

consumar su obra, aunque no se consume, ha de castigársele 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 surte 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 estremos.

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. Así 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 juicioso y prudente legislador ha de valerse de todos los medios posibles para facilitar en los hombres el arrepentimiento de sus malvados designios, é impedir que se lleven á ejecucion, 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, lejos de desistir de su perverso designio, le llevará mas bien á ejecucion, 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 éstas entre sí.*

### §. I.—DE LA PROPORCION ENTRE LOS DELITOS Y LAS PENAS.

1. 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 república, y de consiguiente es mas importante el evitarlos. Si faltándose á tan justa proporcion se castigaran con igual pena los delitos desiguales, seria muy defectuosa y funesta toda la legislacion criminal, y se viciarían 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 suma distancia entre ellos. Además, la desproporcion de las penas puede motivar que se castiguen con ellas delitos 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 conocido 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 escitó 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 pié 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;<sup>1</sup> y se ha visto, en fin, omitiendo otros infinitos ejemplos, imponer 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

<sup>1</sup> Así lo dispone la ley 6, tít. 17, Part. 7 que no se halla en observancia; y ¿cómo podria estarlo siendo tan contraria á las buenas costumbres? Fúndase la ley en que no podria la pupila pedir al tutor cuentas de la administracion de la tutela estando casada con él.

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 estriben sobre bases 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 analogía ó conformidad, con cuya regla se coarta ó pone un freno á la arbitrariedad del juez; pues de lo contrario "se trastornarán, como dice el Sr. Lardizábal, 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 honra: 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 simonía, sus penas, para que sean proporcionadas á ellos, deben consistir en privar á los delincuentes de los bienes que les 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.<sup>1</sup>

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, segun 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. Se castigará 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 esponer en pocas palabras varios de los ejemplos que trae un escritor. Siendo el delito 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 proporcion de las disposiciones que hayan tomado las leyes para impedir la ociosidad y socorrer la indigencia:<sup>2</sup> sirviéndose un mercader ó tendero de pesos falsos ó medidas falsas, 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,

<sup>1</sup> Véase el núm. 9 de este capítulo, cláus. *No siendo*.

<sup>2</sup> 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 paises.

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 sábiamente 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 cábala y corrupcion para lograr un puesto importante, privesele 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 deshonorosa: 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 degradacion pública del título de esposo y de padre, declarándole indigno del poder conyugal ó paterno, y de suceder jamas á la víctima de su avaricia.

8. En orden á este punto causa admiracion el acierto con que prescribe las penas el divino Platon, cuyos diálogos 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 decaido de todas las ventajas concedidas por la sociedad que deshonra. El hijo que violando todos 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 se-

ñal 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 espuesta conformidad y sea indispensable imponer otras penas que no sean análogas para contener á los delincuentes; si bien ha de cuidarse siempre de acercarse lo mas que sea posible á la analogía entre el delito y el castigo. No siendo suficientes las penas canónicas para intimidar á los que delinca 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 si no 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, segun se advierte en el *raptó*; creemos que las penas habrán de guardar analogía 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 analogía 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 esta. Tocante al grado, sea de dolo, sea de culpa, ya hemos sentado dos reglas ó cánones generales en que se establecen todas las dife-

rencias 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 analogía, 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 proporeion entre la pena del primer delito y la del segundo es menester que aquella supere siempre á ésta 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 ínfimo 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 demas 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. g., 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 ínfimo grado de dolo, porque la pena debe proporcionarse á la cualidad combinada con el grado.”

13. Esto supuesto, se conocerá fácilmente cómo puede conseguirse en todo un código penal la proporcion entre los delitos y las penas. Bien meditada y conocida la cualidad de cada uno, prescribese 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 esacta 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 delito 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 espuesta progresion, no todo delito ha de ser castigado diversamente de cualquiera otro desemejante, y antes bien la pena del mayor delito cometido con el ínfimo 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 ínfimo grado de culpa, para otro de cualidad inferior al primero en el medio grado de culpa, para otro inferior al segundo en el máximo grado de culpa, para otro inferior al tercero en el grado ínfimo 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 cantidad, para venir en conocimiento de si podrá conseguirse en los mas atroces delitos la proporcion deseada sin violar los respetables límites de la moderacion. Tocante al número, se desvanecerá fácilmente la duda, si se pone la consideracion en el orden espuesto para establecer en un código 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 espresada union de ellas se echará de ver que con esta aun podrá aumentarse considerablemente.

16. Ademas de esta 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 podrian 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 sí 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.

17. 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 fácil 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 manifestamente 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 paises 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 varía, como ya hemos indicado, segun la diversidad de las circunstancias fisicas 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 límites de la moderacion, debe ponerse á la vista un error funestísimo en que han incurrido los 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 rigorosas de las que merecian y eran necesarias, de suerte que aun vemos establecidos castigos capitales contra delitos que al parecer escusa la naturaleza ó el honor, y que por lo tanto debian contenerse con penas mucho mas suaves. ¿Quién á un mismo tiempo no se siente lleno de horror y compasion hácia el sexo mas débil, al leer que en un pais tan culto como la Francia ha estado en vigor hasta estos últimos tiempos la absurda y cruel ley de Enri-

que II, que castigaba de muerte á la infeliz jóven cuyo parto perecia, 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 dias en un suplicio por hurtos muy pequeños, á que regularmente les habrian impelido el hambre y la necesidad?

19. Cometido el fatal error de prescribir las penas mas rigorosas contra delitos muy inferiores á los mas atroces, era consiguiente que advirtiéndose suma distancia entre los primeros y los segundos, se creyese que estos debian ser castigados con mucho mas rigor que aquellos, y que recurriese forzosamente á las penas mas horrendas y feroces que podia inventar la crueldad mas refinada. De aquí es que en Francia, que en punto á la ferocidad de las penas se ha llevado quizá la palma entre las demas naciones de Europa,<sup>1</sup> 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 Nerón y de los demas mónstruos que aterraron y envilecieron el imperio romano: de aquí es que en el suplicio del malvado Roberto Francisco Damiens no se olvidó el atenacear 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 y brazo derecho, el infeliz la vida, que no perdió hasta haberle arrancado el otro que fué instrumento de su horroroso y detestable crimen. Por lo tanto, para evitar que se llegue á tales extremos quebrantando los justos y razonables límites de la moderacion, es indispensable que se corrija el vicio espuesto,

1 No puede decirse esto al presente.