

la voluntad universal del pueblo concuerde con esta infundada prerrogativa; por lo tanto, tampoco el soberano puede imponerla. — Ahora bien, aun cuando tal anomalía se introdujo en la maquinaria de un gobierno en épocas pasadas (en el sistema feudal, apoyado casi totalmente en la guerra), gracias a súbditos que quieren ser más que ciudadanos, es decir, funcionarios natos (como, por ejemplo, profesor por herencia), el Estado no puede corregir este error — cometido por él — de un privilegio hereditario otorgado ilegalmente, sino suprimiendo las plazas paulatinamente y no cubriéndolas; por eso tiene provisionalmente el derecho de permitir que continúe la dignidad del título hasta que en la opinión pública la división entre soberano, nobleza y pueblo dé lugar a la única natural: la división entre soberano y pueblo.

No puede haber en el Estado ningún hombre que carezca de toda dignidad, ya que al menos tiene la de ciudadano; excepto si la ha perdido por su propio crimen, porque entonces se le mantiene en vida sin duda, pero convertido en simple instrumento del arbitrio de otro (sea del Estado, sea de otro ciudadano). Quien se encuentra en el último caso (lo que sólo puede ocurrir mediante juicio y derecho) es un esclavo (*servus in sensu stricto*) y pertenece a la propiedad (*dominium*) de otro que, por tanto, no es sólo su señor (*herus*), sino también su propietario (*dominus*); y puede enajenarlo como si fuera una cosa, utilizarlo a su antojo (aunque no para fines vergonzosos) y disponer de sus fuerzas, pero no de su vida ni de los miembros de su cuerpo. Nadie puede obligarse por contrato a sufrir una dependencia de este tipo, por la que deja de ser persona, ya que sólo como persona puede sellar un contrato. Ciertamente, parece que un hombre pueda comprometerse con otro (por salario, alimentación o nutrición) mediante un contrato de alquiler (*locatio conductio*) a prestarle ciertos servicios, permitidos en cuanto a la cualidad, pero indeter-

minados en cuanto a la intensidad, convirtiéndose así simplemente en súbdito (*subiectus*), no en esclavo (*servus*); pero esto no es sino una falsa apariencia. Porque si el señor está legitimado para utilizar las fuerzas del súbdito a su antojo, puede también (como es el caso de los negros en las islas del azúcar) explotarlos hasta la muerte o la desesperación, en cuyo caso aquél se ha entregado a su señor efectivamente como propiedad; lo cual es imposible. — Por tanto, sólo puede alquilarse para trabajos determinados en cuanto a la cualidad y la intensidad: o bien como jornalero o bien como súbdito establecido; en este último caso, puede establecer un arrendamiento a plazo fijo o una enfiteusis, sea que preste servicios en el mismo suelo a cambio del uso de la tierra de su señor en vez de percibir un jornal, sea que se comprometa a determinadas contribuciones (una renta) por usar el suelo, según un contrato de arrendamiento, sin convertirse con ello en siervo de la gleba (*glebae adscriptus*), con lo que perdería su personalidad. Pero aunque se hubiera convertido por su propio crimen en un súbdito personal, esta sumisión no puede ciertamente sobrevenirle por herencia, ya que la ha contraído por su culpa; y tampoco se puede reclamar a quien ha sido engendrado por un esclavo los gastos de educación que haya ocasionado, porque la educación es un deber natural absoluto de los padres y, en caso de que los padres fueran esclavos, de los señores que, con la posesión de sus súbditos, han asumido también sus obligaciones.

E

El derecho penal y el derecho de gracia

I

El derecho penal es el derecho que tiene el soberano, con respecto a aquél que le está sometido,

de imponerle una pena por su delito. El jefe supremo del Estado no puede, por tanto, ser castigado, sino que sólo es posible sustraerse a su dominio.— La transgresión de la ley pública que incapacita a quien la comete para ser ciudadano se llama *crimen* sin más (*crimen*), pero también crimen público (*crimen publicum*); por tanto, el primero¹ (el crimen privado) ha de llevarse ante la justicia civil, el otro, ante la justicia criminal.— La *defraudación*, es decir, la sustracción de dinero o mercancías que han sido encomendadas para el comercio, el engaño en la compra y la venta a la vista de otro, son delitos privados. En cambio, son delitos públicos fabricar o cambiar dinero falso, el hurto, la rapiña, etc., porque de este modo se pone en peligro a la comunidad y no sólo a una persona individual.— Estos delitos podrían dividirse en los de carácter *abyecto* (*indolis abiectae*) y los de carácter *violento* (*indolis violentae*).

La *pena judicial* (*poena forensis*), distinta de la *natural* (*poena naturalis*), por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto, no puede nunca servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo sea para la sociedad civil, sino que ha de imponerse sólo porque ha delinquido, porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro ni confundido entre los objetos del derecho real (*Sachenrecht*); frente a esto se protege su personalidad innata, aunque pueda ciertamente ser condenado a perder la personalidad civil. Antes de que se piense en sacar de esta pena algún provecho para el mismo o para sus conciudadanos tiene que haber sido juzgado *digno de castigo*. La ley penal es un imperativo categorico y jay de aquél que se arrastra por las sinuosidades de la doctrina de la felicidad

¹ Falta el antecedente de «el primero», como Natorp apunta.

para encontrar algo que le exonere del castigo, o incluso solamente de un grado del mismo, por la ventaja que promete, siguiendo la divisa farisaica «es mejor que un hombre muera a que perezca todo el pueblo». Porque si perece la justicia, carece ya de valor que vivan hombres sobre la tierra.— ¿Qué debemos pensar, pues, de la propuesta de conservar la vida a un criminal condenado a muerte, si se prestara a someterse a experimentos de por sí peligrosos y fuera tan afortunado que saliera bien librado, con lo cual los médicos obtendrían nueva información, provechosa para la comunidad? Un tribunal rechazaría con desprecio al colegio médico que hiciera esta propuesta, porque la justicia deja de serlo cuando se entrega por algún precio.

Pero ¿cuál es el tipo y el grado de castigo que la justicia pública adopta como principio y como patrón? Ninguno más que el principio de igualdad (en la posición del fiel de la balanza de la justicia): no inclinarse más hacia un lado que hacia otro. Por tanto, cualquier daño inmerecido que ocasionas a otro en el pueblo, te lo haces a ti mismo. Si le injurias, te injurias a ti mismo; si le robas, te robas a ti mismo; si le pegas, te pegas a ti mismo; si le matas, te matas a ti mismo. Sólo la ley del talión (*ius talionis*) puede ofrecer con seguridad la cualidad y cantidad del castigo, pero bien entendido que en el seno del tribunal (no en tu juicio privado); todos los demás fluctúan de un lado a otro y no pueden adecuarse al dictamen de la pura y estricta justicia, porque se inmiscuyen otras consideraciones.— Ahora bien, parece ciertamente que la diferencia entre las posiciones sociales no permite aplicar el principio del talión: lo mismo por lo mismo; pero aunque no sea posible literalmente, puede seguir valiendo en cuanto a su efecto, respecto al modo de sentir de los más nobles.— Así, por ejemplo, la multa por una injuria verbal no guarda relación alguna con la ofensa, porque quien tiene mucho dine-

ro puede permitírsele perfectamente por placer alguna vez; pero la ofensa inferida al pundonor de uno puede llegar a equipararse al daño infringido al orgullo del otro, si se obligara a éste, por juicio y derecho, no sólo a retractarse públicamente, sino también, por ejemplo, a besar la mano de aquél, aun cuando sea inferior. Asimismo, si se condenara a un personaje distinguido y violento, por los golpes que ha propinado a un ciudadano inferior, pero inocente, no sólo a que se retracte, sino también a un arresto aislado y doloroso, porque así, además de sufrir la incomodidad, quedaría dolorosamente afectada la vanidad del autor y de este modo —mediante la vergüenza— se pagaría con la misma moneda, como es debido. Pero ¿qué significa la afirmación: «si tú le robas, te roban a ti mismo»? Significa que quien roba hace insegura la propiedad de todos los demás; por lo tanto, se priva a sí mismo (según la ley del talión) de la seguridad de toda posible propiedad; nada tiene y tampoco puede adquirir nada, pero, sin embargo, quiere vivir, lo cual es imposible si otros no le sustentan. Ahora bien, puesto que el Estado no lo hará gratuitamente, tiene que cederle sus fuerzas para cualquier trabajo que se le antoje (trabajos forzados o trabajos en la prisión), con lo cual cae en estado de esclavitud durante un cierto tiempo o, según las circunstancias, también para siempre.— Pero si ha cometido un asesinato, tiene que *morir*. No hay ningún equivalente que satisfaga a la justicia. No existe *equivalencia* entre una vida, por penosa que sea, y la muerte, por tanto, tampoco hay igualdad entre el crimen y la represalia, si no es matando al culpable por disposición judicial, aunque ciertamente con una muerte libre de cualquier ultraje que convierta en un espantajo la humanidad en la persona del que la sufre.— Aun cuando se disolviera la sociedad civil con el consentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, decidiera disgregarse y diseminarse por todo el mundo el pueblo que

333

vive en una isla), antes tendría que ser ejecutado hasta el último asesino que se encuentre en la cárcel, para que cada cual reciba lo que merecen sus actos y el homicidio no recaiga sobre el pueblo que no ha exigido este castigo: porque puede considerarse como cómplice de esta violación pública de la justicia.

Esta igualdad de las penas, que sólo es posible por la condena a muerte por parte del juez, según la estricta ley del talión, se manifiesta en el hecho de que sólo de este modo la sentencia de muerte se pronuncia sobre todos de forma proporcionada a la *malicia interna* de los criminales (aunque no se tratara de un homicidio, sino de otro crimen de Estado que sólo la muerte puede borrar).— Supongamos que, como en el caso de la última rebelión escocesa, puesto que diferentes participantes en ella (como *Balmerino*¹ y otros) no creían cumplir sublevándose más que un deber para con la casa Estuardo, mientras que otros perseguían propósitos privados, el tribunal supremo hubiera pronunciado la siguiente sentencia: cada uno tiene la libertad de elegir entre la muerte y los trabajos forzados; yo digo que el hombre de honor elige la muerte, pero el bellaco elige los trabajos forzados; esto es consecuencia de la naturaleza del ánimo humano. Porque el primero conoce algo que aprecia todavía más que la vida misma: es decir, el *honor*; pero el otro prefiere una vida ignominiosa a no existir (*animam praeferre pudori*, Juvenal)². Ahora bien, el primero es indiscutiblemente *menos digno de castigo* que el otro y por ello, imponiendo a todos la muerte por igual, se les castiga de una manera proporcionada: a aquél suavemente, según su sensibilidad pecu-

334

¹ A. Balmerino (1688-1746) participó en el desafortunado levantamiento de Ch. E. Estuardo, nieto de Jacobo II, y fue condenado a muerte por alta traición.

² Juvenal (53-138), Sat. III 8, 83. Citado también en V, pp. 158 s.; VI, p. 49.

mundo (castigo) de

liar, a éste severamente, según la suya; por el contrario, si todos fueran condenados a trabajos forzados, se castigaría al primero con demasiada severidad, pero al otro se le castigaría por su infamia con demasiada indulgencia. Y de este modo, también en el caso de una sentencia dictada contra un conjunto de criminales, unidos en un complot, el mejor igualador ante la justicia pública es la *muerte*. — Además, jamás se ha oído decir que un condenado a muerte por asesinato se haya quejado de que con ello le está sucediendo algo excesivo y, por tanto, injusto; cualquiera se le reñiría en la cara si hablara en este sentido. — En caso contrario, tendríamos que admitir que aunque, según la ley, no se hace injusticia alguna al criminal, sin embargo, el poder legislativo del Estado no está facultado para imponer esta clase de penas y, si lo hace, entra en contradicción consigo mismo.

Por consiguiente, todos los criminales que han cometido el asesinato, o también los que lo han ordenado o han estado implicados en él, han de sufrir también la muerte; así lo quiere la justicia como idea del poder judicial, según leyes universales, fundamentadas *a priori*. — Pero si el número de cómplices (*correi*) de tal acción fuera tan grande que el Estado, para librarse de semejantes criminales, tuviera que llegar casi al extremo de no tener ya ningún súbdito más y, sin embargo, no quisiera disolverse, es decir, pasar al estado de naturaleza, que es todavía peor porque carece de toda justicia exterior (no quisiera ante todo embótar el sentimiento del pueblo con el espectáculo de un matadero), entonces el soberano tiene que tener también poder en este caso extremo (*casus necessitatis*) para hacer él mismo de juez (representarlo) y pronunciar una sentencia que imponga a los criminales otra pena en vez de la pena de muerte, que conserve la vida del conjunto del pueblo, como es la deportación; pero esto no lo haría por medio de una ley pública, sino por un acto de autori-

dad, es decir, por un acto del derecho de majestad, que, como gracia, sólo puede ejercerse en casos aislados.

En cambio, el marqués de Beccaria¹, por el sentimentalismo compasivo de un humanitarismo afectado (*compassibilitas*), ha sostenido que toda pena de muerte es *ilegal*, porque no podría estar contenida en el contrato civil originario; pues en ese caso cada uno en el pueblo hubiera tenido que estar de acuerdo en perder su vida si matara a otro (del pueblo); pero este consentimiento es imposible porque nadie puede disponer de su vida. Todo esto es sofistería y rabulismo.

Nadie sufre un castigo porque lo haya querido, sino porque ha querido una *acción punible* en efecto, cuando a alguien le sucede lo que quiere, no hay castigo alguno, y es imposible querer ser castigado. — Decir que quiero ser castigado si asesino a alguien no

significa sino decir que me someto junto con todos los demás a las leyes que de un modo natural serán también leyes penales, en caso de que haya criminales en el pueblo. Yo, como legislador que decreta la ley penal, no puedo ser la misma persona que, como súbdito, es castigada según la ley; porque como tal, es decir, como criminal, no puedo tener un voto en la legislación (el legislador es santo). Por tanto, cuando yo formulo una ley penal contra mí, como criminal, es la razón pura jurídico-legisladora en mí (*homo noumenon*) la que me somete a la ley penal a mí, como capaz de cometer crímenes, por consiguiente, como otra persona (*homo phaenomenon*) junto con todas las demás en una asociación civil. Con otras palabras: no es el pueblo (cada individuo en el mismo) quien dicta la condena de muerte, sino el tribunal (la justicia

¹ C. B. Beccaria (1738-1794), *Dei delitti e delle pene* (1764). En la *Vorlesung* es citado Beccaria en el mismo asunto en contraposición a Rousseau que, a partir del mismo presupuesto del contrato social, sacó la conclusión contraria.

pública), por tanto, otro distinto del criminal, y en el contrato social no está contenida en modo alguno la promesa de permitir ser castigado, disponiendo así de sí mismo y de la propia vida. Porque si a la facultad de castigar tuviera que subyacer la *promesa* del criminal de *querer* dejarse castigar, a él tendría también que encomendarse la tarea de considerarse digno de castigo y el criminal sería su propio juez.— El punto, clave del error (πρόσθ' ἑσθός) de este sofisma es el siguiente: que el propio juicio del criminal de tener que perder la vida (que ha de atribuirse necesariamente a su *razón*) se considera como una decisión de la *voluntad* de quitársela a sí mismo, y de este modo se representan como unidos en una y la misma persona la ejecución y el juicio jurídicos.

Sin embargo, con respecto a dos crímenes que merecen la muerte, es todavía dudoso si la *legislación* tiene también derecho a imponerles la pena de muerte. A ellos conduce el sentimiento del honor. Uno es el sentimiento del *honor del sexo*, el otro, el del *honor militar*, y ciertamente se trata del auténtico honor que corresponde como deber a cada una de estas dos clases de hombres. El primer crimen es el *infanticidio materno* (*infanticidium maternale*); el otro, el *asesinato de un compañero de armas* (*commilitonidium*), el *duelo*.— Puesto que la legislación no puede borrar la deshonra de un nacimiento bastardo y aún menos la mancha que, por la sospecha de cobardía, cae¹ sobre un jefe militar subalterno que no opone a una afrenta una fuerza personal que supera el temor a la muerte, parece que los hombres en estos casos se encuentran en el estado de naturaleza y que el *homicidio* (*homicidium*), que entonces ni siquiera tendría que llamarse *asesinato* (*homicidium dolosum*), sería sin duda punible en ambos casos, pero no puede ser castigado por

¹ Aceptamos la sugerencia de Vortländer, que suprime «der».

el poder supremo con la muerte. El niño venido al mundo fuera del matrimonio ha nacido fuera de la ley (que es el matrimonio), por tanto, también fuera de su protección. Se ha introducido en la comunidad de una forma —digamos— furtiva (como mercancía prohibida), de modo que ésta puede ignorar su existencia (puesto que legalmente no hubiese debido existir de este modo) y con ella también su eliminación, y ningún decreto puede borrar la deshonra de la madre si se conoce su alumbramiento fuera del matrimonio. El militar colocado como subalterno, que recibe un insulto, se ve también obligado por la opinión pública de sus compañeros de status a vengarse y a castigar al ofensor como en el estado de naturaleza; ~~no~~ mediante la ley, ante un tribunal, sino por medio de un *duelo*, en el que él mismo arriesga su vida para probar su valor militar, sobre el que se basa esencialmente el honor de su status; si al duelo se une también el homicidio del adversario, que en este enfrentamiento se produce públicamente y con el consentimiento de ambas partes, aunque a su pesar, no se le puede llamar *asesinato* (*homicidium dolosum*) propiamente hablando.— ¿Qué es, pues, de derecho en ambos casos (pertenecientes a la justicia criminal)? En este punto la justicia penal se encuentra en un grave aprieto: o bien declara nulo por ley el concepto de honor (que aquí no es nada ilusorio) y entonces castiga con la muerte, o bien priva al crimen de la pena de muerte correspondiente, siendo de este modo o bien cruel o bien indulgente. La solución de este punto es la siguiente: el imperativo categórico de la justicia penal (ha de castigarse con la muerte el homicidio ilegal de otro) permanece, pero la legislación misma (por tanto, también la constitución civil), mientras siga siendo bárbara y rudimentaria, es responsable de que los móviles del honor en el pueblo (subjetivamente) no coincidan con las reglas que (objetivamente) son adecuadas a su propósito, de tal

modo que la justicia pública que procede del Estado se convierte en injusticia con respecto a la que procede del pueblo.

II

El derecho de gracia (*ius aggratiandi*) para el criminal, sea suavizando el castigo sea eximiéndole totalmente de él, es el más equivoco de los derechos del soberano, pues si bien prueba la magnificencia de su grandeza, permite, sin embargo, obrar injustamente en alto grado. — En lo que respecta a los crímenes de los súbditos entre sí no le corresponde en modo alguno ejercer tal derecho; porque aquí la impunidad (*impunitas criminis*) es la suma injusticia contra ellos. Por tanto, sólo puede hacer uso de este derecho en el caso de que él mismo sea lesionado (*crimen laesae maiestatis*). Pero ni siquiera entonces puede hacerlo si la impunidad pudiera poner en peligro la seguridad del pueblo. Este es el único derecho que merece el nombre de derecho de majestad.

La relación jurídica del ciudadano con su patria y con el extranjero

§ 50

El territorio (*territorium*) cuyos habitantes son ciudadanos de la misma comunidad en virtud de la constitución misma, es decir, sin necesidad de realizar un acto jurídico especial (por tanto, por nacimiento), es la patria; el territorio en el que se encuentran

tran sin que se cumpla esta condición, es el extranjero, y si éste constituye una parte de la soberanía territorial, se llama *provincia* (en el sentido que los romanos daban a esta palabra); ésta, puesto que no constituye una parte coaligada con el imperio (*imperii*) como *residencia* de los conciudadanos, sino sólo una *posesión* suya como residencia secundaria¹, tiene que venerar el suelo del Estado dominante como *metrópoli* (*regio domina*).

- 338 1) El *súbdito* (incluso considerado como ciudadano) tiene derecho a emigrar, porque el Estado no podría retenerlo como propiedad suya. Sin embargo, sólo puede llevarse sus bienes muebles, no los inmuebles; cosa que sucedería si estuviera autorizado a vender la tierra que poseía hasta el momento y llevarse el dinero de la venta.
- 2) El *príncipe gobernante* tiene el derecho de favorecer la *inmigración* y el asentamiento de extranjeros (colonos), aunque los indígenas no lo vean con buenos ojos, siempre que éstos no vean reducida su propiedad territorial privada.
- 3) El príncipe gobernante, en el caso de que un súbdito cometa un crimen que hace pernicioso para el Estado toda comunidad de los conciudadanos con él, tiene también el derecho a *desterrarlo* a una provincia en el extranjero, donde no participe de ningún derecho ciudadano, es decir, tiene derecho a *deportarlo*.
- 4) También tiene el derecho de *proscripción* en general (*ius exilii*), el derecho de enviarlo a un lugar remoto, o sea, al extranjero en general (llamado

¹ Melin propone sustituir este término por «Unterthan» (súbdito). Sin embargo, la sustitución es controvertida, como muestra Natort pormenorizadamente.