

HV 80
B46
V. 1

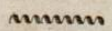


FONDO BIBLIOTECA PUBLICA
DEL ESTADO DE NUEVO LEON

TEORIA DE LAS PENAS LEGALES.

LIBRO PRIMERO.

REGLAS GENERALES.



CAPITULO PRIMERO.

Definiciones y distinciones.

La palabra *pena*, ó la de *castigo* para evitar toda equivocacion, es una de las que no parece á la primera ojeada que necesitan de definicion. No podemos segun visos dar una mas clara nocion de ella, que la que ya se halla en el ánimo de todos : pero esta nocion general, por mas clara que sea, no está bien determinada ; porque ella no llega hasta el grado de hacer una precisa distincion entre

el acto de castigar y otros muchos que se le asemejan bajo ciertos aspectos. Si es necesario espresar lo que va encerrado en el acto de castigar, es principalmente á fin de conocer cuanto él escluye.

I.

Castigar, en el mas general sentido, es imponer un mal á un individuo, con una intencion directa respecto de este mal, á causa de algun acto que parece haberse hecho ú omitido.

Detengámonos un instante en justificar esta definicion. *La intencion directa respecto del mal impuesto es esencial.* Si hago un mal á Ticio sin intencion, es un puro *accidente*. Si le hago semejante mal para preservarle de algun peligro, preservarme á mí mismo, ó con cualquiera otro motivo ageno de su sufrimiento, no se encierra la idea de castigo en este acto.

La declaracion del *motivo* con respecto al mal impuesto es igualmente esencial. Si por parte de Ticio no hubo acto ninguno ante-

rior, real ó presunto, que sirva de motivo al mal que le hago, nadie mirará como un castigo este mal.

Si á consecuencia de un acto de Ticio se impusiera el mal, no á él, sino á cualquiera otro individuo á causa de estarle relacionado; se comprenderia este mal bajo la idea de castigo de Ticio (1).

II.

Despues de haber definido el acto de castigar, nos hallamos en disposicion de explicar otros que tienen relaciones ó diferencias con este.

Si no hubo por parte mia ningun acto real ó presunto que haya servido de motivo al mal que me imponeis, y mi sufrimiento fué el objeto final y directo de vuestra intencion, es por vuestra parte un acto de *pura hostilidad y malicia*.

Si por parte mia ó la de los míos hubo algun acto, real ó presunto, que os ofenda, y

(1) Véase libro V. *Penas fuera de su lugar.*

que en el mal que me haceis, os propongais únicamente el gusto de hacerme sufrir, es un acto de *venganza* (1).

Si vuestro acto de hostilidad no está fundado sobre ningun otro hostil de parte mia, sino sobre alguna circunstancia que os desagrada en mí, aunque agena de toda intencion de ofenderos, es un acto de *pura antipatia*.

III.

Es directa la intencion con respecto al mal en los tres anteriores casos, es *indirecta* en los siguientes: el mal no es el fin, sino el medio.

Si el mal que me haceis, lleva el único objeto de restringir el ejercicio de mis facultades con respecto á ciertos actos que os re-

(1) Así todo acto de venganza es uno de castigo, pero no todo acto de castigo lo es de venganza. La definicion de Johnson es muy defectuosa: *Punishment, any infliction or pain in vengeance of a crime.*

La de Grocio es mejor: *Malum passionis quod infligitur ob malum actionis*, lib. II, cap. XX.

celais de parte mia, es un acto preventivo ó de *prevencion*.

Si el mal por parte vuestra llevó el objeto de determinarme á ciertos actos que yo no haria sin ello, es un acto de *apremio*.

El servicio militar, obligaciones civiles, y contribuciones son males de esta naturaleza. La pena de que van acompañados, no tiene parte en la intencion del legislador, ni ella contribuye al objeto del servicio; luego los actos de apremio no son castigos.

Si me sujetais á un acerbo sufrimiento corporal cuya aplicacion debia cesar desde que yo haya hecho el servicio exigido de mí; que haya dado, por ejemplo sobre un hecho los informes que me creis habilitado para daros, es un acto de *tortura*.

Si el mal que me imponéis lleva el objeto de preservaros á vos mismo, al tiempo que estoy ocupado en preparar ó ejecutar algun atentado contra vuestra persona, es un acto de *conservacion personal*.

¿Se trata de una cantidad de dinero que se os exige, como el equivalente de una pér-

dida que habeis causado á un tercero^p es un acto de *satisfaccion pecuniaria*, pero no de castigo.

Así el mismo acto, el mismo mal recibe diferentes denominaciones segun la diferencia de intencion y motivo por parte del agente, y va á colocarse en la clase de los actos perjudiciales ó útiles (1).

(1) Para hacer tan clara como es posible la distincion entre todos estos objetos, apliquémosla á un ejemplo familiar.

Condenó un jurí, en el año de 1763, al lor Halifax á 4000 lib. est. de daños por la ilegal encarcelacion de Juan Wilkes, sospechado de ser el autor de un libro político. Me preguntan de que naturaleza era el acto del jurí que daba esta sentencia; si era uno de pura malicia, venganza, apremio, antipatía, defensa personal, etc. etc.

No era evidentemente un acto de *malicia*; pues estaba obrado á causa de un acto anterior del lor Halifax, la encarcelacion de M. Wilkes; ni de *apremio*; pues pagada una vez la cantidad, no se exigia nada mas por su parte; ni de *defensa personal*, la cual encierra en sí una agresion que repelemos.

¿Era un acto de *venganza*, *antipatía* ó *preven-*

Despues de haber dado la definicion general de la palabra *castigar*, pasemos á la par-

cion, *satisfaccion pecuniaria*, ó *conservacion de si mismo*?

Respondo que podia ser todos estos actos juntos, ó cada uno de ellos, segun la intencion de los jurados.

Si irritado uno de ellos contra el lor Halifax con un motivo privado ó público, se complacia en hacerle penar, era hasta allí por parte suya un acto de *venganza*, y de *castigo* por consiguiente.

Si un jurado se inclinaba á pronunciar contra el lor Halifax por alguna pasion general, sea á causa de que él era lor, ministro de estado, Irlandes, Escocés, etc., era por su parte un acto de *antipatía*.

Si un jurado llevaba la mira de impedir que el lor Halifax, ó cualquiera otro sucesor suyo en el ministerio cometiesen semejante encarcelacion ilegal, era en la intencion de este jurado un acto de *prevencion*; y uno de *castigo*, en cuanto la pena resentida por el lor Halifax era necesaria para este fin.

Si un jurado se proponia ofrecer á Juan Wilkes un rescarcimiento del agravo que él habia sufrido, era un acto de *satisfaccion pecuniaria*.

Si un jurado se creia personalmente en peligro de padecer una injuria semejante de parte del lor Halifax, ó de cualquiera otro sugeto revestido con la misma autoridad, y que él diera su voto con la mira

ticular de la *pena legal*; es decir, de la pena legal en el sentido que se le aplicará en esta obra constantemente.

Las penas legales, con arreglo á la máxima de la rectitud, son unos males impuestos segun las formas jurídicas á unos individuos convencidos de algun acto perjudicial, prohibido por la ley, y con la mira de impedir semejantes actos.

Forman parte de esta definicion tres circunstancias que no la hacian de la definicion abstracta:— el derecho de castigar— el fin de la pena — la fijacion de la pena sobre el delincuente solo, cuanto sea posible.

No hay nada de particular que decir con respecto al origen del derecho de castigar; pues es el mismo que el de los demas de-

de preservarse de este peligro, era un acto de *prevencion*, y *conservacion personal*.

Es cosa muy probable que estas diferentes intenciones tenian parte, mas ó ménos distinta, en la mente de los jurados; y su sentencia por consiguiente podia colocarse bajo estas diversas denominaciones.

rechos del gobierno. Y ni aun podemos concebir un solo derecho de gobierno, ni de los individuos, que pueda existir sin el de castigar, el cual sirve de sancion á todos los otros.

Varios autores respetables defendieron que las penas no podian ser legítimas, sino en virtud de un consentimiento anterior por parte de los individuos: como si estos hubieran declarado en alguna acta solemne, que ellos querian sujetarse á tal pena por tal delito, bajo la condicion de que cualquiera otro quedase sujeto del mismo modo á ello.

Puede hallarse sin duda algun vestigio de semejante pacto en aquellas formas de gobierno, en que el pueblo participa de la legislacion; pero esta idea de consentimiento no seria, aun en las democracias, con la mayor frecuencia mas que una ficcion tan peligrosa como poco fundada. Lo que justifica la pena, es la utilidad mayor suya, ó *necesidad* suya por mejor decir. Los delincuentes son unos enemigos públicos; ¿ qué necesidad hay de que

unos enemigos consientan en ser desarmados y contenidos ?

En el estado salvaje ó de naturaleza , la facultad de castigar se ejerce por cada individuo segun el grado suyo de resentimiento ó fuerza personal. Cada paso de la civilizacion es notable por alguna restriccion puesta al ejercicio de esta facultad; como cada paso retrógrado hácia la anarquía lo es por algun esfuerzo del vulgo para volverse á apropiarse de ella. En una bien instituida sociedad política, no les queda ya á los individuos mas que lo que no puede quitarles la ley, la facultad de negar los servicios libres suyos á los que los han agraviado. La autoridad doméstica, la paternal por ejemplo, que fué tan estensa en otros tiempos, se ha limitado por grados á las simples penas llamadas *correccionales*. En las regiones en que no está destruida la esclavitud, consiste el mayor mal de esta condicion en el derecho de castigar que los señores poseen; derecho que es tan difícil, por no decir imposible, de reducir á determinados límites.

CAPITULO II.

Clasificación.

HEMOS visto que los delitos privados podian reducirse á cuatro clases: delitos contra la *persona*; contra la *propiedad*; contra la *reputacion*; contra la *condicion* (1).

Aplicase la misma division á las penas. No podemos castigar á un individuo mas que ofendiéndole en su persona, propiedad, reputacion, ó condicion.

Lo que hace simétricas estas dos clasificaciones, es que las penas y los delitos son unos males impuestos por la libre accion de los hombres. En cuantos puntos somos vulnerables por la mano de un delincuente, en otros tantos lo es este mismo por la cuchilla de la ley. No consiste pues la diferencia entre las penas y delitos en la naturaleza suya, que es, ó puede ser la misma, sino en la legitimidad de las unas é ilegitimidad de los otros; los

(1) *Tratados de legislacion. Principios, etc.*

delitos están prohibidos por la ley, y las penas son la obra de esta. Por lo que hace á los efectos suyos, son diametralmente opuestos. El delito produce un *mal del primer orden*, y uno del segundo (1): pues él impone una pena á un individuo que no ha podido evitarla, y esparce un mayor ó menor sobresalto general. La pena produce un *mal del primer orden*, y un *mal del segundo orden*: ella impone un sufrimiento á un individuo que ha incurrido en él voluntariamente; y en sus secundarios efectos, se convierte toda entera en bien, intimida á los hombres peligrosos, tranquiliza á los inocentes, y es el único escudo de la sociedad.

(1) *Tratados, etc. Analisis del mal.*

El mal dimanado de un delito se divide en dos partes principales; 1º la que cae inmediatamente sobre el individuo perjudicado; la cual constituye el *mal del primer orden*; 2º la que tiene su origen en la primera, y que se propaga en la comunidad entera; es un afecto de sobresalto, que proviene del peligro de sufrir el mismo mal; lo que constituye el mal de segundo orden. Esta es la idea general; en cuanto á las esplanaciones, remitimos al indicado capítulo.

Las penas que ofenden á la persona inmediatamente en sus facultades activas ó pasivas, forman la clase de las penas *corporales*; las cuales se dividen en muchos géneros:

- 1º Penas simplemente afflictivas.
- 2º Penas afflictivas complejas.
- 3º Penas restrictivas.
- 4º Penas activas ó laboriosas.
- 5º Penas capitales.

Las penas que ofenden la propiedad, reputacion, ó condicion, concuerdan todas ellas en privar al individuo de algun beneficio de que gozaba él anteriormente; y son unas *penas privativas, pérdidas, caducidades*. Son muy variadas las penas de esta clase, y se estienden á todas las especies de posesiones posibles.

He aquí las penas reducidas á dos clases.

- 1º Penas corporales;
- 2º Penas privativas, penas de pérdida, ó caducidades (1).

(1) Me ciño á esta clasificacion, que es un bosquejo únicamente; colocaré quizá en un apéndice

CAPITULO III.

Del fin de las Penas.

Después del acontecimiento de un acto perjudicial, de un delito, deben presentarse dos pensamientos en el ánimo del legislador ó magistrado; el uno de impedir la repetición de semejantes delitos, y el otro de reparar en todo lo posible el mal del ya cometido delito.

El peligro mas inmediato dimana del delincuente mismo: primer objeto, sobre que conviene proveer de remedio. Pero existe el peligro por parte de cuanto individuo puede

una *Consideracion analítica de las Penas*, con arreglo al exhaustivo método del autor. Por lo demas es cosa rarísima que puedan definirse bien exactamente dos clases contiguas de objetos. En la mejor coordinacion posible de las penas, las vemos tocarse, y confundirse en algunos puntos; una pecuniaria, por ejemplo, se vuelve en corporal, si ella priva al individuo de lo que era necesario á las inmediatas necesidades suyas.

tener los mismos motivos, ó facilidades para cometer un parecido delito.

Así la prevencion de los delitos se divide en dos ramos; *prevencion particular*, que se aplica al delincuente individual; y *prevencion general*, que se aplica á todos los miembros de la sociedad indistintamente.

Todo individuo se dirige, aun sin advertirlo, con arreglo á un cómputo bien ó mal formado de penas y placeres. Si él presupone que la pena será la consecuencia de un acto que le agrada, obra esta idea con una cierta fuerza para disuadirse: si el total valor de la pena le parece mayor que el del placer, la fuerza repulsiva será la mayor; y no se verificará el acto (1).

Con respecto á un supuesto delincuente,

(1) Digo *valor total*, para abrazar las cuatro circunstancias de que se compone el de una pena ó placer, *intension, proximidad, certidumbre, duracion*.

Esto obvia á las objeciones que Locke hizo (lib. II, cap. XXI) contra la proposicion « que el hombre es determinado por su mayor bien aparente. »

puede impedirse de tres modos la reincidencia del delito.

1º Quitándole la facultad física de cometerle.

2º Haciéndole perder el deseo.

3º Quitándole el atrevimiento de ello.

El hombre no *puede* cometer ya el delito en el primer caso; tampoco lo *quiere* en el segundo; y puede quererlo todavía en el tercero; pero *carece de osadía* para ello. Hay incapacidad física en el primer caso; reforma moral en el segundo; é intimidación ó terror legal en el tercero.

Se efectua la prevencion general por medio de la publicacion de la pena, y aplicacion suya, que, segun la comun y adecuada expresion, sirve de *ejemplo*: porque la pena padecida por el delincuente ofrece á cada uno un ejemplo de lo que él tendria que padecer haciéndose reo del mismo delito.

La prevencion general es el principal blanco de las penas; y es tambien la razon justificativa de ellas. Si no consideráramos el delito pasado mas que como un hecho separa-

do que no puede volver á suceder, seria un trabajo totalmente en balde la pena, porque no haria esta mas que agregar uno á otro mal. Pero cuando se contempla que un delito impune daria rienda suelta no solamente al mismo delincuente, sino tambien á cuantos tuvieran los mismos motivos y ocasiones de cometerle, se conoce que la pena aplicada á un individuo es la salvaguardia universal. La pena, vil medio en sí mismo, y que repugna con todos los afectos generosos, se eleva á la primera clase de los beneficios, cuando la miramos no como un acto de ira ó venganza contra un culpable ó desdichado que se rinde á unas adversas inclinaciones, sino como un sacrificio indispensable para la comun salud.

Con respecto á un delincuente particular, hemos visto que la pena tenia tres objetos, incapacitacion, reformation, intimidacion. ¿Es el delito suyo de una naturaleza capaz de infundir un sobresalto mayor, manifestando unas disposiciones muy perjudiciales? es preciso despojarle de la facultad de reincidir.

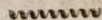
Pero si el delito, ménos peligroso, no justifica mas que una pena pasagera, y que es restituido el culpable á la sociedad, es necesario que la pena tenga las calidades propias para reformarle ó intimidarle.

Despues de haber provisto á la prevencion de los delitos futuros, le resta todavía al magistrado reparar en todo lo posible el delito pasado, acordando una satisfaccion á la parte perjudicada, y un equivalente en bien por el mal sufrido.

Fundada esta satisfaccion sobre unas razones que se han esplanado en otra parte (1), parece que ella no pertenece á la materia de las penas, supuesto que es relativa á otro diferente del delincuente, y segun visos no tiene á la primera ojeada nada que ver con él. Pero estos dos fines tienen un enlace real. Hay algunas penas que encierran el duplicado efecto de ofrecer un resarcimiento á la parte perjudicada, é imponer un proporcionado sufrimiento al delincuente. Asi se hallan

(1) *Tratados de legislacion.*

cumplidos los dos fines por medio de una sola y misma operacion; y este es, en ciertos casos, el eminente beneficio de las penas pecuniarias.



CAPITULO IV.

Gasto de las Penas.

Gasto de las Penas. Esta expresion que no pertenece todavía al lenguaje comun, se acusará desde luego de singularidad y afectacion; la hemos elegido sin embargo con reflexion, como la única acomodada para presentar la idea que queremos dar, sin encerrar un anticipado juicio de aprobacion ó desaprobacion. El mal producido por las penas es un gasto que el estado hace con la mira de un provecho. Este consiste en impedir los delitos. Todo debe ser cálculo de pérdida y ganancia en esta operacion; y cuando se valúa la ganancia, es preciso restar la pérdida: de lo cual resulta patentemente que

el disminuir el gasto ó aumentar el provecho, es igualmente aspirar á obtener un equilibrio favorable.

Admitida una vez la espresion de *gasto*, atrae naturalmente la de *economía ó frugalidad*. Hablan comunmente de la *suavidad* ó *rigor* de las penas. Llevan ámbos términos consigo una preocupacion de favor ó descrédito, que puede perjudicar á la imparcialidad del exámen. El decir una *pena suave* es asociar ideas contradictorias; y el llamar *económica* una *pena*, es valerse de la lengua del cálculo y razon.

Dirémos pues de una pena que es *económica*, cuando ella produce el deseado efecto con el menor uso posible del sufrimiento; y dirémos que es muy *dispendiosa*, cuando produce un mal mas que equivalente del bien, ó cuando podria lograrse el mismo bien á costa de una pena inferior. Es un acto de prodigalidad.

Coloquemos aquí una distincion que nos servirá en lo sucesivo. Hay *valor aparente* y *valor real* en las penas.

Entiendo por valor *real* el mal entero de la pena, todo el que se espermentaria, cuando fuera impuesta.

Entiendo por valor *aparente* el mal probable que se presentaria á la imaginacion del comun de los hombres, con arreglo á la simple descripcion de la pena, ó en vista de la ejecucion suya.

¿ Qué cosa constituye el gasto? la pena real. ¿ Qué cosa influye sobre la conducta de las personas? la pena aparente. La pena real es la *pérdida*, y la pena aparente da el *provecho*.

El provecho de las penas se refiere á los intereses de dos partes: el público y el ofendido. El gasto de la pena añade á este número un tercer interes, el del delincuente.

No es necesario olvidar, aunque lo olvidan con mucha frecuencia, que el delincuente es miembro de la sociedad como cualquiera otro individuo, como la parte perjudicada misma; y que aun hay razon para consultar el interes suyo mas que el de ningun otro. El

bienestar suyo es proporcionalmente el de la comunidad; y el mal suyo, el de la comunidad. Esta es la basa, y sólida basa de las ideas morales de justicia. Puede ser necesario que el interes del delincuente se sacrifique en parte al del comun, pero no que no se tenga miramiento ninguno con él. Puede aventurarse una pena mayor por la contingencia de producir un bien mayor; y hay cierta contingencia mas débil, y cierto bien inferior por los que seria un absurdo aventurar la misma pena. Esta regla dirige á los hombres en sus privadas especulaciones. ¿Porqué no serviria ella de norma al legislador?

¿Es necesario imponer penas reales?— Sí, ¿pero porqué? principalmente para el ejemplo, porque la *realidad* de la pena es necesaria para producir la *apariencia* suya. La apariencia es el esencial objeto. Luego es menester que el mal real sea tan pequeño, y el mal aparente tan grande como posible. Si el ahorcar en *estatua* á un hombre pudiera producir la misma impresion de terror, se-

ria una locura ó crueldad ahorcarle en *persona* (1).

Si los delinquentes quedaran castigados constantemente de sus delitos, sin que nadie tuviera conocimiento de ello, es cosa patente que excepto el débil beneficio accidental que podría resultar de la enmienda de los

(1) Los Holandeses hicieron uso en el Cabo de Buena Esperanza de un ardid, que apenas podia tener buen éxito mas que con los Hotentotes. Un oficial de la compañía habia muerto á un individuo de esta inofensiva tribu. Todos tomaron partido, y estaban furiosos é implacables. Hubo necesidad de hacer un ejemplar. Fué conducido á la presencia de ellos el delincuente, atado como un malhechor; sufrió él un gran ceremonial de justicia, le condenaron, y le obligaron á tragarse un cubilete de aguardiente iuflamado. El reo representó su papel, hizo el muerto, y cayó sin sentido. Le cubrieron sus amigos con una capa, y se le llevaron. Los Hotentotes se dieron por completamente satisfechos. Lo peor que ellos hubieran podido hacer, decian, era arrojar á aquel hombre al fuego; pero los Holandeses se habian conducido mejor, pues habian echado fuego en el estómago del reo. (*Lloyd's Evening-Post, for August or september 1776.*)

culpables, ó de que se les quitara la facultad de perjudicar, seria totalmente en balde la aplicacion de las penas. La pena *real* tendria toda su fuerza, y la *aparente* seria nula. El castigo caeria sobre cada individuo como un mal imprevisto; no hubiera estado presente en el ánimo suyo para disuadirle de la accion reprehensible ni serviria de ejemplo á nadie.

Puede acaecer de dos modos que los delinquentes no tengan conocimiento ninguno de la pena; 1º cuando ella es impuesta sin ninguna ley previa; 2º cuando la ley penal no fué conocida del reo.

La ley penal puede presentarse en ánimo de dos modos: 1º por la declaracion de la ley, es decir, por la descripcion de la pena; 2º por la ejecucion pública de la ley, es decir, cuando se impone la pena con la competente notoriedad.

La idea de la pena debe ser exacta, ó *adecuada* como dicen los lógicos; por lo cual intiendo que es de desear que ella represente en el espíritu, no solamente cualquiera parte

de los sufrimientos que en sí misma encierra, sino la totalidad de ellos.

La idea pues de la pena, para ser exacta, debe representar todas las partes de que ella está compuesta: porque lo que no es conocido, no puede obrar como motivo.

Pueden deducirse de ello tres importantes máximas:

1º Una pena fácil de concebir, todo lo demas igual por otra parte, es preferible á otra que lo es ménos.

2º La que se graba mejor en la memoria, es preferible á la que estaria mas espuesta á olvidarse.

3º La que es tan grande ó mayor en apariencia que en realidad, vale mas que la que seria mayor en realidad que en apariencia.



CAPITULO V.

*De la medida de las Penas.**Adsit**Regula, peccatis quæ pœnas irroget æquas,
Ne scuticâ dignum, horribili sectere flagello.*

HOR., lib. I, sát. III.

ESTABLÉZCASE una proporción entre los delitos y las penas. Es un precepto de Montesquieu, Beccaria, y otros muchos. Excelente máxima sin duda ninguna; pero reducida á estos términos generales, es necesario confesar que ella es mas edificante que instructiva. No se ha hecho cosa ninguna hasta que se haya esplicado en que consiste esta proporción, y á que reglas debe atenderse uno para aplicar tal medida de pena á cual delito.

Las penas tienen su *minimum* y *maximum*. Hay razones para no hacer *ménos*, como para no hacer *mas*; é importa poner una igual atención á estos dos lados de la cuestion.

Primera regla. — *Es necesario que el mal de la pena sobrepuje al provecho del delito.*

Por provecho del delito, no conviene entender solamente el provecho pecuniario, sino tambien toda la utilidad real ó aparente que sirvió de motivo al delito.

El provecho es la fuerza que impele al hombre hácia el delito; y la pena es la fuerza empleada para apartarle de él. Si la primera fuerza de estas es mayor, se cometerá el delito (1); y si la segunda triunfa, no se cometerá. Luego si habiendo cogido un hombre el provecho de un crimen y padecido la pena, halla el bien mas que equivalente del mal, irá de reincidencia en reincidencia sin detenerse. La pena será nula para la intimidación. Si los que son testigos de ella, juzgan que el peso de la ganancia está en favor del delincuente, será nula la pena para el ejemplo.

(1) Es decir, se cometerá por los que no tienen mas freno que la ley, y que no son retenidos por ninguno de los motivos tutelares, tales como la benevolencia, religion, y honor.

Las leyes anglo-sajonas, que ponian un precio fijo á la vida de los hombres, doscientos chelines por el asesinato de un aldeano, otro tanto seis veces por el de un noble, y otro tanto treinta y seis veces por el de un rey, pecaban evidentemente contra esta regla. Si en infinitos casos se comparaba la pena con el provecho del delito, podia tenerse por nula.

Se cae en el mismo error, siempre que se establece una pena que no puede llegar mas que hasta un cierto grado, miéntras que la utilidad del delito puede llegar mucho mas allá.

Varios autores célebres han querido establecer una máxima contraria, los cuales dicen que la enormidad de la tentacion debe disminuir la pena, á causa de que ella atenúa la falta, y que cuanto mas eficaz es la seducción, tanto ménos puede concluirse que el delincuente esté depravado. Lo que se rinde en este caso, infunde alguna conmiseracion naturalmente (1).

(1) Causa estrañeza el que un escritor de un consumado discernimiento, tal como Adan Smith, haya

Todo esto puede ser verdad, pero no es una razon para apartarse de la regla. Le pena ha de hacerse temer mas que el delito se hace desear. Una pena ineficaz es un duplicado mal; uno para el público, supuesto que ella deja cometer el delito; y otro para el delincuente, supuesto que le castigan sin utilidad ninguna. ¿Qué diríamos de un cirujano, que, para evitar un grado de dolor á un paciente, dejara imperfecta la cura? ¿Seria una bien entendida humanidad, el añadir á la dolencia el martirio de una operacion inútil?

Luego es menester que la pena sea correspondiente á todos los grados de la tentacion, salvo el admitir algunas modificacio-

podido incurrir en el error que se impugna aquí. Dice hablando del contrabando: « Contraria la ley á todas las reglas de justicia, establece desde luego la tentacion, y castiga despues á los que se rinden á ella; y aun ella aumenta la pena con proporcion á la circunstancia que habria de hacerla disminuir, la tentacion de cometer el delito.... »

Riqueza de las Naciones, lib. V, cap. II.

nes en los casos en que la tentacion misma es un indicio de la inocencia ó buena voluntad del delincuente : tal seria el de un padre que hubiera cometido un robo para dar pan á su familia (1).

Segunda regla.—*Cuando el acto es de una naturaleza capaz de presentar una prueba concluyente de un hábito, es menester que la pena sea bastante fuerte para sobrepujar no solamente al provecho del delito individual,*

(1) Es fácil de valuarse el provecho del delito en los casos de rapacidad; pero ¿como apreciar el que resulta de los de malicia y enemistad?

Ha de estimarse el provecho por la naturaleza del mal que el ofensor ha hecho á su adversario : si se ha valido de un proceder mas afrentoso que doloroso, el provecho es el grado de humillacion que él ha creido hacerle padecer; y si le ha herido ó mutilado, el provecho es el grado del sufrimiento impuesto.

Este es en su propio concepto, el provecho del delito : si le hacen un mal análogo, le hieren en el lado sensible que él mismo ha indicado por decirlo así; porque no es posible que el mal que él ha escogido para su venganza, no le parezca un mal á él mismo.

sino tambien á todos los delitos semejantes, que se puede suponer haberse cometido impunemente por el mismo delincuente.

Este cálculo conjetural, por mas severo que sea, es de una absoluta necesidad en ciertos casos, como los delitos fraudulentos, pesos falsos, medidas falsas, moneda falsa. Si un monedero falso no fuera castigado mas que segun el valor del delito único de que él es convencido, seria totalmente lucrativa esta fraudulenta práctica. Luego la pena seria ineficaz, si ella no estuviera en proporcion con la ganancia total que puede suponerse resultar, no de un acto particular, sino de una serie de actos de la misma especie.

Tercera regla.—*La pena debe sobrepujar al provecho del delito hasta el grado de compensar lo que le falta (á la pena) en materia de certidumbre y proximidad.*

El provecho del delito es comunmente mas cierto que el castigo, ó lo que viene á ser lo mismo, le parece tal al delincuente. Está mas inmediato generalmente : la tentacion se halla presente, y la pena á mucha distan-

cia. He aquí pues dos circunstancias que debilitan el efecto del castigo, su *incertidumbre* y *lejania*.

Supónganse el provecho del delito igual á 10 lib. esterl., y la contingencia de la pena como 1 á 2.—Es claro que si la pena, en la suposicion de haberse verificado, no es mas de 10 lib. esterl., el efecto suyo en el ánimo de un hombre, miéntras que ella es incierta, no puede ser igual al de una pérdida cierta de 10 lib. esterl. : únicamente puede ser igual al de una pérdida cierta de 5 lib. esterl. Para hacerla equivalente al provecho del crimen, es preciso alargarla hasta 20 lib. esterl.

El hombre, fuera de los casos en que él se deja llevar de una pasion fogosa, no se empeña nunca en la carrera del delito mas que con la esperanza de la impunidad. Si no consistiera la pena mas que en quitar al culpable el fruto de su crimen, y esta pena fuera indefectible, no se cometeria ya semejante crimen : porque ¿ qué hombre tan insensato querria correr el riesgo de cometerle con la certeza de no gozar de él, y la ignominia de

haberlo intentado? pero como siempre hay algunas probabilidades de evasion, es necesario dar una mayor fuerza á la pena para contrapesar las contingencias de la impunidad.

Luego tambien es verdad que cuanto mas puede aumentarse la certidumbre de la pena, tanto mas puede disminuirse la enormidad de ella. Este beneficio resultaria de una legislacion simplificada, y de un buen sistema de forma judicial.

Por la misma razon, es necesario que la pena esté tan inmediata al delito como es posible; porque la impresion suya sobre el ánimo de los hombres se debilita con la distancia; y por otra parte, lo remoto de la pena aumenta la incertidumbre proporcionando nuevas contingencias de evasion.

Cuarta regla.—*Si están en concurrencia dos ó mas delitos, ha de imponerse una pena mas fuerte al mas perjudicial, á fin de que el delincuente tenga un motivo para detenerse en el menor.*

Están en concurrencia dos delitos, cuando un hombre tiene la facultad y voluntad de

cometerlos ámbos. Unos ladrones que entran en una casa, pueden ejecutar el robo suyo de diferentes maneras : por medio de un hurto simple, de injurias personales, de asesinatos, ó de un incendio. Si la pena para el hurto simple es la misma que para el hurto y asesinato, se da á los ladrones un motivo para asesinar, á causa de que este último crimen aumenta la facilidad y seguridad del primero.

Esta regla llegaría á su perfeccion, si pudiera hacerse que para cada porcion de mal hubiera otra correspondiente de pena. Si el que hurta diez escudos no recibe mayor castigo que el que hurta cinco, el robo de los cinco últimos escudos es una porcion de delito que permanece impune.

Este es el mayor inconveniente de llevar al extremo las penas de los delitos menores; y se pierde la facultad de graduar las de los mayores (1).

(1) Montesquieu, despues de haber recomendado esta regla de proporcion, añade : « Cuando no hay diferencia en la pena, es preciso hacerla en la espe-

Quinta regla.—*Cuanto mas perjudicial es un delito, tanto mas puede aventurarse una pena mayor por la contingencia de impedirle.*

Esta regla tiene tal distintivo de evidencia, que no hay necesidad de probarla : pero cuan poco seguida ha sido ! No hace mucho tiempo que la ley inglesa condenaba al suplicio del fuego á las mugeres que habian distribuido moneda falsa. Se aplica todavía la pena capital á una infinidad de delitos menores. El robo doméstico se castigaba de muerte en Francia. El suplicio del fuego se usa todavía, ó á lo ménos se impone por las leyes en mu-

ranza de la gracia : no asesinan en Inglaterra (hubiera debido decir *poco*), á causa de que los ladrones pueden esperar que los transporten á las colonias, pero no los asesinos. »

Espiritu de las leyes, lib. VI, cap. XVI.

Esta esperanza de gracia puede contribuir sin duda al efecto de que este escritor habla; pero ¿porqué es menester dejar una manifiesta imperfeccion en las leyes, á fin de que ella pueda corregirse por un acto arbitrario del soberano? Si una gracia incierta obra hasta un cierto punto, una ley cierta obrará mas seguramente.

chos países contra ciertos delitos, que no habrían de reprimirse mas que con la afrenta. Si fuera conveniente el hacer uso de una pena que llega en el terror hasta el supremo grado, sería necesario á lo ménos reservarla para los incendiarios homicidas.

Dirán quizá que los legisladores tuvieron siempre la intencion de seguir esta regla, pero que sus opiniones, como las del pueblo, variaron sobre la gravedad de los delitos. El sortilegio pareció el mas enorme de todos. Un hechicero que vendia su alma al diablo, era un objeto de abominacion. Un herege, enemigo de Dios, atraia la ira celeste sobre un estado. El robar unos efectos consagrados al servicio divino, era un delito mas grave que un robo comun, como una ofensa hecha á la divinidad. Una falsa estimacion de los delitos no podia proporcionar mas que una medida falsa en las penas (1).

(1) La teoria de la gravedad de los delitos es un preliminar indispensable de la teoria de las penas. No quiero añadir sobre este particular nada á las reglas esplanadas en los *Tratados de legislacion, Ana-*

Sesta regla.—*La misma pena no debe imponerse por el mismo delito á todos los delinquentes indistintamente. Es necesario atender á las circunstancias que influyen en la sensibilidad.*

Las mismas penas nominales no son las mismas reales para diferentes individuos. Si se trata de castigar una injuria corporal, la misma pena pecuniaria que servirá de juego á un rico, será la completa ruina de un pobre. La misma pena ignominiosa que deshonoraria á un sugeto de una cierta clase, no será ni aun una mancha en un hombre de humilde condicion. Una misma prision será la ruina de un hombre de negocios, la muerte de un achacoso anciano, una perpetua deshonra para una muger; y no será nada ó casi nada para unos individuos colocados en otras circunstancias.

La ley puede determinar de antemano que

Itsis del mal de los delitos;—del Mal del segundo orden, circunstancias que influyen en la gravedad del sobresalto.

tal ó cual pena se modificarán á causa de la edad, sexo, clase, etc. Pero es necesario dejar siempre una cierta latitud á los jueces.

Los límites de los castigos se señalan mas claramente del lado *ménos* que del lado *mas*. Lo *muy poco* es mas fácil de ver que lo *mucho*. Se ve bien lo que no basta, pero no se ve tan claramente lo que excede. Es menester, en resumidas cuentas, contentarse con una aproximacion. Son tales las irregularidades en la fuerza de las tentaciones, que ellas obligan al legislador á hacer subir la pena por encima del nivel, que seria suficiente para la clase comun de los hombres. Es menester providenciar primero sobre la violencia de los deseos que sobre el estado ordinario suyo.

El mayor peligro estaria del lado del error en *ménos*, porque la pena seria ineficaz. Pero este error es poco probable; un leve grado de atencion es suficiente para evitarle, y cuando este error existe en la ley, él es claro, y manifiesto al mismo tiempo que fácil de remediar. El error del lado *mas* es, por el contrario, la pensión natural del espíritu

humano y de los legisladores, sea por la antipatía, que nos inclina hácia una estremada severidad, ó sea por una falta de compasion para con unos hombres que nos representamos como peligrosos ó viles. En esto es necesario usar de las precauciones; y conviene colocar las salvaguardias del lado en que la esperiencia mostró las mayores disposiciones para el error.

Añadiré aquí, como observacion general, que no es necesario ceñirse al espíritu matemático de la proporción hasta el grado de hacer las leyes sutiles, minuciosas, y complicadas. Para hacer ridicula esta regla, no seria necesario mas que exagerarla. Tan bárbara cosa seria el abandonarla, como absurda el querer seguirla en las mas menudas particularidades. Hay un bien superior á la proporción: que es la claridad de las leyes, brevedad, simplicidad, efecto ejemplar suyo.

He oido objetar que las reglas de proporción serian un inútil mérito en un código, porque ellas suponen que tiene parte en las pasiones un espíritu de cálculo que no existe

en estas. Pero semejante objecion , por mas decisiva que sea , es absolutamente falsa. ¿ Quien no calcula en las materias de un interes mayor ? Los hombres calculan mas adecuadamente los unos que los otros , segun los diferentes grados de su inteligencia y la fuerza de los motivos que los inclinan ; pero todos calculan ; y no querria decir yo que el loco no calcula. Por fortuna , entre todas las pasiones , la mas dada al cálculo es la que , á causa de su fuerza , constancia , y estension , es la mas formidable para la sociedad : quiero hablar de la ansia pecuniaria. De modo que esta será tanto mejor combatida , cuantas mas precauciones haya empleado la ley para volver contra ella la balanza de los provechos.



CAPITULO VI.

De las calidades deseables en las Penas.

VENGAMOS ahora á considerar las calidades que un modo de castigar habria de poseer para corresponder á estos fines.

I. *Divisibilidad.*

La primera calidad deseable en una pena , es la de ser *divisible* , susceptible de *mas y ménos* , tanto en intension como en duracion.

Una pena *indivisible* no puede corresponder á los diferentes grados de la escala de los delitos : pecará ella por exceso ó defecto ; será muy dispendiosa en el primer caso , é ineficaz en el segundo.

Las penas corporales agudas son muy divisibles en punto de intension ; lo son mucho ménos en el de duracion ; los presidios lo son igualmente con escasa diferencia bajo ámbos aspectos.

Las penas crónicas , tales como el destierro y prision , son exactamente divisibles en materia de duracion ; y pueden variar tambien en intension. Una prision puede ser mas ó ménos severa ; y un destierro á la Siberia es mas riguroso que á un mas apacible clima.

II. *Certidumbre.—Igualdad.*

La pena ha de ser *cierta* , é *igual á si misma* en cuanto es posible. La certidumbre de que hablo no es la que se refiere al suceso de la