

El término necesario de los derechos y de las obligaciones llega respecto del sujeto, por la muerte de una persona ó por la pérdida de una de sus cualidades, por ejemplo, la edad, la impubertad, la minoría para las que se ha constituido el derecho. Pero aunque los derechos y las obligaciones se extinguen para la persona difunta, pueden trasmitirse, cuando no son personales, á otras personas que se hacen acreedores ó deudores, y nosotros veremos en la teoría de la sucesion hereditaria que una persona tiene tambien el derecho de hacer disposiciones testamentarias para el caso de muerte, es decir, para la época en que deje de tener derechos para sí misma, porque tiene el derecho de proveer, por lo que hace á su patrimonio, á la realizacion de los fines lícitos que se extienden mas allá de la vida. El término de las relaciones jurídicas llega por parte del *objeto* cuando, por un lado, el objeto físico individual, al que se refieren las obligaciones, perece, ó cuando, por otro, se hace imposible la prestacion de una accion (*ad impossibilia nulla datur obligatio*). Finalmente, las relaciones jurídicas pueden acabar, cuando el fin para que han sido creadas cesa por circunstancias independientes de la voluntad de los interesados. Así es como en derecho privado, por ejemplo, la servidumbre de sacar agua de la fuente de otro debe cesar, cuando en terreno propio brota un manantial de agua de la misma calidad y en cantidad suficiente. En cuanto al derecho público y social, deben modificarse leyes é instituciones cuando ha cesado su razon de existencia, cuando un cambio en las convicciones y en todas las condiciones de la cultura intelectual, moral y económica, exige el empleo de otros medios y de otras formas políticas y sociales. Las instituciones políticas, como vestido del cuerpo social, deben cambiar con las causas que le hacen adelantar en la cultura. Por otro lado, el Estado mismo tiene el derecho de abolir aquellas instituciones sociales cuyo fin puede alcanzarse convenientemente dentro de las formas establecidas; los Estados modernos, que han roto abiertamente con la edad media, han obrado bien y con justicia al suprimir, en una idea moral y económica, los cláustros con los bienes de manos muertas. Con todo, en tales casos, exige la equidad que los bienes sean aplicados por el Estado á algun destino de un fin análogo, como lo ordena, por ejemplo, el código prusiano.

El fin voluntario de las relaciones jurídicas tiene lugar cuando una persona renuncia á un derecho por un acto de voluntad, ó cuando bastantes personas que se encuentran en una relacion jurídica la hacen cesar de comun acuerdo por contrato. Para tal fin de

derecho se necesita un acto de voluntad, porque, en general, la imposibilidad ó un impedimento ocurrido en el ejercicio de un derecho no produce la pérdida del derecho mismo. El acto voluntario por el que una persona abandona un derecho, se llama, en general, abandono ó enagenacion (*alienatio*), que se verifica de dos maneras, ó por la renuncia y el abandono, cuando el derecho se extingue sin entrar en la esfera del derecho de otra persona, ó por la tradicion y la cesion, cuando el derecho tal como existe, por ejemplo, la propiedad, ó tal como él ha sido constituido, por ejemplo, una servidumbre, se trasfiere dentro de la esfera del derecho de otro. La trasmision de un derecho se rige por la regla. *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet.*

El término voluntario de los derechos no puede tener lugar mas que en el dominio del derecho privado y especialmente para los derechos que conciernen al patrimonio. Los derechos absolutos de la persona son enagenables; no obstante, hay derechos que se refieren á la persecucion de los delitos ó crímenes cometidos contra derechos absolutos, tales como el honor, y que, sin embargo, no se persiguen de oficio, sino solamente por demanda de la persona ofendida, que puede, por consiguiente, renunciar al ejercicio del derecho por consideraciones morales. En el derecho público, en donde los derechos constituidos para el bien público son obligaciones al mismo tiempo, no puede haber cesion ni renuncia, aunque esta se halle hoy todavía admitida por lo que respecta al ejercicio de ciertos derechos, por ejemplo del derecho de eleccion.

CAPITULO VI.

DEL DERECHO Ó DE LOS MEDIOS JURÍDICOS PARA MANTENER Y RESTABLECER EL ESTADO DE DERECHO.

§ XXXV.

De las diferencias entre las causas civiles y criminales en general.

El órden del derecho debe existir intacto en todas las relaciones para que se pueda llevar á cabo un desarrollo regular en las diferentes esferas de cultura de la vida social. Todos los miembros de un concejo están llamados desde luego, cada uno en su esfera propia, á mantener el estado de derecho, obrando libremente de una manera conforme á sus derechos y á sus obligaciones, y reparando de buen grado los agravios que han hecho, las lesiones de derecho

que han cometido, ya por error, ya por inadvertencia ó por dolo. La mejor garantía para el orden del derecho en general consiste, por parte de cada uno, en la ejecución voluntaria de todo lo que es justo, porque todo el estado del derecho tiene sus raíces más sólidas en la voluntad buena y justa de todos los miembros de un concejo. Por una consideración tan profunda como verdadera concebía Platon al hombre como un Estado en pequeño, que debía regular toda su vida propia en conformidad con los principios de justicia para que el Estado, el hombre en grande, pudiera tener bases sólidas, y también fué Platon, quien, al ver el origen de toda acción justa ó injusta en la disposición interior del alma, establecía, para curar el mal en su origen, la enmienda del culpable como fin de la pena. Con efecto, cada hombre debe, ante todo, gobernarse á sí mismo, juzgar los casos que se presenten y ejecutar en todo libremente según los principios del derecho.

Sin embargo, la imperfección del hombre y del Estado social no permite contar con certidumbre que todo lo que es derecho sea ejecutado libremente, que no ocurra alguna lesión, y que la que se hiciera sea libremente reparada. Es, pues, necesario que el orden de derecho, que está constituido en el Estado por un principio absoluto, como un organismo especial permanente, esté provisto de los medios necesarios, tanto para realizar el fin del derecho, formulando la ley, gobernando dentro del espíritu y los límites de la ley y ejecutándola por las funciones administrativas y judiciales, como para emplear en caso de necesidad la *coacción* ⁽¹⁾, como un medio de mantenerla y de restablecerla. A la ciencia del derecho público toca desenvolver los principios formales de esta organización de los poderes; á la parte general del derecho solamente corresponde exponer las maneras principales por donde puede turbarse ó lesio-

(1) La fuerza es siempre un modo eventual para la ejecución del derecho. Pero, como se ha considerado largo tiempo la fuerza como una fase esencial del derecho se ha querido establecer ingeniosamente todo un sistema de diversos géneros de fuerza, fuerza de *prevención*, de *ejecución*, de *restitución*, de *satisfacción*, etc.; es una suerte que á pesar de estas teorías, el derecho, en la inmensa mayoría de casos, se ejecuta libremente. Además, en los casos en que se aplica, la fuerza no puede ser sino indirecta; la voluntad, el poder del yo, es tan inseparable del yo, que nadie puede forzarla. Cuando un sirviente no quiere prestar el servicio á que se ha comprometido, no se le puede forzar directamente; se pueden ordenar penas, obrar con amenazas sobre la voluntad, pero solo á esta corresponde decidirse, cediendo ó resistiéndose á estas influencias. En los casos que se trate de préstamos de objetos materiales, se embargan en la ejecución estos objetos ó una parte equivalente del patrimonio del deudor.

narse el estado de derecho, y el modo con que en esta consideración debe ejecutarse la acción del Estado.

El estado de derecho puede ser alterado por pleitos, litigios, que se promueven entre diversas partes sobre relaciones ó negocios de derecho, en los cuales se cree una parte lastimada por otra. El Estado establece las formas de procedimiento, en que las partes han de ventilar sus pleitos sobre lo que consideran como su derecho y principalmente en materia de derecho real, sobre lo mío y lo tuyo. La causa es aquí un pleito concerniente á derechos propios, privados, es una causa civil. Los medios de derecho ofrecidos á las partes son acciones por las que ellas prosiguen directamente una demanda, ó excepciones, por las que una parte tiende á hacer ineficaz la acción de la otra. El procedimiento se realiza generalmente en cuatro grados, por la fijación de la causa en litigio (*status causæ et controversiæ*), por la investigación de la verdad, por medio de las pruebas, por el juicio y por la ejecución del juicio, cuando la parte no ejecuta libremente. El procedimiento debe organizarse de manera que conduzca lo más prontamente posible á un juicio formal que ofrezca la más grande probabilidad de hallarse conforme con la verdad material.

Pero el estado de derecho puede ser lesionado también por un ataque directo cuando la voluntad de una persona se ha dirigido á realizar un acto (de comisión ó de omisión) por el que queda inmediatamente lesionado el derecho de otra persona física ó moral. Tal voluntad directa es la manifestación de una disposición perversa de alma y voluntad, que presenta un peligro permanente para el mantenimiento del estado de derecho, de donde surge para el Estado el deber de tomar al punto medidas para garantizar el orden de derecho contra la repetición de actos análogos de parte del mismo delincuente, principalmente por la suspensión del ejercicio de su libertad, y después para restablecer en él una voluntad dispuesta á obedecer á la ley. La causa en este caso es criminal. La distinción entre las causas criminales y las civiles se determina raramente bajo un punto exacto de vista. Ella no puede establecerse objetivamente según el género de los derechos lesionados, porque un delito ó crimen puede cometerse en todos los dominios del derecho contra los derechos absolutos, la vida, la libertad, etc., como contra los derechos de propiedad, solo puede establecerse según la manera en que se ha realizado la lesión del derecho. En las causas civiles, la lesión, si ha tenido lugar, es indirecta, se reviste de formas legales; puede haber error ó fraude en una venta; pero esta es

una forma legal para las transacciones, y el fraude no forma mas que un accidente vicioso; en la causa criminal, por el contrario, la lesion se ha llevado á cabo contra la ley formal, ha atacado directamente una ley, ella es patente, absoluta, porque la ley como tal ha sido violada en su carácter de defensa absoluta. En oposicion á esta lesion absoluta, se llama frecuentemente hipotética la lesion en una causa civil; no obstante, esta expresion no es bastante exacta, porque la lesion no es antes condicional que indirecta. En la causa civil, por ejemplo en una venta, es posible que la voluntad de una parte haya sido en el fondo tan perversa como la de un criminal, que los agravios causados á la otra parte sean, si se quiere, más grandes que en un robo; pero la lesion se ha ocultado bajo la forma legal de un negocio jurídico, que el juez debe mantener intacto hasta que se haya probado la lesion; y en las causas civiles es bastante mas difícil distinguir, por lo que respecta á los hechos, el fraude del error, mientras que en la causa criminal se supone que todos conocen la ley, de suerte que todo acto voluntario cometido por intencion directa (por dolo) ó indirecta (por inadvertencia, culpa), contraria á la ley, es un delito ó un crimen. Sin embargo, si en una causa civil se han cometido actos prohibidos por una ley penal, por ejemplo una falsificacion de documentos, estos actos se hacen objeto de una persecucion criminal especial. Las consecuencias de una lesion civil son, ó la nulidad del negocio jurídico, ó la condenacion al pago, ó la prestacion de daños y perjuicios. La consecuencia de una lesion criminal es el *castigo*, destinado á obrar sobre la voluntad perversa.

Las lesiones criminales (hecha abstraccion de los delitos cometidos contra la prohibicion de una ley de policia, cuyo carácter debe exponerse en la teoria del derecho público) deben distinguirse bajo diversos puntos de vista; primero y principalmente en delitos y crímenes propiamente dichos, segun la gravedad de la lesion que hay que determinar, segun que los bienes y los derechos lesionados son mas ó menos importantes, irreparables, como la vida, la salud del espíritu y del cuerpo, etc., ó reparables como lesiones de patrimonio; despues en lesiones del derecho ó de la moralidad, por ejemplo, la bigamia, el incesto; estas distinciones forman tambien elementos diferentes para medir la culpabilidad del delincuente.

La *culpabilidad*, cuya magnitud se mide segun el grado en que un acto criminal en si puede imputarse al hombre, debe ser determinada segun dos elementos, uno objetivo, suministrado por la cualidad, la gravedad ó la magnitud de la lesion, y otro subje-

tivo, suministrado por la cualidad de la voluntad perversa, por la manera con que le determinó á la accion, segun que la accion fué instantánea ó premeditada, segun que la intensidad de la voluntad perversa se ha manifestado por el gran número ó por la magnitud de las dificultades que habia que vencer, y segun que el delincuente ha sido el autor, cómplice ó participante de un crimen; que le ha realizado ó intentado; finalmente, todo lo que denota la intensidad, la continuidad, la duracion, la extension ó la magnitud de la perversidad, agrava la culpabilidad. Se considera con frecuencia como condicion esencial de la imputabilidad y de la culpabilidad el que la voluntad haya estado libre; pero el delito es una prueba de que el delincuente no ha obrado con verdadera libertad, la que es siempre conforme á los principios de la razon, que por el contrario, ciertas pasiones é intereses particulares han dominado el poder de la razon y el imperio de sí mismo; importa, pues, para la garantia del orden del derecho, restablecer en el delincuente la verdadera libertad por los medios convenientes del castigo. Para que un acto sea imputable, se necesita solamente que el delincuente le haya realizado por su voluntad, en la que él ha puesto y manifestado su yo moral, y que se haya hallado en un estado que le haya permitido comprender la ilegalidad y las consecuencias de su acto. Todo lo que, por lo respectivo al delito en cuestion, ha turbado ó suspendido el ejercicio de su razon, como la embriaguez, el peligro inmediato para su propia vida ó de los suyos, una enfermedad mental, la edad de la impubertad, etc., aminora ó excluye la imputabilidad del acto. Hay, por otro lado, en un gran número de criminales, muchas circunstancias independientes de su voluntad, como la mala educacion, el mal ejemplo que han tenido delante de su vista en la familia, la falta ó la insuficiencia de la instruccion en una escuela, etc., que han hecho contraer malos hábitos, no les han permitido formar suficientemente su juicio y les han predispuesto al crimen. En el derecho penal actual no se han tenido bastante en cuenta estas circunstancias, que aminoran en mucho la culpabilidad personal, atribuyendo una parte de la falta al orden social, que, en una de sus partes constitutivas, en la familia, la comunidad, ó en el poder central, ha faltado al deber hacia uno de sus miembros, que se ha hecho culpable de un crimen. Hay doctrinas, como el materialismo y el panteísmo, que considerando al espíritu como una cualidad del organismo físico, ó como un accidente del alma del mundo, y negando la libertad, esparcen tambien graves errores sobre la imputabilidad, que en rigorosa

consecuencia deben hasta negar completamente. Con todo, estas teorías erróneas han provocado investigaciones mas profundas sobre la libertad y la imputabilidad; se ha reconocido lo que hay de exclusivo y de falso en la antigua concepcion de todo punto abstracta, que aísla al hombre del medio social, en el que nace y se desarrolla; la estadística criminal inclina, es verdad, demasiado hácia la fatalidad, no haciendo resaltar suficientemente este hecho que las leyes que rigen la produccion de los crímenes permanecen muy distintas de las leyes fatales del órden físico, en cuanto son siempre susceptibles de modificaciones profundas por causas morales libres, por un cambio en las tendencias, los sentimientos, las costumbres, por cierta cultura intelectual y moral de los hombres; sin embargo, esta estadística ha contribuido por su parte á poner en evidencia la verdad, de que las acciones presentan siempre, como toda la vida humana, un doble aspecto, individual y social, y que la influencia del medio social sobre las acciones es tanto mas fuerte cuanto el yo, núcleo moral del hombre, ha sido menos cultivado en sus facultades y fuerzas propias. Estas influencias no pueden debilitarse mas que por una mayor cultura del yo moral del hombre, por la educacion y por la profusion de la instrucción. Pero para que el Estado adquiriera el derecho de castigar el crimen, tiene ante todo el deber de vigilar porque se ofrezca á los niños el primer medio esencial para prevenirlo, la instruccion elemental sobre los primeros objetos y deberes de la vida social. Sin la instruccion obligatoria, el derecho del castigo queda para el Estado un derecho semi-bárbaro, porque le ejercita sin la obligacion correspondiente. Sin embargo, el Estado, con todos los medios licitos de prevencion y de vigilancia, no puede dominar todas las malas influencias sociales y con el sistema mismo de la instruccion obligatoria no puede impedir que, en casos individuales, sean insuficientes la instruccion, así como la educacion en la familia; es necesario, pues, que para el castigo ordene el código penal que se tengan en cuenta estas circunstancias exteriores, y que por lo que hace á los tribunales se dé á los jueces, cuando el jurado ha declarado á un hombre culpable, una latitud bastante grande, dentro de ciertos límites, para pronunciar segun la individualidad del caso, una pena mas ó menos grande; el fin de la pena en sí misma no puede consistir mas que en enmendar la educacion, que ha sido defectuosa, como lo ha probado el caso individual, y las cárceles deben organizarse, no como escuelas de instruccion mútua para el crimen por la vida comun de los criminales, haciéndose mas viciosos por el contacto.

pero sí para tratar en ellas, con una terapéutica moral, á cada criminal individualmente, aislándole por consiguiente de los demas malhechores. Todavía quedan bastantes progresos que llevar á cabo en el código penal para la determinacion de la culpabilidad y de las penas, en los tribunales para las reglas prácticas de la apreciacion en los casos individuales, y en la ejecucion de la pena para el fin de la enmienda por un buen sistema penitenciario.

La teoría del derecho penal consiste esencialmente en tres partes, una de las cuales trata de los delitos, otra de la pena y del fin de la pena, y la última del cumplimiento de la pena. La primera parte está todavía defectuosa, por cuanto, en la teoría de la imputacion de los crímenes, no tiene en cuenta lo bastante las circunstancias principales que hemos indicado; la segunda ha sido tratada generalmente bajo un punto de vista abstracto, porque se cree poder separar el fin formal, jurídico, y el fin ético, moral; solamente la tercera se ha desarrollado hasta el presente y de una manera feliz, prescindiendo del formalismo de los criminalistas en los sistemas penitenciarios, pero debe agregarse al derecho penal como la última parte de la mas grande importancia. Tratarémos todavía aquí de las dos últimas partes, puesto que la organizacion formal de los tribunales debe exponerse en el derecho público.

§ XXXVI.

De la pena.

A. De la naturaleza, de la razon y del fin de la pena ⁽¹⁾.

La determinacion de la naturaleza de la pena supone el conocimiento de su razon y de su fin.

1. La razon del derecho de castigar, ó lo que hace que la pena esté justamente impuesta por el Estado, reside en la lesion del derecho reconocido formalmente por la ley, es decir, en la falsa relacion en que se ha colocado al delincuente por su voluntad subjetiva con la ley objetiva y pública del derecho. El órden verdadero exige que el sujeto ó el miembro del Estado subordine sus acciones á la ley, salvaguardia del derecho general. Pues este órden se ha trastornado; el sujeto se ha puesto en oposicion con la ley, se ha

⁽¹⁾ La teoría de la pena ha sido expuesta segun los mismos principios, aunque bajo una forma diferente, por M. Roeder, en su escrito *Zur Begründung der Besserungstheorie*, Heidelberg, 1847, y *Besserungstrafe und Besserungs-Anstalten als Rechtsforderung*, 1864.

colocado por encima de ella, y ha establecido por su accion una máxima que si viniera á ser general anularia todo el órden del derecho; habiendo sido alterado el derecho por el hecho del delincuente, resulta de ahí para el Estado la necesidad de tomar medidas para restablecerle.

II. El objeto de la pena ⁽¹⁾ ó del castigo es el *restablecimiento del estado del derecho*, viciado por el delito ó el crimen. La ley debe ser restablecida en su dominio para que de nuevo se ostente en su poder y majestad, y para que salga victoriosa cuando el crimen se presenta como un combate ó en rebelion contra ella.

Relativamente al modo de restablecimiento del estado de derecho, es preciso distinguir en la pena dos objetos consecutivos: el objeto *inmediato*, que debe ser directamente realizado por el *derecho*, por la accion de la justicia del Estado, y el objeto *final*, que solo puede ser un objeto *ético*, humano. De estos dos objetos, el primero está subordinado y necesariamente ligado al otro como objeto medio, al objeto final. De este modo reconocemos una relacion íntima entre el objeto jurídico y el objeto ético de la pena, así como hemos reconocido la misma relacion en el doble fin del derecho en general (§ XXX); aquí tambien el fin jurídico consiste en establecer las *condiciones* de que depende la realizacion del objeto final de la pena. Por la distincion entre los dos objetos de esta, conciliamos, naturalmente, las dos teorías contrarias profesadas acerca del particular, una de las cuáles solo atiende al fin jurídico y hace abstraccion del ético, al que coloca fuera de la accion del derecho y del Estado que abandona á la moral; mientras la otra solo atiende al fin ético, ó mas bien moral, que es la enmienda individual del culpable, y hace abstraccion del órden general del derecho y de los medios prescritos por la justicia. Examinemos ahora estos dos objetos á la vez en su distincion y en su relacion.

1. El objeto jurídico de la pena consiste en el empleo de los medios necesarios al *restablecimiento* del estado de derecho. Restablecer el órden de derecho en todas las relaciones y bajo todos los aspectos en que ha sido alterado, es el objeto general de la pena. Pero

(1) En el fondo, la pena, en el sentido propio de la palabra, no es mas que una de las medidas que ha de tomar el Estado á consecuencia de la lesion de un derecho con respecto al mismo delincuente; el establecimiento del estado de derecho es el fin general de la accion del Estado respecto á una lesion de derecho, y el castigo no es mas que una parte de esta accion; pero como es la accion principal á la cual se reduce con frecuencia toda la accion del Estado, tomaremos aquí el término de castigo para esta accion general.

estos medios no pueden determinarse bien en derecho, sin que desde luego se considere el fin individual y moral que el castigo debe perseguir en la persona del culpable. El derecho no existe en definitiva sino para la personalidad humana, para los bienes que es preciso realizar en la vida; el derecho de castigar tiene, pues, tambien su fin último en la persona del culpable, y debe encaminarse á poner al delincuente en tal situacion, que no vuelva á cometer el mal y la injusticia, antes bien haga de nuevo el bien conforme al derecho y á las leyes. Así, pues, todas las medidas adoptadas por la justicia criminal deben tener por norte la enmienda á la vez moral y jurídica del culpable; y es un gran error el admitir con algunos autores que el estado de derecho puede restablecerse sin que la persona del culpable se enmiende, ó el creer que la ley social del derecho queda satisfecha y restablecida en la posesion de su poder y majestad cuando el culpable ha sido simplemente eliminado de la sociedad humana por la prision ó la pena capital. La ley social no es una abstraccion: existe para el hombre, para el cumplimiento de los fines de la humanidad, y cada hombre, á causa del principio divino que reside en él y le hace capaz de levantarse del estado de abatimiento en que ha caido por su falta, puede pretender que toda ley tenga en cuenta su cualidad de hombre, y no sea ofrecido en holocausto al ídolo de un principio abstracto. La ley debe recibir el alma y la vida por su union íntima con el fin de la vida humana, que nadie puede perder por completo. En la antigüedad pagana el Estado y la ley eran el fin, y el hombre el medio; pero desde el cristianismo, el hombre, por su cualidad de ser divino é inmortal, es el fin, y el Estado y su ley no son sino un medio especial de realizar los fines del hombre. Por esta razon, la ley penal, sean las que fueren las medidas que aplique al culpable, debe encaminarse en último resultado á su enmienda. Los medios de castigo solo son, pues, justificables en cuanto son condiciones necesarias para la correccion, á la vez jurídica y moral, del culpable. Comprendemos así que la pena no tiene objeto en sí misma, y que la ley no debe castigar por castigar, sino para alcanzar, por medios bien apropiados, un fin humano, reinstalando al culpable, con relacion á su voluntad y á toda su condicion moral, causa del crimen, en el estado de derecho, es decir, en el estado moral de querer lo justo y lo bueno, que ella debe devolverle la verdadera libertad jurídica y moral, y con esta la libertad exterior.

Los criminalistas modernos se dividen en dos categorías, segun que admiten una teoría *relativa* ó *absoluta* de la pena. Estos, sepa-

rando en su mayor parte los dos objetos de la pena, y considerando el objeto moral como fuera de la justicia pública, han señalado diferentes objetos menos á la pena que á la ley penal, pero estos objetos son enteramente exteriores: unos quieren que la ley ejerza una coaccion física sobre la voluntad de todos los que se sientan inclinados á perpetrar un crimen y obre de este modo por intimidacion como medida de prevencion general (Feuerbach); otros sostienen que la pena no tiene objeto especial y que es únicamente la consecuencia de un principio establecido. Estos criminalistas han llamado á su doctrina teoría *absoluta*, por oposicion á las que se encaminan á un fin cualquiera por la amenaza legal ó por la aplicacion de la pena. Pero estas teorías están basadas sobre una falsa abstraccion, por la cual el derecho se separa de la moral, la ley penal se desvia del fin humano, y la personalidad queda sacrificada á un principio formal; subvierten el orden de las ideas, llamando absoluto á lo que tan solo es un medio, y tratando de simple medio al hombre, en quien reside el verdadero principio absoluto y divino. Colocan el principio formal de la pena, unas veces en la igualdad, renovando bajo una ú otra forma la ley del talion; otras, en la expiacion del crimen ó en el orden mismo que mediante el castigo queda restablecido en el respeto de todos; esto es siempre una concepcion abstracta del derecho. En estos últimos tiempos se ha formado una escuela de criminalistas, que no queriendo discutir sobre el fondo de las doctrinas absolutas y relativas, han preferido dar á su doctrina el nombre de *teoría de justicia* (Gerechtigkeitstheorie), pero no han hecho con esto mas que erigir en teoría una *peticion de principio*, porque se trata precisamente de determinar en qué consiste la justicia de la pena. En general puede decirse de todas estas teorías, modificando una antigua fórmula bien conocida, que su máxima es: *Fiat justitia et pereat homo*, al paso que la verdadera fórmula es tambien aquí: *Fiat justitia NE pereat homo*.

Acabamos ya de determinar el objeto final mas importante de la pena, la enmienda del culpable, porque el objeto jurídico no es realmente sino un medio con relacion al objeto final, y este medio no puede comprenderse sin el fin. Pero la enmienda del culpable, aunque esencial, no es todo el fin por completo de la accion del Estado por lo que respecta á una lesion de derecho.

2. El objeto final completo consiste en restablecer hasta donde es posible por los medios del derecho, todos los *bienes* cuya lesion ha revelado el crimen. Este restablecimiento se manifestara bajo tres aspectos: primero con relacion al *criminal*, que por su accion

ha descubierto el mal estado de su alma y de su voluntad, y que debe ser corregido á fin de que se transforme en un hombre bueno y justo; luego, con relacion á la *persona agraviada*, á quien la justicia debe procurar si es posible la restitucion del bien personal ó real que ha sido atacado por el crimen; y por último, con relacion al *Estado*, perturbado en la seguridad del derecho, que es un bien formal de la totalidad de los ciudadanos. Examinemos ahora estas tres fases, bajo las que debe cumplirse el objeto final de la pena.

a. Con relacion á la persona del delincuente, el objeto final de la pena es, como ya hemos visto, la enmienda del culpable. Esta enmienda no puede limitarse únicamente á hacer la voluntad perversa exteriormente conforme con la ley, á hacer del delincuente un hombre legal, sin mejorar su moralidad, porque el hombre es uno, su voluntad una, y es imposible dividirlos en dos mitades, una de las cuales esté sometida á la accion de las medidas tomadas por la justicia, y la otra abandonada al acaso. Por otra parte, como el derecho es siempre un modo del bien, toda medida de justicia debe ser buena y restablecer el principio del bien en el alma del delincuente. El hombre puramente legal no ofreceria garantía alguna para lo futuro si no se enmendase moralmente. Como toda vida procede del interior, es preciso tambien reformar el interior del hombre cuando se quiere dar una base sólida á su conducta exterior ó legal. La justificacion para el Estado de que no se limita al empleo de medios exteriores, y que se encamina además á la enmienda moral del culpable, reside, por un lado, en el acto del delito ó del crimen por el cual el delincuente ha revelado la existencia de una voluntad á la vez inmoral é injusta; y por otro, en la imposibilidad psíquica y ética de establecer una separacion entre la voluntad legal y la voluntad moral. Pero el Estado ciertamente no puede efectuar por sí solo la enmienda de la conciencia: debe dirigirse, para conseguirlo, á las instituciones morales de la sociedad, que hacen de la reforma de los culpables un objeto de su actividad.

Cuando examinamos mas especialmente las medidas de derecho que el Estado debe adoptar con relacion al delincuente, á fin de restablecer su voluntad jurídica y moral, reconocemos, entre otros, los medios siguientes:

La primera condicion es *negativa*: consiste en la privacion de la libertad *exterior*, de la que el delincuente ha hecho un uso ilegal. El culpable debe ser previamente alejado de la sociedad, en cuyo orden ha introducido la perturbacion. Pero esto no es mas que un medio exterior.

Las condiciones *positivas* para la mejora de la voluntad son los diferentes medios psíquicos que deben aplicarse según los *grados* de la culpabilidad; en la teoría penal, es preciso determinarlos detalladamente. Entre estos medios puede mencionarse desde luego el que se encamina á despertar la conciencia moral, obligando al delincuente á reflexionar por medio del *aislamiento* sobre su estado, á entrar en sí mismo y á tomar la resolución de corregirse. El aislamiento, sin embargo, no puede ser absoluto; el delincuente debe recibir del exterior, y sobre todo por parte de las personas con quienes está en contacto, los consejos y la instrucción moral que pueden volverle al buen camino. A estos medios internos es preciso agregar luego la *disciplina* exterior, de la que necesariamente forma parte un trabajo regular, en relación con los grados de culpabilidad y la capacidad personal. Estos medios de enmienda aparecen, atendido el estado moral del delincuente, como un *mal*, y son sentidos por él como una *pena*, por lo regular muy dura; no obstante, considerados en sí mismos, son un *bien* para el culpable, quien, si tuviese una verdadera inteligencia de su situación, los pediría por sí mismo como cosas buenas y justas. El castigo no tiene, pues, por objeto imponer un verdadero mal al culpable, sino aplicarle los medios de enmienda más conformes á toda su situación, aunque en su estado anómalo y viciado le parezcan un mal ⁽¹⁾.

b. Con relación á la persona ofendida, la pena debe asimismo tener por objeto el restablecimiento del estado de derecho: es preciso, en cuanto posible sea, *restituir* los bienes que han sufrido, ya directamente, ya mediante la prestación de *daños y perjuicios*. Es verdad que muchos crímenes producen un mal irremediable, ó un daño superior á toda reparación; estas son desgracias que ocurren en la vida finita de los hombres, y que ninguna pena tiene el poder de remediar.

c. Con relación al Estado, el castigo tiene por objeto restaurar el orden de derecho, como un bien general que constituye la seguridad de todos sus miembros. La ley, protectora de todos y superior á todas las voluntades individuales, debe alcanzar al criminal que la ha despreciado, para conseguir de él la confesión de su falta, el arrepentimiento, y ser así restablecida en el respeto de todos. Cuando

(1) Véase sobre este asunto M. Røder: *Commentatio an poena malum esse debeat*, 1839. Véase también, sobre las diversas teorías penales, la obra reciente de M. Røder: *Die herrschenden Grundlehren von Verbrechen und Strafe in ihren inneren Widersprüchen*, 1867. (Las doctrinas reinantes sobre el crimen y la pena en sus contradicciones interiores).

se considera al Estado como un orden moral y divino, el castigo se presenta como el medio de restablecer la armonía destruida por el crimen (Savigny); y hasta imita la justicia divina, que obra también para la enmienda individual y para el restablecimiento del orden universal del bien. Al mismo tiempo, la pena, examinada con relación á la totalidad de los ciudadanos, es un medio de *prevención general* y aun de *intimidación*, porque las medidas que implica son á propósito para hacer impresión en los ánimos dominados aun por motivos sensibles, y retenerlos en la senda del bien. Inútil es añadir que la pena es, con relación al delincuente, el mejor medio de prevención *especial*, porque la enmienda supone la conversión sincera al orden moral.

La teoría penal que acabamos de bosquejar reúne así, en la unidad del principio, muchos fines particulares que habían sido separados para hacer del uno ó del otro el principal.

Esta teoría es, en su base, una teoría de justicia; toma su punto de partida en una lesión del derecho, y quiere restablecer el estado del derecho en su origen, la buena y justa voluntad; ella no considera la ley como una especie de Moloch, que pide el sacrificio de los hombres, pero sí quiere restablecer el reino de la ley; del mismo modo que es una teoría de prevención general y especial, ella ofrece, por la enmienda de los culpables, la mayor seguridad para el orden social; la pena es también una reacción contra el crimen, no una reacción ciega, obediente á una ley física, pero sí una reacción inteligente que tiene un fin moral; si el formalismo lógico de Hegel, tan pretencioso como vacío de sentimiento humano, llamaba á la pena la negación de la negación, es decir, del crimen, debe notarse que el crimen no es una simple negación, porque el criminal negando el orden moral y jurídico, hace alguna cosa positivamente mala, que generalmente no se deja anular en sus efectos, pero cuyo origen, la voluntad, debe mejorarse positivamente; y Krause llama con razón una indigna burla de la humanidad á la aserción de Hegel, de que se honra al criminal tratándole, según la ley del talion, de la misma manera que él ha obrado. La justicia social, aunque en el tiempo pasado haya excedido con mucho por las torturas y el estado de las prisiones, la atrocidad de los criminales, no debe ponerse en el mismo nivel con el crimen y adoptar sus máximas. Ella no debe honrar al criminal; pero debe respetar al hombre en sí y hacer de él nuevamente un miembro digno de la humanidad. La teoría de la enmienda no va en busca de una expiación mística, pero sí de una verdadera expiación por el arrepen-

timiento, por una reforma, á menudo lenta y penosa, de toda la conducta del culpable.

Las objeciones que se han opuesto á esta teoría carecen de fundamento. Se supone que ella confunde el derecho con la moral, y que la enmienda es un hecho interno; que no es de tal naturaleza que pueda probarse con certeza; que bien puede ser una de las consecuencias de las medidas penales, pero que no puede ser su fin. Sin embargo, la culpabilidad, que forma el punto de partida, es igualmente un hecho interno, que por lo mismo debe determinar el juez segun ciertos hechos y circunstancias exteriores, y esta apreciacion es frecuentemente mucho mas difícil y menos segura que la de los directores y empleados de una prision, que durante algunos años se hallan en comunicacion diaria con el culpable. Una certidumbre completa, absoluta, no existe nunca sobre hechos internos, de cuyo derecho con todo no puede prescindirse; nunca existe sobre la culpabilidad y sus grados, ni sobre la enmienda; pero hay una apreciacion media que debe servir de regla; ningun juicio debe estar rodeado de una infalibilidad aparente, debe ser susceptible de rectificacion, como lo veremos muy pronto en la teoría de la ejecucion del juicio. Nosotros demostraremos solamente la ilusion que se hacen los legistas, cuando se proponen restablecer, solamente por el castigo, una voluntad exteriormente conforme á la ley, sin cambiar la disposicion moral del hombre. Se dice además que con arreglo á esta teoría, que para la enmienda deberia obrar siempre individualmente, no se podria establecer un sistema objetivo y una medida general de penalidad, y que en muchos casos no habria proporcion alguna entre la magnitud del crimen y la de la pena, si el culpable, como podrian probarlo muchas circunstancias, se enmendaba pronto y hacia adquirir la conviccion de que obraria en lo sucesivo de conformidad con las leyes. Contra estas objeciones hay que hacer observar por de pronto, que ninguna teoría penal presenta un modo completamente seguro para medir la penalidad segun el grado de la culpabilidad; pero que la teoría de la enmienda ofrece bajo este aspecto la mas grande certidumbre relativa, porque la culpabilidad y la pena correspondiente están determinadas por el mismo principio, segun el grado de perversidad de la voluntad. Todas las demas teorías tienden á un fin quimérico, cuando intentan encontrar un punto de ecuacion entre los actos criminales y las penas. La teoría del talion (ojo por ojo, diente por diente), para no caer en el imposible y en el absurdo (en el caso, por ejemplo, en que el malhechor mismo no tiene ya dientes

ó no tiene mas que un ojo), ha debido trasformarse en talion llamado ideal; pero ninguna de estas teorías hará comprender jamás que se pueda hacer una ecuacion, por ejemplo, entre una cantidad de privacion de fortuna para el robado y otra cantidad de privacion de libertad para el ladron; son dos magnitudes inconmensurables, cuya ecuacion se presenta como un despropósito mucho mas evidente que el del matemático que intente hallar la cuadratura del círculo. La teoría de la enmienda, por el contrario, obra con los mismos elementos, proporcionando al grado de perversidad de la voluntad que un criminal ha manifestado en el crimen, las medidas y el tiempo suficiente para corregirla. Es cierto que en este castigo debe tenerse siempre en cuenta la individualidad del hombre y el caso especial; no obstante, del mismo modo que en la estadística, se buscan los diversos términos medios (lo que se llama el hombre medio), de la mortalidad, del crimen, del suicidio, etc., y que hay para el arte de curar, bien que deba ejercitarse siempre segun el caso individual, ciertas reglas generales, así tambien existen para el arte moral y jurídico de curar, aun cuando apenas se halle bosquejada, ciertas reglas que se refieren al hombre moral medio: estas reglas deben desde luego formularse en la ley, despues aplicarse por el juez, segun la latitud que debe dársele para el juicio, al caso presente, habida consideracion á todas las circunstancias, y, por último, en la ejecucion debe modificarse todavia el juicio, segun la *individualidad* del hombre.

La teoría de la enmienda no permite la *pena de muerte*. Aunque esta pena aparezca todavia inevitable en la guerra, situacion en sí misma excepcional de la vida social, ella debe desaparecer en la justicia regular de un Estado. Por de pronto, es necesario establecer como principio que el Estado no tiene poder sobre la vida que el hombre recibe inmediatamente de Dios, y que es el origen de todos los bienes y de todos los fines, cuyo cumplimiento no debe el Estado interrumpir, sino facilitar. Siendo tambien el orden social un orden de ayuda y asistencia para el bien como para la desgracia, el Estado tiene deberes que cumplir para con los criminales, que sufren á menudo más la pena de las faltas ajenas, de su familia y de la sociedad misma, que de su propia perversidad; y el Estado no cumple con estos deberes cortando la cabeza á los culpables, pero si levantándosela, enderezando su sentido moral, corrigiendo la educacion individual, que fué insuficiente ó poco apropiada en la familia ó en la escuela municipal. No hay despues razon alguna práctica que pueda exigir la pena capital. La opinion antigua, pre-

sentada bajo diversas fórmulas y justificando la pena capital como medio de intimidacion, ha sido refutada por la teoría y por los hechos. El malhechor que ha concebido el proyecto de un crimen, ya por excitacion súbita de una pasion, ya por una premeditacion lenta, ha perdido generalmente, por el decaimiento de su poder moral, la fuerza de renunciar por el temor de una pena lejana y de la que espera escapar, á un bien próximo y cierto, que se promete de la perpetracion de un crimen ⁽¹⁾. Además, se ha reconocido que la ejecucion de la pena capital es de tal manera desmoralizadora, despierta las pasiones brutales de la muchedumbre hasta un grado tal, que en muchos Estados en Alemania se la ha sustraído á la publicidad, haciéndola sufrir entre las paredes de una prision. Pero una pena que no consiente la luz de la publicidad está destinada á desaparecer bien pronto por completo ante las luces de la razon y ante la conciencia moral y el sentimiento de humanidad. Las causas que contribuyen á que se sostenga todavía son principalmente las preocupaciones y los sentimientos atrasados de las masas que los legisladores tienen demasiado en cuenta. Porque la legislacion tiene tambien la mision de adelantarse en una cierta medida al estado de cultura de un pueblo, de educarle, habituándole á poner su conciencia y su sentimiento en consonancia con los principios mas elevados, mas humanos, que han de proclamarse por las leyes. El estado de civilizacion se halla ahora bastante adelantado en la mayor parte de los países de Europa, para hacer desaparecer esta pena del código criminal, y hay motivo para esperar que el respeto que el Estado profese á la inviolabilidad de la vida humana ha de ejercer una influencia favorable sobre la conciencia, los sentimientos y las acciones de todos sus miembros ⁽²⁾.

(1) Un eclesiástico inglés, destinado á una prision, prueba que de 167 condenados que ha conducido al cadalso, 164 habian asistido antes á una ejecucion (véase M. Holzendorff: *Vortrage über die Todesstrafe*, Lecciones sobre la pena de muerte. Berlin, 1865).

(2) En los tiempos modernos la cuestion de la abolicion de la pena de muerte ha dado un gran paso hácia una solucion afirmativa. Antiguos adversarios de la abolicion se han convertido en celosos partidarios de ella; por ejemplo, M. Mittermaier (que acaba de morir, el 28 de agosto de 1867), cuyo escrito sobre la pena de muerte (*Die Todesstrafe*, etc., 1862), ha sido traducido á muchas lenguas; en los Cuerpos legislativos de muchos Estados (sobre todo de Bélgica, Italia, Austria, Baviera, Sajonia), la proposicion de abolir la pena de muerte ha reunido, si no mayoría, á lo menos un número tal de sufragios, que se puede prever que, en una época poco lejana, habrá desaparecido de las leyes esta pena. En Alemania, sobre todo, ha comenzado una nueva época para este asunto, por la Asamblea na-

B. De la ejecucion de la pena.

4. La teoría de la ejecucion de la pena se ha formado fuera de la ciencia del derecho penal, que una vez pronunciado el juicio, abandonaba al delincuente en los muros de la prision para hacerle sufrir la pena dentro del plazo señalado. La obra mas importante y difícil que se presentaba en este momento apenas pudo sospecharse. Felizmente las autoridades constituidas y los juriconsultos no son solo los depositarios del derecho. La justicia es un ministerio general de la cultura humana, y cuando el órgano especial se hace infiel á su mision, surgen del medio del cuerpo social hombres que inspirados de ideas mas amplias, de sentimientos mas generosos de justicia, preparan reformas y obligan despues á la ciencia á ensanchar sus principios para comprender la verdad y el alcance de ellas. Así fué como en mitad del siglo décimooctavo se despertó el sentimiento de humanidad en corazones nobles cuando la ciencia permaneció sorda á su voz, y se comenzó la reforma de las prisiones por infatigables esfuerzos del célebre inglés William Howard, quien sobrecogido de horror y de la mas viva compasion á la vista del estado de las prisiones en Inglaterra y otros países (la Alemania y la Italia), logró despertar la opinion pública (con el libro *State of modern prisons*), y hacer fundar en Gloucester, en 1771, la primera casa de correccion, con la separacion de los presos dia y noche ⁽¹⁾. De esta manera se sentó la base del

cional de Francfort en 1848, que votó con una fuerte mayoría (288 contra 146) la abolicion de la pena de muerte (á excepcion de los casos previstos por el derecho de guerra), como uno de los artículos de los «derechos fundamentales del pueblo alemán.» Cuando la reaccion política, fué restablecida la pena de muerte en casi todos los países, excepto en el gran ducado de Oldenburgo, en el ducado de Nassau, en el de Anhalt-Bernbourg y en Bremen. Los tribunales superiores de los dos primeros países, interrogados hácia 1860 por los gobiernos sobre el restablecimiento de la pena de muerte, han declarado que esta necesidad no se habia dejado sentir, y esta pena ha permanecido abolida. Contra esta pena se han declarado: en Alemania, la escuela de Krause, Feuerbach, hácia el término de su vida, Mittermaier, Berner, Nollner, Berger, Glaser, Gotting y otros; en Italia, M. Mancini en sus excelentes *Discorsi per l'abolizione della pena di morte*, *pronunciati nella camera dei deputati*, 1865, y MM. Pessina, Ellero, Pisanelli y otros; en Bélgica, MM. Haus, Ducpetiaux, Vischers, Nypels; en Francia, Lucas, Berenger, Ortolan, J. Favre (en su discurso al Cuerpo legislativo, que rechazó, sin embargo, la proposicion por 212 votos contra 23) y otros. La cuarta asamblea de juriconsultos en Maguncia, 1865, se declaró igualmente, con una fuerte mayoría, contra la pena de muerte.

(1) No es este el sitio para contar la historia del sistema penitenciario; dirémos

sistema penitenciario: con el aislamiento de los presos se comprendió la enmienda como el fin esencial del castigo; se completó el derecho del castigo por el deber del Estado de reconocer en cada hombre sus derechos eternos y sus facultades inagotables de vida y de rehabilitación moral, y de contribuir por los medios de que dispone á la enmienda del hombre corrompido por el crimen. El sistema penitenciario ha hecho desde entonces progresos lentos pero incesantes; la teoría de la enmienda, cuya verdad se confirma en que ella sola forma el enlace natural entre las dos partes separadas hasta el presente del derecho penal, entre la ciencia de los crímenes y de las penas y la de la ejecución de la pena, se halla adoptada hoy por todos aquellos que se ocupan de las prisiones, y ella llama con golpes redoblados á la puerta de la ciencia del derecho penal, que aun obstinándose en mantener sus estrechos principios formalistas, se ve por lo menos obligada á tener cierta cuenta de la opinión ilustrada, reconociendo la enmienda al menos como uno de los fines del castigo. Pero la verdad no se satisface con un reconocimiento parcial; es necesario que la enmienda del culpable, desde el fondo de su ser moral, sea reconocido como el fin esencial, principal, y entonces puede darse por aumento todo lo demás que el Estado ó la justicia puedan exigir.

El sistema penitenciario se ha desarrollado al principio en América bajo dos formas diferentes, la de Filadelfia en Pensilvania, reformada mas tarde en la prision de Pentonville (cerca de Londres) y la de Auburn (en el Estado de Nueva-York), de las cuales una establece la separación celular de los condenados dia y noche, y la otra salamente durante la noche, imponiendo el silencio durante el trabajo comun del dia. De estos dos sistemas, el primero ha recibido la aprobación de la mayor parte de los hombres de ciencia ⁽¹⁾ y de práctica que han estudiado estas materias y dirigen las prisiones.

solamente que la reforma detenida momentáneamente en Inglaterra á consecuencia de las guerras con Francia, continuó enérgicamente en los Estados Unidos, por la Sociedad filosófica de 1787 y los Cuáqueros: en los Estados Unidos ha sido donde fué aplicado en las dos formas, pensilvana y auburniana.

⁽¹⁾ Por el sistema pensilvano se han declarado: en Francia, de Tocqueville y de Beaumont, Moreau-Christophe, Ampère; en América, Lieber, el difunto rey Oskar de Suecia; en Bélgica, M. Dupetiaux; en Alemania, Julius, Fuesslin, y sobre todo M. Röeder, que lo defiende enérgicamente contra diversas alteraciones actualmente intentadas, particularmente contra el sistema llamado irlandés (véase Röeder: *Strafvollzug im Geiste des Rechts*, 1865) (de la ejecución de la pena en el espíritu de la justicia); y: *Besserungstrafe und Besserungstrafanstalten*, 1864 (de la pena de corrección y de las instituciones penitenciarias).

nes, porque él solo está acomodado al fin, al paso que en el sistema de Auburn el silencio, aunque pueda mantenerse exteriormente, se reemplaza por un lenguaje elocuente de signos, de manera que el buen germen despertado por la instrucción y en el recogimiento se ahoga sin cesar por el aire infectado de una sociedad de hombres viciosos. El sistema de aislamiento completo es, al contrario, el desarrollo consecuente del principio, de que el hombre depravado por el crimen debe aislarse de todas las influencias malélicas para que su conciencia moral despierte y se enmiende por el arrepentimiento, por los medios de instrucción moral y religioso, por un ejercicio de todas sus facultades morales é intelectuales y por un trabajo proporcionado á sus alcances. Con frecuencia y por largo tiempo se ha acusado á este sistema de favorecer, por la severidad del aislamiento, la enagenación mental ó el decaimiento de todas las fuerzas morales y físicas; pero esta objeción, refutada por la estadística, ha sido generalmente abandonada. Sin embargo, es necesario reconocer que este sistema dista mucho de ser perfecto en la aplicación, que se espera demasiado todavía del silencio de las paredes lo que el corazón y el lenguaje de todos aquellos que tienen que ponerse en comunicación con los criminales deben llevar á cabo; no basta que el preso sea visitado diariamente durante un corto espacio de tiempo por el director, el eclesiástico, etc.; se ha reconocido desde hace largo tiempo la necesidad, por una parte, de organizar asociaciones morales para la visita y la reforma de los presos, y por otra, de formar asociaciones de patronato para su colocación conveniente al tiempo de la salida de la prision. Finalmente, es necesario que los códigos penales se pongan en justa relación con el sistema penitenciario de aislamiento, que siendo á la vez mas severo y eficaz, exige la reducción del tiempo de las penas en una gran proporción.

2. Una cuestión íntimamente ligada con la teoría de la enmienda es la de la *libertad condicional* de los detenidos, que despues de un cierto tiempo han dado á la dirección bastantes garantías de una conducta para lo sucesivo irreprochable, para que pueda soltárseles bajo la condición de que, en el caso de que cometan un nuevo delito, deban, sin juicio previo, volver á entrar en prision para sufrir la pena todo el tiempo que reste. La práctica es la que en Inglaterra ha conducido á esta medida ⁽¹⁾, aprobada hoy por la ma-

⁽¹⁾ Esta medida ha sido adoptada provisionalmente, desde 1862, en Sajonia, y el gobierno ha declarado repetidas veces (la última vez en agosto de 1867) que