

EL DERECHO

Órgano Oficial

de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, correspondiente de la Real de Madrid.

—TERCERA EPOCA—

Semanario de Jurisprudencia, Legislación, Economía Política y Ciencias sociales.

*S'il n'y avait pas de justice
il n'y aurait ni gouvernement ni société.*

EDOUARD LABOULAYE.

TOMO V.

MEXICO, 29 DE JUNIO DE 1894.

NUM. 24.

ACADEMIA MEXICANA
DE
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION
CORRESPONDIENTE
DE LA REAL DE MADRID. [1]

*VOTO del Sr. Académico Lic. D. Francisco de
P. Segura sobre si es real ó personal la ley
de sucesiones.*

Sr. Lic. D. Luis Méndez.

Presente.

C. de V. México Mayo 16 de 1894.

Muy estimado Señor compañero y amigo:

Fué en mi poder la apreciable de V. fecha 12 del actual en la que se sirve indicarme las cuestiones que deben votarse en la reunión que el Viernes próximo celebrará la Academia de Legislación y Jurisprudencia de esta Capital.

No siéndome posible concurrir á dicha reunión en razón de las enfermedades que me aquejan y por prohibición médica, me es muy honroso dar á V. mi humilde voto por medio de ésta, suplicándole que, si lo creyese capaz de formar parte de los que deben presentarse en la reunión indicada, se sirva tomarse la molestia de que se dé cuenta con él.

Las cuestiones propuestas en el sentido de la existencia de estatutos, no tienen razón de ser entre nosotros, porque la Soberanía conforme á los preceptos de la Constitución Federal, en ningún caso ni por ningún motivo puede estar

ni considerarse basada en el derecho civil, el cual solo subsiste por la voluntad deliberada del individuo y nunca por razón del precepto constitucional, que sólo cuida de la conservación y respeto que se debe á los derechos civiles, al declarar que son la base y objeto de las instituciones sociales.

Entre nosotros es tan secundaria á la nacionalidad el derecho civil y de tal modo se estima subsistente por la sola voluntad del individuo, que en los casos que se han presentado en los Tribunales de la Unión y que recuerdo dos, uno de sucesión testada y el otro de intestada, en dichos casos se han respetado; en el primero, la voluntad del individuo que testó en Francia en forma ológrafa, y en el segundo, el del domiciliado en Europa sin haber estado en el país, y ubicados los bienes en el Estado de Veracruz, bastó á la Federación el hecho de la existencia de los herederos, para que desistiera de toda adquisición.

Esto supuesto quedan contestadas las cuestiones en el sentido de gobernarse por la sola voluntad del individuo que domiciliado en un Estado sin haber salido de él, se regirá su sucesión por las leyes del mismo; pero si estuviese en distinto Estado, prodrá elegir para la forma de su testamento la legislación del lugar en que se encuentre ó la de su domicilio y según este principio, tienen derecho de hacerlo conforme á la legislación del país, todos los extranjeros, siendo respetada su voluntad con arreglo á los tratados.

Creo con lo dicho dejar contestadas las cuestiones propuestas, dando á V. las gracias más cumplidas por su inusitada bondad, y rogándole á la vez haga presente á los Señores Académicos la pena que me causa no poder concurrir á las reuniones que celebran, ofreciéndome de V. como siempre, affmo. amigo, compañero y S. que le distingue y estima.

Francisco de P. Segura.

VOTO del Sr. Académico Lic. D. Fernando Vega sobre la misma cuestión:

Opinión del que suscribe, sobre el cuestionario propuesto por el Sr. Lic. Don Luis Méndez, acerca del estatuto real ó personal que deba regir las sucesiones respecto de bienes ubicados en distintos Estados de la Federación, conforme al Código Civil del Distrito.

No obstante, la generalidad con que está concedido el art. 13 del Código Civil en favor del estatuto real para todo género de actos y contratos; puede sostenerse victoriosamente que ese cuerpo de leyes, siguiendo el impulso de la civilización moderna, se ha afiliado en parte al menos á la escuela italiana que proclamó la supremacía del estatuto personal en cuanto á la solemnidad interna en materia de sucesiones.

Mi fundamento es el siguiente: basada la escuela del estatuto real, en que una de las principales manifestaciones de la soberanía radica en la legislación de la propiedad territorial, no es permisible someterla, según ella, al influjo de leyes extraterritoriales cuya aplicación significaría una abdicación del poder soberano. Siendo ese fundamento el que ha impreso carácter al estatuto real, las escuelas que lo han seguido y los legisladores que lo han patrocinado, no han transijido con la escuela opuesta, porque la más leve concesión acerca de ese principio permitiendo que el estatuto personal pudiera eruirse alguna vez sobre la supremacía del poder soberano y sobre su legislación territorial, destruiría sus bases fundamentales.

Nuestro Código Civil en su art. 3286 permite que el extranjero que texte en el Distrito, escoja de preferencia su ley nacional en cuanto á la solemnidad interna de su testamento, es decir, tolera en un caso, que leyes extraterritoriales rijan la trasmisión de bienes inmuebles citados en esa demarcación, en el caso de un testamento otorgado por extranjero. Desde que la legislación del Distrito adoptó ese principio, no puede presentarse como *realista*, porque la realidad del estatuto es genérica, absoluta y no admite contemplaciones. Puede decirse que nuestra ley nacional ha adoptado un sistema mixto que acercándola á la pureza de la legislación italiana, la divorció por completo del realismo perfecto de la legislación francesa.

Con apoyo de esas observaciones, contesto la primera interrogación del cuestionario declarando: que las sucesiones abiertas por testamento otorgado en el Distrito Federal, por extranjero ó mexicano, se regirán por el estatuto real ó personal á elección del testador.

Al colocar al mexicano en la misma posición que guarda el extranjero conforme al art. 3286 citado, me fundo en el carácter dominante en el régimen federativo sobre el cual está vaciada nuestra ley constitutiva.

Constituidos los Estados que forman la unión mexicana bajo el sistema de un lazo federal que les conserva su soberanía interior, sin más restricciones, ni más límites que los que el mismo pacto federal exige, sus legislaciones son esencialmente territoriales y están en actitud de defender con el mismo calor con que lo hacen las naciones cultas, que leyes extranjeras ó de otros Estados de la Federación conmuevan las reglas fundamentales que constituyen y protegen su propiedad territorial. En otros términos, los Estados de la Federación mexicana pueden crear conflictos sobre su aplicación en casos determinados, homogéneos á los que presentan las naciones soberanas, conflictos que solo pueden ser definidos, como la Suprema Corte lo ha hecho ya en varios casos de competencias jurisdiccionales, á la luz de los dogmas del derecho internacional privado.

Esa jurisprudencia, resultado natural de nuestro modo de ser político, exhibe á los Estados de la Federación con toda la omnipotencia de su poder legislativo, y mientras una adición constitucional no fije como límite de esa soberanía, [como muy pronto tendrá que hacerse], un conjunto de disposiciones de carácter federal que, unificando la legislación sobre estatutos en materia de sucesiones que afecten la propiedad raíz poseída por extranjeros, exhiba á la nación mexicana como un solo pueblo y con una sola ley, ni esos Estados podrán tolerar que su propiedad raíz quede sometida á las leyes particulares de otros Estados de la misma Federación, ni los originarios de una de esas entidades soberanas perderán los derechos que su domicilio de origen les otorgue.

Así, pues, el originario de un Estado de la Federación, es extranjero en otro Estado de la misma para los efectos de la cuestión sobre estatutos. Así lo impone la fisonomía de nuestras instituciones y ese es el diapasón que nuestra Corte de Justicia ha marcado.

Me apresuro á declarar que la aplicación del estatuto personal para el caso en que ese sea el preferido por el testador que testa en el Distrito, debe tener como límite las exigencias y las prohibiciones derivadas del derecho público dominante en el lugar de la ubicación. Dé manera que la prohibición que las corporaciones tienen para adquirir bienes raíces, y en general todas las disposiciones en cuya adopción se interesa la soberanía nacional, serán siempre una frontera ante la cual se detendrá impotente el estatuto personal.

Al hablar de estatuto personal en el sentido con que lo he estado sosteniendo, me refiero al de nacionalidad ú origen, no á la *lex domicilli* que ambulante y mudable como lo es, no retrata ese vínculo social y político que dá la ley nacional y que imprime un sello indeleble al estatuto personal del testador, de modo que, salvo el caso de naturalización ó cambio de ciudadanía, el extranjero y el mexicano que testen en el Distrito Federal, disponiendo de bienes raíces existentes en él, aún cuando estén domiciliados en algunos de esos lugares y de paso en el de la testamentifacción son libres para optar porque su ley nacional ó de origen, pero no para testar conforme á las leyes de su último domicilio. El Código Civil faculta para escoger entre la ley *patria ó la mexicana*. Estas frases se oponen á la *lex domicilli* del testador.

Como se advierte, he limitado las hipótesis á los bienes raíces situados en el Distrito. Si la sucesión se forma de bienes raíces ubicados en diversos Estados de la Federación y alguno de ellos profesa el principio de la realidad de los estatutos, no podría evitarse que hubiese tantas sucesiones cuantos fuesen los Estados que repudiesen la personalidad del Estatuto. Observación elocuente que reclama principios y bases generales que unifiquen nuestra legislación nacional en este punto, sea como una adición constitucional, ó bajo la forma de un *acuerdo* entre los Estados.

En cuanto al interés que consista en bienes muebles, nuestro Código Civil no es partidario de ningún estatuto y deja en completa libertad al testador para elegir la ley á que deba sujetarse la disposición de esos bienes.

RESUMEN.

1. ° La legislación del Distrito Federal conservó la supremacía del estatuto real en caso de sucesiones intestadas referentes á bienes inmuebles ubicados en él.

2. ° Respecto de sucesión testamentaria de esos mismos bienes, se apartó de su tradicional realismo en cambio de un sistema mixto, que, dejando en libertad á los extranjeros que testen en el Distrito, para preferir su ley patria ó nacional, obliga empero al extranjero ó mexicano que testa en el exterior, á someterse precisamente á la ley de la ubicación del inmueble por lo que respecta á la solemnidad interna del acto.

3. ° Supuestas las anteriores conclusiones, puede afirmarse que nuestra legislación no es *realista pura* en materia de estatutos, y que al sancionar su art. 3286, dió un paso jigantesco hacia la supremacía del estatuto personal, que no está en

relación con el principio retrógrado que conservó en su art. 17.

4. ° Que, supuestas igualmente las anteriores proposiciones, el cuestionario debe resolverse de este modo:

A. Las sucesiones intestadas, por lo que respecta á los bienes inmuebles situados en el Distrito, se regirán por las leyes del lugar en que están situados.

B. Las sucesiones intestadas por lo que respecta á los bienes muebles, se regirán por las leyes del último domicilio del difunto, en virtud de la ficción por la cual se supone que los muebles se encuentran en el lugar donde reside su dueño, (*mobilieria ossibus inherent*).

C. Las sucesiones extestamento otorgado en el Distrito Federal por extranjero ó mexicano, se regirán en cuanto á su solemnidad interna por las leyes de la ubicación de los bienes muebles é inmuebles, ó por las de la nacionalidad, á elección del testador, cuando esos bienes se encuentren en el Distrito Federal ó en territorio de algunos Estados que hayan proclamado el Estatuto personal y siempre que las disposiciones del testador no violen leyes territoriales sobre cuya vigencia y ejecución se interese la soberanía del pueblo. Si el testador no hace elección alguna, la solemnidad interna se regirá por los principios expuestos en los incisos A. y B.

D. Si el testamento es otorgado en el Extranjero por extranjero ó mexicano, el estatuto real sobre inmuebles no puede ser violado respecto de los bienes situados en el Distrito.

Tal es la opinión del que suscribe y la cual ha expuesto con el temor de no haber asertado reduciendo á principios generales y á proposiciones absolutas, una de las materias más vastas y complejas del Derecho Internacional privado y sobre la que por desgracia, nuestros codificadores no se portaron ni con precisión, ni elevándose á las alturas de la civilización moderna.

México, Junio 1. ° de 1894.

Lic. Fernando Vega.

VOTO del Sr. Académico Lic. D. José Algara.

1. ° Conforme á nuestro derecho positivo ¿qué ley debe regir la sucesión por testamento ó ab intestato, de bienes muebles, en caso de conflicto de leyes entre distintos Estados de la República, y por lo que mira al orden de suceder, cuantía de los derechos sucesorios y validez intrínseca de las disposiciones testamentarias, cuando las hubiere?

La ley personal, según lo dispuesto en el art. 17 del Código Civil del Distrito, que conforme al art. 32 de la ley de extranjería, de 28 de Mayo de 1886, tiene carácter federal, así como todas las disposiciones de dicho Código y del de Procedimientos Civiles del Distrito, que restringen ó conceden derechos á los extranjeros.

2. ^o Si se resolviere á favor de la ley personal la cuestión anterior ¿qué ley personal debe entenderse, la del Estado á que pertenezca como ciudadano el autor de la herencia ó la del último domicilio legal que hubiere adquirido?

La del Estado á que pertenezca como ciudadana no el autor de la herencia—Los arts. 12, 14, 16 y 17 del Código Civil del Distrito, declarados federales, al referirse á la ley nacional, denotan la del país de donde es nativo ó ciudadano el individuo; y no pueden extenderse dichos artículos á significar la ley del domicilio legal, cuando se aplican á la resolución de los conflictos de Derecho Internacional privado interno.

3. ^o Conforme á nuestro derecho positivo ¿qué ley debe regir la sucesión por testamento ó abintestato, de bienes inmuebles, situados en distintos Estados de la República, sujetos á diferentes leyes, y por lo que mira al orden de suceder, cuantía de los derechos sucesorios y validez intrínseca de las disposiciones testamentarias, cuando las hubiere?

La ley de la ubicación conforme á los arts. 13 y 17 del Código Civil del Distrito, declararon federales.

Al formular éste voto del modo más concreto posible y en el sentido que expresan las respuestas que anteceden, consecuente con mis ideas manifestadas en diversas ocasiones, he procurado ajustarme al texto y á la recta interpretación de los artículos respectivos del Código Civil del Distrito.

Estos constituyen, hoy por hoy, nuestro derecho positivo sobre la importante materia de sucesiones, discutida en la Academia; y no contienen, en resumen, sino la antigua teoría de los estatutos, algun tanto modificada.

Ciertamente tales artículos no fueron adoptados para decidir todos los conflictos con leyes extranjeras que hoy resuelven, ni mucho menos como reglas generales de Derecho Internacional privado interno: sin que, por otra parte, haya para que insistir, pues bien lo saben los Señores Académicos, cuán notables son los progresos que ha alcanzado el derecho internacional privado en todas sus par-

tes, con posterioridad á la promulgación del referido Código Civil del Distrito.

Siendo todo esto así, después de haber emitido mi voto, ciféndome al derecho positivo actual, séame lícito expresar el deseo de que ese derecho sea en breve reformado y ampliado, toda vez que no fuere posible que una ley especial federal, á la altura de los adelantos de la ciencia y apropiada á nuestro régimen peculiar federal, venga á fijar definitivamente las bases para la resolución de toda clase de conflictos de leyes externos ó internos que puedan suscitarse en la República.

México, Mayo 25 de 1894.

José Algara.

VOTO del Sr. Académico Lic. Francisco L. de la Barra.

Ciudad de México, 1. ^o de Julio de 1894.

Creo que, conforme á los textos legales vigentes en el Distrito Federal, á los antecedentes históricos de nuestra legislación en la materia del cuestionario formulado por el Señor Presidente de la Academia y á la aplicación que de aquellos han hecho nuestros tribunales, el Estatuto Real es el que rige las sucesiones testadas é intestadas que versen sobre bienes raíces ubicados en Estados de la República, cuyas legislaciones difieren de la del Distrito.

Las tendencias de la Ciencia del Derecho, que muestran las obras recientes más señaladas, aseguran que para la resolución de los conflictos legales en materia de sucesiones llegará á dominar el Estatuto Personal, con algunas restricciones clara y precisamente fijadas.

F. L. de la Barra.

VOTO del Sr. Académico Lic. D. Agustín Verdugo.

1. ^o Cuál es, según los Códigos del Distrito Federal, el estatuto que rige las sucesiones testadas é intestadas que versan sobre bienes ubicados en Estados de la República, cuyas legislaciones difieren de la del Distrito?

RESPUESTA: *En cuanto á las solemnidades externas*, los arts. 14 y 2. ^o parte del 3286, prescriben que rijan las leyes del Estado de la República, donde el testamento se otorgue, ó se abra la sucesión legítima. Es la aplicación del conocido principio: *locus regit actum*.

En cuanto á la capacidad activa ó pasiva para heredar los bienes de la sucesión, hay que distinguir, si se trata de los raíces ó de los muebles. Respecto de los primeros, el artículo 13 ordena

incondicionalmente y de una manera absoluta que debe regir la ley de la ubicación de tales bienes. Esto se confirma además por la prescripción del artículo 17, que se refiere á la hipótesis de testamentos otorgados en el extranjero por extranjero. Este texto legal salva siempre el estatuto real de los bienes raíces. Nada significa en contra de esta interpretación la declaración contenida en la 1.ª parte del citado artículo 3286, pues este texto legal no dice la menor cosa expresamente sobre bienes raíces, y no se concibe por qué el legislador había de ser más celoso de la observancia de sus leyes cuando se trata de testamentos otorgados en el extranjero para ser ejecutados en México, que tratándose de los otorgados en México mismo por extranjeros. Además esta interpretación se halla de acuerdo con todo el sistema del Código sobre bienes raíces, y apoyada, sin discrepancia alguna, por nuestra Jurisprudencia. Es la aplicación del principio: *lex loci rei sitae*, que entre nosotros reviste todos los caracteres de ley de interés público hasta el extremo de que la adquisición de bienes raíces en la República por extranjeros, los hace suponer Ciudadanos Mexicanos según el art. 30 inciso 3 de la Constitución Política nuestra.

En cuanto á los muebles debe regir la ley personal del testador ó autor de la sucesión, por argumento de mayoría de razón, fundado también en la última parte del art. 17. Es la aplicación del principio: *mobilia sequuntur personam*.

2.ª ¿Debe regirse toda la sucesión hereditaria por la ley del lugar del testamento, por la de la nacionalidad ú origen del *de cuius* ó por la de su domicilio?

Respuesta: Dada la anterior, no creemos necesario ocuparnos sino de la inteligencia que deba darse á la personalidad de la ley aplicable, según que se trate de conflicto entre las legislaciones de dos Estados de la República, ó con ley extranjera. En el primer supuesto la ley personal del *de cuius* es la de su domicilio, entendiéndose por éste la del Estado de la República á que pertenece, y no la de su nacionalidad, porque entre nosotros no pasa lo que en Suiza, donde á pesar de la Confederación hay una ley intercantonal que prevee el caso de sucesión. Y igual decisión creemos deber formularse en el segundo supuesto, toda vez que México para los extranjeros es una República Federativa, en la que cada Estado es soberano é independiente en cuanto á su régimen interior.

México, Mayo 25 de 1894.

A. Verdugo.

Hace suyo el nota anterior el que suscribe.

F. G. MENDIZABAL.

RESUMEN

DE

Penalidad Positivista.

I.

EL PROBLEMA.

De las cuestiones de penalidad, la fundamentación del derecho primitivo es la más importante y trascendental, aunque á primera vista puede parecer la que menos interesa, como quiera que el derecho de castigar no es controvertido; nadie se lo desconoce á la sociedad; todos le admiten de consuno como necesario en ella, y ni en doctrina, ni en la práctica se le ha disputado; ningún publicista enseñó jamás que carezca de él la sociedad, y ningún delincuente ha pretendido nunca su defensa por la negación de ese derecho; unos le han sostenido en las disquisiciones científicas, y otros á él se han sometido, aún reclusos en una cárcel, vislumbrando en sombría lontananza el negro porvenir de una condena penal. Tan unánime asentimiento es de los hombres de todos los tiempos, y se ha ejercido ese derecho en todos los pueblos desde sus primeras civilizaciones. Pero si nadie niega ni duda siquiera, que á la sociedad corresponde la punición del delincuente; si así es reconocido por todos; si su creencia en la realidad y necesidad del derecho de penar es una, no son sino múltiples y variados los sistemas que se profesan para explicar y demostrar el fundamento de ese derecho; no hay igual concierto y uniformidad de ideas respecto á él, y de las contradictorias opiniones en ese ápice de la penalidad emanan las divergentes acerca de su objeto y de sus límites, con relación á los hechos que haya de considerarse justiciables, como á las penas con que deban serlo.

Desaparecían los derechos individuales entre los excesos del régimen penal antiguo, que en vano se esforzaba en garantizar la paz social, con los tormentos crudelísimos del delincuente. Eran las mayores penas la mutilación y la muerte, quemando vivo al reo, ó echándole á las bestias bravas para que le matasen, y las penas mínimas, las de los *menores yerros* azotarle, herirle publicamente, ponerle en la picota ó colocarle al sol, desnudo y untado de miel para que le comiesen las moscas (1). Mas bajo

1 Leyes 4.ª y 6.ª, tít. 31 p. 7.ª

el influjo de humanitaria reacción contra el rigorismo de las penas, fundado en la preponderancia de los derechos sociales, nació la teoría radical que, dando vida á la ciencia del derecho primitivo, ha suavizado la penalidad, y tiende á unificarla en la pena de privación de la libertad, que debe constituir la principal del sistema de represión, mientras antiguamente "la cárcel no era dada para escarmentar "los yerros, más para guardar los presos tan "solamente en élla, hasta que fuesen juzgados."

Háse atribuido empero, á la mitigación de las penas, el crecimiento alarmante de la criminalidad, y contra la corriente de ideas promotoras de los derechos del delincuente, se ha renovado la ciencia penal. La nueva escuela criminalista, con auxilio de algunas ciencias naturales, dá diversa solución al problema de responsabilidad y de la justificación de la pena, y volviendo por el restablecimiento de aquella preponderancia del Estado, pugna por el de una extrema penalidad, considerando único eficaz preservativo del delito, la eliminación de los reos, en el patíbulo, ó entregándolos á la desesperación de las condenas perpetuas.

II

LA DEFENSA SOCIAL.

El positivismo penal, que en muchas de sus conclusiones fundamentales no es doctrina nueva, sino que admite, si bien innovándolas, algunas antiguas y debatidas, adopta como base del derecho de castigar, el de la defensa social, deduciéndole de la observación de los seres vivientes, en los cuales advierte, desde los más simples hasta el hombre, el más perfecto, un hecho universal y constante, el de la lucha por su existencia, hecho que se manifiesta reaccionando cada uno en defensa de ella contra todo ataque. Observa asimismo, que los organismos sociales son tan antiguos como los animados, y que la reacción ha sido siempre tanto individual como social, sino que en los animales y en las primitivas razas humanas domina la reacción individual, al paso que en las razas superiores la social.

Esa reacción defensiva ha sido siempre, ó bien instantánea, inmediata, al verificarse el acto agresivo, ó bien posterior á él, cuando ha pasado y se ha creído tiempo más oportuno para la reacción, siendo las dos fases propias del ser individual como del social y habiéndose ejercitado desde el principio en una ú otra la reacción, según que las circunstancias in-

dicaban necesario ó más conveniente, resistir desde luego el ataque ó diferir la resistencia. Mas con el discurso del tiempo y el perfeccionamiento de la sociedad, prevaleció á la individual la defensa social, tanto porque el ataque á un miembro de la sociedad es también contra ella, tiende á debilitarla ó á destruirla; sobre todo si la priva de un miembro útil, y conviene que ella le resista, cuanto porque la defensa individual, acompañada de animosidad y espíritu de venganza, tira á propasarse de los límites de una justa defensa y necesaria resistencia, y el exceso provocaría nuevas agresiones que serian resistidas con nuevas reacciones produciendo desorden social mayor.

A los comienzos de la sociedad y cuando ha pasado la reacción de individual á social, de transitoria á permanente, reasume el derecho punitivo, como los demás derechos de autoridad, el jefe de la sociedad, quien es á un tiempo mismo, legislador, juez y ejecutor de sus soberanos mandamientos. Progresando la sociedad y complicándose con su organismo las funciones autoritarias, nace y crece la necesidad de la delegación de su soberanía, y resignadas primero en algunos asociados las facultades gubernamentales meramente ejecutivas de las supremas resoluciones del sumo imperante, cede él después, el ejercicio de la autoridad judicial que se habia reservado y los delegados son entonces los magistrados investidos del poder de juzgar; llegando así por esa gradación, el derecho punitivo á la complejidad que en su ejercicio existe en las modernas sociedades. (1)

Tal desenvolvimiento se opera, en el proceso evolutivo de la sociedad humana, desde la tribu nómada hasta la sociedad civilizada, y no es error del positivismo, en las investigaciones sociológicas de que deduce la formación de la sociedad y el origen del derecho represivo, más que el atribuir á causas materiales y ciegas, á funciones orgánicas, las transiciones lentas en que la humanidad, desde la barbarie que se pierde en las tinieblas de las edades prehistóricas, ha conquistado la posición y altura que alcanza hoy día.

A su vez el derecho penal reconoce el positivismo tres fases, pues no habia de permanecer estacionario, ni ser siempre uno, sino modificarse progresivamente como el hombre y la sociedad sus depositarios, de quienes se deriva y quienes le ejercitan. Poseído en la

1 Ferrí. Los Nuevos Horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal, cap. II, págs. 48 y siguientes.—Madrid 1887.

sociedad primitiva por el jefe, quien á la autorid admilitar unía la sacerdotal reasumió el carácter de función religiosa, y el espíritu de que fué informado era el místico del arrepentimiento y de la enmienda. Después, recobrado su carácter puramente social, si perdió la forma religiosa, como salido de las manos del sacerdote, conservó empero su esencia de función moral, cuyo objetivo es la corrección, la retribución de un mal con otro mal; y la tercera fase de su evolución á la cual no llega aún; pero á ella le encamina la nueva escuela criminalista señalándole la vía, es la de función social, despojada y libre de todo espíritu religioso y moral; función que llamada á satisfacer necesidades sociales debe, en su ejercicio, referirse á ellas, depender de ellas, y son ellas independientes de la moral. [1]

Es evidente en la sociedad el derecho á su propia conservación, y de él germina el de precaverse y de perderse de cuanto á ella se oponga.

Puede resistir el ataque presente, como prevenir el futuro. La reacción en el peligro de mal inminente, es con propiedad de la defensa, mientras el castigo de los delitos es prevención en el peligro de mal remoto, originado de la probabilidad de ser repetidos. El derecho de conservación que autoriza á la prevención y á la defensa, dá derecho á los medios de ellas. El medio de la primera es la intervención de la fuerza pública, cuanto lo requiera la violencia del ataque y baste para repelerle, entre el agresor y el acometido, ya sea éste la sociedad misma, como en la guerra, las asonadas, los motines, ya alguno de sus miembros como en caso de delito contra un particular. El medio de la prevención es la penalidad, por cuanto es eficaz para impedir la reincidencia del delincuente y la imitación de quienes, sin las consecuencias afflictivas que se les hace sufrir, no hallarían reparo en imitarle. A la reacción inmediata en el momento del ataque, y para evitar su consumación y sus efectos, con razón se denomina defensa, que propiamente y de verdad lo es; mas á la punición, aplicada como se aplica, para prevenir nuevos ataques, verificado ya el que la motiva, y no para resistirle, no corresponde en rigor el nombre de defensa, impropriamente y *latu sensu*, si le conviene: si no tiende á impedir el ataque pasado, lo cual es imposible, se encamina á impedir el

futuro y si no es defensa de aquel, sí puede decirse que lo es de éste.

No está el error en trasladar la palabra «defensa» de su acepción estricta y natural, á otra lata y figurada, sino lo que es peculiar del derecho de defensa propiamente dicho, al de castigar que lo es impropriamente; confundir ambos en uno solo, ejercidos, como son, en momentos, ocasiones y con objetos bien distintos. Está el error, no en confundir sus denominaciones, sino los diversos derechos á que se aplican, atribuyendo al uno lo que no puede corresponder sino al otro por su naturaleza misma, y lo que por ella admite uno, el otro lo rechaza. Ambos tienen, sin duda, un mismo origen, la necesidad de propia conservación; pero se separan en todo lo demás; no existe contemporaneidad en su ejercicio; el de la defensa principia y termina, cuando el de premio aun no se presenta; el primero empieza con la agresión y con ella concluye, y donde ella acaba da principio el segundo; la condición de aquel es el ataque, la de éste la culpabilidad; aquel no tiene otro límite, sino la repulsión y cesación del acto agresivo, cuanto para ella sea necesario está dentro de aquel derecho; y el otro tiene sus lindes en el peligro nacido del delito como en la culpabilidad que lo origina, cuanto baste para disipar el uno, y cuanto la otra exija por su magnitud, está en el límite del derecho punitivo. Uno en el acto de la agresión, otro cuando ha pasado; uno se dirige á ella y para repelerla, otro, á cuyo ejercicio ella dá margen, se encamina á evitar subsecuentes agresiones que aquella hace temer. "El uso de la ley penal, dice Pache-co, coincide en algunos de sus resultados con "el uso de la defensa; es protección como ésta, "salvación como ésta, prevención como ésta. Pero si profundizamos algo en la naturaleza del uno y del otro, encontraremos sin "duda diferencias no menos capitales que los "distinguen y que destruyen la obra de las semejantes. Son parecidos, diremos, pero no son "una misma cosa la defensa y el derecho de "penar; tiene cada uno su carácter, y no son "idénticos sus resultados; no procede, pues, el "segundo de la primera; no puede asentarse "exactamente en ella el derecho que inquiri- "mos.» (1)

Es el error de la teoría de la defensa, como he indicado, el asimilar lo que impropriamente se llama defensa, con lo que lo es en realidad, y atribuir á la sociedad, con el derecho de cas-

1 Ferrí. I. c. pág. 57.

1 Estudios de Derecho Penal, lec. II, pág. 34.—Madrid 1887.

tigar, los mismos derechos que constituyen la defensa legítima; de tal suerte que, así como ella da derecho á resistir el ataque violento, á emplear la fuerza contra el agresor, á hacerle sufrir todo el mal necesario para dominarle y salvarnos de la injusta acometida, sin reparar en el estado moral del contendor, en que obre, ó no, culpablemente, y sea persona responsable de sus actos por reunir las condiciones de imputabilidad, ó bien carezca de ellas y sea un loco perenal, ó un niño sin discernimiento, nuestro derecho de defensa es siempre el mismo, como lo sería contra un bruto, contra la fiera alimaña que amenazase de vorarnos; así también que la sociedad, por sólo la ejecución del hecho calificado de delito, tenga derecho de penar al delincuente, sin atender más que al hecho material, y no á si le ha cometido conociendo su ilicitud, libre é intencionalmente.

Al explicar el positivismo el origen histórico del derecho penal, no asimila la defensa que se ejerce con la punición, á la verdadera defensa contra un ataque presente y el peligro de mal inminente; se aparta de tan errónea asimilación, y la hace de aquel derecho con la venganza individual, esto es, con la reacción del ofendido contra su ofensor, no en el acto de la ofensa y para librarse de ella; no en el momento de la agresión y para salvarse del mal que el agresor se propone, sino consumado ese mal, pasada la ofensa, por venganza y prevención de ataques ulteriores. Resolviendo Ferri la objeción opuesta á su teoría de la disimilitud entre ambos derechos existente, observa, que "se parangona muy mal por casi todos los criminalistas, la verdadera y propia defensa, con la represión social, cuando ésta, por el contrario, debe parangonarse con la reacción vengativa del individuo primitivo por las ofensas sufridas. Al castigar la sociedad al delincuente, no hace sino ejercitar aquella función que en las fases primitivas y bárbaras representaba la venganza del ofendido" (1). Reconócese, pues, como origen de la pena, la venganza individual, primera fase de la evolución que gradualmente la ha transformado en social y constante, diversificándola de aquella, cuanto es consiguiente al desarrollo y perfeccionamiento del ser social que la ejerce; y así, son distintas por su origen, aun en el positivismo, la defensa y la penalidad. El reconoce el mismo origen histórico que la escuela clásica, al derecho de penar: la venganza pri-

vada, la venganza instintiva, y están concordes en que á esa primitiva reacción individual contra el ofendido, corresponde la social contra el delincuente, el derecho punitivo.

Pero las identifica el positivismo, cuando hace de la pena una reacción como la verdadera defensa, independiente del estado psicológico del agresor ó delincuente, ciego y fatal, necesario en todo acto ó inacción calificados de delitos, y sólo por haberse verificado, siendo que para que la penalidad tenga carácter de defensa, es preciso que, pues es preservativo de nuevas ofensas, y consumado el hecho criminoso por sólo él no existe peligro de ellas, sino por el estado moral del delincuente, se atienda á la culpabilidad que hace temer nuevas lesiones de derecho. Con efecto, es falsísimo que la sociedad, cometido un delito, tenga sobre el delincuente el mismo derecho que se tiene, durante la agresión, sobre el agresor, en términos que el castigo sea justo é inevitable sólo por el hecho perjudicial, y sin consideración á más que á él. Con esto incide el positivismo en el error que por otra parte rehuye, de asimilar el derecho de defensa que un delito produce en el acto de su ejecución, la cual hace necesarios y legítima los medios adecuados á su resistencia, sea quien fuere el delincuente y cualquiera el propósito con que obre, con los derechos de la sociedad ya consumado el delito, pues asimila en cuanto á la aplicación, una á otra defensa. Y si, como veremos, atiende á la *temibilidad* del delincuente, graduándola por la aptitud de él para el delito, y la gravedad de éste, es para determinar la calidad y medida de la pena, pero la hace procedente la nuda violación de la ley, siendo secundarias las otras consideraciones.

Si se marca la línea diferencial entre la defensa propiamente dicha, y la represión que no lo es sino impropiamente, es aceptable como un elemento de la verdadera teoría fundamental del derecho represivo, aquella en que le funda el positivismo; es así, una parte de la profesada por la escuela clásica, con los títulos más propios de teoría de la conservación, de la utilidad social, etc.; y aun algunos criminalistas de esta escuela le han dado el de defensa, y presentado bajo de él, lo mismo que presenta con él la escuela positiva. Aquella hace intervenir además la justicia, como esencial elemento de la penalidad, la otra no la complica con él, ó mejor dicho, cree comprendida la justicia en la utilidad, lo cual, dice, no permite

penar todo, sino únicamente el hecho violatorio de derechos sociales. Advierte entre lo justo y lo útil aquella identidad que enuncia Ferrer al impugnar la refutación de la teoría de la defensa, combatida por presentarla sola, y no unida á la justicia. Ciertamente no es todo lo útil lo que con lo justo identifica el positivismo, sino, como expresa ese sabio criminalista, «lo útil que responde en definitiva á las condiciones naturales de la existencia humana en determinado tiempo y lugar, no lo útil inmediatamente, no conforme con aquellas últimas condiciones, y que nosotros los positivistas no tomamos nunca como regla de vida (1).» La escuela clásica, por el contrario, reconociendo la distinción entre una y otra idea, de justicia y utilidad, las combina para que formen unidas la base de la penalidad, con unión tal, que si falta la utilidad social en la pena, no es aplicable aún siendo justa, y si la utilidad existe, tan poco puede pensarse sin el merecimiento del delincuente ó excediéndole.

Sin excluir la justicia de la constitución esencial del derecho punitivo, atemperándole á la pro-comunal que es su objeto, la escuela clásica admite numerosas instituciones penales conformes sí con lo que exige el orden social, más no con los dictados de la justicia absoluta, como el castigo de acciones moralmente indiferentes, y la impunidad de algunas inmorales, si las primeras perjudican á la sociedad y no las segundas, por más que sean *prima facie* malas. Hechos moralmente indiferentes se califican de delitos en el articulado de las codificaciones inspiradas en las doctrinas clásicas de penalidad, como es por ejemplo, el presentar á un niño, pasados quince días de su nacimiento, al Juez del estado civil, ó el omitir su presentación, á que nuestro Código penal impone multa; y como es la mayoría de los delitos que con el nombre de contravenciones de policía en varios códigos y de faltas en el nuestro, se penan ya con arresto, ya con multa.

Justo es sin duda el castigo del delincuente, y á la justicia, que es inexorable, repugna toda excepción; no se compadece con ella la impunidad del criminal, bastando que lo sea para que merezca la pena, y debería aplicársele siempre, de seguir en la punición la norma inflexible de la justicia; mas las legislaciones sancionan esa impunidad, cuando es de utilidad común. Admiten las excepciones de responsabilidad criminal que por necesidad so-

cial han establecido el derecho constitucional y el internacional, á favor del Jefe del Estado y de los miembros del cuerpo legislativo, como en beneficio de soberanos ó jefes de gobiernos extranjeros, y de sus agentes diplomáticos en los países donde se hallan acreditados. La inmunidad de los soberanos ó jefes de gobierno es absoluta, comprensiva de todo delito y toda jurisdicción: la de los representantes de los pueblos en las asambleas legislativas, y de sus gobiernos cerca de potencias extranjeras, es relativa, comprende la de unos, los delitos cometidos en el ejercicio de su cargo, en la manifestación de sus opiniones y votos, para los cuales esa excusión garantiza la libertad necesaria, y la de los otros los hace irresponsables ante las autoridades represivas del Estado donde se hallan acreditados, y punibles por las del que representan; no se refiere á los delitos, sino á las jurisdicciones por quienes pueden ser juzgados.

Exigida de la justicia la punición de todo delito, lo es, en consecuencia, la inmediata apertura de la acción pública, nace de él, y siempre debería ejercerla el Ministerio público desde la existencia del delito; más se separa ciertamente de aquella norma invariable la ley penal, y sigue la de la utilidad social, al impedir á las veces la apertura de la acción desde que el crimen se comete, y convertirla en aleatoria, haciendo dependiente su existencia misma que germina del delito, de posteriores acontecimientos, sujetos á la voluntad, no sólo de autoridades, sí que también de los ofendidos, y aún del ofensor, de suerte que si el acontecimiento se realiza, la acción pública se produce, y de otra manera permanece cerrada, sin poder perseguirse el delito, no obstante que su castigo es en todas ocasiones, de absoluta justicia. Así, la acción penal por delitos de algunos altos funcionarios públicos, no nace si la cámara legislativa no autoriza la formación del proceso. En los delitos de golpes simples, robo entre ciertos parientes, adulterio, raptó, estupro, injuria, difamación y calumnia, la acción pública depende de autorización ó querrela del agraviado; por manera que al arbitrio de él se abandona la justa punición, y se procede así, atendiendo á razones diferentes respecto de cada delito, pero todas de pública utilidad que reclama tales condiciones de existencia de la acción penal. Para la persecución de otros delitos, como raptó y estupro seguidos de matrimonio del delincuente con la ofendida y el de supresión de estado, es también

1 L. c. pág. 62.

necesaria la sentencia civil que haya declarado la nulidad del connubio, ó resuelto la lite sobre el estado supreso.

Si opuestas á la justicia absoluta, aunque convenientes á la sociedad, son las condiciones que hacen aleatoria la acción pública, en mayor oposición con la justicia están algunas causas que extinguen esa acción y la de ejecución de las penas. En los delitos en que el nacimiento de la acción pública pende de queja del agraviado, si ésta la hace nacer, la condenación la extingue; por manera que realizada la condición de existencia de aquella acción, puesta en ejercicio, espira en perdonándose al culpable. Y si en esos delitos, por el perdón se extingue el derecho de acción, en el adulterio se extingue además el de ejecución y cesa la pena impuesta á los reos.

La prescripción extingue uno y otro derecho. El transcurso de cierto tiempo, determinado siempre por la ley, sin que se les haya ejercido, los extingue, aun iniciado el proceso, ó comenzada á sufrir la pena, y se libra al culpable, ya de procesamiento por el delito cuya acción ha espirado, ya de la pena corporal ó pecuniaria que le había sido impuesta. El fundamento de ambas prescripciones, ageno á toda idea de justicia absoluta, responde á una necesidad social. Para la prescripción de la acción pública milita un motivo que no puede concurrir en la de la pena, como que, una vez dictada, ha concluido el proceso, y en sus probanzas se apoya la condenación; y es que con el transcurso de mucho tiempo desaparecen los vestigios del crimen, y todo otro elemento probatorio de su existencia, como de la culpabilidad del reo; dificultándose más veces, imposibilitándose otras, y haciéndose todas ocasionado á errores el esclarecimiento de la verdad, y fáciles las injusticias. Pero es común á ambas prescripciones una razón de pública utilidad, que hace, sin dejar de ser justa la pena que no se ejecute, si ha sido dictada, ó que no se proceda á la instrucción y juicio, si aun no concluía, ó no se incoaba el procedimiento. Por el lapso de cierto tiempo desaparecen los efectos sociales del delito, la alarma de la sociedad, el peligro de reincidencia y de imitación del delincuente; olvidado el hecho delictivo que las hacía posibles y temibles, ha pasado el peligro de nuevas lesiones de derecho que la penalidad debía conjurar, y después de ese tiempo no tiene objeto, no es necesaria, ni útil; la sociedad no tiene derecho de imponer-

la, por esa carencia de beneficios ó efectos que en su oportunidad está llamada á producir; y que fuera de ella no son posibles.

Por el mismo criterio de utilidad social se rigen otras causas de extinción de los derechos de acción y de ejecución. Si desaparecen por perdón de los directamente ofendidos, también por perdón de la sociedad, concedido uno, como es siempre el de aquellos, á favor de reo determinado, personalmente á él; y otro con relación á determinado delito, y á beneficio de sus responsables, sin atender á su número, calidad, etc. El primero es causa de extinción de la pena y el otro así de ella, como de la acción pública. El indulto y la amnistía con que la sociedad se desiste de sus derechos de acción y de ejecución, no son instituciones fundadas en la justicia absoluta, que exige irremisiblemente la punición del culpable, sino en la utilidad social que hace conveniente la remisión total ó parcial de la pena, ó la renuncia á la acción pública; y perjudicial, en ocasiones, la rigurosa severidad de la ley, principalmente cuando los saludables efectos de la penalidad se han alcanzado no purgada todavía la que sobre el delincuente pesaba, que es uno de los fundamentos de la revocabilidad de las penas.

Abierta la acción pública, puesta en ejercicio por el Ministerio fiscal, su depositario, y sin que sobrevenga en el discurso de la sumaria ó del plenario causa alguna de suspensión ó extinción, no se impone al procesado la penalidad correspondiente; y ésto, por excusas que apartan la absolución en virtud del canon legal que les une tal efecto, no por que la justicia de la penalidad haya desaparecido, sino en consideración al provecho que reporta la sociedad con tales liberaciones de pena. De esas excusas, consignadas con su fuerza absoluta en las codificaciones, nuestra legislación criminal admite cuatro, relativas á los delitos de robo simple, evasión de presos, rebelión y sedición; no aceptando otros que favorecen á ciertos reos de falsedad. Consiste la primera excusa, en la restitución espontánea de lo robado y pago de daños y perjuicios antes de que la autoridad tenga conocimiento del delito, y si su cuantía no excede de veinticinco pesos (art. 378, frac. I, del C. p.) Constituye la segunda, la reaprehensión del prófugo por agencias del custodio, si por su negligencia ocurrió la fuga, y no han pasado 4 meses desde ella. Produce entonces la captura, total excusión de pena (art. 933 del C. p.). Introdúcese en los otros dos casos, á favor de los que, sin

ser jefes ó directores de reveli3n 3 sedici3n, depusieren las armas antes de ser intimidados para ello por la autoridad civil 3 militar, 3 en el comedio de los plazos fijados en las intimaciones, para someterse y reducirse (arts. 1116 y 1126 del C. p.)

Aparte de excusas absolutorias, hay atenuantes que lo son por p3blica utilidad, puesto que haciendo menos peligroso al delincuente, menos probable la reincidencia, es menor el mal social del delito, y debe serlo el castigo. Atenuaciones son esas sin consecuencia con la culpabilidad, con y sin ellas es una misma; ellas no se presentan al tiempo del delito, sino pasado 3 antes de 3l, y no puede decirse que al cometerse el delito hubo por ellas menor culpabilidad. No la afectan las buenas costumbres anteriores; puede ser igual la del delincuente que las ha tenido, y la del de costumbres estragadas y viciosas, y 3 las veces, de un delito ser3 menos culpable quien ha vivido mal, que el bien acostumbrado; pero es menos probable que 3ste reincida, es menos peligroso 3 la sociedad; as3 lo hacen creer su educaci3n, su moralidad, sus h3bitos de orden y de trabajo. El que confiesa circunstanciadamente su delito, cuando por no habersele prendido infraganti, ni estar convicto por atestaciones de presenciales, 3 otras probanzas, demuestra con su confesi3n, no despecho, sino el arrepentimiento que 3 ella le mueve; y m3s si espont3neamente se present3 3 ser juzgado, disminuye el peligro con que por su delito amenaza 3 la sociedad; se ve que comprendiendo su mal proceder se duele de 3l, que experimenta saludables remordimientos 3 que da el desahogo, declara confesi3n sincera; no puede temerse de 3l lo que del inconfeso que contradice descomedadamente 3 los testigos, que ante sus deposiciones asertorias persiste en su obstinada negativa. El que se confiesa criminal y el que niega su delincuencia, son acaso igualmente culpables, 3 lo es m3s el confeso, pues produci3ndose la culpabilidad al cometerse el crimen, no puede ser afectada en manera alguna por la confesi3n, que se rinde consumado 3l; m3s aunque no afecte la culpabilidad, que con la confesi3n 3 sin ella queda la misma, disminuye el peligro social de reincidencia que la pena se propone desvanecer, y debe con raz3n ser atenuada. Acontece lo mismo con el que repara espont3neamente el mal directo, 3 impide las consecuencias del delito. La reparaci3n tampoco afecta la culpabilidad, es igual

con y sin ella, en el que repara ese mal, como en el que no le hace, y deja que se realice todo aquel que, aun consumado el crimen pudo evitar; y acaso, como el de malas costumbres y el inconfeso, el que no repara el mal del delito es menos culpable que quien le ha reparado; pero 3ste por tal reparaci3n, demuestra su arrepentimiento, como con la presentaci3n espontanea y la confesi3n pormenorizada, y la pena, proporcion3ndose 3 la principal de sus reglas de mensura, debe decrecer, aminorando el mal social.

Como hay atenuantes no fundadas en la culpabilidad, hay agravantes en que, prescindi3ndose de ella, se agrava la punici3n por el criterio de utilidad social. Las malas anteriores costumbres del criminal; el haber sufrido dos 3 m3s condenas por delitos diversos, faltar 3 la verdad, declarando circunstancias 3 hechos falsos; haber sido amonestado por la autoridad para no cometer el delito, 3 dado cauci3n de no ofender; calumniar 3 inocentes, procurando que aparezcan culpables, son todas circunstancias que no concurren ni pueden presentarse al cometer el delito, y si atendemos 3 la significaci3n etimol3gica de la voz *circunstancia*, tanto ellas, como las atenuantes referidas, impropriadamente se llaman as3, pues que no acompa3an al delito, sino que existen unas con antelaci3n 3 3l, y otras despu3s. No afectan, pues, la culpabilidad, que permanece igual, concurrir3n 3 no; y 3 veces, como digo de aquellas, en el menos culpable ocurrir3n, pero la hacen m3s peligrosa, porque muestran una propensi3n al mal, que hace muy probable y casi segura la reincidencia, y debe en proporci3n al mal social que con ello aumenta, acrecer la penalidad, aun siendo una misma la delincuencia. Todav3a m3s extra3a 3 la culpabilidad es la frecuencia del delito, y agrava la pena sin embargo, como que con su concurso se aumenta el peligro social.

A las instituciones penales fundadas 3nicamente en la utilidad social, pertenecen los delitos colectivos, en los cuales el acto inmoral no es punible, no se considera perjudicial 3 la sociedad cuando se ejecuta una 3 m3s veces, sino cuando se repite tantas, que demuestren en el agente un habito inveterado; y as3, mientras en la mayor3a de los delitos basta para la punici3n un s3lo acto, una sola comisi3n de ellos, el ejecutarlos una sola vez, en otros se requiere la ejecuci3n tan frecuente, que anuncie costumbre viciosa; se requieren actos repetidos, y

con aquella proximidad en sus repeticiones, que indique inclinación hacia ellos, y haga necesario reprimirlos. El encubrimiento de delito, ocultando, sin interés de retribución, á los culpables; la adquisición de cosas robadas, sin cerciorarse previamente de si puede ó no, disponer de ellas la persona de quien se las adquiere, no son hechos justiciables, sino ejecutados habitualmente [arts. 56, frac. 3.ª, y 57, frac. 1.ª, del C. p.]; como procurar ó facilitar también sin interés, la corrupción de menores de edad, ó exitarlos á ella, para satisfacer pasiones de otro, no es penado por la ley, sino ejecutándose habitualmente (art. 804 del C. p.)

Fúndase también en la utilidad social, el procedimiento contra irresponsables, que carecen de las condiciones de imputabilidad. Por esa carencia son incapaces de dirigirse á sí mismos, y engendran un peligro social. Producele el responsable por su manifiesta pravedad, por su libre elección del delito que conoce como malo y reprobado; y hace temer otros, si no se pone coto á sus dañosas propensiones; más el menor, el loco, el decrépito, el sordo-mudo sin discernimiento, producen el mismo peligro, no por depravadas inclinaciones, sino por su impotencia para normar su conducta, y evitar todo acto criminoso; y aunque no se les pena, porque no son culpables, se debe prevenir sus reincidencias, tanto ó más acaso, que los de quien delinque con discernimiento y libertad. El demente y el decrépito son encerrados de orden judicial en un hospital, recomen dándose su vigilante custodia (art. 165 del C. p.). Los menores de nueve años, los que lo son de catorce, y delinquen sin discernimiento, y los sordo-mudos á quienes también ha faltado al delinquir, son destinados, en establecimiento de educación correccional, á reclusión que puede prolongarse por seis años, tiempo, en muchos casos, mayor que el de una pena (arts. 157, 159 y 163 del C. p.). Al autorizar, aunque dejando su aplicación á la discreción judicial, esas privaciones de libertad para absueltos por no concurrir en ellos las condiciones esenciales de la delincuencia, se reconoce el derecho de reducir á forzosa reclusión, para educarle ó curarle, al irresponsable; y sin tal derecho proveniente del mal ejecutado y no punible, y fundado en el objetivo final del bienestar social, para el cual ofrece peligro de perturbación el delito aún de un niño y de un demente, de seguro que no bastaría á justificar su sanción, si que fuese potestativo.

Hay elementos reales del delito, que no modifican las condiciones de imputabilidad, que en algunos delitos no dependen del agente, ni pueden ser elegidos, procurados ni impedidos por él, y en manera alguna agravan ó atenuan la culpabilidad individual; como los que son consecuencia del delito, que no ocurren al tiempo de él, que es cuando existe, ó lo, aquella, sino que le siguen por obra de la naturaleza, sin que hayan entrado en la intención del criminal, y sin que, cometido el crimen, le sea dable evitarlos, como no le sería producirlos si se lo propusiese. Mas no obsta su completa independencia de los elementos morales del delito, para que únicamente en atención á los materiales se determine la penalidad, á tenuándola ó agravándola. Ygualmente culpable es el percursor que asesta una puñalada á su víctima, si de la herida sana en quince días ó en treinta; y sin atender á la culpabilidad, sino á la duración del mal directo del delito, se gradúa la pena. La de heridas está graduada según ella: si la enfermedad ó el impedimento de trabajar no exceden de quince días, las castiga nuestro Código con las penas alternativas de arresto de ocho días á dos meses y multa de veinte á cien pesos; si exceden de aquel tiempo, con dos meses de arresto á dos años de prisión; si queda el herido con perpetua y notable cicatriz, en el rostro principalmente, si pierde el oído, ó se le debilita perpetuamente alguna facultad mental, el uso de la palabra, de la vista, de un brazo, de una mano, de una pierna ó de un pié, asciende la pena á tres años de prisión, y se eleva á cuatro en su mínimo, si la herida produce completa inutilización, ó perdimento de alguno de esos miembros, ó de un ojo, impotencia, alguna enfermedad segura ó probablemente incurable ó notable deformidad y llega á seis años su término medio, cuando por la lesión se pierde la vista, el habla, la posibilidad de trabajar ó la razón. Si la herida es de las que por su naturaleza ordinaria ponen en peligro la vida y no la compromete debido á circunstancias especiales del caso, la penalidad correspondiente á aquellos efectos se agrava con dos años de prisión; si de facto pone en peligro la vida, la agravación aumenta á cinco años, y por último; si priva de la vida se pena al percursor como á homicida; variando la penalidad según el tiempo en que sobreviene la muerte; si dentro de sesenta días, se aplica la pena que corresponde de entre las varias del homicidio consumado, y si acaece pasados ellos, se impone la pena del homicidio frustrado.

Es también independiente de la culpabilidad moral la determinación ó agravación de la pena en el robo, atendiendo á su cuantía, la cual no depende del agente, y suele serle desconocida. En ocasiones no lo es; el ladrón se propone robar un objeto de tal ó cual valor, uno cuyo valor le es conocido exactamente; como cierta cantidad de dinero, y si hubiera de medirse la pena por la culpa, y proporcionarse á ella, sólo en esas hipótesis podría tomarse en consideración la cuantía del robo; pero ese conocimiento no existe las más veces, como sucede en el robo de alhajas que casi ninguno de los criminales sabe apreciar, y las vende luego en suma inferior á su justo precio. Entonces, la cuantía del robo, base de la pena en el simple y de la agravación en el calificado, es independiente de la culpabilidad del sujeto activo; él no se ha propuesto robar objeto de determinado valor, ni ha conocido el que tenía. La pena se fija, en tal hipótesis, en razón del perjuicio que aporta el delito al sujeto pasivo, y del mal social consiguiente, y no de la mayor ó menor culpabilidad individual, de la que se prescinde como en otros casos de agravaciones, y aún de imposiciones de penas no agravadas, por abuso de confianza, fraudes, estafas, bancarrotas, destrucción ó deterioro de cosas ajenas, que se equiparan al robo, y castigan con penas proporcionadas ya al valor de los objetos del delito, ya al de los daños y perjuicios.

Evidente como es en la sociedad el derecho penal, lo es asimismo que no puede ejercérselle, sino contra quien merezca el castigo. Para el ejercicio de ese derecho, es necesario un acto ó inacción contrarios al orden social. El sujeto activo no es pues, punible, sino cuando ha trastornado ese orden con acción ú omisión prohibida, es entonces cuando merece el castigo, solo así se hace acreedor á él. Es, en consecuencia, elemento fundamental del derecho punitivo, unido al de la utilidad social, el de la justicia, el del merecimiento de la punición, mediante el hecho contrario al bien público. No es posible que el derecho de penar sea el de afligir con los padecimientos físicos y morales sancionados como penas á cualquier miembro de la sociedad y por cualquier hecho, sino que solo puede dirigirse contra los culpables de hechos dañosos al cuerpo social. Posee la sociedad el derecho de penar; pero no incircunscripto, sin restricciones, sino limitado al caso de ser merecida la pena y hasta donde lo

sea, sólo aplicable al acreedor á ella, y cuanto la merezca. La idea de justicia, asociada á la utilitaria, basta á fundar el derecho penal. La una garantiza el derecho del delincuente, y la otra satisface la necesidad social. Son necesarias las penas para la conservación de la sociedad, y, en general: ella está siempre investida del poder de aplicarlas, y á su poder penal se hallan sometidos todos sus miembros; pero no puede ejercerle, sino contra los trasgresores de las leyes, cuando con sus trasgresiones perturban el orden, haciendo peligrosos nuevos trastornos que conviene atajar, levantando ante las avanzadas de la criminalidad creciente, el antemural de la represión. Es útil, es necesaria la pena; pero no se ha de aplicar sino cuando sea justa.

Combinadas la justicia y utilidad social, constituyen la verdadera teoría radical de penalidad. Fundamento y objetivo de ella, á la vez explican únicamente ellas todos los principios de la ciencia jurídica á que sirven de basa finísima é indestructible. Dedúcese de ambas qué acciones é inacciones sean delictuosas, su varia gravedad, origen de las categorías de delitos, sus variadas especies, segun los principios morales á que se oponen, los intereses que dañan, los derechos que lesionan, la calidad y medida de las penas que no deben trasponer el doble limite de la causa y el objeto de su aplicación, esto es, de la utilidad social y el merecimiento del culpable; las agravantes de los crímenes, como los causales de atenuación que los vuelven más ó menos opuestos á la justicia y al bienestar social. Delito y pena y las modalidades de uno y otra, derivanse de ambas fuentes, justicia y utilidad, en términos que hasta los medios, los instrumentos, el lugar y tiempo del delito, la calidad y situación de los sujetos activo y pasivo, sus relaciones mútuas y lo demás que apareja variación de gravedad en la delincuencia, la modifican en tanto que separan más ó menos el hecho que la constituye de la justicia y utilidad.

Las otras teorías fundamentales de penalidad, separadas de la eclética, tienen de falso aquello que tienen de absoluto y exclusivo; aisladas son inadmisibles, y arrastran á desastrosas consecuencias, destructoras precisamente de aquello que la penalidad se propone conservar, la seguridad, la paz, el orden social, que no son efecto, sino de la severa cuanto justa represión del crimen. Reunidas esas teorías, se confunden en la de justicia y utilidad.

Ella en realidad de verdad comprende todas, y juntas se tornan beneficiosas, coadyuvando al objetivo de la penalidad. Todas las teorías ejecutivas, no menos que las conminatorias, al par que la de retribución y la de compensación que podrían colocarse entre las primeras, pues que su esencia es la ejecución de la pena, bien para retribuir con ella el delito en la una; bien para restablecer el orden y reparar el desorden en la otra, conspiran al mismo fin, y son medios á él adecuados que se prestan recíproco auxilio. La teoría de la justicia y utilidad, con la ejecución de la pena se propone fines particulares, en concernencia al penado, y otros generales, á la sociedad, subordinados como medios eficaces al fin último de la felicidad social. En cuanto á los primeros, se propone evitar, hacer imposible la reincidencia mediante la moral reforma del condenado, la rectificación de sus ideas, la morigeración de sus costumbres, la dulcificación de su carácter, la instrucción y la educación que, apartándole del ocio, de la miseria, de la sociedad de gente pervertida, le facilite los medios de vivir pacífica, laboriosa y honradamente; se propone, en suma, la enmienda del criminal; se propone, como dice Ortolan, "la salud del enfermo, levantar al caído, aclarar lo obscuro y purificar lo corrompido." Es, por tanto, teoría eminentemente correccional. Enderezándose á evitar la reincidencia, mediante la enmienda del penado, tiende á impedir nuevas violaciones de la ley de parte de él, y es, por ende, teoría de prevención especial; limitada, con esa corrección, á prevenir esos atentados; á diferencia de la de prevención general, que mira á todos, no solo de quien ha cometido uno, sino de cuántos pudieran imitarle. A la corrección y especial prevención es consiguiente, como constituida por ellas, la defensa del Estado, no solo en general, de todo delito que del ya cometido se derivase, sino más especialmente de los que el reo cometería, si no fuese sometido al castigo que ha de purificarle; y por consiguiente, forma ella misma la teoría que llaman de defensa general, y la de defensa necesaria ó conservación propia. En cuanto á los fines del otro orden indicado, es efecto de la penalidad, aplicada bajo las inspiraciones de la justicia y utilidad social, el retraer de la imitación que el delito provoca, á aquellos propensos á dejarse dominar y arrastrar del ejemplo. El medio eficaz de contrarrestarle, es sin duda la pena, que engendra saludable temor de hacerse acreedor á ella, y

de verse bajo el peso abrumador de una condenación, y opera hacia la criminalidad una aversión fecunda en bienes individuales y sociales, eficaz á apartar del delito, sobre todo si constan la justicia de la pena y su conveniencia social. Así, la teoría, es también de intimidación, con todas las ventajas á ésta inherentes, y sin los vicios que sólo, como fundamento único y única razón de la penalidad, la hacen perjudicial al Estado, y de efectos contrarios al fin de la punición; justificando como medios de mayor intimidación, las penas más crueles, y la publicidad de su rigurosa y cruenta ejecución, con cuyos excesos, lejos de apartar del crimen, y atraer á la guarda y observancia de la ley por el temor, engendran, aborrecimiento de la ley tiránica, piedad compasiva hacia sus víctimas, protección á la impunidad del delincuente, porque no sea entregado á los tormentos de una punición exorbitante é inicua, y aún ánimos para mayores delitos, sin los cuales la suerte del delincuente sería igual, y con los cuales podría salvarse de la pena. Pero cimentada la pena en la justicia y utilidad social, la intimidación, su natural efecto, medio y no fin, no la conduce al draconismo, sino al resultado que se propone. Tiene la pena sus límites naturales en la justicia y lo útil, y se usa de ella como medio de intimidación, porque lo es por su esencia y naturaleza, si es que solo para ese objeto se eleve ó descienda.

Aunque teoría ejecutiva, no conspiraría á la procomunal, ni sería parte á lograrla, si admitiese la penalidad arbitraria, como lo era antiguamente, pues la utilidad social exige la preexistencia de la ley penal, que de otra manera no sería elemento de tranquilidad y bienestar social, como que por los encargados de su aplicación, podría hacerse objeto de ella cualquier acto ó inacción, aunque en realidad no fuese ni malo en sí, ni perjudicial á la sociedad; de ahí procede la garantía constitucional acordada, como en todas las constituciones de los pueblos civilizados, en el art. 14 de la constitución de 1857, y repetida en el 187 de nuestro Código penal, de no poder juzgarse ni sentenciarse sino por leyes anteriores al hecho, motivo del procesamiento, y exactamente aplicables á él; de ahí la prohibición consignada en el art. 181 del mismo Código, de variar la penalidad, traspasando su mínimum ó máximum. Ahora bien, efecto necesario de la ley penal, sancionada y promulgada con antelación al delito, es el conocimiento que pueden

adquirir los asociados, de la pena que sufrirán si delinquen, y esa advertencia, por el temor que engendra, aparta más del delito, y atrae á la observancia de las leyes; con lo cual, la teoría de la justicia y utilidad social, previene los delitos, no sólo mediante la ejecución de la pena, principal elemento preventivo, si que también mediante la conminación con ella; abarcando en sí los elementos de las teorías de la advertencia y la coacción psíquica.

Fundándose la punición en la justicia, participa esta teoría del elemento esencial constitutivo de la teoría de la retribución, excluyendo sus errores: la afirmación imposible de ser la penalidad consecuencia necesaria y retribución exacta del delito, y la negación absurda de carecer de fin. Según la teoría verdadera, la pena es sí consecuencia necesaria del delito, no como la han entendido los absolutistas de manera que, en delinquiéndose, forzosamente deba sobrevenir, sino en el sentido de que nunca por mera utilidad ú otro motivo se puede penar, sino existiendo un delito culpablemente cometido, que es lo que hace merecer la punición. Y si, como hemos visto, contiene en sí, depurado de los errores que las han extraviado del verdadero fundamento del derecho, la teoría preventiva, con las ejecutivas y conminatorias que se han disputado el predominio en la ciencia y en las leyes, como únicos coeficientes de prevención, comprende asimismo la de compensación, tanto porque funda el castigo en la perturbación del orden por el delito, cuanto porque pretende y busca la reparación, la restitución de la ley á su pristina observancia. Reune esta teoría eminentemente sincrética, de la justicia y utilidad, lo que debe constituir la verdadera teoría de penalidad, según la expresión de Röder: «la consecuencia deducción de las más generales verdades fundamentales de la ciencia del derecho sobre la pena y la criminalidad, desde una primera verdad que puede designarse como principio de esta esfera, y que á su vez resulta pura y exclusivamente de la aplicación de la idea del Derecho á la relación de la sociedad jurídica con los trasgresores y perturbadores de aquél (1).»

ENRIQUE BARRIOS DE LOS RIOS.

1 Ideas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena etc, párrafo 2. ° pág. 35.

ACADEMIA MEXICANA
DE
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION
CORRESPONDIENTE
DE LA REAL DE MADRID.

LISTA de los socios de número que la forman

Alfaro D. Francisco.
Algara D. José.
Araoz D. Joaquín J. de
Arroyo de Anda D. Agustín.
Baranda D. Joaquín.
Bejarano D. Pedro.
Benítez D. Justo.
Barra D. Francisco L. de la
Castilla Portugal D. Manuel.
Chavero D. Alfredo.
Contreras D. Manuel.
Díez Gutiérrez D. Carlos.
Dondé D. Rafael.
Dublán D. Juan.
Enríquez D. Gumesindo.
Escudero D. Pedro.
Fernández D. Justino.
Fernández D. José Diego.
Fuentes Ruiz D. Francisco de la.
García Peña D. Juan N.
Gutiérrez Otero D. Luis.
Horcasitas D. Andrés.
Lancáster Jones D. Alfonso.
Mariscal D. Ignacio.
Martínez Arredondo D. Francisco.
Medina y Ormaechea D. Antonio.
Mendez D. Luis.
Mercado D. Manuel A.
Miranda D. Pedro.
Mejía D. Miguel.
Nicolín y Echanove D. Manuel.
Pallares D. Jacinto.
Pardo (mr.) D. Emilio.
Pardo (jr.) D. Emilio.
Pineda D. Rosendo.
Romero Rubio D. Manuel.
Rodríguez D. Agustín.
Sagaceta D. Miguel.
Sanchez Gavito D. Indalecio.
Segura D. Francisco de P.
Vázquez Tagle D. Manuel.
Vega D. Fernando.
Verdugo D. Agustín. (*)

(*) Debiendo ser 50 los socios de número según el Reglamento, hoy, como se ve siete vacantes que deben ser cubiertas próximamente, estando ya designadas las personas para ello.

BIBLIOGRAFIA

SISTEMATICA DE "EL DERECHO"

Journal du Droit International Privé et de la Jurisprudence comparée, por Eduardo Glunet, *avocat à la Cour d' appel de Paris*.—1894.—tom. 21, núm. 1 y 2.

Sumario: La Conferencia de La Haya relativa al Derecho Internacional Privado (*A. Lainé*, profesor de la Facultad de Derecho de París.)

De la retroactividad de la ley francesa de 26 de Junio de 1889 sobre la nacionalidad (*P. Esperson*, profesor de la Universidad de Pavía.)

El arbitraje del mar de Behring [*H. Fromageot*, abogado de la Corte de París.]

De la protección de los acreedores de un Estado extranjero [*M. Kebedgi*, doctor en derecho.]

De la condición jurídica de los extranjeros según las leyes y los tratados vigentes sobre el territorio del Imperio de Alemania (*J. Keidel*, agregados al gobierno departamental de la Alta Baviera.

Los Procesos Célebres. Revista mensual ilustrada de los procesos célebres del año con los alegatos *in extenso*.

Redactor en jefe: *M. B. Monteux*, abogado en la Corte de apelación de París: primer año:

Revista general de Derecho Internacional público. (Derecho de gentes.—Historia Diplomática.—Derecho penal—Derecho fiscal—Derecho administrativo), dirigida por *Antoine Pillet*, profesor de Derecho Internacional en la facultad de Grenoble, y *Pal Fauchille*, abogado, doctor en derecho y laureado del Instituto de Francia—1894.

La Francia Judicial. Revista mensual de Legislación y de Jurisprudencia conteniendo estudios jurídicos variados, así como las leyes y decisiones judiciales más importantes y más recientes, dirigida por *Charles Constant*, abogado en la Corte de apelación de París y Oficial de Academia.

Los suscriptores á nuestro semanario pueden encargar, por nuestro conducto, las anteriores publicaciones, y otras que próximamente anunciaremos en la inteligencia de que su precio les resultará más barato, que en cualquiera de las librerías de esta Capital.

AVISO

A LOS

Suscriptores de este Semanario.

Nuestro deber de procurar hacer de nuestra publicación la más completa en su género, tanto para los tribunales como para los abogados postulantes y aún para los jóvenes que se dedican al estudio del derecho, nos ha sugerido la idea, que desde hoy empezamos á llevar á cabo, de agregar á cada número de «El Derecho» y esto sin alterar su precio, un pliego que contenga ocho páginas de aquellas obras que tanto por su interés científico, como por su escasez en las librerías de México y del Extranjero, deban ser reproducidas, ó traducidas para lo cual nos proponemos que desde luego aparezcan alternativamente la monografía de W. Belime, intitulada: "Tratado del derecho de posesión y de las acciones posesorias" y el "Derecho Internacional Privado ó principios para resolver los conflictos entre las diversas legislaciones en materia de derecho civil y comercial por Pascual Fiore, edición de 1878.—Ambas obras están hoy agotadas, no obstante haberse hecho de ellas diversas ediciones como puede verse en los catálogos.

LA REDACCION.