

DISCURSO

SOBRE LOS DELITOS Y LAS PENAS.

PUBLÍCALE

EL LIC. DON JOSEF MÁRCOS GUTIERREZ.

*Para mayor ilustracion, la mas fácil inteligencia y  
el mejor uso de las doctrinas contenidas en  
la parte tercera de su práctica  
Criminal de España.*

TOM. III.

\*A

Nada interesa mas á una nacion, que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil, y en gran parte la buena constitucion y seguridad del Estado. Pero acaso no hay una empresa tan dificil como llevar á su entera perfeccion la legislacion criminal. *Senor Lardizabal prólogo a su Discurso sobre las penas núm. 1.*

With the utmost satisfaction to our paternal feelings, we have at length perceived, that the mitigation of punishments, joined to a most scrupulous attention to prevent crimes, and also a great despatch in the trials, together with a certainty and suddenness of punishment to real delinquents, has, instead of increasing the number of crimes, considerably diminished that of the smaller ones, and rendered those of an atrocious nature very rare: we have therefore come to a determination, not to defer any longer the reform of the said criminal laws. *Traduccion Inglesa del Toscano. Preambulo del edicto de Pedro Leopoldo, Gran Duque de Toscana, de 30 de Noviembre de 1786 para la reforma de la legislacion criminal.*

Con la mayor satisfaccion de nuestro corazon paternal hemos al fin reconocido que la moderacion de las penas junto con la mas cuidadosa vigilancia para prevenir las acciones criminales con el mas breve despacho de las causas, y la prontitud y seguridad del castigo de los verdaderos delinquentes; en vez de aumentar al número de los delitos ha disminuido considerablemente los mas comunes, y hecho casi desaparecer los atroces, por cuya razon hemos determinado no diferir mas tiempo la reforma de la legislacion criminal.

## PRÓLOGO.

En la composicion del presente Discurso hemos tenido á la vista el que escribió sobre las penas el Señor Lardizabal, no precisamente para aprovecharnos de sus doctrinas y noticias, pues todas ó casi todas, á excepcion de algunas respectivas á nuestro pais, de que se ha hecho el debido uso, las habiamos visto en otros muchos escritores mas antiguos y modernos que él; sino para poner de manifiesto que mucho de lo que decimos, que no es comun, por no hallarse en los libros de los Intérpretes vulgares ni en ninguna de nuestras Prácticas Criminales, se ha publicado ya en nuestra España con las licencias correspondientes, y por un Español sabio é ilustrado que llegó á ocupar dignamente un asiento en el Consejo Supremo de Castilla; pues de otra manera no faltarian por ventura, como sentimos decirlo, algunos Profesores nuestros que por ignorancia, por corto talento, ó por no haber leido otras obras que las de los malos Comentadores del derecho romano y patrio, se escandalizarian á cada proposicion nuestra, y tendrian por doctrinas perjudiciales ó peligrosas, quando no por heréticas, aun las mas conformes á la sana razon, á la buena política, y á los principios de la legislacion universal y de la nuestra en particular. Por otra parte, como de dicho librito, impreso en el año de 1782, no se ha hecho ninguna reimpression, y por lo mismo ha llegado á ser muy raro, hemos querido poder asegurar al Público despues de haberle leido repetidas veces, que quanto contiene necesario, útil, ó apreciable, se hallará substancialmente en este Discurso, ó en nuestra Práctica Criminal, y alguna que otra vez con sus mismas palabras, mayormente quando se conforman tanto el modo de pensar del Señor Lardizabal y el nuestro, que apenas discrepamos en alguna doctrina ú opinion.\*

\* Además de contener este Discurso todo quanto trae el Señor Lardizabal, contiene mucho mas, por abrazar mas su objeto y haberse adelantado no poco en las materias criminales despues que escribió.

2. Creemos presentar en este Discurso los mejores principios ó axiomas, y las mas sólidas y útiles doctrinas que se han discurrido hasta el día sobre delitos y penas, sin estar por esto persuadidos de haber tenido siempre acierto en la eleccion. Por lo mismo estamos dispuestos á retratarnos incontinenti, si en adelante conocemos, bien por nuestras propias reflexiones, bien por las advertencias de Profesores mas instruidos que nosotros, la falsedad, lo infundado, ó el riesgo de algunas de nuestras doctrinas ú opiniones.

3. Por último, hemos aspirado en este escrito, concluyendo con las palabras de un sabio autor, mucho ménos á presentar ideas nuevas sobre una materia que grandes ingenios han ya tratado y profundizado, que á reunir ideas justas y sanas. Nada decimos de que no estemos penetrados, y si nos engañamos, ó equivocamos, obtendremos por lo ménos aquella indulgencia debida al Escritor de buena fe, que solo desea la perfeccion de las leyes, la gloria de su patria y el bien de la humanidad.

## ADVERTENCIA.

Aunque en el prólogo del tomo primero de nuestra Práctica Criminal diximos que su parte tercera contenia un tratado extenso de delitos y penas, dividido en dos secciones, una donde se ventilaba esta materia en general, y otra en que se hablaba particularmente de ella; nos ha parecido despues mas propio y conveniente publicar en un Discurso, diverso de dicha Práctica, la primera seccion, mediante á ser una teoría sobre los delitos y las penas, apoyada, no en nuestro derecho hispánico, sino en graves razones tomadas de varios Filósofos célebres de la antigüedad y de otros Filósofos modernos: razones que han merecido mucha aceptacion en la Europa sábia, y que algunos Soberanos tienen adoptadas en sus códigos criminales. Esta teoría se ha escrito, ya para que sirva de ilustracion al tratado anterior de delitos y penas, arreglado á nuestra legislacion, ya para que facilite la inteligencia de este, y ya para que los Jueces puedan dirigir su arbitrio en muchos casos, en que nuestros legisladores dexan á él la imposicion de las penas; si bien debe tenerse siempre presente, que qualquiera que sea la impugnacion que pueda hacerse contra lo dispuesto en varias de nuestras leyes penales, deben obedecerse ciegamente, á no ser que se crea útil el representar al Soberano, que es quien solo puede derogarlas. En este Discurso por exemplo exponemos los fundamentos en que se han apoyado algunos Filósofos modernos para condenar absolutamente la pena capital; pero sin embargo nuestros Jueces, por mas fuertes que aquellos les parezcan, habrán de imponerla precisamente quando la prescriban las leyes, como unos meros executores de ellas.

## DISCURSO

### SOBRE LOS DELITOS Y LAS PENAS.

#### INTRODUCCION.

QUANDO por amor á la humanidad y á la patria estamos á punto de escribir sobre dos objetos tan odiosos y horriblos como los delitos y las penas,\* capaces de tener en continuo martirio todo corazon sensible y compasivo, prefeririamos hacerlo sobre los medios de prevenir los primeros, y de evitar por consiguiente las segundas. Pero ya que un asunto tan importante y digno de la pluma de un Jurisconsulto humano, sabio y filósofo, nos extraviaria del plan que nos hemos propuesto, permitásenos, para que nos sirva de algun consuelo, y nos anime á entrar y seguir hasta su término una ingrata carrera, el indicar siquiera los medios mas generales y útiles de estrechar la anchurosa puerta de los crímenes y de disminuir considerablemente su número. Sea el primer medio, que es el mas seguro, aunque el mas arduo y difícil de llevar á efecto, la perfeccion ó méjora de la educacion para formar en el tiempo mas oportuno el espíritu y el corazon de los que deben servir algun día á la sociedad, imbuyéndoles las verdaderas ideas del bien y del mal, cerrando en ellos la entrada á los errores y preocupaciones, y valiéndose de sus propias pasiones para guiarlos por el sendero de la virtud. El segundo medio será la recompensa de esta misma. Si se ha creido deber fortificar con el temor de los castigos el horror nativo del hombre al mal tambien debe creerse que con la esperanza de ser recompensado se inflamará en su alma su amor al bien. Así como los premios ofrecidos por las Academias y Sociedades patrióticas han producido muy buenos libros,

\* Nótese que este Discurso precedió ántes con el nombre de *Preliminares* al tratado de delitos y penas de nuestra *Práctica Criminal*.

creado doctos autores, y fomentado las ciencias, las artes y la agricultura: del mismo modo las recompensas prometidas á las buenas y loables acciones aumentarán sobremanera su número y el de las almas virtuosas. El tercer medio debe ser la promoción, fomento y protección de las luces y conocimientos que disipen la ignorancia y el error, estos dos grandes obstáculos de la virtud y felicidad de los Estados: la primera, por ocultar al hombre el bien y sus verdaderos intereses, conduciéndole así por lo regular á los vicios, que son la vanguardia de todos los males y delitos; y el segundo, porque confunde el bien con el mal, y aun aborrece y persigue al primero. El saber mediano y confuso es mas perjudicial que la ciega ignorancia, porque á los males de ella añade los del error. Este es siempre ó casi siempre dañoso y funesto: la ignorancia puede en cierto modo ser compañera de la virtud y felicidad públicas en un pueblo naciente ó salvaje que con facilidad forma y acepta las pocas leyes de que necesita; pero despues que con los progresos de la civilizacion se aumentan y complican infinito las relaciones, es indispensable un profundo y difícil conocimiento de estas mismas para establecer una buena legislación, que es el quarto y último medio que indicamos, de prevenir los delitos. Prescindimos ahora de la legislación criminal, y solo hablamos de la civil que tiene con aquella un enlace muy estrecho que siempre debe tener. Desde que Pedro Leopoldo, Gran Duque de Toscana, y aun mas grande por su talento y sus virtudes, reformó ó mejoró su legislación civil, comenzaron a disminuirse y prosiguieron disminuyéndose notablemente en sus estados los crímenes. Y en efecto, si se establecen por exemplo buenas leyes civiles que desvaneciendo todas las causas porque miran muchos con temor el matrimonio, hagan este vínculo tan descable y dulce como es en sí mismo ¿quánto no se disminuirá el número de los consortes infieles, de las viles meretrices y de los malvados licenciosos? Si se prescriben sabias leyes civiles sobre hospicios que sirvan de asilo á la indigencia, que proporcionem á todas una útil ocupacion y que extingan la mendicidad ¿quántos ménos usurpadores de los bienes agenos habrá que contener? Si se dictan pruden-

tes leyes civiles que por vias indirectas ataquen las costumbres públicas dignas de reforma ¿quánta infinidad de vicios, excesos y delitos de todas clases no se sofocarán en su cuna? Así podrá irse discurriendo por todos los ramos de la legislación civil, puesto que todos bien desempeñados pueden contribuir sobremanera á la minora- cion de los delitos, de que pasamos á tratar.

## CAPÍTULO PRIMERO.

*Del delito en general y de los principales axiomas respectivos á él.*

### §. I.—*Del delito en general.*

1. Los Estoicos, secta famosa por su Gefe ó fundador Zenon, por varios Filósofos célebres que la ilustraron, por haber constituido la felicidad en la práctica de la virtud y por sus grandes esfuerzos para domar ó transformar la naturaleza, queriendo que el Sábio llegara á ser insensible, que en medio de los mas crueles tormentos conservase su alegría y serenidad de ánimo, y que en ninguna manera sintiese aun las mayores vexaciones ó injurias de los hombres: los Estoicos, digo, incurrieron en la increíble extravagancia de pensar y querer persuadir que todos los delitos eran iguales, sin hacer distincion entre el homicidio y el hurto, entre una conspiracion contra el Estado y la ofensa hecha á un particular. En el entender de estos Filósofos no habia ninguna virtud, como no lo fuese absoluta ó completa, de suerte que aun el menor extravio de ella era á sus ojos una accion igualmente viciosa, ó por lo ménos igualmente punible. Pero sin embargo nunca se confundirán como yerros semejantes, dice un autor, el *delito*, que siempre inspira horror, el *vicio*, que se grangea el odio y desprecio de los hombres, la *debilidad*, que freqüentemente excita su compasion, y la *falta*, que casi siempre merece su indulgencia. No obstante, hablando sin contraernos á ningun país, tiempo, ni religion, es tanta la variedad entre los hombres acerca