

- FABELA INDRIZ: "Palabras en el homenaje a mi amigo el Lic. Miguel S. Macedo (hijo)". *El Foro*. Núms. 22-23. 1958.
- FERNÁNDEZ DEL CASTILLO GERMÁN: "La obra histórica de D. Miguel S. Macedo". *Criminalia*. Año XI Núm. 8, 1955.
- GONZÁLEZ BUSTAMANTE JUAN JOSÉ: "La Academia Mexicana de Ciencias Penales". *Criminalia*. Núm. 7, 1967. "El pensamiento jurídico penal de Miguel S. Macedo". *El Foro*. Núms. 13-14, 1956.
- GONZÁLEZ DE COSÍO FRANCISCO: "Apuntes para la historia del Jus Puniendi en México". México, 1963.
- GODOY JOSÉ F.: "Enciclopedia biográfica de contemporáneos". Washington, 1898.
- JIMÉNEZ RUEDA JULIO: "Historia Jurídica de la Universidad de México". México, UNAM, 1955.
- INGUINEZ JUAN B.: "Bibliografía Biográfica Mexicana". México, 1930.
- OCHOA CAMPOS MOISÉS: "Los debates sobre la no reelección". Cámara de Diputados. XLVIII Legislatura. México, 1971.
- KOHLER J.: "El Derecho de los Aztecas". México, 1924.
- MACEDO PABLO: "Evolución del derecho civil". Editorial Stylo, 1942.
- PUENTE RAMÓN: "La dictadura, la Revolución y sus hombres". México, 1938.
- SARAVIA ATANASIO G.: "Ensayos históricos". Botas. México, 1937.
- VELASCO CEBALLOS RÓMULO: "Fichas bibliográficas sobre asistencia en México". 1943.
- VELÁZQUEZ BRINGAS ESPERANZA y RAFAEL HELIODORO VALLE: "Índice de escritores". Herrerero Hermanos Suc. México, 1928.
- SALAZAR MALLÉN RUBÉN: "La Escuela Nacional Preparatoria". México, 1968.
- TORREA JUAN MANUEL: "Funcionarios de la Secretaría de Relaciones Exteriores, desde 1821 a 1940". México.
- "Dictamen que propone la reprobación del Proyecto de Ley relativo a la validez de los estudios que se hagan en la Escuela Libre de Derecho de esta capital". México, 1912. Imprenta de la Cámara de Diputados.
- "Escritura constitutiva de la Escuela Libre de Derecho y Reglamento Interior de la Escuela." México, 1932.
- "Amparo núm. 377/932, presentado por la Escuela Libre de Derecho contra actos de la Secretaría de Educación Pública". El folleto contiene escrito inicial ante el Juzgado 1/o de Distrito; alegatos; informe justificado de la responsable; considerandos de la sentencia del señor Juez de Distrito; escrito de agravios; ejecutoria de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia, dictada por unanimidad de votos, el 7 de enero de 1933. México, 1933.
- "Corona Fúnebre para honrar la memoria del Sr. Lic. D. Miguel S. Macedo, y alocuciones pronunciadas en el Panteón Francés, de la Ciudad de México, el 16 de julio de 1929". s/p/i.
- "Memoria que presenta el Secretario de Estado y del Despacho de Gobernación al Congreso de la Unión." Dic., 1904. Nov., 1904". México, 1906, 778 págs.
- "Memoria que presenta el Secretario de Estado y del Despacho de Gobernación al Congreso de la Unión." Dic., 1904. Junio, 1906. México, 1909, 1054 págs.
- "Memoria de la Secretaría de Gobernación correspondiente a los años de 1º de julio de 1908 al 30 de junio de 1911." México. Escuela Industrial de Huérfanos. 1924. (Se indica en el preámbulo, que suspendidas las "Memorias" con la de 1909 (sic), se edita ésta y abarca 1908/1911, porque con ella se cierra el período del porfiriismo.)
- "Memoria documentada de los Trabajos Municipales de 1897", formada por el Sr. Juan Bribiesca, Secretario del Ayuntamiento. México, 1898.
- "Memoria documentada de los trabajos municipales de 1898, formada por el Sr. Juan Bribiesca, Secretario del Ayuntamiento." México, 1899.
- RODRÍGUEZ GIL y VÉLEZ ANTONIO: "La historia del derecho y el Lic. Miguel S. Macedo". *El Foro*. Tomo XIII, Núm. 1. Abril, 1934.
- "Boletín Jurídico Bibliográfico de la Escuela Libre de Derecho". Junio 15-1940 a julio 1/1943. Particularmente lo relativo a la "Sección Miguel S. Macedo" de la Biblioteca de la Escuela, formada con libros donados por la familia del Maestro.
- CHÁVEZ OROZCO LUIS: "Tres capítulos de historia diplomática". México, Editorial Patria, 1935.

MIGUEL S. MACEDO\*.

*El día 14 de julio cumple un año de muerto el señor licenciado don Miguel S. Macedo, jurista distinguido y maestro de varias generaciones de abogados mexicanos. Como un homenaje a la memoria de quien dedicó desinteresadamente su vida a la enseñanza del Derecho, publicamos la conferencia sustentada por él, en la Escuela Libre de Derecho de México, el 21 de diciembre de 1923.*

La Dirección

1. El tiempo de que disponemos es en extremo breve y el camino que hemos de recorrer para presentar una sinopsis de la historia del derecho penal es de una longitud capaz de arredrar al más esforzado. Habremos, pues, de caminar de prisa, siempre de prisa, sin detenernos a contemplar el paisaje, por hermoso que sea, ni a reconocer detenidamente sitio alguno, aunque despierte nuestro interés, conformándonos con fijar la dirección general de la ruta y señalar sus partes principales, así como los caracteres que las distinguen entre sí.

No pretendo decir cosas nuevas. Concentraré mi esfuerzo en decir las verdaderas. Ojalá pueda ser siquiera un fiel expositor de las enseñanzas de los sabios que han cultivado la historia del derecho.

Nada afirmaré que no tenga yo por demostrado, por más que la falta de tiempo me impida dar a conocer sus pruebas, y cuando las circunstancias lo permitan indicaré con brevedad las fuentes de mis afirmaciones.

2. La historia de la sociedad, de la cual forma parte la del derecho, está dominada por la historia del espíritu humano, y como en ésta las concepciones más generales y abstractas son las de mayor importancia, todo estudio histórico del derecho debería ser presidido por la historia de la filosofía. Mi incompetencia no me permitirá informar debidamente este trabajo en tal principio; pero me esforzaré por conseguirlo en cuanto me sea posible.

3. Comenzaré por exponer algunas observaciones generales.

La unidad fundamental del espíritu humano hace que su evolución presente caracteres por lo menos análogos en muchos y acaso en todos los pueblos, aunque pertenezcan a razas diferentes, ocupen continentes separados por océanos para ellos infranqueables y tengan grados de cultura que disten siglos entre sí. Sujeto a las mismas leyes generales en toda la tierra y en todo tiempo, el espíritu humano presenta fenómenos que sólo varían en

\* Revista General de derecho y jurisprudencia; vol. I; 1930. México.

razón de las diversas circunstancias en que se encuentra el hombre, y la consiguiente analogía no bastará a demostrar que existe entre los pueblos cuya evolución se compare, una relación de dependencia ni aun de convivencia o de simple contacto. Así, pues, si llegamos a encontrar, por ejemplo, cierta analogía entre una institución jurídica de los aztecas y otra del pueblo romano, deberemos guardarnos de toda idea de que esas instituciones tengan relación entre sí por cuanto que una haya engendrado a la otra, bastando para explicarnos la semejanza recordar la unidad de la naturaleza del espíritu humano aun entre los pueblos de que ni siquiera de nombre se han conocido.

4. A medida que las ideas filosóficas han cambiado, la organización social ha sufrido paralelas transformaciones, que el derecho, a su vez, ha debido reflejar con exactitud, porque siendo tan estrecha la relación entre organización social y derecho, el uno tiene que seguir a la otra como la sombra al cuerpo, según los cambios que va sufriendo.

Así se ha podido observar que el carácter y el grado de severidad de las penas se modifican según los estados sociales y que el número de los delitos tiene que estar en razón inversa del grado de moralidad de cada pueblo, pues cuando éste es virtuoso y tiene arraigado el sentimiento de probidad no necesita de penas y basta ilustrarlo respecto del camino del bien para que lo siga por sí mismo.<sup>1</sup>

5. En los códigos primitivos se encuentran mezclados sin distinción los conceptos civiles con los religiosos, lo mismo que los morales con los jurídicos, sin tener en cuenta las diferencias esenciales que existen entre ellos y que hubieron de ser reconocidas cuando en un período más adelantado de cultura se distinguieron la religión, la moral y el derecho.<sup>2</sup> Menos aún se hace diferencia precisa entre derecho civil y derecho penal, pero es notoria la preponderancia de las leyes penales sobre las civiles, pudiéndose afirmar que mientras más antiguo es un código, son más extensas y minuciosas sus disposiciones penales, circunstancia que se explica en parte por la necesidad del legislador de conceder preferente atención a los hechos más frecuentes en la vida de las sociedades que comienzan a escribir sus leyes y en que es habitual la violencia. Los códigos helénicos parecen haber tenido ese carácter; lo tienen ciertamente las leyes germánicas cuyo texto se conserva, y si en las Doce Tablas las disposiciones de derecho civil ocupan más lugar que las penales, aunque éstas no son escasas, se debe al poderoso genio jurídico del pueblo romano.<sup>3</sup> Las leyes de los aztecas no eran una excepción, pues eran penales la mayor parte de las que se pudieron conocer con certeza a raíz de la conquista.

6. La historia del derecho penal exige la del concepto de crimen o delito, cuya formación fue lenta y difícil. Hoy delito y crimen son sinónimos

<sup>1</sup> Montesquieu, De l'Esprit des Lois, lib. 6, caps. 9 y 11.

<sup>2</sup> H. Sumner Maine, El Derecho Antiguo, traducción francesa, París, 1874, pág. 15.

<sup>3</sup> Obra cit., cap. X.

o por lo menos no constituyen sino especies de hechos jurídicos de la misma naturaleza, que sólo se diferencian por su gravedad, como sucede en el derecho francés. En la legislación mexicana se ha borrado el nombre de *crimen* y se llama *delito* todo acto previsto por la ley penal, es decir, sancionado con una pena pública.

En los pasados tiempos se llamó *delito* al acto que ofendía a un particular sin afectar al Estado, es decir, que quedaba en el campo del derecho civil privado, diferenciándose del delito legal, acto sancionado por la ley con pena pública.

En el concepto moderno no hay delito o crimen sin ley preexistente que lo defina y castigue, y se considera que todo crimen o delito afecta a la sociedad y corresponde por lo mismo al derecho público.

En el derecho antiguo, sobre todo en el primitivo, el crimen es asunto privado y sólo después de un lento y laborioso proceso comienza a considerarse como asunto público, cuando se va formando el concepto de Estado y va apareciendo el poder público.

No habremos, pues, de olvidar esta diferencia sustancial entre el concepto actual de delito, de necesaria correlación con la ley, y el concepto antiguo, que se confunde con el *tuerto*, simple acto ejecutado sin derecho, y que en realidad precede con mucho a la formación del derecho penal, pero que es su origen indispensable.

7. De verdadero interés sería precisar cómo los conceptos de *yerro*, *pecado*, *injuria* y *delito* fueron separándose y precisándose; pero por el momento habremos de limitarnos a señalar el hecho, para evitar posibles confusiones.

Lo que en castellano se llamó *tuerto* (torcido), contrario a derecho (en francés *tort*,) equivale a lo que los romanos llamaron *injuria*, comprendiendo todo lo hecho sin derecho, *omne quod non jure fiat*.<sup>4</sup>

En el Fuero Juzgo se confunden delito y pecado. En las Partidas, para designar el crimen o delito se dice indistintamente *yerro*, *maleficio* y *malfecho*, y en ocasiones también *pecado*,<sup>5</sup> entendiéndose por *tuerto* unas veces lo que por *injuria* en el sentido romano, y otras lo mismo que dolo, equivalencia igual a la que en francés se da a *tort*.<sup>6</sup>

Según la antigua jurisprudencia, en el derecho civil se llamaban *delitos* los actos violatorios de un derecho ejecutados con dolo; y *cuasi delitos* aquellos en que el daño o perjuicio resultaba sólo por descuido o negligencia del agente.

8. En la actualidad, aunque borrada de la nomenclatura legal, la voz *crimen* tiene un sentido preciso e inequívoco de acto antijurídico de gravedad considerable y que revela sentimientos antisociales, y es común que los

<sup>4</sup> Inst., 4, 4, pr.

<sup>5</sup> P. 2, 13 in fine. 7, 14, 54.

<sup>6</sup> P. 7, pr. y passim; P. 2, 13, 15 in f.; P. 7, 14, 54; P. 7, 34, 14, y D. 50, 17, 55; Ortolan, Institutes, núm. 1779.

tratadistas, por más que hablen genéricamente de *delito* para designar los actos punibles conforme a la ley, llamen *criminales* a sus agentes y *Criminología* y *Sociología criminal* a las ciencias que tratan del delito y de sus autores. El Código Penal Mexicano, aunque llama delito a la infracción de la ley penal (art. 4), califica de *criminal* la responsabilidad del agente (arts. 32 a 35 y rúbricas de los capítulos I y II, Tít. II, Lib I), así como habla de *criminalidad* del hecho y de hechos *criminales* (art. 34, fr. XIII).

Dados el objeto y límites de esta conferencia, es imposible que nos detengamos a dilucidar la intrincada cuestión de la naturaleza del delito; pero es necesario recordar que por ahora se distinguen el delito natural, acto criminal *per se*, independientemente de toda disposición legal, y el delito jurídico, que debe comprender todos los naturales, pero que es creación de la ley positiva mediante el empleo de una pena como sanción y puede comprender otros actos que, sin ser criminales *per se*, convenga sancionar penalmente en cierto momento social, para prevenir su ejecución.

Como la evolución de las ideas relativas al acto de un hombre nocivo para otro, acto que en el transcurso del tiempo llega a ser calificado de delito, comienza antes de que se hayan formado el Estado y el poder público, no podremos en el primer período de su historia referirnos al delito en el sentido que hoy lo entendemos, pero debemos reconocer que los actos que provocan la venganza privada del ofendido y de los individuos de su grupo son fundamentalmente los mismos que después reciben el nombre de delitos naturales, o por lo menos reúnen las calidades que a éstos caracterizan.

El delito meramente jurídico o legal, es decir, el acto que no es delito *per se*, sino pura creación de la ley que como un medio de prevenir su ejecución lo prohíbe con la sanción de una pena pública por un interés social transitorio, no debe en realidad ser tomado en consideración en la historia del derecho penal, como hecho fundamental y que constituya el objeto principal, sino que apenas deber ser mencionado como un fenómeno accidental y secundario.

En consecuencia, al hablar de delito se debe entender que queremos referirnos al delito natural y no al meramente legal.

Apuntadas estas observaciones preliminares, podemos ya abordar el objeto principal de nuestro estudio.

9. El delito, donde quiera que aparece, provoca como consecuencia necesaria una reacción de parte del ofendido y de sus allegados. En la primera etapa esa reacción es privada, sin intervención alguna del Estado o del poder público, que se pueden suponer no organizados todavía; pero no es individual; no se limita sólo al ofendido, sino que se ejercita por todo el grupo a que éste pertenece, familia, clan, tribu o pueblo, si se quiere darle este nombre. Tal reacción es la venganza privada, movimiento natural, espontáneo y de suma energía, cuyo fin es satisfacer los sentimientos de ira y de odio encendidos por el delito en el corazón del ofendido; pero del cual resultan indirectamente la represión del acto lesivo ejecutado y la prevención de otros análogos para lo futuro, por más que los vengadores no se

hayan propuesto alcanzar esos fines ni se den cuenta de los efectos que produce su acción.

A medida que crece la solidaridad de los grupos sociales el sentimiento de ofensa común por el mal que sufre uno de los individuos, se va haciendo extensivo a todos, no sólo a sus allegados, y cuando ya se ha formado el Estado y la evolución ha alcanzado un grado superior, llega por medio de un proceso psico-sociológico complicado y de laboriosa explicación, hasta producir lo que se llama la indignación pública, es decir, de todos, que en la persona de uno ven comprometida la seguridad general.

En sus principios la venganza es meramente privada, pero no individual del ofendido ni de sus deudos más allegados, en caso de homicidio, sino que se extiende a su grupo, porque la homogeneidad de los grupos primitivos tiende a producir la uniformidad de ideas y de sentimientos en todos sus individuos, lo que hace que todo el grupo del ofendido se sienta víctima de la ofensa, de la misma manera que todos los individuos del grupo del ofensor se consideren solidariamente responsables. La conciencia individual es un producto elevado de la cultura y no aparece sino en etapas superiores de la evolución psíquica, pudiéndose decir que esa individualización es proporcional al grado de cultura y que aumenta en la misma medida que ésta. El principio de que la responsabilidad criminal no pasa de la persona del delincuente, corresponde a la actual etapa del concepto jurídico, que nos parece ya definitiva; pero como el grado de cultura que hemos alcanzado dista muchísimo de la perfección y como es todavía demasiado superficial para resistir el embate de pasiones violentas, apenas se perturba la serenidad de nuestro espíritu, regresamos a períodos que parecían pasados para nunca volver, y resurge avasallador el sentimiento de responsabilidad solidaria y por lo mismo el de venganza colectiva, como se ve claramente en el estado de guerra, en que los actos de cada uno de los individuos de los ejércitos beligerantes se consideran como de la totalidad del ejército a que pertenece el agente y aun del bando o del pueblo respectivo, y autorizan las represalias hasta contra los no combatientes. Si se raspa al hombre civilizado aparece el bárbaro.

10. También concurre a determinar el sentimiento de ofensa y responsabilidad colectivas la violencia de la pasión de la venganza, que sin detenerse ante la dificultad o imposibilidad de encontrar al responsable individual, descarga sobre cualesquiera individuo del grupo del ofensor. Desde el código de Hammurabi se lee: "Si el ladrón no ha sido aprehendido, el robado perseguirá ante Dios lo que perdió, y la ciudad y el jeque en cuyo territorio fue cometido el robo, le restituirán todo lo que ha perdido. Si se trata de vidas, la ciudad y el jeque pagarán una mina de plata a su gente".<sup>7</sup> En la Biblia, el homicidio cuyo responsable no es descubierto, da origen a que la ciudad más próxima tenga que purgarse por medio de un sacrificio religioso.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Núms. 23 y 24.

<sup>8</sup> Deut, cap. 21.

En nuestros tiempos es común todavía que si no se logra descubrir al responsable de un acto reprobado se quite o diezme a todos sus compañeros, con lo que todos éstos son declarados solidarios de la culpa.

Las huellas del concepto de solidaridad de la culpa perduran secularmente. En el derecho romano, Arcadio y Honorio castigaban no sólo a los facciosos sino también a los hijos, a quienes dejaban con vida *imperatoria lenitate*, declarándolos infames e incapaces de heredar.<sup>9</sup> En las Partidas, como una manifestación de la enemistad (*enemiga*) que resulta como consecuencia del delito entre el agresor y el ofendido, los términos de tregua establecidos para el retado y el retador, se hacían extensivos a sus parientes, lo que demuestra que la enemistad llegaba también a ellos (P. 7, 3, 4).

11. La venganza, en sus primeras manifestaciones, carece de regla y medida; más que a la gravedad del mal producido por el delito, el castigo es proporcional al grado de irritación del ofendido, por lo que el delincuente sorprendido *in fraganti* es castigado con mayor rigor que el aprehendido cuando ya el tiempo ha amortiguado la ira. En el derecho romano la *actio furti* se daba por el cuádruplo o por el doble según que se tratara de hurto manifiesto o no manifiesto, en la legislación de Justiniano; pero era más profunda la diferencia según las Doce Tablas, que castigaban el hurto manifiesto con *poena capitalis*, consistente en ser azotado el culpable y dado en adición (*addictus*) al robado.

A esta etapa de la venganza privada sin más regla que el arbitrio de los ofendidos, corresponde la pena de esclavitud, por la que el delincuente queda como siervo del ofendido o de sus deudos, y que lo mismo se encuentra en el derecho romano (*addictio*), que en el visigodo y aun en el azteca. En el Fuero Juzgo se encuentra en varios casos la pena de que el delincuente debe ser entregado al ofendido como su siervo, para que *si nol dé muerte, faga dél lo que quisiere*.<sup>10</sup> Entre los aztecas, el asesino, y en particular el envenenador, era dado como esclavo, si lo perdonaban los deudos del occiso, para cuya manutención debía trabajar; y también caía en esclavitud el que vendía como siervo a un niño libre.<sup>11</sup>

12. En época más avanzada, la venganza privada cobra una regla fija que perdura por muchos siglos y que, por lo mismo, llega casi a ser la expresión genuina del sistema y su fórmula más conocida: el mal que se aplique al delincuente debe ser igual al que él causó; *diente por diente y ojo por ojo*, dice la Biblia; *talio esto*, según las Doce Tablas, o como dice el Fuero Juzgo, "deve recibir otra tal pena en su cuerpo, como él fizo",<sup>12</sup> y después probablemente en período mucho más avanzado, se atenúa lo bárbaro de la pena, ordenándose que no se aplique el talión cuando fácilmente pueda resultar un mal mayor que el causado por el delincuente, sino que se

<sup>9</sup> C. 9, 8, 5, año 397.

<sup>10</sup> Por ej. 6, 1, 2 y 6, 2, 2. En el texto latino se lee: "in ejus potestatem tradendum est ille qui dedit (venenum), ut de eo facere quod voluerit, sui sit incunctanter arbitrii".

<sup>11</sup> Kohler, El Derecho de los Aztecas, párrafos 52 y 53.

<sup>12</sup> 6, 4, 3: "in se recipiat talionem".

imponga una pena que no sea ya privada, sino verdaderamente pública: "Mas por palmada, o por pugnada, o por coz, o por ferida de cabeza non mandamos que éste haya otra tal pena como aquel que lo fiziere: que por ventura si lo fiziese aviríe maior danno e maior periglio".<sup>13</sup>

Ha de tener muy hondas raíces en el espíritu humano el conjunto de ideas y de sentimientos que conduce al talión, pues lo encontramos donde quiera, así entre los hebreos, como entre los griegos y los romanos, entre los germanos y entre los españoles de la época de la reconquista, aunque en las edades más recientes no sea la regla general para todos los delitos, sino que sólo se conserve para los más odiosos o en que concurran circunstancias excepcionales. En las Partidas, para el caso de homicidio o mutilación de prisioneros hechos en asonada, se dice: "que recibiesen otro tal en su cuerpo, como ellos oviessen fecho".<sup>14</sup>

Aun en las leyes de los aztecas hallamos el talión y por cierto que en un caso por demás notable, pues corresponde a igual precepto de las legislaciones modernas contemporáneas y hasta de nuestro propio Código Penal vigente. A la acusación calumniosa y al falso testimonio judicial impuso Netzahualcóyotl el mismo castigo que hubiera tenido el hecho falsamente denunciado<sup>15</sup> y el art. 665 de nuestro Código Penal dispone que cuando el calumniado sea condenado por sentencia irrevocable, se impondrá al calumniador la misma pena que a aquél.

13. La venganza privada da origen a un hecho curioso y de especial importancia: el estado de enemistad que por el delito se establece entre el ofensor y el ofendido y sus deudos, estado que las leyes llegan a reconocer, autorizando la venganza como un derecho. Esto parece por completo lógico y natural, supuesta la fuerza de la costumbre que la venganza ha de haber alcanzado, aunque más de una vez y por diversos medios, la ley haya procurado atenuar sus efectos.

En el derecho feudal español encontramos numerosas disposiciones sobre la amistad, los retos, las lides y las treguas, cuya raíz está en el derecho de venganza. Por ejemplo, en el Fuero Viejo de Castilla, compilación expresiva de un estado jurídico probablemente anterior al siglo XV o acaso anterior, un Título lleva por rúbrica "de la amistad, e del desafío de los fijosdalgo, e de las treguas dellos", y trata de las guerras que los señores se hacían entre sí y que los reyes se esforzaban en apaciguar y evitar por cuanto que eran causa de debilitamiento del Estado. En esas guerras, que seguramente tenían su origen en el agravio causado por un señor a otro y la consiguiente venganza del ofendido, ningún fijosdalgo podía atacar a otro sin que previamente se hubieran *tornado amistad*, es decir, retirándose mutuamente la amistad, y "de los nueve días adelante puedel' desafiar e desonrarle; despues

<sup>13</sup> Fuero Juzgo, 6, 4, 3; "Pro alapa vero, pugno vel calce, aut percussione in capite prohibemus reddere talionem, ne dum talio repetitur, aut laesio major aut periculum ingeratur."

<sup>14</sup> P. 2, 26, 17.

<sup>15</sup> Kohler, obra cit., párrafo 55. Torquemada, II, 51.

de tercer día adelante matarle, si podier"<sup>16</sup>. En otro lugar se emplea la expresión de *salir por enemigo* para significar que una persona se declara autor del delito, y se llama *enemistad* a la responsabilidad: "Esto es Fuero de Castiella: Que si van fijosdalgo, cavalleros o escuderos con Señor a una hacienda con otros cavalleros, e muere algund cavallero o escudero de aquel rico ome, e viene aquel rico ome por octor, que él le mandó matar, e quier *salir por enemigo*, para sacar sus vasallos de la *enemistad*, e los parientes del muerto no quieren sacar por *enemigo* al rico ome, mas quieren sacar por *enemigos* a aquellos que mataron suo pariente puédenlo fazer."<sup>17</sup>

En el Fuero Real (siglo XIII) se encuentra también un título que trata de la misma materia (4, 21), lo mismo que se registran en las Partidas tratados análogos (P. 7; títs. 3 y 4).

En las disposiciones a que acabo de referirme se encuentran conceptos de mayor interés histórico y si no me detengo a señalarlos en particular es sólo por falta de tiempo. Sí mencionaré que en ciertos casos ya se consideraba culpable al que mataba a su enemigo, pero sin que se autorizara la enemistad o venganza contra él: "Qui matare suo enemigo, que deva seguir, pechará omecillo, mas non será enemigo".<sup>18</sup>

14. Examinados los monumentos legales que se conservan, se siente uno inclinado a pensar que la venganza privada constituye el origen y raíz de la función punitiva. Dado que el delito provoca la venganza y ésta a su vez engendra el estado de enemistad, no puede sorprendernos que entre delito, venganza y enemistad se establezca relación tan íntima que las respectivas voces lleguen a usarse como sinónimas: así, el Fuero Juzgo, en su versión romanceada, habla de *nemiga* para dar a entender delito,<sup>19</sup> lo mismo que las Partidas unimisman venganza y castigo, y dicen, por ejemplo, que el acusador pide al juez que *le faga venganza* del acusado.<sup>20</sup>

15. La mayor experiencia de la vida, los conocimientos acumulados por las sucesivas generaciones de hombres, y seguramente también la creciente complicación de las sociedades determinaron la aparición del arreglo o transacción privada mediante la cual ofensor y ofendido, y sus respectivos grupos, deponían sus rencores y daban término a la enemistad que entre ellos había hecho nacer el delito. La composición puede existir dentro del sistema de la venganza privada, sin necesidad de un poder superior y distinto del de los individuos, es decir, sin que aparezcan todavía el Estado o el poder público; pero parece precederlo inmediatamente y preparar su formación.

La primera manifestación del Estado en materia penal, aunque sea rudimentaria, se encuentra en el momento en que la autoridad pública amenaza al delincuente con la pena del talió si no se compone con el ofendido.

<sup>16</sup> Fuero viejo, 1, 5, 2.

<sup>17</sup> Ibid, 1, 5, 10.

<sup>18</sup> Fuero Viejo, 2, 1, 3.

<sup>19</sup> 6, 1, 2.

<sup>20</sup> P. 7, 1, 1.

En la octava de las Doce Tablas se lee: "*Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto*".

Cuando la ley se expresa así es porque ya se siente que el delito es una ofensa contra el Estado mismo.

Una vez que la composición es obligatoria y tiene una sanción pública, claro es que su monto no puede ya dejarse al arbitrio del ofendido, sino que el ofensor adquiere un derecho a redimirse del talió mediante al pago de una cantidad, y de ahí que aparezcan las tarifas de composición que antes que la ley tenía que haber fijado la costumbre, como se refiere en los poemas homéricos, por ejemplo.

En el Fuero Juzgo y en los fueros municipales, se encuentran abundantísimas disposiciones sobre la cantidad que debe pagar el delincuente, en particular en los casos de lesiones, en que cada miembro del cuerpo tiene un precio, lo mismo que cada especie de herida.

16. Una vez formado el concepto de ofensa social y hecha obligatoria la composición, el poder público va ensanchando rápidamente el campo de sus funciones y pronto aparece la pena pública, que no sólo conserva los tintes de venganza, sino que a menudo va acompañada del talió, que subsiste. En el Fuero Juzgo se dispone que "si el omne franqueado faze alguna cosa. . . al omne libre. . . debe recibir otro tal en su cuerpo, cuemo él fizo e demás recibir C. azotes", igual que el siervo que lastima a otro siervo;<sup>21</sup> y al que alega ignorancia de la ley se le condena a que sufra en su cuerpo todo el daño o mal que hizo, "e demás reciba C. azotes, e sea sennalado laydamientre por desondra desí por todos tiempos".<sup>22</sup>

En el derecho romano, seguramente el mejor estudiado por los juristas, se tiene determinado con toda exactitud cuáles fueron los pasos sucesivos de la transformación de la venganza privada en venganza pública: se comenzó por una acción directa limitada a cada caso especial de crimen, juzgando al culpable los comicios, es decir, el legislador mismo, con igual procedimiento que el adoptado para la formación de las leyes; en seguida, los comicios delegaron sus facultades en cada caso particular a un tribunal *ad hoc*, o sea, a las *quaestiones*, que algún tiempo después se convirtieron en permanentes y tuvieron jurisdicción general para todos los crímenes de la misma especie (*duumviri perduellionis, quaestores parricidii*, etc.), llegándose por fin a las *quaestiones perpetuae*, que funcionaban permanentemente y con entera independencia de los comicios.<sup>23</sup>

17. El establecimiento de la pena pública no hace desaparecer la composición, aunque ésta va tomando gradualmente los caracteres de aquélla, hasta convertirse, a lo que me parece, en la pena pecuniaria que tanto se usa en las legislaciones contemporáneas.

Composición y pena se combinan de numerosas maneras: a veces la pena pública sólo se impone, como antes el talió, a falta de composición; en

<sup>21</sup> 6, 4, 3.

<sup>22</sup> 6, 4, 5.

<sup>23</sup> Sumner Maine, ob. cit., págs. 361 ss.

ocasiones, la ley establece la pena como regla general, pero la declara redimible mediante la composición, y no es raro que vayan juntas, como acabamos de verlo en algunos ejemplos del Fuero Juzgo. Todo esto al modo de la pena corporal y la pecuniaria que en los actuales códigos se señalan para algunos delitos autorizados al juez para que a su arbitrio imponga una u otra alternativamente, o ambas juntas.

18. Para corroborar que el origen de la pena pecuniaria moderna se encuentra en la composición, se puede citar el hecho de que si en un principio su importe correspondía íntegramente al ofendido, a medida que el poder público va interviniendo es mayor la frecuencia con que toma para sí una parte de lo que paga el condenado. En el derecho romano, todo el monto de la condenación al duplo, al triplo o al cuádruplo, pertenecía al individuo perjudicado. En el derecho medioeval la división de la *caloña* se convierte en regla general. Según el fuero "la meatat de los alcaldes et la otra meatat del querrelloso", o bien "recebida primeramente la séptima parte por el juez, et fagan de lo al quatro partes, et de las quatro partes den la primera al conde, la segunda al querrelloso, la tercera a los alcaldes, la cuarta al conseio"<sup>24</sup> y en el Ordenamiento de Nájera (año 1138), inserto en el de Alcalá (año 1384) se establece para un caso especial que se pague el duplo al ofendido y el cuádruplo al rey (32, 2).

Uno de los motivos que el poder público tiene para adjudicarse parte de la pena pecuniaria es la necesidad de remunerar los servicios de los jueces y funcionarios que intervienen, y es natural que esto sea a cargo del condenado, que es el culpable. El *sacramentum*, en la acción que llevaba su nombre en el derecho romano, tenía por objeto remunerar al juez, perdiéndolo la parte condenada y devolviéndose el suyo a la parte que obtenía. Homero, al describir el escudo fabricado por Hefestos para Aquiles, refiere que en una de sus divisiones estaba esculpida una escena muy interesante para el historiador del derecho: "Un público numeroso en una ágora en que se había suscitado una discusión, dos hombres debatían sobre una suma convenida por la composición de un homicidio; el uno pretendía haber pagado todo y trataba de convencer al pueblo; el otro afirmaba que nada había recibido, y ambos estaban dispuestos a someter su diferencia a la decisión de un árbitro. Los jueces, sentados en piedras pulidas, en el recinto sagrado, tomaban en la mano el cetro que les entregaban los heraldos de la voz sonora. A medida que cada uno lo recibía, se levantaba y pronunciaba su sentencia. Dos talentos de oro estaban depositados en medio de ellos, destinados a aquel que diese la mejor opinión." En la costumbre a que esta escena corresponde se cree ver un antecedente de la *actio sacramenti* de los romanos.

19. Hasta aquí, es decir, desde la aparición de la venganza privada, primera reacción contra el delito, hasta la constitución clara y definida de la pena pública, el sentimiento predominante en el castigo del delincuente es el de la expiación de su culpa: hay que castigarlo porque ha obrado mal, y el

<sup>24</sup> Fuero de Molina de Aragón, caps. 27 y 23.

mal debe ser remunerado con el mal, como el bien con el bien. En el fondo, la pena no es sino la expiación del delito, de la culpa. Y si, como queda dicho antes, de la venganza y de la pena resulta la prevención de los delitos para lo porvenir, es sólo indirectamente, sin que ello entre en los propósitos de quienes castigan y a veces sin que se den cuenta de esa consecuencia de su acción punitiva.

En el período de la pena pública han aparecido ya claros y precisos los fines sociales: hay que procurar que los delitos no se repitan, y el medio que para esto se emplea es la intimidación bajo todas las formas posibles. Por eso la crueldad y el terrible aparato del suplicio, que de propósito deliberado se ejecuta ante la multitud, para más impresionar su imaginación y mejor gravar en su memoria la consecuencia del crimen. Todo se vuelve fuerza, así material como moral. Para hacer sufrir al condenado, para torturarlo en proporción al grado de intimidación que se quiere alcanzar, la pena de muerte reviste mil formas: lapidación, asaetamiento, descuartizamiento, cocción en agua hirviente, etc., etc. Al ladrón se le corta la mano, y la lengua al blasfemo, para que no pueda repetir su acción criminal; se prodiga la pena de muerte, que es la eliminación definitiva del seno de la sociedad. La amenaza de la pena se halla en todas partes y cuando hoy volvemos la vista hacia aquellos tiempos nos parece que la sociedad debe de haber estado enferma de miedo hasta el paroxismo y el delirio. Seguramente que puesto que todo eso existió ha de haber correspondido al estado social, y causas poderosas han de haberlo hecho necesario. No se puede desconocer que en cierto estado de civilización la pena de muerte es una necesidad social para satisfacer el sentimiento de venganza y el de seguridad para lo porvenir. Además, todas las instituciones que han acompañado al hombre en el curso de su historia han sido necesarias.

20. A fines del siglo XVIII se abre un nuevo período en la historia del derecho penal. Hombres que son al mismo tiempo pensadores de altos vuelos y filántropos de caridad acendrada, levantan su voz clamando con energía contra la crueldad y la atrocidad de las penas-suplicios y contra el horror de las cárceles en que se tiene hacinados a los delincuentes. Beccaria, Howard, Bentham, mencionando sólo a algunos de los más distinguidos, proclaman el principio de la humanidad en las penas con la necesidad de buscar la enmienda del delincuente, y fundan el sistema correccionalista, logrando la reforma de las leyes y de las prisiones, que de antros infectos material y moralmente, se truecan, al menos en parte, en establecimientos salubres y en que la corrupción moral se reduce a grado mínimo, introduciéndose en ellas elementos reformadores que antes no se habían puesto en juego, como son las predicaciones morales y religiosas y un tratamiento encaminado en general a preparar al recluso a una vida de orden y regularidad cuando sea devuelto a la sociedad libre. Este nuevo criterio, nueva orientación, podríamos decir con más propiedad, determina en el curso del siglo pasado y en lo que va transcurrido del actual, la aparición de numerosas instituciones que en las épocas anteriores habrían carecido de sentido y se habrían calificado de monstruosas. La prisión gradual y progresiva, que

termina con la libertad preparatoria; la condena condicional, lo mismo que la indeterminada, a que todas las legislaciones modernas van aproximándose más y más cada día, la legislación especial para los menores y sobre todo los tribunales paternos para ellos, todo esto y algo más todavía, son nuevas normas que rompen los viejos moldes jurídicos y que revelan el cambio más profundo que se haya operado en el concepto del derecho penal, que parece estar sufriendo una transformación tan honda y radical que merece llamarse, más bien, disolución.

Una escuela de criminología ha proclamado la posibilidad y aun la necesidad de sustituir las penas con medios de otro orden que considera más eficaces para la prevención de los delitos, y por dondequiera se oye hablar de los *sustitutivos penales*. También se habla de un *derecho protector de los criminales*, que en el fondo sería contrario al derecho penal, y cuya base sería al *cura de almas*, tratándose de elevar la función social a la altura de la más noble función religiosa y convirtiendo con ello el poder público en espiritual.

21. En resumen, hay que señalar tres períodos principales en la historia del derecho penal, a cada uno de los cuales corresponde un concepto propio y fundamental de la función punitiva.

En el primero se castiga al delincuente por satisfacer el sentimiento natural y espontáneo de venganza, para que pague la deuda que por el delito ha contraído para con el ofendido, y expíe su culpa. El interés social no existe o es secundario, y sólo de modo indirecto resulta favorecido; pero gradualmente se va haciendo sentir y va cobrando energía hasta que la venganza privada se transforma en pena pública de interés social de primer orden, lo que constituye el segundo período, en que la pena tiene por objeto evitar la repetición de los delitos, empleando como medios la fuerza material y el miedo, otra forma de violencia, así sobre el delincuente mismo como sobre los demás individuos, por efecto del ejemplo.

En el tercer período se castiga para corregir moralmente al que ha delinquido, y entonces el fin penal del sufrimiento, del dolor, es sustituido por el de reforma o educación, perdiendo las penas sus caracteres de crueldad y de atrocidad.

Un distinguido penalista español, don Pedro Dorado Montero, resume magistralmente estas ideas: "Retribución, intimidación, educación; he aquí, probablemente, las tres fases que podemos distinguir en la historia de la justicia penal, no como sucesivas ni como perfectamente claras, pues todas ellas han coexistido y aún coexisten en casi todas partes, pero sí como indudables, advirtiéndose en medio de dicha coexistencia simultánea que cada una de ellas va cediendo poco a poco el puesto a las demás."<sup>25</sup>

22. He hablado de períodos y etapas por la necesidad de guiar mi pensamiento por senderos precisos y para hacerme comprender con mayor facilidad; pero no hay que olvidar que esa división es un mero artificio de razonamiento y de exposición, que no corresponde exactamente a realidad

<sup>25</sup> Nuevos Derroteros Penales, Barcelona, 1905.

objetiva alguna. Al desenvolverse los hechos sociales se encadenan sin interrupción, sin intervalos naturales que los separen y por lo mismo nunca se puede decir cuándo comienza o termina un período o una etapa. Todos los hechos se mezclan y coexisten, y sólo en su evolución secular podemos llegar a encontrar diferencias fundamentales que nos sirvan para clasificarlos.

En una sola era o ley del Fuero Juzgo (6, 4, 3) podemos señalar la coexistencia del sistema del talión, con el de la composición obligatoria, con la combinación de composición y pena pública y también el sistema de pena francamente pública que no se puede redimir por la composición. En nuestro Código Penal, excelsa floración del sistema correccionalista, hemos encontrado casos de talión.

23. Sé bien que en la historia los períodos más recientes son los de mayor interés, porque la influencia que los hechos sociales ejercen sobre el presente no depende tan sólo de su intrínseca importancia, sino de su proximidad, y se va amenguando con el transcurso del tiempo. Si me detuve a exponer con mayor detenimiento lo relativo al primer período, no obstante ser el más lejano, fue porque me pareció que la oscuridad consiguiente a su alejamiento lo hacía necesario y que en lo relativo a los períodos siguientes podía yo pasar con mayor rapidez por cuanto que son mejor conocidos de mi auditorio, que podría suplir sin esfuerzo cuanto yo callase.

24. ¿Cuál será el porvenir de la justicia penal? Uno de los más altos filósofos con que ha contado la humanidad, observa que el corto alcance de la humana inteligencia y la brevedad de nuestra vida comparada con la lentitud del desenvolvimiento social, tienen a nuestra imaginación, sobre todo respecto de las ideas políticas, bajo la más estrecha dependencia del medio en que vivimos, que hasta los más quiméricos utopistas reflejan en sus fantasías el estado social contemporáneo, teniendo que exceder, con mayor razón, los límites de nuestra inteligencia, la concepción de un sistema diferente del que nos rodea y que se necesita que esté ya muy avanzada la demolición del sistema político anterior para que sea posible una revolución social, pues sin ello los más eminentes espíritus no podrían percibir siquiera la naturaleza del sistema nuevo.<sup>26</sup>

Esta condición está llenada, al menos en teoría, tratándose del derecho penal. Ciertamente es que en la práctica el momento actual parece una regresión a la época bárbara de rudeza y crueldad. Sin embargo, no es temerario prever que el hombre en un porvenir próximo dejará de erigirse en árbitro irresponsable y supremo para extirpar o torturar a los otros hombres, y que no está lejano el momento en que se alcance un grado de cultura moral que haga innecesarias las sanciones violentas de esclavitud y de sangre.

¿Se nos argüirá que los hechos nos desmienten en el momento actual que la humanidad está viviendo? Hay que tener esperanza y aun fe viva y profunda en que esos hechos sean efímeros y que el momento actual se pierda pronto en el pasado. Hay que tener fe en el progreso y cuando se nos arguya con hechos de carácter regresivo, también nosotros debemos murmurar como expresión de nuestra conciencia íntima: *E pur si muove*.

<sup>26</sup> A. Comte, Philosophie Positive, lección 46.