

der la reputacion del delincuente. Esta es la idea general, pero no es suficiente. Para hacer la pena exactamente conforme con la máxima del Talion, debe llegarse en la identidad tan adelante como sea posible. Por ejemplo, si ha consistido el delito en el incendio de una casa, habrá de quemarse la del delincuente. Si la injuria hecha á un individuo le ha hecho perder una cierta clase, habrian de castigar con la pérdida de la misma al delincuente. Si este ha mutilado al contrario suyo, debe padecer la misma mutilacion. Si le ha quitado la vida, debe padecer la pena capital. En una palabra, cuanto mas específica es la semejanza entre la pena y el delito, tanto mas conforme es ella con la ley del Talion. *Ojo por ojo, diente por diente*: esta es la espresion proverbial. La identidad requiere que se ofenda no solamente la misma parte, sino del mismo modo tambien; si el homicidio se ha efectuado por medio del fuego, acero, ó veneno es preciso que se realice con el mismo instrumento el suplicio.

El mérito mayor de la ley del Talion con-

siste en la simplicidad suya. Todo el código penal está contenido en esta única regla: «El delincuente sufrirá el mal que él ha hecho sufrir.» Por mas vasto que sea este plan, entra de una vez en la mas limitada comprension: y ademas, es tan perfecta la analogia, que la idea del delito despierta inmediatamente la de la pena. Cuanto mas seductivo parece el delito, tanto mas debe ser la pena un objeto de espanto. La salvaguardia se halla al lado del peligro.

Era mi ánimo continuar este exámen; ¿pero de qué sirve? supuesto que es impracticable el Talion en el mayor número de delitos. Desde luego, no podemos aplicarle á los delitos públicos, cuyo distintivo es perjudicar á la sociedad en general sin perjudicar á ningun individuo asignable. Si un sugeto se ha hecho reo de traicion, si ha mantenido reprobables correspondencias con el enemigo del Estado, ó entregado por cobardía una fortaleza; como podremos volverle en especie el mal que él ha hecho ó querido hacer?

No es mas aplicable el Talion á los delitos

tos suyos en materias legales. « ¡O vosotros, que teneis un corazón, hallaréis en el talion, y temor que él infunde, la seguridad de vuestros días ! » ( Tom. I, cap. 11, de la *Vaca* ). Mahoma, sea debilidad ó ignorancia, lisonjaba el vicio dominante que él hubiera debido reprimir.

### CAPITULO IX.

#### *De la popularidad del Código penal.*

El probar que una institucion se conforma con la regla de la utilidad, es probar, en cuanto la cosa es capaz de prueba, que el pueblo *debe* quererla. Si la querrá efectivamente, es una cuestion totalmente diferente. La querria si su juicio se dirigiera siempre por esta regla. Pero este es un grado de civilizacion, al que ningun pueblo se ha elevado todavía. Entre las naciones mas adelantadas, y aun en las clases superiores, ¡ cuantas antipatías y preocupaciones no se hallan

desnudas de toda basa sólida ! Antipatias contra ciertos delitos, sin relacion al mal que resulta de ellos ; — y preocupaciones contra ciertas penas, sin atender la conveniencia suya.

Las caprichosas objeciones contra este ó aquel modo de castigar, son susceptibles de tantas variaciones como las fantasías de la imaginacion ; pero se hallará con mayor frecuencia que ellas pertenecen á uno ú otro de estos cuatro artículos : *libertad*, — *decencia*, — *religion*, — *humanidad*. Nótese que llamo *caprichosas* las objeciones que toman toda la fuerza aparente suya del favor de que gozan estos términos respetados ; y consiste el capricho en tomar vanamente estos tres nombres.

I. *Libertad*. — Hay poco que decir sobre este punto. Todas las penas son contrarias á la libertad, y ninguno las sufre mas que por fuerza. Pero se hallan algunos entusiastas, que, sin hacer atencion á ello, condenan ciertas penas, por ejemplo la prision unida al trabajo forzado, como un atentado contra los derechos naturales del hombre. No debe sufrirse

en un pais libre, dicen, que ni aun los malhechores sean reducidos á un estado de esclavitud. Es un odioso y perjudicial ejemplar; y únicamente los pueblos sometidos á la tiranía pueden sobrellevar la vista de unos presidiarios encadenados.

Repitióse esta objecion en infinitos folletos, cuando se propusieron las casas de reclusion en Inglaterra. Tradúzcanse estos clamores de una manera inteligible, y ellos significan que es necesario dejar la libertad á los que abusan de ella, ó que la de los malhechores es una parte esencial de la de las gentes honradas.

Las objeciones tomadas de la *decencia* se limitan á aquellas penas, en que se esponen á la vista del público unos objetos que el pudor hace encubrir, ó que él no permite convertir en materia comun de la conversacion.

¿ Quién duda de que las penas deben ser públicas? — Pero el pudor, al modo de las demás virtudes, no tiene valor ninguna mas que por la utilidad suya. Luego si hubiera algunos casos en que la pena mas acomodada

al delito encerrase en su descripcion ó ejecucion, varias circunstancias con que se ofendiera el pudor, pareceme que este debería ceder á la fuerza de una mayor utilidad. La castracion, por ejemplo, es segun visos la pena mas conducente contra el estupro, es decir, la mas propia para hacer una fuerte impresion en el ánimo al tiempo de la tentacion. ¿ Seria menester, por un escrúpulo de pudor, recurrir á la pena capital, ó á cualquiera otra ménos eficaz y ejemplar? (1).

Refieren que estraviadas las doncellas en una ciudad de la Grecia por no sé que epidemia de la imaginacion, se daban á sí mismas la muerte. Sobresaltados los magistrados con la frecuencia de estos actos, mandaron que, en castigo del suicidio, se arrastrarian desnudos los cadáveres por las plazas públicas. No examino la probabilidad del hecho, ni la naturaleza del delito; pero el mismo au-

(1) Nótese sin embargo que si esta pena, por mas conducente que ella es, chocara con las ideas públicas, seria una razon suficiente para no establecerla.

tor dice que cesó el mal inmediatamente. He aquí una ley que violaba el pudor; y se probaría la conveniencia suya por medio de su eficacia: porque ¿qué mayor perfeccion, en la ley penal, que la de impedir el delito enteramente?

III. *Religion.* — Hay algunas sectas del cristianismo que defienden que es ilegítima la pena de muerte. La vida es un don divino; y los hombres no tienen derecho para quitarla.

Verémos en el segundo libro que hay fuer-tísimas razones contra la pena de muerte, ó que cuando mas no conviene ella mas que en unos casos extraordinarios: pero su pretensa ilegitimidad es una razon tomada de una máxima falsa.

*Ilegítimo* significa *contrario á la ley*. Los que aplican esta palabra al argumento de que tratamos, entienden que hay una ley divina contra la pena de muerte: esta ley divina es revelada ó no. Si es revelada, debe hallarse en el testo de los libros que se reputan con- tener la espresion de las voluntades de Dios:

pero como no existe semejante testo en la re-velacion, y que la ley judaica encierra algu- nas penas capitales, los partidarios de esta opinion deben apoyarse en una ley divina no revelada, en una ley natural, es decir en una ley deducida de la supuesta voluntad de Dios.

Pero el presumir que Dios *quiere*, es su- poner que él tiene una razon para querer, una razon digna de él, que no puede ser mas que el mayor bien de sus criaturas. En este sentido, la ley divina natural no seria sino la mas general utilidad.

Si se presumen algunas voluntades divinas sin relacion á la *utilidad*, es entónces una máxima fantástica, ilusoria, dispuesta á sanc- ionar todos los desvaríos de los visionarios, y todas las locuras de los supersticiosos.

La religion mal entendida opuso obstácu- los con frecuencia á las leyes penales, — por ejemplo, los asilos abiertos á los delincuen- tes en los templos.

Teodosio I prohibió todo proceso criminal durante la cuaresma. Alegaba por razon, que

los jueces no deben castigar á los reos en un tiempo en que ellos piden á Dios el perdón de las propias culpas suyas; Valentiniano I mandó que se diera libertad en la festividad de pascua de Resurreccion á todos los encarcelados, ménos los reos de delitos mayores.

Constantino prohibió por una ley que se grabaran marcas en la cara, á causa de que es contra el derecho natural el ofender la magestad del rostro humano. Este es un singular raciocinio: ¡la magestad del rostro de un malvado!

La inquisicion, dice Bayle, condenó los hereges al suplicio de fuego para no quebrantar la máxima *Ecclesia non novit sanguinem*. La religion ha tenido sus juegos de vocablos al modo de la legislacion.

IV. *Humanidad*. — «No escuchéis á la razon, que nos engaña tan frecuentemente, sino al corazon, que nos conduce siempre bien. Desecho sin exámen esa pena que me proponéis, á causa de que hace violencia á los afectos naturales, hace estremecerse á las

almas sensibles, es tiránica y cruel.» Este es el lenguaje de los oradores sentimentales.

Por cierto que si la repugnancia de un corazon sensible es una objecion suficiente contra una ley penal, es necesario anular el código penal. ¿Hay ni siquiera una sola disposicion suya que no dirija un tiro mas ó ménos dolorosa contra la sensibilidad?

Toda pena es odiosa necesariamente por sí misma. ¿Podria cumplir ella con su objeto, si no despertara la aversion? No puede aprobarse una pena, mas que en cuanto va asociada con el delito.

Recuso á los afectos como árbitros, pero no como primeros admonitores de la razon. Si nos indigna una disposicion penal, no es bastante para condenarla, aunque sí un motivo para escudriñarla atentamente. Si ella merece esta antipatía, bien pronto descubriremos las legítimas causas de ello; veremos que esta pena está fuera de su lugar, que es superflua, que no guarda proporcion con el delito, ó que se dirige mas bien á engendrar

el mal que á impedirle. De esta manera conseguiremos descubrir el asilo del error. Los afectos ponen en ejercicio la reflexion, y esta descubre el vicio de la ley.

Las penas mas generalmente aprobadas son las que tienen alguna analogía con el delito; y se cree ver en ellas un distintivo de justicia y equidad. ¿Qué son en el fondo esta justicia y equidad? no lo sé. Castigan al delincuente con el mismo mal que él ha hecho; — pero ¿debe tomar la ley ejemplo en la conducta que ella condena? ¿Deben imitar los jueces al malhechor en su maldad? ¿Habria de ser el acto solemne y jurídico absolutamente idéntico con el acto criminal?

Lo que en esto agrada al vulgo, es que cierran la boca al culpable, el cual no puede acusar de severa á la ley, sin que su conciencia le acuse á él mismo.

Por fortuna, la misma disposicion de imaginacion que hace popular esta pena, la hace conducente. Esta analogía que llama la atencion del pueblo, llama igualmente la de los indi-

viduos en el momento de la tentacion, y forma de esta misma pena un objeto particular de terror.

Importa desterrar las nociones falsas, aun cuando concuerdan ellas con la regla de la utilidad. Esta concordancia no es mas que una casualidad; y el que forma un juicio de aprobacion, prescindiendo de esta regla, se prepara para formar otros que le serán contrarios. No hay seguridad en el curso del entendimiento, hasta que se haya aprendido á servirse constantemente de esta regla con exclusion de cualquiera otra. Los términos meramente aprobativos ó desaprobativos son, en materia de racionio, la tartamudez de la infancia. Es preciso abstenerse de ellos en toda indagacion filosófica, en que se trata de instruir, convencer, y no de conmover (1).

(1) Todos los términos apasionados encierran una peticion de principio, y un juicio anticipado de aprobacion ó desaprobacion envuelto en el término mismo. El que se sirve de ellos en un argumento, quiere hacer una supercheria ó violencia á su lector. Pero cuando uno ha hecho ya sus pruebas, y pesado

## CAPITULO X.

*De las Penas indebidas (1).*

PUEDEN reducirse á cuatro los casos en que no hay necesidad de imponer pena ninguna : 1º cuando ella seria mal fundada ; 2º ineficaz ; 3º superflua ; 4º muy dispendiosa.

Volvamos á estos cuatro puntos.

I. *Penas mal fundadas.*

Seria mal fundada la pena , cuando no hubiera verdadero delito , ni mal de primero ó

el *pro* y *contra* en la balanza de la utilidad , no me parece posible ni conveniente el abstenerse de caracterizar lo bueno y lo malo con los epitetos que se les aplican en el lenguaje comun. Es quizá esta nota una justificacion que el compilador de estos manuscritos se prepara ; ha hecho todos sus esfuerzos para no necesitar de ella en la parte didáctica ; pero el escribir sin valerse de estos términos aprobativos ó desaprobativos , es cosa muy difícil.

(1) Para evitar las remisiones , se pone aqui este capitulo , tal como está en los *Tratados de legislación*.

segundo orden , ó cuando el mal estaria mas que compensado con el bien , como en el ejercicio de la autoridad política ó doméstica , en la repulsion de un mal mas grave , en la defensa de sí mismo , etc.

El que tenga cogida la idea del verdadero delito , le distinguirá fácilmente de los delitos de mal imaginario , de aquellos actos inocentes en sí mismos , que se hallan colocados entre los delitos por algunas preocupaciones , antipatías , errores políticos , y máximas ascéticas , con corta diferencia como varios alimentos sanos se tienen , en ciertos pueblos , por venenos é inmundo sustento. Pertenece á esta clase de delitos la heregía y sortilegio.

II. *Penas ineficaces.*

Llamo *ineficaces* las penas que no podrian producir efecto ninguno sobre la voluntad , y que por consiguiente no servirian para impedir actos semejantes.

Son ineficaces las penas , cuando se aplican á unos individuos que han obrado sin intencion , y hecho el mal inocentemente ,

en una errónea suposición, ó por un irresistible violencia. Los niños, imbéciles, y locos, aunque puedan ser conducidos hasta un cierto punto por medio de recompensas y amenazas, no tienen suficiente idea de lo venidero para ser contenidos por las penas futuras; y quedaria sin eficacia la ley con respecto á ellos.

Si un hombre se determinara en virtud de un temor superior á la mayor pena legal, ó de la esperanza de un bien preponderante, es cosa clara que la ley tendria poco eficacia. Se han visto despreciadas las leyes contra el desafío, á causa de que el hombre de honor temia mas la vergüenza que el patíbulo. No tienen efecto ninguno generalmente las penas establecidas contra este ó aquel culto, porque la idea de una eterna recompensa sobrepuja al temor de los suplicios. Pero como estas opiniones tienen mayor ó menor influjo, es tambien de mayor ó menor eficacia la pena.

### III. *Penas superfluas.*

Serian superfluas las penas en aquellos casos, en que se pudiera conseguir el mismo fin por medios mas suaves, como la instruccion, ejemplo, ruegos, dilaciones, y premios. Un hombre ha propagado algunas perniciosas opiniones: ¿se armará de la cuchilla el magistrado para castigarle? No; si un individuo tiene interes en esparcir malas máximas, tiénenle otros mil en refutarlas.

### IV. *Penas muy dispendiosas.*

Si el mal de la pena excediera al del delito, habria producido el legislador mas sufrimientos que los que él hubiera impedido; y habria comprado la exencion de un mal, á costa de otro mayor.

Ténganse á la vista dos pinturas, la una representando el mal del delito; y la otra, el de la pena.

Véase el mal que una ley penal produce: 1º *Mal de coercicion.* Se impone por ella una privacion mas ó ménos penosa, segun



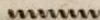
el grado de gusto que la cosa prohibida puede proporcionar. 2° *Sufrimiento causado por la pena*: cuando son castigados los transgresores. 3° *Mal de aprehension*, sufrido por el que ha quebrantado la ley ó que teme se le impute el haberla quebrantado. 4° *Mal de diligencias falsas*: este inconveniente, anejo á todas las leyes penales, lo está mas particularmente á las obscuras, y delitos de mal imaginario: una general antipatia engendra una espantosa disposicion para perseguir y condenar por sospechas y apariencias. 5° *Mal derivativo*, sufrido por los deudos del que está espuesto al rigor de la ley.

Esta es la pintura del mal ó *gasto* que el legislador debe contemplar siempre que él establece una pena.

Tómase en esta fuente la principal razon para las amnistías generales, en aquellos complicados delitos que provienen de un espíritu de partido. Puede acontecer que la ley envuelva á una gran multitud y algunas veces á la mitad del número total de ciudadanos, y aun mas allá. ¿Quieren castigar á

todos los culpables? ó únicamente diezmarlos? El mal de la pena seria mayor que el del delito.

Si un delincuente fuera bienquisto del pueblo, y que hubiera de temerse un descontento general; si le protegiera una potencia estrangera, y él pudiera hacer algun extraordinario servicio á la nacion; el perdón que se acuerda en estos casos particulares al culpable, resulta de un cálculo prudencial: pues se teme que la pena de su delito le salga muy cara á la sociedad.



## CAPITULO XI.

*Eleccion de la pena.—Latitud que ha de dejarse á los jueces.*

HAY dos razones por las que debe el legislador determinar todo lo que concierne á la pena, en cuanto esto sea posible; 1° para la certidumbre; 2° para la imparcialidad.

1° Quanto mas se acerca la medida de la

pena á la certidumbre, tanto mas pueden saber tambien todos los miembros de la sociedad lo que tienen que esperar; en otros términos, la pena, en cuanto es conocida, disuade de cometer un delito á un hombre. Una pena problemática no puede obrar con la misma eficacia. Cuanto es dudoso sobre este particular fomenta la esperanza.

2º No sabiendo de antemano el legislador sobre que individuos ha de recaer la pena que él establece, no está en peligro de gobernarse por motivos de favor ú odio personal. Es imparcial, ó parece serlo. No pronunciando el juez, por el contrario, mas que sobre casos particulares, puede estar espuesto á algunas pasiones en pro ó contra, ó cuando ménos á algunas sospechas que alteren la confianza pública.

Si se deja á los jueces una ilimitada latitud para disminuir la pena, se hace muy dificultoso y duro el ministerio suyo; y quedan colocados siempre entre el temor de ser muy indulgentes y el de ser muy severos.

Quizas sucederá tambien, que pudiendo

disminuir los jueces á su voluntad la pena, se vuelvan ménos severos sobre las pruebas que si ellos tuvieran que pronunciar una pena fija. Una leve probabilidad parecerá suficiente para justificar una pena que se hace leve *ad libitum*.

Puede haber sin embargo, tanto en los delitos como en la persona de los delinquentes, algunas circunstancias imprevistas ó particulares, que darian á conocer sumos inconvenientes en una ley inflexible. Luego es menester dejar una cierta latitud al juez, no para agravar, sino para cercenar la pena en los casos que hacen presumir que un individuo es ménos peligroso ó mas responsable que otro: y la misma pena nominal, como se ha notado ya, no seria siempre la misma real. Hay algunos sugetos, quienes, á causa de su educacion, enlaces de familia, y estado suyo en el mundo, presentan, si me es lícito espresarme así, una mayor superficie á la accion de la pena.

Habrà otras circunstancias en que será preciso mudar la naturaleza misma de la

pena, sea porque la que está designada por la ley no fuera aplicable, sea porque ella sería ménos conducente bajo otros aspectos. Pero cuando la pena que ha de imponerse sea otra diferente de la ley, el juez debe dejar la opción suya al individuo.

Siempre que el juez ejerza esta facultad discrecional, es decir, cuando él reduzca la pena por debajo del *minimum* fijado por la ley, debe estar obligado á declarar el motivo que le determina á ello.

Esto es en cuanto á las reglas. Las particularidades propias de esta materia pertenecen al código penal, y á las instrucciones dirigidas por el legislador á los tribunales.

---

## LIBRO SEGUNDO.

---

### CAPITULO PRIMERO.

#### *De las Penas afflictivas simples.*

LLAMO así las penas corporales que consisten principalmente en el dolor físico *inmediato*, para distinguir las de las otras penas corporales, cuyo objeto es producir consecuencias *permanentes* (1).

Estas penas serian susceptibles de una infinita variedad, porque no hay parte ninguna del cuerpo que no se pueda ofender dolorosamente, y que en la naturaleza no existe casi nada de que no pueda formarse un ins-

(1) *Afflictivo* en este sentido es conforme con la voz latina de que se deriva: *Afflictatio*, dice Ciceron en sus Tusculanas, *est ægritudo cum vexatione corporis*,