

tó¹ que ningun condenado por ladron sea aplicado á las armas durante el tiempo de su condena.*

32. Las penas de infamia que he distinguido de las corporales, pueden ser á veces tan terribles y afflictivas como estas, si recaen en sujetos pundonorosos. Es la infamia una pérdida ó menoscabo del honor ó de la reputacion que tiene el hombre entre sus conciudadanos; de suerte que viene á ser como una marca impresa para distinguir y separar al infamado de los demas individuos de la sociedad que merecen el aprecio público. La infamia procede á veces de la opinion pública sin declaracion de la ley, y entónces, aunque degrada al sujeto, no puede llamarse propiamente pena, por quanto no está impuesta ó declarada por el legislador. Llámase esta infamia de hecho, y no corresponde á este lugar. Otra hay que dimana de la ley ó está declarada por ella, y se denomina infamia de derecho, la cual se subdivide en dos clases: una que comprende ciertos ejercicios ó hechos del hombre, que sin ser criminales estan reputados por infames en el derecho, como los oficios de juglar, farsante, torero, de que habla la ley 4 tit. 6 Part. 7: esta infamia, aunque en rigor sea un mal, y grave, por quanto priva al sujeto de ciertas prerogativas que gozan otros individuos de la sociedad, no pertenece tampoco á este tratado, pues no es una pena impuesta por delito. De esta solo es de la que voy á hablar, y para distinguirla de las otras la llamaré infamia penal. Esta se impone sola á veces, como la de vergüenza pública que he contado entre las corporales afflictivas, porque lo es realmente. Suele tambien imponerse juntamente con otra pena. A veces consiste en una declaracion de la ley que impone pena corporal en cierta clase de delitos, y para hacerlos mas detestables, los marca ademas con la nota de infamia, como el de traicion, sodomia, adulterio &c.²

33. Los efectos de la infamia son de la mayor trascendencia, pues el que incurre en ella, no solo queda privado del empleo y honores que gozaba, sino que tambien le inhabilita para obtener otros. Así no puede ser juez, regidor, ni tener otro cargo ni oficio público, como el de abogado, asesor, relator, escribano &c., y tambien le está prohibido el residir en la corte³, y servir de testigo. Por esto la infamia se asemeja á la muerte natural⁴, y es como si dijéramos una excomunion civil, que separa al infame de la comunidad social, haciéndole un objeto aislado y despreciable. De consiguiente esta pena bien aplicada es eficacísima, y se ha usado en las naciones antiguas y modernas con mucho fruto. Mas para que produzca los saludables

1 En 20 de mayo de 1826, véase á Dou lug. cit., á Martinez Salazar *Noticias del Consejo* cap. 32 y la nota 12 cit. tit. 40, la ley 17 y las notas 8, 15 y 16 tit. 40 lib. 12 N.

2 LL. 3, 4 y 5 tit. 6 part. 7.

3 L. 7 tit. 6 part. 7.

4 *Cur. Philip.* part. 3 § 9 n. 10.

efectos que debe proponerse el legislador, ha de contener las circunstancias siguientes.

34. Primera. Ha de ser conforme á las opiniones generalmente recibidas, quiero decir, que no deben declararse infames ciertas acciones que comunmente se creen laudables ú honrosas, y esto aun cuando el comun concepto sea falso y efecto de una verdadera preocupacion; porque, como dice muy bien el sr. Lardizabal¹, es tanta la fuerza de las opiniones de los hombres, y de las preocupaciones, que regularmente prevalece sobre la autoridad de la ley, y la inutiliza; por lo que en semejantes casos, en lugar de la pena de infamia, es menester buscar otra que sea mas proporcionada al delito. La ley, por ejemplo, con el laudable fin de extirpar los duelos, declara expresamente por infame este delito²; pero ni los duelos se han extinguido, ni ha pasado hasta ahora por infame en el concepto público un solo hombre de tantos como han contravenido á la ley. ¡Tanta es la fuerza de la preocupacion!

35. Segunda circunstancia: que no se imponga esta pena sino á los sujetos que tengan pundonor, y sean capaces de afectarse con la nota de oprobio. ¿Qué caso haria de este solo castigo uno de esos malvados que corren sin freno, remordimiento ni pudor alguno por la senda de la iniquidad? A estos deben imponerse las penas corporales, reservando las infamantes para aquellos que estiman la honra, y aun la prefieren á la vida.

36. La tercera circunstancia ó regla que debe tenerse presente para la imposicion de esta pena, es que se use de ella con parsimonia ó sin demasiada frecuencia, y que no se imponga de una vez á muchos; pues así como los premios si se distribuyen pródigamente y no segun el verdadero mérito, pierden el aliciente, del propio modo las penas infamatorias repetidas ó mal aplicadas dejan de producir su efecto, porque la idea de la infamia se va debilitando con la repeticion de las impresiones que hace en la opinion pública, y á fuerza de familiarizarse los hombres con un castigo, llegan á despreciarle. Lo mismo puede decirse cuando se trata de infamar á muchos á un tiempo, en cuyo caso sucede que la nota infamatoria, que puesta en uno haria grande impresion, se debilita con la variedad ó multitud de objetos.

37. Parece superfluo decir que la infamia no debe pasar del delincuente que la hubiese merecido segun las leyes,³ y trascender á otras personas que tengan conexion y parentesco con él. *El delito ó la pena del padre no puede causar mancha alguna al hijo, porque cada uno debe ser responsable solo de sus acciones, y no se constitu-*

1 *Discurso sobre las penas*, cap. 5 § 4 ns. 4 y 5.

2 L. 2 tit. 20 lib. 12 N. R.

3 Art. 156 Const. fed.

ye sucesor del delito ageno, dice el canon 6 causa 1 quaest 3, tomado de una ley romana¹; y Platon dice que léjos de castigar á los hijos del delinquente, deben ser elogiados para que no imiten á su padre². Si-guese tambien, como dice el sr. Lardizabal³, un daño de considera-cion de que la infamia trascienda del delinquente, y es que para evi-tarla se hacen extraordinarias diligencias por las personas allegadas á fin de impedir el castigo, de donde resulta ó la impunidad absoluta, ó que no se observen las leyes con la puntualidad que correspon-de, y se les busquen temperamentos y modificaciones con perjuicio del bien público y de la recta administracion de justicia.

38. Toda infamia de hecho ó de derecho puede quitarse entera-mente por el soberano, como se dirá mas extensamente cuando se trate de los indultos: la que dimana de sentencia judicial, se desvane-ce ó borra en los tres casos siguientes. 1.º Cuando se sufre en vir-tud de sentencia de pena corporal por delito, al que segun la ley solo correspondia pecuniaria. 2.º Cuando se padece con ocasion de haber el juez aumentado ó disminuido la pena corporal determinada por la ley, aunque á ello se moviese con justa causa⁴. 3.º Cuan-do apelada la sentencia, se revoca en la segunda instancia⁵.

39. La privacion de oficio ó algún otro cargo público, es otra pe-na grave que menoscaba la estimacion del hombre ó el concepto de que gozaba en la sociedad, y bajo de este aspecto corresponde aqui tratar de ella. Ya dije en el párrafo 29 que cuando uno incurre en infa-mia, queda por este mero hecho privado de oficio. Tambien debe per-derle el que abusando de él comete un delito que le denigra ó le envi-lece, como el magistrado que por cohecho, parcialidad, colusion ó fraude da una sentencia injusta, ó cualquier otro empleado que se de-ja sobornar, faltando á la confianza que de él hizo el soberano; y á es-te ejemplo otros. Pero es de advertir, que los jueces inferiores no pue-den condenar ni privar de oficio sin consulta superior, por lo que tien-en de afflictivas é ignominiosas estas penas⁷. Si la privacion de ofi-cio es temporal ó solo suspensiva de él, se cuenta el tiempo desde el dia que por auto judicial se le impidió su ejercicio⁸. Ultimamente, debo advertir, que como los jueces árabitos no tienen facultad algu-na en asuntos criminales, si imponen pena gravatoria ó de infamia, será nula *ipso jure*⁹.

40. *En algunos delitos, segun nuestra legislacion¹⁰ se suele im-poner como pena la suspension de los derechos de ciudadano. En

1 L. 26 ff. De poen.

2 Lib. 9 De legib.

3 Cap. 5 § 4 n. 18.

4 L. 6 tit. 6 part. 7.

5 Dicha ley 6.

6 Ced. de 29 de enero de 1777 recopilada por

Beleña Provid. n. 93.

7 Villad. cap. De la instruc. n. 72.

8 Matth. cont. 18 n. 11.

9 Véase á Sala lib. 2 tit. 30 n. 21.

10 LL. de 4 de septiembre de 1823 y 25 de octubre de 1828, y otras.

que consistan estos queda ya explicado en el tom. 1 pág. 92 n. 41.*

41. Las penas de la tercera clase son aquellas que se imponen no sobre la persona, sino en los bienes, y por esto se llaman pecu-niarias. La mas gravosa y terrible de ellas era la confiscacion por su transcendencia, pues no solo alcanza al mismo delinquente, sino tam-bien á su desventurada familia, privándola de los medios de subsisten-cia. Por eso decia el emperador Justiniano al jurisconsulto Tribonia-no: „Convienes que pongas todo cuidado en castigar á los que lo mere-cen, pero sin llegar á sus bienes, los cuales deben pasar á sus parien-tes, y á los que les corresponden por la ley, segun el orden estable-cido por ella; pues no son las cosas las que delinquen, sino los que las poseen: y es invertir el orden quitar los bienes á los delincuen-tes, y dejar libres sus personas, castigando de esta suerte en lugar de ellos á otros, que son llamados tal vez por la ley á la sucesion.“¹ El mismo emperador en otra novela posterior², manda que á ningun condenado por cualquier delito se le confisquen los bienes, si tuvie-re ascendientes ó descendientes hasta el tercer grado, y en falta de ellos se aplique al fisco, reservando á la muger la dote y donacion *ante nuptias*; pero de esta regla excluye el delito de lesa magestad, en el cual dispone que se hayan de guardar las leyes de sus anteces-ores, que imponen la confiscacion de todos los bienes, y solo quiere que se exceptúe la dote de la muger.

42. Con esta última disposicion va conforme la ley 5 tit. 31 Part. 7 (excepto que no habla de la dote, la cual se manda reservar por la ley 2 tit. 2 de la misma Partida), como se ve por las siguien-tes palabras: „E aun decimos que á ningun home por yerro que ha-yan fecho non deben ser tomados todos sus bienes si oviere parientes, de los cuales suben ó descenden por linea derecha del parentes-co fasta en el tercer grado; fueras ende el que fuese juzgado por traidor, segun dice en el título de las traiciones, ó en otros casos se-ñalados, que son escriptos en las leyes de este nuestro libro, en que señaladamente los mandase tomar.“ Se ve pues que no solo en el ca-so de traicion de que habla Justiniano, sino en otros tenia lugar la confiscacion segun nuestro derecho. En efecto, con arreglo á él se confiscaban los bienes por varios delitos.

43. El sr. Lardizabal³ tratando de esta materia dice lo siguiente: „Las utilidades que se pueden seguirse de las confiscaciones, no son ciertamente comparables con los males que deben causar por su na-turaleza misma, particularmente si son muy frecuentes. Tampoco son muy compatibles con el suave y templado gobierno de una mo-narquía, en la cual por otra parte tienen los príncipes muchos y

1 Novel. 17 cap. 12.

2 Novel. 134 cap. tit.

3 Cap. 5 § 5 n. 14 y siguientes.

grandes recursos para mantener todas las obligaciones y el esplendor de la corona, sin necesidad de los despojos de los vasallos para enriquecerlas."

44. „Estas razones me inclinaban á creer, que acaso seria útil abolir enteramente la pena de confiscacion, como lo han hecho los Estados generales de las Provincias unidas, por una ley publicada en 10 de agosto de 1778. En algunas provincias de Francia, particularmente en las comprendidas bajo el nombre de Pais de derecho escrito, no hay lugar á la confiscacion en ningun delito que no sea de lesa magestad¹. La ley 2 tit. 26 Part. 7, dice: *Que los bienes de los que son condenados por hereges, ó que mueren conocidamente en la creencia de la heregia, deben ser de sus hijos ó de sus descendientes dellos: é si los non ovieren, mandamos que sean de los mas propincos parientes católicos dellos.* Pero si por otras razones superiores, que yo no alcanzo, pareciere conveniente conservar la pena de confiscacion en uno ú otro delito muy atroz, á lo ménos es cierto que deberia restringirse todo lo posible: y aun en los casos en que hubiese de quedar, la razon y la humanidad piden que se haga distincion de bienes, y solo tenga efecto la confiscacion en aquellos que hubiesen sido adquiridos por el mismo delincuente, y no en los que por derecho y sin arbitrio suyo deben transmitirse á los sucesores, á quienes con la confiscacion absoluta se priva sin culpa suya de un derecho legítimamente adquirido. Una ley romana², despues de haber dicho que por el delito del padre, pierde el hijo los bienes que le habian de venir por el mismo, añade; *pero aquellos que les vinieren por sus parientes, por la ciudad, ó por la naturaleza de las cosas, deben quedarles ilesos, porque se los dieron sus mayores y no su padre*³."

45. „No pretendo tachar de injustas é inicuas las leyes que imponen las confiscaciones: sé muy bien que el daño que un hijo, por ejemplo, sufre por la confiscacion de su padre, no es pena, que esto seria injusto é inicuo; sino una calamidad que indirectamente le viene por el delito del padre. Pero de cualquier naturaleza que sean los bienes, y por atroz que sea el delito, me atrevo sin recelo á decir, que es una cosa muy inhumana y cruel, precipitar con la confiscacion en el abismo de la miseria á una familia inocente por los delitos que no ha cometido. *Por estas consideracion en el art. 147 de la Constitucion federal se prohibió para siempre la pena de confiscacion de bienes; sobre lo cual debe verse los que dicen los adicionales de Sala lib. 2 tit. 30 núm. 19 y Reyneval *Derecho de gentes*, lib. 1 cap. 16 párraf. 6.

1 Muyart. de Vouglans. *Les loix criminelles de France dans leur ordre naturel*, part. 1 lib. 2 tit. 6 n. 4.

2 L. 3 ff. *De interd. et releg.*

3 *Quae vero non á patre, sed á genere, á civitate, á rerum natura tribuerentur, ea manere eis incolumia.....Non enim haec patrem sed majores eorum eis dedisse.*

46. Las naciones septentrionales hacen mucho uso de las penas pecuniarias, aun en ciertos delitos muy opuestos á la seguridad y orden público, como, por ejemplo, el de homicidio. Esta bárbara costumbre fué muy comun en la edad media entre los germanos, francos y borgoñones, y por eso la hallamos establecida en los mas de nuestros cuadernos municipales. El antiguo fuero de Leon, por ejemplo (*), sujetaba el homicidio á una multa pecuniaria que debia satisfacer el reo si fuese preso dentro de nueve dias desde que cometi6 el delito; pero si el delincuente lograba huir de su casa ó de la ciudad, frustrar la vigilancia de los sayones, y libertarse de caer en sus manos dentro del plazo de nueve dias, quedaba quieto; y la ley le ofrecia seguridad en la poblacion, previniéndole que solamente cuidase de precaver el furor de sus enemigos. De que se sigue, como dice con mucha razon el sr. Marina¹, que la ley dejaba la venganza de la sangre inocente en manos de los parientes y herederos del muerto, y los autorizaba para perseguir al reo despues de probado el delito (**).

47. Así como la pena pecuniaria será siempre desproporcionada para castigar el homicidio, y otros delitos atroces que perturban la seguridad pública ó individual, porque no tiene analogía con ellos ni se deriva de su naturaleza, podrá ser al contrario muy útil para reprimir el orgullo de los poderosos, que fiados en sus riquezas atropellan al desvalido ó menosprecian las leyes; para castigar al magistrado ú otro empleado público que se deje sobornar, ó no tenga la integridad correspondiente; para contener las transgresiones que se cometan contra las ordenanzas de policia, y en otros casos designados por nuestras leyes. Mas para que estas penas no sean infructuosas, de modo que el rico se burle de ellas, convendria que no se impusiese por pena una cantidad fija, sino una parte ó cuota del haber del delincuente. De este modo habrá cierta igualdad en el castigo para el pobre y para el rico; al contrario, si por una transgresion ó delito se designase, por ejemplo, la pena de veinte doblones, esta suma seria de poco momento para un hombre acaudalado, y excesiva para un jornalero ó menestral; resultando de aquí que la pena para aquel era muy leve, y para este muy grave. Resulta ademas otro inconveniente, y es, que el valor de la moneda recibe alteracion, es decir, sube y baja; de modo que será preciso renovar de tiempo en tiempo las penas pecuniarias. Así que en el dia son muy tenues al-

(*) Cap. 24. *Si quis homicidium fecerit et fugere potuerit de civitate aut de sua domo, et usque ad novem dies captus non fuerit, veniat securus ad domum suam; et vigilet se de suis inimicis et nihil sajoni vel alicui homini pro homicidio quod fecit persolvat....*

Si infra novem dies captus fuerit, et habuerit unde integrum homicidium reddere possit, persolvat illud.

1 Ensayo histórico n. 286.

(**) De este punto se vuelve á tratar con mas extension en el tit. 4 cap. 4 § 1 y sigs.

gunas de las antiguas, que consistian en cierta cantidad de maravedises, porque con el descubrimiento de la América se aumentó el numerario y disminuyó su valor. Los referidos inconvenientes podrian salvarse imponiendo una parte (v. gr. la sexta, cuarta ó tercera, segun la mayor ó menor gravedad del delito) de los bienes del delincuente. Así alcanzaria con igual proporcion al pobre y rico, y en todas épocas podria ser la misma (*).

48. Si toda esta discrecion es necesaria para establecer penas pecuniarias, no necesita ménos circunspeccion y prudencia el juez para imponer las multas cuando la ley no fija la cantidad; pues una multa indiscreta, como dice el sr. Lardizabal,¹ es cápaz de perder una familia, sin corregir al delincuente. Por regla general nunca deben tener efecto las multas y penas pecuniarias, cuando para exigir las es necesario privar en todo ó en parte á los multados, de los medios ó instrumentos necesarios para el ejercicio de su oficio ó profesion, en cuyos casos debe tener lugar aquel axioma comunmente recibido: *El que no tiene bienes pague con su cuerpo*; ó bien si el delito no es de gravedad, podrá imponerse la pena de suspension de alguna prerogativa cívica ú honorífica. Mas tampoco deben ser tan ligeras las penas pecuniarias, que se desprecien y no produzcan efecto alguno; pues siempre que la utilidad ó complacencia que resulta de un delito, es mayor que el daño ó la incomodidad que causa la pena, los hombres se determinan fácilmente á delinquir (**).

49. No debe reputarse como pena pecuniaria el resarcimiento de los daños y perjuicios que con el delito suele causarse al ofendido ó á su familia, porque esto mas bien que pena es una recompensa dictada por la razon y por la naturaleza misma; si bien por hacer una reparacion excesiva, no ha de privarse á los hijos del delincuente, de los alimentos que les son debidos por la naturaleza y por la ley.

50. Examinadas las diversas penas comprendidas en la division que hice en el párrafo 13, resta hablar del apercibimiento, que á veces es una simple correccion, y otras un medio de purgar una culpa leve, ó las sospechas é indicios que en una grave resultan con-

(*) La Instruccion de 1803, para el gobierno, administracion y beneficio de los efectos de penas de Cámara, mandada observar como adicional á la expedida en 27 de diciembre de 1748, dice así en el cap. 5: „A las personas pudientes se les pondrán penas pecuniarias, en lugar de las afflictivas de cárcel ó detencion y otras de semejante naturaleza por delitos leves; y tambien los tribunales superiores podrán conmutar las penas de presido en pecuniarias, permitiéndolo la clase de delito; puesto que sobre ser útil al aumento de fondos que necesita la administracion de justicia, producirá mas es-

carcimientos, y ménos malas consecuencias de muchas familias.” La ley 5 tit. 8 lib. 7 R. I. manda que las penas pecuniarias impuestas por las leyes de Castilla, se entiendan dobles en América, excepto en los casos en que por las leyes de su Recopilacion esté señalada cantidad cierta.

¹ Discurso sobre las penas, cap. 5 § 5 n. 5.

(**) Por real orden de 6 de octubre de 1819, está mandado que en la exaccion de multas y penas pecuniarias impuestas por los juzgados ordinarios, no gocen fuero las personas privilegiadas.

tra alguno, sin habérsele podido probar claramente el crimen ó la complicidad. En este caso tiene el apercibimiento cierta calidad afrentosa que degrada al sujeto en quien recayó la sospecha, y puede entónces considerarse como una pena de cierta gravedad que se acerca á las de infamia.

51. Ultimamente dije en la definicion de la pena, que esta se impone por el mal que uno causó á la sociedad ó á alguno de sus individuos, ya por malicia ó dolo, ya por sola culpa. En estas palabras está indicada la verdadera medida ó cantidad de las penas, la cual no es otra que la de los delitos: esto es, cuanto mayor fuere el daño causado á la sociedad, ó mas agravantes las circunstancias del delito, tanto mayor deberá ser la pena; y por el contrario, cuanto menor fuere dicho daño, ó las referidas circunstancias disminuyeren el delito, tanto menor deberá ser la pena, para que se guarde entre esta y aquel la debida proporcion. En suma, cada pena debe derivarse de la naturaleza del delito por que se impone, para que entre los dos haya cierta analogía ó conformidad. La pena pecuniaria, por ejemplo, seria desproporcionada para castigar un asesinato; y al contrario, la de muerte seria excesiva ó no guardaria analogía alguna con el delito de la usura. Ademas de esta analogía se deben tener en consideracion para el señalamiento de las penas, la calidad y el grado de los delitos de que hablé en el capítulo anterior, segun el dolo ó la culpa que haya intervenido en ellos.

52. No obstante lo que acabo de decir en orden á la proporcion que deben guardar entre sí los delitos y las penas, puede haber delitos y casos en que sea conveniente imponerlas ménos análogas: por ejemplo, si los hurtos no dejan de ser frecuentes, porque solo se castigan con penas pecuniarias ó la pérdida de bienes, que son las mas análogas á aquel delito, deben prescribirse otras corporales ó infamantes, mayormente si no tienen bienes los reos, pues no es justo que por su pobreza queden impunes. Asimismo debe hacerse una excepcion de la regla general de proporcion que se ha sentado con respecto á aquellos delitos que por su naturaleza son mas fáciles de ocultarse que los demas, y por consiguiente mas difíciles de descubrirse y probarse: la excepcion, digo, de alterar algun tanto la proporcion entre ellos y sus penas é interrumpir el curso de la progresion destinando al delito mas ocultable de calidad menor, la pena que seria proporcionada al delito ménos ocultable de calidad mayor, y aumentando así el rigor de la pena lo bastante á compensar la mayor esperanza de la impunidad aneja á la facilidad de la ocultacion, y á la dificultad del descubrimiento y de la prueba, que han de disminuir forzosa y relativamente la eficacia de la pena que debe ponerse á nivel. Con este medio tan sencillo, que