

Séptimo Axioma.

Entre dos ó mas males desiguales no es punible la eleccion del menor; pero lo es la del mayor, quando no media interes personal.*

Octavo Axioma.

Entre dos ó mas males desiguales, el menor de los quales cede en perjuicio de la persona precisada á elegir, no puede ser punible la preferencia dada al mayor mal sino en el único caso de ser muy pequeño y soportable el que se evita, y por el contrario el que se elige, muy grave y perjudicial á todo el estado ó alguno de sus individuos.

Nono Axioma.

No hay delito, donde no hay una voluntad cierta de cometerlo.

Décimo Axioma.

Por no ser imputable el acaso, ó caso fortuito, no deben las leyes castigarlo, mas sí la culpa por la razon contraria.

Undécimo Axioma.

Si la culpa es ménos imputable que el dolo, porquen en este hay desseo de violar la ley y en aquella solo le hay de exponerse al riesgo de violarla, en una misma accion, la peno de la culpa nunca deberá ser igual á la del dolo.

Duodécimo Axioma.

Si á proporcion que es mayor el conocimiento de la posibilidad del efecto producido por la accion, es mayor la culpa y se acerca mas al dolo; como tambien si á proporcion que es menor dicho conocimiento, es menor asimismo la culpa y se acerca mas al acaso; habrá pues

† El Juez deberá exâminar, si el mal menor que se ha evitado, ofendia el interes personal de quien fue compelido á elegir, y si este es suficiente para justificar su eleccion. Puede verse la definicion ó explicacion de los tres grados de dolo en el cap. sig. núm. 14.

varios grados de culpa y las leyes deberán fixar varios grados de pena.

Décimotercio Axioma.

No siendo posible determinar todos los diferentes grados de culpa, y siendo por el contrario cosa perniciosa dexar al arbitrio del Juez la eleccion y destino de la pena, deben señalarse tres diversos grados de culpa, á los quales puedan referirse todos los demas: la máxima, la media y la ínfima.

Décimoquarto Axioma.

Quando las circunstancias de la accion muestran que en el ánimo del agente la posibilidad del efecto producido por aquella y contrario á la ley es igual ó mayor que la posibilidad del efecto que el agente se habia propuesto conseguir; será la culpa *máxima*: quando es menor, pero no muy remota, será la culpa *media*, y quando remotísima, *ínfima*.

CAPÍTULO II.

De la medida de los delitos.

1. Son tantos los delitos, tantas las clases ó especies de ellos, tanta la diversidad de los unos aun dentro de las otras, tantas sus circunstancias, tantas, tan variadas y tan obscuras las combinaciones humanas, tanta y tan solapada la malicia del corazon del hombre, que no es maravilla se haya encontrado suma dificultad en señalar ó fixar la verdadera medida ó cantidad de los delitos, para que podamos venir en conocimiento de su mayor ó menor perversidad. del mas ó ménos perjuicio que causan al estado, y pueda de consiguiente aplicarse á cada uno la pena mas justa y conveniente: en cuyo punto tan delicado no tuvieron que fatigarse, ni en que tropezar los Estoicos, pues aunque Filósofos por otra parte venerables incurrieron,

como se ha dicho, en el grande absurdo de creer eran iguales todos los delitos.*

2. Pero suponiendo como evidente é innegable la mayor ó menor desigualdad de los delitos, tambien es muy ridícula por otro concepto la medida que les señalan los criminalistas vulgares y entre ellos Farinacio, autor mas conocido por lo mucho que escribió, que por el acierto con que lo hizo. Proponen tales autores como la verdadera medida de los delitos las penas impuestas contra ellos, por manera que segun su modo de pensar el delito es grave, si se castiga con pena severa, y leve, si con pena suave. Esta doctrina tan despreciable por sí misma que no merece ninguna impugnacion, la refutó sin embargo muy bien el Sr. Lardizábal † “ Si algun legislador, dice, consulta á un Jurisconsulto para imponer la pena correspondiente á un nuevo delito, no sé yo, qué regla podria dar segun la doctrina de estos autores, cuya mala filosofia se manifiesta bastantemente en la ineptitud de su raciocinio, pues ademas de que el responder de esta suerte es dar por supuesto lo mismo que se quiere saber, era necesario, para que fuera cierta su regla, suponer una de dos cosas: ó que la imposicion de las penas siempre se ha hecho, y se hará con la debida proporcion y justicia, y que no se pueden engañar los legisladores, ó que la única regla y medida de las penas es la voluntad y arbitrio de ellos: proposiciones entrámbas tan notoriamente falsas que es ocioso el impugnarlas; y la segunda puesta en práctica haria degenerar el mejor gobierno en un cruel despotismo y tiranía.”

3. Otros escritores creyeron que mas bien debian medirse los delitos por la dignidad, empleo, ó circunstancias del sugeto ofendido que por el perjuicio hecho á la sociedad: de manera que una leve irreverencia al Ser Supremo, un pequeño insulto cometido en su santo templo, qual-

* De aquí es que preguntado Dracon, legislador tan conocido por su crueldad como Solon, reformador, de sus leyes por su moderacion, por qué habia prescripto la pena capital contra todos los delitos? respondió que por merecerla todos, y que no habia señalado para las grandes maldades mayores castigos, por no haber encontrado ninguno mayor que la pérdida de la vida.

† Discurso sobre las penas, cap. 4. §. 1. núm. 3.

quiera injuria hecha á alguno de sus Ministros deberia ser mas severamente punida que el mas atroz atentado contra la sociedad, contra su Gefe ó algun particular, si hubiera de adoptarse dicha medida, puesto que por su dignidad y naturaleza es infinita la distancia entre el Criador y sus criaturas, lo qual choca á primera vista, y traeria sin duda grandes inconvenientes y daños á la república.

4. No han faltado tampoco quienes digan que la mayor ó menor gravedad del pecado debe tenerse por regla en la graduacion del delito. Mas prescindiendo de que adoptando esta regla seria necesario buscar otra medida del pecado para graduar su gravedad, ¿cómo hemos de adoptar esta por la medida del delito, quando depende de la impenetrable malicia del corazon humano? ¿cómo hemos de adoptar por norma para castigar los delitos lo que frecuentemente se halla oculto entre espesas tinieblas y solo podria descubrirse por la revelacion? Entónces seguramente se hallarian los hombres muy expuestos á errar, castigando quando Dios perdona y perdonando quando castiga Dios, quien en orden á los pecados que no alteran la tranquilidad del público ni la de los particulares, se ha reservado el ser á un mismo tiempo Legislador y Juez.

5. Por otra parte “los hombres, dice el Sr. Lardizábal,* quando se unieron para hacer vida sociable y renunciaron la facultad que tenian de usar de sus fuerzas particulares, depositándolas en la comunidad ó en su cabeza, lo hicieron con el objeto de que se mantuviese siempre ilesa la sociedad, porque de su conservacion y buen orden depende la mayor seguridad de los particulares, que es lo que principalmente fueron á buscar á la sociedad. Síguese de aquí con evidencia que las leyes penales que hicieron con la sociedad, como esencialmente necesarias para su conservacion, no pueden tener otro objeto que aquellas acciones externas que directa ó indirectamente turban la pública tranquilidad ó la seguridad de los particulares.—No sucede así con el pecado. El hombre, aunque nunca hubiera de vivir en la sociedad, no puede prescindir de las relaciones de dependencia esencial y necesaria que tiene con Dios como criatura con su Cria-

* Cap. y §. cit. núm. 7.

dor. Toda accion que ofende estas relaciones, es verdaderamente pecado.”

6. Por la expresada razon principal porque debe desecharse la regla de la gravedad del pecado como medida del delito, se ha de desechar igualmente la opinion de los que tuvieron por tal la intencion, ánimo, ó malicia del perpetrador que dimanando de la impresion actual de los objetos y de la disposicion anterior de la mente, varian incesantemente en todos los hombres con la velocísima sucesion de las ideas, pasiones, ó circunstancias: fuera de que vemos muchas veces que con la mejor intencion se causan grandes males, así como se hacen grandes bienes con el ánimo mas perverso y depravado. Sin embargo, manifestándose frecüentemente por las obras externas aun los actos interiores mas ocultos ó solapados del hombre, sino puede reputarse la intencion de este por la única norma en el castigo del delito, deberá tenerse presente siempre que se trate de imponerle.

7. Mas ya es tiempo de que establezcamos ó expongamos la verdadera y principal medida de los delitos, la qual no es otra que el daño hecho á la sociedad y la mayor ó menor ofensa que se le haga. Mayor perjuicio, mayor agravio hace al estado un regicida que un homicida, mayor este que un ladron, y mayor quien lo sea del público que quien lo fuere de un particular; y dirigiéndose la averiguacion ó establecimiento de la medida de los delitos á la mas justa imposicion de sus penas, con mas rigor deberá castigarse el regicidio que el homicidio, el homicidio que el latrocinio, el peculado que el simple hurto.

8. Hemos dicho que el daño y agravio hechos á la sociedad son la principal medida de los delitos, porque á la verdad no son la única, ni pueden en manera alguna bastar para establecer una escala justa ó acertada de penas. Si tal medida nos indica ó muestra la diferencia de criminalidad ó perversidad que hay entre los diversos delitos, entre la contravencion á unas leyes y la contravencion á otras, no puede indicarnos la diversidad que puede haber en un mismo delito y en la violacion de una misma ley por las circunstancias que les acompañen. Prohibe la ley el hurto; pero este puede cometerse con rompimiento de paredes y puertas, ó proporcionándose

una ocasion fácil de cometerlo al entrar ó salir de alguna casa. Prohibe la ley atentar á la vida del hombre; pero esta pueda quitársele con ánimo deliberado, con furioso saña, por interes recibido de otro, ó en una riña y por vengar alguna ofensa. Es evidente que en el primer hurto y homicidio manifiesta el delinqüente mayor perversidad que en el segundo, y que por aquel merece mas severo castigo que por este. Por lo tanto, es indispensable que ademas de la principal medida de los delitos señalemos otras que juntamente con esta puedan sin considerable extravio dirigirnos por el obscuro laberinto de los delitos al otro, aunque no tan enredoso, de las penas. Sin embargo debemor confesar que aun no se ha encontrado, ni creemos se encuentre jamas entre tantos desórdenes causados por el continuo choque de las pasiones humanas, ni entre tantos intereses particulares opuestos los unos á los otros, una medida de los delitos geométrica y tan exácta que nos excuse el indispensable recurso á las probabilidades y verosimilitudes que debe calcular la razon.

9. Las otras medidas pues que deben acompañar á la primera y principal para venir en conocimiento de la mayor ó menor enormidad de los delitos, son el objeto, la intencion y malicia del culpado, su mal exemplo, su carácter y el del ofendido, los motivos que le impelieron á delinquir, la manera de hacerlo, los instrumentos con que lo hizo, y el lugar y tiempo en que delinquirió, la reincidencia, el sexô, la edad, &c. Estas circunstancias y otras que pueden concurrir en una incalculable diversidad de casos, contribuyen á caracterizar la mas ó ménos atrocidad de los crímenes, y son otras tantas medidas de ellos: sino es que digamos que son una sola medida, ó que consideradas todas junto con el perjuicio y agravio hechos á la sociedad, forman ó constituyen la única y verdadera medida de los delitos. Conviniendo en lo substancial nada importa alguna leve diferencia en el modo explicarse.*

* Todas las circunstancias que pueden acompañar las acciones criminales, se comprehenden en este verso latino, digno de tenerse presente. *Quis, quid, ubi, per quos, quoties, cur, quomo-*

10. Todo lo dicho debe aplicarse á los crímenes cometidos por muchas personas, pues cada una es mas ó ménos delinquente á proporción de su complicidad en los delitos de otros. Al mismo tiempo no debe olvidarse, ya que en los perpetrados por un cuerpo ó comunidad son culpados únicamente los que hubiesen prestado su consentimiento actual, é inocentes los que hubiesen sido de dictámen contrario; y ya que en punto á crímenes cometidos por la multitud exigen mucha clemencia la razón de estado y la humanidad.

11. Pero sin embargo de quanto hemos expuesto, un escritor moderno ha hablado con novedad acerca de un punto tan importante, y merece extractarse lo que ha discurrido sobre él, y que tal vez parecerá bien á muchos de nuestros lectores.

12. La primera medida del delito, ó de la acción contraria á la ley, se ha de tomar del influxo que esta tiene respecto á la conservación del orden social, puesto que unas leyes tienen mayor influxo y otras menor. Con esta medida se vendrá en conocimiento de la mayor, ó menor criminalidad entre la violación de una ley y la violación de otra; mas para no errar en tal medida es indispensable no equivocar las circunstancias que acompañan á un mismo delito para hacerle mas ó ménos grave, mas ó ménos punible, con lo que altera de tal modo la calidad del delito, que lo hace de diversa especie. No habiéndose sabido distinguir los delitos por sus objetos, se ha recurrido á sus circunstancias para distinguirlos. Según las legislaciones presentes la calidad ó condición política de una persona, muerta violentamente, es una circunstancia del homicidio, quando el matar á un Magistrado y á un particular son dos delitos diversos ó de diferente calidad. La ley que se viola con el primero, tiene mayor influxo sobre el orden social, que la que se viola con el segundo. Así la expresada medida señalará, ó regulará las penas de ámbos delitos.

do, quando: Quien cometió el delito, qual es este, donde fue cometido, de que medios ó instrumentos se valió el delinquente, quantas veces incurrió en él, por qué motivo, de qué modo y cuándo.

13. Asimismo, el lugar del delito se considera solo como una circunstancia suya; pero el matar á un hombre en un templo y matarle en un parage ó sitio profano, son dos delitos de diferente especie. Con el primero se quebranta la ley que nos manda respetar la vida de nuestros hermanos, y la que nos obligá á venerar el culto de la Religión, siendo así que en el segundo solo se contra viene á la primera de las dos leyes enunciadas: en el primer delito su autor será á un mismo tiempo homicida y sacrílego, y en el segundo únicamente será homicida. Por lo tanto, debemos dar el nombre de circunstancias de un delito á las que lo hacen mas ó ménos grave, para diferenciarlas de las que mudan su calidad ó especie, y así no será imposible reducirlas todas á una medida general.

14. Además, del mismo modo que se señalan tres diversos grados de culpa, para que todos los demas puedan referirse á ellos, pueden establecerse tres diversos grados de dolo; y de la misma manera que en cada delito susceptible de culpa, debe prescribirse diversa pena para cada uno de los tres diversos grados, así tambien debería establecerse diferente pena para cada grado de dolo. Vease aquí la regla general con que deben mostrarse los tres grados de dolo, y comprehender en una medida todas las innumerables circunstancias que agravan los delitos. “Quando la causa impulsiva es fuerte, ó la acción se ha cometido en el ímpetu de la pasión, el grado de dolo será el infimo. Quando la causa impulsiva es débil, ó la acción se ha cometido á sangre fría y con madura reflexión, el grado del dolo será el medio; y quando se ha cometido sin causa, ó con causa, pero con perfidia ó con una crueldad excesiva, el grado del dolo será el máximo. Cotejando los Jueces las circunstancias del hecho con las expresadas en esta regla, podrán decidir el grado de dolo, con que se ha delinquido, é imponer la pena establecida en la ley para el delito, y el grado de malicia ó perversidad con que se cometió.”

15. Finalmente, con este método en que se distingue del grado del delito su calidad, podrán resolverse las innumerables dudas que se suscitan con respecto á los socios, ó cómplices de qualquiera delito. Quantos tengan parte directa ó indirecta en el delito, serán reos;

mas no todos lo serán en un mismo grado, porque no todos manifiestan igual perversidad en la violacion de la ley, de suerte que la qualidad del delito será comun en todos sus autores y el grado será diverso. Igualmente por el expresado método habrá dos medidas, una para distinguir el valor relativo de los diferentes delitos y otra para distinguir el de un mismo delito acompañado de circunstancias diversas. El mayor ó menor influxo que tiene sobre el órden social la ley violada, será la primera medida, y el grado de dolo la segunda.

16. El autor se muestra muy satisfecho de su descubrimiento de un nuevo camino. Este, dice, nos liberta de todos los obstáculos inseparables del otro. Vease como la metafísica de qualquier ciencia facilita lo que siempre reputará un imposible el casuista, quien solo percibe con su vista los primeros eslabones de que procede una inmensa y complicada cadena. Vease como se desvanecerán las espesas tinieblas que ocultaban el camino por donde se debe llegar á la perfeccion del sistema penal; y vease en fin como no es un imposible político, segun se ha creído hasta ahora, un código penal donde se proscirba enteramente el nombre de *pena extraordinaria*, y en que no permita nunca la ley á los Jueces hacer de Legisladores.

CAPÍTULO III.

De las penas en general, ó sea, de su origen, necesidad, objeto y requisitos, ó circunstancias, y de los principales axiomas relativos á ellas.

§ I.—*Del origen y necesidad de las penas.*

1. Creemos con el sabio Pastoret, que no hay porque detenernos en dar ninguna definicion de la palabra *pena*, como lo hacen muchos publicistas, puesto que qualquiera

que ella sea, ha de ser mas obscura que la voz misma. A nadie que tenga algun uso de razon, puede ocultarse lo que significa la voz *pena*, quando se trata de refrenar los delitos por medio de ella; y todos saben muy bien que entónces no deben entenderse por *pena* las incomodidades y males que suelen ser consecuencia de los vicios y delitos, ni las calamidades que con frecuencia suceden á los hombres naturalmente, ó por alguna casualidad, ó indiscrecion.

2. En órden al origen de las penas encontramos variedad en los autores. Unos quieren que tuviesen lugar aun en el estado de la naturaleza, en que cada uno podia rechazar la fuerza con la fuerza y perseguir á su enemigo hasta ponerle en disposicion de que no pudiese perjudicarlo, y aun hasta quitarle la vida, sino podia conseguirse este fin de otra manera; pero otros opinan que exigiendo la imposicion de las penas cierta superioridad en la persona que habia de prescribirlas y hacerlas executar, no puede haberlas en el estado natural, en que todos son iguales, y solo podrá haber entónces una defensa ó venganza privada, así como despues del establecimiento de las sociedades en que nadie puede licitamente vengarse de otro por su propia mano, los Soberanos vengán recíprocamente las injurias hechas á ellos ó á sus súbditos por los extrangeros valiéndose de las armas, sin que á los males que originen, se dé el nombre de *penas*.*

3. Mas esta discordia de los autores es una cuestión de nombre, y por consiguiente inútil. Es cierto que los pueblos salvages ó poco civilizados no conocen otro castigo que la venganza privada, y que en ellos los hijos de un hombre asesinado persiguen al asesino hasta la tumba,

* No faltan quienes digan, que como en las sociedades civiles deben imponer siempre las penas á los delinquentes sus superiores, hemos llegado á figurarnos que la superioridad es un requisito substancial en la imposicion de las penas, sin dar las pruebas de ello. Por otra parte, añaden, si la superioridad es necesaria para imponerse las penas, aun la hay en el estado natural, puesto que por el mismo hecho de cometerse un delito pierde su autor un derecho, al mismo tiempo que le conservan los que no le han cometido, y por lo mismo se hace inferior á estos, no pudiendo consistir la igualdad de los hombres en el estado natural sino en la de sus derechos.