

traria la pena será ó no proporcionada al delito, segun los principios, el modo de razonar, el carácter, y aun el capricho del juez. Luego volverémos á tratar de esto.

SECCION III.

Aplicacion práctica de esta teoría.

LA teoría de las circunstancias que influyen en la sensibilidad es necesaria en la práctica para apreciar el mal de un delito; para dar una satisfaccion proporcionada á la persona ofendida; para estimar la fuerza y la impresion de la pena sobre el delincente, y para trasplantar una ley de un país á otro. Los principios de Bentham en esta parte son tan naturales, que todos los legisladores los han seguido mas ó ménos en sus leyes, mas por una especie de instinto que por razon; exceptuando á Dracon, de cuyas leyes se dijo, que estaban escritas con sangre en vez de tinta. Este legislador bárbaro no conoció otra pena que la de muerte, y hé aquí como razonaba para justificarla: todo delito por ligero que sea, es la violacion de una ley, y esta violacion es por sí sola

un delito muy grave que debe castigarse con la pena mas fuerte, como que nada importa mas á la sociedad que asegurar el respeto y la obediencia á las leyes; es así que la pena mas fuerte es la de muerte, luego todos los delitos indiferentemente deben ser castigados con ella. Parece que algunos legisladores modernos han razonado como Dracon; y al ver la profusion conque distribuyen en sus códigos la pena de muerte, la marca, las galeras perpetuas, los trabajos forzados sin tiempo, no se puede dejar de decir de ellos que han escrito sus leyes con hiel y sangre.

Como quiera que sea es forzoso convenir en la verdad de los principios, cuya evidencia se toca, y entra por decirlo así, por todos los póros: las dificultades se hallan en la aplicacion de ellos á los casos prácticos, y estas dificultades me parecen invencibles. El mismo Bentham no puede ménos de confesar que las diferencias de la sensibilidad son inapreciables, y que en los casos individuales es imposible medir con alguna exactitud la fuerza y el grado de ella; pues que esta fuerza y este grado

dependen de disposiciones puramente internas y ocultas. Con esto desecha casi de la legislacion práctica las circunstancias primarias que influyen sobre la sensibilidad, y se reduce á las secundarias. Estas, dice, son por fortuna indicios manifiestos y externos de las disposiciones internas y ocultas : tiene razon, pensando por una regla general, tomada de lo que mas comunmente sucede; pero son indicios muy equívocos, que darán lugar á muchas excepciones y á errores muy frecuentes y muy funestos, como ya hemos visto. Bentham conoció sin duda esta dificultad, y pues no halló para ella una solucion que deba aquietarnos, parece que no la tiene. Se limita á decir, que en general las presunciones que se formen por las circunstancias secundarias serán bastante exactas; y esto es lo mismo que decir, que tomando por principio estas circunstancias se errará muchas veces en las consecuencias; y como cada error debe producir una injusticia, porque establece la desproporcion entre la pena y el delito, se sigue que, aplicando á la legislacion práctica la

ingeniosa y bella teoria de mi autor sobre la sensibilidad, son inevitables algunas injusticias. Así es con efecto; pero se evitará la arbitrariedad, que es la mayor y la mas temible de las injusticias, pues que da lugar á todas; y cuando hay que escoger precisamente entre dos males, ¿quién dudará que deba escogerse el menor?

Efectivamente, si la ley misma modifica la pena segun el sexo, la edad, la profesion religiosa, etc., la arbitrariedad del juez es imposible; pero cuando hay que apreciar el mas y el ménos en alguna circunstancia secundaria y ostensiva, como el mas ó el ménos en la locura, en la fuerza, en la riqueza, en la parentesco, la arbitrariedad es necesaria, porque no se puede dejar de abandonar al juez el examen de las cosas que no ha determinado la ley, ceñida á dirigir con reglas generales á los tribunales, dándoles cierta latitud. Cuanto mas reducida sea esta latitud, tanto ménos temible será la arbitrariedad; y yo no puedo aprobar las leyes que en Francia autorizan á los tribunales de policia correccional á condenar á un acusado desde una semana

de prision hasta cinco años; desde una multa de seis francos hasta cinco mil. Esto es dejar demasiada latitud á la arbitrariedad de los jueces. ¿Y qué dirémos en esta parte de la legislacion penal de España, que apénas se puede citar sin censurarla? La pena de las injurias es arbitraria segun nuestras leyes, y los comentadores de ellas mas acreditados en la escuela y en el foro, opinan que el juez puede extender esta pena segun su prudencia ó su arbitrio, que es lo mismo, hasta la muerte, ¡qué horror!

La arbitrariedad tendría ménos inconvenientes si todas las causas criminales fueran juzgadas por un jury bien organizado; porque doce hombres de bien, doce ciudadanos de sana razon, que no tienen el hábito de juzgar, que no forman un cuerpo permanente, y que deben naturalmente desconfiar de sus luces, serían ménos tentados á abusar de la libertad que les dejase la ley, que unos jueces letrados, que forman un cuerpo siempre existente, que tienen por oficio el juzgar, que deben tener mucha confianza en su

ciencia, y que tal vez, en cada acto de arbitrariedad, piensan adquirir una prerogativa al cuerpo á que pertenecen: el juez que ha adquirido el hábito de condenar, condena como maquinalmente, y rarisimas veces deja de ver un delincuente en un acusado. El sistema de legislacion penal de Bentham, favorece demasiado la arbitrariedad de los juicios: ya hemos visto algunas pruebas de esto y aun las veremos mas fuertes. Yo, por mí, quisiera que en cuanto fuese posible todas las penas estuviesen señaladas expresamente por la ley, aunque alguna vez no fuesen exactamente proporcionadas á los delitos: quisiera, por ejemplo, que fuese el legislador mismo el que apreciase la sensibilidad de los individuos por sus circunstancias secundarias y ostensivas, y que no fuese el juez quien lo hiciese. Podrían entónces cometerse algunos errores en algunos individuos de una misma clase, y aun de clases diferentes; pero á mas de que estos errores son inevitables en cualquiera sistema, en los juicios criminales nada temo tanto como la arbitrariedad; y

ninguna podria haber, si el legislador apreciase por si mismo el mal del delito y de la pena segun el sexo, la edad, y las demas circunstancias secundarias y aparentes que influyen sobre la sensibilidad.

CAPITULO X.

Analisis del bien y del mal politico. Como se propagan en la sociedad.

EL gobierno es como la medicina: lo único que debe ocuparle es la eleccion entre los males. Toda ley es un mal, porque toda ley es una infraccion de la libertad; pero, lo repito, el gobierno no puede hacer mas que escoger entre males, ¿y cuál debe ser el objeto que debe proponerse el legislador al hacer esta eleccion? — Debe asegurarse de dos cosas; 1^o que en cada caso, los incidentes que quiere prevenir son realmente males, y 2^o, que estos males son mayores que los que él hace para prevenirlos.

Hay pues dos cosas que observar: el mal del delito, y el mal de la ley; el mal de la enfermedad y el mal del remedio.

Raras veces un mal viene solo, y casi

nunca una porcion de males puede caer sobre un individuo sin extenderse desde él á otros como de un centro. Le veremos tomar diferentes formas en el curso de su marcha; veremos un mal de una especie, salir de un mal de otra especie; y aun veremos venir el mal del bien, y el bien del mal. Importa pues mucho conocer y distinguir estas mudanzas, y aun en esto consiste la esencia de la legislacion; pero por fortuna estas modificaciones del mal son pocas, y las diferencias son muy palpables: tres distinciones principales y dos subdivisiones nos bastarán para resolver los problemas mas dificiles:

Mal de primer orden.

Mal de segundo orden.

Mal de tercer orden.

Mal primitivo. — Mal derivativo.

Mal inmediato. — Mal consecucional.

Mal extensivo. — Mal repartible.

Mal permanente. — Mal evanescente.

Hé aquí los únicos términos nuevos que necesitamos para expresar la variedad de formas que puede tomar el mal.

El mal resultante de una mala accion,