

## CAPITULO IV.

## De la medida y cantidad de las penas.

1 Puede decirse que á este capítulo de la medida y cantidad de las penas corresponde el de la medida de los delitos, ó por mejor decir, que el primero corresponde al segundo. Sabiéndose cual es la medida de los unos, se sabe forzosamente cual es la de las otras, pues segun sean aquellos, deben ser éstas. Hemos dicho que el daño hecho á la sociedad ó sus individuos y otras circunstancias son la verdadera medida de los delitos, puesto que uno y las otras los hacen mas ó menos graves; y de consiguiente tambien son la medida de las penas, porque segun la mayor ó menor gravedad de aquellos, deberán ser éstas mas ó menos severas. Sin embargo, hemos reservado para este lugar varias doctrinas que pudimos haber expuesto hablando de los delitos.

2 En la imposicion de las penas deben tenerse presentes la calidad y diferencia de las personas, su clase, estado y empleo, pues segun estas circunstancias deberán aumentarse ó moderarse, y aun hacer alguna diferencia en el modo de imponerlas. Asi que, un vasallo, un hijo y un criado que injurien á su señor, padre y amo, habrán de castigarse con mas rigor que si injuriasen á otras personas. Un juez que abusa de su oficio y de las facultades anexas á él en detrimento de sus súbditos, debe tambien castigarse con mas severidad que una persona privada, puesto que los jueces tienen mas motivos y obligaciones para conducirse bien, al mismo tiempo que son mayores su facilidad y proporciones para hacer mal. Asimismo no ha de imponerse la pena capital al noble del mismo modo que al plebeyo, ni aquel ha de padecer pena infamatoria por delito que éste la padecería, á no ser que por él pierda los privilegios de la nobleza.

3 Asi como el juez debe ser castigado mas rigurosamente que otros por la facilidad que tiene para delinquir, asi tambien deberán castigarse con mayor severidad aquellos malhechores que la tengan igualmente, y aquellos delitos que pueden cometerse mas fácilmente que otros. Es muy justo é indispensable que á la mayor facilidad para delinquir se contraonga el mayor miedo de un mayor castigo que sirva de freno. Es claro que el homicidio hecho con veneno, que es tan facil de cometer, debe tenerse por mas grave delito que el homicidio ordinario, y castigarse de consiguiente con mayor pena: es claro que el incendio es tanto mas grave y punible crimen cuanto es mayor la dificultad de precaverse ó libertarse de él. La misma dificultad se advierte en aquellos delitos que consisten en el abuso de la confianza que unas personas hacen de otras. El huésped que disfruta los obsequios de un amigo en su propia casa, si seduce en ella á la muger ó hija de su favorecedor ó bienhechor, es mas vituperable y digno de castigo que otros seductores. El criado que mata á su señor ó le roba, merece mayor pena que otros homicidas ó ladrones; pues por razon de la confianza que se hace de él, puede decirse que tiene en su mano la vida y los bienes de su amo.

4 Quien reincide en un delito debe ser castigado por la segunda vez que delinquirá con mayor pena que lo fue por la primera, aunque no haya sido mas grave su culpa en aquella que en ésta, pues la reincidencia demuestra un animo mas perverso, y que no ha sido suficiente el primer castigo para refrenar al reo; si bien en todo caso han de tenerse presentes las reglas de proporcion y analogía con el crimen.

5 El delito ha de castigarse á veces teniendo en consideración para agravar el castigo el lugar en donde se cometió. Es evidente que debe refrenarse con mayor pena el homicidio, robo ú otro delito cometido en un tem-

plo ó en un palacio del Soberano, que el que se cometa en la calle ó en un camino; pues aunque el ánimo del delincuente no sea el de profanar aquellos respetables lugares sino el de satisfacer su venganza, su codicia, su necesidad u otra pasión, siempre es cierto que no ignoraba el reo que los profanaba, y que su profanacion supone en el mayor perversidad (\*). También hay delitos que son mas vituperables y punibles cometidos en un lugar público, que si se cometiesen en otro solitario; así como es mayor ofensa la hecha en un paseo, teatro ó otra grande concurrencia; que la que se hiciése estando á solas con el ofendido. Finalmente, hablando del lugar del delito, no es de omitir que debe atenderse al lugar ó parte de su cuerpo en el que el agraviado recibió la injuria ó golpe; pues el que se dá en la cara, se tiene por mas ofensivo que el que se dá en un brazo ó en una pierna; y se tiene por mayor agravio una bofetada que un golpe dado en la frente ó en el pecho.

6. Asimismo el tiempo de la perpetracion del delito no es siempre indiferente. Los delitos cometidos de noche son tanto mas graves y punibles que la oscuridad de aquella ofrece mas medios para cometerlos, y menos para impedirlos ó defenderse; y que las tinieblas nocturnas amedrentan sobremanera; y alteran mas la tranquilidad y seguridad de los buenos ciudadanos, favoreciendo las perversas intenciones de los malvados. Fundados en esto Solon en Atenas y los Decenviros en Roma prescribieron la pena capital contra el ladrón nocturno.

7. En orden á las penas que deben imponerse á los

(\*) Pisistrato impuso pena capital á quien profanase con dishonestidades el templo de Apolo, y en Roma se hizo quizar la vida á una muger, por haberse desnudado delante de la estatua de un Emperador.

cómplices en los delitos, es indispensable hablar con distincion, á causa de haber notable diversidad entre aquellos. Se coopera á una accion criminal antes, durante ó despues de ella: antes, ministrando al reo principal armas, escala ó dinero que necesite: durante, uniéndose á aquel para facilitar el delito, ó estando á la mira por si llegaba alguien que pudiera impedirlo; y despues, ocultando al delincuente ó proporcionando su evasion. Es manifesta la diferencia que se halla entre estos grados de cómplicidad, la cual es mayor ó menor delito á proporcion del modo de cooperar á él, que rarissima vez es igual al crimen.

8. La utilidad pública, dice el señor Lardizabal (1), pide tambien que los cómplices en un delito que no han concurrido inmediatamente á egecutarle, se castiguen con menos severidad que el inmediato egecutor. La razon es clara. Cuando algunos se convienen entre si para egecutar alguna accion; de la cual puede resultarles algun daño ó peligro, lo hacen de modo que todos corran igual riesgo, y esto tanto mas cuanto mayor es el peligro á que se exponen. La ley, castigando con mas severidad á los inmediatos egecutores que á los demas, quita la igualdad del peligro con la mayor pena que impone al egecutor, y por consiguiente dificulta mas la egecucion, porque no es tan fácil que ninguno quiera exponerse á mayor peligro que los otros esperando la misma utilidad que ellos. Pero si los que se confabulan para cometer el delito, pactaren entre sí dar alguna recompensa particular al que egecutare la accion, entonces por la misma razon aunque inversa, igual pena que el egecutor deben sufrir los demas cómplices, aunque no sean inmediatos egecutores, porque exponiéndose de esta suerte al mismo peligro, y resultándoles menos utilidad, se dificulta tambien la con-

(\*) Discurso sobre las penas cap. 4. núms. 32 y 33.

vencion y por consiguiente la egecucion del delito (\*).»

9. » Los encubridores y receptadores de los que cometen algun delito, son en cierto modo cómplices en él, y por consiguiente segun fuere mayor ó menor el influjo y parte que tuvieron, asi se deberá disminuir ó agravar la pena, hasta imponerles tal vez la misma que á los malhechores. Infírese de aqui que si el receptor tuviere compañía con el que comete el delito, ó percibiére alguna utilidad de él, deberá ser castigado con mayor pena que el que puramente receptare ó encubriere sin percibir utilidad. Por la misma razon si el receptor tuviere alguna conexion de parentesco, ú otra semejante con el delincuente, deberá disminuirse la pena y tal vez remitirse, segun las circunstancias, porque en este caso debe creerse que lo hizo, no por malicia, sino vencido del amor y afecto: y conforme á un principio establecido en este discurso en la regulacion de las penas no solo debe tenerse presente el daño causado sino tambien la intencion con que se hace. Però esto se debe entender, si el expresado receptor no es participante en el delito, ni le resulta utilidad de él, pues en tal caso cesa la razon antecedente. Conforme á estas distinciones deberia moderarse la regla 19. tit. 34. Part. 7. que dice: *á los malhechores, é á los consejadores é á los encubridores deve ser dada igual pena (1).*»

(\*) El señor Lardizabal reprueba con razon, como nosotros lo hemos ya reprobado, (tomo 1. Pract. crim. cap. 11. núm. 34.) el perdon que en causas de delitos enormes y difíciles de averiguar suele ofrecerse al cómplice que descubra á sus compañeros, fundado en que esto es autorizar en cierto modo la traicion; pero siguiendo al Marqués de Beccaria tiene por conveniente y digna de publicarse una ley general en que se ofrezca el indulto al cómplice manifestador de cualquier delito, sin hacerse cargo de que semejante ley autorizaria en general la traicion y fomentaria la perfidia en los nombres. La razon de diferencia que expresa, no tiene toda la solidez necesaria.

(1) Autor y cap. cit. núm. 40.

10. » Los receptadores y encubridores de hurtos no deben ser siempre castigados por regla general con la misma pena que el ladrón. El que recibe el robo, puede recibirle inocentemente en muchas ocasiones: el que roba, siempre es culpable: el uno impide la conviccion del delito ya cometido, el otro comete el delito: el ladrón necesita vencer mas obstáculos para hacer el hurto que el receptor para encubrirle, lo que supone mas depravacion y malicia en uno que en otro. Però las circunstancias pueden hacer que el receptor sea tan culpable como el mismo ladrón, y por consiguiente acreedor á la misma pena (1).»

11. Quien aconseja ó persuade á otro cometer algun delito, debe tenerse por cómplice en éste, bien sea el consejo general, que es cuando no se pasa de aconsejar ó persuadir, bien sea especial, que consiste en no contentarse con esto y adelantarse á instruir al delincuente en el modo de cometer el delito, ó á facilitarle medios para su perpetracion. Respecto al consejo general suele distinguirse, si indujo á delinquir, ó si sin él se habria delinquido, creyéndose que en este caso no debe tenerse por culpado, ó imponerse ningun castigo al consejero; pero yo creo que aun entonces deberia ser punido, por haber hecho lo que estubo de su parte, aunque no con tanto rigor como en el segundo caso, en el cual se pervierte el animo del reo. Tocante al consejo especial, es claro que su autor es un verdadero cómplice, y merece se le castigue mas ó menos, segun hubiese influido, lo cual ha de atenderse tambien en el consejo general.

12. Entre el mandato y el consejo hay dos diferencias que deben tenerse presentes. La una es que el primero se da por contemplacion del mandante, y el segundo por contemplacion del aconsejado, de lo cual

(1) Autor y cap. cit. núm. 41.

dimana la otra diferencia: á saber, que revocado el mandato se desistirá verosimilmente de llevarle á efecto, y aconsejándose lo contrario de lo que antes se aconsejó, es difícil que el aconsejado desista de su intento por el bien ó complacencia que puede prometerse de su egecucion: en cuyo supuesto para impedirle el consejero deberá hacer cuanto esté de su parte, por ejemplo dar el correspondiente aviso á la persona que habia de ser ofendida ó perjudicada.

13 El mandante y mandatario de algun delito, si éste se comete, indudablemente deben sufrir igual pena; mas puede haber duda en el caso de que el segundo se hubiese excedido del mandato, como si fue de herir á alguno y se le quitó la vida, ó de robar mil reales y se robaron mil pesos. Nosotros opinamos que tocante á dicho exceso debe ser castigado el mandatario con mas severidad que el mandante, sin embargo de que éste no podia ignorar que era facil en aquel excederse, y que le exponia á ello, mandándole por otra parte una cosa ilícita; pues á la verdad con el exceso manifestó el mandatario un animo mas perverso que el del mandante, á no ser por ejemplo que se hubiese hecho la muerte contra la intencion del mandatario. Asimismo puede caber duda sobre el castigo, cuando el mandante revoque en tiempo oportuno el mandato, y lo lleve no obstante á egecucion el mandatario; pues aunque opinen los intérpretes que queda excusado en un todo el mandante, deberá segun algunos de ellos imponérsele alguna pena menor que la ordinaria, por haber pervertido al mandatario, y porque tales mandatos, aun cuando se revoquen, suelen traer malas consecuencias. Finalmente, por estas mismas razones, aunque no se cumpla el mandato, por no poderlo hacer el mandatario, ó por haberse revocado, solo por la aceptacion es merecedor de alguna pena; bien que en nuestro concepto deberá imponerse en los delitos

graves, y disimularse en los leves (\*).

14 Hay personas contra las cuales debe prescribirse una pena proporcionada, siempre que pudiendo estorbar algun delito no lo hiciesen, y son los jueces, padres, maridos, amos y otras que por razon de su oficio ó estado tienen autoridad, facultades y obligacion de velar sobre la conducta de algunas personas, pues en virtud de esto si no les impiden delinquir estando en su mano hacerlo, concurren moralmente á ello, y son unos verdaderos cómplices. Las demas personas ten no impedir delitos que pueden evitar, podrán dejar de cumplir con los oficios de humanidad y civildad; pero las leyes dejan el uso de ellos al arbitrio de los ciudadanos, y no castigan semejante falta; mayormente cuando en muchas ocasiones de que rer evitar delitos de otros podria seguirse algun mal á los mismos que lo intentasen. No obstante el bien del estado exige se imponga un castigo proporcionado á los que puedan impedir delitos graves ó atrocés y no lo hagan; aunque la ley deberá especificarlos con toda claridad.

15 Finalmente, en órden al conato de delinquir ó animo de hacerlo, manifestado con alguna accion externa, consultemos tan solo lo que dicta la sana razon, prescindiendo de las disposiciones del derecho romano, difíciles de conciliar, pues unas quieren que se

(\*) No debe hablarse en este discurso de la ratificacion ó aprobacion de algun delito hecha por persona, en cuyo nombre se cometi6; aunque sin su noticia, ni participacion, sin embargo de que algunos intérpretes opinan que tal aprobacion debe ser castigada al menos con pena extraordinaria; pues no pudiendo el aprobante ser causa física ni moral de un delito, de que no tuvo noticia hasta despues de su perpetracion, es claro que con la ratificacion de un malhecho no puede cometer sino un pecado, el qual segun se ha dicho, no está sujeto á la ley ni á la jurisdiccion humana.

castigue con mayor y otras con menor pena el conato que el delito consumado; y prescindiendo asimismo de las opiniones de los intérpretes, que distinguen de delitos respecto á su mayor ó menor gravedad (\*), y de lo que en general haya adoptado la práctica.

16. Debe entenderse, si el hecho ó la acción con que se manifiesta el deseo ó animo de delinquir, se halla ó no prohibida por la ley, pues en el primer caso no es punible y si en el segundo. Si alguna persona descubre á otras su intento de matar á algun ofensor ó enemigo suyo, solo por esto, aunque se justifique plenamente, no incurre en pena alguna el amenazador, quien despues de sus amenazas puede arrepentirse de sus perversos designios, y aun reconciliarse con su enemigo. Pero si ademas de tales amenazas, ó sin preceder estas comenzase á poner en egecucion su depravado intento, ya con prevenirse de armas, ya con acechar á su contrario, ó ya con otro hecho semejante; como la ley no puede menos de prohibir tales acciones, seguramente debe ser castigado su autor con la pena que aquella prescribe, y que no debe ser igual á la que se impondría por el delito consumado, sin embargo de lo que expone en contrario un célebre escritor que trae el siguiente egemplo.

17. Si yo manifiesto, dice, á una ó mas personas mi deseo de tramar una conjuracion contra el gobierno, y consta esta manifestacion al magistrado, no podrá hacer mas que asegurarse de mi persona, mientras no esté cierto de que he desistido de mi malvado intento; y en ninguna manera debe pasar á condenar-

(\*) De estos unos quieren que se castigue el conato como el delito consumado en los delitos atroces no en los leves, y otros que solo sea igual la pena en los delitos atrocisimos; mas no hay ninguna razon fundada para esta diferencia. Si los unos son mas perjudiciales al estado, es cuando se han cometido.

me segun el rigor de las leyes; mas si en el silencio de la noche y en el retiro de mi casa convocó á los conjurados, doy las disposiciones necesarias para el logro de la horrenda maldad, les pongo las armas en la mano, recibo de ellos el terrible juramento del sigilo y de la fidelidad, y finalizado este congreso se descubre la conspiracion y se sorprende á los conjurados antes de llegar el momento de reventar la conjuracion; mis cómplices y yo debemos ser condenados en la misma pena que habriamos merecido por la egecucion de nuestro péfido atentado. En el primer caso, aunque hay deseo de violar la ley, no hay violacion de ella, y en el segundo hay las dos cosas, por lo cual no hay delito en aquel y sí en éste: de cuya doctrina puede deducirse esta regla general. La voluntad de violar la ley solo es delito, cuando se manifiesta con alguna acción que la ley veda, y en este único caso el conato es tan punible como el mismo delito consumado.

18. El mismo autor pone otro egemplo como semejante al referido; pero sin embargo hay notable diferencia entre ellos. Si uno dice á otro que mate á su enemigo y que recompensará su hecho con cierta cantidad inmediatamente que le dé pruebas del feliz éxito de su comision, aunque el mandatario no pueda llevarla á efecto; justificada que sea, debe ser condenado el mandante en la misma pena capital que se le impondría, si se hubiese cometido el asesinato, puesto que el acto con que mostró su voluntad, induciendo al asesino á violar la ley, era por sí contrario á la ley misma, y que muriese ó no el enemigo, habia hecho cuanto estaba de su parte por quitarle la vida.

19. Pero sin embargo de la doctrina expuesta debe adaptarse como mas razonable y conveniente esta regla. Si el conato llega hasta el último acto con que el delincuente habia de consumir su obra; aunque no

se consume, ha de castigarse con la misma pena que si se hubiese consumado, y de lo contrario deberá ser menor su castigo. En el caso últimamente expresado, y asimismo cuando uno da á otro veneno y no sufre por alguna casualidad el efecto que se prometia de quitarle la vida, ó si le hirió mortalmente con intencion de matarle y no murió por algun accidente; nada quedó por hacer al malhechor, y así es indigno por cierto de que se modere en su favor la pena legal; fuera de que las leyes deben poner á los hombres un freno suficiente para impedir que lleguen á semejantes extremos.

20. Mas por el contrario en el caso de la conspiracion contra el gobierno como en otros semejantes, los delinquentes no llegaron hasta el término á que pensaron llegar, mediando entre sus conatos y la consumacion del delito cierto intervalo, dentro del cual pudieron arrepentirse y abandonar enteramente su proyecto. Asi que, esta posibilidad hace menor el delito del conato, que lo es el delito consumado, y debe de consiguiente castigarse con pena mas suave. Por otra parte, el juicio y prudente legislador ha de valerse de todos los medios posibles para facilitar en los hombres el arrepentimiento de sus malos designios; é impedir que se lleven á egecucion, lo cual exige imperiosamente el bien de la sociedad, y tanto mas cuanto los delitos sean mas graves, y mas funestas sus consecuencias; y ningun otro medio puede ser mas eficaz que el de la moderacion de la pena respecto al conato de delinquir; pues seguramente el miedo de otra mayor impedirá muchas veces la consumacion del delito, sirviendo de contrapeso á los impulsos de las pasiones desarregladas. De otra suerte, quien comience á cometer un delito, si sabe que solo por esto ha de padecer el mismo castigo que padeceria, si le consumase, léjas de desistir de su perverso designio, le llevará mas bien

á egecucion, y tal vez con mas celeridad, por cerrarse enteramente la puerta á su arrepentimiento.

### CAPITULO V.

De la proporcion entre los delitos y las penas, y de la de

#### §. I.

De la proporcion entre los delitos y las penas.

Despues de haber hablado separadamente de los delitos y las penas; este es el lugar mas oportuno de hablar á un tiempo de los unos y de las otras: de tratar, digo, de la proporcion ó igualdad que debe haber entre ellos y ellas, segun lo exigen la justicia, la razon y el bien del estado. Es claro que los delitos graves deben castigarse con penas fuertes, y los delitos leves con penas ligeras. Para cometer los primeros son necesarias unas pasiones vehementes, y para cometer los segundos unas pasiones moderadas, por lo que es indispensable oponer á aquellas grandes y poderosos obstáculos, cuando para contener éstas, puede bastar un pequeño freno. Por otra parte, mientras mas graves son los delitos, mas perjuicio traen á la republica, y de consiguiente es mas importante el evitarlos. Si faltándose á tan justa proporcion se castigáran con igual pena los delitos desiguales, seria muy defectuosa y funesta toda la legislacion criminal, y se vicarian en los ciudadanos sus sentimientos de moralidad; pues acostumbrándose á ver imponer un mismo castigo por delitos mas y menos graves, llegarían á creer que eran iguales en su malicia y perversidad, aunque hubiese su ma distancia entre ellos. Ademas, la desproporcion de las penas puede motivar que se castiguen con ellas de

litos que ellas mismas han ocasionado; como tambien que queden impunes otros que importa y procura la ley con el mayor empeño impedir, de todo lo cual se verán muchos ejemplos en la tercera parte de nuestra Práctica Criminal. Por lo tanto, así como las acciones loables y beneficiosas al estado deben recompensarse con premios proporcionados á su mérito y utilidad, tambien las acciones vituperables y perjudiciales á la república han de castigarse á proporcion de su perversidad y de los males que pueden acarrear.

2. Por no haberse observado ó congecido la debida proporcion entre el delito y el castigo, se han visto tantas monstruosidades en materia de penas: se ha visto condenar en la pena de azotes á un impostor que excitó una terrible sublevacion en la capital de un grande imperio, y á la de ser quemado como calumniador, por haber acusado á varias personas de clase: se ha visto castigar con el fuego el hurto de vasos sagrados, y con el suplicio de la rueda, tenido por menos severo, el asesinato mucho mas vituperable á los ojos de la razon: se ha visto castigar con pena capital el hurto de un caballo, de un buey ó de otra cosa semejante, y con pena pecuniaria la muerte violenta de un hombre: se ha visto imponer pena de la vida por la impresion ó venta de un libro sin privilegio: se ha visto cortar una oreja por el primer hurto de cosas menudas, cortar un pie por el segundo y ahorcar por el tercero: se ha visto prescribir pena capital contra el tutor que casase con su pupila, y solo la de destierro y confiscacion, si abusaba de ella (\*); y se ha visto en fin, omitiendo otros infinitos ejemplos, imponer

(\*) Asi lo dispone la ley 6. tit. 17. Part. 7. que no se halla en observancia; y ¿cómo podría estarlo siendo tan contraria á las buenas costumbres? Fundase la ley en que no podría la pupila pedir al autor cuentas de la administracion de la tutela, estando casada con él.

pena al Astrónomo que calculase mal un eclipse.

3. Para impedir otros errores semejantes á los referidos y tan funestos á la humanidad, es forzoso pues poner el mayor cuidado en establecer una justa proporcion entre los delitos y las penas. Es verdad que al considerar las infinitas circunstancias que aumentan ó disminuyen regularmente la enormidad ó gravedad de los delitos, no podemos menos de tener por imposible que la ley pueda pesarlas todas y en todos casos en la balanza de una rigurosa justicia; pero si dicha proporcion no puede tener muchas veces una exactitud geométrica, podrán al menos señalarse ciertas medidas generales, cuyas proporciones escriben sobre basas de moderacion y de justicia, para que se logre el fin moral de no castigar igualmente dos delitos diversos, ó aunque de una misma clase, de diversa malicia ó perversidad, ni dejar la naturaleza y cantidad de la pena al arbitrio del juez.

4. Una de las cosas mas esenciales é importantes para establecer entre los delitos y las penas la proporcion mas justa que sea posible, es que en estas se atienda á la naturaleza de aquellos: que cada una se derive de la naturaleza de cada uno, ó por decirlo con mas claridad, que entre la pena y el delito haya cierta analogia, ó conformidad, con cuya regla se coarta ó pone un freno á la arbitrariedad del juez; pues de lo contrario se transformarán, como dice el señor Lardizabal, todas las ideas y verdaderas nociones de la justicia: se confundirán las personas con las cosas, la vida del hombre con sus bienes: se apreciarán estos tanto ó mas que su honor: se redimirán con penas pecuniarias las violencias y delitos contra la seguridad personal, inconveniente en que cayeron muchas de nuestras leyes antiguas, dictadas por el espíritu feudal. Si los delitos por ejemplo son contrarios á la religion como el sacrilegio y la simonia, sus penas, para que sean pro-

porcionadas á ellos, deben consistir en privar á los delincentes de los bienes que le franquea la religion misma: en prohibirles la entrada en los templos y la asistencia á los oficios divinos temporal ó perpetuamente, en no hacerlos partícipes de los favores ó gracias del Ser supremo, en las de deponerlos ó degradarlos de las órdenes sagradas, en privarlos de los beneficios, en las excomuniones, interdictos y otras censuras, ó penas canónicas (1).

5 Por la misma razon; si los delitos se oponen á las buenas costumbres, como se advierte en los de incontinencia, ó abuso de los placeres á que concurren ambos sexos, la privacion de los beneficios con que favorece la sociedad á los que se hallan adornados de ellas, será el castigo mas proporcionado y conveniente, en cuyo supuesto habrá de echarse mano ya del destierro del pueblo del domicilio, ya de penas correctorias y en cierto modo vergonzosas, y ya de otras infamatorias, según sean los casos y las personas. Cuando los delitos alteren ó priven á los ciudadanos de su tranquilidad y seguridad, deberán imponerse á sus autores penas que les priven tambien de estos bienes, como lo serán las corporales. Castigarase con la muerte al que ha quitado ó intentado quitar á otro la vida, y se castigará tambien en la persona al que ha ofendido á otro en la suya, cuyas penas son tan análogas á la naturaleza de aquellos delitos como conformes á la razon.

6 Para la mayor claridad é ilustracion de estos principios ó doctrinas generales convendrá exponer en pocas palabras varios de los ejemplos que trae un escritor. Siendo el delito de la holgazanería, ó siendo los delitos frutos de ella, nada es mas acertado que castigar á los ociosos con la aplicacion forzosa al trabajo á

(1) Véase el núm. 9 de éste cap. claus. No siendo.

proporcion de las disposiciones que hayan tomado las leyes para impedir la ociosidad y socorrer la indigencia (\*): sirviéndose un mercader ó tendero de pesos falsos ó medidas faltas, seria castigado por su codicia perdiendo la confianza del público con imponerle una multa considerable, con fijar su condenacion en su puerta, y con colgar ó clavar en ella los instrumentos de su delito. La alteracion ó falsedad de las monedas, que es otro delito de la avaricia, y no de lesa Magestad, cuya soberanía no pretende usurpar su autor, puede castigarse con pena pecuniaria, aunque deben tenerse presentes tambien la turbacion general y perjuicios causados por la circulacion del objeto del delito. En orden á la usura, sin embargo de que los romanos la castigaban con la infamia, parece asimismo mas justa una pena pecuniaria. En la China se castiga sabiamente el peculado ó usurpacion de los caudales públicos con una contribucion anual en favor de los hospitales, ó una pension alimenticia para los pobres ancianos.

7 Si un ciudadano impelido de la ambicion se vale de la cabala y corrupcion para lograr un puesto importante, privése para siempre de obtenerle: si un juez ó magistrado abusa de sus facultades, pronúnciese contra él un anatema civil y decláresele incapaz de todo cargo público: si un calumniador ataca en el honor á una persona de calidad, castíguesele con una pena deshonzosa: si en fin un malvado ciudadano pone en venta la hermosura de su muger ó hija, fuera de una pena pecuniaria por su codicia que suele influir tanto en este delito, deberá ser la principal una de-

(\*) En Inglaterra está prohibida la mendicidad y recomendado el trabajo, de suerte que las parroquias lo suministran á quienes no lo tienen, ó dan alimentos, si al pronto no hay en qué ocuparlos, por lo que en Inglaterra es tan voluntaria la ociosidad como forzada en otros países.



gradación pública del título de esposo y de padre, declarándole indigno del poder conyugal ó paterno, y de suceder jamás á la víctima de su avaricia.

8 En órden á este punto causa admiracion el acierto con que prescribe las penas el divino Platon, cuyos dialogos sobre las leyes leemos siempre con sumo placer. El hombre, dice aquel gran filósofo, que ultraja á la naturaleza, trasladando á su propio sexo las afecciones que ella inspira al otro, debe ser declarado infame y decaído de todas las ventajas concedidas por la sociedad que deshonra. El hijo que violando todo los deberes del respeto, de la ternura y del reconocimiento comete un parricidio, no merece ya vivir, ni aun morir en su patria, ni recibir los honores fúnebres. Con quitarse un ciudadano la vida rompe todos los vínculos que le unen á la sociedad, y así debe ser sepultado en un sepulcro solitario, sin que ningun vestigio ó señal de religion indique en lo sucesivo el lugar donde reposan sus cenizas.

9 Sin embargo puede haber delitos y casos en que no baste seguir la expuesta conformidad y sea indispensable imponer otras penas que no sean análogas, para contener á los delinquentes; si bien ha de cuidarse siempre de acercarse lo mas que sea posible, á la analogia entre el delito y el castigo. No siendo suficientes las penas canónicas para intimidar á los que delincan contra la religion, puede recurrirse á las establecidas por la autoridad civil. Si los hurtos no dejan de ser frecuentes, porque solo se castigan con penas pecuniarias ó la pérdida de los bienes, que son las análogas á aquel delito, deben prescribirse otras corporales ó infamatorias, mayormente sino tienen bienes los reos, pues por su pobreza no han de gozar del privilegio de quedar impunes.

10 Cuando algunos delitos, atendidas su naturaleza, circunstancias y consecuencias, puedan referirse

á varias de las clases que hay de ellos, como si al mismo tiempo que se oponen á las buenas costumbres, fuesen contrarios á la seguridad personal, según se advierte en el rapto; creemos que las penas habrán de guardar analogia con lo que constituye la mayor gravedad de tales delitos, ó bien que deberán prescribirse con una bien meditada combinacion diversas penas, correspondientes á las clases á que aquellos pertenecen.

11 Pero no basta atender á la analogia de los delitos y las penas para lograr el deseado fin de establecer una debida proporcion entre los unos y las otras. Es necesario ademas que en la prescripcion ó señalamiento de las penas se tengan presentes la cualidad y el grado de los delitos, de que ya hemos hablado. La cualidad se toma, segun se ha dicho antes, de la ley que se viola, del daño que ocasiona su violacion en la sociedad, y del mayor ó menor influjo que tiene la ley en ésta. Tocante al grado, sea de dolo, sea de culpa, ya hemos sentado dos reglas ó cánones generales en que se establecen todas las diferencias del uno y de la otra. Para cada especie de delito susceptible de culpa, deben señalarse seis grados de pena, proporcionados á los tres grados de aquella y á los otros tres de dolo; y para los delitos en que solo puede haber dolo, han de señalarse estos tres últimos. Estas diferentes penas, combinadas con las que deben apoyarse en la diversa cualidad de los delitos, nos ofrecen, supuesta la analogia, la total proporcion que buscamos.

12 Supongamos, dice juiciosamente un autor moderno, que todos y estos dos delitos (ha hablado antes de uno mayor y otro menor) sean susceptibles de culpa, es decir, que para cada uno de ellos deba señalar el legislador seis grados de pena relativa á los tres grados de culpa y á los tres de dolo. Para guardar una perfecta proporcion entre la pena del primer delito y la del segundo es menester que aquella supere siempre á

están en el mismo grado. Si por ejemplo la pena del primer delito en el máximo grado de dolo es como diez la del segundo en el mismo grado de dolo debe ser á lo mas como nueve: si la del primer delito en el grado medio de dolo es como nueve, la del segundo en el propio grado ha de ser á lo mas como ocho: si la del primer delito en el infimo grado de culpa es como cinco: la del segundo en el mismo grado de culpa habrá de ser lo mas como cuatro; y así en los demás grados intermedios. Reflexiónese sobre esta progresion y se echará de ver que sin alterarse la proporcion establecida la pena del menor delito en un grado puede ser mayor que la del mayor delito en otro grado. El homicidio v. gr. es sin duda mayor delito que el hurto: la pena pues del homicidio en cierto grado debe ser mayor que la del hurto en el mismo grado, que es lo que requiere dicha proporcion, la cual no se altera; si la pena del hurto cometido con el máximo grado de dolo es mayor que la del homicidio hecho con alguno de los tres grados de culpa, ó con el infimo grado de dolo, porque la pena debe proporcionarse á la cualidad combinada con el grado.

13. Esto supuesto se conocerá facilmente, cómo puede conseguirse en todo un código penal la proporcion entre los delitos y las penas. Bien meditadas y conocida la cualidad de cada uno, prescribase la pena máxima para el mayor delito cometido con el máximo grado de dolo: pásese despues al delito menor en el mas próximo grado: y establecida la proporcion mas exacta que sea posible: entre la pena de cada grado del primer delito y la de cada grado del segundo, procédase al delito menor tambien en próximo grado que el segundo, y guárdese entre la pena del segundo delito y la del tercero la misma proporcion que se ha guardado entre la pena del primero y la del segundo, por manera que la pena de cada grado del tercer deli-

to sea menor que la correspondiente al mismo grado del segundo, y váyase así descendiendo gradualmente hasta el último delito, ó la mas mínima injuria hecha á un particular.

14. Segun la expuesta progresion no todo delito ha de ser castigado diversamente de cualquiera otro semejante, y antes bien la pena del mayor delito cometido con el infimo grado de culpa puede ser igual á la de un delito muy inferior cometido con el máximo grado en dolo; puesto que la igualdad no destruye la debida proporcion, sino cuando recae sobre un mismo grado en delitos de diferente cualidad: de suerte que una misma pena puede adoptarse para muchos delitos en diversos grados: como para un delito en el infimo grado de culpa, para otro de cualidad inferior al primero en el medio grado de culpa, para otro inferior al segundo en el máximo de grado de culpa, para otro inferior al tercero en el grado infimo de dolo; y por fin en otro inferior al quinto en el máximo grado de dolo. La única pena, como es claro, que solo se puede adoptar para un delito y en un solo grado, es la que debe señalarse contra el mayor delito en el máximo grado de dolo, y éste es el primer eslabon de la cadena ó progresion de los delitos.

15. Podrá quizá dudarse, si para esta dilatada progresion de delitos serán suficientes los materiales que tenemos de las penas, en las cuales, segun dice el autor citado, debe atenderse su número, para ver si son tan repartibles como los delitos: su cualidad, para conocer si puede observarse la progresion de las penas en las que son de diversa naturaleza; y su cuantidad, para venir en condicimiento de si podrá conseguirse en los mas atroces delitos la proporcion deseada sin violar los respetables limites de la moderacion. Tocante al número, se desvanecerá facilmente la duda, si se pone la consideracion en el orden expuesto para los

tablecer en un código penal la proporcion entre los delitos y las penas: si se atiende á todo lo que diremos en el capítulo siguiente acerca de las varias clases de penas que en castigo de sus delitos pueden imponer las leyes á todo ciudadano; y si se reflexiona sobre el aumento tan considerable que puede tener el número de las penas haciendo un prudente uso de la combinacion de muchas de ellas contra un solo delito, cuando su naturaleza y circunstancias lo exijan: por manera que consideradas separadamente las penas se advertirá que su número es mucho mas crecido de lo que antes se creeria, y atendiendo á la expresada union de ellas se echará de ver que con esta aun podrá aumentarse considerablemente.

16. Ademas de ésta utilidad trae otra la combinacion de las penas: á saber, la de facilitar su proporcion con los delitos; mas para sacar la una y la otra no han de unirse inútilmente dos ó mas penas, como por ejemplo la de infamia á la capital siendo esta suficiente para castigar un homicidio hecho con el mayor grado de dolo. Entonces podrían combinarse ambas penas, cuando á dicho delito acompañase el hurto ú otro que la opinion pública tuviese por infamante. Ha solido unirse con bastante frecuencia la infamia á otras muchas penas sin distinguir de delitos, cuyo abuso pondremos mas adelante de manifiesto. Las penas pecuniarias si pueden combinarse con mucho acierto con la pérdida ó suspension de las prerogativas de ciudadano, y con toda especie de pena, siempre que la avaricia haya impelido al delito y no sea la pecuniaria condigno castigo.

16. En orden á la cualidad, que debe atenderse para saber de qué manera ha de observarse la progresion de las penas de diversa naturaleza: ¿cómo ha de calcularse el valor relativo de las penas pecuniarias, de las corporales y afflictivas, de la infamia y de la

muerte? En una misma clase de penas es facil la progresion, porque el parangon se hace entre cantidades homogéneas ó de una propia naturaleza, y así la mera privacion por ejemplo de la libertad personal es seguramente inferior á la condenacion á los trabajos públicos, y la condenacion á estos por un año es manifiestamente menor que la que se haga por dos. Pero ¿cómo ha de guardarse esta progresion en el tránsito de una clase de pena á otra? Con la pena se pierde algun derecho, y no todos los derechos son igualmente preciosos, ni uno mismo tiene igual valor en todos los países ó pueblos, por cuya razon en la formacion de un código penal deberá indagarse el valor relativo que da la nacion á los diferentes derechos para determinar el valor relativo de las penas, que varia, como ya hemos indicado, segun la diversidad de las circunstancias físicas y morales de las naciones.

18. Por lo que hace á la cantidad de las penas, para que en la imposicion de ellas contra los mas graves delitos se observe la proporcion debida sin violar los limites de la moderacion, debe ponerse á la vista un error funestísimo en que han incurrido lo mas de los legisladores, pues con enmendar éste se habrá conseguido aquel fin. Léase la mayor parte de los códigos criminales, y se advertirá desde luego que generalmente se han querido refrenar los delitos con penas mas rigurosas de las que merecian y eran necesarias; de suerte que aun vemos establecidos castigos capitales contra delitos que al parecer excusa la naturaleza ó el honor, y que por lo tanto debian contentarse con penas mucho mas suaves. ¿Quién á un mismo tiempo no se siente lleno de horror y compasion hacia el sexo mas débil, al leer que en un país tan culto como la Francia ha estado en vigor hasta estos últimos tiempos la absurda y cruel ley de Enrique II que castigaba de muerte á la infeliz joven cuyo parto peticia, por no

haber revelado su preñez al magistrado, haciendo así expiar en un infame patíbulo un delito del amor y pudor femenino? ¿Quién no se lastima de la triste humanidad al saber que muchos millares de hombres han acabado sus días en un suplicio por hurtos muy pequeños, á que regularmente les habrían impellido el hambre y la necesidad?

19. Cometido el fatal error de prescribir las penas mas rigorosas contra delitos muy inferiores á los mas atroces, éra consiguiente que advirtiéndose su distancia entre los primeros y los segundos se creyese que estos debían ser castigados con mucho mas rigor que aquellos, y que se recurriese forzosamente á las penas mas horribles, y feroces que podia inventar la crueldad mas refinada. De aqui es que en Francia, que en punto á la ferocidad de las penas se ha llevado quiza la palma entre las demas naciones de Europa (\*), se impuso al asesino que hirió al Rey Cristianísimo Luis XV un castigo mas fiero y horrendo que cuantos se ejecutaron por orden de Tiberio, de Neron y de los demas monstruos que aterraron y envilecieron el imperio romano: de aqui es en que el suplicio del malvado Roberto Francisco Damiens no se olvidó el atenuar sus pechos, brazos, muslos y pantorrillas: no se olvidaron el plomo derretido, ni la pez, resina, cera, azufre y aceite hirviendo, ni la quema de la mano con azufre: no se olvidaron el descuartizamiento por cuatro caballos, la segunda quema de los miembros con el cuerpo, ni el esparcimiento de las cenizas por el aire, cuyos tormentos duraron tres horas, conservando aun despues de la separacion de las piernas brazo derecho el infeliz la vida, que no perdió hasta haberle arrancado el otro que fue instrumento de su horrendo y detestable crimen. Por lo tanto, para evitar

(\*) No puede decirse esto al presente, segun el Sr. de Montesquieu.

que se llegue á tales extremos quebrantando los justos y razonables límites de la moderacion, es indispensable que se corrija el vicio expuesto disminuyendo las penas de los delitos menores, con lo qual la progresion de las penas podrá seguir y combinarse con la progresion de los delitos hasta encontrarse para los mas graves las que sin tocar en la raya de la ferocidad sean proporcionadas, justas y útiles. Pero sin embargo de la progresion y proporcion establecidas entre los delitos y las penas debe hacerse una excepcion con respecto á aquellos que por su naturaleza son mas fáciles de ocultarse que los demas, y de consiguiente mas difíciles de descubrirse y aun mas difíciles de probarse: la excepcion, digo, de atenuar, al-gun tanto la proporcion entre ellos y sus penas, é interrumpir el curso de la progresion, destinando al delito mas ocultable de igualdad menor la pena que seria proporcionada al delito menos ocultable de igualdad mayor, y aumentando así el rigor de la pena lo bastante á compensar la mayor esperanza de la impunidad, anexa á la facilidad de la ocultacion, y á la dificultad del descubrimiento y de la prueba que han de disminuir forzosamente y relativamente la eficacia de la pena, que debe ponerse á nivel. Con este medio tan sencillo que no trae consigo ningun inconveniente, al menos considerable, se da á la sancion penal de dichos delitos aquel equilibrio que no creiendo la severidad de la pena, destruyera la facilidad de ocultarlos. Los intérpretes han querido corregir la causa del mal con exigir mayores pruebas en aquellos delitos que en los demas, lo qual no ha sido otra cosa que corregirlo con otro mal mucho mayor, exponiendo manifiestamente la inocencia y abriendo una ancha puerta á la calumnia. (1).

(1) Puede verse en el tomo I el cap. 8 de las pruebas, números 38, 39, y 43.

§. II. De la proporción de las penas entre sí.

21. Asi como debe haber una proporción entre los delitos y las penas; no menos debe haberla entre estas mismas; pero tan difícil es encontrar en los códigos penales la una como la otra, y antes por el contrario vemos en ellos acerca de este punto grandes inconsecuencias y absurdos: vemos por ejemplo condenada la madre, reá de infanticidio, á una multa por la primera vez, y al fuego por la segunda: vemos condenados los blasfemos en la multa de algunos sueldos, ó á ser echados en un rio: vemos castigados un contrabando de sal con una multa, ó con las galeras; y vemos conducir á la horca el ladrón de cosa cuyo valor pasa de cinco sueldos; al mismo tiempo que se desuella ó arranca violentamente la piel al que ha hurtado cosa de menos valor que aquella tan pequeña cantidad.

22. Si expusiésemos en este lugar las penas establecidas en varios códigos penales segun su orden ó progresion, se advertiria desde luego, quanto se habian apartado sus legisladores de lo que dictan la naturaleza y la razón; pero lejos de pensar en hacer una exposicion desagradable á nuestros lectores, haremos para su instruccion otra que les será mas grata y útil; insertando aquí la graduacion y progresion de las penas que se hallan en los dos recientes y sabios códigos de Pedro Leopoldo, gran Duque que fue de Toscana, y de José II, Emperador de Alemania.

23. Las penas y dice el primero (1), en que nuestros jueces y tribunales podrán en lo sucesivo conde-

(1) Puede verse en el tomo I del cap. 8 de las penas, págs. 28, 29 y 42. §. 55 de su nuevo código.

nar á los reos, serán las siguientes. Penas pecuniarias, azotes privados ó secretos: prision, con tal que no pase de un año: destierro de la bailia ó del bailiazgo y de tres leguas en circuito: destierro del vicariato y de cinco leguas en derredor: deportacion ó destierro á Volterra y su territorio: destierro á la provincia inferior: destierro á Grosseto: destierro de todo el gran Ducado, que solo tendrá lugar en los que hayan obtenido la impunidad por descubrir sus cómplices, en los vagabundos, en los saltabancos, demandantes extrangeros, y generalmente en todos los delinquentes extrangeros y en los calumniadores: argolla sin destierro: argolla con destierro: azotes en publico: azotes en publico y en un asno: encierro para las mugeres desde el espacio de un año hasta por toda la vida, habiendo de estar todas rapadas y empleadas con precision en labores de que sean capaces, y ademas las condenas por toda su vida con traje diferente y un cartel en este que diga último suplicio: trabajos publicos para los hombres por tres, cinco, siete, diez, quince y veinte años; y por toda la vida. A la pena de los trabajos publicos está anexo el cartel donde se exprese el nombre del delito; y en los condenados por diez ó mas años, y en los reincidentes de fuga podrá el juez, segun las circunstancias de los casos, añadir un grillete al pie. El sentenciado por toda su vida á dichos trabajos, cuya pena está reservada para los delitos capitales, ademas del grillete ó una cadena doble, ha de tener los pies desnudos, y un traje de color y hechura diferente que lo distinga de todos los demas, ha de ser empleado en los trabajos mas duros, y llevar escritas en el cartel con el nombre de su delito las palabras último suplicio.

24. El Emperador (1) proscribe la pena de muerte.

(1) En su nuevo código cap. 2 art. 20 y siguientes.

BIBLIOTECA NACIONAL DE ESPAÑA

re, fuera de algunos delitos contra los cuales hay de pronunciarse en un Consejo de guerra, y ha de ser la horca. Los demás castigos son la cadena, la prision con los trabajos públicos, la prision sola, los azotes ó golpes con vara ó palos, y la picota.

25. Los grados con respecto á la duracion son de larga duracion en segundo grado, de larga duracion en primer grado, continuos en segundo grado, continuos en primer grado, por tiempo limitado en segundo grado y por tiempo limitado en primer grado. Esta duracion no puede ser nunca de menos de un mes, ni pasar de cinco años. La duracion de un castigo por tiempo limitado en segundo grado no puede exceder jamas de ocho años, ni bajar de cinco. La duracion de un castigo declarado continuo en primer grado no puede ascender nunca á mas de doce años, ni ser menor de ocho, y la duracion de un castigo continuo en segundo grado no ha de exceder nunca de quince años ni bajar de doce. La duracion de un castigo de larga duracion en primer grado nunca ha de bajar de quince años ni pasar de treinta, y la duracion de una pena de larga duracion en segundo grado no ha de ser menor jamas de treinta años, y segun las circunstancias podrá prolongarse hasta ciento.

26. El castigo de la cadena se ejecuta así. El delincuente es metido en una aspera ó cruel prision y encadenado estrechamente de manera que no le queda espacio sino para los movimientos indispensables del cuerpo, y ademas el condenado á la cadena es azotado todos los años para ejemplo del publico.

27. De la prision hay tres clases ó grados, la mas rigurosa, la rigurosa y la prision templada ó moderada, y en los tres ha de ocuparse el reo en un trabajo proporcionado á cada uno de ellos.

28. En la prision mas rigurosa el culpado está sujeto noche y dia en el lugar que se le ha señalado,

con un aro ó argolla de hierro por medio del cuerpo, y aun, si lo permite el trabajo á que se le ha obligado, ó lo exige el peligro de que se escape, se le puede cargar mas de hierro. Por otra parte el condenado á tal prision no tiene mas cama que tablas, ni otro alimento que pan y agua, y se halla privado enteramente de comunicacion, no solo con los extraños sino tambien con sus parientes y conocidos.

29. Un delincuente sentenciado á la prision rigurosa debe ser tratado, segun se ha dicho, con sola la diferencia de que sus grillos han de ser menos pesados, y de que dos dias á la semana ha de dárseles una libra de carne para su sustento.

30. El reo destinado á la prision moderada está sujeto con prisiones menos pesadas, mas son tales sin embargo que no puede escaparse de ellas sin fuerza ó destreza. Se le suministra mejor alimento, pero no se le da otra bebida que agua, y no puede hablar con sus parientes ó conocidos sin graves motivos que han de hacerse presentes, ni sin la presencia del carcelero segun las circunstancias. La prision moderada puede hacerse menos suave con un ayuno mas riguroso en algunos dias de la semana, en los cuales se da al preso solamente una libra de pan.

31. Los trabajos públicos tienen tambien sus grados de aumento que consisten en la mayor dificultad, en la mayor fatiga, ó en la prolongacion del trabajo. La fijacion ó señalamiento conveniente del grado de aumento se deja al prudente arbitrio del juez atendidas las circunstancias particulares de cada lugar ó pais.