

A proporción que el pacto que se viola es mas precioso en la sociedad, debe ser mayor la pena, ya porque la sociedad tiene mayor motivo para temer al delincuente, y ya tambien porque tiene mayor interes en que no le imiten los demas. Habiendose pues violado el pacto en nuestra hipótesis, aunque el efecto de la accion no haya correspondido á los designios del refractario, debe ser la pena la misma que mereceria si hubiese conseguido el fin.

Me parece que estos principios son evidentes: por lo que el esplicarlos y demostrarlos mas seria un defecto de que siempre he procurado huir. Para reducir una materia tan vasta á un solo capítulo y á pocos principios, me ha sido indispensable recurrir á la precision, la cual disgustará á muchos. Pero mi objeto no es agradar, sino instruir. Determinada la naturaleza del delito en general, y fijados todos los principios y todos los cánones legislativos que dependen de ella, pasemos ahora á examinar la medida de los delitos, para ver en seguida su proporción con las penas.

### CAPÍTULO XXXVIII.

#### *De la medida de los delitos.*

**L**AS acciones contrarias á las leyes son, como se ha dicho (1), las violaciones de los pactos sociales,

(1) *Ibid.*

y las leyes son las fórmulas que los espresan. Es interes de la sociedad que todo pacto sea religiosamente observado; pero este interes no es ni puede ser igual con respecto á todos los pactos sociales. Es mayor en los que tienen mayor influjo en el orden social, y menor en los que influyen menos en él. Por consiguiente, la primera medida del delito, ó sea de la accion contraria á la ley, será el influjo que tiene en la conservacion de este orden el pacto que se espresa en la ley, y es violado por el delincuente. Esta nos mostrará los grados de mayor ó menor perversidad ó malicia entre la violacion de una ley y la violacion de otra; por ejemplo, la diferencia que hay entre el asesinato y el hurto, entre el regicidio y el homicidio, entre el peculado y la espilacion de una herencia. ¿Pero nos mostrará la diferencia entre la violacion de una misma ley, acompañada de circunstancias diversas? Un hombre puede matar á otro en un primer movimiento de ira, puede matarle á sangre fria, puede matarle con mayor ó menor crueldad, puede mostrar mayor ó menor perfidia y un ánimo mas ó menos atroz. El pacto que violó es siempre el mismo: en uno y en otro caso, es siempre aquel con que se obligó á respetar la vida de sus semejantes. ¿Pero se puede decir que en uno y en otro caso es igualmente reo, y merece igual castigo? Si la medida del delito está destinada á arreglar la cantidad de la pena; y si el objeto de la ley, cuando castiga, es retraer al que todavia no la ha violado, de que imite el ejemplo

del que la violó, y asegurar á la sociedad contra los males ulteriores que podria causarle el delincuente, si no fuese corregido por la pena, ó no le pusiese esta en la imposibilidad de volver á ofender á sus conciudadanos; siendo estos, repito, los dos únicos objetos de las penas, ¿no exigirá el segundo que aquel que violando una ley mostró mayor perversidad de corazon y mayor disposicion para violar otras, sea mas castigado que el que violando la misma ley y el mismo pacto, no manifestó tener un corazon tan perverso, ni se hizo tan formidable á la sociedad? Las circunstancias pues que acompañan á un mismo delito pueden hacerle mas ó menos grave, mas ó menos punible. ¿Pero como las reduciremos á una medida general? Esta es la dificultad que hay que vencer. Si entendiésemos por circunstancias de un delito todo lo que en el sistema erróneo de la actual legislacion se comprende bajo este nombre, perderiamos el tiempo en reducirlas á una medida general. No habiendo sabido nuestros legisladores distinguir los delitos por sus objetos, hubiéron de distinguirlos por sus circunstancias, y llamáron de circunstancia de un delito no solo el hecho que aumenta ó disminuye su valor, sino tambien el que, segun el plan de distribucion que espondrémos muy en breve, altera la *cualidad* del delito, y le constituye de especie diversa. Asi, por ejemplo, consideráron como circunstancia del homicidio la condicion política del muerto. Pero, segun nuestro plan de distribucion, matar á un magistrado y

matar á un ciudadano particular, son dos delitos diversos, son dos delitos de diferente cualidad y especie; pues contienen la violacion de dos pactos distintos, y no de un mismo pacto con diversas circunstancias. El pacto que se viola con el primero tiene mayor influjo en el orden social, que el pacto que se viola con el segundo. Por tanto, la primera medida que hemos establecido arreglará la pena correspondiente á uno y otro delito.

Segun nuestra jurisprudencia, es tambien el lugar una circunstancia del delito. Pero el matar á un hombre en el templo, y matarle en un lupanar, son, segun nuestro plan, dos delitos de diversa especie. Con el primero se violan dos pactos: con el segundo se viola uno solo. Con el primero se viola el pacto por el cual nos hemos obligado á no atentar contra la vida de nuestros semejantes, y aquel por el cual nos hemos obligado á respetar el culto patrio: con el segundo se viola solamente el primero de estos pactos. El autor del primer delito será á un mismo tiempo homicida y sacrilego; y el autor del segundo no será mas que homicida.

No confundamos pues las ideas de las cosas, llamando circunstancias de un delito á las que varían su *cualidad* y *especie*. Demos únicamente este nombre á las que, sin alterar la *cualidad* del delito, le hacen mas ó menos grave, mas ó menos punible. Consideradas bajo este aspecto, no es imposible reducirlas á una medida general.

Del mismo modo que hemos distinguido tres

diversos grados de culpa á los cuales hemos referido todos los demas, podremos distinguir tres diversos grados de dolo en cada delito; y del mismo modo que el legislador deberia, como se ha dicho, en cada delito susceptible de culpa, fijar para cada uno de los tres diversos grados una pena diferente, deberia tambien fijar una pena distinta para cada grado de dolo. He aquí el cánon general con que deberia indicar la ley la existencia del grado infimo, medio y máximo de dolo, y reducir á una medida general todas las varias circunstancias *aggravantes* de un delito. *Cuando la causa impelente es fuerte, ó se ejecutó la accion estando el ánimo agitado de una pasion violenta, el grado del dolo será el infimo; cuando la causa impelente es débil, ó se ejecutó la accion á sangre fria y con madura reflexion, el grado del dolo será el medio; cuando se ejecutó con causa ó sin ella (1), però con perfidia ó con una crueldad atroz, el grado del dolo será el máximo.*

Segun nuestro plan de juicio criminal, combinando los *jueces del hecho* las circunstancias de la accion con los caracteres establecidos en este cánon, deberian decidir con que grado de dolo se cometi6 el delito del acusado, asi como se ha dicho que les corresponde determinar á que grado de culpa

(1) No ha mucho tiempo que para probar uno el alcance de su pólvora, disparó un tiro á un infeliz, á quien ni aun siquiera conocia. He aquí un homicidio sin causa.

debe referirse cuando falta el dolo. Los *jueces del derecho* buscarian despues en la ley la pena establecida por ella para aquel delito y para aquel grado de dolo, como hemos dicho que deberian hacerlo cuando se tratase de culpa (1).

Finalmente, por este método que distingue la *cualidad* del *grado* en los delitos, hallará el legislador el modo de resolver las infinitas cuestiones relativas á los asociados y cómplices de cualquier delito. Todos los que hubieren tenido parte directa ó indirecta en la violacion de la ley, serán reos del delito con que se viola aquella ley, mas no lo serán todos en el mismo *grado*. La *cualidad* será comun, pero el *grado* será diverso. Todos contribuyeron á la violacion de la ley, pero quizá no mostraron todos la misma perversidad en la parte que tomaron en ella. Juzgarán pues los jueces del hecho, por las reglas establecidas en los cánones propuestos, acerca del *grado* en que cada uno de ellos se mostró reo; y en vista de este juicio determinarán los jueces del derecho la pena que corresponde á cada cómplice. He aquí como el descubrimiento de un nuevo camino nos libra de todos los obstáculos insuperables

(1) Por consiguiente, en los delitos susceptibles de culpa (pues como se ha observado en una nota del capítulo anterior, no lo son todos), debe el legislador establecer en la sancion penal seis grados de pena, esto es, para la infima, para la media y para la máxima culpa, y para el infimo, el medio y el máximo dolo; y en los que no son susceptibles de culpa, tres grados, esto es, para el infimo, el medio y el máximo grado de dolo.

del antiguo; como la metafísica de una ciencia, cualquiera que sea, facilita lo que siempre parecerá imposible al casuista que no tiene ojos para descubrir los primeros eslabones de que procede la inmensa y complicada cadena; y he aquí, finalmente, reducidas á una medida general las circunstancias que pueden aumentar ó disminuir el valor de un mismo delito. Con este método tendremos dos medidas, una para distinguir el valor relativo de los diversos delitos, y otra para distinguir el de un mismo delito acompañado de diversas circunstancias. La primera será el mayor ó menor influjo que tiene en el orden social el pacto que se viola; y la segunda el grado del dolo.

Examinense profundamente estas ideas; combínense con las que se han espuesto y explicado en el capítulo anterior, y quedarán desvanecidas todas las dudas, empezarán á disiparse las densas tinieblas que ocultaban el camino por donde se debe llegar á la perfeccion del sistema penal, y se empezará también á ver que no es un imposible político, como se ha creído hasta ahora, la formacion de un código penal, en que se proscriba enteramente el nombre arbitrario de *pena extraordinaria*, y en que jamas permita la ley á los jueces hacer el papel de legisladores. Esta opinion consoladora adquirirá mayor consistencia cuando se vea como se puede obtener la proporcion entre los delitos y las penas.

## CAPÍTULO XXXIX.

*De la proporcion entre los delitos y las penas.*

LA desigualdad de los delitos nos indica la de las penas; y lo que hemos dicho muestra bastante la necesidad de guardar esta justa proporcion. ¿Pero que se debe hacer para conseguirla?

Nadie deja de ver que la violacion de un pacto debe ser seguida de la pérdida de un derecho; que la violacion de un pacto mas precioso debe ser seguida de la pérdida de un derecho mas precioso; que la violacion de un pacto menos precioso debe acarrear la pérdida de un derecho menos precioso; que la violacion de un pacto, acompañada de circunstancias que muestran la disposición que tiene el delincuente para violar otros pactos, debe ser mas castigada que la violacion del mismo pacto, acompañada de distintas circunstancias; que el que con un solo delito viola muchos pactos, debe perder muchos derechos; y que el que con un solo delito viola todos los pactos, debe perder todos los derechos. Examinando los principios eternos de la justicia; consultando las reglas imprescriptibles de la razon, y reflexionando sobre los intereses sociales, se echa de ver desde luego que la justicia, la razon y el interes público reclaman igualmente esta deseada proporcion entre los delitos y las penas. ¿Pues de donde nace que no hallamos ni un solo

código penal en que se encuentre observada esta proporción? ; Habrémos de atribuir este mal á la imposibilidad de la empresa, ó á no haber acertado con el camino que debe guiarnos para realizarla? Indiquemosle, y dejemos que juzgue el lector acerca de la posibilidad de conseguir el fin que se desea.

Con un ejemplo se podrá facilitar la inteligencia de mis ideas. Se trata de construir un edificio, y lo que se hace es llevar los materiales á un parage inmediato, y dejarlos allí sin ningun orden, de manera que el espacio que ocupan es por lo menos veinte veces mayor que el que debe ocupar el edificio. Si por los materiales y por el espacio que ocupan se hubiese de juzgar de la magnitud del edificio, los de la choza de un miserable anunciarían la habitación de un grande, y los de la casa de un rico el palacio de un Príncipe. Cuando estos materiales estan todavía sin ningun orden, el arquitecto oye los juicios del idiota, y no hace mas que sonreirse.

Mudemos los nombres, y hallarémos el mismo fenómeno en el edificio político de la legislación criminal.

Cuando se presenta á nuestra imaginación, como en un embrollado caos, la confusa serie de los delitos; cuando fijamos la atención en esta mole ruda é indigesta, nos parece tan grande la masa y el número tan inmenso, que ó juzgamos imposible salir con la empresa de formar un código penal en

que cada delito pueda tener su pena proporcionada y fijada por la ley, ó nos figuramos que este código seria de tan grande estension, que no se podria adaptar su uso á la práctica, y multiplicaria y aumentaria la confusión y los desórdenes, en vez de disminuirlos.

Pero desembrollemos este caos informe; reduzcamos á algunas clases esta serie confusa; distingamos estas clases segun los principales objetos á que se refieren las obligaciones sociales; distingamos todavía en cada clase los delitos, segun su *cualidad* y segun sus *grados*; y entonces desaparecerá á un mismo tiempo el prestigio de la imposibilidad de ejecutar este trabajo, y la ilusión de la inmensidad del edificio, y se conocerá la grande y nueva verdad de que así en la física como en la moral es el orden el que disipa la aparente inmensidad de las masas, y las reduce á espacios mas limitados.

La *cualidad* del delito es el pacto que se viola; el *grado* es el grado de culpa ó de dolo con que se comete la acción. Es pues necesario proporcionar la pena á la *cualidad* y al *grado*.

Todas las diferencias producidas por el grado han sido ya determinadas con dos cánones generales en los dos capítulos precedentes (1). No deben pues servirnos de obstáculo estas diferencias en la

(1) Veanse los dos cánones relativos á la culpa y al dolo.

á lo sumo como cuatro, y así de los demás grados intermedios. Reflexionese sobre esta progresion, y se hallará que, sin alterarse la proporcion que se ha establecido, la pena del delito menor en un *grado* puede ser mayor que la pena del delito mayor en otro *grado*. El homicidio, por ejemplo, es sin duda un delito mayor que el hurto, supuesto que con el primero se viola un pacto mucho mas precioso que con el segundo. Por consiguiente, la pena del homicidio en el mismo grado debe ser mayor que la pena del hurto en el mismo grado. He aquí lo que exige la proporcion establecida; pero no se altera esta proporcion, si la pena del hurto cometido con el máximo grado de dolo es mayor que la pena del homicidio con uno de los tres grados de culpa, ó con el ínfimo grado de dolo; porque la pena, como se ha dicho, debe proporcionarse á la *cualidad* combinada con el *grado*. Previa estas ideas, se vé fácilmente como se puede conseguir la proporcion entre las penas y los delitos en todo el código penal. Valúe el legislador la cantidad relativa del influjo que tienen en el orden social los varios pactos que se violan con los diversos delitos; emplee ante todas cosas la pena mayor, que es la pérdida de todos los derechos, contra aquel delito con el cual se violan todos los pactos, y se violan con el máximo grado de dolo; y pase despues á aquel con el cual no se violan todos los pactos, pero se violan aquellos que tienen el mayor influjo en el orden social. Establecida la mas exacta proporcion que sea posible

entre la pena de cada grado del primer delito y la de cada grado del segundo, pase luego á aquel delito con el cual se violan uno ó mas pactos que tienen también un influjo considerable en el orden social, pero menor que el que tienen los pactos que se violan con el segundo delito; y guardé entre la pena de este y la del tercero la misma proporcion que guardó entre la del primero y la del segundo, de manera que la pena de cada grado del tercer delito sea menor que la del correspondiente grado del segundo, y vaya así descendiendo gradualmente hasta el último delito, que es aquel con el cual se viola un pacto que tiene menor influjo que todos los demás en el orden social.

He aquí el camino que he prometido indicar, y que parecerá mucho mas fácil cuando se vea la distribucion de los delitos; pero ántes de llegar á este grande objeto, es necesario disipar algunas dudas, y establecer una escepcion de la regla. Esta será la materia de los dos capítulos siguientes, despues de los cuales se tratará de la distribucion de los delitos.

---

## CAPÍTULO XL.

*Apéndice al capítulo precedente.*

¿BASTARAN los materiales de las penas de que hemos hablado, para corresponder á esta larga y numerosa progresion de delitos? ¿Podrá reducirse

siempre á cálculo su valor relativo? ; Bastarán para conseguir la proporción que se desea?

Toda la cuestión se puede reducir á tres objetos, que son el número, la cualidad y cantidad. Al número, para ver si los materiales de las penas pueden ser tan divisibles como lo son los delitos; á la cualidad, para ver como se puede guardar la progresión de las penas en las que son heterogéneas entre sí; á la cantidad, para ver si en los mayores delitos se puede conseguir la proporción que se desea, sin salir de los espacios que hemos prefijado, y que están comprendidos en los límites de la moderación. Empezando por el número, y procediendo con la buena fé que corresponde, no ocultemos los obstáculos que tiene contra sí nuestro sistema. Procuremos vencerlos, y no imitemos el ejemplo de muchos escritores modernos que con un despotismo mas irritante que el que ellos condenan, mandan en vez de raciocinar, y faltando á su ministerio substituyen á la evidencia de las razones y á la profundidad del examen el artificioso sonido de una equívoca y brillante espresion que impone silencio al idiota, porque cree que se oculta en ella un grande arcano, y hace reir al sabio que penetra su verdadero motivo, y no vé en todo ello mas que un miserable vacío.

Empezando pues por el número, creo que si se considera atentamente el orden con que, segun el plan propuesto en el capítulo anterior, se debe proceder para conseguir la proporción entre las penas

y los delitos en todo el código penal; si se trae á la memoria lo que se dijo y se demostró en los capítulos de esta segunda parte, en que se hizo una análisis completa de las cinco clases de penas que dependen de las cinco clases de derechos de que un individuo de la sociedad puede ser privado por las leyes á causa de sus delitos; finalmente, si se atiende al prodigioso aumento que puede recibir el número de las penas de su combinacion, ó sea de la union de muchas penas para un solo delito, cuando con un solo delito se violan muchos pactos, se verá que los materiales de las penas son bastante copiosos para corresponder al vasto plan que nos hemos propuesto, en el cual no hemos pretendido que toda accion contraria á las leyes deba ser castigada de distinto modo que cualquiera otra accion desemejante á aquella, y contraria tambien á las leyes; porque en tal caso convendria yo tambien en creer que son demasiado reducidos los materiales de las penas para corresponder á toda esta inmensidad de objetos. Pero habiendo explicado mis ideas con bastante claridad, no temo que se me pueda atribuir un designio tan fuera de razon. Tan lejos está mi sistema de que se le pueda hacer este cargo, que segun el plan de progresion que he espuesto, la pena del mayor delito cometido con el ínfimo grado de culpa puede ser igual á la pena de un delito muy inferior cometido con el máximo grado de dolo. Segun mi plan, la igualdad de la pena destruye la proporción cuando recae sobre el mismo

grado en delitos de diversa cualidad. Si, por ejemplo, se castigase con la misma pena el homicidio cometido con el máximo grado de dolo, y el hurto cometido también con el máximo grado de dolo, entonces la igualdad de la pena destruiría la proporción que se desea. Mas si la pena del homicidio cometido con el ínfimo grado de dolo es igual á la pena del hurto cometido con el máximo grado de dolo, no se altera por eso la proporción, según nuestro sistema, porque el valor del delito y la proporción de la pena dependen de la cualidad combinada con el grado. Puede, por consiguiente, adoptarse una misma pena para muchos delitos en diversos grados. Por ejemplo, puede adoptarse en un delito para el ínfimo grado de culpa; puede, en otro delito de *cualidad* inferior al primero, adoptarse para el grado medio de culpa; puede, en otro inferior al segundo, adoptarse para el máximo grado de culpa; puede, en otro inferior al tercero, adoptarse para el ínfimo grado de dolo; puede, en otro inferior al cuarto, adoptarse en el grado medio de dolo; y puede, finalmente, en otro delito inferior al quinto, adoptarse en el máximo grado de dolo, sin que se pueda decir que se destruye la deseada proporción por este uso repetido de una misma pena. La única pena que, según nuestro sistema, no puede emplearse sino en un solo delito y para un solo grado, es aquella con que se debe castigar el máximo delito cometido con el máximo grado de dolo. En este primer eslabon debe empezar la

progresion de las penas, así como la progresion de los delitos debe empezar en aquel eslabon primero. Esta debe ser como la base del cono, cuyo diámetro debe ser mayor que cualquiera otro diámetro de cualquiera otro circulo descrito en la superficie del cono.

Previa esta ilustracion de nuestro sistema, si á las reflexiones que han hecho desaparecer parte de las dificultades que se presentaban para el logro del objeto que se desea, añadimos las que nos han de demostrar que es muy copioso el número de los medios que tenemos para conseguirlo, quedará disipada por sí misma la primera duda propuesta, y espero que la convicción será completa.

No debo repetir lo que he dicho, ni presentar de nuevo á mis lectores las ideas que he explicado difusamente en los capitulos de esta segunda parte, en que se han espuesto todas las diversas especies de penas de que puede hacer uso la autoridad legislativa sin salir de los espacios comprendidos en los límites de la moderacion. Si no tienen presentes estas ideas, basta que vuelvan á leer desde el capítulo XXX hasta el XXXV de este libro, para persuadirse de que el número de las penas consideradas separadamente es por sí mismo mucho mas copioso de lo que parece á primera vista.

Pero puede todavía aumentarse mucho este número con las combinaciones de las penas: que es lo que debo añadir á lo que se dijo allí.

Nuestros legisladores han unido las penas cuando



era necesario separarlas, y las han separado cuando era necesario unir las, empobreciendo por dos lados con esta operacion errónea los materiales de las penas. A muchas de estas, por ejemplo, se ha unido la infamia. En algunos pueblos se ha unido á la espatriacion, al simple destierro, á la deportacion, á la pena de galeras, á toda condenacion á los trabajos públicos, á la muerte civil ó natural, y á las penas pecuniarias. Ya sea el delito infamatorio, ó deje de serlo, yasea muy grave ó muy leve, basta incurrir en una de estas penas para incurrir tambien en la infamia de derecho.

Cualquiera vé que este método no solo ha inutilizado la combinacion de las dos penas, sino que ha debilitado tambien el valor de la infamia. Ha inutilizado la union de las dos penas, porque la infamia empleada de este modo no es ya una consecuencia del delito, sino un efecto de la pena. Ha debilitado el vigor de la infamia, porque, segun lo hemos demostrado (1), cuando no se reserva esta pena para los únicos delitos que por su naturaleza son infamatorios, cuando se multiplica demasiado el número de los infames, y cuando se emplea contra aquellas clases de la sociedad que conocen poco el honor, se debilita tanto su fuerza, que viene á ser casi enteramente inútil.

He dicho que los legisladores no solo han unido las penas cuando era necesario separarlas, sino que

(1) En el capítulo XXXI de esta IIª parte.

las han separado cuando era necesario unir las. La segunda parte de esta proposicion no es menos cierta que la primera.

¿Por que razon se encuentran en ciertos códigos penales de Europa algunas penas dignas de la crueldad de los mas atroces tiranos? ¿Por que en las penas de muerte se atormenta mas ó menos, segun la diversidad de los delitos, á la infeliz víctima, ántes de inmolarla á la tranquilidad pública? Esto nace, se me dirá, de la necesidad de establecer una diferencia entre las penas de dos delitos que, mereciendo ámbos la muerte, se distinguen sin embargo en que el uno es mas pernicioso que el otro, y mas funesto á la sociedad. Pero sin recurrir á la ferocidad, sin exasperar contra la ley el ánimo del espectador, á quien quereis instruir y no corromper, inspirarle amor á las leyes y no odio contra ellas, lo que estais muy lejos de conseguir, pues le corrompeis y le exasperais cuando castigais de un modo cruel y atroz; sin salir de los inviolables límites de la moderacion, ¿no podríais conseguir el mismo efecto con la union de muchas penas, pero comprendidas todas en estos límites? ¿No se podria dar al reo del menor delito la muerte sola, y al otro la muerte unida á otras penas combinables con ella? ¿A que fin separar en estos casos las penas, cuando convenia unir las?

Se ha separado el castigo de la *marca* de la pérdida perpetua de la libertad personal: se ha permitido que el infame, que lleva marcada en su cuerpo la señal de su ignominia y de su delito, vuelva á

entrar en la comunicacion y trato civil; y se restituye á la sociedad un hombre que debe ser aborrecido de ella, y que jamas hallará donde emplear sus brazos sino para ofenderla de nuevo. Es claro que ó era necesario desterar del código penal semejante castigo, ó emplearle solamente en aquellos delitos en que se pudiese combinar la *marca* con la muerte ó con la pérdida perpetua de la libertad personal. El esclavo de la pena puede llegar á ser hombre de bien, volviendo á adquirir la libertad despues de haber espiado su delito; y puede lisonjearse de que el tiempo borre la memoria de su maldad ya espiada, y de que un nuevo tenor de vida le abra la entrada á la fortuna y á la gloria. ¿Pero podrian nacer estas esperanzas en el corazon del infeliz, á quien la *marca* degradó para siempre? Llevando en su cuerpo la señal indeleble de su delito y de su infamia; temiendo á cada instante que se descubra su ignominia; y estremeciendose con la sola idea del horror que debe inspirar este descubrimiento, ¿como podría levantarse desde este abismo de oprobrio hasta la sublimidad de la virtud? Estandole cerradas por la desconfianza de los demas, y por la conciencia, digamoslo asi, de su propia ignominia, todas las puertas de la subsistencia, de la industria, de la fortuna y del honor, ¿que otro partido le queda que tomar, sino el de declarar la guerra á la sociedad, de la cual nada tiene que esperar ya, y buscar en el delito mismo una subsistencia y una celebridad que no podría hallar

en la virtud? ¿No es lo mismo restituir la libertad á un hombre de esta naturaleza, que soltar un tigre feroz é indomable? Era pues necesario abolir esta pena, ó combinarla con la esclavitud perpetua ó con la muerte (1).

Pero dejemos el examen de lo que se ha hecho, y veamos lo que se debería hacer.

La union de las penas debe tener dos objetos: multiplicar los materiales de las penas, y facilitar la proporcion entre las penas y los delitos. Para conseguir pues estos dos fines, nunca debe el legislador unir inútilmente dos ó mas penas. Si la pena de muerte basta, por ejemplo, para castigar el homicidio cometido con el máximo grado de dolo, ¿á que efecto unir en este caso la muerte con la infamia? El homicidio cometido con el máximo grado de dolo es siempre inferior al homicidio cometido con el mismo grado de dolo, pero unido al hurto: y si al homicidio y al hurto se une tambien la concusion con el mismo grado de dolo, tendríamos un tercer delito mayor que los otros dos. Empleese pues para el primero la muerte no infamatoria; unase á la muerte la *marca* infamatoria para el segundo; y á la muerte é infamia unase una

(1) El lector hallará una contradiccion entre lo que digo aquí y lo que dije en el cap. 25 del libro II sobre la pena que debía establecerse para las quiebras fraudulentas. Pero esta no es una contradiccion, sino mas bien la correccion de una idea errónea que se reformará en este libro III.

pena pecuniaria para el tercero. He aquí como se unen las penas. Sin esta economía, será necesario recurrir á una especie de muerte feroz y tiránica, ó mirar con indiferencia la proporcion entre las penas y los delitos. Lo que se ha dicho de la pena de muerte se puede decir tambien de las demas penas que son combinables entre sí. ¿Por que se ha de unir inútilmente la pérdida de la libertad con la infamia? ¿Por que no se han de distinguir los casos, esto es, los delitos en que se debe unir la segunda pena á la primera, de aquellos en que puede bastar la primera sola? ¿No bastará quizá al legislador mudar los nombres de las penas, y alterar sus formas en una pequeña parte, para corregir las preocupaciones de la opinion, separando la infamia de aquellas penas á que actualmente está unida, y uniendola, solo en aquellos casos en que crea que debe unirla? ¿No podrá acaso combinar con la pérdida de la libertad la pena pecuniaria en aquellos casos en que no fuese oportuna la union con la infamia, y en que fuese demasiado débil la simple pérdida de la libertad (1)?

(1) No se me oponga el sistema de una gran parte de las legislaciones antiguas, de no unir la pena pecuniaria con la afflictiva. *Moderata pñi judicia*, dice Ciceron, *sunt à majoribus constituta, primùm ut pñna capitis cum pñnia non conjungatur.* (Cic. *pro domo sua.*) Demostenes nos conservó una ley antigua de los Atenenses, semejante á esta. *Pœnæ plures ne inrogantor; quamcumque inflixerint iudices, luendam sive in corpore sive in cere, utramque simul ne inroganto.* Aun las leyes bárbaras que tantas

¿No podrian por ventura unirse estas penas pecuniarias á la pérdida ó á la suspension de las prerogativas civiles, á la esclusion de los empleos, y á cualquiera otra especie de pena, en todos aquellos casos en que haya sido la codicia la causa del delito, y en que la sola pena pecuniaria no puede bastar para castigarle?

Fácil es ya conocer que combinados de esta manera los materiales de las penas, cuadruplicarian por lo menos su número. Ya sea que se reflexione sobre el orden con que se debe proceder en la progresion de las penas para guardar la proporcion entre estas y los delitos; ya sea que se observen los materiales de las penas; ó ya se atienda á sus com-

---

veces se han citado, convienen todas en este punto. Cuando las penas pecuniarias no se aplican como penas, sino como transacciones de las penas afflictivas, es claro que no deben concurrir con ellas. Pero en nuestro plan las penas pecuniarias se aplican como penas, y no como transacciones de otras penas. El *luat in corpore aut in cere* no debe verificarse en nuestro sistema. Falta pues el motivo por que estas penas no podian unirse con otras. En Roma misma, cuando mediante los progresos de la civilizacion desaparecieron los restos del bárbaro sistema de las transacciones pecuniarias, hallamos que los jueces convencidos de soborno eran condenados por las leyes á la pérdida del empleo, á la ignominia, y al cuádruplo de lo que habian recibido. (*L. 1, C. ad Leg. Jul. repetund. y L. 3, C. eod.*) Hallamos tambien que los emperadores Arcadio y Honorio castigaron la intriga para obtener empleos, con la confiscacion de todos los bienes y con la deportacion (*C. Theod. de ambitu*); y vemos asimismo combinadas estas dos penas para castigar el rapto de una virgen consagrada á Dios. (*L. 2. C. Theod. de rapt. vel matr.*)

binaciones, desaparecerá la primera duda de las tres que se comprenden en la cuestion; pero aun será mas fácil desvanecer la segunda, que es relativa á la *cuantidad*.

¿Como se ha de guardar la progresion en aquellas penas que son heterogéneas entre sí? ¿Como se ha de reducir á cálculo el valor relativo de las penas pecuniarias y de las afflictivas, de la infamia y de la muerte? En una misma clase de penas es fácil de conseguir la progresion, porque lo que se compara son *cantidades* homogéneas. La simple privacion, por ejemplo, de la libertad personal es seguramente inferior á la condenacion á los trabajos públicos; y la condenacion á los trabajos públicos por un año es evidentemente inferior á la de dos. ¿Pero como se guardará esta progresion, cuando se pasa de una clase de pena á otra? He aqui á lo que está reducida la segunda duda.

Se ha dicho que la pena es la pérdida de un derecho, y se ha demostrado evidentemente que no todos los derechos tienen el mismo grado de valor en sí mismos ni entre todos los pueblos. Luego si la pena es la pérdida de un derecho, si los derechos no son igualmente preciosos, y si un mismo derecho puede ser estimado distintamente en dos pueblos diversos, no debe hacer el legislador mas que indagar el valor relativo que da su pueblo á los varios derechos, para determinar el valor relativo de las penas. La ciencia de la legislacion no puede determinar este valor relativo que varia, como se

ha visto, segun la variedad de las circunstancias políticas, físicas y morales de los pueblos, ni puede estenderse mas que á establecer los principios generales que debenguiar al legislador en esta operacion: lo que me parece he ejecutado con bastante claridad en los capítulos precedentes, y por lo mismo no es necesario dar mayor ilustracion á mis ideas sobre este punto (1). ¿Que sucederia si en una obra de esta naturaleza, en que el autor y el lector estan, digamoslo asi, agobiados con la inmensidad de las materias, se diese lugar á inútiles repeticiones?

Pasemos á la tercera duda, que es relativa á la *cantidad* de las penas, y se reduce á saber como en los mayores delitos se podrá conseguir la proporcion que se desea, sin salir de los espacios que hemos fijado, y estan comprendidos en los limites de la moderacion.

Para desvanecer esta duda, basta traer á la memoria una verdad que se insinuó en otra parte, y conviene ilustrar aqui. Se dijo que en toda pena hay un valor absoluto y otro de posicion. El primero depende del aprecio que los individuos de una sociedad hacen del derecho que se pierde con aquella pena; y el segundo, del uso que se hace de ella, ó sea del delito á que se impone. De estas dos fuentes combinadas procede la fuerza y el vigor de las

---

(1) Vease el capítulo de la relacion de las penas con los varios objetos que forman el estado de una nacion.

penas. Ilustremos esta idea, tomando por ejemplo el destierro.

En todo gobierno libre el destierro de la patria, como se ha observado, es una pena muy grave, porque el aprecio que en la democracia hace un ciudadano del derecho que se pierde con esta pena es tan grande que iguala al valor de la soberanía.

Podrá pues ser el destierro, en este gobierno, una pena proporcionada á los delitos graves; ¿pero en que caso? cuando no se haga uso de ella sino en los delitos graves. Mas si la ley castiga con esta pena los mas leves desórdenes, hallará que dejó de ser eficaz; no podrá ya valerle de ella contra los de mayor gravedad; habrá de buscar una nueva pena, y verá que se debilitó el valor absoluto del destierro por el valor de posicion que se le dió. Acostumbrado el ciudadano á ver que se usa de él contra los mas leves delitos, se habituará tambien á creerle menos doloroso, porque tal es la naturaleza del hombre, que tan pronto juzga del valor de la causa por el de los efectos, como del valor de los efectos por el de la causa. Basta conocer la índole de los animales de nuestra especie, para persuadirse de esta verdad.

En vista de esta reflexion, no debemos admirarnos de que la mayor parte de los legisladores hayan tenido por demasiado estrechos los espacios de las penas comprendidos en los limites de la moderacion, y hayan necesitado recorrer los de la tiranía y de la ferocidad para castigar los delitos mas graves,

esto es, aquellos contra los cuales querian inspirar mayor terror. Si hubiesen conocido el arte de combinar en cada pena el valor absoluto con el valor de posicion, habrian hallado la proporcion deseada entre los delitos y las penas, sin dar un paso fuera de los inviolables límites de la moderacion. ¿Que maravilla nos debe causar, por ejemplo, el oír que en el pais mas culto de Europa, donde el espíritu de humanidad ha hecho los mayores progresos, y donde todo es *sensibilidad, delicadeza, fuerza de sentimiento*, etc.; que maravilla, digo, nos debe causar el ver que en los fastos de los Tiberios, de los Nerones y de los demas monstruos que fueron el terror del Imperio, no se encuentre un suplicio mas atroz que el que se hizo padecer en esta nacion al asesino del último Rey? Si el simple robo de algunos sueldos, cometido con violencia en un camino, ó sin violencia dentro de las paredes domésticas, es castigado en aquel pais con pena de muerte; si en el mismo debe espíar en un infame patíbulo el delito del honor y del amor (1) la infeliz soltera que conservó el depósito que la deshonra; si el contrabandista armado ha de pagar con el horrible suplicio de la rueda la corta ganancia de que privó á los hombres mas opulentos del

(1) En Francia está todavía en su fuerza y vigor la absurda ley de Enrique II, que condena á muerte á la soltera cuya criatura perece, cuando detenida la madre por un sentimiento de honor no pudo determinarse á dar aviso de su preñez al magistrado.

Estado; si tal es el abuso que en aquel pais se ha hecho y se hace todavía de la pena mas grave, ¿que extraño es que se hayan apurado las mas terribles é ingeniosas invenciones de la ferocidad para castigar el mas horrendo y pernicioso atentado? Del primer mal y del primer error debe resultar necesariamente el segundo.

Cuando se ha agotado la sangre por los menores delitos, nada queda ya, por decirlo asi, para castigar los mas graves. Cuando se impone la pena de muerte por aquellos delitos que al parecer tienen una excusa en la naturaleza ó en el honor, ¿que suplicios deberán reservarse para los que ofenden á aquella y á este? ¿Como se castigará un asesinato atroz, un parricidio execrable, un regicidio con que se violan todos los pactos? Será necesario que la ferocidad y la crueldad sean invocadas como auxiliares del abuso que se ha hecho de las penas y de su viciosa aplicacion. Corrijase pues este vicio; disminuyanse las penas de los delitos menores; en una palabra, destruyase la causa del mal, y entónces desaparecerá tambien el efecto. Entónces, sin salir de los espacios que hemos fijado, se hallarán las penas proporcionadas á los mas graves delitos; entónces podrá la progresion de las penas seguir la de los delitos, sin manchar la sancion penal con las crueldades de la tiranía; entónces, por último, la pérdida de todos los derechos bastará para castigar la violacion de todos los pactos, y la mayor pena será proporcionada al mayor delito.

Disipadas ya las dudas que podian suscitarse contra nuestro sistema, pasemos á çaponer con la mayor brevedad la escepcion de que se habló al fin del capitulo XXXIX, ántes de entrar en la distribucion de los delitos.

## CAPÍTULO XLI.

### *Escepcion.*

UNA escepcion no destruye jamas una regla. Este principio, recibido en todas las ciencias, debe serlo tambien en la de la legislacion, que es la mas complicada de todas.

Se ha dicho que el valor del delito depende de la *cualidad* combinada con el *grado*; que la *cualidad* del delito es el pacto que se viola; que la medida de esta *cualidad* es el influjo que tiene en la conservacion del órden social el pacto que se viola; y en fin, que debiendo ser la pena proporcionada al valor del delito, y dependiendo este de la *cualidad* combinada con el *grado*, resulta que entre dos delitos de igual grado, pero de *cualidad* desigual, la pena de aquel con que se viola un pacto que tiene mayor influjo en el órden social, debe ser mayor que la pena de otro delito con que se viola un pacto que tiene menor influjo en este órden. He aquí la regla general. Veamos ahora su escepcion.

Si se reflexiona sobre la numerosa serie de los