierro son necesarias para hacer un vestido de paño.

Y la dificultad no se salva, en verdad, con decir que no se busca en la Pena la paga del Delito, sino la justa expiacion. Si esta palabra — como indicamos en lugar oportuno (§ LVIII) — no se toma en el sentido de enmienda y mejora del culpable, única cosa que repara el mal y restablece la ley en su observancia, ó carece de todo significado, ó sólo puede representar la paga del crimen con la Pena. Expía el Delito quien ha sufrido bastante para satisfacer la deuda contraida por su conducta injusta, lo cual supone necesariamente una comparacion entre términos homogéneos. El problema, por consiguiente, reapareca, y ha de ser resuelto reputando el sufrimiento del castigo como compensacion del que ocasionó el crimen y presentándose de nuevo las dificultades insolubles que venimos señalando. ¿Cómo ha de ser el dolor y cuánto para que contenga la expiacion de la falta cometida? Para responder á esta pregunta, ó es preciso buscar estrictamente la Pena del talion, ó perderse en conjeturas, en comparaciones arbitrarias y en semejanzas caprichosas, buscando equivalencias entre cosas por completo diferentes, cuales son el mal moral y el mal físico.

§ LXXV.

Relacion entre la Pena, cuando se la considera como defensa y medio preventivo, y el Delito.

El mirar exclusivamente la conservacion material del orden contra los actos de sus perturbadores como fin de la Pena, dá origen, segun hemos dicho en otra parte (§ LIX), á su concepto como defensa y como medio preventivo; siendo el propósito que puede llevar al Estado á castigar ó impedir los nuevos ataques por parte del mismo delincuente, ó los de otras personas que, sin haber faltado todavía, se encontrasen inclinadas á ello, mediante siempre la amenaza y la ejecucion del castigo. La relacion despues entre el crimen y su Pena es muy distinta, segun se considera uno de esos particulares fines.

Mas el que el Estado quede á cubierto de nuevas trasgresiones por parte del criminal, puede intentarse, ó por medios puramente materiales, ó empleando la coaccion psíquica. En el primer supuesto la relacion cuantitativa se determina por la privacion al culpable del medio de dañar, y especialmente de la libertad externa, viniendose á confundir muy á menudo con el talion y expresando la cuantitativa la Pena perpétua.

Si la coaccion que se emplea es sólo ó principalmente la del espíritu, se busca al fin y al cabo que la voluntad se determine en adelante conforme á la ley del Derecho, todo lo que supone la enmienda del pecador y delincuente, aunque sólo por el miedo del dolor ó del castigo, que es lo que se llama propiamente el escarmiento. Hay, pues, muchos puntos de contacto entre este sistema entendido de este modo y el que venimos exponiendo en el curso de esta obra. Una diferencia importantísima los separa, sin embargo, que se hace notar mucho más cuando

se intenta establecer la relacion que guarda el crimen con su Pena.

La que ha de ser correccional, en efecto, en tanto es justa en cantidad y calidad, en cuanto procura y alcanza la enmienda del penado de suerte que jamás pueden alterarse por ninguna consideracion ni su naturaleza ni su importancia. Si el fin se obtiene por un leve arresto, no es lícito el imponer la reclusion por mucho tiempo ó cualquier otro castigo, porque la Pena se decreta no sólo en beneficio del Estado, sino del culpable mismo. Pero cuando se la considera exclusivamente como una medida de seguridad, entónces es permitido emplear cualquier camino, siempre que se llegue al término deseado, porque no existe límite, puesto al ménos en contemplacion al reo. Y como al fin todo padecimiento de cualquier clase puede alcanzar el que por temor no se vuelva á delinquir, siendo más eficaz cuanto más duro, no hay principio fijo que determine la represion justa á cada Delito en calidad y grado. Para obtener con certeza el escarmiento—al ménos en la mayoría de los casos—no hay como castigar cruelmente, importando poco que sea en una ú otra forma. Inspirándose en esta idea muchos hombres que se dicen prácticos, aconsejan que los Códigos sean sistemáticamente severos, y vemos que cuando se reforman las leyes penales aumenta la dureza de los castigos destinados á reprimir los delitos más frecuentes en el país, siendo causa de considerable agravacion la facilidad de esquivar la sancion declarada por la ley.

Pero si el concepto de la Pena como prevencion contra los ataques del mismo reo, no dá medio para determinar con fijeza y con justicia su cantidad y calidad, al ménos el castigo se dirige y encamina al interior del hombre, donde se halla el gérmen del Delito, y por tanto el punto adonde debe ser aplicado el remedio y encontrarse la restauracion que se busca. Y no acontece esto cuando es mi-

rado tan sólo como la defensa contra los ataques futuros y posibles de otras personas distintas del criminal. En primer lugar, puesto que no han delinquido todavía, nada autoriza para suponer con fundada razón que han de faltar á ley llevados del mal ejemplo y de la impunidad. Pero si se supiese con toda certidumbre, la Pena sólo debería guardar proporción y analogía con la naturaleza y persistencia de la injusticia que pudiera existir en la generalidad y en la masa del pueblo, inclinada, según parece, al Delito. Porque ciertamente, no son los actos del reo los que se castigan, sino los que se temen de otros ciudadanos, rompiéndose de este modo el encadenamiento que el simple sentido común establece entre la Pena y el hecho criminal que reprime.

De esta suerte, en todo rigor, el castigo no necesita ser personal ó impuesto al infractor del Derecho—al menos según la exigencia del sistema—pues si cumplido por el inocente se alcanza el apartar á otros del crimen, se ha conseguido por entero el propósito que animaba al Estado. La ejemplaridad, que para esta escuela es de la mayor importancia, no supone por otra parte que el mismo culpable sea el castigado; basta que parezca que lo es para que los demás escarmienten. Hijos de este error eran los preceptos consignados en las leyes antiguas, según los que se podía condenar por sospechas aún ténues y leves, tratándose de determinados delitos, como los de lesa majestad, y admitiéndose en éstos y en otros la prueba privilegiada del dicho de un solo testigo ó del mismo ofendido, que se desechaban como insuficientes en la generalidad de los casos, conociéndose bien claro que se buscaba más una víctima que un reo. Y como se pena, no por los hechos propios, sino por los ajenos, ó mejor por la disposición á quebrantar la ley que en otros se supone, estas suposiciones y estos hechos son los que determinan la relación cualitativa y cuantitativa que con ellos debe guardar el castigo.

Si hubiera certeza de que el Delito no volvería á repetirse, no habría justicia en penarle; debiendo, en el caso contrario, reprimirse, pero en el modo y en la cantidad que hicieran esperar fundadamente que esto no sucedería de nuevo. La clase ó naturaleza de la perversidad que se deja sentir en el Estado que castiga, fija la clase y naturaleza del medio empleado como Pena, y las raíces más ó menos profundas de aquella perversidad, la importancia ó el *quantum*. Así, las faltas ó infracciones que con más frecuencia se repitan—aunque en sí mismas moralmente apreciadas sean de escasa gravedad—deben tener señalada una Pena dura y severa, y más suave y ténue en el caso opuesto. Así lo comprendió en tiempos no muy lejanos en nuestra patria el legislador (1) que, para dar seguridad á la capital de la monarquía y su rastro, donde eran muy frecuentes los robos, los castigó con la Pena de muerte cualquiera que fuese su cuantía y condiciones, admitiendo la prueba privilegiada del dicho de un testigo, del mismo ofendido ó del cómplice confeso.

Tales absurdos, que se deducen con inflexible lógica de los principios sentados, demuestran el error que contienen. La defensa del orden social y la ejemplaridad, según hemos dicho, se alcanzan sin buscarse directamente cuando el castigo es seguro é ineludible á la par que análogo y proporcionado, pero ni uno ni otro pensamiento

(1) La disposición á que se alude es la Pragmática dictada por Felipe V en 28 de Febrero de 1734, contenida en la ley III, tit. XIV. libro XII N. R. Empieza así: «Reconociendo con lastimosa experiencia la reiteracion con que se cometan en mi Corte y caminos inmediatos y públicos de ella los delitos de hurtos y violencia; enterado de que igual desenfreno puede motivarse de la benignidad con que se ha practicado lo dispuesto por algunas leyes del reino, sin embargo de lo prevenido por otras anteriores que condignamente imponen la mayor Pena para su castigo y escarmiento, y atendiendo á que mi Corte, como fuente de la Justicia, debe ser segura á todos los que vierien y residan en ella: he resuelto, etc., etc.

puede servir para hallar la relacion justa entre la Pena y el Delito, que reclama forzosamente unir el valor é importancia del acto culpable con el valor é importancia del hecho en que consiste su represion. Toda otra cosa es subvertir las ideas de mérito, demérito y responsabilidad y hacer que sufra las consecuencias y aplique el remedio quien no ha sido causa del mal.

§ LXXVI.

Relacion entre la Pena, considerada como tutela, y el Delito.

En el § LX quedó expuesto hasta qué punto y en qué concepto podia considerarse la Pena como la tutela del culpable, y recordando lo dicho entónces podrá determinarse la influencia que este aspecto especial ejerce en la relacion que ha de guardar con el Delito.

Por de pronto no debe echarse en olvido la armonía que se hizo notar entre el castigo, considerado como defensa y prevencion, y el castigo como tutelar de quien habiendo aceptado como regla de su determinacion la injusticia, se apartó de la observancia de la ley y debe ser corregido. En efecto, si la enmienda del delincuente, como quedó probado, es necesaria para la restauracion completa del Derecho destruido por el crimen, sin lo cual no puede renacer la tranquilidad y el sosiego perdidos, todos los medios que se empleen para conseguir aquella servirán al propio tiempo de prevencion y de defensa. La conducta, del Estado cuando se la considera encaminada al interés sólo del perturbador del orden jurídico, no es, por tanto, opuesta á la que seguiria si la dirigiese tan sólo á procurar el Bien de la sociedad entera, y por esto decíamos en el § LXXIII que la Pena más correccional es al propio tiempo la más tranquilizadora. Resulta, pues, de esta ar-

monía que la relacion entre el Delito y la Pena, cuando se la considera cómo simple tutela, no ha de diferir esencialmente de la que se establezca cuando se reconoce además en ella otro carácter en interés de todo el Estado, pues uno y otro, léjos de ser contrarios, se completan mutuamente.

Mas para que todo esto resulte exacto, es indispensable tambien traer á la memoria cuál es la naturaleza propia y peculiar de la tutela que nacida precisamente de la causa en que se funda, está la Pena llamada á ejercer. El castigo justo somete al criminal al padecimiento; esto es, á un estado pasivo en el cual ve con razon amenguarse las franquicias y libertades de que gozaba ántes y de las que ha demostrado que no sabe hacer un uso legítimo. Además se le impone coactivamente la ejecución de ciertos actos que, si bien obligatorios para todo hombre, los practica siempre en la vida ordinaria de un modo espontáneo, tales como el trabajo, la instrucción y la educación. La tutela, pues, del culpable, ya que se dirige—á diferencia de la que nace por la menor edad—á la voluntad viciada y corrompida, tiene siempre el carácter de privación ó padecimiento que hicimos notar en el § LVII, y que se traduce en la condicion de ser restrictiva, como observamos en el LXI.

Pues bien; cuando se olvida todo esto y cuando el castigo se presenta tan sólo como el medio *de cumplir ante todo su derecho al criminal*, se manifiesta una tendencia quizá no muy justa á que el estado en que la Pena coloca á quien la sufre, sea muy preferible y bastante más grato que el que disfrutan gran parte de los ciudadanos que jamás delinquieron. Parece entónces que se presenta al criminal como una víctima de la injusticia de su siglo y de su época, que no le dió las condiciones necesarias y á que tenia derecho, para no verse en la triste precision de ser un malvado; y el castigo parece quedar reducido á educarle,

pero sin el menor padecimiento y la menor molestia, y á corregirle, pero no por la privacion, sino prestándole los medios de que la sociedad le privó con injusticia, como dando tierras que cultivar, instrumentos de trabajo, riqueza al ladron, un puesto en el poder al sedicioso, etc. Entendida de esta manera la Pena no sólo es y aun Bien, sino además un beneficio: no es ya un saludable sufrimiento, sino un agradable trato, pudiendo decirse con justicia que el mejor y más seguro medio de merecer los dones y liberalidades del Estado es atacar el orden jurídico sobre que se apoya.

Pero obsérvese que comprender de esta manera la tutela en que consiste el castigo, no es sólo la subversion de todo orden ético, sino además la negacion de la misma tutela como penal ó punitiva que expusimos en el LIBRO TERCERO y que hemos recordado en el principio del presente párrafo. Por el contrario, cuando se la asigna el verdadero carácter que la corresponde, por hallar su razon ó fundamento en la perversidad del agente que la exige, no se llega á consecuencias diferentes de las que se consignaron al examinar los principios que determinaban en general la verdadera relacion con el Delito.

En efecto: la naturaleza de los actos criminales demuestra por un lado en qué sentido y direccion aparece el alma viciada, de qué franquicias y libertades no sabe usar el reo y cuya privacion podrá traerle á mejor camino, determinando la cualidad ó el contenido de la tutela penal. El estado á que llegó el Delito, la participacion que en él se tomó, el número y relacion que entre sí guardan las acciones punibles, las circunstancias que las rodearon, el estado del sujeto activo, el número de víctimas que se sabia iban á quedar heridas en su derecho, demuestran por otro la persistencia y energia de la voluntad injusta, y por tanto, el *quantum* ó la insistencia de la misma tutela para producir la enmienda.

Ciertamente que cuando de este modo se discurre no se tiene en cuenta el efecto que el crimen ha podido causar en los restantes miembros de la sociedad jurídica que no sean el autor y sus víctimas, tales como el mal ejemplo y la alarma, tal vez exagerada, ni tampoco las saludables consecuencias que se dice podían venir de imponer un castigo más duro y cruel que el que reclama la perversidad intrínseca del hecho, como sucede en los sistemas de defensa, preventivos y utilitarios. Mas esta observación, cuya exactitud ni puede ni debe negarse, demuestra que la prevención de ulteriores delitos por parte de quien todavía no ha faltado á la ley, por ventajosa que parezca, no puede ser el fin de la punición justa. El sosiego y la confianza que la sociedad siente cuando se ha cumplido el castigo impuesto, debe resultar sin buscarse directamente—según hemos repetidamente sentado—sin que el hombre se convierta en simple medio, en objeto del Derecho y el Delito en mero pretexto de intimidación y de escarmiento. Precisamente lo que ha rectificado algún tanto el sentido del derecho penal, lo que separa profundamente las legislaciones antiguas de las modernas, y lo que ha de llevar á ulteriores y preciosos adelantos, es el mirar la Pena bajo el punto de vista del que ha de sufrirla. Por esto se abolieron los castigos infamantes, los atroces y crueles, los que no eran personales, los que desmoralizaban al reo por su naturaleza ó por el modo de cumplirse, y por este camino, finalmente, se ha de llegar á reconocerse el castigo justo como tutela, pero como tutela penal ó punitiva.

§ LXXVII.

De las notas ó caracteres esenciales á toda Pena (essentia communis) que nacen de su relacion en general con el Delito.

Si la relacion que la Pena guarda con el crimen expresa algo de esencial á la justicia de aquella, habrá de traducirse por notas ó caracteres, que no podrán faltar en todo castigo si ha de ser justo. Y consideradas y expuestas en el § LXI las cualidades que se deducen de examinar la Pena en sí misma, es llegado el caso de estudiar las que, siendo tambien esenciales, sólo aparecen cuando se la mira con referencia al Delito que reprime.

En todo rigor, áun las primeras de que oportunamente nos hemos ocupado, no pueden ser totalmente indiferentes á la relacion que ahora es objeto de nuestro estudio. Era la Pena condicion buena en sí misma y para el cumplimiento del Bien, esto es, jurídica, porque el Delito era tambien perturbacion jurídica y la restauracion del orden no podia llevarse á cabo sino por medios análogos á los que constituian su cumplimiento; era además tranquilizadora, tutelár y correccional, porque habiéndose producido el quebrantamiento por la voluntad que se separaba de la ley, el castigo encaminado á su observancia debia dirigirse á rectificar esta voluntad, dando seguridades para el porvenir.

Pero estas notas ó caracteres, si bien suponen el crimen, pueden ser reconocidas en la Pena sin tener en cuenta que ha habido ya un acto de perturbacion del Derecho con el cual aparece ligada necesariamente en todo su modo de ser. Lo contrario sucede con las que debemos examinar ahora, que no se conciben si esta relacion no existe, ó si existiendo no nos es claramente conocida.

Pues bien: la primera manifestacion de este pensa-

miento que une y enlaza la injusticia con el medio de repararla, es la de que la Pena debe acompañar siempre al Delito y como nacer de él mismo, esto es, que debe ser moralmente *ineludible*. La necesidad con que toda ley ética se muestra imponiéndose al sujeto que ha de cumplirla, y la exigencia de su restablecimiento si acaso llegase á perturbarla— en lo cual ya en otras ocasiones hemos insistido,— abonan esta condicion, nota de toda Pena justa, que más que ninguna otra escuela ha hecho resaltar la llamada absoluta. Por el contrario, todo sistema utilitario ó de defensa que castiga para evitar ulteriores crímenes de otras personas distintas del reo, y en los que la accion punitiva no se desenvuelve *quia peccatum est*, sino *ut ne peccetur*, sirviendo la falta más de pretexto que de razon, no debe en rigor considerar la Pena como ineludible; porque si hubiese seguridad de que el órden de Derecho no volveria á turbarse materialmente, careceria el castigo de justicia, y si por el contrario un saludable escarmiento fuese necesario, el Estado, advertido de esta necesidad, no debiera detener su brazo porque una persona determinada no hubiese delinquido todavía.

El indulto concedido de un modo arbitrario; la amnistía que puede decretarse aun antes de dictarse sentencia condenatoria, especie de olvido de la falta; la declaracion que contienen la mayor parte de las Constituciones políticas, de irresponsabilidad del jefe del Estado ó de los representantes del poder legislativo por sus actos como tales, ó la imposibilidad de ser procesados sin permiso del Cuerpo á que pertenecen, niegan la cualidad de ineludible que debe resplandecer en todo castigo justo, y que es el único medio verdaderamente eficaz de prevenir futuros ataques.

Pero de aquí no puede deducirse que una vez infringido el Derecho, el Estado haya forzosamente y sin excusa alguna de decretar y de imponer la Pena, cualesquiera que sean las circunstancias y cualquiera la situacion del sujeto

que deba sufrirla. Si el restablecimiento del orden se ha operado totalmente, la restauracion se ha llevado á cabo sin el auxilio del poder judicial, al ménos del poder judicial ejercido por los funcionarios oficiales, y empeñarse en que á pesar de esto la Pena se ejecute, no es cumplirla irremisiblemente, sino repetirla con injusticia. Si el que robó restituye espontáneamente á su dueño el objeto que le habia arrebatado y le indemniza los daños inferidos, demuestra por estos hechos de un modo evidente su propósito de cumplir la ley; ¿podrá entónces decirse con verdad que ha quedado sin cumplimiento? Léjos de esto, en tal caso será cuando lo irremisible y necesario de la restauracion jurídica se presenta de un modo más palmario y ostensible, porque tiene lugar por la sola necesidad moral que la ley entraña, que el Estado traduce de una manera harto imperfecta y grosera en sus jueces y fiscales, en sus cárceles y cadenas. Si el sujeto activo del crimen, y pasivo por consiguiente de la Pena, carece de las condiciones para recibirla, por ejemplo, por su locura, claro está que el sufrimiento que se le impusiera dejaria de ser verdadero castigo, rompiéndose entónces, por arcanos de la Providencia que el hombre no ha llegado á penetrar, la relacion necesaria entre la perturbacion y el restablecimiento del orden.

Como expresion gráfica y ostensible casi material de este carácter de ineludible del castigo, se presenta una cualidad por muchos autores aceptada, cual es la de la *promptitud*. La Pena pronta ó que sigue inmediatamente al Delito como su consecuencia precisa, hace ver la necesidad moral del restablecimiento del orden perturbado. Pero en rigor ésta, más que cualidad ó nota que nazca de la Pena misma, es saludable consejo que debe atenderse mucho en la ley procesal ó de los procedimientos necesarios para decretarla ó imponerla.

Mas si la Pena ha de mostrarse tan luégo como el De-

lito aparezca, y ha de subsistir mientras dure, claro está que debe cesar tan pronto como haya conseguido su fin. De aquí otras tres cualidades que hemos de reconocer en el castigo; conviene á saber: la de ser *temporal* ó *finito*, la de ser *remisible*, y la de poderse prolongar ó aumentarse en su cuantía, que, como se ve, nacen todas de un mismo pensamiento.

Llábase temporal ó finita la Pena cuyo desenvolvimiento ó desarrollo, ó sea duracion y cuantía, puede señalarse. Y si el crimen es determinado, segun el derecho que se turbó, la forma en que esto tuvo lugar, la insistencia de la voluntad, etc., claro está que la Pena que con él ha de guardar relacion, ha de ser forzosamente limitada y finita. Sólo á una falta infinita ó que jamás terminara y lo abarcase todo, puede corresponder un castigo que comprendiera en sí todos los castigos y no concluyera nunca. La Pena perpétua, aparte de esta consideracion, no es él reconocimiento, sino la aniquilacion del Derecho, segun hemos expuesto en varios pasajes de esta obra.

Pero si la naturaleza del Delito y el desarrollo que ha tenido demuestran la naturaleza de la perversidad y su insistencia y pertinacia y pueden por tanto servir como datos para determinar en cada caso la clase y duracion ó cuantía de la Pena, no son tan enteramente seguros é infalibles, que otros hechos posteriores del mismo reo no lleguen á demostrar el error en que pudo incurrirse. Un Delito al parecer muy grave puede ser hijo del arrebato y alucinacion de un momento y corregirse con una Pena mucho menor que la impuesta; y por el contrario, lo que se estimó ligera falta nacida del aturdimiento ó del descuido, ser la manifestacion ténue é insignificante de una perversidad harto profunda.

Pues bien, en ambos casos la Pena declarada, si lo fué determinando su cuantía, puede llegar á ser injusta por no guardar relacion con el Delito, y en tales supuestos,

para que no subsista despues de haber desaparecido la causa ó razon, ó por el contrario, para que no termine cuando aún es necesaria, se exige que reuna las cualidades de *remisible* y de poderse prolongar ó aumentar.

Dícese *remisible* la Pena cuyos efectos inmediatos pueden cesar por la voluntad del Estado que la impuso, y prolongable ó aumentable aquella cuyos efectos, tambien inmediatos, pueden exceder de los límites que primero se la asignaron. La reclusion en un establecimiento público, la relegacion, el extrañamiento y aún las mismas penas pecuniarias aplicadas de cierto modo, reunen los caractéres que acabamos de indicar.

Si la Pena se presenta como el remedio contra la injusticia que el crimen mostró de una manera evidente, sólo puede alcanzar en sus efectos directos á corregir el mal manifestado; esto es, debe ser *personal*, otra de las notas ó caractéres que deben en ella reconocerse al examinar su relacion con el Delito. Será por tanto injusta, por faltar á esta cualidad, la Pena impuesta á otra persona diferente de la del culpable. Este merece y necesita el castigo, no otro, y todas las ideas de imputabilidad y responsabilidad quedarian destruidas si las consecuencias de un acto vieran á recaer directamente sobre quien no fuese su autor.

Mas nótese que siempre al definir la personalidad de la Pena, hemos dicho que consiste en que recaigan sus efectos *directamente* sobre el agente del crimen, porque sólo á las consecuencias directas hemos podido referirnos. Indirectamente ó de un modo mediato el efecto de la Pena, bueno ó malo, favorable ó adverso, se extiende y se esparce de un modo portentoso. No sólo la familia, los allegados del reo, sino hasta la sociedad entera en que vive experimentan los resultados del castigo impuesto. Y es que unidos todos los hombres por el vínculo de la solidaridad, ninguno de sus hechos, ya de cumplimiento, ya de falta, ya de restaura-

cion del orden jurídico, puede serles indiferente y extraño por entero. Respetando esta ley, en cierto modo misteriosa, no ha de procurar el legislador que la Pena que impone y hace cumplir se exima de ella, cosa que por otra parte no alcanzaría nunca por mucho que fuera el afán con que lo intentara, sino que debe tan sólo limitarse á que el castigo permanezca dentro de sus límites sin traspasarlos. La inhabilitacion para obtener cargos públicos, ejercer derechos políticos, disponer de la propiedad, por ejemplo, para ser personales, no han de trascender ni á los hijos, ni á los parientes del penado, por más que todos ellos en más ó en ménos escala serán heridos por la Pena, como lo serian por su enfermedad, por su muerte ó su locura. Y así como estos accidentes fortuitos y casuales harian tal vez nacer instituciones peculiares; como la tutela del huérfano, de la misma manera, no por la Pena, sino por la falta del jefe de la familia, se ha de conceder á la mujer una autoridad que no tendria si su esposo pudiera ejercerla, ó se ha de dar tutor al menor cuyo padre está recluso ó expatriado.

Dícese tambien la Pena personal en contraposicion á la pecuniaria ó que recae sobre los bienes. Pero toda Pena debe en realidad ser personal, pues la misma pecuniaria sólo es aceptable en cuanto afectando á la persona del reo, le corrige mejor ó le pone con mayor facilidad que ninguna otra en condiciones de determinarse en adelante con entera conciencia en los actos de su vida. Por esto al tratar de las circunstancias modificativas de la punibilidad (§ LXXI) indicábamos que no debia buscarse en la multa la proporcion con la total fortuna del reo, sino con la situacion en que se hallaba colocado en todos respectos, á fin de que pudieran calcularse sus efectos con toda seguridad.

CAPITULO SEGUNDO.

DE LA RELACION CUALITATIVA Ó ANALOGÍA ENTRE LA PENA Y EL DELITO.

§ LXXVIII.

De la analogía ó relacion cualitativa entre la Pena y el Delito.

Conocida en general la relacion que une y enlaza la Pena con el Delito, preciso es analizar más detenidamente y con mayor minuciosidad las dos maneras de expresarse ó lo que es lo mismo, cuándo se habrá alcanzado que el castigo sea análogo y proporcionado al crimen que intenta reprimir; ocupémonos, pues, especialmente de lo primero como más fundamental.

Como decíamos en el párrafo LXXIII, existirá analogía entre la Pena y el Delito siempre que la naturaleza y cualidad de la una sea como la naturaleza y cualidad del otro, esto es, siempre que ambos aparezcan esencialmente iguales. Mas cuándo acontecerá esto, cómo habrá de alcanzarse y por qué camino, es á no dudarlo uno de los puntos más graves y uno de los más espinosos problemas que pueden presentarse, tanto en la práctica como en la teoría del Derecho penal.

En efecto, toda Pena en sí misma justa, en el mero hecho de serlo, presenta como reaccion contra el quebrantamiento del orden jurídico, cierta conformidad ó punto de contacto con todo Delito, cualquiera que sea su clase. De aquí, que si tal vez por no ser la que marca la natura-

leza de la perversión que el crimen especial supone, no produce toda la eficacia que debiera esperarse, nunca aparecerá como enteramente inútil ni completamente arbitraria, porque al fin demuestra que la ley no puede impunemente infringirse ni dejarse de llenar sus preceptos obligatorios. Esto explica cómo los castigos más diferentes por crímenes iguales han podido mantenerse y se mantienen hoy en las legislaciones positivas sin causar grave repugnancia y sin dejar de traer algunos felices resultados. En las llamadas entre nosotros Faltas y en otros países *contravenciones*, que no son otra cosa que crímenes de pequeña importancia, se ve esto de un modo más claro y evidente. La multa, la reprensión privada ó pública, lo mismo que el arresto por breve espacio de tiempo, se suelen aplicar indistintamente á estas perturbaciones del orden de Derecho, aún siendo de naturaleza bien diversa, y consiguiendo el resultado de que no se repitan, al ménos con gran frecuencia. Tanto es así, que muchos Códigos (1) dividen las Faltas en faltas de primero, de segundo ó de tercer grado, clasificándolas, no por su naturaleza propia, como por ejemplo, contra la integridad corporal, contra la propiedad, contra el Estado, sino por su importancia relativa, castigando con la misma Pena las que parecieron igualmente graves.

La mayoría de los autores mismos de Tratados filosóficos de Derecho penal parecen preocuparse en primer término ó casi exclusivamente de la relación cuantitativa, despreciando la cualitativa ó la analogía, como si la clase de

(1) Entre otros el Código francés, el italiano y el belga. Nuestro Código penal de 1848, como hoy hace el del imperio alemán, no clasificaba las faltas de modo alguno, sino que comprendiéndolas en una lista, presentaba unidas todas las que eran castigadas con igual Pena, aunque fuese muy diversa su naturaleza. El Código actual presenta una clasificación semejante á la de los Delitos, pero sin que por esto haya buscado el legislador la analogía en la Pena encargada de reprimirlas, que ahora como ántes señala de un modo arbitrario.

castigo en cada caso fuese del todo arbitraria é indiferente. Así se ve que cuando intentan establecer la tabla de las Penas que guarden consonancia con la ya formada de los Delitos, asignan al que consideran como más grave el castigo que reputan como más duro, y tomando este punto de partida y de apoyo, establecen despues por semejanza la relacion con los demás que reputan más leves, como si existiese paridad completa entre todas las Penas y se tratase de una masa compuesta de materia enteramente homogénea. Procediendo de esta manera tal vez no se alcance la proporcion, pero seguramente no sólo no se obtiene la analogía, sino que ni áun buscarla se intenta.

Pero bien se comprende á poco que se medite, que esto encierra un error profundo, porque del mismo modo que no pueden compararse dos Delitos de clase totalmente diversa para decir cuál es más grave, lo mismo acontece cuando se trata de su represion. Difficil es, en verdad, decir si una injuria representa ó vale más que un hurto ó que un desacato á la autoridad, como lo es tambien asegurar si el arresto es más que la inhabilitacion para cargos públicos ó que el extrañamiento ó el destierro. La semejanza entre lo comparado no existe y por tanto la posibilidad de toda comparacion racional, quedando sólo una sombra ilusoria y vana, ó cuando más, aquella analogía general y remotísima que hemos señalado al comenzar este párrafo entre todo Crímen y toda Pena.

Preciso es, pues, si se quiere llegar á una solucion medianamente satisfactoria, apartarse de tal sistema y procurar con los escasos datos que permite el estado de los conocimientos en tal materia, establecer tan distintamente como se pueda, primero la relacion cualitativa y despues la cuantitativa, como lo hemos ya intentado.

El camino para resolver el problema propuesto parece que no puede ser otro que el estudio detenido de cada clase de Delitos, teniendo siempre presente el fin de la

Pena, como exponíamos en el párrafo LXXIII, primero de este Libro. La reaccion supone el conocimiento de la accion que la determina, el remedio el de la enfermedad, y la restauracion el del quebrantamiento.

Desde luego lo que caracteriza al Delito, lo que separa despues los unos de los otros, es la materia: aquellos puntos de vista en que nos hayamos pues fijado para clasificarlos, esto es, las condiciones esenciales y propias nos guiarán ahora, si son exactas, á la investigacion de la Pena análoga.

Y el primer dato que nos sirvió para hacer una gran clasificacion fué (§ XXXIX), el distinguir los Delitos en violentos, fraudulentos, y cometidos sin fraude ni violencia en un momento de descuido ó de inatencion de la víctima ó de los encargados de su custodia. En efecto, los primeros revelan que el autor se ha dejado llevar del arrebatado de una pasion no dominada y de una dureza de sentimientos cruel y bárbara. De ordinario, aunque no siempre, este género de Delitos son frecuentes en los países no muy civilizados y entre personas ignorantes ó poco cultas. Parece como que la parte animal que hay en todo hombre domina y sujeta á la espiritual, á diferencia de lo que sucede cuando una persona ó pueblo han adelantado más en el camino de la civilizacion. Nacidos tales Delitos de móviles sensibles y de incultura, exigen como Pena una reaccion tambien sensible y violenta: el remordimiento suele aparecer fácilmente, y la enseñanza y la educacion, quizá las más elementales, pueden conducir con seguridad á la enmienda y á la correccion.

Lo contrario demuestran los Delitos cometidos por medio del fraude, y aunque en menor escala los que se ejecutan aprovechándose de un momento de inatencion ó de descuido de la víctima ó de los encargados de protegerla. La perversidad de corazon es ménos brutal y bárbara, pero en cambio más sutil, más refinada; no suele ser la incultura y la falta de dominio de la inteligencia sobre la sen-

sibilidad la causa que los produce, sino más bien la perversión del sentido moral, que hace que se desprecien ciertos principios que se conocen. Por esto tal clase de crímenes se presentan ya en países más cultos y suelen ser obra de inteligencias más desenvueltas y capaces. Como nacen del desprecio de ciertos principios morales y son friamente meditados, el remordimiento se muestra con mayor dificultad y la dureza y rigor de la Pena producirían ménos efecto que su constancia. Una reaccion dirigida más que á la sensibilidad á la inteligencia, de lo que deberá encargarse la educacion penal, será el castigo apropiado á la causa que produjo la falta. Pero no hay que olvidar que muy de ordinario se acumulan y unen la violencia con el fraude, bien en distinto hecho, bien al parecer en uno mismo, y que en tales casos ambos elementos deberán tenerse en cuenta.

La razon ó causa que produjo el quebrantamiento de la ley, esto es, la intencion dañada ó el descuido ó negligencia (§ XL), traen tambien un importante dato para señalar la Pena análoga. Nada tenemos que decir respecto á los delitos intencionales despues de lo que dejamos expuesto, debiendo concretarnos á las imprudencias ó Faltas. Revelan éstas un descuido censurable, ya en conocer la ley ó el principio que debe regir los actos voluntarios, ya en procurar que tengan cumplida aplicacion. El propósito principal á que debe dirigirse la Pena es, pues, á dar á conocer al culpable la necesidad moral que la ley entraña, y hacerle comprender que no puede impunemente olvidarse. Hay que advertirle que la regla jurídica no es letra muerta sino precepto eficaz, y de aquí que al ménos en el estado actual de la Ciencia, cualquiera medio que cumpla á este fin es Pena apropiada. Si, cómo parece claro, las faltas de cuidado ó imprudencias se acercan á la infraccion civil del Derecho, su castigo se asemeja tambien á la mera advertencia, y sí en algun caso cabe la

reprehension con carácter penal es ciertamente en este.

Aunque en mayor escala, representa una cosa semejante la acción y la omisión (§ XXXIX). Esta demuestra una flojedad y flaqueza de espíritu, una falta de voluntad bien decidida de cooperar activamente al cumplimiento efectivo del Derecho, que puede ser corregida dando á conocer al culpable que el orden jurídico no puede ser mantenido sino mediante los hechos de todos los hombres, añadiendo al motivo racional el móvil sensible de la Pena.

Pero hasta aquí se ha venido señalando el carácter general del castigo en relación á las grandes agrupaciones que puede hacerse de los Delitos. Mas lo que en último caso determina la Pena análoga á cada uno como lo más característico y especial, es la naturaleza del Derecho violado (§ XXXVIII) y la franquicia ó libertad que sirvió de medio ó de condición. Si toda Pena, por su carácter tutelar, ha de ser restricción (§§ LVII y LXI), ésta ha de recaer en especial sobre aquel orden de relaciones en que más deficiente parece la voluntad, mostrándose de ese modo la analogía entre la perturbación del orden y su restablecimiento. Así se obtiene desde luego la seguridad de que la persona encargada de mantener un cierto género de relaciones jurídicas, no volverá á perturbarlas careciendo de medios para ello. Que el juez prevaricador ó negligente, por ejemplo, no pueda dictar en adelante sentencias injustas, se obtiene tan pronto como se le impone la Pena de inhabilitación; que el dedicado á la enseñanza de la juventud no la corromperá ya más, privándole del honroso cargo que desempeñaba; que el artista no abusará de su oficio ó de su profesión para delinquir de nuevo, impidiéndole su ejercicio. Esta primera manifestación de la analogía aparece evidente y clara, no ya á la Ciencia, sino al sentido común.

La analogía de este modo expresada dá también, aunque más tarde, á la sociedad jurídica, no sólo por me-

dios puramente externos sino por los internos de la correccion y la enmienda, la fundada esperanza que el orden jurídico no se perturbará nuevamente. Porque, en efecto, la Pena, como toda tutela, priva al que se encuentra sometido á ella de la libertad y de la franquicia de que no sabe ó no puede usar racionalmente, en la confianza de que esta temporal privacion llevará, luégo que se recuperen, á hacer un uso más conforme á la justicia. Esta reaccion del orden contra el desorden que se dá á conocer, parece que puede conseguir por sí sólo la enmienda en ocasiones, aunque nazca de un modo enteramente natural y espontáneo, sin la insistencia propia de la Pena jurídica y sin la educacion y la enseñanza que la acompañan.

Partiendo, pues, de estos principios que quedaron ya expuestos al hablar en general de la relacion entre la Pena y el Delito, es posible establecer cuál es el castigo análogo á cada uno.

Hay, en primer lugar, muchos Delitos que bien examinados no demuestran sino la viciosa direccion de la actividad en general, el abuso que pudiéramos decir, del derecho de autonomía. No hallándose encargado el sujeto de mantener especiales relaciones jurídicas, le son reconocidas y garantizadas tan sólo aquellas condiciones ó medios, aquellas libertades ó franquicias, que puede pretender como hombre y como racional. Tal acontece en la inmensa mayoría de los Delitos, como los cometidos contra la propiedad ajena por el particular, el homicidio, las lesiones, la injuria, la calumnia, etc. La Pena apropiada á todos ellos parece ser la privacion completa de la libertad externa, dirigiéndola, así como la educacion penal y el trabajo mismo, segun lo determine la circunstancia de nacer el crimen del fraude ó de la violencia, del dolo ó del descuido, de la accion ó de la omision.

Pero todo hombre es al propio tiempo ciudadano ó

miembro de una Nación, y por tanto con el deber de cooperar á que la sociedad jurídica cumpla su fin, prestándola para ello su Derecho. Para conseguirlo han sido reconocidos los llamados *Derechos políticos*, que pueden ser diferentes ó varios segun su objeto. El que en este orden falte debe ser privado, para que sea la Pena análoga, de los medios que se ótorgaron para tal propósito. De aquí que la rebelion ó sedicion, la desobediencia grave, sino se mezclan, segun sucede de ordinario, con ótros crímenes bien diversos, como levantamiento contra todo el derecho del Estado, deben castigarse con la pérdida de todas las atribuciones y franquicias anejas al carácter de ciudadano, esto es, con el extrañamiento ó con la relegacion. Que tal género de Pena es la única justa para esta clase de Delitos, lo reconocen en general todos los pensadores y así lo consignan muchos Códigos. Mas si la falta se limita al mal uso de una franquicia ó derecho especial destinada á prestar al Estado su apoyo en cierto orden de relaciones jurídicas á ese derecho ó franquicia debe limitarse el castigo. De aquí las inhabilitaciones de los derechos de ser elegible, elector, jurado, etc.

Hállanse en todo Estado personas que están, por decirlo así, encargadas de mantener y desenvolver fines especiales, para lo cual gozan de medios peculiares. En este caso se encuentra el empleado público en cualquier ramo, y aún el profesor, el sacerdote, el tutor del huérfano ó del incapacitado y el padre de familias. Si el Delito por estas personas cometido se refiere á aquel género de relaciones jurídicas que debieran mantener, la inhabilitacion especial para ejercer el cargo aparece, á no dudarlo, como la Pena análoga.

Mas no hay que olvidar que en realidad muchos Delitos son compuestos, esto es, perturban á la vez varios órdenes de relaciones de un modo directo, y que entónces es indispensable, ó bien que dos ó más Penas se acumulen,

ó que una sola responda á los distintos extremos y tendencias del crimen que reprime. La comision de algunos revela por otra parte por sí sola incapacidad notoria para usar rectamente de los medios reconocidos y garantizados para el cumplimiento de otros fines bien diversos. El ladron y el homicida, por ejemplo, no pueden en verdad hacer un recto uso del derecho de sufragio para elegir los miembros del Poder ejecutivo, legislativo ó judicial, y de aquí la Pena accesoria de la Inhabilitacion que responde á este pensamiento. La incompatibilidad entre uso del Derecho y el estado de Pena, hace en otros casos necesaria la union de una accesoria como consecuencia inevitable; el privado de su libertad no puede usar, por ejemplo, como le plazca de sus bienes, ni ejercer la tutela, la patria potestad en toda su amplitud, y por esto sufre la llamada *interdicion civil*.

Por este camino, pues, y por este procedimiento parece que puede establecerse de un modo racional la relacion cualitativa entre el Delito y la Pena, no quedando al arbitrio del legislador el señalar en el Código una ú otra diversa, sino naciendo la que á cada infraccion deba corresponder de su naturaleza misma.

CAPITULO TERCERO.

DE LA RELACION CUANTITATIVA Ó PROPORCION ENTRE LA PENA
Y EL DELITO.

§ LXXIX.

De la proporcion ó relacion cuantitativa entre la Pena y el Delito.

Estudiados en el párrafo anterior los principios mediante los que puede llegarse á fijar la clase de Pena que guarda relacion de calidad con el Delito, preciso es establecer además los que determinan la cantidad á fin de que sea, no sólo análoga, sino tambien proporcionada, desenvolviendo lo expuesto en el párrafo LXXIII, primero de este LIBRO.

La cantidad, segun entónces dijimos, representa sólo el desarrollo de lo finito, su determinacion en un instante dado: el *quantum* de la Pena sólo expresa, pues, el desenvolvimiento de que es susceptible, no ninguna cosa que sea esencial. Así, segun expusimos, su cuantía no puede responder sino á la del crimen, esto es, á la mayor pertinacia y persistencia en el mal de la voluntad culpable.

Cuáles son los datos que manifiestan y dan á conocer todo esto, quedaron analizados en el LIBRO SEGUNDO de esta Obra, y cuáles los que expresan la cuantía de la Pena, ó lo que puede aumentar ó disminuir sin que su naturaleza se cambie, en el LIBRO TERCERO, y singularmente en el párrafo LXVI; falta ahora combinar los unos con los otros.

El exámen de la materia del Delito nos presenta á éste en diferente estado de su vida ó de su desenvolvimiento, á lo que se llama comunmente su generacion (§ XXXVI). Si el crimen es sustancialmente idéntico, ya se mire como perfecto, ya como intentado, preparado ó resuelto, la insistencia que ha mostrado la voluntad en apartarse de la ley no es la misma. De aquí que si bien en todos esos momentos debe castigarse con igual Pena, no puede ser igual el *quantum* ó cantidad de ella, sino que debe ser mayor cuando se halla en el primer estado, disminuyéndose despues hasta llegar al último. Así se encuentra reconocido como principio en la mayoría de los Códigos, aunque despues los legisladores no hayan sabido ó no hayan querido mantener todas las consecuencias que lógicamente se desprendian de él. Réconocen el principio, en efecto, cuando no castigan de igual manera el crimen consumado que su tentativa ó su preparacion, y no aceptan las consecuencias cuando léjos de fijar una misma Pena, dejando al Juez que determine la cuantía, señalan para el Delito en distinto estado Penas de naturaleza totalmente diversa, no sólo en la nomenclatura del Código, sino en la realidad (1).

El exámen de la materia del crimen nos suministra otro dato importante, cual es el de las circunstancias accidentales que le rodeaban al tiempo de cometerse (§ XLI) y que hicieron que se presentara en la forma ó manera especial que le individualiza. Bien claro se ve que todas ellas no representando más que lo accidental y variable, no pueden alterar la esencia de la Pena, sino tan sólo su

(1) En el vigente en España la Pena del Delito consumado es la marcada en el mismo para cada uno, la del frustrado la inmediata inferior, la de la tentativa la inmediata inferior á ésta; así la prision correccional, el arresto y la multa, puede ser la Pena de las lesiones ménos graves en algun caso, segun el estado en que se considere el crimen.

cuantía. Por esto en todos los Códigos las llamadas circunstancias atenuantes ó agravantes no permiten que el Juez imponga Pena diversa á la declarada para reprimirle en su estado normal, por decirlo así. Por disposicion expresa en algunos casos, por las combinaciones entre los castigos diferentes y sus grados, resulta, sin embargo, que llega á decretarse una totalmente diversa (1) cuando en el Delito concurren muchas circunstancias de atenuacion, y entónces el principio queda por completo desconocido.

El tercer dato que, referente á la materia, debe tenerse en cuenta es la acumulacion de los Delitos, ó mejor dicho, la influencia que ciertos hechos, ya culpables, ya inocentes, ya méritos, ejercen sobre el crimen que se persigue (§ XLII). Mas á este propósito conviene recordar la distincion establecida entre la concurrencia y la repeticion. La primera, como expusimos, no puede producir el efecto de que desaparezcan por entero algunas de las Penas, aunque bien puede disminuir en cuantía, pues todos los Delitos, naciendo de un solo impulso, no revelan juntos la misma perversidad que aislados ó cometidos por diferentes personas. Por la misma razon, siempre que los actos meritorios del reo no hagan ver la enmienda por completo, sino que mediante su concurso los criminosos ó culpables dejen traslucir una perversidad ménos profunda y ménos enérgica que si tal concurrencia no hubiera tenido lugar, como la conducta anterior irreprochable, haber

(1) Puede citarse como ejemplo el art. 82 del Código español, que consigna que si concurren muchas circunstancias atenuantes y muy calificadas, el Juez impondrá la pena inmediatamente inferior, así la personal puede convertirse en pecuniaria y la de restriccion de libertad en reclusion, y ésta en caucion de conducta. Tambien se pueden citar los arts. 86 y 87, que permiten que el Juez declare Pena inferior en uno ó más grados á la marcada, y aun discrecionalmente la que quiera, por concurrir motivos especiales de atenuacion como la menor edad.

procurado conseguir su propósito con el menor daño posible, no deben nunca llevar á que la Pena sea diversa, sino la misma en menor grado ó cuantía. La repetición de los Delitos revela más que ninguna otra cosa la persistencia de la voluntad culpable en el mal, y bien sea distinta la clase de los crímenes cometidos, bien sea una misma, no ha de desaparecer por esto ninguna de las Penas señaladas á cada Delito, sino variar tan sólo en su cuantía ó duración.

Estarán éstas determinadas por la semejanza de los actos punibles, por el intervalo de tiempo trascurrido entre unos y otros, por su número, etc. Si son los mismos y por varias veces repetidos, puede la delincuencia llegar á ser como un mal crónico ó un hábito, y para curarle y desarraigarle preciso es insistir en la Pena prolongándola cuanto sea necesario para arrancar esa propensión adquirida á determinado Delito, convirtiéndola en la costumbre contraria. Cualquiera que sea la naturaleza del crimen si es habitual aunque de pequeña importancia, su castigo tiene que ser tal vez ménos severo, pero de seguro más largo é insistente.

El estudio del sujeto activo trae también á la resolución del problema que ágitamos datos que, recordando lo expuesto, es preciso tener en cuenta. Es el primero el estado ó situación del culpable al tiempo de delinquir, ó sean las circunstancias modificativas de la imputabilidad (§ XLVI), pues si éstas demuestran el influjo que en la comisión del Delito han ejercido las circunstancias en que el agente se encontraba, aunque contra su voluntad, preciso es que subsistiendo la Pena, su cuantía se disminuya y en algún caso pueda aumentarse. Cuánto sea esta disminución ó este aumento no es posible fijarlo en números y cifras, como han pretendido los legisladores, dando á las matemáticas una aplicación que rechaza la naturaleza de los hechos. La menor edad, la embriaguez,

pueden llevar á amenguar en alto grado la duracion del castigo, ó producir una rebaja apenas perceptible, segun el estado del sujeto, el hecho á que se refieran, etc. Que la circunstancia modificativa, cualquiera que sea, produzca invariablemente el efecto de atenuar el castigo, por ejemplo, hasta colocarle siempre en el grado mínimo, es suponer el absurdo que todas son iguales y que se presentan con la misma intensidad en todos los casos diversos.

La participacion del culpable en el hecho, desenvuelta en la teoría de la codelincuencia (§ XLVII), contribuye tambien á marcar la cuantía de la Pena. El autor, como el cómplice, destruyen y violan el mismo órden de relaciones jurídicas, su maldad es esencialmente la misma, pero la intensidad bien diversa, y por esto, si deben estar unidos en el mismo género de Pena, deben diferenciarse por la cuantía ó cantidad. De aquí que nunca el autor merezca un castigo tan duro y prolongado como el establecido para quien le ayudó en la misma empresa y desconocen la relacion cuantitativa que constituye la Pena justa aquellos Códigos que equiparan la responsabilidad del uno con la del otro (1). Mas al propio tiempo es de todo punto imposible fijar por reglas generales la que corresponde á cada autor ó cada cómplice, que puede ser muy diversa, segun la varia manera y extension en que cooperaron á la obra comun. Sólo el Juez puede marcarla en cada caso, no el Código, cosa que se olvida comunmente en las legislaciones modernas, que determinan de ordinario que la Pena del cómplice es siempre la inmediata á la del autor, fuera de que cuando esto se practica no se altera sólo la cuantía, sino más bien la naturaleza del castigo, negando por tanto los principios que rigen la relacion cualitativa.

(1) El Código francés, art. 59, aunque para salvar la injusticia que encierra claramente su texto hayan querido los comentaristas suponer que la Pena será la misma aunque no el grado ó la cuantía.

Quizá el punto más difícil es fijar la influencia que la pluralidad de pacientes ejerce en la relación que examinamos, según se hizo notar á su tiempo (§ XLIX). Parece, sin embargo, que puede asentarse como regla general, que siempre que el daño del Delito pueda dividirse y repartirse entre muchos, la Pena habrá de disminuir por esta causa, porque al fin, al considerar el agente que las desgracias que ocasionará su crimen serán menores para cada persona que sufre sus efectos, revela menos profunda malicia, que es lo que de ordinario acontece en los Delitos contra la propiedad. Pero si el mal no es repartible, la muchedumbre de los pacientes multiplica en realidad los Delitos, de suerte que más bien son aplicables á este caso las doctrinas sobre su acumulación que dejamos expuestas.

Tales son los datos que revelan cuál ha sido la extensión y desarrollo del Delito y determinan en parte el *quantum* ó la mayor ó menor intensidad de la Pena.

Todos ó la mayoría de ellos pueden concurrir á la vez, reunirse varios ó existir uno sólo, resultando combinaciones que produzcan diverso efecto. En un caso, circunstancias accidentales concurrirán con modificativas todas de atenuación; en otro, éstas con agravantes; al motivo de disminuir la Pena por la participación en el Delito, se unirá en ocasiones el del estado á que llegó, como sucede en el cómplice de tentativa, y á todos ellos añadirse el concurso de crímenes diversos ó la pluralidad de sujetos pasivos. Y claro está que si cada una de estas causas aisladas no puede apreciarse si no por el Juez en cada caso y no medirse por el legislador por reglas generales, mucho menos puede hacerse esto cuando varias se reúnan tal vez en distinto sentido. Tarea vana es, por tanto, la que emprenden algunos Códigos (1) que pretenden dar

(1) Entre ellos el nuestro de 1870, que lo intenta en su art. 70 y siguientes.

reglas fijas para estas combinaciones, que si no infinitas, son numerosísimas. Lo único que puede hacerse es señalar los datos que habrán de apreciarse y tenerse en cuenta, y exigir que sobre ellos se fije la atención del Tribunal.

Todavía, sin embargo, la cuantía de la Pena no quedará determinada con toda precisión, si además de los datos expresados no se tienen presentes las condiciones del sujeto pasivo de ella y la influencia de unas sobre otras si á la vez se imponen varias.

§ LXXX.

De la proporción de la Pena teniendo en cuenta el sujeto pasivo de ella.

Para que la Pena resulte por completo proporcionada y por tanto enteramente justa, no basta que se aprecien con cuidado exquisito los datos de que se hizo mérito en el párrafo anterior. Como á su final decíamos, precise es que se tengan en cuenta otros dos, nacidos no de la relación entre el Delito y su Pena, sino entre ésta y el sujeto que ha de sufrirla, cuales son los que se desprenden de considerar los que hemos llamado hechos ó circunstancias modificativas de la punibilidad (§ LXXI) y el influjo de un castigo sobre otro cuando se acumulan varios en cabeza de una misma persona (§ LXVII).

Las circunstancias modificativas que mencionamos, representan en efecto las peculiares é individuales condiciones del sujeto pasivo de la Pena, y si se quiere que la represión corresponda al fin de regir y enmendar á una determinada persona, indispensable es que tan importante elemento no se eche en olvido.

Pero la individualidad del sujeto no puede cambiar

enteramente los efectos que el castigo ha de producir, en términos que resulte alterado en su esencia y naturaleza. El arresto, la multa, la interdicción de los derechos civiles y políticos, han de ser sentidos de un mismo modo por un individuo que por otro, cualquiera que sea su situación; la intensidad de sus efectos variará considerablemente según su edad, su sexo, su temperamento, su educación, sus hábitos anteriores, su posición de fortuna. De aquí, pues, que si estas circunstancias pueden hacer que la Pena se modifique, no sólo al tiempo de declararse por el Tribunal, sino durante todo el espacio de su cumplimiento, no pueden producir el efecto que se cambie la clase, convirtiendo, por ejemplo, en pecuniaria la personal, ni lo contrario.

Olvidaban enteramente este principio las legislaciones antiguas cuando alteraban el castigo, según era el reo noble ó plebeyo, vecino ó extraño al Concejo, esclavo ó libre, cristiano, moro ó judío; si bien todo esto no respondía de ordinario al pensamiento de acomodar la Pena á la situación de quien había de sufrirla, sino á falsas ideas de honor y dignidad. Pero también le desconocen y niegan los Códigos modernos al sustituir una Pena por otra, bien porque no aparezca á los ojos del culpable con el carácter de sufrimiento y dolor que reclama la expiación, bien porque se piensa que es imposible que sea afectado en aquel derecho ó franquicia sobre la cual especialmente recae. Esto último acontece de ordinario en la multa, que en la mayoría de los Códigos se sustituye por la de privación de libertad cuando el reo es insolvente, buscando entre uno y otro castigo un medio más ó menos arbitrario de hallar una proporción imposible (1).

(1) En España hoy, por ejemplo, un día de privación de libertad vale 5 pesetas (art. 50); valió la mitad desde 1848 hasta 1870 (art. 49); vale de 2 á 3 pesetas

La injusticia de cambiar totalmente la esencia de la Pena y convertirla, como comunmente se dice, de pecuniaria en personal por un hecho enteramente extraño al Delito, parece que debiera ocupar algo más las meditaciones de los sabios; y si una sustitucion ménos irracional que la admitida hasta ahora en la práctica era imposible, la Pena pecuniaria debió ser abolida sin excusa. Pero tal sustitucion cabe enteramente en nuestro juicio; mejor dicho, la multa puede trasformarse sin perder su carácter. No hay persona alguna cuya actividad espiritual ó física no tenga algun valor económico y constituya una utilidad ó una riqueza. El retener al condenado una parte de su jornal, el exigirle—si no le gana actualmente,—un trabajo en beneficio del Estado ó del Municipio, responde al pensamiento de la Pena pecuniaria, ó presenta más bien un nuevo aspecto bajo el cual el mismo castigo puede ser considerado; y alguna cosa en este sentido se ha hecho en ciertos Códigos para que aparezca ménos irritante la sustitucion, aunque de un modo harto mezquino y limitado. El nuestro de 1822 ordenaba (1) que el constituido en absoluta insolvencia, no sería molestado para el pago de costas; pero que para satisfacer los daños y perjuicios, si no se conviniere con el acreedor, se le colocaria en arresto, donde pudiera trabajar hasta que pagase; el del Brasil dispone que los que carezcan de medios para satisfacer las multas, serán condenados á prision, con trabajo por todo el tiempo necesario para ganar su importe (2), admitiéndose fianza abonada, ó cualquier otro medio de avenencia entre el ofendido, si se trata de indem-

en Italia (arts. 67 y 68); en Alemania de 1 á 18 pesetas, y unas 3 pesetas en Portugal (art. 101). El Código sueco entra en una valuacion difícil de exponer tanto más absurda cuanto más complicada.

(1) Art. 94.

(2) Art. 57.

nizaciones (1). Y por más que este sistema está muy léjos de ser satisfactorio, es sin embargo preferible al de equiparar una cantidad dada á un tiempo fijo de privacion de libertad.

Encuétrase en ellos además un pensamiento, que mejor desenvuelto pudiera ser fecundo, tratándose de la responsabilidad civil, cual es obligar al penado al trabajo hasta extinguir su importe. Si á esto se le diera el carácter de obligacion permanente sin privacion de libertad durante un plazo más ó ménos largo, sería aún más eficaz y más justo. En efecto, la mayor parte de las imprudencias y áun de las faltas, que tanto daño material ocasionan, podrian tal vez reprimirse, con seguridad de que apenas se repetirian, si al responsable de ellas se le obligara á partir su salario, su jornal ó los emolumentos de su trabajo con la víctima ó su familia.

Para que se realice la proporcion indispensable en la Pena, preciso es consultar, como hemos indicado, el dato que nace de la influencia que las unas ejercen sobre las otras cuando varias se acumulan, bien porque existan varios Delitos, bien porque así lo reclame el único cometido por ser compuesto. Y á este propósito debemos recordar la doctrina que quedó sentada en el párrafo LXVII.

Si la índole de los diversos castigos consiente su acumulacion, es indispensable que la cuantía de cada uno se disminuya, recordando que todos juntos constituyen el tratamiento penal. El que es castigado de un modo, puede ser ya más fácilmente corregido, que si jamás hubiere estado sujeto á otra Pena, pues el hombre es uno, y si no hay acto suyo que pueda mirarse como absolutamente independiente y sin relacion con los demás, no hay tampoco acto ó hecho que sobre él influya que sea del todo

(1) Art. 32.

extraño á los que le preceden, le siguen y aún más á los que le acompañan. Si la naturaleza de las Penas repele el cumplimiento simultáneo y nos hallamos en el caso de repetición rigurosa, preciso es tener presente que el cumplimiento sucesivo equivale á aumentar la cantidad de cualquiera de ellas. Pues bien; esta prolongación nunca puede llegar como máximo á la suma de todas las Penas reunidas, ni la rebaja ser tanta que quede reducida á la duración y cantidad de cualquiera de las diversas que pudieran imponerse. Si se hiciese lo contrario, resultaría en el primer caso que se desconocía el efecto que produce para la corrección la insistencia en el régimen penal, equiparando el crimen y su castigo á objetos puramente materiales, vicio en que incurren los Códigos que admiten la acumulación rigurosa. En el segundo caso se despreciaría el dato importantísimo que el haberse delinquirido más de una vez en el mismo orden de relaciones trae para valorar la malicia; defecto de que adolecen los Códigos que absorben en la mayor todas las demás Penas.

Después de lo expuesto, la cuasi repetición no exige consideraciones especiales, porque debiendo extinguirse las condenas sucesivamente sin que desaparezca la materia de ninguna de ellas, tan sólo deben tenerse en cuenta que la duración de todos no puede ser igual á la que tendrían si se decretase separadamente, sin que al propio tiempo se desconozca el influjo que ejercen unas Penas sobre otras. El extrañamiento, por ejemplo, después de haber sufrido el reo la privación de la libertad, debe ser más corto que si se aplicase aislado, produciendo los mismos efectos.

Cuando todos los datos mencionados en este párrafo y en el anterior se hayan apreciado, el castigo responderá por completo al principio de que siendo individual la perturbación jurídica, individual debe ser también el restablecimiento, y que si el Delito es determinado bajo todos sus aspectos, también ha de serlo la Pena relacionada con

él y con el sujeto que ha de extinguirla. Dejando entonces el Crimen la esfera ideal y abstracta en que fué forzoso le considerara el legislador, toma cuerpo y vida, se individualiza hasta llegar á ser estudiado y reconocido, en lo que le muestra como un hecho dado y le separa y distingue de cualquier otro. A su semejanza, la Pena es, no la general y abstracta, sino la propia de aquel determinado crimen, la individual, la que representa con toda exactitud la responsabilidad objetiva y subjetiva, en concreto que á su tiempo explicamos (§ XXXII).

Apártanse gran trecho de este camino las escuelas que buscan sólo la conservacion general del orden jurídico, marcando como amenaza y por consiguiente de antemano, en su calidad y cantidad, la Pena que ha de ser aplicada invariablemente. Al arbitrio prudente de los jueces que alguna vez pueden acertar, por mal constituidos que se supongan los Tribunales, se sustituye la arbitrariedad del legislador que ha de equivocarse siempre. El Juez al ménos conoce todos los datos para dictar un fallo con algun acierto, siendo culpa de su ignorancia ó de su descuido si no los aprecia debidamente; el legislador los ignora por entero, y por sabio que sea ha de errar al proponerse tener en cuenta lo individual de cada hecho punible y de cada sujeto penable.

§ LXXXI.

De las cualidades ó notas de la Pena, que nacen de considerarla en su relacion cuantitativa con el Delito.

Del mismo modo que por la relacion que en general se establece entre la Pena y el Delito, aparecen en aquella algunas cualidades de que ya nos hemos ocupado, la peculiar que se expresa por la proporcion determina otras que no serian necesarias ó no existirian, si no se recono-

ciere este vínculo especial. La primera de ellas es la que se expresa cuando se dice que la Pena debe ser *proporcionada*, en cuya explicacion no debemos insistir despues de lo que dejamos expuesto: la segunda es la que se manifiesta cuando se dice que la Pena debe ser *divisible*, que, en último caso, no es más que el medio de alcanzar la proporcion.

Concíbese, en efecto, que el castigo, sin ser divisible, aparezca como análogo al Delito; pero si ha de ser proporcionado, es indispensable que reuna aquella cualidad. El crimen, en efecto—tal como se aparece en el mundo de la práctica—es un acto individual. Semejante á todos por sus caracteres esenciales y comunes, igual á los de su misma índole por los esenciales y propios, no es idéntico á ningun otro por sus accidentes, que representan lo peculiar del caso y el desarrollo y desenvolvimiento de la maldad de la persona que le comete. Y como precisamente la Pena, para ser proporcionada, ha de responder en un todo á esta individualidad, siendo la que reclama, no el Delito genérico y abstracto, sino el específico y concreto que se presenta á la consideracion del Tribunal, es forzoso que tambien sea susceptible de mayor ó de menor desarrollo; y para esto ha de ser *divisible*. Las condiciones de punibilidad son tambien personales y diferentes en cada reo, pudiendo modificarse durante el cumplimiento de la condena, y este es un nuevo motivo para considerar como esencial la cualidad de que tratamos.

Pero entiéndase bien que la divisibilidad no ha de aplicarse tan sólo á cada acto ó hecho del tratamiento penal, sino á todo él; pues el comiso de los instrumentos del crimen, por ejemplo es indivisible, y sin embargo es proporcionado al Delito, y muy justo, si no se emplea sólo, sino acompañado de otras privaciones que le completen.

La idea de divisibilidad, por otra parte, ha de tomarse, para que responda por completo á nuestro pensamiento,

en un sentido más ámplio que el que comunmente se le dá y que en todo rigor le corresponde. De ordinario nó se concibe que la Pena sea divisible, sino dentro del tiempo y de la cuantía material. Así, el arresto, la cadena, y en general todos los castigos que tienen por materia la privacion ó la restriccion de la libertad, son divisibles, por que pueden durar más ó ménos espacio, y la multa porque su cuantía puede ser mayor ó menor. Mas no se dice comunmente que una Pena que dura lo mismo que otra, sea divisible porque el régimen penal sea más rigoroso, más estrecho, ó dirigido en uno ó en otro sentido.

Todo esto, sin embargo, que constituye lo accidental y variable en ella, hace que presentándola con un carácter de flexibilidad especial, la haga proporcionada al crimen tambien especial, que trata de reprimir, que es lo que se busca por la divisibilidad. No ha de entenderse, pues, esta condicion sólo como la propiedad de un objeto de fraccionarse en diversos trozos ó partes que resultan en su esencia iguales entre sí y al todo, sino como la que consiste en que aquello que constituye su propia naturaleza, pueda desarrollarse ó desenvolverse más ó ménos completamente. En este sentido, la Pena es divisible cuando es capaz de expresar el concepto ó la noçion de cantidad de que hemos hablado en el párrafo LXXIII. Entónces, pudiendo individualizarse ó presentarse tal y como el Delito la reclama y como se muestra la capacidad del sujeto penable, responderá en un todo al pensamiento de la proporcion ó relacion cuantitativa. El trabajo en los castigos que tienen por materia la privacion de libertad, puede ser más duro ó más suave, puede ser físico ó del espíritu; la educacion, ó semejante á la del niño, ó más elevada y superior; segun la cultura del reo; el aislamiento más completo, si se necesita despertar la conciencia dormida del recluso ó ménos estrecho, si habiendo nacido el remordimiento, se le ha de encaminar á la mejora

de la voluntad: en suma, será divisible el tratamiento penal cuando, sin que desaparezca aquello que por su esencia le caracteriza, sea susceptible de un desenvolvimiento más completo y de mayor ó menor insistencia en él, bajo cualquier forma y modo.

RESÚMEN.

§ LXXXII.

La justicia de la Pena.

Resulta la justicia del castigo de su relacion cabal y completa con el Delito; ó lo que es lo mismo, cuando la penalidad responde enteramente á la culpabilidad. Habiendo, pues, expuesto á la conclusion de los dos Libros anteriores los datos que debian tenerse presentes para fijar la una y la otra, menester es presentar la relacion que los une y enlaza como breve resúmen de todo lo expuesto, y en forma en que pueda herir al primer golpe de vista.

La analogía de la Pena resulta de poner en relacion los siguientes datos:

Forma de la violacion. — (Accion ú omision. Fraude, violencia sin fraude ó sin violencia.....)	} Lo propio y característico de la Pena, atendiendo á su materia. — (La libertad, la propiedad, los derechos políticos, etc.)
Razon ó causa de la violacion. — (Dolo ó negligencia).....)	
Derecho especial violado. — (La vida, el honor, la propiedad, etc)	

La proporción de la Pena resulta de relacionar entre sí los siguientes datos:

Sujeto activo del Delito.....	{ Por la parte que tomó en la ejecución.....	} Lo accidental y variable de cada Pena.
	{ Concurriendo circunstancias modificativas de la imputabilidad.....	
Sujeto pasivo del Delito.....	{ Por el número de sujetos pasivos.....	
Sujeto pasivo de la Pena.....	{ Concurriendo hechos ó circunstancias modificativas de la punibilidad.....	
	{ Estado á que llegó el Delito..	
Materia del Delito.	{ Acumulacion de Delitos.....	
	{ Concurriendo circunstancias accidentales ó sin ellas.....	
Materia de la Pena.	Acumulacion de Penas.....	

CAPITULO CUARTO.

DE LA EXTINCION DE LAS RELACIONES ENTRE LA PENA Y EL DELITO.

§ LXXXIII.

De los modos de extinguirse en general la relacion entre la Pena y el Delito.

Representando la Pena una relacion jurídica, habrá de terminar por las causas generales por las que se extinguen y concluyen todas las demás, aunque teniendo en cuenta lo que hay en ella de peculiar y propio.

Y todas las relaciones jurídicas concluyen, primero por haberse llenado el fin ó el propósito que las dió origen; segundo, por ser ya de todo punto imposible el alcanzarlos; tercero, por haber sobrevenido hechos ó circunstancias que cambiando las condiciones con que nacieron, imponen como necesario que se conviertan en otras distintas, pero equivalentes. Así, los deberes que origina el contrato se extinguen por el cumplimiento, por desaparecer el fin que le dió causa, por imposibilidad de las prestaciones en que consiste, en cuyo caso podrán venir otras á sustituirlas, como la indemnizacion de daños y perjuicios, pero las primitivas, las que se buscaban ya no pueden tener lugar. Del mismo modo, cuando la Pena ha cumplido su fin ó cuando es absolutamente imposible que le llene, desaparece.

La Pena, sin embargo, á diferencia de lo que acontece con las obligaciones nacidas del contrato y algunas otras,

cuando el reo carece de condiciones para recibirla, no concluye en una forma para presentarse en otra distinta. Si tal sucediera, la analogía quedaría completamente destruida y negada, y con ella su carácter de correccional y restauradora del orden. Admítese á pesar de esto en la práctica del Derecho positivo tal sustitucion, aunque limitada á las penas pecuniarias; pero como dejamos probado (§ LXXX), ni aun en ellas dada la completa pobreza del reo, debe tener lugar con arreglo á justicia, sino tomar otra forma que no varíe esencialmente su naturaleza, y no las convierta, como se dice de ordinario, en personales.

De lo expuesto se desprende que las causas que ponen término á la punicion, suponen que el Delito existió, que pudo y debió en algun tiempo castigarse; pero que habiéndolo sido ó pasada la oportunidad, ya no es posible ó ya no es justo. No cabe, por tanto, considerar comprendidas entre ellas—segun se afirma por muchos—ni las que hemos llamado causas de justificacion (§ XXXVII), ni el hecho de quedar absuelto el reo; ni el de no poderse reunir pruebas suficientes; ni, en suma, ninguna otra que no parta, ó de la imposibilidad ó de la injusticia de castigar, aun habiendo habido crimen, de cuya existencia no quepa racional duda.

Pensando ahora en los casos en que esto acontece, se hallará que las causas por las cuales se extingue la relacion entre la Pena y el Delito, son:

Por haberse llenado el fin con que se impuso:

- El cumplimiento de la condena;
- La enmienda del culpable, revelada por hechos afirmativos;
- La misma enmienda presunta, ó que se dá á conocer por ciertos hechos.

Por no poderse ya llenar el fin:

- La muerte del reo;
- Sobrevenir un estado de impunidad.

Si examinamos las causas referidas con relacion á sus efectos, hallaremos que—como lo hacen la mayor parte de los autores—pueden separarse en dos clases. En la una la Pena no llega á declararse, que es á lo que se ha denominado *terminacion ó suspension de la accion penal*; en la otra de las clases, el castigo declarado no llega á ejecutarse, que es á lo que se dice *terminacion ó suspension de la accion para ejecutar la sentencia*. Pero como una misma causa puede producir unos ú otros de los efectos que se acaban de señalar, dependiendo del estado puramente casual en que se encuentra el proceso; como además puede acontecer que estándose cumpliendo la condena, ésta termine ó se suspenda, no presenta gran utilidad la clasificacion que quiere hacerse, aparte de que nace de una idea que carece por completo de exactitud. La muerte del reo, su locura, lleva á que el castigo no llegue jamás á declararse, á que declarado no se imponga y á que impuesto cese en sus efectos, siendo completamente igual el hecho que lo motiva.

Si se quiere tener en cuenta los efectos que tales causas producen, debería decirse con más fundamento que hay algunas que suspenden sólo temporalmente la ejecucion de la condena, como la enfermedad, la embriaguez y áun la locura misma; y otras la hacen siempre imposible, como la muerte y la enmienda del reo, y áun el cumplimiento de la Pena impuesta.

En la enumeracion que venimos haciendo, seguramente que la persona práctica echará de ménos, como causas que llevan á que el castigo no se declare y cese si sé hubiere impuesto, la voluntad del ofendido, ó la del Estado—esto es, el *perdon de la parte, la amnistia y el indulto*,—y la inmunidad de que gozan algunas personas por el cargo que desempeñan.

Mas el que notase tales omisiones deberá recordar que, dados los conceptos ya expuestos de Derecho y de Pena,

tales causas no pueden, conforme á los principios, producir el efecto de que la responsabilidad no nazca ó se extinga. Cometido el Delito, el castigo debe seguirle precisa é ineludiblemente para restablecer el órden perturbado mientras haya persona con capacidad suficiente para recibirle. Sin esto, no se daría la justa satisfaccion á la exigencia que aparece con toda claridad hasta al mismo sentido comun, de que la ley se viola y quebranta lo mismo cuando el inocente es castigado que cuando queda impune el criminal (§§ LI y LVIII). El Estado, pues, no tiene—segun en otro lugar decíamos (§ LXVIII)—derecho de penar, considerando como facultad arbitraria el imponer castigo ó conceder indulto, sino que está moralmente obligado á lo primero para cumplir á todos su Derecho, incluso al mismo reo. De aquí que no puede sostenerse, dentro de los eternos principios de la Filosofia, el que la ley declare irresponsable por actos nacidos de su libre voluntad, á persona alguna, como acontece al Monarca en el régimen constitucional, y ménos á los representantes de la Nacion, ya por sus hechos como tales, ya temporalmente por otros diversos mientras dura su mandato, ó algun tiempo despues. Niegan tambien tales principios la posibilidad de derogar ó torcer arbitrariamente la ley para un caso dado por medio del indulto, ó la de suspenderla temporalmente en todos sus efectos por la amnistía, con la que se pretende echar un vélo sobre el crimen y sus consecuencias.

Pero tales medidas, que en sí mismas son la negacion de la necesidad moral que la ley entraña, pueden quedar completamente justificadas por las condiciones históricas en que se hallen colocados los pueblos, esto es, dentro de la Ciencia filosófico-histórica ó la Política (§§ I y II). Por esto han sido defendidas con razones convincentes, y con razones convincentes atacadas, porque sus defensores y sus impugnadores se colocaban en distinto terreno y acep-

taban punto de vista diferente: los unos, el ideal absoluto de la Filosofía; los otros, el práctico del momento ó de la Política. El determinar si al presente se dan las condiciones ó supuestos para que todas estas medidas ó algunas desaparezcan ó se limiten en sus efectos y extension, no es asunto que quepa dentro de esta Obra.

Si el derecho de castigar corresponde al Estado, la parte ofendida no puede con su perdon impedir que la Pena se imponga, ni hacer que sus efectos terminen. En las legislaciones positivas, sin embargo, es admitido comunmente, pero sólo por excepcion y tratándose de Delitos muy especiales, como el adulterio de la mujer, el amancebamiento del marido en determinados casos, la violacion y el estupro, y la injuria y la calumnia. Porque existen estas excepciones á un principio universalmente admitido, queda indicado al tratar de las relaciones del Estado nacional con otros círculos ó esferas de la vida y la cultura humanas (§§ XXV y XXXVIII).

§ . XXXIV.

Del cumplimiento de la Pena.

El cumplimiento de la condena extingue toda responsabilidad penal; principio es este admitido de una manera tan inconcusa, que alguno de los Códigos modernos ha dejado de consignarle expresamente (1).

Mas si en la conclusion hay conformidad completa, no acontece lo mismo cuando se pregunta ó se inquiere el camino por el que se ha venido á ella. Comunmente se justifica, ó bien porque se considera el sufrimiento que el

(1) El de la Confederacion de la Alemania del Norte.

castigo contiene como la deuda contraída por el criminal hácia el Estado, ó bien porque el dolor y el padecer se miran como los purificadores de la mancha que el Delito imprimió. Partiendo de cualquiera de ambas concepciones, se concluye que pagada la deuda nada puede reclamarse ya, quedando, por consiguiente, expiado el Delito. Consecuencia de todo esto es, que primero se pese y mida el crimen y á su semejanza la Pena que contiene la deuda ó la expiacion, fijándose ésta de manera que despues no puede variarse ni en su calidad ni en su cuantía. Aunque se pruebe, pues, de manera que no quepa ni sombra de duda que se ha obtenido la correccion del culpable y con ella el restablecimiento del orden jurídico ántes de lo que pudo pensarse, el castigo deberá continuar, porque la deuda en parte existe todavía y la expiacion no se ha llenado. Si, por el contrario, la perversidad resulta más profunda de lo que los hechos hicieron suponer en un principio y el criminal conserva el propósito de levantarse nuevamente contra el orden jurídico, aunque se sepa de un modo indudable que la raíz del mal subsiste, la Pena no ha de prolongarse ni un día más, porque el criminal ha pagado lo que á la Sociedad debía, y ha satisfecho con su padecimiento la expiacion que se creyó bastante.

Pero tales principios son incompatibles en un todo con el verdadero concepto de la reparacion jurídica, que no puede abonar el que la responsabilidad concluya con la mera extincion de la condena. Si para el restablecimiento de la ley ética del Derecho la enmienda del infractor es indispensable (§§ LI y LIV); si el castigo debe subsistir tanto cómo el Delito, y éste no acaba sin que la correccion se obtenga (§ LXXVII), no es posible considerar como cumplida la Pena, llenada la mision y el fin con que se impuso, mientras tan elevado propósito no se haya alcanzado.

La represion impuesta por el poder judicial despues de

considerar atentamente los actos del reo, la naturaleza y la persistencia y energía de la voluntad injusta, aparece como el remedio necesario y suficiente para obtener el restablecimiento del orden jurídico. Pues bien, en tanto que los hechos no vengán á demostrar lo contrario, existe la presuncion racional de que se ha conseguido la enmienda, y que quien fué en otro tiempo delincuente cambiará de conducta y se aplicará á respetar y cumplir la ley. En esta presuncion de la eficacia del castigo, y solamente en ella, se apoya el principio que sentamos al comenzar este párrafo, que la responsabilidad penal se extingue por el cumplimiento íntegro de la condena.

Pero acabamos de decir que es sólo una presuncion, no una verdad incontrovertible, y dependiente por tanto de la prueba que puede articularse para destruirla. Por esto, no aspirando á una seguridad que pretenden los sistemas de la retribucion ó paga, de la expiacion, de la advertencia y tantos otros, y que los hechos se encargan de desmentir todos los días, la Pena debe con justicia concluir ántes del tiempo que provisionalmente se la asignó, si se ha alcanzado el fin con que se impuso, ó prolongarse cuanto sea menester en el caso contrario. Porque en efecto, si el penado, sólo cuando dá seguridades de hallarse en el goce de su completa libertad, puede reclamar las franquicias que los demás ciudadanos, y por tanto sólo entónces tiene derecho á exigir que la Pena cese, cuando no se halla en tal situacion, no puede con justicia pretender que le sean devueltas para emplearlas como ántes en daño propio y de los demás (§ LX).

Fijar los hechos que pueden demostrar con grandes probabilidades ó seguridad de acierto que la correccion se obtuvo ántes del término natural, qué actos dan á conocer llegado éste que la enmienda no se ha alcanzado, corresponde al párrafo siguiente. Si los unos y los otros, cualesquiera que sean, no han tenido lugar mientras el reo

cumplió su condena, preciso, justo y racional es suponer que se ha alcanzado el fin, cesando en el Estado el Derecho de continuarla ó prolongarla.

§ LXXXV.

De la enmienda del culpable por hechos que la dan á conocer directamente.

A la altura en que nuestro trabajo se halla es de todo punto ocioso el insistir en que la Pena no debe imponerse, y si se impuso debe cesar, tan luego como de una manera indudable conste que se ha obtenido la correccion de la voluntad pervertida é injusta. Nuestra tarea debe, pues, ahora concretarse á investigar qué hechos la suponen de una manera directa con verdadera razon y fundamento.

Y para proceder con toda seguridad, preciso es que ante todo quede perfectamente definida y en claro la significacion de las palabras, *enmienda* y *correccion*, recordando lo que en otro lugar se expuso (§ LVII).

La enmienda y la correccion en efecto, no debe confundirse, como se hace por muchos, con el arrepentimiento. Este representa el primer movimiento del ánimo que se duele de haber obrado mal y de haber delinquido. Pero tal dolor, que rara vez deja de sentir el culpable, sobre todo si se halla sujeto á un procedimiento criminal, está muy léjos de constituir otra cosa que el primer paso en el camino de la enmienda. No existe ésta hasta que insiéndose en él y reconociendo la falta, adquiere el espíritu primero la firme decision, y luego la fortaleza y el hábito de acomodar sus actos á la ley, cumpliéndola puntualmente. Y como el Derecho no resulta efectivo y realizado en la vida por el simple deseo de cumplirle, sino cuando realmente se llena por el hombre, la correccion y no el arrepentimiento por sí sólo, es lo que restablece

su imperio. Si está verdaderamente enmendado, el culpable deshace todas las consecuencias nacidas de su crimen, y se prepara á cooperar con sus actos en lo sucesivo á la conservacion del orden jurídico y en especial de las relaciones que perturbó. Si el ladron no devuelve el objeto que tomó, si el calumniador la honra que habia manchado y todos los que fueron delincuentes reparan el daño que ocasionaron, podrán estar arrepentidos, pero no enmendados, no resultando entónces restaurada la ley en todo su vigor y eficacia.

Numerosos, casi infinitos, pueden ser los actos que directamente dan á conocer la correccion del culpable, siendo imposible y además innecesario el enumerarlos todos.

Uno de los principales y de los pocos que por lo comun tiene en cuenta el Derecho positivo, es el desistimiento voluntario que hace inculpable la tentativa. Quien habiendo comenzado á preparar y aun á poner por obra el Crimen desiste de él, no por causas que le hagan imposible ó difícil, sino por su voluntad espontánea, demuestra que si ha sido capaz de ponerse en el caso de infringir la ley, tambien lo es de reconocer su fuerza y su eficacia, y rectificar su conducta errada, estando en este punto conformes casi todos los Códigos.

La disposicion expresa de alguno (1) y la doctrina de la mayor parte de los autores criminalistas ha venido, sin embargo, restringiendo los efectos de este desistimiento, haciendo patente con ello que la base en que se apoya el no castigar un hecho que contiene una infraccion de un precepto obligatorio, difiere de la que acabamos de señalar. Doctrina comun y corriente es por ejemplo, que para que no haya lugar á imponer ningun castigo se necesita que la tentativa de crimen de que se desiste no consti-

(1) Código portugués, art. 9.

tuya ningun otro Delito frustrado ó consumado; pues cuándo esto sucediese, si bien no se penaría la tentativa, sí el crimen que realmente se consumó ó se intentó. Tal acontecería en el caso que se secuestrase á una persona para exigirle un rescate y ántes de haberle obtenido se la pudiese en libertad. En tal supuesto, no habria razon conforme á la doctrina que explanamos para penar el crimen intentado contra la propiedad ajena, pero sí para imponer el castigo por la detencion arbitraria.

Mas al aceptarse como exacta esta solucion, no se aprecian la verdadera razon y fundamento, por los que no se pena la tentativa de la que se desiste voluntariamente, sino que se dá á los hechos un valor sustantivo que no les corresponde. Si el daño causado era susceptible de reparacion y no se reparó, el desistimiento demuestra que el reo no era capaz de ejecutar un daño tan considerable como el comenzado, pero sí de producir otro menor, y por este debe castigársele. Mas cuando tal reparacion se hiciere, ó se intentare y no fuese posible, entónces no hay motivo alguno para que se imponga Pena. Por esto en el ejemplo propuesto anteriormente, si llevado á cabo el secuestro para exigir un rescate no sólo se puso en libertad al detenido, sino que además se le proveyó de todo lo necesario para su uso, indemnizándole en lo posible, si quizá se le defendió contra el ataque de otros malhechores, la Pena por la detencion injusta, aunque haya sido consumada, no podrá ménos de parecer irritante, porque entónces ha habido, no sólo desistimiento sino además reparacion.

Es este otro de los hechos que arguyen la enmienda de una manera evidente, á pesar de lo que apenas en algun Código (1) se aprecia como motivo de suspender la Pena.

(1) El de la Confederacion de la Alemania del Norte, que establece en su artículo 46, caso 2.º, que no se castigará la tentativa si el agente ántes de que su

Y sin embargo, si el desistimiento voluntario excusa sólo por la correccion que supone, ¿con cuánta más razon la demuestra el que se esfuerza el deshacer el daño que infirió?

Mas difícil es todavía el enumerar y precisar los hechos que estando cumpliendo la condena, suponen que la correccion se ha alcanzado ántes de concluir el tiempo por el cual se impuso. Argúyenla, sin embargo, en el recluso, su obediencia á los jefes, su asiduidad en el trabajo, el emplear voluntariamente la parte de las ganancias ó gratificaciones de que puede disponer, en atenuar el daño que causó extinguiendo la responsabilidad civil, y otros de esta naturaleza.

En los antiguos tiempos, en los cuales el castigo presentaba todos los caracteres de una venganza, de una expiacion ó de la paga del Delito, no se concebía que esta correccion, áun siendo evidente, pudiera justificar el que la Pena cesase. Pero en los tiempos actuales, ha empezado á admitirse, no sin la oposicion de muchos apegados á viejas doctrinas. Debe citarse como ejemplo notable, y que enaltece á nuestra patria, la disposicion del Código penal de 1822 (1), que á pesar de su severidad ordenaba que, por medio del arrepentimiento y la enmienda se minorara la Pena, y que el condenado á una temporal que pasase de dos años, podría despues de extinguida la mitad de la condena, obtener una rebaja de la tercera á la cuarta parte del tiempo por el que se le hubiere impuesto.

proyecto estuviera descubierto ha impedido las consecuencias de su accion criminal por un hecho contrario. En el art. 310 pone un ejemplo de esto, cuando dice que el autor del incendio no será castigado si ha apagado el fuego ántes de haber sido descubierto, no produciendo más daño que la combustion de las materias destinadas á producirle. Muchos Códigos, el penal de Sajonia, el de Hesse, el de Baden, el portugués, habian mirado estos hechos como motivos de atenuacion. En nuestro Código y en otros muchos ni áun se consideran como circunstancia atenuante.

(1) Artículos 141, 145 y 146.

En otros Códigos (1) y en otros países, se ha comenzado á aceptar la soltura provisional cuando el reo, habiendo cumplido una parte de la condena y durante ella observado una conducta irrepreensible, lo solicita, quedando, sin embargo, sujeto á la vigilancia de la autoridad ó de la policia, y obligado á extinguir íntegramente la que se le impuso, si delinquiese de nuevo ó ejecutase hechos que demostrasen que áun no era completa la correccion. Estos ejemplos prácticos demuestran que con alguna probabilidad de acierto y sin peligro alguno, hay medios de vencerse de que la enmienda es un hecho. Nuestro mismo Código lo supone tambien, cuando á pesar de su sistemática oposicion á la teoria de la correccion por la Pena, establece (2) que los condenados á las de cadena, reclusion, relegacion ó extrañamiento perpétuos, serán indultados á los treinta años de su cumplimiento, á no ser que por su conducta ó por otras circunstancias graves no fuesen dignos del indulto á juicio del Gobierno.

Las razones que abonan este procedimiento, sus benéficos resultados en combinacion con otros medios y cómo puede emplearse, corresponde al Libro siguiente, ó sea á la ejecucion de la Pena.

§ LXXXVI.

De la enmienda presunta del reo, ó sea de la prescripcion.

Los hechos de que nos heimos ocupado en el anterior párrafo aparecen de tal suerte ligados con el crimen, que su ejecucion demuestra que el arrepentimiento ha concluido

(1) Artículos 23, 24, 25 y 26 del Código penal de la Confederacion de la Alemania del Norte. En Sajonia existia desde 1862 este sistema.

(2) Art. 29 del Código reformado en 1870.

su obra con la mejora de la voluntad injusta. Existe, sin embargo, algun otro, que sin probar de una manera directa é inmediata que tal resultado se ha conseguido, lo hace presumir con tantas ó mayores probabilidades de acierto. Tal es el haber observado el reo una conducta intachable por un espacio de tiempo bastante largo para que pueda pensarse que ha adquirido el hábito ó la virtud de la justicia, y que no es obra sólo de la hipocresía. Esta causa de extincion de las acciones que nacen del Delito, ha sido llamada *prescripcion* de éste ó de la Pena, segun se aplica al crimen descubierto, pero no castigado, ó á la condena declarada, pero no cumplida enteramente; y como su nombre indica, contiene como elemento esencial el lapso más ó ménos largo del tiempo.

Las escuelas absolutas, de la retribucion y del castigo expiatorio, rechazan con toda lógica y justicia, desde su punto de vista, que el crimen quede por ninguna causa impune; y que habiendo persona capaz de sufrir la Pena, ésta, que representa una necesidad moral, ineludible, no se cumpla. Inspirándose en este pensamiento algun Código, deniega en absoluto la prescripcion (1), que otros admiten cuando se trata del Delito y que rechazan cuando se refiere á la Pena declarada por sentencia firme (2).

Los sistemas de la defensa, de la prevencion y áun el utilitario—á pesar de la opinion contraria de Bentham—no pueden oponerse á que la Pena sea esencialmente prescriptible, cuando se demuestra que el cuerpo social ha vuelto á adquirir la tranquilidad que perdió y no reclama el castigo como medio de evitar nuevos desórdenes. El que se ha cometido cayó en el olvido, y por esto no induce á imi-

(1) Código del Brasil, art. 65.

(2) Código penal español de 1822, art. 178.—Código de Toscana de 1853, con las variaciones introducidas en 1856, art. 95.—Reglamento romano de 1832, artículo 46.—Código penal prusiano, art. 49.

tarle á otros ciudadanos y al mismo criminal á repetirle; la Pena es, pues, inútil, si algun hecho, como la reincidencia, no viene á demostrar lo contrario. Ambas teorías, dentro de su especial criterio, son pues consecuentes con el principio que las sirve de base.

Pero muy de ordinario se justifica la prescripcion, no apoyándose en lo que acabamos de indicar, sino considerándola tan sólo como el efecto natural y necesario del lapso del tiempo. Comunmente se dice que éste todo lo cambia y altera, y por tanto debe influir en el Delito, que llega por este motivo á desaparecer. Y en verdad que el trascurso de los años no puede ménos de tenerse en cuenta en todas las cosas humanas, que forzosamente viven y se desenvuelven dentro de él.

Mas si el Derecho no puede prescindir del tiempo, es porque, merced á su influjo, todas las circunstancias se cambian y se trasforman, y si ha de guardar relacion proporcionada con la situacion de la persona por quien se presta y por quien se dá, no puede permanecer invariable. Tal sucede principalmente con la tutela, que se cambia y se muda con las condiciones del pupilo hasta que llega á terminar. Pero cuando el tiempo pasa sin dejar rastro alguno, el Derecho de ayer es el mismo que el de hoy, idéntico al que será mañana; y es grosero error seguir la corriente de la ignorancia, que olvida aquello que debiera conservar en la memoria, tan sólo porque no se le ofrece á su vista en aquel instante. Los hombres y los pueblos ignorantes y rudos, se impresionan y olvidan con una facilidad pasmosa; los de elevada inteligencia y cultura, ni se dejan llevar de las primeras impresiones, ni una vez recibidas son tan fugaces que no las recuerden largo tiempo, acercándose de esta manera á la perfeccion divina, para quien todo existe en la actualidad. Si la prescripcion de la Pena se funda, pues, exclusivamente en que el tiempo ha trascurrido, sin cui-

darse si por ello cambiaron las condiciones y las circunstancias del delincuente y del Estado, se funda en un hecho completamente indiferente: si se apoya en el olvido del crimen, se apoya en la ignorancia y en la incultura. Que el legislador no pueda marchar contra las preocupaciones de su época y tenga que sucumbir en esto, como en otras tantas cosas, se comprende; pero no que el filósofo las aduzca para sentar los principios inmutables de justicia.

No es por otra parte exacto, que sólo los días y los años trascurridos borren por sí solos y totalmente la huella que el crimen dejó, aún apreciado este hecho por el sentido comun. Si el agente ha persistido en su vida criminoso, nadie se opondrá á que se le castigue como merece por todos los actos que hubiere ejecutado aún en época lejana. Lo contrario sucede cuando ha mudado de conducta: pero entónces este cambio en el modo de considerar el asunto no es, como fácilmente se comprende, la obra exclusiva del tiempo. Además ignorado el Delito por largo espacio, cuando es descubierto, la opinion comun no reclama la Pena sino en el caso de que otros nuevos y más recientes demuestren que es indigno de perdon. Y como aquello que totalmente se desconoce ni se recuerda ni se olvida, no cabe atribuir á esto último semejantes efectos. El trascurso del tiempo, pues, el olvido del Delito no justifica racionalmente la prescripcion. El verdadero fundamento no puede hallarse más que en el concepto de la Pena y de su relacion con el crimen, y no puede ser otro, como consignamos al principio del presente párrafo, que la supuesta enmienda del reo.

La Pena como restablecimiento del orden debe subsistir mientras haya perturbacion, y ésta existe tanto como la injusticia en la voluntad libre de donde ha nacido. La Pena, pues, no debe, no puede desaparecer en tanto que la correccion no se alcance, y fundado en este pensa-

miento se ha explicado por algun ilustre filósofo cristiano la perpetuidad de los eternos castigos que la impenitencia de los pecadores prolonga indefinidamente. Pero si se obtiene la enmienda y se dá á conocer, por hechos que hagan suponer racionalmente, la Pena no debe declararse, y si ya lo estuviere no debe exigirse su cumplimiento, por ser innecesaria.

Acontecerá esto siempre que se den las condiciones que exige la prescripcion.

Es la primera de todas que el reo haya observado una conducta ajustada al Derecho durante un espacio de tiempo prudente y razonable.

Cuál sea su duracion precisa es de todo punto imposible determinarlo de antemano, pues siendo muy diferentes los casos y muy varias las circunstancias, se escapa á toda regla general invariable y establecida *à priori* por el legislador. Tan sólo cabe indicarse que el tiempo que se exija debe estar relacionado con la importancia del crimen cometido, y que por tanto es racional que se señale uno mayor para los Delitos más graves, repetidos ó habituales, y otro más corto para los más ténues, aislados y más leves. Dentro de este criterio los Tribunales, únicos que pueden tener en cuenta lo variable y accidental y la situacion en que se hallaba colocado el culpable, podrán fijarlo por una declaracion ó sentencia.

Si la Pena ha sido declarada y no se cumplió por haberse fugado el reo, esto es, si se trata de prescribir la accion que nace de la sentencia, el tiempo no puede ser nunca menor que el que duraria la condena misma; pues dentro de los principios que venimos sustentando es irracional que se mire como ménos eficaz que la Pena justa su incumplimiento. Los Códigos que admiten la prescripcion al lado de la Pena perpétua, (1) faltan á estos principios

(1) Por esto el Código penal portugués ordena en su art. 124, que la pena per

lo mismo que aquellos que establecen un espacio más corto para prescribir la Pena ó el Delito que el de la duracion íntegra de la condena, como por ejemplo, que el castigo que debiera durar 30 años se prescriba por el lapso de 20 (1), cuando lo único admisible seria lo contrario si por acaso debiera haber alguna diferencia (2).

Mas para fijar la duracion es indispensable que primero se determine de un modo claro el punto de partida desde el cual empieza á contarse. Y á la verdad que parece fuera de duda que si el fundamento de extinguirse la responsabilidad es el haber dado el autor pruebas bastantes de estar ya corregido, claro está que este punto de partida no puede ser otro que el de la ejecucion del acto penado. Al dia siguiente, en el mismo instanté cabe que comience el arrepentimiento la obra difícil pero no imposible de la regeneracion, y desde entónces debe tenerse en cuenta la conducta del reo.

Contradican por completo este principio los Códigos vigentes, cuando tratando de la llamada prescripcion del Delito, que con más exactitud debiera decirse de la accion penal, disponen que no comience en ningun modo á contarse, sino desde el momento que se tenga noticia de él y se empiece á proceder contra los reos, y segun otros cuando cesen todas las pesquisas judiciales (3), de suerte que la más honrada, la más intachable conducta

pétua era imprescriptible. Establecido el régimen carcelario celular, el ha quedado en este y otros puntos reformado y sin aplicacion.

(1) Artículos 133 y 134, Código penal español reformado en 1870. En esta misma grosera inconsecuencia incurrén la generalidad de las legislaciones vigentes.

(2) El Código penal para la Confederacion de la Alemania del Norte, exige, salvo en las penas perpétuas y la de muerte, un lapso tiempo más largo para prescribir que el de la duracion de la Pena prescrita: de ordinario es de un doble, poco más ó ménos.

(3) Art. 637. Código de instruccion criminal de Bélgica.

y aún el trascurso más prolongado de tiempo es completamente inútil (1). Del mismo modo le niegan, cuando ordenan que esta prescripción se interrumpa siempre que se practique alguna diligencia de investigación, ya sea contra el culpable, bien contra cualquiera ó con cualquier objeto (2). Opónense también los que no admiten la prescripción de la Pena, aceptando sin embargo la del Delito (3) como ya hemos dicho, ó no empiezan á contar el tiempo de la prescripción de aquella, sino desde la fecha de la sentencia (4) ó de la notificación al reo (5), considerando que se interrumpe, empezándose á contar de nuevo, si se hace alguna diligencia para ejecutar el fallo (6).

La prescripción de la Pena puede aparecer combinándose con su cumplimiento cuando el reo que la ha extinguido en parte logra sustraerse á ella. Preciso es entonces tener en cuenta uno y otro tiempo, exigiendo para la prescripción de lo que aún faltara, ménos espacio, pues al fin el reo ha sido ayudado á su regeneración por el castigo sufrido, aunque incompletamente, y la buena conducta posterior revela que no fué infructuoso. Esto es lo que consigna con acierto algun Código moderno (7).

(1) Art. 134 del Código español de 1870: el del 48 reformado en 1850, exigía sólo que el reo no se ausentara del territorio español.

(2) Código portugués, art. 123; art. 142 del italiano; art. 637, Código de instrucción criminal de Francia, que rige además como legislación nacional en Bélgica; art. 68 y 72, Código penal de la Confederación de la Alemania del Norte; art. 133, Código penal español de 1870.

(3) Nota primera de este párrafo.

(4) Código penal italiano, arts. 137, 138 y 139; Código portugués, art. 124; art. 365 y siguientes del Código de instrucción criminal de Francia; art. 91 á 94 del Código penal belga; art. 70 del de la Confederación de la Alemania del Norte.

(5) Art. 134, Código penal español de 1870 y 26 del de 1848 reformado en 1850.

(6) Art. 72, Código penal de la Confederación de la Alemania del Norte.

(7) El de Bélgica, art. 95, que tiene en cuenta el tiempo que se ha cumplido la condena, si excede de cinco años en las penas criminales y dos en las correccionales.

La segunda condicion que debe exigirse, es la de que durante el tiempo que para prescribir se señale, ninguna clase de actos afirmativos ó positivos hayan dado á conocer que la enmienda no ha tenido lugar. Si el reo, como establecen algunos Códigos (1), retiene en su poder alguno de los efectos del Delito; si, como ordenan otros (2), delinque de nuevo ó es reincidente, la presuncion desaparece ante la realidad desconsoladora de los hechos. La prescripcion interrumpida entónces empieza á contarse de nuevo para el antiguo como para el reciente crimen.

Preciso es, sin embargo, reducir á sus verdaderos límites estas dos causas de interrupcion. Si se trata de un Delito de alguna gravedad, no puede con justicia mirarse como reincidencia—al ménos para los efectos que ahora estudiamos—otro Delito insignificante, tal vez una falta de policia, ó una imprudencia nacida de un descuido ó negligencia de escasa importancia. Este Delito, esta falta ó esta imprudencia, pueden cometerse y haber verdadera, sincera y sólida enmienda en el Crimen principal. Debiera, pues, fijarse con la exactitud posible qué acciones punibles interrumpian la prescripcion, como lo intenta algun Código moderno (3). Tambien debe determinarse claramente el sentido de las palabras; que el reo no retenga ninguno de los efectos del Delito, para que no se confunda con la reparacion. Porque no quiere decir en verdad que el criminal reponga las cosas al estado que tenian

(1) El portugués, art. 125, y el Código austriaco.

(2) Código italiano, art. 146; 618 del de las Dos-Sicilias; y el austriaco y el español de 1870, en su art. 134.

(3) El italiano, en su art. 146, ántes citado, ordena que la reincidencia en los crímenes (Delitos graves), interrumpe la prescripcion de la Pena impuesta, tanto por crímenes como por Delitos (Delitos ménos graves); la reincidencia en Delitos interrumpe la prescripcion de la Pena impuesta por Delitos. Puede deducirse, por tanto, del silencio del legislador, que la reincidencia en el Delito no interrumpe la prescripcion de la Pena declarada al crimen.

antes de cometerle, como devolviendo la honra que arrebató por la injuria y la calumnia, alimentando al hijo de la víctima, sino tan sólo que no continúe disfrutando ó sacando provecho de los efectos de su mala accion. El que detenta el objeto hurtado, el que conserva el puesto de donde por sus malas artes lanzó al que le ocupaba, no harán creer á nadie en su enmienda, cualquiera que sea el tiempo que trascurra.

Mas las dos condiciones de que hemos hablado, suponen necesariamente la posibilidad en el culpable de demostrar que se ha enmendado y corregido; de suerte que á semejanza de lo que acontece en la prescripcion en materia civil, la capacidad en la persona que prescribe puede enumerarse como el tercero de los requisitos necesarios. El loco y el imbécil, incapaces de extinguir la condena, lo son tambien de prescribirla por el trascurso de tiempo alguno. Suspendido el castigo mientras permanecen en este estado de impunidad, debe ejecutarse cuando cese, ó empezar desde entónces á contarse el tiempo de la prescripcion. En Códigos que, como el nuestro (1), ordenan que recobrando el loco su juicio no se ejecute la sentencia, á no ser que hubiere en el intervalo prescrito la Pena, olvidan semejante principio.

Tambien pudiera sentarse como cuarto requisito para la prescripcion, el de que se diesen algunas condiciones para que los hechos negativos en que se funda representen con justicia el valor que se les atribuye; por ejemplo, que el reo hubiere permanecido durante el tiempo necesario para prescribir la accion penal, en un país ó Estado constituido y de alguna cultura, donde rigiera un Código no muy diferente del nacional y existiese policia bastante para no dejar impunes los Delitos; habiendo certeza, por tanto, ó al ménos gran probabilidad, de que si no ha incurrido

(1) Art. 101, Código reformado en 1870.

de nuevo en Pena, es porque no ha vuelto á delinquir.

Una disposicion (1) del Código español curiosa por ser al parecer indígena, contiene á primera vista algo que podria equipararse con lo que acabamos de indicar. Preceptúase en ella que para que tenga lugar la prescripcion es indispensable que el reo no se haya ausentado á país extranjero con el que no haya celebrado España tratado de extradicion, ó que si existiese tratado no esté en él comprendido el Delito. Mas á pocó que se medite, se ve que el pensamiento de donde nace esta original disposicion es otro muy distinto. Con muchas naciones muy adelantadas en cultura no se han celebrado tratados: en todos los convenios hasta el dia hay Delitos exceptuados, como, por ejemplo, los políticos; y por consiguiente, si el reo permanece en tales países observando la más honrada y ejemplar conducta, segun puede comprobarse sin género de duda, al volver á su patria lo primero que se le presenta es la Pena que ha de ser extinguida. La enmienda, cierta, segura y evidente, nada pues vale y significa. El fundamento de la prescripcion cuando rigen tales principios, nó parece ser otro que el mismo que se aduce para sostenerla en el Derecho civil cual es el descuido ó negligencia de la persona á cuyo favor estaba concedida la accion; de aquí que *contra impeditum agere non currit prescriptio*. De esta suerte, el que ha cometido un Delito político, para el que la Pena análoga y proporcionada era el extrañamiento, cuando él mismo se impone el castigo y le cumple, se coloca en la imposibilidad de prescribir. Bien es verdad que rara vez la arbitrariedad del indulto deja de corregir este defecto, aunque incurriendo tal vez en otros no ménos censurables.

(1) Art. 134, Código de 1870.

§ LXXXVII.

De la muerte del reo. — De su estado de impunidad.

Una de las primeras causas por las cuales se extingue la relacion entre la Pena y el Delito por no poderse ya llenar el fin con que aquella se decretó, es la muerte del reo.

Admitida en todas las legislaciones modernas y en la mayor parte de las antiguas, contestes todos los autores criminalistas, la extincion del castigo por el fallecimiento del culpable no se desprende sin embargo lógicamente de las doctrinas que algunos sustentan. Las escuelas que miran la Pena como un medio preventivo y de defensa, no debieran en verdad detener el brazo de los Tribunales aunque el reo concluyese su vida terrena. El proceso contra el cadáver, su exposicion pública, la infamia que sobre él recae, el quemar, ahorcar ó degollar al criminal en efigie, pueden producir y ha producido el escarmiento de algunos. Mas dentro de los principios que venimos sustentando, ni la más leve sombra de duda puede ofrecer el que la muerte termina toda accion de carácter penal.

El castigo en efecto, representa la reaccion justa contra la injusticia, con el propósito de que el perturbador del orden le restablezca por medio de actos análogos á los que constituyeron la violacion, esto es, nacidos de la libre voluntad. De aquí que sólo el que ejecutó el quebrantamiento puede deshacer las consecuencias de su mala conducta, no quedando el orden restaurado ni devuelta la eficacia á la ley que fué negada, sino por las obras del mismo que la había desconocido, sin lo que faltaria á la Pena su cualidad de personal que hemos señalado (§ LXXVII) como indispensable. Si él y no otra persona en su nombre y representación pueden ejecutar esto, claro

está que su fallecimiento hace de todo punto imposible que se consiga el fin de la Pena y cesa por tanto toda relacion con el Delito. Si la justicia de Dios empieza entónces, cesa la justicia imperfecta de los hombres.

Preciso es, sin embargo, aplicar tal doctrina con todo rigor y llevarla hasta sus últimas consecuencias. Por esto debe concluir toda verdadera punicion, cualquiera que sea su clase y cualquiera que sea el momento en que acaezca la muerte del reo, ya se trate de Penas de privacion más ó ménos completa de libertad y de interdicciones, ya de las pecuniarias, háyase dictado ó no sentencia. Y sin embargo de haberse reconocido en todos los Códigos el principio, cuando se llega en su aplicacion práctica á las multas y demás penas reales, se niega y menosprecia convirtiéndolas en la vil ganancia y asquerosa granjería para el Estado, cuando como acontece en muchos Códigos (1), no quedan extinguidas por el fallecimiento del culpable, sino que son exigibles á los parientes y herederos del difunto, siempre que estén declaradas por una sentencia firme. Lo extraño del caso es que autores muy dignos de respeto conceptúan ésta como doctrina corriente é incontrovertible áun dentro de los principios de la Ciencia filosófica. Se fundan para ello en que los instrumentos y demás efectos en el comiso y el numerario en la multa han sido adquiridos por el Estado y constituyen un título traslativo de dominio. Pero dígase cuanto se quiera en este sentido, siempre resultará que no pudiendo sufrir la Pena el reo difunto, la extinguen por él sus herederos y deja por tanto de ser personal, volviéndose al estado y situacion en que pagaban los hijos por los padres, los hermanos por los

(1) Art. 30, Código penal de la Confederacion de la Alemania del Norte, concordante con el 20 de Prusia; art. 134 del Código penal italiano: art. 132, Código español de 1870.

hermanos y los unos por los otros. La sentencia que considera las cosas como estaban al tiempo de cometerse el Delito, no puede sin injusticia producir los efectos que quiere atribuírsela. Muy léjos de esto, debiera pensarse en si la verdadera justicia no reclama que la multa y los efectos secuestrados si eran objetos de uso lícito y no nocivo, se devuelvan á los herederos del reo en el caso de una muerte prematura y en algunos otros, y áun al reo mismo.

El venir el sujeto pasivo de la Pena á un estado de impunitabilidad es otra de las causas que hacen cesar la relacion que mantiene con el Delito, ya sobrevenga esto ántes de dictarse la sentencia, ya mientras se encuentra el culpable cumpliendo su condena, ya sea de un modo temporal, ya permanente. Expuesto en el párrafo LXX la nocion de este estado é indicadas las causas que le producen, es ocioso el extenderse ahora en grandes consideraciones. La persona que se halla dentro de él es incapaz de sentir la privacion en que consiste el castigo más que como puro mal y sufrimiento, no puede aplicarla á fin alguno mientras permanezca en él, y la ley que cóncientemente fué violada no puede restablecerse por los hechos del perturbador: la relacion careciendo de términos hábiles desaparece por completo.

Pero lo mismo que hace poco indicábamos es preciso que el principio se aplique con todo rigor, reconociendo el carácter personal de toda Pena, áun la llamada pecuniaria, y consignando por tanto que la locura, la imbecilidad y áun la embriaguez suspenden la ejecucion de todo castigo, sin admitir la distincion que en algunos Códigos parece establecida (1) entre la multa y el comiso y todas las demás. La privacion del numerario en que consiste la multa, como la de la libertad exterior que constituye por ejem-

(1) Art. 101, Código penal español de 1870.

plo el arresto, sólo son Penas cuando pueden llevar al restablecimiento del orden perturbado, cosa en la que ni aún cabe pensar cuando el reo carece por completo de capacidad. Sólo cuando la causa cese la Pena recobra su imperio, tanto la pecuniaria como la llamada personal.

LIBRO QUINTO.

EJECUCION DE LA PENA.

CAPITULO PRIMERO.

DE LA EJECUCION DE LA PEÑA EN GENERAL.

§ LXXXVIII.

Nocion de la ejecucion de la Pena.

Ejecutar equivale á poner por obra alguna cosa que existe sólo como pensamiento, como resolucion ó proyecto, es hacer que de mera idea pase á ser efectiva y real en el mundo de los hechos. La Pena se ejecuta, por consiguiente, cuando, despues de declarada ó definida, se hace que se cumpla ó que tenga realidad práctica aquello en que consiste. No basta ciertamente que el Tribunal, despues de haber apreciado el crimen bajo todos sus aspectos, declare cuál es la Pena que merece, porque consistiendo en ciertos actos ó hechos dependientes de la voluntad de los hombres, es indispensable que tales actos ó tales hechos se verifiquen y tengan lugar, para que se diga con toda propiedad que ha existido.

Y ningun castigo, cualquiera que sea su clase, produce sus efectos de una manera natural y en cierto modo espontánea, por la sola declaracion de los jueces y de los Tribunales. La privacion de los derechos civiles, exige que se dé á conocer y áun que se anote en los Registros civil y de la

propiedad para que no pueda hacerse uso de algunos de ellos, la de los políticos que se borre el nombre de la persona en la lista de los electores y de los elegibles, y en todos que se cuida, por último, de que los actos cuya existencia suponen no tenga lugar, siendo ocioso indicar si quiera que las demás puniciones, como la multa, el destierro, el arresto, etc., reclaman hechos positivos por parte de quien ha de exigir su cumplimiento. La naturaleza, pues, de cada castigo determina en qué consiste su ejecución, que unas veces se compone de hechos afirmativos, como el extrañamiento y la multa, otros de negativos, como la interdicción civil, las inhabilitaciones, etc.

En efecto, si la Pena es jurídica, necesita indispensablemente para su cumplimiento el concurso de la actividad voluntaria, á diferencia de lo que acontece en la natural, que no siendo más que la realización de leyes fatales é ineludibles, se verifica por la fuerza misma de las cosas, como consecuencia precisa de la perturbación de la ley, que por sí misma tiende á restablecerse. Si además de jurídica es forense ó del Estado, habiendo demostrado el culpable, por el mismo Delito por el que se le persigue, que es incapaz de regirse rectamente por sí y obrar con verdadera libertad, lo es también, mientras no empiece á corregirse ó enmendarse, de poner por sí sólo el remedio que le lleve á la reparación del daño que ocasionó y á ordenar su conducta de modo que deje en adelante de ser perturbadora del orden jurídico. Preciso es que otra personalidad más ilustrada, más enérgica y decidida imponga la Pena coactivamente, la ejecute en bien del reo y en bien de los demás, cesando por completo luego que el fin se haya alcanzado. Comprende, pues, el cumplimiento de la condena todos los actos, todos los hechos voluntarios que se realizan desde la comisión del crimen hasta colocar al culpable en el mismo estado y en las mismas condiciones en que están y se hallan el resto de sus conciudadanos; esto

es, hasta reconocerle como moralmente independiente.

La tutela penal, como toda tutela, presenta—según hemos dicho (§ LX)—un carácter público en beneficio de todas las personas con quienes ha de hallarse forzosamente en relaciones jurídicas el incapacitado, y otro privado en provecho de este mismo. Y la proporcion entre uno y otro carácter, ni es siempre igual, cualquiera que sea la clase de tutela, ni tampoco cualquiera que sea el momento en que se estudia y considera una determinada. Por esto en la punitiva parece que predomina siempre el carácter público sobre el privado; pero á medida que se acerca á su término y conclusion, vase como extinguiendo y amenguando el primero, poniéndose el segundo más de relieve, pero sin que desaparezca ninguno por completo. De aquí que deban considerarse como una parte, y no despreciable de la ejecucion, todas aquellas medidas que se llaman de transicion entre el estado de Pena y el de independencia completa, como el patronato de los cumplidos, la libertad revocable ó provisional y algunas otras.

Mas la ejecucion y cumplimiento de la Pena, no consiste sólo en practicar automáticamente y sin conciencia del fin con que se declaró, los hechos que la constituyen, sino que, como toda obra humana, ha de realizarse con conocimiento del propósito que la guia; esto es, de una manera verdaderamente artística. Por esto el fin, que está siempre presente, anima todos los momentos de la ejecucion y les dá vida, no siendo verdaderos actos de cumplimiento los que niegan el fin; le contrarían ó retardan. A semejanza de lo que sucede en la vida ordinaria, que cuando nos proponemos alcanzar alguna cosa aplicamos sucesivamente los medios para obtenerla y los modificamos algun tanto, segun las circunstancias lo reclaman, no considerando que es acto de ejecucion prescindir de todo esto, lo mismo debe hacerse en el cumplimiento de la Pena, si se quiere que sea tambien el cumplimiento del Derecho.

§ LXXXIX.

Del modo de ejecutar la Pena.

Como expresábamos al terminar el párrafo anterior, el cumplimiento de la Pena no consiste en poner en práctica y ejecutar los actos ó hechos que la constituyen sin conciencia del fin, sino esforzarse en que todos concurren á conseguirlo en la medida conveniente. Ahora bien; el legislador y el Juez, cada uno dentro de su esfera y en su medida, han contribuido á la declaracion del castigo, análogo y proporcionado, teniendo en cuenta: primero, la especial naturaleza y carácter de la perversidad que el culpable ha dado á conocer; y segundo, la extension, la cantidad que pudiéramos decir de ella, y las condiciones de capacidad para sufrir el tratamiento punitivo.

Lo primero, que determina, segun hemos sentado (§ LXXVIII); la naturaleza y clase de la Pena—salvo error en la apreciacion en la esencia del Delito, que no podemos suponer—es completamente invariable, es siempre fijo, y no susceptible de cambiarse por ninguna clase de hechos que sobrevengan con posterioridad á la declaracion legislativa. Fundados en este pensamiento, decíamos que siempre debe marcar la ley la clase de la Pena que se avviene y que concierta con el Delito; esto es, establecer de un modo claro la relacion cualitativa. El Juez despues escudriñará cuál es el crimen que verdaderamente se ha cometido, y cuál, por tanto, el Castigo que corresponde al caso dado que tiene delante y á su vista. En este punto no cabe modificacion alguna que no se funde en el error del Código ó de los encargados de aplicarle; de la propia suerte que determinado el medicamento por la naturaleza de la enfermedad no cabe el emplear para curarla otro totalmente diverso, siempre que sean bien conocidos el uno

y la otra, y la relacion que los une y enlaza, y no como mny de ordinario acontece, de un modo vago, confuso y empírico. La ejecucion de la Pena en este punto particular, consiste, pues, en poner en práctica rigorosamente y sin la menor variacion aquellos hechos en los cuales consiste ó que forman su materia y contenido.

Cuando se llega, pues, al cumplimiento de la condena, no puede sin injusticia sustituirse la privacion de libertad por la simple restriccion ó por la multa, como sucede con harta frecuencia en los Códigos modernos, acusando tal proceder una inseguridad y una falta de justicia en la apreciacion del Delito y de la Pena como su oportuno y apropiado remedio. Tampoco cabe, sin incurrir en los mismos vicios, el hacer que el recluso permanezca ocioso ó trabaje, ya en el aislamiento, ya en la compañía de otros presos, como arbitrariamente y por vía de reglamento general ordena la Administracion ó el Poder ejecutivo, porque en todo ello consiste la esencia de la condena.

Pero no sucede lo mismo con el otro extremo que sirve para fijar el *quantum* ó cantidad del castigo. Para determinarle es preciso recordar que entran en él tambien dos datos diferentes: el primero (§ LXXIX), las condiciones de culpabilidad del agente, esto es, el grado ó *quantum* de perversidad ó de malicia que ha demostrado; el segundo (§ LXXX), las condiciones de punibilidad del reo, ó sea el grado ó disposicion para sufrir y experimentar los efectos de la Pena declarada. Y si ambos se examinan atenta y detenidamente no podrá ménos de confesarse que es muy difícil, ya que no de todo punto imposible, el apreciarlos con tal exactitud que den como resultado el fijar con toda seguridad y certeza, la cantidad ó duracion de la Pena, su manera de cumplirse en todos los momentos, su graduacion en todas las fases por las cuales ha de pasar hasta haber conseguido el fin con el que se impuso. Lo grave de la enfermedad no suele revelarse al médico á

primera vista y al primer exámen; de ordinario se muestra más que por los síntomas por la mayor ó menor docilidad de la naturaleza á los remedios empleados, y exige por tanto nuevas y repetidas pruebas.

El conocimiento completo de la capacidad del delincuente para aprovechar el tratamiento penal, ó sea de sus condiciones de punibilidad, exige todavía mayor estudio y detencion. Trátase en parte de algo futuro ó porvenir, de algo que necesita calcularse, aunque por datos existentes, y de aquí que el error sea frecuente, y la seguridad se aleje más y más. La edad, el sexo, el carácter, temperamento y salud del reo, puede inducir á pensar que podrá ser más ó ménos difícilmente corregido, insistiendo por más ó ménos tiempo y con mayor ó menor intensidad en la tutela penal; pero de todo ello, áun atentamente considerado y apreciándolo con el más grande acierto, nunca podrá deducirse el momento en que debe cesar por haber obtenido el fin. Que este se obtenga depende en gran parte de la voluntad del penado, que puede ayudar con sus hechos á conseguirle aprovechando las condiciones que la Pena le presta, aplicándolas á su regeneracion y adquiriendo mediante ellas el hábito de obrar rectamente ó que puede entorpecer y retardar el que llegue á alcanzarse, por su rebeldía y con su pertinacia. La cualidad por tanto del libre albedrío que adorna al reo como á todo hombre, por el que es causa eficiente de sus hechos, dificulta aún en más alto grado que cuando se trata de señalar la dosis del medicamento en la curacion de las enfermedades propiamente dichas ó del organismo material, el establecer matemáticamente *el quantum* ó cantidad de la Pena.

Todavía hay otro dato que es indispensable tener en cuenta, si se busca la proporcionalidad, que se resiste por completo á toda apreciacion por parte del Juez al tiempo de dictar sentencia: tal es el que ofrecen las causas modi-

ficativas de la punibilidad que nacen mientras se cumple la condena de hechos puramente fortuitos ó casuales. Cuando el tiempo que va trascurriendo exige que la dureza del castigo se mitigue, es cuestion que como todas las de igual índole han resuelto muchos de los Códigos vigentes, fijando de una manera invariable un dia en el que algunas de tales circunstancias se tendrán presentes. El condeñado á cadena en España, por ejemplo, la extinguirá en una casa de presidio mayor cuando cumpla los 60 años (1). Que esta uniformidad en todos los casos y respecto á todas las personas repugna á lo individual de la Pena, no hay para qué decirlo; para que el cambio sea racional, se exige el conocimiento del efecto que los años han podido traer, mediante un nuevo exámen. Pero aparte de esto, la tristeza, la hipocondria, ó la cólera ó la irritacion que tal vez producen la soledad absoluta; la enfermedad que puede provenir de accidentes totalmente extraños al castigo, han de llevar á que se modifique mucho en su aplicacion, se atenúe ó quizá se agrave hasta que se suspenda temporalmente, como sucede en el caso de locura ó de imbecilidad.

Por todas estas razones, si bien puede admitirse sin repugnancia que los Tribunales declaren en sus fallos, no sólo la calidad, sino también la cantidad de la Pena y las modificaciones que ha de sufrir de una manera general, no cabe el que esto se entienda de modo que no pueda variarse en lo más mínimo, no prolongándola cuando la necesidad lo exija, no acortándola cuando el fin se ha alcanzado más prematuramente de lo que se esperaba, no haciendo en suma que se acomode á la situacion de quien la sufre, apareciendo la sentencia como un programa que es imposible corregir y enmendar, en supersticioso culto

(1) Art. 109.

á la llamada santidad de la cosa juzgada. Léjos de esto, toda sentencia en materia criminal, — de la que no nacen otros derechos privados que de tutela en beneficio del reo, pues todos los demás son públicos ó generales, — ha de considerarse como esencialmente modificable en todos sus accidentes, y por tanto en la duracion y forma del castigo.

Semejante doctrina — preciso es convenir en ello, — un tanto nueva, ha hecho, como vulgarmente se dice, poner el grito en el cielo á los pocos hombres prácticos que la conocen, suponiendo que trastorna y echa por tierra los más evidentes principios del Derecho penal, admitidos como tales por una tradicion constante y secular. Pero tal alarma es en esta como en otras muchas ocasiones injustificada, pues no es difícil hacer patente de una manera que no deje duda que el considerar la sentencia penal como invariable está sólo en la teoría, y su modificacion y trasformacion en la práctica de todos los pueblos y en la de todos los hombres que de prácticos se precian.

La primera prueba para demostrarlo es la existencia del Derecho de indulto, atribucion propia, no del monarca, sino del representante del Estado, como Jefe del Poder ejecutivo. Las causales que al otorgarle suelen aducirse se fundan alguna vez en la dureza excesiva del castigo por la imperfeccion de la ley, pero de ordinario responden á las que hemos enumerado como motivos suficientes para modificar la duracion y accidentes de la Pena. Cierto que el indulto se concede como una gracia, siempre á peticion de parte y más ó menos arbitrariamente por el Poder ejecutivo. Pero no juzgamos que nadie que razone sin preocupacion se atreverá á sostener que seria más grave y más opuesto á los principios que el mismo que dictó la sentencia, y no otro que ni áun es superior, la reformase en vista de nuevos datos, y que seria más escandaloso que tal medida se tomara, no arbitraria-

mente, sino cuando lo reclamase la justicia, aunque nadie lo solicitara. De todas maneras, esto implicaría sólo el decidir á quién debe corresponder la facultad de reformar las sentencias, dando por resuelto que son reformables.

Tal vez podrá decirse que el indulto es un remedio extraordinario, cosa que desmienten la facilidad y la frecuencia con que se concede, sobre todo en algunos países, pero no podrá negarse que en todas partes la administración de las prisiones dispone, ya que el recluso permanezca en el aislamiento ó trabaje en comun con sus compañeros de infortunio, ya que reciba visitas de personas de su familia ó cartas y que las conteste, ya que se modifique su trato en cuanto al alimento, trabajo, etc., según su conducta, su estado de salud y tantas otras circunstancias. La enfermedad, la locura del reo, suspenden siempre la Pena, haciendo variar en lo esencial la sentencia.

Es más, en todos los países que han preocupado con alguna seriedad resolver el problema de la organización de las cárceles ó penitenciarías, encontramos que la buena conducta del reo, demostrada por haber obtenido cierto número de marcas ó puntos, le hace acreedor á ingresar más ó menos pronto en una clase superior donde el tratamiento penal es más dulce y suave, é irse acercando más y más al día en el que aún antes de cumplido el tiempo de su condena, obtendrá su libertad provisional. Y esto que se practica en Inglaterra, en Francia, en Bélgica, en Suiza, en Portugal, en Austria, en la mayor parte de los Estados alemanes, como en los Unidos del Norte de América y en todas partes en las que no se considera al penado como vil rebaño, destinado fatalmente al dolor ó al crimen, ¿qué otra cosa es sino la modificación de la Pena según las circunstancias lo requieran y lo exija la conducta del reo? En España mismo, el Código de 1822, algo más profundo en este punto que el actual, sometía á los Tribunales de justicia la revisión de las sen-

tencias, luego que hubiere extinguido la mitad de la condena.

No hay, pues, motivo ni para enaltecer ni para censurar la idea como nuevo descubrimiento; su mérito no es otro que sacar la doctrina de la vulgaridad del hecho, y hacer que éntre como ciencia en la Filosofía del Derecho, y como práctica se aplique con todo conocimiento y con sus legítimas consecuencias en la ejecución de la Pena.

§ XC.

Poder á quien corresponde la ejecución de la Pena.

Por lo consignado en otros pasajes de esta obra (§ II y LXVIII), y singularmente por lo expuesto en los dos anteriores párrafos, se comprende que la ejecución de la Pena corresponde por completo á la función judicial y al poder encargado de ejercerla.

Nacé en efecto tal función (§ XVIII), en consecuencia de haberse perturbado el Derecho civil ó criminalmente (§§ XIV y XXXIII), y tiene por fin el restablecerle en toda su eficacia: lo cual no puede decirse que se ha obtenido y alcanzado, sin qué tratándose de un Delito, la voluntad opuesta y perturbadora del órden jurídico haya corregido todo el daño que causó entrando de nuevo en el cumplimiento de la ley. Tal propósito no se consigue con sólo declarar el castigo merecido, sino que se presenta como la consecuencia de todas las medidas que se toman y de las condiciones que á este efecto se prestan, áun contra la voluntad del mismo reo. El cumplimiento de la Pena es, pues, la Pena misma, que pasando de simple idea y de simple resolución ó propósito se hace práctica y efectiva.

Todas estas medidas y estas condiciones—que nunca, según hemos visto, pueden declararse de antemano de una

manera invariable hasta en sus detalles más insignificantes—exigen que se proporcionen en la medida y en la forma que reclama el estado presente del reo. En todo rigor cada paso que avanza la Pena en su cumplimiento pide una especie de nuevo juicio y una nueva revision del fallo en vista de nuevos datos ántes desconocidos. Y si los que dictaron la sentencia no han de ser forzosamente los mismos que se ocupen de su cumplimiento, éstos deben estar imbuidos del espíritu que la animó, y hallarse siempre bajo la vigilancia y dependencia de aquellos. En ciertos momentos críticos, en los que, ya por circunstancias fortuitas y casuales, como la locura, la enfermedad del reo, ya que pueden preverse con anticipacion, como la edad, la Pena sufre una trasformacion importante, como sucede en el trámite de un grado de mayor severidad á otro, ó cuando se concede la libertad provisional y revocable, un nuevo exámen por los mismos jueces y en la misma forma de juicio y sentencia parece indispensable.

En efecto, si la administracion ó cualquier otro poder que no fuese el judicial, declarase á una persona exenta de responsabilidad por causa de locura, ó determinase la cuantía, los efectos y los accidentes de la Pena, es seguro que se miraría como una intrusion intolerable en sus peculiares funciones. Y sin embargo de esto, todos los dias y en todas partes, el poder administrativo de una cárcel agrava disciplinariamente el castigo declarado por el Tribunal, le amengua y hasta le hace cesar por enfermedad y enajenacion mental del recluso, sin que á nadie le admire, sin que se note que esto es exactamente lo mismo, que determinar la dureza de la Pena, su aplicacion y cumplimiento de una manera más ó ménos arbitraria y sin que exista la garantia de un juicio imparcial.

Cumplir la Pena, segun hemos dicho, no es ejecutar un programa sin variantes ni cambios algunos, sino poner con conciencia del fin los medios que en cada caso y en

cada momento sean precisos y reclame la individualidad del culpable para conseguirlo. Y todo esto no puede hacerse sin el conocimiento del fin, no sólo general sino particular de cada castigo, de su naturaleza y de las condiciones del reo, esto es, enteramente en el espíritu del Derecho penal y de sus funciones. Encomendada la ejecución de la Pena de privación de libertad á agentes administrativos, se cae bien pronto en uno de dos extremos igualmente censurables, ó el fin de la corrección y del mejoramiento se olvida enteramente y se convierten los reclusos en verdaderos rebaños que el látigo mantiene en la obediencia, ó una filantropía no excesiva, porque en ésto nunca puede haber exceso, sino torpe é indiscreta, convierte en palacios las cárceles. El destinar desde antiguo á los penados á minas, galeras, obras públicas, que con mengua subsiste en muchos países, quizá no reconoce otro origen que el no encargarse á los Tribunales el hacer cumplir las sentencias que dictan.

Esta separación entre el declarar y el ejecutar lo declarado, ha producido el que venga en último caso á resultar que la Pena, cuando es de privación de libertad, sea asunto extraño, no sólo al poder judicial sino al Código mismo. A capricho de la administración, que lo varía con sus reglamentos, los reclusos lo están ya en el aislamiento absoluto, ya en compañía diurna con los demás penados, ya confundidos siempre, y clasificados por Delitos ó por edades, ya sujetos á un régimen, ya á otro, en un edificio ó en otro, como si una vez declarada en general la Pena, todo esto fuese completamente indiferente ó materia de la administración y no de la justicia, cuando es en último término esencial al castigo.

Aparece todavía más extraña tal doctrina y práctica, cuanto que léjos de ser la regla general—como equivocadamente se afirma de ordinario,—que el poder administrativo se ocupe del cumplimiento de la Pena declarada, es

una excepcion reducida únicamente á las de privacion de libertad, y las que exigen la vigilancia de la policia. Los Tribunales por su propia fuerza ó requiriendo cuando más el oportuno auxilio del brazo militar ó del Poder ejecutivo, cumplimentan todas las sentencias en materia civil. La exaccion de las multas y el comiso, la pena de muerte, la de degradacion, donde desgraciadamente se conserva aún, la interdiccion civil y las inhabilitaciones de derechos políticos, profesion ú oficio, todos los castigos, en fin, ménos los que consisten en privar ó en restringir la libertad exterior, se llevan á cabo y se ejecutan por los Tribunales. Sólo, pues, obedeciendo á circunstancias históricas, y teniendo tal vez presente como principal razon los cuantiosos gastos que reclama su cumplimiento por los edificios que es preciso construir, por los numerosos contratos que deben celebrarse para el vestido y alimento y trabajo de los presos, se puede explicar una excepcion á una regla que en la práctica ha sido aceptada inconcusamente, cual es que los Tribunales se encargan de cumplimentar los fallos que dictan. Todavía, sin embargo, pudiera sin gran dificultad separarse de la ejecucion de la Pena los medios puramente materiales.

Pero al reclamar para el poder judicial el cuidado de cumplimentar las condenas, no se entienda que los Tribunales de Justicia pueden hacerlo todo. Cada ciudadano dentro de su esfera debe procurar, en cuanto esté á su alcance, que se llene el fin con que se impusieron, sin lo cual serán, ya que no del todo estériles los mayores esfuerzos, seguramente ineficaces. Sin personas ajenas al Estado que se ocupen del patronato de cada penitenciaría y vigilen el cumplimiento severo, pero no cruel de los Estatutos, estando colocados sobre los mismos custodios; sin sociedades que se encarguen de la instruccion moral, religiosa y técnica de los reclusos, nunca serán las cárceles las reformadoras del corazon pervertido, que es necesario; sin

asociaciones para el patronato de todo cumplido, hasta hacerle entrar de nuevo en la sociedad de la cual le apartó su crimen, ó proporcionarle los medios de ausentarse á país extraño donde comience una nueva vida, las mejores intenciones formadas en la cárcel, el más firme propósito de llevar una vida honrada, sucumbirán ante la tentacion, y ante la necesidad apremiante, siendo inevitable la reincidencia. Ninguna funcion en toda su amplitud puede ser desempeñada exclusivamente por el Estado oficial, y nadie si quiere practicar el arte de *in jure vivere* puede ser indiferente á ninguna (§ II).

CAPITULO SEGUNDO.

DE LA EJECUCION DE CADA UNA DE LAS DIVERSAS CLASES DE PENAS.

§ XCI.

De la ejecución de las Penas que recaen sobre el derecho de propiedad.

En rigor, el contenido de este Capítulo corresponde á la parte especial, porque tiene por asunto, no aquello que es comun al cumplimiento de toda condena, cualquiera que sea su clase, sino lo peculiar y propia de cada una de ellas. La importancia, sin embargo, que tiene la materia, el servir como de necesario complemento á la enumeracion que hemos hecho de los castigos que racionalmente podian consignarse en un Código, nos han movido á ser en este punto infieles al plan trazado en un principio.

Empecemos, pues, por las Penas que tienen como materia la propiedad. Todas ellas pueden clasificarse, segun se ha indicado (§ LXV); en restriccion en el uso de la propiedad, como consecuencia necesaria de las Penas que tienen por materia la privacion de la libertad externa y como parte de su reglamentacion; en privacion del derecho sobre un objeto determinado (comiso), aneja á todo Delito, cualquiera que sea su clase; y en privacion de una cantidad pecuniaria (multa). Dejando, pues, para lugar oportuno ocuparse de la primera, trataremos sólo aqui de las dos últimas.

El comiso ó la pérdida de algunos objetos especiales—

siempre que se considere como Pena—no puede recaer sino sobre los que sean de la pertenencia del reo. La confiscacion de las sustancias nócivas, adulteradas ó falsificadas, de los instrumentos para ejecutar un crimen, como los troqueles para fabricar moneda falsa, esta misma ya construida, etc., se ordenan por la autoridad, aunque no pertenezcan al culpable, sólo como medios de impedir que se cometan nuevos Delitos, no como verdadero castigo. Cuando por ser de la propiedad del reo se confiscan, es necesario distinguir si aquel objeto no puede tener otro destino que la comision del crimen, en cuyo caso el cumplimiento de la Pena consistirá en aniquilarle enteramente; si puede presentar alguna utilidad en otra forma y entónces consistirá en hacérsela perder; ó si, por último, es un instrumento ó arma, que de la misma manera puede emplearse en un hecho lícito que criminal, porque en tal supuesto se ha de impedir el uso mientras no haya certeza de que su dueño sabrá darle el justo y legítimo. Mas la confiscacion—salvo en el primero de los casos mencionados—no puede ser perpétua; sino que el Tribunal debe fijar en la sentencia el tiempo que haya de durar, sin perjuicio de poderle restringir y aun ampliar, segun queda indicado. Por otra parte, el comiso de los instrumentos necesarios para el trabajo ó profesion del penado no puede tener lugar por sí sólo, si no va acompañado de la inhabilitacion correspondiente.

La ejecucion de la multa ó pena pecuniaria, supone, ante todo, que se determine su cuantía, para lo cual es indispensable conocer ántes, aunque sea sólo de un modo aproximado, el caudal total de quien ha de sufrirla y sus condiciones personales (§ LXXI). En vista de ello, el Tribunal, y no el Código, fijará la cuota, pudiendo siempre, en virtud de un nuevo exámen; aumentarse ó disminuirse, si se probara que por cualquier causa habian cambiado las circunstancias que se tuvieron presentes. Deberia des-

pues establecerse; siempre como regla general y aplicable á todos los casos, que para pagar la multa no se ha de llegar á la venta de los objetos de uso cotidiano é indispensable que necesite el penado y su familia, como su lecho, sus vestidos y los instrumentos para el ejercicio de su profesion ó de su oficio, á semejanza de lo que se dispone tratándose de los embargos en el juicio ejecutivo. Tampoco por su exaccion habrá de colocarse al culpable en la extrema miseria, sino que debe reconocerse en su favor un beneficio parecido al que llamaban los romanos de competencia. Sólo de este modo la multa podrá ser verdaderamente correccional y no desmoralizadora, como á veces sucede en la práctica del Derecho positivo. Mas si teniendo en cuenta todo esto, no basta para extinguirla los bienes que se poseen, no puede convertirse sin injusticia, segun hemos dicho (§ LXXVIII), en Pena de privacion de libertad, como hoy acontece por desgracia en todas partes. La actividad del reo es una riqueza; tiene un valor económico, y su empleo en beneficio del Estado ó del municipio debe serle impuesto como castigo.

En el Derecho hasta ahora vigente, la Pena de multa ha consistido en la exaccion de una cantidad pecuniaria en un momento dado, no admitiéndose ni áun siquiera su aplazamiento por ninguna causa, á diferencia de lo que sucede con las costas y la indemnizacion al agraviado. Otra cosa muy distinta es lo que reclama la naturaleza y y cualidades que esta Pena, como todas, debe reunir para ser justa y legitima. La multa debe consistir siempre en una parte alícuota del jornal, sueldo, pensión ó rentas propias del que la sufre, que debiera exigirse en periodos dados y por un espacio de tiempo más ó ménos largo. Los efectos serian entónces más permanentes, ayudarían de un modo más poderoso á la enmienda, evitándose de este modo el perjuicio y grave quebranto que ocasiona el tener que aprontar en un instante una cantidad de alguna

consideracion, desvaneciéndose los efectos que producen tan luego como ha pasado aquel angustioso momento. Por este sistema seria fácil disminuir progresiva y gradualmente la Pena, y hasta hacerla cesar, segun las circunstancias lo reclamaran, no teniendo que pasar, como acontece muchas veces—sobre todo tratándose de autoridades administrativas—por la vergüenza de devolver el todo ó la parte de la multa ya cobrada, confesando así, ó que fué injusta, ó que fué conocidamente excesiva.

§ XCII.

De la ejecucion de la Pena de privacion ó restriccion del ejercicio de profesion, cargo público ó derechos políticos y civiles.

Las Penas enumeradas en el epigrafe del presente párrafo, pueden considerarse, ya como accesorias y consecuencia de otras principales con las que es incompatible el ejercicio de los derechos que constituyen su materia, ya como teniendo una existencia propia ó independiente. Su fundamento se encuentra siempre, no en la indignidad del reo, como se afirma comunmente, sino en que ha demostrado que no sabe ejercitar ciertos derechos para conseguir el fin moral con que se le reconocieron, y en la esperanza de que la privacion llevara á la enmienda.

Los derechos cuyo uso se pierde por más ó ménos tiempo, quedaron indicados en el párrafo LXV. Todo oficio ó profesion que sirvió de medio para delinquir; todo cargo público que en la actualidad se desempeñe; la facultad de mezclarse activamente en la gobernacion del Estado y en la direccion de la familia y sus intereses, pueden ser objeto de estas Penas. Pero no pueden serlo en modo alguno los que son consecuencia de servicios prestados que el Estado retribuye en forma de cesantía, jubi-

lacion, viudedad, etc., como hace nuestro Código penal (1), ni tampoco el derecho de dirigir peticiones, ya al Poder ejecutivo, ya al judicial, ya al legislativo y algunos otros, porque nunca han podido emplearse como medios de delincuencia, y tienen además el carácter de verdadera garantía del cumplimiento de la justicia. Entre los llamados civiles, tampoco pueden comprenderse algunos relativos á las relaciones no interesadas entre los esposos, los hijos, los hermanos y demás miembros de la familia, y otros referentes á los bienes, como reclamar el penado los de su pertenencia, dar principio á un pleito, proseguirle apelando, etc. Si sobre estos últimos ha de recaer la Pena, ha de ser en forma de multa ó de restriccion del uso de los bienes, luégo que hubiesen sido adquiridos en consecuencia de su ejercicio.

Como cuestion de importancia, puede presentarse la de si podrá privarse al condenado á ciertas Penas, de la facultad de hacer testamento. Los legisladores antiguos la negaban casi siempre al condenado á muerte: los modernos la reconocen siempre. A nuestro entender, si uno de los fundamentos más importantes de la inhabilitacion es la incapacidad reconocida en el reo de obrar de un modo justo; si por esto se le niega la facultad de administrar y de disponer de sus bienes durante su vida, hay motivo fundado para negársela tambien cuando á su muerte trata de hacer uso de ella. El testamento no es la disposicion arbitraria y caprichosa de aquello que fué nuestro, sino la manera de dar cumplimiento á deberes y obligaciones que sólo el que testa puede conocer, y sobre todo apreciar (§ XI). Concíbese, pues, que al ménos sin ciertas restricciones, el Estado no quiera tomar á su cargo el cumplimiento de la disposicion testamentaria de una

(1) Art. 82, Código de 1870.

persona que ha reconocido como incapaz y que puede contener una violacion evidente de toda justicia, como sucederia si nombrase heredero ó si hiciese una manda al cómplice, el adúltero á la adúltera.

Los actos que constituyen la ejecucion de las Penas de que nos ocupamos, son sencillos y se desprenden de su mismo contenido de una manera natural. La inhabilitacion y suspension deben hacerse constar en los Registros político, civil y de la propiedad, segun los casos; y si se halla libre el reo, velar por que no ejecute los actos jurídicos que suponen la existencia de los derechos que se hallan en suspenso.

Mas esta publicidad y todas estas precauciones no han de convertir estas Penas en infamantes ó contra el honor, de manera que amengüen el sentimiento de dignidad del culpable. Esto es, sin embargo, lo que acontece todavía por desgracia en muchos países que han abolido la llamada Pena de infamia y la infamia de ciertas Penas, y conservan entre las que sus Códigos señalan, la degradacion ó pérdida con ignominia y públicamente de las vestiduras, insignias y condecoraciones, tal vez honrosa y justamente adquiridas (1).

§ XCIII.

De la ejecucion de las Penas de restriccion de la libertad de elegir domicilio.

Las Penas que tienen por materia la restriccion de la libertad de elegir domicilio, no deben en modo alguno confundirse ya con las colonias penitenciarias, ya con la facilidad que se presta al reo que ha extinguido una con-

(1) Esto es lo que se ordena en el art. 120 del Código penal español y en otros varios.

dena de larga duracion y por graves Delitos, de ser trasportado á un país lejano donde pueda empezar un nuevo género de vida: ni tampoco con la prohibicion impuesta al cumplido de morar en el mismo punto que la víctima ó su familia. Lo primero es en realidad una Pena de privacion de libertad que se cumple en distinto lugar ó en diversa forma de la admitida ordinariamente; lo segundo es una medida de transicion ó un medio de completar los buenos efectos de la condena; lo tercero una consecuencia de ésta con ánimo de guardar la consideracion que merece la sensibilidad de la víctima y de sus allegados, que no pueden ménos de sentir horror á la vista del que ocasionó la ofensa, evitando al propio tiempo reinidencias ó nuevos Delitos. Los castigos de que nos ocupamos están reducidos á exigir que el que los sufre habite un territorio dado, no pueda entrar en otro que se le señale dentro de la Nacion (destierro), resida en el extranjero (extrañamiento) ó en una colonia ultramarina (relegacion), gozando allí de la libertad de dedicarse á la ocupacion que estime conveniente, segun expusimos en su lugar oportuno (§§ LXIV y LXV).

La ejecucion de la condena comprende: primero, la material conduccion del penado por cuenta del Estado, ya en compañía de los agentes de la autoridad si se temen las evasiones, ya solo y fiándose á su palabra si no puede abrigarse este temor; segundo, la designacion del lugar donde haya de residir; tercero, determinar el tiempo que deba sufrirse; y cuarto, el cuidado y diligencia que debe emplearse para que durante él no resulten estériles los buenos efectos que se esperan.

Nada digno de mencionarse se ocurre respecto al primer extremo, que no nazca de las doctrinas generales, respecto al cumplimiento de toda condena, y que no sea inútil repetir. Tan sólo parece conveniente indicar que impuestas tales Penas muy de ordinario á personas que

no han perdido la estimacion propia ni la de los demás, pueden confiarse que se alejarán de la patria y residirán en el punto designado, sin necesidad de emplear medio alguno coactivo.

Respecto á la designacion del punto de residencia, las leyes positivas han seguido dos métodos, ó mejor dicho, han desenvuelto dos pensamientos diversos. Consiste el uno en establecer positivamente el lugar donde el penado debe vivir, tal sucede de ordinario en la relegacion; el otro en marcar los lugares en los que le esté vedado el habitar, que es el sistema seguido en el destierro y en el extrañamiento.

En todo rigor, el primero es el único racional y que debe aplicarse, porque no puede ser del todo indiferente para la enmienda y áun para la tranquilidad general el sitio en que el penado ha de residir durante largos años. Y si el lugar se señala siempre como parece justo, ha de hacerse teniendo en cuenta por un lado, que el delincuente debe hallar en él con alguna facilidad, medios de subsistir, considerando su profesion, su fortuna y hasta su capacidad, sus costumbres y su peculiar aptitud, y por otro que es preciso colocarle donde esté rodeado de más favorables condiciones para su enmienda. Puede en verdad acontecer, por ejemplo, que varias personas aparezcan complicadas en el mismo Delito, esto sobre todo en los políticos, únicos para los que son verdaderamente eficaces las Penas de que tratamos, es muy frecuente. Pues bien; si los correos en tierra extraña se reunen, si libremente se conciertan para traer nuevas perturbaciones á su patria, si la vida que en su país llevaban, sus habituales compañías y su manera de ser no se cambian, no debe extrañarse el efecto poco moralizador del castigo impuesto. Y tales males, cuya evidencia salta á la vista, no se evitan, sino señalando á cada uno el lugar donde debe residir, no dejándolo á su libertad y albedrío.

Pero bien se comprende que si esto es factible cuando se trata de la relegacion y del destierro, que al fin se cumplen en territorio nacional, deja de ser hacedero cuando se refiere al extrañamiento, dadas las relaciones entre los pueblos soberanos que se consideran como independientes y rechazan toda ingerencia extraña. Sin embargo, si las Naciones reconocieran sus recíprocos intereses, ninguna dificultad se presenta para que se pactara en los tratados de extradicion que los extrañados debieran vivir en el territorio de cada Estado durante cierto tiempo, proporcionándoles algun auxilio, con otras medidas de igual naturaleza, que forman el tercerò de los extremos de la ejecucion de las Penas de que nos ocupamos.

Consisten tales medidas en que las autoridades vigilen al reo para evitar que intente evadirse, para ver luégo si vive honradamente de su trabajo, si con nuevas maquinaciones se dispone á delinquir otra vez, en suma, si el régimen á que está sometido produce los frutos que eran de esperar. Debería, pues, la autoridad exigir que el extrañado ó desterrado se le presentase en ciertas épocas, que no pudiera cambiar de domicilio sin su conocimiento y algunas otras de esta naturaleza que harian más eficaz la Pena y que formaban la llamada en nuestro país *sujecion á la vigilancia de la autoridad*, en otros *sujecion á la vigilancia de la policia*, tan torpemente suprimida en la última reforma de nuestro Código.

El cuarto punto, ó sea el tiempo de la duracion del tratamiento penal, no exige un exámen detenido. Fijado, aunque sólo de un modo provisional en la sentencia, debiera prolongarse cuanto fuese necesario mientras no hubiese seguridad de la enmienda y terminar cuando la conducta del reo la hiciera racionalmente presumir. El informe de la autoridad encargada de la vigilancia, ya fuese extraña ó del país, seria siempre preciso para ilustrar al Tribunal sentenciador: y de este modo se evitaria el extrañamiento

demasiado largo, sin provecho para la Nación y para el reo, y el excesivamente corto, ineficaz para apagar el fuego de las pasiones y para enseñanza del penado, y haciéndole mirar con mayor respeto las leyes de su patria.

§ XCIV.

De la ejecución de las Penas de privación de libertad.—Medidas de seguridad.

La materia que principalmente forma el contenido de esta clase de Penas y las caracteriza, es, como hemos dicho, la privación de la libertad exterior. Únense con ella la restricción del uso del derecho de propiedad, el deber forzoso de trabajar y de instruirse, y algún otro ménos importante, viniendo en su conjunto á constituir las. Cómo se ha de practicar todo esto para que se cumpla el fin con que fueron declaradas, contiene su ejecución.

Evidentemente que el pensamiento primero que dió origen á estos castigos, no fué otro que el de poner al culpable en la imposibilidad de causar daño, sin mutilarle y sin privarle de la existencia; esto es, la seguridad material. Hoy día, por más que, al ménos teóricamente, se reconozca y confiese que no es este su único, ni áun su primordial propósito, no puede negarse que en los primeros momentos y mientras se obtiene la corrección, el que renazca la confianza y cese la alarma del ofendido y de la generalidad, se busca por medio del encierro.

Por desgracia, en algunos países, y el nuestro es uno de ellos, no parece que tengan otro fin los presidios y las cárceles. Mantiénense en ellos aglomerados, sin separación, ni diurna ni nocturna, de ordinario en una ociosidad mortal, los reos de distinta edad, los que cometieron diferente Delito, los que han de permanecer allí muchos años ó toda su vida, con los que sólo han de estar algunos meses;

siendo el necesario efecto de esta concurrencia, que aquellos no pervertidos salgan viciados para siempre, y que se aleje y se imposibilite todo pensamiento de enmienda y de mejora. Cumplida de este modo la Pena de privacion de libertad, no sólo no aparece como correccional, sino que es la más corruptora que puede imaginarse. La situacion actual de los presidios en nuestro país, no puede ser tratada á la ligera, ni este es el lugar oportuno para hacerlo. Hay tan inmensa distancia entre ella y lo que deba ser un régimen carcelario medianamente racional, áun para el ménos exigente en la materia, que ni áun por vía de ejemplo, ni áun por vía de censura, volveremos á mencionar el estado de nuestras prisiones, como lo hemos hecho á menudo durante el curso de nuestro trabajo con el Código penal.

La privacion exterior de la libertad, además del carácter de medida de prevencion ya señalado, sirve como de medio de impedir que se sustraiga el culpable al tratamiento penal que su alma pervertida rechaza y que ha de operar su mejora. Sometido ya al régimen penitenciario, puede éste considerarse bajo dos aspectos ó puntos de vista: primero, el relativo al cuidado de la vida corporal ó física; segundo, el referente á la vida espiritual.

Poco en verdad interesante se ocurre que exponer cuando se consideran los presidios ó cárceles como medio de evitar que el reo se evada. Su construccion arquitectónica, el situarlos en lo posible léjos ó algun tanto apartados de las poblaciones: la vigilancia exquisita y diaria; el impedir la confabulacion de los presos entre sí y con otros que desde fuera pudiera ayudarlos; el buscar personas que desde el Director hasta el último mozo ó carcelero inspiren completa confianza por su honradez, su celo y su firmeza de carácter; la prohibicion de algunos oficios que pueden facilitar las evasiones, ó consentirlos sólo con gran cuidado, y hasta la presencia de una fuerza pública que

sirva de custodia suficiente, contienen los medios de alcanzar la seguridad. Mas todo esto, por importante que sea, es fácil de conseguir, por lo cual es ocioso el que en ello se insista por más tiempo.

§ XCV.

De la ejecucion de las Penas de privacion de libertad.—Régimen penitenciario relativo á la vida física ó corporal del recluso.

La ejecucion de la Pena en este punto debe responder al doble pensamiento de alejar todas aquellas causas que sean capaces de producir alteracion en la salud del preso, y de poner á su alcance todos aquellos medios necesarios para conservarla y recuperarla si se alterase. Por lo primero es preciso que los establecimientos penitenciarios obedezcan en un todo á las reglas más exquisitas de la higiene, ya en cuanto á la ventilacion de las celdas y talleres, ya en cuanto la limpieza y aseo personal del reo, ya en fin en cuanto al alimento, al vestido y al abrigo. Ni áun á su costa no se ha de consentir que use nada que pueda perjudicar á su salud, principio capital de todo sistema tutelar.

La administracion que ha privado al recluso de los medios de atender á su subsistencia, ha de proporcionárselos en la cárcel en la calidad, cantidad y forma que sean necesarios, dado su temperamento, su estado de salud, su edad y hasta su sexo. Todo lo preciso, y nada más que lo preciso, teniendo en cuenta tales circunstancias, hé aquí el precepto del cual no puede salirse. El regalo en el alimento, en el vestido, en la habitacion, se opondrian por completo á la correccion moral; y estando siempre impuesta la Pena con este fin no puede consentirse nada que le contradiga ó le niegue.

Por esto no creemos que el trato que debe recibir el de-

tenido, haya de guardar consonancia—como alguno pretende,—con la duracion y severidad de la condena. Cuando más y en el caso de que el recluso goce de algunos medios de fortuna, ó adquiera por su trabajo alguna cantidad á título de gratificacion disponible, podrá por el intermedio de la administracion de la cárcel procurarse algunos objetos para su uso que dulcifiquen el trato severo, pero esto sólo como recompensa de su buen comportamiento y cuando haya estado sometido durante algun tiempo al régimen general comun á todos.

Entre las condiciones higiénicas debe como muy principal enumerarse el ejercicio muscular de que ningun recluso puede estar privado, y que ha de verificarse en los patios ó jardines destinados al efecto, no pareciendo suficiente sino por excepcion, el que acompaña al trabajo físico á que se dedica en la celda. Si la salud del reo se alterase, bien por accidentes fortuitos, bien en consecuencia del régimen penitenciario, preciso es acudir á su curacion y á dulcificar cuanto sea posible y necesario la severidad en otro caso precisa.

§ XCVI.

De la ejecución de las Penas de privacion de libertad.—Régimen penitenciario referente á la vida espiritual del recluso.

En este punto, como en todos los demás que comprende la ejecución de las Penas de que nos ocupamos, habremos de hallar: primero, condiciones negativas, ó que consisten en alejar del penado todo cuanto pudiera oponerse á su mejora y correccion; y segundo, condiciones positivas ó que activamente y por hechos, no por simples omisiones, contribuyan á este mismo propósito. Como las primeras, deben enumerarse la separacion del reo de la compañía de otros hombres, ó de cualquiera otra condi-

cion social, estado y régimen de vida que pudieran dañar á su enmienda: como las segundas, deben referirse su aislamiento y soledad, y la educacion moral, religiosa y profesional ó artística, los premios ó recompensas de cualquier clase, y la libertad provisional, restringida y revocable. Ocupémonos, pues, brevemente de todas ellas.

Desde luego la persona entendida en estas materias habrá notado que hacemos una distincion, no muy usada por cierto, entre el aislamiento y la vida separada de la compañía de las personas que pudieran estorbar á la enmienda. En efecto, lo uno no debe confundirse con lo otro; y lo uno como lo otro, es indispensable para el éxito satisfactorio del régimen penal.

La separacion, segun hemos indicado—como condicion estricta y rigurosamente negativa—consiste sólo en apartar al recluso de todo contacto con las cosas y personas que pudieran llevarle á ser más refractario á la enmienda ó quizá á pensar en nuevos Delitos. Comprende, pues, desde obligar al detenido á residir en un punto dado y dedicarse á otras ocupaciones, hasta el no tener trato alguno con sus compañeros del crimen, ni con otras personas que pudieran corromperle ó hacerle desistir de su naciente propósito de corregirse. No se busca, pues, el que el detenido esté solo; se desea únicamente que no esté mal acompañado. La separacion, por tanto, tolera, ó mejor dicho, desea, no ya la visita frecuente del sacerdote y del maestro, sino la de todas cuantas personas pudieran de un modo directo ó indirecto cooperar á su correccion, ó al ménos no impedirla. Cuando el recluso vive bajo el régimen de la separacion, puede ser visitado, siempre con el permiso del Gobernador ó Director de la cárcel, por los que lo soliciten, y en especial por su familia y por sus verdaderos amigos, mientras estas visitas no se opongan á la disciplina del establecimiento, estorben el trabajo ó la instruccion moral y religiosa. El reo que vive con se-

paración, puede recibir en su celda á sus hijos, á sus padres y á su esposa ó esposo; manteniendo vivo ó haciendo renacer, si se hubiere apagado, el santo amor de la familia y del hogar. Si el recluso, repetimos, se encuentra solo en su celda, es únicamente para que no esté mal acompañado, no porque deba vivir en el aislamiento.

Tanto es así, que, á nuestro entender, si pudiera encontrarse otro medio que la cárcel de cerrar las puertas á toda comunicacion maléfica, sin impedir las influencias bienhechoras, debiera emplearse como mejor y preferirse sin duda alguna. En este pensamiento proponen algunos el establecimiento de las colonias penitenciarias en países lejanos é incultos; pero bien se comprende que esto es en cierto modo el mismo encierro, aunque no en una celda, no evita grandemente las compañías corruptoras, y priva, por otra parte, al penado casi por completo de la instruccion moral y religiosa. La enseñanza que en estas colonias se puede adquirir, se parece un poco á la que por sí mismo recibe, y casi sin darse cuenta de ello, el que sufre el extrañamiento. Así es que para que den algun resultado, deben ir precedidas de cierta preparacion en una penitenciaría; y pueden, por tanto, cuando más, mirarse como una institucion puramente complementaria, pero nunca como principal.

Si el período de la separacion—segun le venimos exponiendo—rechaza tan sólo la compañía que puede perjudicar, ninguna parece tan dañosa, y por consiguiente tan digna de evitarse, como la de otros presos ó detenidos. Y precisamente esta es la única que quieren proporcionar al recluso para impedir los males y los inconvenientes de la soledad y el aislamiento, algunos sistemas, hoy bastante en boga, como el llamado mixto inglés y el de Irlanda, aceptado en principio en algunos países y planteado en otros.

Cierto es que la soledad no puede prolongarse mucho,

sobre todo cuando es absoluta. El dolor, el aburrimiento del reo es intolerable, aunque en parte los mitigue el trabajo, la lectura y las prácticas religiosas. Cierto que si es de mucha duracion puede acostumbrar al hombre—aunque esto es bastante difícil—á privarse de toda compañía y sociedad, contrariando su naturaleza; y tal vez si una ocupacion no la dulcifica, pueda conducir en algunas ocasiones á la imbecilidad ó á la locura. Pero estos inconvenientes, que se han exagerado con exceso, no autorizan á negar la base de toda correccion y enmienda, consintiendo el que los presidiarios se mezclen durante más ó ménos tiempo los unos con los otros. Si los males de la soledad fueran exactos, llevarian de un modo lógico á que se buscara, no una mala compañía, peor mil veces que el aislamiento, sino á procurar á toda costa otra mejor, excitando la creacion de sociedades encargadas de visitar y acompañar á los presos, ó de talleres dentro del establecimiento, en donde en union de otros obreros trabajasen los penados, ó cualquier otro medio semejante. Las visitas voluntarias de los parientes, de la familia, del sacerdote, del maestro y de los empleados de la cárcel, siempre que el recluso lo solicitare; el construir las celdas de manera que una reja permitiera ver á los dependientes de la prision discurrir por los corredores, es quizá bastante en la mayoría de los casos para evitar los males que se temen, con tanto más motivo, cuanto que las Penas cumplidas con este rigor, no pueden ser ni necesitan ser de muy larga duracion.

El remedio contra el exceso de la soledad en que ordinariamente se propone, que consiste en separar los presos en celdas solitarias durante la noche y reunirlos por el dia para comer, asistir á la instruccion moral y religiosa y para el trabajo, practicado en algunos de los Estados Unidos de América, en Inglaterra é Irlanda, y conocido aunque sin gran propiedad por sistema de Auburn, exige

que se observe la regla del más absoluto silencio, y desde luego se comprende que es éste literalmente imposible. La palabra en voz baja no puede evitarse cuando el trabajo es en comun y mucho ménos la mirada, el gesto y cualquier otro lenguaje que inventará de seguro la astucia y la necesidad. Para procurarlo sin conseguirlo nunca, es preciso, dígase lo que se quiera, el castigo duro, severo, y sobre todo arbitrario é inmediato por el guardian ó cabo de vara, que sin ella ni áun pudiera pretenderlo. Si al fin se alcanzara, parece el silencio entre séres destinados á comunicarse, más bárbaro y cruel que el aislamiento; es el suplicio de Tántalo y la soledad en medio de la compañía. No puede evitarse por último, segun este sistema, que los presos se conozcan y áun se traten mientras sufren la Pena, y cuando libres se encuentren en medio del abandono y repulsion del mundo han de estrecharse la mano como antiguos compañeros de infortunio con los que se puede contar. Y esta amistad nacida en el silencio y fortificada durante años de cautiverio, imposible en el sistema de separacion en que el detenido jamás ve al que á su lado mora, no es en verdad muy á propósito para evitar las reincidencias.

Pero el régimen de la separacion no es en nuestro entender suficiente, sino que parece indispensable además el del aislamiento. Consiste éste, no sólo en aléjar las malas compañías y las comunicaciones peligrosas, sino poner al culpable frente á frente de sí mismo y ante su propia conciencia no permitiendo que nadie pueda distraerle. Al contrario de lo que hace poco decíamos, el reo no está solo para que no esté mal acompañado, sino que se le priva de toda comunicacion á fin de colocarle en el aislamiento, que es lo que se busca. La soledad tiene, pues, un valor positivo, no negativo como decíamos al hablar de la separacion.

Y este valor y esta importancia nacen de que la condicion más apropiada para que la enmienda se consiga,

es dejar al reo á solas consigo mismo y bajo el peso de la Pena que reconoce como merecida y justa. Entónces, quizá por la vez primera, empieza á reflexionar seriamente sobre su vida pasada y sobre su Delito: compara su conducta y su estado con el estado y la conducta de otros, tal vez con el proceder que con él tuvo la víctima. Su conciencia que en el torbellino del mundo y en el lodazal del vicio apenas hablaba se despierta: el reo entra en sí mismo porque nada hay que pueda apartarle de sí propio. El remordimiento empieza su obra, que termina y concluye por la correccion.

Tanta importancia se ha concedido por algunos al solo hecho del aislamiento, que para hacerle aún más completo han pensado que el culpable fuese recluido en una celda lóbrega y oscura, ó en la que estuviesen pintados ó presentes los instrumentos de su crimen ó los objetos que pudieran recordarle su crueldad. Se llegó al extremo de negarle el consuelo del trabajo para que ni aún de este modo pudiera distraerse, ó se le ha obligado á uno improductivo y estéril, sólo con el objeto de producir la fatiga y el dolor, como mover la rueda de un molino (*tread mill*), hilar y deshilar ó extraer el agua de la celda que sin esto se inundaría, como propuso Bentham. Pero todas estas medidas, ó son crueldades innecesarias y que producen el efecto contrario al que se espera ó que pueden turbar la razon, ó deshonan y pervierten como sucede en el trabajo improductivo. La soledad sin tales aparatos, muchos de ellos ridículos, es lo único justo.

Cuando con rigor se aplica, pasado el primer momento de irritacion que ocasiona la dureza de la Pena, el recluso admite gustoso para huir del aislamiento la compañía del capellan de la cárcel, que sin gran dificultad le hará concebir la esperanza del perdon de sus faltas por graves que sean, y entrever que el mal causado puede repararse, que su suerte puede mejorar y ponerse término á su cas-

tigo si su conducta lo merece. Los primeros rudimentos de la Religión y de la Moral, probablemente desconocidos ú olvidados, alternarán con estas pláticas. Al mismo tiempo la soledad llevará seguramente al recluso á pedir con insistencia una ocupacion para distraerse de sus dolores morales, y el maestro le enseñará un oficio que no le sea repugnante ó le perfeccionara en el que haya practicado en otro tiempo. La soledad—segun todos los entendidos y prácticos aseguran — produce indefectiblemente este resultado si se ha insistido en ella lo bastante; de manera que por activa, rebelde y depravada que sea la naturaleza del criminal no puede resistir por largo espacio á este tratamiento, pues al fin sucumbe y se entrega al consuelo del trabajo y á la dulzura de la compañía del capellan y del maestro. Mas para que el aislamiento sea eficaz, es indispensable que sea completo — hecha excepcion de las personas que acabamos de mencionar.—En un principio el recluso no ha de poder recibir la visita de ninguna otra, ni comunicar con nadie ni dé palabra ni por escrito. Así lo han reconocido unánimemente los sostenedores de todos los sistemas, áun los del mixto inglés y los del irlandés, que empiezan siempre por un período de prueba en las condiciones que acabamos de indicar.

Cuánto ha de prolongarse este período no es posible determinarlo con exactitud. Ordinariamente se piensa que no puede pasar sin peligro de nueve á doce meses continuados para los varones y de cuatro á seis para las hembras. Dentro de este límite máximo, la naturaleza del Delito cometido, la insistencia en la vida criminal por un lado, y las muestras de enmienda y de aplicacion al trabajo por otro, pueden indicar el momento de su terminacion. Un cierto número de premios ó puntos ganados por su aplicacion y buena conducta, deberian exigirse siempre al recluso como prueba de los buenos efectos obtenidos.

Los dos períodos que acabamos de indicar parecen precisos en toda Pena de privación de libertad que haya de durar algún tiempo: debiendo comenzarse por el de soledad absoluta como preparación y prueba para el de separación sin aislamiento que deberá subsistir ya tanto como la Pena misma.

Poco tenemos que decir respecto á las condiciones positivas de la instrucción moral y religiosa y aún de la educación, que debe ser la elemental. Preferible á la que el Estado preste ha de ser siempre la que proporcionen asociaciones libres que se dediquen á esta noble misión. La Iglesia y la Universidad abarcan dentro de sí la enseñanza de los reclusos, y el Estado debe tan sólo proporcionarles los medios externos y materiales para llenar su objeto. Si por circunstancias históricas no pudieran hacerlo, el Estado debe tomarlo á su cargo.

Es el trabajo otra de las medidas que reclama todo régimen penitenciario medianamente establecido. Preséntase el trabajo, primero como medio de moralización del culpable mientras esté recluso, de evitar la reincidencia hallándose con una manera honrada de ganar su sustento luego que recobre la libertad, y por último, de extinguir con su producto la responsabilidad civil, la multa y los gastos que ocasione y atender al mantenimiento de su familia. Aislado el detenido al principio y separado de la sociedad después, es indispensable ocupar su actividad, y de aquí la obligación del trabajo común á todo hombre. Su virtud regeneradora es ya un hecho que nadie pone en duda.

La clase de ocupación estará determinada por la especial aptitud del preso, por la que haya tenido anteriormente, por la que pueda serle más tarde de mayor utilidad y provecho, siempre que sea compatible con el régimen de la cárcel.

El trabajo intelectual no debe en modo alguno des-

echarse si á él estaba acostumbrado el reo; pero no puede ser exclusivo, pues es indispensable obligarle á hacer uso de su fuerza física para la conservacion de su salud. La ocupacion manual permite además que toda la actividad no se concentre y pueda meditar sobre el crimen que cometió y sobre su conducta pasada y futura.

Pero jamás el trabajo debe imponerse como dolor y padecimiento; por esto juzgamos que ha de dejarse siempre á la eleccion del preso, despues de haber oido el consejo de las personas entendidas que le rodean, porque para su correccion y mejora es indispensable hacer que le sea amable, nunca repugnante ni penoso. Uno de los medios de conseguirlo será el que perciba una pequeña parte de su producto, recompensando además con puntos ó premios su pericia y sobre todo su asiduidad, de manera que encuentre en ello, combinado con su buena conducta, el camino de su regeneracion y de su libertad.

Preséntase aquí la duda de cómo deben dividirse las ganancias del trabajo de los presidiarios, puesto que son de ordinario diversas las responsabilidades que pesan sobre él, cuales son la indemnizacion de daños y perjuicios á la víctima, el pago de la multa, el de los gastos que ocasiona en su prision y el alimento de su familia. Y en este punto creemos, como siempre que de cantidades se trata, que no puede señalarse una regla inflexible. Teniendo en cuenta el Director de la cárcel las circunstancias todas, ya del preso, ya del ofendido, ya de su familia, etc., impondrá coactivamente al recluso aquella distribución que haria una persona prudente y de buen juicio. Así nada debe darse á la familia si ésta tiene lo suficiente para vivir por sí, muy poco si tiene algunos medios y bastante más si carece de ellos, aumentándose esta porcion en el caso de enfermedad, desgracia, etc. De este modo se mantiene vivo el sentimiento de familia en el recluso y se le recuerda á cada instante que tiene que pensar en esta

sagrada obligacion. Lo mismo debemos decir en cuanto á la indemnizacion á la víctima ó sujeto pasivo del Delito; si bien por muy desahogada que sea su posicion nunca podrá dejarse de señalar una pequeña cantidad para extinguir esta deuda.

Tampoco debe dejarse de asignar una suma, por insignificante que sea, para atender á otro débito, y otros dos objetos, que si no merecen el nombre de deudas, son el uno un estímulo para el trabajo y el otro una medida de prevision y economía. Nos referimos á los gastos que ocasione el recluso, á la formacion de una masita que recibirá al salir de la cárcel y á las gratificaciones mientras permanezca en ella.

Estas últimas pueden destinarse por el reo ó bien á aumentar cualquiera de las demás partes, ó bien á proporcionarse en la prision, segun el período en que se halle, alguna pequeña comodidad, y principalmente medios materiales de trabajo ó instruccion. La masita, cuyo importe debe serle siempre conocido, no ha de estar constituida tan sólo por el producto de su trabajo mientras esté preso, sino que si á la salida de la cárcel fuese insignificante, debe retenerse una parte de lo que gane mientras goza de libertad restringida y revocable, hasta componer una suma suficiente á proveer por algun tiempo á su instalacion y necesidades más precisas. Claro está que si el reo tuviese medios de fortuna para extinguir la responsabilidad que pesa sobre él y para atender á su subsistencia quando saliere de la prision, no debe destinarse el importe de su trabajo á otro uso que á las que hemos llamado gratificaciones. Por esta razon no debiera, sin embargo, aumentarse mucho su importe, permitiéndole tan sólo emplear el resto de lo que ganare en obras de caridad como aumentar la masita de otros presos, ayudarlos á socorrer su familia, etc., etc.

Las gratificaciones no han de ser el único estímulo para

el preso: al mismo tiempo han de concedérsele premios, puntos ó marcas por su aplicacion y buena conducta. Un número determinado seria preciso para pasar del régimen del aislamiento al de la separacion y de éste al de la libertad provisional. La desaplicacion y mala conducta le harian perder alguna de estas marcas y hasta retrogradar á la clase inferior. De este modo se hace constar la enmienda y ve el recluso palpablemente que por su esfuerzo acerca el momento de su libertad.

CAPITULO TERCERO.

DE LAS MEDIDAS TRANSITORIAS Y COMPLEMENTARIAS.

§ XCVII.

De la libertad provisional y revocable.

La materia que forma el asunto de este capítulo, si bien puede considerarse como formando en realidad parte integrante de la ejecución de la Pena, la presenta en su último período y en el momento que debiendo cesar, procura en cuanto sea dable hacer insensible el tránsito al estado de libertad completa, impidiendo al propio tiempo las reincidencias: de aquí llamar á las medidas que al efecto se toman transitorias y complementarias.

La libertad provisional y revocable—no empleada de ordinario mas que despues de las Penas de privacion de libertad y que tan sólo puede concebirse despues de algunos de restriccion de la misma—debe en primer término ser estudiada.

Extinguida la condena de privacion de libertad sin que en el plazo de su duracion hecho alguno haya venido á demostrar que era insuficiente, ó puesto á ella término por suponerse alcanzada la correccion, se procede á la soltura del cumplido. Mas para hacerlo con la justicia y la prudencia que exige tan trascendental medida—sobre todo cuando se decreta ántes del tiempo marcado en la

sentencia — es necesario tomar algunas precauciones que den seguridad de que la enmienda es sincera. De aquí que la libertad que se concede no sea definitiva, sino revocable sin formación de causa por un nuevo Delito, no completa, sino sujetando al escarcelado á algunas restricciones.

Empiézase, en efecto, fijándose al cumplido el sitio en que ha de residir, que no puede cambiar sin permiso de la autoridad, que no debe concederle si no mediante causas justas. El lugar en que habita la familia con la cual ha de reunirse forzosamente si no existe motivo de separación; donde tenga amigos y protectores ó resida la sociedad ó la persona que se ha de encargar de su patronato; aquel donde pueda suponerse que hallará medios de trabajo, dada la profesion aprendida; el pueblo de su nacimiento ó vecindad, etc., pueden ser designados por el fallo, acuerdo ó sentencia que conceda la libertad provisional, apreciando las varias circunstancias que han de presentarse en cada caso.

Al mismo tiempo, para que pueda ejercerse la vigilancia, parece necesario que se imponga al escarcelado la obligación de presentarse á menudo á la autoridad pública. Si una sociedad ó un particular fueran los encargados de su patronato, seria suficiente el exigir que el patrono diese en épocas fijas cuenta de su comportamiento, sin perjuicio de que si lo creyere oportuno, pudiera reclamar la autoridad la presencia personal.

Mientras tal estado transitorio subsistiera, el escarcelado no sólo tendria la precisa obligación de dedicarse á un trabajo útil y productivo, sino que además habria de dar cuenta de sus adelantos y de sus ganancias al encargado de su patronato.

El intento sólo de cambiar de residencia sin permiso de la autoridad, la omisión de las reglas que ésta le trazara, el incumplimiento de algunos de sus deberes de impor-

tancia, como dedicarse á una ocupacion honrosa, el frecuentar malas compañías é incurrir en vicios de cierta clase, como la embriaguez, deben ser motivos bastantes para que sin necesidad de un nuevo juicio concluya la soltura provisional.

Los ventajosos efectos de esta medida no pueden, en verdad, ocultarse. Por un lado el cumplido, que se halla por vez primera ante la tentacion que la libertad le ofrece, tiene para resistirla el poderoso auxiliar de la amenaza de una Pena que le parece entónces más horrible. Ayudado por ella va adquiriendo su voluntad mayor fuerza, acostumbrándose al combate que ha de sostener, y se habitúa lentamente á la libertad por algun tiempo perdida y que ha de ser en adelante su manera definitiva de vivir. La sociedad entera ve sin temor que la soltura se anticipa, pues hay quien con cuidado vela porque no sea en modo alguno peligrosa, porque desde el instante que existe la sospecha fundada de que pueda serlo la hace cesar, restituyendo al cumplido á su celda de la Penitenciaría.

Mas cuando un razonable espacio de tiempo ha transcurrido y nada hace dudar de la sinceridad de la enmienda por la persistencia en la buena conducta, cuando ya el cumplido se ha connaturalizado con la vida libre, la soltura provisional, incompleta y revocable se convierte en definitiva, completa é irrevocable, que sólo puede cesar por la comision de un nuevo Delito y por la apertura de una nueva causa. Entónces es cuando la Pena cesa enteramente y entra el que fué reo en el íntegro goce de todos los derechos de hombre y de ciudadano sin necesidad de emplear la fórmula usada en algunos países llamada rehabilitacion, que supone, aunque otra cosa quiera decirse, que existe algo de infamia en el castigo que necesita lavarse.

§ XCVIII.

Del patronato de los reos cumplidos.

Los buenos efectos, no sólo de la soltura provisional, sino de todas las Penas y singularmente de las de privación de libertad haciéndolas verdaderamente eficaces y reformadoras, dependen de la existencia de patronos que tomen á su cuidado los reos que han extinguido su condena.

Representa la institucion de los patronatos aquella mision más tutelar y más benéfica de la Pena, que, haciéndola cesar enteramente, ayuda de un modo poderoso á volver á la sociedad, y á que ocupe dentro de ella su puesto, el que se vió separado de su seno primero por el Delito y luégo por la reclusion ó el extrañamiento.

Tan noble tarea puede desempeñarse no tan sólo por sociedades que se la propongan como fin, sino además por particulares que por su moralidad y celo inspiren á la administracion suficiente confianza, siendo este último sistema capaz de producir aún mayores ventajas.

Difícil, cuando no imposible, es fijar las obligaciones ajenas ó propias del patronato. La primera que puede enumerarse es la de vigilar porque el cumplido permanezca en la poblacion que se le asignó para su residencia, informando á la autoridad secretamente en el caso de opinar que debe ser trasladado á otra, ya cuando el cumplido lo sòlicita, ya cuando juzgase oportuna esta medida.

Además, y muy principalmente, ha de procurar conocer el comportamiento del escarcelado, las compañías que frecuenta, el empleo de su jornal ó de la masita que se le entregó al salir de la Penitenciaría, haciendo que sin contemplacion alguna la libertad revocable cese cuando se convierta en un peligro para el mismo cumplido ó para los demás.

Cuidará también el patrono que el sometido á su tutela y custodia encuentre trabajo y colocacion en alguna fábrica, taller ó establecimiento industrial ó agrícola, poniéndolo en conocimiento de la autoridad si no lo consiguiera. Precisamente una de las mayores dificultades con que lucha el encarcelado para proporcionarse de una manera honrada medios de subsistencia es la justa desconfianza y la repulsion que inspira á todo el mundo. Pues bien; en aquel momento en que por todas partes es rechazado y temido, y en que no halla quien le ayude, le aliente y le consuele, la compañía de otros como él salidos de la cárcel parece que es la única á que puede aspirar y el crimen su único destino. La tentacion de volver á su antigua vida se ocurre á su mente, por la imposibilidad casi completa de emprender otra, y la reincidencia viene casi de una manera necesaria y precisa.

Levántanse en gran parte estos obstáculos cuando se presenta en el taller acompañado de una persona respetable ó bajo el amparo de una sociedad benéfica. El dueño no se atreve, por un lado, á rehusar su concurso en esta caritativa obra, y por otro le inspira alguna confianza el ver que el cumplido no está abandonado, que álguien mira por él, y que una falta que note podrá ser pronta y severamente corregida por quien tiene autoridad y medios de hacerse respetar. Si el patrono es al propio tiempo el maestro ó dueño de la fábrica, taller ó granja, las ventajas pueden ser mayores, y áun para alentar esta clase de patronatos no vacilamos en aconsejar al Estado que celebre con los dueños de establecimientos industriales ó agrícolas contratos mediante los que se encarguen de alimentar y proveer al cumplido de alojamiento durante algunos meses, pagándole su jornal más reducido que á los demás operarios.

La masita ó fondo que formó el recluso durante su permanencia en la cárcel debe entregarse siempre al patrono;

éste dispondrá el empleo que deba dársele, según su celo y su caridad le sugiera, de suerte que no se disipe—como acontece cuando se entrega al cumplido al salir de la Penitenciaría— ó inútilmente ó en vicios y liviandades.

Las demás funciones y deberes que ha de llenar el patrono son de esos que ni se ordenan en reglamentos, ni se preceptúan, ni áun casi se describen. Son el consejo en el momento de vacilacion, el consuelo en la tristeza, la esperanza en el desaliento, la reprension en la pequeña falta; es, en suma, el cuidado casi paternal que sabe prodigar la caridad.

Importancia suma tiene, á nuestro entender, el patronato. Si la filantropía de los particulares no hiciera nacer estas instituciones en un país donde las Penitenciarías estuvieran medianamente organizadas, el Estado debiera imponerle como obligatorio á ciertas personas ligadas con el reo por el vínculo del parentesco; debería además crear juntas de patronos compuestas de los que voluntariamente se prestasen á ello, haciendo esta funcion aneja y obligatoria á ciertos cargos de la magistratura, de la enseñanza y de la administracion general. La Iglesia, que siempre ha procurado asociarse y áun tomar la iniciativa en toda obra benéfica, no habria en verdad de negarse á imponer como deber propio al desempeño de ciertas funciones eclesiásticas el formar parte de tales juntas.

§ XCIX.

De la traslacion de los reos cumplidos á colonias ó países lejanos.

A pesar de haberse tomado cuantas medidas aconseja la prudencia para operar la transicion entre el estado de Pena y el de libertad completa, no será extraño que el escarcelado, bien por hallarse enteramente sólo, sin familia y sin

amigos, bien porque lo impida el recuerdo de su crimen, bien por las circunstancias por las que atraviesa su patria; no encuentre ocupacion ó trabajo ni halle medio de volver á tomar carta de naturaleza y de ocupar un puesto en la sociedad á que pertenece. Para impedir entónces la reincidencia y áun para ofrecer un nuevo campo á la vida honrada y laboriosa, aunque no se den circunstancias tan apuradas, debe abrir el Estado el camino de la expatriacion ó de la traslacion de los cumplidos á países lejanos ó colonias que se proponga poblar, que le pertenezcan ó que correspondan á otras naciones.

La experiencia ha demostrado cuánto cambia el hombre de costumbres cuando abandona los lugares en que ha nacido y cuán á menudo el criminal, fuera de los incentivos del vicio y teniendo que luchar con las dificultades de la vida, que se presenta bajo otra forma ó aspecto, cambiando de compañías, sin verse bajo el peso de su historia que nadie conoce, se convierte en un hombre honrado y trabajador inteligente. Buena prueba de ello es la gran nacion de los Estados del Norte de América que ha admitido en su seno los mayores criminales de Europa, muchos de ellos regenerados por el trabajo.

Pero esta expatriacion no puede ser, por regla general, impuesta, sino voluntaria, por más que haya de ofrecerse á quien la desee con las mayores facilidades posibles. El Estado se encargará, por ejemplo, de conducir á sus expensas á los cumplidos que lo soliciten ó de proporcionarles los medios para ello. Si las colonias pertenecen al Estado, pudiera asignarles algun pequeño terreno que cultivar ó señalarles alguna ocupacion que les suministre los medios de subsistencia, exigiendo en cambio algun trabajo que fuese útil, y comprometiéndose el escarcelado á estar en la colonia algun tiempo. La traslacion á ella no podria hacerse respecto del que tuviera familia si ésta no le acompañaba.

Ya allí todos los cumplidos, bien estuvieran aislados de la población, bien enteramente libres ó mezclados con ella, deberían quedar sujetos al patronato; y si esto no fuese posible, á la vigilancia de la autoridad superior que debiera mirar este cuidado como una de sus principales y más importantes obligaciones. El intento de fugarse, la falta á los reglamentos, el Delito y áun el grave desórden, tendrían asignados como Pena la reclusion en la Penitenciaría que á este efecto se encontrase establecida en la colonia.

Si la nacion no poseyese terrenos que reunieran las condiciones necesarias al caso, pudiera suplirse con el envío de los emigrantes á la colonizacion emprendida por otros países extranjeros, ajustando tratados al efecto. Los cumplidos quedarian entónces sujetos á la vigilancia y á la disciplina de las autoridades extranjeras como si fuesen nacionales, sin perjuicio de poder volver á la madre patria luego de cumplido el término de su empeño.

Por lo expuesto se ve que estas colonias se diferencian bastante de las Penitenciarías establecidas, por ejemplo, en Inglaterra. A ellas no es conducido el cumplido voluntariamente y cuando lo solicita, sino que en la colonia, áun contra su voluntad, extingue parte de la condena. El régimen no es el de la libertad, sino el del trabajo obligatorio y forzoso. Es, pues, una forma de la Pena de privacion de libertad. Y como ésta, á nuestro juicio, para que sea eficaz exige el aislamiento primero y siempre la separacion, con la enseñanza moral y religiosa, conforme hemos expuesto, no creemos justa tal forma de cumplimiento, que parece buscar más que la correccion del penado el librar á la nacion de los malhechores y de la dura carga de custodiarlos. Tan sólo podria, en nuestro juicio, imponerse con algunas limitaciones como obligatoria la traslacion á las colonias, á los reincidentes por graves Delitos, y esto sólo despues de haber cumplido gran parte de la Pena en la cárcel ó Penitenciaría.

ÍNDICE

CAPÍTULO PRELIMINAR.

	<u>Págs.</u>
§ I.—Enciclopedia de las Ciencias y de las Artes jurídicas.....	1
§ II.—Enciclopedia de las Ciencias y de las Artes jurídico-penales.....	11
§ III.—Relacion de las Ciencias jurídicas entre sí y con las restantes ciencias.....	16
Relacion entre las Ciencias jurídicas.....	17
Relacion entre las Ciencias jurídicas y las jurídico-penales.....	20
Relacion con las restantes Ciencias morales y políticas.....	21
Relacion con las Ciencias naturales.....	23
§ IV.—Orden de las Ciencias particulares dentro de la Enciclopedia jurídico-penal.....	24
§ V.—Propósito del autor al escribir esta obra.....	26

PRIMERA PARTE.

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE FILOSOFÍA DEL DERECHO PENAL DEL ESTADO.

INTRODUCCION.

§ VI.—Plan y método de la filosofía del Derecho penal.....	31
--	----

LIBRO PRIMERO.

Concepto del Derecho penal del Estado.

CAPÍTULO PRIMERO.

CONCEPTO DEL DERECHO.

§ VII.—Formacion analitica del concepto del Derecho.....	37
§ VIII.—Del Bien como Destino y Fin del hombre.....	42
§ IX.—La Moral.....	47
§ X.—La Religion.....	50

	<u>Pág.</u>
§ XI.—Confirmacion del concepto del Derecho. Fin inmediato (objeto); fin mediato (ético) del Derecho.....	52
§ XII.—De la capacidad de Derecho.....	57

CAPÍTULO SEGUNDO.

CONCEPTO DEL DERECHO PENAL.

§ XIII.—De la perturbacion del orden jurídico.....	60
§ XIV.—De la perturbacion civil y criminal del orden jurídico.....	63
§ XV.—Del Derecho reparador ó contra la injusticia.....	65
§ XVI.—De la coaccion: de la coaccion jurídica. Justicia de la coaccion..	68
§ XVII.—De la coaccion en lo civil y en lo penal. Concepto del Derecho penal.....	72

CAPÍTULO TERCERO.

DEL DERECHO PENAL DEL ESTADO.

§ XVIII.—Concepto del Estado. Funciones del Estado.....	76
§ XIX.—Distintas esferas ó círculos de vida dentro de los que se cumple el fin humano.....	82
§ XX.—Del Derecho propio de las diversas esferas de la vida y de la cul- tura humanas.....	85
§ XXI.—Del Derecho legislable por el Estado.—Derecho de autonomia...	90
§ XXII.—Del Derecho legislable por el Estado.—Derecho de contrata- cion.....	92
§ XXIII.—Del Derecho legislable por el Estado.—Derecho de asistencia..	94
§ XXIV.—Del Derecho legislable por el Estado.—Derecho de asistencia tutelar.....	98
§ XXV.—Del Derecho legislable por el Estado.—Derecho que nace de las relaciones entre el Estado y las restantes esferas de la vida y de la cul- tura humanas.....	101
§ XXVI.—Del Derecho legislable por el Estado.—Del Derecho para el Estado mismo.....	105
§ XXVII.—Notas características del Derecho legislable por el Estado.— Concepto del Derecho penal del Estado nacional.....	108
§ XXVIII.—Del Derecho de toda la Humanidad y del Derecho humano..	110

LIBRO SEGUNDO.

El Delito.

CAPÍTULO PRIMERO.

DEL DELITO EN GENERAL.

§ XXIX.—Nocion del Delito.—Sus notas ó caractéres.....	113
§ XXX.—Del Delito como violacion del Derecho.....	115

§ XXXI.—El Delito como violacion del Derecho por actos de la libre voluntad.....	118
§ XXXII.—Imputabilidad, responsabilidad objetiva y subjetivamente consideradas.....	125
§ XXXIII.—El Delito como violacion consciente del Derecho.....	130
§ XXXIV.—Elementos del Delito.....	140

CAPÍTULO SEGUNDO.

DE LA MATERIA DEL DELITO.

§ XXXV.—De la materia del Delito en general.....	142
§ XXXVI.—De los varios estados en la vida del Delito, comunmente generacion del Delito.....	149
§ XXXVII.—Causas de justificacion.....	162
§ XXXVIII.—Notas esenciales y propias de cada Delito que nacen de la especial relacion juridica infringida.....	170
§ XXXIX.—Notas esenciales y propias de cada Delito que nacen de la forma ó manera de la violacion del Derecho.....	177
§ XL.—Notas esenciales y propias de cada Delito que nacen de la razon ó causa que reconoce como origen.....	180
§ XLI.—De las circunstancias accidentales del Delito.....	182
§ XLII.—De la acumulacion de Delitos cometidos por la misma persona..	188

CAPÍTULO TERCERO.

DEL SUJETO ACTIVO DEL DELITO.

§ XLIII.—Del sujeto activo del Delito en general.....	197
§ XLIV.—Nocion de los estados de Inimputabilidad.....	202
§ XLV.—Causas de inimputabilidad.....	206
§ XLVI.—De las circunstancias ó hechos modificativos de la imputabilidad en el agente del Delito.....	216
§ XLVII.—De la Codelincuencia.....	228

CAPÍTULO CUARTO.

DEL SUJETO PASIVO DEL DELITO.

§ XLVIII.—Del sujeto pasivo del Delito en general.....	238
§ XLIX.—De la pluralidad de sujetos pasivos del Delito.....	242

RESÚMEN.

§ L.—La culpabilidad.....	247
---------------------------	-----

LIBRO TERCERO.

La Pena.

CAPÍTULO PRIMERO.

DE LA PENA EN GENERAL.

	Pág.
§ LI.—Análisis del concepto de la Pena.....	249
§ LII.—Noción de la Pena jurídica dentro del Derecho legisable por el Estado.....	257
§ LIII.—Razon de la Pena.....	258
§ LIV.—Fin de la Pena.....	259
§ LV.—De la naturaleza de la Pena.—La Pena como condicion dependiente de la libre voluntad.....	273
§ LVI.—De la naturaleza de la Pena.—La Pena como condicion buena en si misma.....	276
§ LVII.—De la naturaleza de la Pena.—La Pena como sufrimiento ó padecimiento.....	280
§ LVIII.—Naturaleza de la Pena.—La Pena como expiacion.....	285
§ LIX.—Naturaleza de la Pena.—La Pena como defensa y medio preventivo.....	291
§ LX.—De la naturaleza de la Pena.—La Pena como tutela.....	296
§ LXI.—De las notas ó caracteres esenciales á toda Pena (<i>essentialia communia</i>), que nace de considerarla en si misma.....	303
§ LXII.—De otras cualidades ó notas de la Pena.....	308
§ LXIII.—Elementos de la Pena.....	311

CAPÍTULO SEGUNDO.

DE LA MATERIA DE LA PENA.

§ LXIV.—De la materia de la Pena en general.....	313
§ LXV.—De lo propio y característico (<i>essentialia propria</i>) de cada Pena, atendiendo á su materia.....	322
§ LXVI.—De lo accidental ó variable en cada Pena (<i>accidentalia</i>).....	325
§ LXVII.—De la acumulacion de las Penas.....	328

CAPÍTULO TERCERO.

DEL SUJETO ACTIVO DE LA PENA.

§ LXVIII.—Del sujeto activo de la Pena.....	334
---	-----

CAPÍTULO CUARTO.

DEL SUJETO PASIVO DE LA PENA.

§ LXIX.—Del sujeto pasivo de la Pena en general.....	342
--	-----

ÍNDICE.

495

	Pág.
§ LXX.—Nocion de los estados de impunidad y de sus causas.....	346
§ LXXI.—De las circunstancias ó hechos modificativos de la punibilidad.	350

RESÚMEN.

§ LXXII.—La Penalidad.....	357
----------------------------	-----

LIBRO CUARTO.

Relacion entre la Pena y el Delito.

CAPÍTULO PRIMERO.

RELACION ENTRE LA PENA Y EL DELITO EN GENERAL.

§ LXXIII.—Análisis del principio de la relacion entre la Pena y el Delito.	361
§ LXXIV.—Relacion entre la Pena cuando se la considera como retribucion y el Delito.....	374
§ LXXV.—Relacion entre la Pena cuando se la considera como defensa y medio preventivo y el Delito.....	380
§ LXXVI.—Relacion entre la Pena cuando se la considera como tutela y el Delito.....	384
§ LXXVII.—De las notas ó caracteres esenciales á toda Pena (<i>essentia communis</i>), que nacen de su relacion en general con el Delito.....	288

CAPÍTULO SEGUNDO.

DE LA RELACION CUALITATIVA Ó ANALOGÍA ENTRE LA PENA Y EL DELITO.

§ LXXVIII.—De la analogia ó relacion cualitativa entre la Pena y el Delito.....	396
---	-----

CAPÍTULO TERCERO.

DE LA RELACION CUANTITATIVA Ó PROPORCION ENTRE LA PENA Y EL DELITO.

§ LXXIX.—De la proporcion ó relacion cuantitativa entre la Pena y el Delito.....	408
§ LXXX.—De la proporcion en la Pena teniendo en cuenta el sujeto pasivo de ella.....	409
§ LXXXI.—De las cualidades ó notas de la Pena que nacen de considerarla en su relacion cuantitativa con el Delito.....	414

RESÚMEN.

§ LXXXII.—La Justicia de la Pena.....	418
---------------------------------------	-----

CAPÍTULO CUARTO.

DE LA EXTINCION DE LAS RELACIONES ENTRE LA PENA Y EL DELITO.

	Pág.
§ LXXXIII.— De los modos de extinguirse en general la relacion entre la Pena y el Delito.....	420
§ LXXXIV.— Del cumplimiento de la Pena.....	424
§ LXXXV.— De la enmienda del culpable por hechos que la dan á conocer directamente.....	427
§ LXXXVI.— De la enmienda presunta del reo ó sea de la prescripcion...	431
§ LXXXVII.— De la muerte del reo.— De su estado de impunidad....	441

LIBRO QUINTO.

Ejecucion de la Pena.

CAPÍTULO PRIMERO.

DE LA EJECUCION DE LA PENA EN GENERAL.

§ LXXXVIII.— Nocion de la ejecucion de la Pena.....	445
§ LXXXIX.— Del modo de ejecutar la Pena.....	448
§ XC.— Poder á quien corresponde la ejecucion de la Pena.....	454

CAPÍTULO SEGUNDO.

DE LA EJECUCION DE CADA UNA DE LAS DIVERSAS CLASES DE PENAS.

§ XCI.— De la ejecucion de las Penas que recaen sobre el Derecho de propiedad.....	459
§ XCII.— De la ejecucion de las Penas de privacion ó restriccion del ejercicio de profesion, cargo público y derechos políticos y civiles.....	462
§ XCIII.— De la ejecucion de las Penas de restriccion de la libertad de elegir domicilio.....	464
§ XCIV.— De la ejecucion de las Penas de privacion de libertad.— Medidas de seguridad.....	468
§ XCV.— De la ejecucion de las Penas de privacion de libertad.— Régimen penitenciario relativo á la vida fisica ó corporal del recluso.....	470
§ XCVI.— De la ejecucion de las Penas de privacion de libertad.— Régimen penitenciario referente á la vida espiritual del recluso.....	471

CAPÍTULO TERCERO.

DE LAS MEDIDAS TRANSITORIAS Y COMPLEMENTARIAS.

§ XCVII.— De la libertad provisional y revocable.....	482
§ XCVIII.— Del patronato de los reos cumplidos.....	485
§ XCIX.— De la traslacion de los reos cumplidos á colonias ó países lejanos.	487

Gonzalo Quintero Olivares

Catedrático de Derecho Penal (de las Universidades de Valladolid –1980–, Málaga –1981–, Barcelona –1983–, Baleares –1994– y Rovira i Virgili en 2004). Ha sido profesor invitado en universidades extranjeras como la Universidad de París II Panteón-Assas, Turín, Parma y Bolonia. También ha sido Director General del Servicio Jurídico del Estado. Tratadista de Derecho Penal, es autor de un amplio catálogo de libros, que encabeza su *Parte General del Derecho Penal*, así como un altísimo número de artículos y monografías. Abogado, es vocal permanente de la Comisión General de Codificación y Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

Colección

Derecho Penal y Procesal Penal

Director:

Luis Rodríguez Ramos

Títulos publicados:

12. Delitos de género y de violencia familiar.
Cuestiones sustantivas y procesales

Carmelo Jiménez Segado

13. Un modelo integral de Derecho
penal: Libro homenaje a la profesora
Mirentxu Corcoy Bidasolo

**Directores: Víctor Gómez Martín, Carolina
Bolea Bardon, José-Ignacio Gallego Soler,
Juan Carlos Hortal Ibarra, Ujala Joshi Jubert**
**Coordinadores: Vicente Valiente Ivañez,
Guillermo Ramírez Martín**

14. Concurrencia delictiva: La necesidad
de una regulación racional

**Coordinadores: Laura Pozuelo Pérez
y Daniel Rodríguez Horcajo**

15. Estudios sobre el Código penal
de 1822 en su bicentenario

**Coordinadores: Gregorio M^a Callejo
Hernanz, Víctor Martínez Patón**

16. Códigos penales españoles, dos volúmenes

**Jacobo Barja de Quiroga
Luis Rodríguez Ramos
Lourdes Ruiz de Gordejuela López**

17. Minería de ADN en la investigación criminal

Fernando Ruiz Domínguez

18. Responsabilidad penal y negocios
estándar: los casos del asesor fiscal
y del abogado, dos volúmenes

Mónica de la Cuerda Martín

19. Tratamiento jurídico-penal del acoso en España

Cristian Sánchez Benítez

20. El principio de responsabilidad penal por el hecho

**Directores: Mirentxu Corcoy Bidasolo,
Víctor Gómez Martín**
**Coordinadores: Juan Carlos Hortal Ibarra,
Vicente Valiente Ivañez**

La obra de Luis Silvela y de La Villeuze (1839-1903) supuso el cambio de un modo de ejercer el oficio de penalista en España, que hasta entonces estaba centrado en la tarea de comentarista de los códigos penales, para pasar al de analista y expositor de la teoría del derecho penal, lo que más adelante se denominaría Filosofía del Derecho penal y Parte General del Derecho Penal. En concreto, *El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España* (1874) que el lector tiene en sus manos, fue calificada en su momento por Giner de los Ríos como el primer tratado jurídico y filosófico de Derecho penal, y ciertamente era una calificación adecuada. El libro contiene el brillante estudio de Gonzalo Quintero Olivares, que permite al lector comprender mejor la figura y el alcance de la obra de Luis Silvela en su contexto histórico.