

PARTE SEGUNDA.

DE LA PENA.

DEFINICION DE LA PENA.

CAPÍTULO PRIMERO.

Parte teórica.

La idea de la *pena* no es de menor importancia para nuestro estudio que la del delito, pero tambien la dificultad de determinarla no es menor.

La ley penal es la primera en el orden cronológico; la ley penal ha acompañado constantemente á la humanidad desde sus más remotos orígenes, á través de las vicisitudes de su historia; y, sin embargo, cuando se trata de determinar su esencia y cualidades, las dificultades crecen, y los sábios que desde Aristóteles hasta nuestros dias han tratado de explicarla, han caido frecuentemente en los más lastimosos errores.

No intentamos presentar todos estos sistemas, todas estas opiniones, todas sus etimologías y significados en las lenguas, y solo nos limitaremos á indicar que siempre la idea de castigo, la de dolor, la de reparacion, la de venganza, han explicado la palabra *pena*.

Aristóteles, con su sublime talento, ya comprendía en la pena, el interés del culpable por un lado, y el interés de la sociedad por otro. Platon no veía esencialmente en ella más que un remedio del alma. Y Cujas, inspirándose en estos dos grandes filósofos, decía: «*Pæna est delictorum sive criminum coercitio inducta ad disciplinæ publicæ inmediate, et ut exemplo cæteri deterreantur, et non quia peccatum est, sed nec pescetur, quia præterita revocari non possunt, sed caventur futura.*»

Los canonistas dicen que pena es una lesión destinada á castigar una falta, *læsio quæ punit, vindicans quod quisque commisit*; pero el P. Suarez ha dicho luego que consiste en la privación de un bien para obtener la enmienda del pecador.

Prescindimos de las definiciones de Beccaria, Mably, Rousseau, Blackstone, Philipps, Romagnosi, Rosmini, etc., y de muchos otros filósofos que se han ocupado de esta materia, y vamos á exponer la nuestra.

Esta definición es la siguiente: Pena es «la privación de uno ó muchos derechos, impuesta por el Estado al agente de un delito, para el restablecimiento del estado de derecho que ha sido perturbado.»

De aquí se infieren las tres ideas siguientes:

- 1.ª Que la pena consiste en la privación de derechos.
- 2.ª Que esta privación la impone el Estado.
- 3.ª Que tiene por fin el restablecimiento del derecho perturbado.

Por la primera idea, distinguimos la pena jurídica de la física y moral, puesto que nos referimos á la privación de relaciones jurídicas.

Para la explicación de las dos siguientes, necesitamos hacer algunas consideraciones sobre el derecho de penar que el Estado tiene, y sobre la manera de restablecer el derecho perturbado, en cuyo estudio tropezaremos con di-

versidad de sistemas que nos será preciso examinar, haciendo por último un resúmen y completando de este modo nuestra definición.

¿Tiene el Estado la obligacion y el derecho de penar?

Para resolver esta cuestion, debemos ocuparnos, si quiera sea muy brevemente, de la naturaleza del Estado y de las funciones que está llamado á desempeñar.

La idea de derecho se presenta como una necesidad para que el hombre cumpla su destino y marche por el camino de su perfeccionamiento. De consiguiente, cuando estas condiciones de derecho no se presten, siendo así que son necesarias para la consecucion del fin humano, es menester que haya un sér, una institucion que obligue á su cumplimiento. Y á este sér, á esta institucion que procura la realizacion del derecho, denominamos Estado, que ciertamente no seria necesario si todos los hombres cumplieren sus deberes.

No hay que confundir el Estado con la sociedad ni con el poder. El Estado (1), dice Ahrens, es un organismo dentro de la sociedad, cuya principal mision es realizar el derecho. No es tampoco el Estado el poder, porque este no es más que la representacion de aquel.

El ideal del Estado seria desempeñar única y exclusivamente la mision que le hemos asignado. Pero como es una institucion fuerte, y el derecho es el *medio*, como dice Kant, en que todos los demás fines humanos se agitan, de aquí el haber creido era un deber suyo estender su proteccion á otras instituciones sociales, tales como la religion, la enseñanza, la industria, etc.

(1) La palabra Estado en su acepcion general y gramatical, es el modo de ser ó de estar una cosa; aplicada al lenguaje jurídico, significa el modo de ser ó de estar una ó varias personas para el derecho (estado civil, estado laical y antes se hablaba de los Estados generales, hoy del cuarto estado). Por esto algunos, ajenándose al rigor de la palabra, dicen que Estado es una idea abstracta que equivale al modo de ser de una nacion.

No negaremos nosotros esa protección del Estado á todas las demás esferas de la vida; pero es menester que no se convierta en una excesiva intervencion, sino que se limite á dejarles en completa libertad de obrar garantizando sus derechos.

El Estado cumple en la vida social tres funciones, que en realidad pueden reducirse á dos: *legislativa* y *ejecutiva*.

Por la funcion *legislativa* declara el derecho, porque no basta que el derecho exista por sí mismo independiente de la voluntad del legislador, sino que es menester que se convierta en precepto obligatorio, para mayor seguridad de los ciudadanos, hasta tal punto que, se ha dicho, es preferible una ley mala declarada, á una buena sin declarar. Esta funcion corresponde á las Asambleas populares en los sistemas de gobierno republicano, á las mismas unidas al Rey en las monarquías constitucionales, y únicamente á este, dentro del régimen absoluto.

Una vez declarado el derecho, el Estado cuida de su cumplimiento, y para conseguirlo se halla investido del poder *ejecutivo*. Este poder se realiza por medio de dos funciones: la *judicial*, ó sea la administracion de la justicia destinada á mantener el estado de derecho, y la *administrativa*, en el sentido más limitado de esta palabra, destinada á procurar el bien á la sociedad en otras esferas de vida. Es decir, que estos dos brazos del poder ejecutivo responden al doble carácter del Estado, ya como institucion encargada de realizar el derecho, ya como institucion que procura el bienestar de las demás.

Ahora bien, si el hombre cumpliera sus deberes y respetase los derechos de los demás, el Estado se cruzaria de brazos, puesto que su mision quedaria reducida casi á la nulidad. Mas como esto no sucede, como los hombres no se contentan con la libertad de que gozan, sino que desean la de los demás, de aquí, por tanto, que las relaciones

jurídicas se infrinjan, y que el Estado se presente entonces reprimiendo la agresion; y de este modo se explica que su primitiva funcion sea la de castigar, traduciendo no solo en un derecho, sino hasta en una obligacion.

No hay ley alguna, dice el Sr. Pacheco, que aparezca primero que la penal desde el primer albor de las sociedades. La razon y la inteligencia nos dicen que todavía no se han formulado la propiedad ni su derecho, primera ocasion cuando no primer origen de la ley civil; que todavía no se ha recorrido la época del patriarcado, situacion anterior á toda ley política, cuando ya concebimos desde aquellos momentos la lesion de bienes y derechos personales, el crimen en su aspecto primitivo y feroz, y por consiguiente, las ideas de represion, expiacion y castigo.

Cuando se concibe el Estado como un orden moral y divino, dice el gran Savigni, el castigo aparece como el medio de restablecer la armonía perturbada por el crimen, por cuanto imita á la justicia divina, que obra del mismo modo por medio del castigo para el restablecimiento del orden universal del bien.

Y en efecto, siendo el Estado la institucion encargada de realizar el derecho, cuando este resulte infringido ha de restablecerle. Mas de dos modos puede verificarse esta infraccion del derecho que Ortolan llama *determinador*; ó *civil* ó *criminalmente*. No nos detendremos en marcar las diferencias que separan una violacion de otra, puesto que ya lo hemos verificado en otro lugar; solo diremos que en la primera el Estado se limita á devolver las condiciones de derecho á la persona que habia sido privada de ellas, mientras que en la segunda tiene el derecho y además la obligacion de imponer el castigo aunque la parte ofendida no consienta, porque de no hacerlo, no queda restablecida la tranquilidad y el orden en la sociedad.

Presentándose de un modo tan claro y tan sencillo el derecho que tiene el Estado de penar, no podia ser contradicho por hombres que se precian de filósofos. Pero al determinar la manera y forma de restablecer el derecho por medio de la pena impuesta por el Estado, las opiniones se han multiplicado extraordinariamente y es por tanto necesario agruparlas para mayor facilidad en su estudio.

SISTEMAS FILOSÓFICOS

QUE DAN DE LA PENA UNA DEFINICION ESPECIAL.

Vano empeño seria el nuestro si intentásemos presentar la inmensa variedad de sistemas que sobre la pena se han suscitado en una obra de tan cortos limites como esta, y apremiados por la brevedad del tiempo, que nos obliga poderosamente á su más pronta terminacion; así es, que nos limitaremos á indicar los principales, tratándolos muy brevemente.

El célebre criminalista Carlos Roeder, tomándolo de Bauer, presenta la siguiente clasificacion de las principales teorías que tienen de la pena una concepcion especial, partiendo de un punto de vista que ha sido tambien admitido por Ahrens y por gran número de distinguidos escritores.

Esta clasificacion es la siguiente:

I.—Teorías *absolutas*, que no refieren la pena absolutamente á fin alguno, sino que la reputan como mera consecuencia necesaria de la accion ilícita.

II.—Teorías *relativas*, segun las cuales se considera la pena como medio para un fin juridico, que al cabo y en general vienen á consistir en el mantenimiento del orden del derecho. Ahora, en vista de los diferentes modos como este fin ha de alcanzarse, se subdividen á su vez en

A.—Teorías de *compensacion* (de restitucion, de reparacion al sb que refieren la pena á la perturbacion *efectivamente* cometida en el órden jurídico, proponiéndose como su fin inmediato reparar esa perturbacion (compensar, destruir el daño ideal del delito).

B.—Teorías *preventivas* que fundan la pena en las lesiones posibles del órden jurídico en lo porvenir, asignándole por fin inmediato precaver esas perturbaciones.

Estas teorías se han subdividido nuevamente asi:

1.°—Teorías *ejecutivas* (de ejecucion penal) que creen conseguir este fin de la prevencion mediante la aplicacion de la pena.

A su vez, esta aplicacion de la pena, obra:

a.—Ó meramente sobre el criminal:

a'.—Para mejorarle interiormente:

Teoría de la *enmienda*.

b'.—Para proteger contra él al Estado:

Teoría de la *defensa* en general, que es:

a''.—Para prevenir ulteriores atentados

de su parte: Teoría de la *prevencion*

especial.

b''.—Para defender al Estado: Teoría

de la *defensa* necesaria ó de la *con-*

servacion.

b.—Ó sobre todos los ciudadanos, por el temor

que en ellos produce la ejecucion de la pena.

Teoría de la *intimidacion*.

2.°—Teorías de *conminacion* (prevencion general)

que aspiran á conseguir el fin de la prevencion,

amenazando con la pena (ley penal), á saber:

a.—En cuanto por este medio deben apartarse

del delito todos los ciudadanos: Teoría de la

coaccion psíquica (llamada tambien teoría de

la *intimidacion*).

b.— En cuanto de esta suerte, todos los ciudadanos deben hallarse advertidos antes de la comision del delito: Teoría de la *advertencia*.

Finalmente, cuando una teoría parte manifiestamente de diversos principios y fines de la pena, se la llama *mixta, compuesta ó sinerética*, á diferencia de las teorías *simples ó puras*.

Vamos á ocuparnos brevemente de estas teorías, advirtiéndole que no lo haremos en el mismo orden que el indicado, sino agrupando las que guardan más analogía con objeto de hacer más fácil y breve su estudio.

Empezaremos por ocuparnos de los sistemas *absolutos*, continuaremos con los *relativos*, dedicando un capítulo aparte al de la *defensa*, por ser mayor su importancia, y enumerando en el siguiente los fundados en la *intimidacion*, en la *coaccion psíquica*, en la *prevencion*, en la *advertencia* y en la *compensacion*. No hablaremos de la teoría de la *re-mienda*, porque conformándose mucho á nuestras opiniones, tendremos ocasion de hacerlo cuando de estas nos ocupemos. Tampoco será objeto de nuestro estudio el sistema del *pacto*, porque raros son los defensores con que cuenta, y tambien porque al exponerle en nuestra primera parte hicimos indicacion sobre el concepto que tenia de la pena, combatiéndole con alguna extension.

Solo nos resta advertir que, despues de terminado el estudio de los sistemas *simples*, haremos una ligera indicacion de los compuestos.

CAPÍTULO II.

PARTE TEÓRICA, CONTINUACION.

Sistemas absolutos de la pena.—Teoría de la justicia absoluta.—Doctrina del Sr. Pacheco, como su representante en España.

Los partidarios de los sistemas absolutos de la pena, pretenden que esta no tiene ningún fin especial, sino que es la consecuencia rigurosa de un principio establecido, según unos, en el orden moral de las cosas, merced al *gobierno divino del mundo*; según Kant, es un *imperativo categórico* de la conciencia, reconocido por todos los hombres, y que puede ser elevado á regla universal de conducta; según Henke, es la *idea de la justicia*, que obliga al criminal mismo por medio de su conciencia á reclamar para sí la pena («á fin de reconciliarse con su génio tutelar»); en suma, en la convicción común profundamente arraigada en el sentimiento moral y proclamada por una clara voz interior de que al delincuente debe acontecerle un mal, sucediéndole lo mismo que él ha hecho.

Como nos son ya conocidas las ideas del Sr. Pacheco sobre el delito, y entonces le considerábamos como representante en España del sistema de la justicia absoluta, examinaremos con arreglo á sus doctrinas, el *fundamento*, la *naturaleza*, el *fin* y las *cualidades* de la pena en dicho sistema.

¿Cuál es el *fundamento* de la pena, según la teoría del Sr. Pacheco?

La ley natural, decíamos en otro lugar tomándolo de dicho escritor, comprende, y no puede ménos de comprender, el mundo entero, el universo en todas sus relaciones



La ley natural es la ley física, permanente, fatal, inmutable. La ley natural es la ley de los espíritus y de todas las manifestaciones de la vida humana. De la esencia de los cuerpos y de los espíritus, de las relaciones necesarias que su naturaleza crea en cada uno de ellos, derivanse rigurosamente estas leyes, que Newton descubria en el mundo físico, que Aristóteles y Leibnitz observaban en el mundo moral.

Esos principios, esas leyes, esas reglas de la ley natural de los espíritus, pueden ser violadas, á diferencia de las leyes naturales de los cuerpos. Pues bien, nuestra conciencia, juez infalible de nuestro espíritu, nos dice que cuando aquellas han sido perturbadas, es menester que venga enseguida el restablecimiento del orden, quebrantado por medio del castigo.

Es, pues, la regla del orden moral, que se reforme y enmiende en él el mal que se causa, que se vuelva á soldar y afirmar el anillo por donde fué rota la cadena.

Desde luego es un hecho que donde el hombre advierte infraccion de la ley natural, aguarda en el instante reparacion, reintegracion de lo infringido; donde advierte crimen, aguarda correccion, aguarda pena. La conciencia humana no puede separar estas dos nociones: *infraccion* de la ley, por un lado, y *reparacion* del mal causado, por otro. *Mal por mal* es la relacion necesaria que no nos es dado romper con las fuerzas de nuestro entendimiento. *Mal por mal* es la ley cuya realizacion nos satisface, cuya falta deja un vacio que no llenamos nunca. *Mal por mal* es la ley que nos domina hasta tal punto, que hace enmudecer el interés individual ante los gritos del *remordimiento*, hecho que es la sancion del principio que hemos establecido. *Mal por mal* es, en fin, la ley de la naturaleza y la garantía de las sociedades humanas. Pues este mal reparador, este mal que ha de seguir forzosamente á la in-

fraccion de la ley natural, como la sombra sigue al cuerpo, recibe el nombre de *pena*.

Se pena, pues, porque es justo, porque es una ley natural, y por tanto necesaria como lo es la ley física de la gravedad que arrastra á los cuerpos suspendidos en el aire hácia el centro del globo.

Conocido el fundamento de la pena, fácilmente se comprenderá cuál es su *naturaleza* dentro de este sistema.

La pena ha de consistir en un mal, que se deriva de la comision de otro mal. Reaiga sobre hechos físicos ó materiales, ó consista solo en afectos del alma, su carácter necesario, su íntima é indeclinable naturaleza, está cifrada en esa idea del mal. De otro modo resultaria contrariado el imperativo categórico de nuestra conciencia de que al mal del delito ha de seguir el mal de la pena.

Veamos ahora cuál es el *fin* de la pena.

Precisamente los sistemas de que nos estamos ocupando se llaman *absolutos* porque en ellos la pena no tiene ningun fin que cumplir. Se castiga *porque* es justo, *porque* es necesario, pero no *para* obtener ningun fin.

Manuel Kant, el gran inventor de este sistema, nos presentaba el ejemplo inolvidable de que ya en otro lugar hemos hecho mencion, y que caracteriza á la teoría de la justicia absoluta. Una sociedad de náufragos que van á abandonar una isla, á la cual habian sido arrojados por una tempestad, hallándose uno de ellos condenado á muerte, no pueden abandonarla sin ejecutar la sentencia, porque así lo exige la justicia, por más que, dejándole solo y aislado en la isla, no fuesen ya sus agresiones un peligro para la sociedad.

Y para encubrir la carencia de fin que estos sistemas tienen, dicen los partidarios que es la *expiacion*, lo cual no es más que su fundamento, pero con distinto nombre. Sin

embargo, el Sr. Pacheco, que, como ya hemos dicho, á las cualidades de profundo filósofo reúne las de eminente juriconsulto, se aparta un poco de su propio sistema, diciendo que la pena, además de la expiación, tiene otros tres fines: la intimidacion, la imposibilidad de dañar y la reforma de los criminales.

Pasemos á examinar las *cualidades* que ha de reunir la pena, segun los partidarios del sistema de la justicia absoluta.

Desde el momento que la pena se presenta como una retribucion del mal por el mal, su carácter resplandeciente ha de ser sin duda la *igualdad* entre ambos males. Mas en este punto se dividen los partidarios de la justicia absoluta. Unos llevan á todo su rigor el principio que rige á este sistema, exigiendo una igualdad exterior-sensible (material, fisica), de suerte que se cause al criminal enteramente el mismo *mal exterior* que él ha causado, conforme á la regla de *idem per idem*, que es la teoría llamada de la *Retribucion material, idéntica ó talion* propiamente dicho.—Otros exigen una igualdad meramente ideal ó formal, comparando el sufrimiento moral de la pena con el producido por el delito (teoría de la *retribucion formal ó ideal*).—Finalmente, existe un sistema que, prescindiendo del rigor de los dos primeros, busca tan solo en la pena una *analogía* entre el mal que esta produzca, y el ocasionado por el delito. (Sistema del *talion ennoblecido*).

Consecuencia de haberse dividido los partidarios de la justicia absoluta al señalar las cualidades de la pena, es que tambien se dividan cuando tratan de fijar el principio para determinar la proporcion entre esta y el delito. Unos creen que la medida de la pena ha de ser el mal material ocasionado por el delito. Otros sostienen que ha de ser el mal moral, ó sea la intencion del culpable. Y otros, adoptando un término medio, dicen que han de combinarse las

dos clases de males, cuyo sistema es el dominante en nuestro Código.

Expuesto el sistema de la justicia absoluta, vamos á examinarle.

El fundamento capital de todos los sistemas absolutos, es que la pena no tiene un fin que realizar; se castiga porque es justo, porque es necesario que se castigue, y precisamente lo que se trata de averiguar es en qué consiste esta necesidad de justicia, viniendo de este modo todos ellos, como dice Ahrens, á erigir en teoría una *petición de principio*.

No concebimos el ejercicio de la actividad del hombre, sin que obre para algo, sin que se proponga realizar un fin, que sea como el punto objetivo de sus acciones; precisamente para eso es inteligente y libre. La persona que obra sin saber por qué lo hace, y que no se propone conseguir ningún fin, decimos que es tonta ó se halla privada de su facultades intelectuales. Lo mismo diremos de las leyes; serian estas inútiles si no sirviesen para algo, si no cumpliesen ningún fin. De igual modo no se concibe que el Estado imponga penas, si de ellas no resulta ninguna utilidad en el sentido ordinario de esta palabra, ya sea la intimidación, ya el arrepentimiento del culpable, ya la coacción psíquica, etc.

Circunscribiéndonos más al sistema llamado de la *justicia absoluta*, diremos que es inadmisibile el fundamento principal en que se apoya; esto es, que mal por mal, es la ley de nuestra conciencia, y que al mal del delito ha de seguir forzosamente el mal de la pena, del mismo modo que sigue la sombra al cuerpo.

La conciencia nos dice que el hombre en ningún caso debe causar el mal, y mucho ménos cuando de este mal no ha de seguirse ninguna clase de bien. Ahora, si la reali-

zacion del mal se opone á nuestra naturaleza, ¿caso el mal que otro ejecute nos autorizará á nosotros para verificarlo?

Verdad es que hay en nosotros un estímulo poderoso de nuestra actividad, el sentimiento de venganza, que consiste en el deseo de causar á los demás el mismo mal que han producido; pues dígame enhorabuena que se castiga satisfaciendo á esta exigencia de nuestras pasiones, pero no de nuestra conciencia. Mas entonces, ¿qué vendría á significar el presuntuoso sistema de la justicia absoluta? La aprobacion de los actos más repugnantes á la moral y la justificacion de las más horribles penas admitidas entre los pueblos bárbaros.

Hay, á nuestro modo de ver, en este sistema, una idea equivocada acerca de la naturaleza de la pena, cual es el suponer que precisamente ha de consistir en un mal por no apreciar debidamente la significacion de esta palabra. Una cosa es el mal y otra el sufrimiento; cuando ejecutamos un hecho inmoral sufrimos por el remordimiento, y, sin embargo, nadie le ha calificado de mal. En este sentido admitimos que el principio sentado por el Sr. Pacheco sea una ley de nuestra conciencia.

Una observacion parecida puede hacerse al imperativo categórico de Kant de que el bien merece premio y el mal merece castigo. Si por castigo se entiende el medio de destruir las consecuencias del mal restableciendo el estado de derecho turbado por el delito, admitimos el pensamiento de este filósofo; mas entonces el sistema de la justicia absoluta habrá dejado de ser, transformándose en otro de que ya nos ocuparemos.

Rechazado el principio fundamental de esta teoría y la concepcion que tiene sobre la naturaleza de la pena, examinemos si el *fin* que la señala es aceptable.

Ya hemos indicado que si algun fin puede suponerse en

un sistema que precisamente se caracteriza por no tener ninguno, no ha de ser otro que la idea de *expiacion* manifestada por algunos y que propiamente no es fin sino repetición del mismo principio.

Hablan los partidarios de la justicia absoluta de *expiacion*, y á la verdad, si les preguntamos en qué consiste, ó nada nos dicen ó no se hallan contestes en su respuesta.

La idea más clara que se tiene de la *expiacion*, es la de consistir en un dolor mediante el que desaparece ó se borra la mancha producida por un delito.

Pero este concepto de la *expiacion*, algun tanto metafórico, es vago y puede dar origen á diversas interpretaciones. Así la *expiacion* puede referirse al restablecimiento del derecho procurando la *enmienda* del culpable, *intimidando* ó *advirtiendo* á los demás, y en este sentido representa una idea muy diferente de la que desean expresar los secuaces de la justicia absoluta. Dentro de este sistema la *expiacion* no puede ser otra cosa más que la retribución del mal por el mal, es decir, el mismo principio que le sirve de base.

Respecto á las *cualidades* de la pena hemos dicho que sus autores las aprecian de distinto modo: segun unos la principal es la *igualdad* entre el mal físico de la pena y el ocasionado por el delito (*retribucion material, talion* propiamente dicho), ó entre el sufrimiento moral de la pena y la perversa intencion del culpable (*retribucion formal ó ideal*); y segun otros es la *analogía* entre ambos males (*talion ennoblecido*).

Bien se comprende que la aplicacion del sistema de *retribucion ideal* es casi imposible, porque siendo la conciencia de un individuo impenetrable para otro individuo, no se puede conocer á punto fijo (ni aun por el lenguaje, que es su más fiel expresion), la malicia ó grado de per-

versidad con que ha obrado para imponerle despues un igual sufrimiento moral.

En cuanto al sistema de *retribucion material* ó *talion* propiamente dicho, nos llevaria al sistema de penas más horribles únicamente admitidas en los pueblos salvajes, y seria además impracticable en los delitos de alta traicion, de rebelion, de perjurio, en los contrarios á la honestidad y en todos aquellos en que el criminal carece del bien que ha arrebatado á otro. ¿Cómo aplicar el talion, pregunta Roeder, al criminal que ha matado á varios, ó que no siendo tuerto ha saltado un ojo á otro que lo era?

El sistema del talion, propiamente dicho, atroz é impracticable en la mayor parte de los casos, no podia contar con muchos defensores en la época moderna; y Leiden sostuvo otro sistema más razonable conocido con el nombre de *talion ennoblecido*, que en vez de buscar una perfecta identidad entre el mal del delito y el de la pena, se contenta tan solo con la *analogia*. Cuando esta cualidad existe entre la pena y el derecho infringido, nosotros tambien la aceptamos, pero entonces la analogia no obedecerá ya al rigorismo de dicho sistema, siendo aplicable á otras teorías que se fundan en principios distintos.

Respecto á la *medida* de la pena, hemos dicho que tambien se dividen sus autores, optando unos por el mal físico, otros por el mal moral y otros, en fin, combinando ambos males.

Para los que no atienden más que al mal físico, la intencion es inútil, y por consiguiente mientras quedaran exentos de pena los reos de tentativa ó de delito frustrado, deberán ser castigados el loco ó el niño que obran sin discernimiento, puesto que los primeros no causan daño y los segundos pueden causarle.

Los que atienden para castigar más á la intencion que al daño causado, confunden el delito con el pecado y la

sancion civil con la moral. Mas como nosotros hemos sostenido en algunas ocasiones que la intencion debe castigarse, debemos advertir, para que no se nos tache de inconsecuentes, que la intencion de que hablábamos ha de ser conocida y referirse á la infraccion de un derecho, no de un deber puramente moral.

Los que combinan el mal físico con el moral, cuyo sistema es el seguido por nuestro Código, generalmente obran con acierto, pero con facilidad al armonizar estos dos principios incurren en los errores del uno ó del otro.

CAPÍTULO III.

PARTE TEÓRICA, CONTINUACION.

Sistemas relativos de la pena.—Teoría de la defensa.

Los sistemas relativos, á diferencia de los absolutos, atribuyen á la pena un fin especial. Casi siempre estos sistemas, excepto cuando armonizan en un solo principio dos ó más teorías, se fundan en la utilidad.

Prescindiremos del estudio del sistema utilitario, porque de él nos hemos ocupado extensamente en la primera parte, y vamos á tratar ahora el fundado en la *defensa*, el más importante de los *relativos*, y origen á su vez de otros varios.

El sistema de defensa, indicado ya por Rousseau,—cuando decia que la sociedad obraba en su derecho al imponer la pena al culpable, porque era como si se defendiese de un animal dañino,—admitido tambien por Beccaria y Filangieri, y desarrollado extraordinariamente en Italia y en Alemania, donde ha dado origen á las famosas

teorías de Martin y Schulze, reconoce como su principal y más caracterizado mantenedor al italiano Romagnosi, cuyas doctrinas exponemos con objeto de residenciar, digámoslo así, dicho sistema, y tener un punto fijo hácia el cual dirigir nuestras impugnaciones.

Romagnosi, aunque no muy posterior á la época en que escribían Rousseau y Beccaria, no se contagi6 con la fiebre del pacto social que agitaba á la generalidad de los filósofos de aquel siglo. Sin negar que algun pueblo determinado hubiera podido formarse por medio de un contrato, sostenia que el hombre es un sér sociable, como es inteligente y libre, y que busca la compañía de sus semejantes por la atraccion de su propia naturaleza y por el poderoso estímulo de sus necesidades.

Sin embargo, con el fin de encontrar el origen primero de la idea de derecho, va á considerar al hombre en su primitiva naturaleza, ó sea en el estado salvaje. Mas adviértase que no lo hace como Rousseau, en virtud de un principio, sino como una hipótesis, para mayor facilidad en su estudio.

El hombre, dice, tiene un instinto á procurarse todo lo que es útil ó conveniente; y cuando obrando por este instinto ejecuta actos conformes á su naturaleza, nace en él el derecho á la *felicidad*.

Mas para que este derecho subsista es menester que concurren dos circunstancias: 1.ª el hecho de continuar ejecutando actos conformes á su naturaleza, y 2.ª el derecho de excluir á los demás *defendiéndose*.

De aquí se infiere que, segun Romagnosi, *defenderse* será conservar el derecho de felicidad.

Pero la existencia del derecho de defensa supone las condiciones siguientes:

1.ª Ser *necesaria*, es decir, que nazca del acto mismo de la ofensa, y que no puede escusarse; así si el salvaje puede

con servir su felicidad huyendo no tendrá derecho de defensa.

2.^a Estar *motivada* por un acto perjudicial y dañoso, porque si no es perjudicial ni dañoso, el derecho de felicidad se conserva y por tanto la defensa no es necesaria.

3.^a No *traspasar los límites de la felicidad* porque entonces sería imposible la coexistencia de los individuos.

Romagnosi, después de indicar las condiciones del derecho de defensa, se ocupa más especialmente de las relaciones que nacen entre el ofensor y el ofendido.

La persona que me ataca, dice, tiene el derecho de ser feliz, mas por el acto del ataque ha perdido este derecho. Pero como además del derecho tiene el deber de defenderse, solamente le habrá perdido respecto á mí, conservándole con relacion á los demás.

No obstante, si el ofendido pidiese auxilio á otro ú otros salvajes, y le ayudasen, no infringirían estos el derecho de conservacion del agresor, porque obrarian por delegacion del derecho de defensa que aquel tenia.

Pero supongamos que el ofensor mata al ofendido, entonces los salvajes que estaban al lado de este no pueden atacarle, porque aquel solamente habia perdido el derecho de felicidad con relacion al muerto. Unicamente tendrán el derecho de acometerle cuando de un modo claro y preciso se probase que su impunidad seria causa de otro delito. Mas como esta prueba no puede hacerse porque los hechos futuros no se conocen, de aquí resulta que permanece en pié el principio establecido.

Solamente hemos hablado de la defensa del derecho de vida, pero es de advertir que el autor lo hace extensivo á los demás derechos, como el de propiedad.

Resulta, pues, que en la vida salvaje el hombre no tiene el derecho de penar, puesto que no puede atacar terminada la defensa.

Llegado á esta consecuencia, Romagnosi afirma que el estado que acaba de describir es puramente hipotético, porque el estado verdaderamente natural del hombre es vivir en sociedad con sus semejantes.

Asociados los hombres por el instinto que los lleva á reunirse, tienen entonces los mismos derechos que tenían en la vida salvaje, si bien modificados por la nueva atmósfera en que viven, cuya modificacion se traduce en una mayor suma de felicidad.

Ahora bien; la sociedad tiene ciertos deberes y derechos como un ente de razon; así es que, además de las relaciones de los sócios entre sí, vemos nacer otra clase de relaciones entre estos y la sociedad.

Las relaciones de los sócios entre sí, son el respeto mútuo y procurar el bien comun, lo cual se consigue buscando cada cual su propia felicidad.

Las relaciones entre la sociedad y los sócios, consisten en el derecho y en el deber que aquella tiene de conservar su felicidad por medio de la defensa.

Examinemos, pues, cómo la sociedad cumple con este deber y derecho.

Las condiciones de la defensa en el estado salvaje son aplicables á la vida social.

La defensa que la sociedad haga, ha de ser necesaria, motivada, y no exceder de los límites de la felicidad.

Veamos cuáles son las relaciones que se establecen entre la sociedad defensora y el agresor.

La sociedad, como los salvajes de que antes hablábamos, se colocan al lado del ofendido, y le defienden contra los ataques del agresor; mas si aquel perece, deben cesar en la defensa, porque este solamente habia perdido su derecho de conservacion con respecto al muerto. Así es que ni la sociedad ni los individuos pueden castigar los hechos pasados, porque la defensa de lo que fué no se concibe. Tam-

poco los individuos pueden castigar los hechos futuros, según hemos ya indicado; pero, ¿y la sociedad tiene derecho á verificarlo?

Hé aquí la cuestión más trascendental de este sistema, que Romagnosi resuelve afirmativamente.

Observemos cómo el delito consumado pueda dar al Estado el derecho de defensa para lo futuro.

La sociedad tiene el derecho de conservación, y los hombres por el de felicidad, de vivir unidos. La impunidad atenta contra estos derechos, porque el individuo cuando ve satisfechos sus deseos pretende otros mayores. De consiguiente, el delito consumado es una amenaza para lo futuro de la cual la sociedad debe defenderse, porque si no lo hiciere perecería. Y como el estado social es permanente, porque la sociabilidad es una cualidad esencial de la naturaleza humana, de aquí que la defensa sea un derecho permanente contra un ataque también permanente.

De suerte, que puede definirse la pena, según el sistema de Romagnosi, diciendo que «es el derecho de defensa permanente contra un ataque también permanente para conservar al hombre en el estado social.»

Dando esta significación á la pena, varias cuestiones se ofrecían á Romagnosi para su resolución.

Primera. Probar que la única causa de cometerse el delito futuro, fuese la impunidad de uno pasado.

Segunda. Explicar cómo al culpable imponiéndole la pena para evitar un delito futuro se le castiga por uno que ya se ha realizado.

Tercera. Demostrar la superioridad de la sociedad sobre el culpable para imponerle el castigo.

Preciso es convenir que aunque la impunidad no sea la única causa de la realización de un hecho futuro, cuando los delitos no se castigan aumentan de una manera prodigiosa, y por tanto deben ser penados.

Respecto á la segunda cuestion, Romagnosi no la resuelve formalmente, contentándose con decir que el delito como hecho ya pasado no se pena, porque no puede defenderse lo pretérito; pero se le castiga considerándole como un ataque futuro.

En cuanto á la tercera cuestion, Romagnosi sostiene que la superioridad de la sociedad sobre el culpable, consiste en que no teniendo el deber de respetar los derechos de este, no puede de ningun modo infringirlos imponiéndole un castigo.

Pero siempre tropezaremos con la dificultad de la segunda cuestion: de que va á castigarse un hecho pasado por otro que aún no se ha verificado. Romagnosi, despues de muchas divagaciones, viene á decir en último término, que la razon de castigarse el hecho pasado por uno futuro, es porque si no se hiciese, el delincuente, hallando un placer en el delito, no reprimiria sus malos instintos (*spinta criminosa*) si no se pusiese un freno á su voluntad (*contra-spinta criminosa*) que le impidiese su reiteracion.

En suma, las condiciones necesarias para que la pena exista, segun el sistema de la defensa, son: 1.º que haya un hecho ocasional que la dé origen, esto es, un ataque al derecho de felicidad (delito); y 2.º el peligro que de la impunidad resulten nuevos ataques por los malos instintos del culpable.

Reasumamos la teoría de la defensa. El *fundamento* de la pena es el derecho y el deber que la sociedad tiene de defender á los miembros que la componen en su derecho de felicidad.

La *naturaleza* de la pena, es la de ser un mal ó sufrimiento *preventivo*.

El *fin* de la pena, es evitar un delito *futuro* castigando el que ya ha sido realizado.

La *calidad* eminente en la pena, es la *ejemplaridad*, siendo su justicia proporcionada á su eficacia, que será tanto mayor cuanto más daño cause, porque el peligro de que los delitos se repitan será menor.

La *medida* de la pena será la *necesidad* de la defensa, es decir, la suficiencia del freno impuesto al delincuente para que no delinca de nuevo, la *contra-spinta criminosa* de Romagnosi.

Expuesto el sistema de defensa, vamos á formar nuestro juicio sobre él.

¿Cuál es el fundamento de este sistema?

El derecho y el deber que el Estado tiene de *defender* á los miembros que le componen.

Enhorabuena; nosotros hemos justificado la defensa, hemos dicho que responde al instinto, es más, al deber de conservacion que el individuo tiene para cumplir su fin, siempre que reuna las condiciones que el mismo Romagnosi ha señalado, de ser necesaria, motivada y no traspasar los límites de la felicidad.

Mas por ventura, ¿puede equipararse el derecho de defensa con el de castigar? El derecho de castigar ¿no supone ya un hecho realizado? El derecho de defensa, ¿no indica ya que se trata de un hecho presente?

Si la accion de castigar los crímenes, dice un distinguido escritor, no fuese otra cosa que el cumplimiento de un hecho de defensa, verificada esta ya no habria lugar en moral ni en justicia para la imposicion del castigo.

Y esto es evidente y no admite la menor duda, porque la defensa estaba realizada ya; porque la inteligencia humana no puede concebir una defensa que sea posterior al ataque.

¡Defensa! dice Rossi en su magnífica obra ya citada por

nosotros:—¡defensa! y ¿contra qué? ¿Qué es lo que se impide? ¿Qué es lo que se defiende con ella?

No puede ser defensa contra el mal causado, porque contra lo hecho no hay prevención posible. No puede ser defensa contra el mal futuro, porque la defensa supone ataque, supone cuando ménos inminencia del mal; y cuando se castiga á un reo por el crimen que cometió, no es preciso que nos esté otro amenazando de cometer un crimen igual. La defensa supone repulsa, y no se puede repeler lo que no existe, lo que no se sabe si ha de existir.

Y esto nos lleva al exámen del *fin* de la pena, segun este sistema, porque Romagnosi tampoco admitia en principio que pudiera existir una defensa posterior al ataque, sino solo afirmando que un delito pasado era una amenaza de otro futuro, y que la sociedad debia castigarle, porque de la impunidad resultaria su degradacion y aniquilamiento.

Si no se concibe la defensa de un hecho pasado, tampoco se comprende la de un hecho futuro. No puede ejercitarse contra otros malvados distintos del delincuente, porque ni son conocidos ni se sabe si existen. No puede emplearse contra el mismo delincuente, porque tal vez este se haga impotente para realizar el crimen ó desista voluntariamente.

No busquemos la perversidad del agente del delito, busquemos tan solo la amenaza de un mal futuro que pueda producir.

Para acudir á la defensa, dice el Sr. Pacheco, no tenemos que investigar ni las intenciones ni los motivos del que nos ataca; su moralidad, sus ideas nada nos importan; vemos solo la necesidad de parar el golpe y no le preguntamos por qué se dirige contra nosotros. Que el agresor proceda con una intencion, con un deseo formal de dañarnos, que sea un loco, que sea un estúpido, que sea una fiera, todo ello nos es absolutamente igual. Con derecho

matamos á la fiera, al delirante, al enemigo, cuando en nuestra defensa nos movemos; con derecho mataríamos, aniquilaríamos, siendo posible, á la piedra que cae y amenaza abrumarnos. La defensa nace del instinto de conservación, y todo lo pospone justamente á ella.

Si, pues, no admitimos el *fin* de la pena, segun este sistema, tampoco podremos admitir su *naturaleza*, que es la de ser un mal *preventivo*. Solo admitiríamos la prevención en la pena cuando estuviésemos seguros que de no imponerla se repetiría un delito, y ya hemos demostrado que esta seguridad no se concibe en el sistema de la defensa.

Consecuencia de las observaciones ya hechas, es que tampoco admitamos como *cualidad* eminente en la pena la *ejemplaridad*.

La personalidad del agresor se convierte en un simple *medio* de escarmiento para los demás. El delito, no es más que el hecho ocasional del castigo, como decia Romagnosi, y su autor no es otra cosa que la víctima espiatoria. Y no se diga, como sostiene el célebre criminalista italiano, que se pena porque el culpable ha perdido parte de sus derechos y al delito deben seguir consecuencias desagradables, pues esto no entra ya dentro del sistema de la defensa, sino que pertenece más bien al de la justicia absoluta.

Y aquí es aplicable lo que decíamos al refutar el sistema utilitario.

En este sistema, el hombre al ser castigado no tiene más misión que servir de medio á los fines materiales de los demás, intimidándolos.

La cabeza del reo, al rodar por el cadalso, está destinada á producir el mismo efecto que el obtenido por los periódicos que cuentan el suplicio. La misma influencia ejercerá en la sociedad la muerte del criminal que la del inocente.

La ejemplaridad es un resultado que se obtiene por la pena, sin buscarlo, pero no es el fin de esta.

Por último, respecto á la *medida* de la pena, no puede establecerse un principio fijo y estable, porque la *necesidad* varia extraordinariamente con las circunstancias de tiempo y de lugar. Esta necesidad será mayor á medida que los crímenes se multipliquen y que sea más difícil la aprehension de los criminales. La excesiva frecuencia con que se cometian los hurtos en la córte de España, motivó la cruel pragmática de Felipe V, y la carencia ó mala organizacion de la policia en varios pueblos, ha sido y es causa de las severisimas penas impuestas á los delincuentes que se logra capturar.

Finalmente, si hemos combatido el sistema de defensa en teoría, no podemos ménos de rechazarle tambien en la práctica. ¿Qué son las guerras que de tiempo en tiempo agitan la humanidad, sino el derecho de la defensa llevado á su más lata estension? ¿Qué es la proclamacion de la ley marcial, la suspension de las garantías constitucionales y el estado llamado de sitio, sino el derecho de defensa, con todos sus errores y con todas sus injusticias? Admitimos sí la defensa, como un derecho, hasta como un deber, en el hombre, para la conservacion de su vida, pero negamos rotundamente que pueda erigirse en principio de un sistema penal. Nada, dice un distinguido escritor, sería tan bárbaro como la justicia, si los cánones de la defensa vinieran á servirla de leyes.

CAPÍTULO IV.

PARTE TEÓRICA, CONTINUACION.

Sistemas relativos.—Breve indicacion de los fundados en la intimidacion, coaccion psíquica, advertencia, prevencion y compensacion.—Idea de los sistemas compuestos.

Los sistemas relativos de que nos vamos á ocupar, del mismo modo que el de la *defensa*, reconocen como principio fundamental la *utilidad*, por lo cual guardan una estrecha analogía con este, si bien su importancia es mucho menor, sobre todo en España. Por este motivo, solamente nos proponemos hacer una breve indicacion de ellos, señalando los principales rasgos que les caracterizan y prescindiendo de sus afinidades con el sistema de *defensa*, del cual nos hemos ocupado con alguna extension.

Teoría de la intimidacion.

Esta teoría, muy parecida á la fundada en la *defensa*, puesto que exige como esta la *ejemplaridad* en la pena, se propone apartar á todos los ciudadanos del sendero del crimen por la contemplacion del padecimiento corporal impuesto al culpable y por la seguridad que presenciándole han de adquirir, de que la pena sigue *irremisiblemente* al delito.

Esta teoría, sostenida entre otros por Klein y Püllmann, ha caído en desuso y no será muy difícil darse cuenta de ello.

Era necesaria la aplicacion de las penas más afflictivas y terribles, las más públicas é ignominiosas para que el escarmiento se produjese, y la civilizacion del presente

siglo ha protestado contra dichas penas, tales como la picota, la mutilacion, la marca, los azotes públicos, etc.

El culpable, como en el sistema de defensa, pierde su cualidad de hombre, se convierte en un *medio* para la felicidad de los demás y es la víctima espíatoria de la sociedad.

La conviccion de que la pena ha de seguir *irremisiblemente* al delito, la tienen ya los delincuentes, aunque no sea más que por el dictado de su conciencia, juez severo de sus actos. Por lo demás, si bien se examina, esta conviccion es solo una *probabilidad* que será más ó ménos grande segun la facilidad que tenga el Estado de perseguir los delitos por medio de la policia. Ciertamente que siendo las penas atroces, el criminal medirá más sus pasos; pero á veces, ni aun lo horrible de aquellas es suficiente á contener sus perversas inclinaciones cuando vemos que á ellas sacrifica los afectos más íntimos del corazon humano, como el amor paternal.

Mas aunque el temor de la pena fuese bastante á contener lo que Romagnosi llamaba *spinta criminosa*, siempre resultará, como dice Røeder, que las leyes penales irian á parar á una dureza draconiana, creyendo justa la imposicion de terribles penas á delitos leves, toda vez que cada nuevo crimen demuestra que la pena señalada hasta entonces era insuficiente para el fin propuesto.

Teoría de la coaccion psíquica.

El fundamento de esta teoría, segun la opinion de Feurbach, es el siguiente:

Es el fin del Estado mantener el derecho entre los ciudadanos, evitando en lo posible sus trasgresiones, merced á instituciones convenientes. Pero no bastando los medios de coaccion puramente exteriores, se vale de la coaccion

psíquica ó interna por la *amenaza* legal de un mal sensible para sujetar los estímulos también sensibles de donde nacen estas trasgresiones. Naturalmente, á la *amenaza* legal, ha de seguir su cumplimiento, porque si no no produciría ningun efecto.

El lema que pomposamente ostenta Feurbach al frente de su doctrina, de que «más vale *prevenir* los delitos que castigarlos,» ha sido sin duda causa de que muchos de sus contemporáneos le hayan seguido. Pero en la actualidad pocos son sus defensores, porque la prevención se confunde con el castigo, puesto que de nada serviría la amenaza si no se realizase, y si se realiza, ya no se previene, sino que se impone la pena, y por consiguiente este sistema viene á reducirse todo lo más al de la intimidación, de que ya hemos hablado.

Teoría de la advertencia.

Anton Bauer, queriendo mejorar la teoría de la coacción psíquica de Feurbach, expuso otra teoría, en la cual presentaba al Estado con un carácter ménos rudo, ménos imperativo, *advirtiendo* en vez de intimidar á los ciudadanos por medio de la pena.

El *delito*, segun Bauer, es la acción punible á que la ley amenaza con la pena, y la naturaleza de esta acción punible no es precisamente toda violación del derecho, sino solo aquel acto que pone en peligro el órden público (aun cuando este acto no sea siempre contrario al derecho, sino quizá meramente inmoral ó perjudicial, como la lascivia y la usura), y que para impedir el mal no bastan otros medios. El legislador marca taxativamente cuáles son estos actos punibles y los castigos á ellos correspondientes, para que de este modo todos se hallen *advertidos*.

La teoría de Bauer, superior á la de Feurbach, puesto

que en ella no solo se tiende á evitar los estímulos *sensibles* para cometer un delito, sino cualquier otro móvil de la voluntad, teniendo en cuenta la moralidad del agente, incurre sin embargo en las mismas contradicciones que esta, aunque no sea más que por el vicio capital de todas las teorías preventivas en que se confunde la advertencia ó prevención con el castigo.

Teoría de la prevención.

Preventivas pueden llamarse las teorías fundadas en la coacción psíquica y en la advertencia, pero la que vamos á exponer es propiamente la llamada de *prevención*, superior en muchos puntos á las indicadas.

Esta teoría quiere asegurar al Estado, mediante la aplicación de la pena, contra los delitos ulteriores del mismo delincuente. Grolman, su fundador, dice: el estado jurídico exige constantemente la justa determinación de la voluntad de los ciudadanos, sin considerar no obstante si sus motivos son ó no morales. No solo las acciones que violan el derecho contradicen á la idea de este, amenazan el Estado y *fundan* la coacción jurídica, sino aun la nueva falta de voluntad rectamente inclinada, en la cual tienen su fundamento aquellos actos en que puede reconocerse la existencia de esa falta. De aquí que no es lícito reducir la coacción jurídica al restablecimiento del derecho infringido y á la compensación, sino que ha de aspirar además á lograr seguridad contra el peligro con que el delincuente amenaza en lo futuro, esto es, ha de ser juntamente coacción *preventiva* en sentido lato, la cual cuando el riesgo se acerca y engendra una verdadera necesidad aparece como coacción *defensiva*, y cuando se halla aún lejano, como coacción *preventiva* en *extricto* sentido.

Ahora bien: esta coacción debe consistir, ya en la inti-

midacion del delincuente para lo futuro y mediante un mal sensible, ya en la imposicion de penas absolutas de seguridad por las cuales se hace imposible fisicamente la realizacion del delito. Todo hecho que infringe el derecho muestra lo perjudicial de la voluntad que le ha llevado á cabo, conteniendo, por tanto, una amenaza que autoriza la coaccion de seguridad.

Es delito toda manifestacion de una disposicion de la voluntad que exige con justicia la pena. La noción, fundada en el sentimiento de justicia, de la coaccion juridica, como consecuencia de una infraccion del derecho, influye atemorizando anticipadamente, aun sin la amenaza positiva legal, y el castigo real fortifica todavia más este efecto (1).»

No intentamos examinar el sistema de Grolman, porque de hacerlo nos invertiria mucho tiempo, aunque no fuese más que la simple narracion de la larga contienda sostenida entre su autor y Feurbach y repetida por sus secuaces. La sencilla exposicion de esta teoría, basta para comprender cuánto más fundada y razonable es que las de la advertencia y de la coaccion psíquica, siendo sin embargo aplicables las objeciones hechas en general al sistema de *defensa*.

Teoría de la compensacion ó reparacion.

Welcker, principal mantenedor de esta teoría, intentó fundarla del modo siguiente:

Todo miembro libre y voluntario de la sociedad jurídica se halla sometido á la ley, aun en el caso de haberla infringido, y obligado en consecuencia á resarcir todo el daño *material é intelectual* que su agresion ha *producido*;

(1) Véase la obra de Röeder.

obligacion á cuyo cumplimiento puede cohibirse, en caso necesario. Este daño es necesario borrarlo, haciendo desaparecer la voluntad injusta y la preponderancia de lo sensible en el delincuente mismo, mediante su enmienda moral ó exterior. Esta correccion destruye entonces tambien el menosprecio del delincuente por parte de los demás ciudadanos, con lo cual, así como con el padecimiento sensible de aquel, se restablecen en su dignidad al ofendido y á la ley en su respeto. Por último, tambien de esta suerte se logra el fin de purificar al Estado de miembros dañosos.

Para conseguir estos fines, es decir, para compensar ó reparar los males producidos por el delito, se impone la pena cuya apreciacion ha de hacerse *subjetiva* y *objetivamente*. Se aprecia *subjetivamente* atendiendo á la perversidad ó injusta voluntad del culpable. Y se aprecia *objetivamente* considerando los malos efectos de la accion criminal.

Tampoco vamos á criticar esta teoría, porque su examen no puede compendiarse en pocas palabras. Fundada en un principio muy laudable, cual es la enmienda del delincuente, por más que no carezca de errores, es una de aquellas que más influencia han ejercido y ejercen para asentar la ciencia del Derecho penal sobre una nueva base más conforme con los principios de moralidad y justicia.

Breve idea de los sistemas compuestos.

Examinados los sistemas simples que tienen de la pena una concepcion especial, solo nos resta hacer una ligera indicacion de los *compuestos*.

Los sistemas compuestos son tan múltiples y variados como múltiples y variadas son las combinaciones que pueden hacerse de los principios que sirven de base á los sistemas simples; el fundado en la justicia y en la utilidad es el que más partidarios cuenta.

Mucho se ha discutido sobre si debe ó no admitirse el eclecticismo en la ciencia. Por nuestra parte diremos que si en buenos principios no es admisible, puesto que de dos cosas inexactas no puede resultar una que sea exacta, es muy conveniente en la práctica, viniendo á formar la política del derecho penal.

CAPÍTULO V.

PARTE TEÓRICA, CONTINUACION.

De la naturaleza y fines de la pena segun nuestro criterio.

Despues de la ligera indicacion que hemos hecho de las principales teorías que tienen de la pena una concepcion especial, vamos á indicar cuáles son nuestras opiniones sobre este punto, con lo cual completaremos la definicion expuesta y que venimos explicando.

La esperiencia revela, y la razon confirma, que cuando las leyes que rigen el mundo físico, moral ó jurídico se rompen ó dejan de cumplirse, nace inmediatamente otra ley que viene á restablecer la ley quebrantada, consistiendo esta ley restablecedora, en un sufrimiento, en un dolor que no cesa hasta la reparacion del órden perturbado.

Así observamos en el mundo fisiológico, que cuando el animal deja de cumplir la ley de la alimentacion que rige su vida, nace inmediatamente una sensacion, consistente en el dolor ocasionado por el hambre: dolor que no cesa hasta su cumplimiento, en cuyo caso aparece el placer.

Así tambien observamos en el mundo moral, que cuando el hombre no cumple sus deberes, experimenta el vivo dolor del remordimiento, dolor que tampoco cesa hasta la

reparacion del mal causado. Es más; la tranquilidad no nace por completo en nuestra conciencia por más que devolvamos lo que habíamos quitado, ó verifiquemos lo que habíamos omitido, en tanto que nuestro espíritu no se sienta regenerado por el sufrimiento y firmemente resuelto á no volverlo á ejecutar. De este modo la voz de la conciencia calla, y el remordimiento habrá producido el salu- dable efecto de la enmienda del culpable.

Ahora bien, si recordamos la elevada mision del Estado y si le concebimos segun Savigni como un órden moral y divino, fácilmente se comprenderá que la pena es un medio de restablecer la armonía perturbada por el crimen, del mismo modo que tambien por ella se restablece el órden universal del bien. Así, pues, el Estado, que es la sociedad encargada de la realizacion del derecho, cumple en el mundo jurídico análoga funcion que la sensacion y la conciencia en el fisiológico y moral: declara y aplica las leyes restablecedoras. De consiguiente, lo mismo fisiológica, que moral, que *jurídicamente*, la pena tiene por fin el restablecimiento del órden perturbado.

Fijemos más nuestra atencion sobre el fin de la pena, porque conocido este, fácil será concebir cuál será su naturaleza.

Hemos dicho que el fin de la pena es el restablecimiento del derecho perturbado. Veamos, pues, en qué consiste esta perturbacion para comprender despues cómo puede restablecerse.

Antes de la consumacion del delito el sugeto pasivo se hallaba en el ejercicio de sus derechos, la sociedad estaba tranquila al contemplar cómo se realizaban las leyes, y el agente ó sugeto activo cumplia con sus deberes sociales y respetaba la actividad de sus conciudadanos. Pues perpetrado el crimen, aparecen uno ó más derechos lesionados, la sociedad alarmada y una voluntad contraria á las leyes.

Para restablecer el orden jurídico, hay en primer lugar que devolver al sugeto pasivo las condiciones de derecho de que se ha visto despojado, y esto se consigue, en lo posible, exigiendo del culpable la *responsabilidad civil*, de que ya nos ocuparemos.

Es necesario, además, restituir la tranquilidad á la sociedad, lo cual no se conseguirá en tanto que no tenga el convencimiento de no volver á ser perturbada por el culpable.

Ahora bien, el delito se ha verificado porque existe en el delincuente una voluntad contraria á las leyes y tiene medios adecuados para satisfacerla. Pues bien, prívase al criminal de estos *medios* y procúrese su *enmienda*, y la sociedad habrá adquirido la seguridad ó cuando ménos la probabilidad de que no volverá á delinquir. Naturalmente, la reforma del culpable ha de llamar más la atencion del Estado, puesto que la privacion de los derechos que le han servido de medio para la ejecucion del delito, es inútil si no tiene voluntad de delinquir de nuevo: mas esta privacion es necesaria en tanto que no haya el convencimiento de su enmienda.

Despues de lo expuesto en el capítulo primero de esta segunda parte, fácil es comprender que el Estado obra dentro del circulo de sus atribuciones; es más, obra en cumplimiento de un deber, al imponer esta privacion de derechos, porque estos se dan para ejercerlos razonablemente en la consecucion del fin humano, y el criminal ni le cumple ni deja cumplirle á los demás. Pero adviértase que desde el momento que el culpable pruebe hará buen uso de estos derechos, podrá exigirlos de la sociedad.

Hemos dicho que el Estado ha de procurar además la enmienda del delincuente, lo cual se traduce en ventaja del individuo y en seguridad de la sociedad.

Pero se dirá: ¿acaso el Estado puede hacer su esfera de

accion extensiva al terreno de la moral, cuando su mision está reducida á la realizacion del derecho, y este no se ocupa de la «pureza de los motivos?»

En efecto, el derecho, á diferencia de la moral, hemos indicado en otro lugar, no se ocupa de sondear la pureza de los motivos en la actividad del hombre. Mas por eso la enmienda que nosotros exigimos no es la moral, sino la jurídica de que el culpable no volverá á infringir las leyes civiles.

Y mirada la cuestion bajo este punto de vista, el Estado no solo *puede* sino que *debe* procurar esta reforma. Todo sér inteligente y libre, por malvado que quiera suponérsele, tiene un fin que cumplir, y por tanto la exigibilidad de los medios necesarios para conseguirlo.

El Estado tiene el deber de dar á todos las condiciones de derecho, pero no con igualdad matemática, sino proporcionadamente á la diferencia de condiciones de los individuos. La ley que proclamando la igualdad prestase la misma ayuda al niño ó al demente que al hombre adulto, seria injusta, y lejos de realizar sus deseos produciria la desigualdad más odiosa, lo cual no indica que nos opongamos á la igualdad ante la ley, sino que al contrario, somos sus más acérrimos partidarios siempre que esta se aplique en iguales condiciones. Pues el Estado debe tambien dar las condiciones de derecho á los criminales; pero como la situacion en que estos se hallan es especialísima, ha de hacerlo de un modo muy distinto que con los demás ciudadanos.

El culpable tenia como todos los miembros de la sociedad civil, los medios necesarios para la consecucion de su destino, y como precisamente estas prestaciones jurídicas en vez de dirigirle á él le han apartado de su camino, el Estado se las quita. La libertad externa que el delincuente gozaba, fué causa de que viviendo en una atmósfera cor-

rómpera, cometiese un crimen que nunca habria realizado, pues el Estado le aparta de ella y procura que en el aislamiento y en la sociedad su conciencia se refleje sobre sí misma, sus remordimientos le atormenten y sus perversas inclinaciones sean dominadas.

A este fin cooperan en gran manera las *asociaciones para la reforma moral de los penados*, que tratan de fomentar su arrepentimiento por medio de las enseñanzas de la religion y moral cristianas, empleando su actividad despues que cumple su condena para evitar que por el ócio se vuelvan á abrir sus cicatrizadas heridas.

Tambien contribuirán esencialísimamente á obtener este fin en la pena, los adelantos en el sistema de prisiones que no hagan de estas una escuela de perversidad en vez de buenas costumbres, sobre lo cual deben recaer muy especialmente los cuidados de los Gobiernos verdaderamente concedores de la influencia que esto tiene en la moral pública. La Inglaterra, que se distingue por toda clase de establecimientos benéficos, se ha hecho célebre tambien por sus incesantes trabajos para mejorar su sistema penitenciario: actualmente ha reunido en Lóndres á los representantes de todas las potencias civilizadas del mundo para estudiar, comparándolos, todos los sistemas, para llegar á la posible perfeccion, no tan solo para hacer ménos triste la situacion del condenado, sino principalmente para elevar su parte moral. Las discusiones de tan importante Congreso, traducidas en inglés, francés y aleman, han causado una gran sensacion en Europa, y bien merece demos de ellas una ligera noticia, ya que desgraciadamente nuestro sistema celular tanto deja que desear, y como único medio de llevar á la práctica las buenas aunque ideales doctrinas de la ciencia penal.

El representante de Rusia ha expuesto ante este Congreso lo que era el sistema penitenciario en Siberia, com-

binado con el trabajo y mucho menos duro de lo que se cree generalmente; los representantes de Bélgica han expuesto con gran lucidez los inconvenientes y las ventajas del sistema penitenciario celular, del que es modelo uno de los establecimientos inmediatos á Bruselas; los distintos representantes de los varios Estados de Alemania, que rivaliza con Inglaterra en instituciones benéficas y en adelantos sociales, han hecho ver los resultados obtenidos aquí por la separacion de edades, allí por el trabajo combinado con la educacion religiosa; la célebre prision de Mazas en Francia, ha servido para examinar ese sistema mixto de régimen celular y de reunion para determinados actos de los presos, que prevalece allí, mientras los directores de los magníficos establecimientos ingleses de Working, Foulham y otros, han presentado todos los efectos que sus mejoras constantes producen en el régimen penitenciario. La opinion general parece haberse inclinado hácia el sistema de Irlanda, donde el preso pasa por tres estados distintos: la reclusion absoluta, la prision mitigada por el contacto con los otros presos y por un trabajo retribuido, y la detencion, por último, con ciertas agradables distracciones, á medida que va mejorando su conducta moral.

En lo que la unanimidad del Congreso ha convenido es en la influencia poderosa del sacerdote ilustrado, que como padre y pastor conversa diariamente con los presos; en la conveniencia de un trabajo moderado retribuido, alternando con lecturas agradables y morales y con esa clase de placeres que, como la música, parecen dulcificar los caracteres más terribles, y por último, con la influencia poderosísima que la mujer, mientras más distinguida sea por su clase, por su talento ó por su elevacion moral, produce en el preso, ya sea de su propio sexo, ya niño, ya muchas veces adulto.

Repetimos que mucho debe fijar el Estado su atención en este punto, que es de los más trascendentales para la sociedad, procurando sondear de momento en momento la mejora del culpable para restituirle la libertad tan pronto como sea necesaria.

Aparece pues la pena como una situación especial del derecho, hasta tal punto que Røeder llegó á sostener que la pena no es un derecho que la sociedad tiene, sino un derecho del culpable, del mismo modo que el huérfano y el demente le tienen á exigir una tutela.

De la exposición del fin de la pena, fácilmente se deduce cuál será su naturaleza.

¿La pena es un mal?

Prescindiendo de que la pena puede ser mirada como un bien por el mismo culpable, la pena aparece como un sufrimiento, como un dolor, pero no como un mal, puesto que por ella ha de quedar regenerado el culpable. La pena es muy parecida á la medicina: suministrada al que goza plenamente de su salud, es mala, pero dada al enfermo, por más que le repugne, es un bien inestimable.

Reasumiendo todo lo que llevamos indicado hasta aquí respecto á nuestras doctrinas sobre la pena, hallamos:

- 1.º Que el *fundamento* de la misma es el *derecho* y el *deber* que el Estado tiene de castigar.
- 2.º Que su *naturaleza* es la de consistir en la *privación de uno ó más derechos*, lo cual no quiere decir que sea un mal.

Y 3.º Que su *fin* es el *restablecimiento* del estado de derecho mediante la *enmienda jurídica* del culpable.

Con todo lo cual queda justificada en todas sus partes nuestra definición.

CAPÍTULO VI.

PARTE TEÓRICA, CONTINUACION.

De las cualidades de la pena atendiendo á su naturaleza y fin.

Las cualidades que han de reunir las penas dependen de la naturaleza y fin que de estas se acepten.

Muchas son las enumeradas por los autores, pero solo vamos á ocuparnos de las principales, empezando por indicar las esenciales para que la pena sea justa.

Las penas para ser justas, han de ser *personales, proporcionales, correccionales y remisibles*.

La pena debe ser *personal*, es decir, recaer directamente sobre el mismo delincuente, porque siendo él quien ha infringido el derecho, él solo debe restablecerle. Este carácter de la pena es comun al sistema de la justicia, en el que el mal sigue al mal como la sombra al cuerpo, pero no es necesario en los sistemas relativos, sobre todo en el de *defensa*. No hay pena alguna que sea eminentemente personal, por la ley de solidaridad humana que hace extensivas las consecuencias de los hechos realizados por un hombre á otros varios. Tal sucede, por ejemplo, con el padre de familia que al ser reducido á prision deja sin amparo y á veces sin sustento á sus hijos. Por eso hemos dicho que el carácter de personalidad en la pena, consiste en imponerla *directamente* al culpable.

La pena tambien ha de ser *proporcional* al delito. Esta cualidad es por sí misma evidente y por eso ha sido admitida por todos los autores, cualquiera que haya sido la idea que han tenido de la naturaleza y fin de la pena.

La dificultad aparece cuando se trata de determinar cuál ha de ser esta proporcion entre el delito y la pena.

Los partidarios de la justicia absoluta, más materialistas, atienden solo al daño causado, mientras que los espiritua- listas se guian por la intencion del culpable. La mayor parte de los Códigos adoptan un término medio armoni- zando estas dos tendencias: la intencion y el resultado. La escuela de la defensa y la utilitaria buscan la proporcion en el peligro más ó ménos grande que amenace su repeti- cion á la sociedad.

Segun nuestras doctrinas, la pena será proporcionada, cuando sea suficiente para adquirir el convencimiento de la reforma del culpable. La mayor ó menor perversidad con que el delito se cometió podrá servir de guia para la imposicion de la pena, por lo cual creemos que los Códigos deben dejar cierta latitud á los jueces para que la impon- gan atendiendo á las condiciones especiales del delin- cuente. Consecuencia de nuestro sistema es tambien, que la pena debe modificarse á medida que se advierta la re- forma del culpable, pues de lo contrario no existiria ver- dadera proporcion entre esta y aquella. Esto en parte se verifica por nuestro Código mediante la gracia de indulto, pero creemos preferible el sistema adoptado por el de 1822, que confiaba al Tribunal que dictó la sentencia el encargo de revisarla y modificarla atendiendo á la conducta del penado.

La pena debe ser además *correccional*, es decir, ha de procurar la correccion ó enmienda del culpable. Para con- seguirlo es menester ponerle en condiciones adecuadas, las cuales se dividen en *negativas* y *positivas*. Las *negativas* consisten en la privacion de ciertos derechos, como la li- bertad. Las *positivas* consisten en la prestacion de ciertos medios, como el trabajo, la educacion, etc.

La pena ha de ser, en fin, *remisible*; esto es, que pueda cesar en sus efectos tan pronto como se quiera. Tal sucede, por ejemplo, en la privacion de libertad. Esta cualidad es

necesaria dentro de nuestro sistema en que la pena ha de modificarse atendiendo á la reforma del culpable.

Quedan, pues, indicadas las cualidades necesarias para que la pena sea justa; cítanse además por los autores las de ser *igual* y *no infamante*.

Respecto á la *igualdad* en la pena, diremos: que si por esta palabra se da á entender que para su imposición no debe tenerse en cuenta la clase social á que pertenezca el culpable, admitimos dicha cualidad; mas si por ella se quiere significar que al mismo delito (*in abstracto*) debe imponerse la misma pena, la rechazamos; porque no hay ningún delito (*in concreto*) que sea igual á otro.

En cuanto á que las penas no deben ser *infamantes*, para nosotros no cabe la menor duda, puesto que creemos que todos los esfuerzos del legislador para declarar infamante una pena, serán nulos en tanto que la sociedad no la considere como tal. Lo que debiera decirse sobre este punto, es que por la pena no debe privarse al culpable de la consideración legal una vez terminada la condena.

Existen además otras cualidades que son las mismas enunciadas ó al ménos consecuencias de ellas, que los autores citan con distintas denominaciones.

Así Pacheco y Rossi, dicen, que la pena ha de ser *moral*; es decir, que mediante ella, no se desmoralice al individuo ni á la sociedad. Tal sucede, por ejemplo, con la pena de azotes públicos, que en vez de corregir al culpable le encnaga más en el crimen, porque la sociedad le rechaza; las penas excesivamente crueles, tampoco deben emplearse, porque endurecen el corazón del pueblo.

La pena ha de ser *legítima*, se dice también; es decir, que haya una ley que la imponga. No merece que nos detengamos sobre esto, porque es evidente que no hay pena si no se ha declarado, *nulla pena sine lege*, lo cual sucede siempre con todo precepto jurídico.

Dícese que la pena ha de ser *cierta*. Según Rossi, hay penas que son consideradas como malas por todo el mundo pero hay otras que son apreciadas de muy distinta manera; solamente deben imponerse las primeras. También nosotros admitimos esta cualidad en la pena, puesto que debiendo ser personal ha de ser cierta.

Hay también en la pena cualidades que pueden considerarse como medio de conseguir otras. Que sean *divisibles*, *análogas* y *aflictivas*.

La pena debe ser *divisible*, ya en la cantidad, ya en el tiempo, como la multa y la privación de libertad. No es indispensable que todas las penas sean divisibles, porque aun sin esta cualidad pueden ser impuestas, si bien solo á los delitos á que sean proporcionadas.

La pena debe ser *análoga*, y esta cualidad es la que más ensalzan los partidarios de la justicia absoluta, porque según ellos, la pena no es más que la paga de una deuda. Á nuestro modo de ver, la analogía debe existir en la pena, pero no ya entre el mal de esta y el del delito, sino entre el daño causado por este y el remedio empleado para evitarlo, con el fin de obtener la corrección del culpable. Así, por ejemplo, si se trata de un funcionario público que impide á un ciudadano el ejercicio del derecho electoral, no le privaremos á aquel de este derecho, sino que le quitaremos el empleo para que no tenga ocasión de delinquir nuevamente de un modo semejante.

Algunos exigen que la pena sea *aflictiva*. Esta cualidad nace, de que la naturaleza de la pena, según el sistema de la justicia absoluta, es la de ser un mal, en cuyo sentido la desechamos; pero la admitimos en el concepto de que al restablecerse el derecho se ha de producir un sufrimiento.

Por último, existen otras cualidades en la pena que no son esenciales, sino solo apetecibles ó convenientes. Estas son las de ser *popular* y *reparable*.

La pena es conveniente que sea *popular*; es decir, aceptada por la sociedad, porque el legislador no debe oponerse nunca al espíritu del pueblo. Bien se concibe que la popularidad de las penas ni obedece puramente á la tradición, ni á los principios de la ciencia, sino más bien á la política penal.

Es conveniente tambien que la pena sea *reparable*; es decir, que se pueda reponer al penado en el estado que estuviese antes de serle impuesta, destruyendo todos los efectos producidos.

Decimos que es conveniente que la pena tenga esta cualidad, porque dada la falibilidad humana, deben existir medios para reparar los errores de los tribunales cuando de ellos resulte castigado el inocente. Pero observamos que casi todas las penas, excepto la de muerte, son reparables, puesto que pueden traducirse en indemnizacion, y ninguna está adornada por completo de esta cualidad en el mero hecho de no poderse devolver al inocente la misma cosa ó el mismo derecho de que fué privado.

CAPÍTULO VII.

PARTE PRÁCTICA.

Disposiciones del Código sobre las penas en general.

Habiendo examinado la pena bajo el punto de vista científico, es decir, con arreglo á los principios del Derecho natural penal, cumple á nuestro propósito, para no abandonar el método que hemos adoptado, estudiar las disposiciones del Código sobre esta materia.

No hallamos en este una definición de la pena como la encontrábamos del delito, pero en el art. 25 establece los

casos en que ciertos sufrimientos no se reputarán como tales:

1.° *La detencion y la prision preventiva de los procesados.*—Es doloroso sin duda imponer un sufrimiento por ténue que sea, á la persona que tal vez resulte inocente del delito que se la imputa. Pero es necesario para el cumplimiento de la justicia, evitar por todos los medios posibles la evasion del delincuente. Tanto es así, que si el detenido presta las garantías suficientes de que acudirá ante los tribunales tan pronto como estos le llamen, se le exime de esta detencion preventiva. Mas no existiendo siempre las garantías suficientes, y teniendo la ley que establecer un principio, ha consignado que la detencion y prision preventiva del procesado no le dan el carácter de culpable.

2.° *La suspension de empleo ó cargo público acordada durante el proceso ó para instruirlo.*—El Código obra en este caso por las mismas razones que en el anterior. Ciertamente, como dice uno de sus comentaristas, este funcionario padecerá con la separacion, padecerá su familia, acaso más que con verdaderas penas legales; ¿pero qué hacer en semejante caso? Toda vez que se hayan tomado prudentes precauciones para atajar la obra de la calumnia, ¿quién puede pedir más ni á la ley ni á los tribunales?

3.° *Las multas y correcciones que en uso de las atribuciones gubernativas ó disciplinarias impongan los superiores á sus subordinados ó administrados.*—Esta jurisdiccion disciplinaria la encontramos establecida en las Ordenanzas de las Audiencias, en los estatutos del Colegio de abogados, en algunos reglamentos de estudios, etc. Cuando estas multas ó correcciones se imponen, la culpabilidad existe, pero es de un modo tan ténue y tan variable, que la ley penal no se ha ocupado de ella, mucho más teniendo en cuenta que la imposicion de una pena no puede hacerse sino mediante una sentencia ejecutoriada.

4.º *Las privaciones de derechos y las reparaciones que en forma penal establezcan las leyes civiles.*—Así sucede, por ejemplo, con la multa impuesta al comerciante que no lleva bien sus libros; con la reparacion del daño causado por un animal que entra en propiedad ajena, etc.

Segun el Código (art. 22), «no será castigado ningun delito ni falta, con pena que no se halle establecida por la ley anterior á su perpetracion.» De esta suerte viene á exigir la *legitimidad* en las penas, de cuya cualidad nos hemos ocupado ya en la parte teórica.

En el artículo siguiente consigna el principio de que «las leyes penales tienen efecto retroactivo» en cuanto favorezcan al reo de un delito ó falta, aunque al publicarse aquellas hubiese recaído sentencia firme y el condenado estuviese cumpliendo la condena.

Para la debida aplicacion de este artículo, se dió el decreto de 17 de setiembre de 1870, que establecia la manera de transigir con el pasado, y del cual no nos ocuparemos porque solo en el momento de su publicacion tuvo importancia.

Ahora bien, ¿es justa la excepcion introducida por el Código, al principio general de la no retroactividad de las leyes?

El principio de la no retroactividad se funda en que no es justo perjudicar los intereses que á la sombra de las leyes anteriores se crearon. Pero en el Derecho penal observamos que la pena se impone en interés del culpable y en el del Estado. Si pues el Estado la rechaza ó la disminuye, el delincuente no ha de intentar mantenerla; mucho más partiendo del supuesto de que la ley nueva es justa, en cuyo caso no lo seria la anterior.

El perdón de la parte ofendida, segun el art. 24 del Código, no extingue la accion penal, lo cual es consecuencia e que la infraccion criminal del derecho tiene un carácter

público de que carece la civil. Mas deben exceptuarse de esta regla los delitos que hemos denominado *privados*, es decir, los que no pueden ser perseguidos sin *prévia denuncia* ó consentimiento del agraviado, como los contrarios á la honestidad, la injuria, la calumnia, etc. Debe exceptuarse tambien la *responsabilidad civil*, en cuanto al interés del condonante, que se extingue por su renuncia expresa, porque la sociedad solo la exige en cuanto el agraviado quiere.

El Código en el art. 26, clasifica las penas en *aflictivas*, *correccionales* y *leves*, y en *comunes* y *accesorias*.

El Código no presenta de ellas una definicion. No obstante, recordando la clasificacion de los delitos en graves, ménos graves y faltas, puede decirse que las penas *aflictivas* son las que castigan los primeros; las *correccionales* los segundos, y las *leves* los terceros. En las *aflictivas* resplandece el carácter *expiatorio* del sistema de la justicia absoluta; en las *correccionales* la *reforma* del culpable, aunque preciso es convenir en que realmente apenas existen las de esta clase por nuestro mal sistema penitenciario; en cuanto á las penas *leves* son privaciones de pequeña importancia que pueden considerarse como *advertencias*.

Penas *comunes* son las que pueden considerarse comprendidas en cualquiera de estos tres grupos. Y penas *accesorias* son aquellas que nunca se imponen por sí solas sino acompañando á otras principales.

Veamos ahora cuáles son las penas comprendidas en cada una de estas clases.

Penas aflictivas.

Muerte.

Cadena perpétua.

Reclusion perpétua.

- Relegacion perpétua.
- Extrañamiento perpétuo.
- Cadena temporal.
- Reclusion temporal.
- Relegacion temporal.
- Extrañamiento temporal.
- Presidio mayor.
- Prision mayor.
- Confinamiento.
- Inhabilitacion absoluta perpétua.
- Inhabilitacion absoluta temporal.
- Inhabilitacion especial perpétua.
- É inhabilitacion especial temporal, para cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesion ú oficio.

Penas correccionales.

- Presidio correccional.
- Prision correccional.
- Destierro.
- Reprension pública.
- Suspension de cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesion ú oficio.
- Arresto mayor.

Penas leves.

- Arresto menor.
- Reprension privada.

Penas comunes á las tres clases anteriores.

- Multa.
- Caucion.

Penas accesorias.**Degradacion.****Interdicción civil.****Pérdida ó comiso de los instrumentos y efectos del delito.****Pago de costas.**

Segun el art. 27, la multa cuando se impone como pena principal, se reputará afflictiva si excediere de 2.500 pesetas; correccional si no excediere de 2.500 y no bajare de 125, y leve si no llegare á 125 pesetas.

Segun el art. 28, las penas de inhabilitacion y suspension para cargos públicos y derecho de sufragio, son accesorias en los casos en que no imponiéndolas especialmente la ley, declara que otras penas las llevan consigo.—Las costas procesales se entienden impuestas por la ley á los criminalmente responsables de todo delito ó falta.

CAPÍTULO VIII**PARTE PRÁCTICA.****Análisis de las penas contenidas en el Código.**

Vamos á estudiar brevemente la distintas penas que el Código penal contiene. Para mayor facilidad en su examen las dividiremos, atendiendo á su naturaleza, en los ocho grupos siguientes: pena de muerte; de privacion completa de libertad combinada con el trabajo; de privacion completa solo de libertad; de restriccion de libertad; de inhabilitacion y suspension; de privacion de propiedad; de re-prension pública y privada, y de caucion de conducta.

I.—PENA DE MUERTE.

Mucho se ha discutido sobre esta materia, y en verdad sentimos profundamente que la celeridad de nuestro trabajo nos impida tratarla con alguna extension. Pero si bien se examina, la resolucion del problema de si la muerte puede ser materia de pena, es en extremo sencilla segun la concepcion que se tenga de la naturaleza y fin de esta. Para los partidarios de la justicia absoluta se presentará como el único medio de expiar el homicidio y otros delitos graves; para los sostenedores de los sistemas utilitarios, sobre todo el de defensa, será un excelente recurso para introducir la seguridad en la sociedad, perturbada por el crimen. Mas para nosotros de ningun modo será admisible, puesto que el fin de la pena ha de ser la enmienda del culpable.

La cuestion varia cuando se examina dentro de la politica penal. Para que la pena de muerte pueda abolirse en un país donde se encuentre establecida, es menester que se halle en condiciones de poderla sustituir por otra, pues de lo contrario es muy posible que en vez de adelantar se atrase en la reforma. Por esta razon, nosotros, que somos los primeros en reconocer que se opone á los principios de la ciencia penal, no opinamos por su abolicion repentina en España, sino que se vaya restringiendo al menor número de casos, en tanto que se organizan las prisiones bajo un régimen mucho mejor que el que actualmente tienen (1).

(1) Durante el reinado de la emperatriz Isabel de Rusia no se castigó á ningun reo con la pena capital. Leopoldo, gran duque de Toscana, la abolió en sus Estados por uno de los artículos de su Código criminal. En Francia se decretó en tiempo de la República que desde el momento de la paz general quedaria abolida; mas sin embargo, esto no se realizó. Finalmente, despues de la revolucion de Julio, y en ocasion en que se hallaban

II.—PENAS DE PRIVACION DE LIBERTAD COMBINADAS CON EL TRABAJO.

Cadena perpétua.

Cadena temporal.

Reclusion perpétua.

Reclusion temporal.

Presidio mayor.

Presidio correccional.

El pensamiento comun á todas ellas se halla indicado suficientemente en el epigrafe: es la privacion de la libertad combinada con el trabajo forzoso. Estas penas son las más fecundas en resultados, puesto que por medio de ellas se logra apartar al criminal de la atmósfera del vicio, se le inculcan los principios de la sana moral, y se hace despertar en él el amor á la virtud y el hábito al trabajo.

Estas penas se diferencian entre sí: 1.º por su distinta duracion; 2.º por el lugar en que hayan de cumplirse; 3.º por la clase del trabajo; 4.º por los sufrimientos accesorios que las acompañan.

1.º Duracion.—En las penas enumeradas hallamos dos que pueden ser *perpétuas*: la de cadena y reclusion. Pero realmente no hay pena alguna que sea perpétua.

Habiase levantado un clamor general contra las penas perpétuas, mucho más intenso que contra la de muerte, y los autores del Código no se atrevieron á establecer por completo la perpetuidad. Así el art. 29 del Código vigente, dice: «los condenados á las penas de cadena, reclusion y

acusados los ministros de Carlos X. propuso un diputado que se suprimiese la pena capital. Mas á pesar de que entonces fué bien acogida, en términos de ser adoptada en la misma sesion, no se tuvo en cuenta al modificar el Código de 1832, puesto que en él se conservó para algunos casos, si bien concediendo al Jurado la facultad de impedir su imposición, declarando haber circunstancias atenuantes.

relegacion perpétuas y á la de extrañamiento perpétuos, serán indultados á los *treinta* años del cumplimiento de la condena, á no ser que por su conducta ó por otras circunstancias graves no fueren dignos del indulto, á juicio del Gobierno.» Sin embargo, la duracion de los treinta años, bien puede equipararse á la perpetuidad.—Segun nuestros principios las penas perpétuas son inadmisibles, si bien pueden resultar tales si no se consigue la enmienda del culpable.

Las penas de cadena y reclusion temporal duran de doce años y un dia á veinte años.

La de presidio mayor dura de seis años y un dia á doce años.

La de presidio correccional dura de seis meses y un dia á seis años.

2.º Lugar en que han de cumplirse.

La pena de cadena perpétua se cumple en cualquiera de los puntos destinados á este objeto, en Africa, Canarias ó Ultramar.

El condenado á cadena temporal ó perpétua que tuviese antes de la sentencia más de sesenta años de edad, cumplirá la condena en una casa de presidio mayor. Si los cumpliera estando ya sentenciado, se le trasladará á dicha casa-presidio, en la que permanecerá durante el tiempo prefijado en la sentencia.

Las penas de reclusion perpétua y la temporal se cumplen en establecimientos situados dentro ó fuera de la Península.

Las de presidio se cumplen en establecimientos destinados para ello, los cuales estarán situados, para el presidio mayor dentro de la Península é Islas Baleares ó Canarias, y para el correccional dentro de la Península.

3.º Clase de *trabajos* en cada una de ellas.

Los sentenciados á cadena temporal ó perpétua se em-

plean en trabajos duros y penosos, siempre en beneficio del Estado, no pudiendo ser destinados á obras de particulares, ni á las públicas que se ejecutaren por empresas ó contratas con el Gobierno.

Los condenados á reclusion temporal y perpétua están sujetos á trabajo forzoso en beneficio del Estado, dentro del recinto del establecimiento.

Los condenados á presidio estarán sujetos á trabajos forzosos dentro del establecimiento en que cumplan la condena. El producto del trabajo de los presidiarios será destinado:

1.° Para hacer efectiva la responsabilidad civil de aquellos, proveniente del delito.

2.° Para indemnizar al establecimiento de los gastos que ocasionaren.

3.° Para proporcionarles alguna ventaja ó ahorro durante su detencion si lo mereciesen, y para formarles un fondo de reserva, que se les entregará á su salida del presidio, ó á sus herederos si fallecieren en él.

Desgraciadamente estos principios no suelen aplicarse por el mal estado de nuestras prisiones.

4.° *Sufrimientos accesorios*.—Los sentenciados á cadena temporal ó perpétua llevan siempre una cadena al pie pendiente de la cintura y no pueden recibir auxilio alguno fuera del establecimiento, lo cual no sucede en las otras penas.

III.—PENAS DE PRIVACION COMPLETA DE LIBERTAD, SIN TRABAJO.

Prision mayor.

Prision correccional.

Arresto mayor.

Arresto menor.

El pensamiento comun á todas ellas, es la completa privacion de libertad como en las anteriores, pero no siendo el trabajo obligatorio.

Se diferencian entre sí: 1.º por la *duracion*; 2.º por el *lugar*; 3.º por la clase de trabajo.

1.º *Duracion*.—La pena de prision mayor dura de seis años y un dia á doce años.

La de prision correccional dura de seis meses y un dia á seis años.

La de arresto mayor dura de un mes y un dia á seis meses.

La de arresto menor dura de uno á treinta dias.

2.º *Lugar* en que han de cumplirse.

La pena de prision mayor se cumple dentro de la Península, Islas Baleares ó Canarias.

La de prision correccional dentro del territorio de la Audiencia que la hubiese impuesto.

El arresto mayor se sufrirá en la casa pública destinada á este fin en las cabezas de partido.

El arresto menor en las casas de Ayuntamiento ú otras del público, ó en la del mismo penado, cuando así se determine en la sentencia, sin poder salir de ellas en todo el tiempo de la condena.

3.º *Clase de trabajos*.—Los condenados á prision pueden ocuparse para su propio beneficio en trabajos de su eleccion, siempre que sean compatibles con la disciplina reglamentaria. Estarán, sin embargo, sujetos á los trabajos del establecimiento hasta hacer efectiva la responsabilidad civil é indemnizar á este de los gastos que ocasionen: tambien lo estarán los que no tengan oficio ó modo de vivir conocido y honesto. Estas mismas disposiciones son aplicables al arresto mayor en sus casos respectivos.

IV.—PENAS DE RESTRICCIÓN DE LIBERTAD

Extrañamiento perpétuo.

Extrañamiento temporal.

Relegacion perpétua.

Relegacion temporal.

Confinamiento mayor.

Confinamiento menor.

Destierro.

El pensamiento comun á todas ellas es cierta restriccion de libertad en el sentido de no poder salir de un punto determinado ó en entrar en él, pero quedando en lo demás libre de hacer lo que guste.

Estas penas se diferencian entre sí: 1.º por la *duracion* y 2.º por el *lugar*.

1.º *Duracion*.—Las penas de extrañamiento y relegacion pueden ser perpétuas, en cuyo caso, segun el art. 29, los condenados á ellas podrán ser indultados á los treinta años de cumplimiento de la condena.

Cuando estas penas no son perpétuas, sino temporales, su duracion será de doce años y un dia á veinte años.

Las penas de confinamiento durarán de seis años y un dia á doce años.

La de destierro de seis meses y un dia á seis años.

2.º *Lugar* en que han de cumplirse.

El sentenciado á extrañamiento será expulsado del territorio español para siempre, si fuese perpétuo, y si fuese temporal por el tiempo de la condena.

Las penas de relegacion perpétua y temporal se cumplirán en Ultramar en los puntos para ello destinados por el Gobierno.

Los relegados podrán dedicarse libremente «bajo la vigilancia de la autoridad,» á su profesion ú oficio dentro

del r adio   que se extiendan los límites del establecimiento penal. En el Código de 1850 existia la pena accesoria de «sujecion   la vigilancia de la autoridad,» pero habiendo desaparecido esta en el Código vigente, tal vez porque fuese un medio de cometerse ciertos abusos, no se pueden interpretar con precision las palabras de este articulo, si bien creemos que significan que el relegado no pueda mudar de domicilio sin permiso de la autoridad competente.

Las penas de confinamiento se cumplirán en las Islas Baleares   Canarias, permaneciendo tambien en completa libertad bajo la vigilancia de la autoridad.

El sentenciado   destierro quedará privado de entrar en el punto   puntos que se designen en la sentencia y en el r adio que en la misma se señale, el cual comprenderá una distancia de 25 kilómetros al m enos y 250   lo más del punto designado.

V.—PENAS DE INHABILITACION Y SUSPENSION.

Inhabilitacion absoluta perpétua	} Para cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesion � oficio.
Inhabilitacion absoluta temporal	
Inhabilitacion especial perpétua	
Inhabilitacion especial temporal	
Interdiccion civil.	
Degradacion.	

El pensamiento comun de todas estas penas, es la privacion de ciertos derechos que han servido de medio para la realizacion del delito.

Se diferencian entre sí: 1.  por su *duracion*; y 2.  por sus *efectos*.

1.  *Duracion*.—La inhabilitacion absoluta y la especial pueden ser perpétuas, en cuyo caso se regirán por el articulo 29, ya citado.

Quando son temporales, durarán de seis años y un día   doce años.

En cuanto á la interdiccion civil y degradacion, nada decimos, porque siendo accesorias durarán tanto como las principales á que se apliquen.

2.° *Efectos.*—La inhabilitacion absoluta perpétua, producirá los efectos siguientes:

1.° La privacion de todos los honores y de los cargos y empleos públicos que tuviese el penado, aunque fueran de eleccion popular.

2.° La privacion del derecho de elegir y ser elegido para cargos públicos de eleccion popular.

3.° La incapacidad para obtener los honores, cargos, empleos y derechos mencionados.

4.° La pérdida de todo derecho ó jubilacion, cesantía ú otra pension por los empleos que hubiere servido con anterioridad, sin perjuicio de la alimentacion que el Gobierno podrá concederle por servicios eminentes.—No se comprenden en esta disposicion los derechos ya adquiridos al tiempo de la condena por la viuda é hijos del penado.

Los tres primeros efectos de la inhabilitacion absoluta perpétua, se modificarán por razon del tiempo en la temporal, y por la clase de derecho, empleo ó cargo sobre que recaiga en la especial.

La interdiccion civil privará al penado, mientras la estuviese sufriendo; de los derechos de patria potestad, tutela, curaduría, participacion en el consejo de familia, de la autoridad marital, de la administracion de bienes y del derecho de disponer de los propios por actos entre vivos. Exceptúanse los casos en que la ley limita determinadamente sus efectos.

La degradacion consiste en el despojo del uniforme, traje oficial, insignias y condecoraciones, hecho por un alguacil en audiencia pública del tribunal. El presidente le ordenará en esta fórmula: «Despojad á (el nombre del sentenciado) de sus insignias y condecoraciones, de cuyo

uso la ley le declara indigno: la ley le degrada por haberse él degradado á sí mismo.»

VI.—PENAS DE PRIVACION DE CIERTOS DERECHOS
DE PROPIEDAD.

Multa.

Pago de costas y gastos del juicio.

Pérdida ó comiso de los instrumentos y efectos del delito.

El pensamiento comun á todas ellas es la privacion de la propiedad de varios objetos. La diferencia que las separa consiste en que la multa y el pago de costas han de hacerse en metálico, mientras que la última es la pérdida ó comiso de los instrumentos y efectos del delito.

Nada tenemos que añadir sobre esta, porque su simple enunciacion es suficiente. Tampoco sobre la multa, puesto que ya hemos indicado se reputa pena aflictiva si excede de 25.000 pesetas, correccional si no excediera de 2.500 ni bajase de 125, y leve si no llegare á 125 pesetas.

En cuanto al pago de costas y gastos del juicio, merece que nos detengamos algo más, pero limitándonos á consignar las disposiciones del Código.

Las costas comprenden los derechos é indemnizaciones ocasionadas en las actuaciones judiciales, ya consistan en cantidades fijas ó inalterables por hallarse anticipadamente determinadas por las leyes, reglamentos ó reales órdenes, ya no estén sujetas á arancel. (Art. 47.)

El importe de los derechos é indemnizaciones que no estuvieren señalados anticipadamente, se fijarán por el tribunal en la forma que establezca la ley de Enjuiciamiento criminal. (Art. 48.)

En el caso en que los bienes del penado no fueren bastantes á cubrir todas las responsabilidades pecuniarias, se satisfarán por el orden siguiente:

1.° La reparacion del daño causado é indemnizacion de perjuicios.

2.° La indemnizacion al Estado por el importe del papel sellado y demás gastos que se hubiesen hecho por su cuenta en la causa.

3.° Las costas del acusador privado.

4.° Las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados.

5.° La multa.

Cuando el delito hubiere sido de los que solo pueden perseguirse á instancia de parte, se satisfarán las costas del acusador privado con preferencia á la indemnizacion del Estado. (Art. 49.)

Si el sentenciado no tuviere bienes para satisfacer las responsabilidades pecuniarias comprendidas en los números 1.°, 3.° y 5.° del artículo anterior, quedará sujeto á una responsabilidad personal subsidiaria á razon de un dia por cada cinco pesetas, con sujecion á las reglas siguientes:

1.° Cuando la pena principal impuesta se hubiese de cumplir por el reo encerrado en un establecimiento penal, continuará en el mismo, sin que pueda exceder esta detencion de la tercera parte del tiempo de la condena, y en ningun caso de un año.

2.° Cuando la pena principal impuesta no se hubiese de cumplir por el reo encerrado en un establecimiento penal, y tuviere fijada su duracion, continuará sujeto por el tiempo señalado en el número anterior, á las mismas privaciones en que consista dicha pena.

3.° Cuando la pena principal impuesta fuere la de re-prension, multa ó caucion, el reo insolvente sufrirá en la cárcel de partido una detencion que no podrá exceder en ningun caso de seis meses cuando se hubiese procedido por razon de delito, ni de quince dias cuando hubiese sido por falta. (Art. 50.)

VII.—REPRENSION PÚBLICA Y PRIVADA.

Esta pena pudiera tener, como dice el Sr. La Serna, diferentes grados con arreglo á la mayor ó menor publicidad y solemnidad que se diera al acto en que se ejecutara: el Código la aplica con economía; quizás hubiera podido extenderla con provecho á mayor número de casos, porque bien aplicada puede ser proporcionada, moral, eficaz, ejemplar, correctiva y reparable.

VIII.—CAUCION DE CONDUCTA.

La pena de caucion produce la obligacion del penado de presentar un fiador abonado que haya de responder de que aquel no ejecutará el mal que se tratare de precaver, y haya de obligarse á satisfacer, si lo causare, la cantidad que hubiere fijado el tribunal en la sentencia. Si no la diere el penado, incurrirá en la pena de destierro.

La caucion, si bien se examina, no es pena, es un excelente medio jurídico para precaver la realizacion de un delito, sobre todo de la amenaza.

CAPÍTULO IX.

PARTE PRÁCTICA.

De la aplicacion de las penas.

Antes de estudiar de qué manera el Código aplica las penas, tenemos que examinar las escalas graduales que para su aplicacion contiene.

Estas escalas graduales, segun el art. 72 del Código actual, son las seis siguientes:

ESCALA NÚMERO 1.

- 1.° Muerte.
- 2.° Cadena perpétua.
- 3.° Cadena temporal.
- 4.° Presidio mayor.
- 5.° Presidio correccional.
- 6.° Arresto.

ESCALA NÚMERO 2.

- 1.° Muerte.
- 2.° Reclusion perpétua.
- 3.° Reclusion temporal.
- 4.° Prision mayor.
- 5.° Prision correccional.
- 6.° Arresto.

ESCALA NÚMERO 3.

- 1.° Relegacion perpétua.
- 2.° Relegacion temporal.
- 3.° Confinamiento.
- 4.° Destierro.
- 5.° Represion pública.
- 6.° Cauccion de conducta.

ESCALA NÚMERO 4.

- 1.° Extrañamiento perpétuo.
- 2.° Extrañamiento temporal.
- 3.° Confinamiento.
- 4.° Destierro.

- 5.° Represion pública.
- 6.° Caucion de conducta.

ESCALA NÚMERO 5.

- 1.° Inhabilitacion absoluta perpétua.
- 2.° Inhabilitacion absoluta temporal.
- 3.° Suspension de..... } Cargos públicos, de derechos de sufragio activo y pasivo, profesion ú oficio.

ESCALA NÚMERO 6.

- 1.° Inhabilitacion especial perpétua. } Para cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesion ú oficio.
- 2.° Inhabilitacion especial temporal. } Para cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesion ú oficio.
- 3.° Suspension de..... } Cargo público, derecho de sufragio activo y pasivo, profesion ú oficio.

Estas escalas graduales constituyen, digámoslo así, la parte artística de nuestro Código. Domina la idea de establecer la debida proporcion y la posible analogía entre las penas y los delitos. Nuestro Código, dice uno de sus autores y comentaristas, habiendo dado reglas generales para encontrar las penas del delito frustrado y de la tentativa, de la complicidad y del encubrimiento, de las circunstancias atenuantes ó agravantes, por medio de determinadas relaciones con las del delito consumado, aumentándolas ó disminuyéndolas, ó sea *ascendiendo y bajando* en el ordenado cuadro de la penalidad, no podia prescindir de las escalas graduales: lo cual no sucede cuando tras del castigo de cada hecho se anuncia el de su tentativa y el de las circunstancias modificativas de la capacidad.

El pensamiento que preside á todas estas escalas, es el

de la homogeneidad de las penas comprendidas en cada una de ellas. De consiguiente, nos será fácil indicar cuál es la naturaleza de cada una de las seis escalas graduales en las que, conforme al Código, se encuentran agrupadas las penas.

Las dos primeras escalas representan, excepto la pena de muerte, las de privacion completa de libertad combinada con el trabajo forzoso ó no forzoso. Se diferencian en que las penas contenidas en la señalada con el núm. 1, son más duras que las del núm. 2.

El pensamiento de las escalas 3.^a y 4.^a es la restriccion de libertad; sin embargo, se añaden las penas de reprension pública y caucion que vienen á romper este carácter. Se diferencian entre sí, por cuanto la 3.^a se encabeza con las penas de relegacion, y la 4.^a con las de extrañamiento.

Las escalas 5.^a y 6.^a representan la privacion de ciertos derechos que no son los de libertad ni los de propiedad, como los de sufragio activo y pasivo, el ejercicio de cargo público, profesion ú oficio. La diferencia que hay entre ellas consiste en contener la 5.^a las penas de inhabilitacion absoluta, y la 6.^a las de inhabilitacion especial.

Es de advertir que, segun el art. 93, la multa se considerará como la última pena de todas las escalas graduales anteriores.—Cuando se hubiese impuesto en este concepto la responsabilidad subsidiaria correspondiente á ella por insolvencia del culpable establecida en el art. 50, no podrá exceder del tiempo de duracion correspondiente á la pena inmediatamente superior de la escala respectiva.

Cada una de las penas contenidas dentro de una escala gradual constituye un *grado* de esta; mas al mismo tiempo la pena es susceptible de *grados*, diferencia de graduacion que es preciso tener muy en cuenta, puesto que la primera sirve principalmente para averiguar la pena correspondiente á cómplices y encubridores, mientras que la segun-

da, dividiéndose en *máxima*, *media* y *mínima*, se aplica respectivamente cuando predominan las circunstancias agravantes, ó cuando están equilibradas con las atenuantes, ó cuando estas ejercen más influencia que aquellas.

Varios son los problemas que se presentan para la debida aplicacion de las penas establecidas por el Código. Estos pueden reducirse á los cuatro siguientes:

- 1.° Investigar la pena correspondiente al autor de un delito consumado.
- 2.° Averiguar la correspondiente al autor del delito frustrado y de tentativa.
- 3.° Inquirir la correspondiente al cómplice y al encubridor del delito.
- 4.° Buscar la correspondiente al delito con circunstancias atenuantes y agravantes.

I. *Pena correspondiente al autor de delito consumado sin circunstancias agravantes ni atenuantes.*

Por regla general, el Código señala la pena correspondiente al autor del delito consumado sin circunstancias atenuantes y agravantes, y entonces no habrá más que aplicarla.

Pero pueden presentarse los casos siguientes: 1.° que el culpable lo sea de dos ó más delitos; 2.° que la pena impuesta lleve otras accesorias, y 3.° que el Código no marque la pena, sino que señale una superior en uno ó más grados á otra determinada.

Primer caso. *Cuando el culpable lo es de dos ó más delitos.*

Si las penas correspondientes á cada uno de ellos no son compatibles, se observarán las reglas siguientes:

Primera. Se irán sucesivamente cumpliendo de mayor á menor en el orden de su gravedad, siempre que sea posi-

ble por haber obtenido indulto de las primeras ó haberlas cumplido.

Este orden de gravedad es el siguiente:

Muerte.

Cadena perpétua.

Cadena temporal.

Reclusion perpétua.

Reclusion temporal.

Presidio mayor.

Prision mayor.

Presidio correccional.

Prision correccional.

Arresto mayor.

Relegacion perpétua.

Relegacion temporal.

Extrañamiento perpétuo.

Extrañamiento temporal.

Confinamiento.

Destierro.

Segunda. Sin embargo de lo dispuesto en la regla anterior, el *máximum* de duracion de la condena del culpable no podrá exceder del triplo del tiempo por que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de imponérsele las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el *máximum* del tiempo predicho.

Es de advertir que dicho *máximum* no podrá exceder de cuarenta años, y que la duracion de la pena perpétua se computará en treinta años.

Todas estas disposiciones no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos ó más delitos, ó cuando el uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro. En estos casos se impondrá la pena correspondiente al delito más grave aplicándola en su grado máximo.

Segundo caso. *Cuando la pena impuesta lleva otras accesorias.* Los tribunales entonces condenarán también expresamente al reo en estas últimas.

Tercer caso. *Cuando el Código no marca la pena, sino que señala una superior ó inferior en uno ó más grados á otra determinada.*

Las reglas generales para resolver este caso son las consignadas en el art. 76, de que ya hablaremos, y en el artículo 77, en el cual se dice que la pena ha de buscarse en la escala que comprenda las correspondientes á la mayor parte de los delitos de la seccion, capítulo ó título donde esté contenido el delito.

Además el Código dá reglas especiales para salvar las dificultades que pueden encontrarse al buscar la pena designada en una escala.

Cuando haya de aplicarse una pena superior á la de arresto mayor se tomará de la escala en que se hallen comprendidas las penas señaladas para los delitos más graves de la misma especie que el castigado con arresto mayor.

Cuando no haya pena superior en la escala respectiva, ó la superior fuese la pena de muerte, se considerarán como inmediatamente superiores las siguientes:

1.º Si la pena determinada fuese la de cadena ó reclusion perpétuas ó inhabilitacion absoluta ó inhabilitacion especial perpétuas, las mismas penas, con la cláusula de que el penado no goce del beneficio establecido en el artículo 29 del Código, sino á los cuarenta años.

2.º Si fuese la de relegacion perpétua, la de reclusion perpétua.

3.º Si fuese la de extrañamiento perpétuo, la de relegacion perpétua.

Cuando haya que bajar uno ó más grados en la pena y no exista pena inferior en la escala respectiva, ha de te-

nerse en cuenta que la multa es la establecida en último término en todas las escalas graduales.

Cuando sea necesario elevar ó bajar la pena de multa uno ó más grados, se aumentará ó se rebajará respectivamente por cada uno la cuarta parte del máximo de la cantidad determinada en la ley.

Solo nos resta por indicar, sobre el autor del delito consumado, que, según el art. 65, en los casos en que el delito ejecutado fuese distinto del que se había propuesto ejecutar el culpable, se observarán las reglas siguientes:

1.ª Si el delito ejecutado tuviere señalada pena mayor que la correspondiente al que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá á este en su grado máximo la pena correspondiente al segundo.

2.ª Si el delito ejecutado tuviere señalada pena menor que la correspondiente al que se había propuesto ejecutar el culpable, se impondrá á este también en su grado máximo la pena correspondiente al primero.

3.ª Lo dispuesto en la regla anterior no tendrá lugar cuando los actos ejecutados por el culpable constituyeren además tentativa ó delito frustrado de otro hecho, si la ley castigara estos actos con mayor pena, en cuyo caso se impondrá la correspondiente á la tentativa ó al delito frustrado, en su grado máximo.

II. *Penas correspondientes á los autores de delito frustrado y de tentativa.*

A los autores de delito frustrado se impondrá, según el Código, la pena inmediatamente inferior en grado á la señalada por la ley para el delito consumado.

A los autores de tentativa, la inferior en dos grados á la señalada para el delito consumado.

III. Penas correspondientes á los cómplices y encubridores de delito consumado, del frustrado y de tentativa.

A los cómplices de delito consumado, del frustrado y de tentativa, se les aplicará la pena inmediatamente inferior á la señalada á cada una de estas formas del delito.

A los encubridores de delito consumado, del frustrado y de tentativa, se les impondrá la pena inferior en dos grados á la correspondiente de cada uno de estos.

Para hallar la pena correspondiente á cada uno de los casos enumerados, han de tenerse en cuenta varias reglas contenidas en los artículos 76 y 77.

Este último artículo dá una regla para fijar la escala gradual que ha de aplicarse. Cuando la pena señalada al delito estuviere incluida en dos escalas, se preferirá la que comprenda las penas con que estén castigados la mayor parte de los delitos de la seccion, capítulo ó título donde esté contenido el delito.

El Código suele algunas veces imponer varias penas para que el tribunal escoja, equiparando penas indivisibles con otras que tambien lo son, ó con un grado de otras divisibles. Esto es causa de grandes dificultades prácticas, que se han tratado de evitar por medio de las cinco reglas contenidas en el art. 76.

1.ª Cuando la pena señalada al delito es una sola é indivisible, la inmediatamente inferior será la que siga en número en la escala gradual, respectiva á la pena indivisible. Así, por ejemplo, fijándonos solo para mayor facilidad en las penas correspondientes al autor, al cómplice y al encubridor, hallamos que, imponiendo al primero la pena de muerte, al segundo se le impondria la de cadena perpétua, y al tercero la de cadena temporal.

2.^a *Cuando la pena señalada al delito se compone de dos indivisibles, ó de una ó más divisibles en toda su extension, será inmediatamente inferior la que siga en número en la escala gradual, respectiva á la menor de las penas impuestas. Así, por ejemplo, señalando al autor del delito cadena perpétua ó muerte, al cómplice le corresponde cadena temporal, y al encubridor presidio mayor.*

3.^a *Cuando la pena señalada al delito se compone de una ó dos indivisibles, y del grado máximo de otra divisible, la pena inmediatamente inferior se compondrá de los grados medio y mínimo de la propia pena divisible, y del máximo de la que la siga en número en la respectiva escala gradual. Así es, que siendo la pena señalada al autor del delito cadena temporal en su grado máximo á muerte, la correspondiente al cómplice será presidio mayor en su grado máximo á cadena temporal en su grado medio, y al encubridor, presidio correccional en su grado máximo á presidio mayor en su grado medio.*

4.^a *Cuando la pena señalada al delito se componga de varios grados correspondientes á diversas penas divisibles, la inmediatamente inferior se compondrá del grado que siga al mínimo de los que constituyan la pena impuesta, y de los otros dos más inmediatos que se tomarán de la propia pena impuesta, si los hubiere, y en otro caso de la pena que siga en número en la respectiva escala gradual. Así, por ejemplo, imponiendo al autor la pena de presidio mayor en su grado máximo á cadena temporal en su grado medio, corresponde al cómplice, presidio correccional en su grado máximo á presidio mayor en su grado medio, y al encubridor, arresto mayor en su grado máximo á presidio correccional en su grado medio.*

5.^a *Cuando la ley señala una pena de una forma distinta de los cuatro casos anteriores, los tribunales, procediendo por analogía, aplicarán las penas correspondientes á los auto-*

res de delito frustrado y de tentativa, y á los cómplices y encubridores.

IV. *Penas correspondientes al delito con circunstancias atenuantes y agravantes.*

Debemos indicar, primero, la manera de apreciar estas circunstancias por el Código, y despues las reglas, ya generales, ya excepcionales, establecidas por este para la aplicacion de las penas correspondientes á los delitos en que aquellas concurren.

Los tribunales (art. 78) tomarán en consideracion las circunstancias atenuantes ó agravantes para disminuir ó aumentar la pena, conforme á las reglas establecidas en los casos siguientes:

- 1.° *Cuando las circunstancias agravantes constituyen por sí delito, no producen el efecto de aumentar la pena.*
- 2.° *Cuando el Código las tuvo presentes al describir y penar delito, tampoco producen el efecto de aumentar la pena.*
- 3.° *Cuando son completamente inherentes al delito, de tal modo, que sin la concurrencia de ellos no pudiera cometerse, tampoco se produce este aumento.*
- 4.° *Cuando las circunstancias agravantes ó atenuantes consisten en la disposicion moral ó en las relaciones entre el ofendido y el ofensor; ó en otra causa personal, servirán para agravar ó atenuar la responsabilidad, solo de aquellos autores, cómplices ó encubridores en quienes concudiesen.*
- 5.° *Cuando consisten en la ejecucion material del hecho, ó en los medios empleados para realizarlo servirán para agravar ó atenuar la responsabilidad, únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de la accion ó de su cooperacion para el delito.*

Conocido ya el modo cómo el Código aprecia las circunstancias atenuantes y agravantes, veamos cómo aplica

las penas correspondientes á los delitos en que aquellas intervienen.

Comenzaremos por consignar las *reglas generales* para su aplicacion.

1.º *Cuando la pena es una sola é indivisible*, la aplicarán los tribunales sin consideracion á las circunstancias atenuantes ó agravantes que concurran en el hecho.

2.º *Cuando señala una pena compuesta de dos indivisibles*, se observarán para su aplicacion las siguientes reglas:

1.º Cuando en el hecho hubiese concurrido solo alguna circunstancia agravante, se aplicará la pena mayor.

2.º Cuando en el hecho no hubieren concurrido circunstancias atenuantes ni agravantes, se aplicará la pena menor.

3.º Cuando en el hecho hubiese concurrido alguna circunstancia atenuante y ninguna agravante, se aplicará la pena menor.

4.º Cuando en el hecho hubieren concurrido circunstancias atenuantes y agravantes, las compensarán racionalmente por su número é importancia los tribunales para aplicar la pena á tenor de las reglas precedentes, segun el resultado que diere la compensacion.

3.º *Cuando designa una pena que tiene tres grados ó tres penas, cada una de las cuales forma un grado*, los tribunales observarán, segun el art. 82, las reglas siguientes:

1.º Cuando en el hecho no concurrieren circunstancias agravantes ni atenuantes, impondrán la pena señalada por la ley en su grado medio.

2.º Cuando concurriere solo alguna circunstancia atenuante, la impondrán en el grado mínimo.

3.º Cuando concurriere solo alguna circunstancia agravante, la impondrán en el grado máximo.

4.º Cuando concurrieren circunstancias atenuantes y agravantes, las compensarán racionalmente para la de-

signacion de la pena; graduando el valor de unas y otras.

5.ª Cuando sean dos ó más, y muy calificadas las circunstancias atenuantes y no concurra ninguna agravante, los tribunales impondrán la pena inmediatamente inferior á la señalada por la ley en el grado que estimen correspondiente, segun el número y entidad de dichas circunstancias.

6.ª Cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes, los tribunales no podrán imponer pena mayor que la designada por la ley en su grado máximo.

7.ª Dentro de los límites de cada grado, los tribunales determinarán la cuantía de la pena en consideracion al número y entidad de las circunstancias agravantes y atenuantes y á la mayor ó menor extension del mal producido por el delito.

Vamos á indicar ahora las *reglas excepcionales* en la aplicacion de las penas.

1.ª *Cuando hay que hacer aplicacion de las circunstancias que eximen de responsabilidad por haberse causado un mal al ejecutar un hecho lícito con la debida diligencia*, se observará lo dispuesto en el art. 581 que trata de la «imprudencia temeraria,» y en el cual se dispone que los tribunales en la aplicacion de estas penas procederán segun su prudente arbitrio, sin sujetarse á las reglas anteriormente citadas. Esto no tendrá lugar cuando la pena señalada al delito sea igual ó menor que las contenidas en la primera de estas reglas, en cuyo caso los tribunales aplicarán la inmediata á la que corresponda en el grado que estimen conveniente.

2.ª *Cuando el culpable es mayor de nueve años y menor de quince* y no esté exento de responsabilidad por haber declarado el tribunal que obró con discernimiento, se le im-

pondrá una pena discrecional, pero siempre inferior en dos grados, por lo ménos, á la señalada por la ley al delito que hubiere cometido.

3.^a *Cuando es mayor de quince y menor de diez y ocho, se aplicará siempre en el grado que corresponda la pena inmediatamente inferior á la señalada por la ley.*

4.^a *Cuando el hecho no fuere del todo excusable por faltar alguno de los requisitos necesarios para ser causa de exencion, se aplicará la pena inferior en uno ó más grados á la señalada por la ley, siempre que concurriese el mayor número de ellos, imponiéndola en el grado que los tribunales estimaren correspondiente, atendiendo al número y entidad de los requisitos que faltaren ó concurrieren.*

5.^a *Cuando la pena impuesta es la multa, los tribunales podrán recorrer toda la extension en que la ley permita imponerlas, consultando para determinar en cada caso su cuantía, no solo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente el caudal ó facultades del culpable.*

Con esto damos por terminada la parte del Código relativa á la aplicacion de la pena, sumamente enojosa y complicada, y cuyas dificultades se han querido evitar formando tablas como las de D. Andrés de Corzo, en que á semejanza de las logarítmicas, se encuentran resueltos los principales problemas prácticos.

CAPÍTULO X.

PARTE TEÓRICA Y PRÁCTICA.

De la extincion de la responsabilidad penal.

Vamos á ocuparnos de la extincion de la responsabilidad penal, ó sea el no cumplimiento de la pena, ó la cesacion de sus efectos.

Esta extincion se verifica:

- 1.° Por la muerte del reo.
- 2.° Por el cumplimiento de la condena.
- 3.° Por amnistía.
- 4.° Por indulto.
- 5.° Por el perdon del ofendido.
- 6.° Por la prescripcion del delito.
- 7.° Por la prescripcion de la pena.

1.° *Por la muerte del reo.*

La muerte, cualquiera que sea el concepto que de la pena se tenga, extingue la responsabilidad penal. Si es dentro del sistema de la justicia absoluta, no habiendo persona que pueda pagar la deuda del delito, la pena concluye. Si es en el sistema de la defensa, no existiendo ya peligro para la sociedad de ser perturbada por el criminal, la pena pierde su razon de ser. Y si esta cuestion se plantea dentro de nuestra teoría, la pena deja de existir desde el momento que no se obtiene la reforma del culpable, mucho más habiendo exigido que aquella sea personal, como cualidad indispensable para ser justa.

Así, pues, condenamos á la luz de los principios de la ciencia penal y tambien aparece condenado por nuestro Código el castigo impuesto al cadáver del reo escarneciéndole ó mutilándole, como por desgracia se ha verificado en épocas anteriores á despecho de la civilizacion, de los sentimientos de justicia y de humanidad.

No obstante, segun el Código, la responsabilidad no se extingue respecto á las penas pecuniarias cuando al fallecimiento del reo hubiere recaido sentencia firme.

Hay, á nuestro modo de ver, en esta disposicion del Código, una confusion entre la indemnizacion puramente civil y las penas pecuniarias. Creemos que debiendo ser la

pena eminentemente personal, no se concibe su imposición aunque sea pecuniaria, á otra persona distinta del reo. Pero si opinamos que la indemnización puramente civil, es decir, en lo que hace referencia á la reparación del daño causado y á la satisfacción de gastos, debe verificarse con los bienes del difunto transmitidos á sus herederos.

2.° *Por el cumplimiento de la condena.*

Cumplida la condena, el criminal ha pagado la deuda nacida del delito, segun el sistema de la justicia, y ha hecho desaparecer el peligro de la sociedad; segun el de la defensa: la responsabilidad penal, pues, ha dejado de ser. Lo mismo decimos, segun nuestras doctrinas, con la diferencia de que, conforme á ellas, no podemos admitir, bajo el punto de vista científico, el cumplimiento de la condena, si no aparece reformada la conducta del culpable.

3.° *Por amnistía.*—4.° *Por indulto.*

Tanto la amnistía como el indulto son el perdón concedido á la persona que ha cometido un delito por quien tiene facultades para ello.

Varias son las diferencias que entre la amnistía y el indulto existen:

1.° Por la autoridad que lo concede: la amnistía la declaran las Asambleas de la representación nacional; el indulto el Monarca, cuando se halla investido de esta facultad por la Constitución del Estado, como en nuestro país.

2.° Por las personas á quien se conceden: la amnistía, á una pluralidad de ellas que se encuentran en iguales condiciones; el indulto á una determinada. De aquí, por tanto, se infiere, que la primera tiene un carácter político, y el del segundo es más bien judicial.

3.ª Por la situación en que se concede: la amnistía, cuando aún no han sido aprehendidos los delincuentes; el indulto, cuando el culpable estuviese á disposición del tribunal y hubiere recaído sentencia firme.

4.ª Por los efectos: la amnistía hace desaparecer por completo la responsabilidad penal; el indulto solo cuando es total produce la remision de todas las penas, porque si es parcial, solo produce la remision de algunas ó las conmuta con otras. Además; la amnistía borra, no solo la existencia de la responsabilidad penal, sino la del mismo delito, pudiendo vivir el amnistiado en el lugar que quiera; el indultado no podrá habitar por el tiempo que, á no haberlo sido, deberia durar la condena, en el lugar en que viva el ofendido, sin el consentimiento de este, quedando en otro caso sin efecto el indulto acordado.

No nos detendremos en extensas consideraciones, pues que el tiempo nos apremia extraordinariamente, sobre los fundamentos en que se apoya el ejercicio de la gracia de indulto. Distinguidos políticos y célebres criminalistas han militado en pró y en contra. Bentham, Beccaria y Filangieri, por una parte: Montesquieu, Benjamin Constant, Guizot y el Sr. Pacheco entre nosotros, por otra. Y cuando hombres tan ilustres sostienen opiniones contrarias, bien podemos reconocer la dificultad de la cuestion.

La clemencia, ha dicho Beccaria (1), debiera ser desterrada de una legislacion perfecta en que se estableciesen penas moderadas, y en que se administrase justicia pronta y debidamente. Es indudable que el trono no tiene más bella prerogativa, ni está adornado de un atributo tan apreciable como el derecho de dispensar al culpable de la pena que haya merecido; mas tambien es cierto que el uso de semejante facultad supone al mismo tiempo una censu-

(1) *Tratado de los delitos y de las penas.*

ra tácita, pero amarga, de las leyes, por cuanto el que ejerce este derecho, parece que se eleva sobre el Código criminal consagrado por la tradicion y las costumbres.

Que sean inexorables las leyes y sus ministros, pero que el legislador sea dulce, indulgente y humano, y entonces no se verá obligado á recurrir á leyes particulares ni á remedios que producen el efecto de separar constantemente la ventaja de la sociedad de la utilidad de los individuos, y el de apoyar en el temor y en la desconfianza la imágen engañosa de la salud pública.

Por el contrario, el gran Montesquieu (1) decia: «Las letras de gracia son un excelente recurso en un gobierno moderado; el poder que el principe tiene de perdonar, ejecutado con prudencia, puede producir admirables efectos.

Por nuestra parte, examinando la cuestion dentro de la esfera del derecho natural, no vacilamos en condenar el ejercicio de la gracia de indulto, porque ó las leyes son justas ó injustas; si lo primero, el derecho de gracia es un ataque al poder judicial, al mismo tiempo que injusto; si lo segundo, aquellas deben reformarse.

Mas no olvidemos que con frecuencia lo que *debe ser* no es, y que, examinando una cuestion únicamente dentro de los principios científicos, puede incurrirse en funestas consecuencias cuando se trata de aplicarlos. Con razon dice Benjamin Constant (2), la gracia de indulto seria injustificable si las leyes fuesen perfectas y tuviéramos una para cada caso.

Por otra parte, no podemos prescindir del espíritu de nuestro siglo, que agita y conmueve frecuentemente la faz de las sociedades, y es conveniente cubrir con un velo la estátua de la justicia, para que el castigo de los delitos políticos no cause tantos estragos á la humanidad.

(1) *L'esprit des lois.*

(2) *Cours de politique constitutionnel.*

Verdad es que, áun dentro de la política penal, el indulto y la amnistía tienen todos los inconvenientes de lo arbitrario, pero si la arbitrariedad nunca debe ser la base de las instituciones, sí debe admitirse como su derecho excepcional, porque el legislador no puede abarcar la multiplicidad y extraordinaria variedad de los hechos.

Explicada la razón y fundamento de estos medios de extinguir la responsabilidad penal, vamos á dar una breve idea de la ley de 18 de Junio de 1870, sobre el ejercicio de la gracia de indulto, que en muchos puntos es reglamentaria.

Consta esta ley de tres capítulos.

En el capítulo primero se trata de las personas que pueden ser indultadas. Pueden serlo los reos de toda clase de delitos, con las excepciones siguientes:

1.º Los procesados criminalmente que no hubieren sido aún condenados por sentencia firme.

2.º Los que no estuvieren á disposición del tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena.

3.º Los reincidentes en el mismo ó en otro cualquiera delito, por el cual hubiesen sido condenados por sentencia firme, á no ser que hubiese razones suficientes de justicia, equidad ó conveniencia pública para otorgarlos la gracia.

El capítulo II se ocupa de las clases y efectos del indulto.

El indulto se divide en *total* ó *parcial*.

Será indulto *total*, la remisión de todas las penas á que hubiese sido condenado y que todavía no hubiese cumplido el delincuente.

Será indulto *parcial*, la remisión de alguna ó algunas de las penas impuestas ó su conmutación por otra ú otras ménos graves.

Generalmente cuando se conceden los indultos se fijan

las condiciones bajo las cuales han de hacerse, pero la ley establece además las siguientes condiciones tácitas de todo indulto:

1.ª Que no cause perjuicio á tercera persona ó no lastime sus derechos.

2.ª Que el penado haya de obtener antes de gozar de la gracia, el perdón de la parte ofendida cuando el delito por que hubiese sido condenado fuere de los que solo se persiguen á instancia de parte.

Segun esta ley, la concesion del indulto es por su naturaleza irrevocable con arreglo á las cláusulas con que hubiere sido otorgado.

El capítulo III se refiere al procedimiento para solicitar y conceder la gracia de indulto.

Puede solicitarse el indulto por el interesado, ó sus parientes, ó cualquiera otra persona en su nombre, ó el Tribunal sentenciador, ó el Supremo, ó el Gobierno.

Las solicitudes de indulto se dirigirán al Ministro de Gracia y Justicia, el cual pedirá informe al Tribunal sentenciador; este lo devolverá informado á aquel; el Ministro lo remitirá al Consejo de Estado (seccion de Gracia y Justicia) que á su vez informará, y por último, despues de ser acordado en Consejo de Ministros se insertará en la *Gaceta*.

5.ª *Por el perdón del ofendido.*

Además de los delitos públicos, empleando esta palabra en su más lato significado, es decir, aquellos que, segun indicábamos en otro lugar, se persiguen oficialmente por el Fiscal en nombre del Estado, existen los delitos privados que unas veces no pueden perseguirse sino á instancia de parte, como la injuria, la calumnia y el adulterio, y otras que si bien no necesitan reclamacion de

parte no pueden ser perseguidos sin su consentimiento, como el estupro.

Pues en todos estos delitos que no pueden dar lugar á procedimiento de oficio, la responsabilidad penal se extingue por el perdón del ofendido, por cuanto no se persiguen sin consentimiento de este.

6.° *Por la prescripción del delito.*—7.° *Por la prescripción de la pena.*

El Código penal admite como en el Derecho civil la teoría de la prescripción aplicándola á los delitos y á las penas.

Podemos definir la prescripción dentro del Derecho penal y comprendiendo los dos casos enumerados por el Código, diciendo que «es un medio por el que, con el trascurso de cierto tiempo cesa la acción para perseguir un delito ó para llevar á efecto el cumplimiento de una condena.

Mucho se ha discutido sobre la prescripción en el Derecho civil, presentándose generalmente como útil, pero injusta por cuanto arranca la propiedad de manos de su legítimo dueño sin que expresamente conste su consentimiento.

En Derecho penal las teorías también son varias, y conveniente será dar una ligera idea de ellas para apreciar debidamente el sistema seguido por nuestro Código.

Los partidarios de la justicia absoluta faltarían á la rigidez de sus principios si admitiesen la prescripción penal. Mal por mal es el imperativo categórico de nuestra conciencia; mal por mal es la ley de la naturaleza y de todas las sociedades; y esta ley y este imperativo dejarían de cumplirse si al mal del delito no siguiera el de la pena.

Los secuaces de la doctrina de Bentham aplicando las reglas de su *aritmética moral*, admiten la prescripción, por-

que las ventajas que pudieran resultar del castigo son menores que las nacidas de la impunidad, por cuanto la pena no será ya ejemplar.

Existe además un sistema, que considerando la prescripción de las acciones civiles como un castigo por no haberlas ejercitado en ese trascurso de tiempo, trata de aplicar el mismo fundamento á la prescripción penal.

Por último, diremos que dentro de nuestro sistema la prescripción aparece justificada puesto que el fin de la pena ha de ser el restablecimiento del Derecho mediante la reforma del culpable, y si esta se consigue por el trascurso del tiempo, no habrá necesidad de castigarle. Solo si exigimos como condicion precisa para que la prescripción exista, que se pruebe la buena conducta del delincuente en este lapso de tiempo, es decir, que no se haya hecho reo de otros delitos, porque si así no fuese faltaria la base á nuestra teoría.

De estas principales teorías que hemos indicado para legitimar la prescripción en materia penal, ¿cuál parece servir de fundamento á las prescripciones del Código?

Nuestro Código acepta el tercero de los sistemas enumerados, que es el considerar la prescripción como un castigo por no haber ejercido la accion de perseguir el delito. Así es que se interrumpirá cuando el Estado ponga los medios para descubrirle entablado el procedimiento, aunque nada consiga, porque se vé no ha echado en olvido la accion que le compete.

El Código, hemos dicho, presenta como modo de extinguir la responsabilidad penal, la prescripción del delito y de la pena. La diferencia que separa una clase de prescripción de la otra, es que en la primera ó no se ha entablado el procedimiento criminal, ó habiéndose entablado no ha recaído sentencia firme, mientras que en la segunda ha sido esta dictada, háyase ó no llevado á efecto.

Para la prescripcion del delito se exige el trascurso de cierto número de años: veinte, cuando la ley señalare al delito la pena de muerte ó de cadena perpétua; quince, cuando señalare otra cualquiera pena afflictiva; diez, cuando señalare penas correccionales; un año, para el delito de calumnia; seis meses para el de injuria, y dos meses para las faltas.

Es de advertir, que siendo la pena compuesta de dos ó más, para hacer esta computacion se atenderá á la categoría de la más grave.

Comienza á correr el término de la prescripcion desde el dia en que se hubiere cometido el delito, y si entonces no fuere conocido, desde que se descubra y se empiece á proceder judicialmente para su averiguacion y castigo.

Se interrumpe la prescripcion desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, volviendo á correr de nuevo el tiempo de la prescripcion, desde que aquel termine sin ser condenado ó se paralice el procedimiento á no ser por rebeldía del culpable procesado.

Para la prescripcion de las penas se necesita el trascurso de veinte años si son las de muerte ó cadena perpétua; quince, para las demás afflictivas; diez, para las correccionales, y un año para las leves.

Comienza á correr el término de la prescripcion, desde el dia que se notifique al reo la sentencia firme, ó desde el quebrantamiento de la condena si hubiera esta comenzado á cumplirse.

Se interrumpe la prescripcion, cuando el reo se ausentase á país extranjero con el cual España no haya celebrado tratados de extradicion, ó teniéndolos, no estuviese en ellos comprendido el delito: ó cuando cometiese uno nuevo antes de completar el tiempo de la prescripcion, sin perjuicio que esta pueda comenzar á correr de nuevo.

Conocidos ya los modos de extinguirse la responsabili-

dad penal, debemos indicar, por último, que segun el Código, la responsabilidad civil nacida de delitos ó faltas se extinguirá del mismo modo que las demás obligaciones, con sujecion á las reglas de Derecho civil.

CAPÍTULO XI.

PARTE TEÓRICA Y PRÁCTICA.

De la responsabilidad civil.

Vamos á ocuparnos de una materia que más bien debiera ser objeto de un Código civil que del penal, pero ya sea por la íntima relacion que con este tiene, ya porque no existe Código civil en nuestra patria, lo cierto es que el penal trata de ella en el título iv del libro i.

Al comenzar nuestro trabajo, definíamos el delito diciendo que es la *violacion intencional y directa* del Derecho. Ya entonces tambien decíamos que hay infracciones de Derecho que no constituyen delito, que son las *civiles*, las cuales dan origen á los *pleitos*, así como las primeras á las *causas*. No es de esta clase de violaciones de las que vamos á tratar en este lugar, puesto que ya se recordará indicá-bamos que nunca el Derecho penal se ocupa más que de las infracciones *directas* del Derecho.

La responsabilidad civil, en el sentido que de ella ahora aceptamos, es la obligacion de restablecer civilmente el estado de Derecho, cuando ha sido perturbado por forma *directa*. Nos valemos de la palabra *civilmente*, para indicar que se refiere al restablecimiento del derecho de *propiedad de los particulares*, sin lo cual podria confundirse con la responsabilidad penal propiamente dicha; y usamos la palabra *directa* para distinguirla de las infracciones puramente civiles.

El fundamento racional de la responsabilidad civil, fácilmente se concibe, puesto que la ley, al hacer de la pena una institucion de Derecho público, no podia olvidar el de los particulares, por cuanto lo primero no era más que un medio de conseguir lo segundo. Pero si claramente se comprende que el delincuente ha de empezar por restablecer al ofendido en sus derechos, antes de responder á la sociedad de su falta, puede existir alguna duda sobre la justicia de que tambien se exija á la persona que obró sin malicia la responsabilidad civil. En efecto, parece justo exigir responsabilidad, de cualquier género que sea, á la persona que, como el niño ó el loco, no son responsables de sus actos, puesto que carecen de libertad para determinarse á sí mismos; pero más injusto seria ciertamente no reintegrar en sus derechos al agraviado que, sin la menor culpa por su parte, se ha visto privado de ellos.

Penetrando ya en el terreno práctico, comenzaremos por indicar cuáles son las personas responsables civilmente de los delitos ó faltas.

Segun la ley penal, toda persona responsable criminalmente de un delito ó falta, lo es tambien civilmente. Sin embargo, este principio es susceptible de algunas excepciones, porque hay personas exentas de responsabilidad penal y que no lo están de lo civil. El Código dá reglas especiales respecto al loco, al menor, al caso de daño causado en la propiedad ajena y cuando interviene miedo.

Son responsables civilmente por los hechos que ejecutare el loco ó imbecil y el menor de nueve años, ó el mayor de esta edad y menor de quince que no haya obrado con discernimiento, los que los tengan bajo su potestad ó guarda legal á no hacer constar que no obraron con descuido ó negligencia por su parte.

Pudiera suceder que estas personas se encontrasen accidentalmente sin guardador ó que este resultase insolvente,

y como la condicion del ofendido es mejor que la del ofensor, por más que este carezca de discernimiento, responderán con sus bienes los mismos locos, imbéciles ó menores, salvo el beneficio de competencia en la forma que la ley civil lo establece.

Quando para evitar un mal se ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, son responsables civilmente, las personas en cuyo favor se haya precavido el mal á proporcion del beneficio que hubieren reportado, en lo cual viene á comprobarse las observaciones que hacemos sobre esta causa de exencion criminal.

Quando se ejecuta un hecho por miedo insuperable de un mal mayor, es responsable civilmente el que causa el miedo, y subsidiariamente y en su defecto, el que le sufrió, si bien quedándole el beneficio de competencia. La ley ha creído debia refluir más bien sobre el que obra por miedo que sobre el dañado la responsabilidad del hecho, y ha deseado evitar en lo posible por este medio que un delincuente fingiese haber obrado amenazado por un compañero suyo.

Segun el Código, son tambien responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente, los posaderos, taberneros y cualesquiera personas ó empresas, por los delitos que se cometieren en los establecimientos que dirijan, siempre que por su parte ó la de sus dependientes haya intervenido infraccion de los reglamentos generales ó especiales de policia. Esta responsabilidad subsidiaria se funda más en un medio de hacer cumplir los reglamentos de policia, que en principios de justicia.

Son además responsables subsidiariamente, añade el Código, los posaderos, de la restitution de los efectos robados ó hurtados dentro de sus casas á los que se hospedaren en ellas ó de su indemnizacion, siempre que estos hubiesen dado anticipadamente conocimiento al mismo posa-

dero, ó al que le sustituya en el cargo, del depósito de aquellos efectos en la hospedería, y además hubiesen observado las prevenciones que los dichos posaderos ó sus sustitutos les hubiesen hecho sobre cuidado y vigilancia de los efectos. Más justificado aparece este caso que el anterior, porque se refiere á la vigilancia que debe el depositario. Bien se comprende que no tendrá lugar la responsabilidad en caso de robo con violencia ó intimidación en las personas, del mismo modo que en el contrato de depósito, á no ser ejecutado por los dependientes del posadero, puesto que culpa suya fué no tener criados fieles.

Esta responsabilidad subsidiaria se hace tambien extensiva á los amos, maestros, personas y empresas dedicadas á cualquier género de industria, por los delitos ó faltas en que hubiesen incurrido sus criados, discípulos, oficiales, aprendices ó dependientes en el «desempeño de sus obligaciones ó servicio.» Estas últimas palabras, como dice uno de sus comentaristas, hacen que no podamos tachar de injusta la determinacion de la ley, que lo seria sin duda, si se extendiese á los demás actos de los dependientes referidos. Aun así nos parece dura; pero bien comprendemos que cuando no alcanzan los bienes del delincuente á responder civilmente de mal ocasionado, más justo es que recaiga la responsabilidad sobre el principal que de él se valió y que pudo elegir otro que fuera bueno y virtuoso.

Hemos visto cuáles son las personas responsables civilmente de los delitos ó faltas; vamos á examinar ahora los puntos que esta responsabilidad comprende.

- 1.° La restitucion.
- 2.° La reparacion del daño causado.
- 3.° La indemnizacion de perjuicios.

La restitucion es el mejor medio de restablecer el derecho perturbado. Consiste en la devolucion de la misma

cosa, siempre que esto sea posible, con abono de deterioros ó menoscabo á regulacion del tribunal.—Se hará la restitucion, aunque la cosa se halle en poder de un tercero, y este la haya adquirido por un medio legal, salva su repetition contra quien corresponda.—Esta disposicion no es aplicable en el caso de que el tercero haya adquirido la cosa en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerla irreivindicable; tal sucede en el Derecho civil con la prescripcion, y en el mercantil con la venta de los efectos públicos celebrada con intervencion de agente de Bolsa.

La reparacion tiene lugar cuando la restitucion no es posible, y se verifica valorándose la entidad del daño por regulacion del tribunal, atendido el precio de la cosa, siempre que fuese posible, y el de afeccion del agraviado, es decir, la estima en que este tenia la cosa de que fué privado.

No siendo practicables los medios anteriores, se verificará la indemnizacion de perjuicios por regulacion de los tribunales, atendiendo no solo los que se hubieren causado al agraviado, sino tambien los irrogados á su familia ó á un tercero.

La accion para repetir la restitucion, reparacion é indemnizacion de perjuicios, se trasmite á los herederos del perjudicado contra el delincuente y sus herederos. Este carácter de tramisibilidad de la responsabilidad civil, prueba más que nada cuán agena es esta materia al derecho penal.

Réstanos tan solo indicar la forma en que responden los autores, cómplices y encubridores, principal y subsidiariamente.

Segun el Código, cuando haya dos ó más personas responsables civilmente de un delito ó falta, los tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno.

Sin embargo de esto, los autores, los cómplices y los

encubridores, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes á los demás responsables. — La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva; primero, en los bienes de los autores; despues en los cómplices, y por último, en los de los encubridores. — Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria, como la subsidiaria, quedará á salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes á cada uno.

Dos principios ha tenido en cuenta el Código al establecer las anteriores disposiciones. Por un lado el prudente arbitrio de los tribunales para la designacion de las cuotas á cada uno de los culpables atendiendo á su perversidad y á sus medios de fortuna. Por otro, el interés del perjudicado que debe ser completamente restablecido en los derechos que le han sido infringidos. Armonizando estos dos principios, el Código ha venido á establecer que el ofendido sea por completo reintegrado, solidaria y subsidiariamente por los autores, cómplices y encubridores del delito, por más que luego estos se entiendan entre sí para el pago de sus respectivas cuotas. Finalmente, segun el Código, el que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito ó falta, está obligado al resarcimiento hasta la cuantía en que hubiere participado.

Concebimos que una persona pueda tener participacion á título gratuito en el aprovechamiento de los efectos de un delito, cuando recibe un regalo ó donativo de un objeto robado sin su conocimiento. Nada hay de inmoral, ni de criminal en semejante caso, y sin embargo, la ley exige la responsabilidad civil, porque no es justo que nadie se enriquezca gratuitamente con los bienes de otra persona sin su consentimiento; *nemo cum alterius damno debet fieri locupletior.*