

En caso de concurrencia deben anteponerse los intereses de un individuo á los del fisco. La pérdida hecha por el individuo es un mal sentido; el provecho del fisco es un bien que nadie percibe: cuando pago al fisco, no siento mas que el pesar de la pérdida; pero cuando pago á mi contrario, hago á mi costa un bien á quien yo queria hacer un mal, lo que es un grado de humillacion que da á la pena el carácter mas conveniente.

.....

TERCERA PARTE.

DE LAS PENAS (1).

CAPITULO I.

DE LAS PENAS INDEBIDAS.

Se pueden reducir á cuatro los casos en que no debe imponerse pena: 1.º cuando la pena sería mal fundada; 2.º cuando sería ineficaz; 3.º cuando sería superflua; 4.º cuando sería muy dispendiosa.

I. *Penas mal fundadas.*

La pena es mal fundada cuando no hay verdadero delito, ni mal de primero ni de segundo orden, como en la heregía y el sortilegio, ó cuando el mal está mas que compensado con el bien, como en la defensa de sí mismo.

II. *Penas ineficaces.*

Es pena ineficaz la que no podria producir efecto alguno sobre la voluntad, y que por consiguiente no

(1) La pena es un mal de pasion que la ley impone por un mal de accion, ó mas claro, un mal que la ley hace al delincuente por el mal que él ha hecho por su delito. La pena pues produce un mal lo mismo que el delito; pero el delito produce mas mal que bien, y la pena al contrario mas bien que mal.

serviria para prevenir otros actos semejantes. Es ineficaz pues la pena cuando se aplica á individuos que han obrado sin conocimiento, ó sin intencion, ó por una fuerza irresistible, ó por un temor superior á la pena, ó por la esperanza de un bien preponderante.

III. Penas superfluas.

La pena es superflua cuando puede conseguirse el mismo fin por medios mas suaves, como por la instruccion, el ejemplo, las exhortaciones, ó las recompensas. Tal es la pena que se impone á los que esparcen máximas peligrosas.

IV. Penas muy dispendiosas.

La pena es muy dispendiosa cuando el mal de la pena es mayor que el mal del delito.

Es preciso tener á la vista dos tablas que representen, la una el mal del delito, y la otra el mal de la pena.

Hé aqui el mal que produce una ley penal: 1.º mal de *coercicion*, porque impone una privacion mas ó menos penosa; 2.º mal de *punicion* ó dolor causado por la pena, cuando es castigado el infractor; 3.º mal de *aprehension*, padecido por el que ha violado la ley, ó teme que se le impute haberlo hecho; 4.º mal de *procedimientos errados*, cuando se impone la pena por delitos de mal imaginario, por obscuridad de la ley, por presunciones ó apariencias, por antipatía; 5.º mal *derivativo*, padecido por los parientes y amigos del que está espuesto al rigor de la ley.

Esta es la fuente de que se toma la principal razon para las amnistías generales en aquellos delitos complicados que nacen de un espíritu de partido (1).

(1) Siempre que la sociedad perdiese mas por la pe-

CAPITULO II.

DE LA PROPORCION ENTRE LOS DELITOS Y LAS PENAS.

..... *Adsit*
Regula peccatis quæ penas irroget æquas,
Nec scutica dignum horribili sectere flagello.
 Hor., lib. I, sát. 3.

Para establecer una justa proporcion entre una pena y un delito, deben observarse las reglas siguientes.

PRIMERA REGLA. *Haz que el mal de la pena sobrepuje al provecho del delito*; porque para estorbar el delito es necesario que el motivo que reprime sea mas fuerte que el motivo que seduce, y porque una pena insuficiente es un mal mayor que un exceso de rigor, pues una pena insuficiente es un mal sin provecho alguno, respecto de que no resulta de ella bien alguno para el público que queda espuesto á otros delitos iguales, ni para el delincuente que no se corregirá (1).

SEGUNDA REGLA. *Cuanto mas incierta ó mas facil de evitar sea una pena, tanto mas grave debe ser*, para contrabalancear las probabilidades de la impunidad; y por el contrario, cuanto mas inevitable sea una pena, tanto mas ligera puede ser; debiendo procurarse que siga al delito tan inmediatamente como

na que por el perdon de los delincentes, el perdon es justo como conforme al principio de la utilidad.

(1) No se deduzca de aqui que las penas deben ser atroces, pues entonces serian dispendiosas: basta que el motivo represivo que presenta la pena sea mas fuerte que el motivo seductor que presenta el delito, y que el hombre pierda mas en la pena que lo que puede ganar en el delito.

sea posible, porque la distancia de la pena aumenta su incertidumbre (1).

TERCERA REGLA. *Si concurren dos delitos de gravedad desigual, el mayor debe ser castigado con una pena mas fuerte, para dar al delincuente un motivo de detenerse en el menor.* El ladrón de caminos empezará asesinando, para tener menos denunciadores y testigos de su delito, si ve que la misma pena le amenaza por el robo solo que por el robo y el asesinato (2).

CUARTA REGLA. *Cuanto mas grave es un delito, tanto mas se puede aventurar una pena severa, por la probabilidad de prevenirlo de este modo; y por el contrario, aplicar grandes suplicios á pequeños delitos, es pagar bien cara la probabilidad de librarse de un ligero mal (3).*

(1) Una pena moderada, pero inevitable, prevendrá los delitos mejor que una pena demasiado grave que pudiera eludirse con facilidad; y cuanto mas de cerca siga al delito, tanto mayor será su impresion sobre el espíritu de los hombres: *culpam pena premat comes.*

(2) Castigar el delito mayor con la misma pena que el menor, es convidar á cometer el mayor; y castigar al que ha empezado á cometer un delito con la misma pena que al que le ha consumado, es poner á los hombres en el caso de consumir los delitos mas horrosos si una vez han tenido la desgracia de dar principio á su ejecucion, siéndoles ya inútil el arrepentimiento.

(3) Hubo un legislador tan sanguinario, que considerando iguales todos los delitos, porque todos son una infraccion de la ley, lanzó contra todos sin distincion la pena de muerte. Horacio manifestó la injusticia de semejante sistema en los siguientes versos:

..... Cur non
Ponderibus modulisque suis ratio utitur, ac res
Ut quæquo est, ita supplicii delicta coercet?
.....

QUINTA REGLA. *No debe imponerse la misma pena por el mismo delito á todos los delinquentes sin excepcion, sino que se debe atender á las circunstancias que influyen sobre la sensibilidad.* Las mismas penas nominales no son las mismas penas reales: la misma multa será un juego para el rico, y un acto de opresion para el pobre: la misma prision causará la ruina de un hombre de negocios, la muerte de un viejo achacoso, un deshonor eterno á una muger, y será sin consecuencia para otros individuos. Pero mas vale en todo caso sacrificar algo de la proporcion, que hacer por buscarla leyes sutiles, obscuras y complicadas.

CAPITULO III.

DE LA PRESCRIPCION DE LAS PENAS.

¿Debe la pena quedar abolida por el transcurso del tiempo? es decir, si el delincuente logra evadirse de la pena por cierto espacio de tiempo, ¿deberá por esto quedar libre de ella para siempre? Esta es una cuestion que todavía no está decidida. El perdon ó prescripcion puede tener lugar sin inconveniente en los delitos de temeridad y de negligencia, en los delitos resultantes de una falta exenta de mala fé, en los delitos no consumados ó tentativas que han fallado, porque el delincuente en el intervalo ha sufrido en parte la pena, se ha abstenido de delitos semejantes, se ha reformado á sí mismo: su perdon es

*Quis paria esse fere placuit peccata, laborant
Quum ventum ad verum est: sensus moresque repugnant,
Atque ipsa utilitas, justi prope mater et æqui.*

.....
*Nec vincet ratio hoc, tantumdem ut peccet idemque
Qui teneros caples alieni fregerit horti,
Et qui nocturnus Divum sacra legerit. Adsit
Regula peccatis, etc.*

un bien para él, sin que sea un mal para nadie. Pero nunca puede estenderse á un delito mayor, por ejemplo, á una adquisicion fraudulenta, á una poligamia, á un estupro violento, á un robo con fuerza armada; porque el espectáculo de un delincuente que goza en paz del fruto de su delito, es un estímulo para los malhechores, un objeto de dolor para los hombres de bien, y un insulto público á la justicia y á la moral (1).

CAPITULO IV.

DE LAS PENAS ABERRANTES Ó DISLOCADAS.

Pena dislocada, aberrante ó fuera de su lugar, es

(1) Bentham propende generalmente mas á la dureza que á la indulgencia. El código francés dispone que se prescriba por diez años la accion criminal procedida de un delito digno de pena de muerte ó de otra cualquiera aflictiva ó infamante, y por veinte años la sentencia de condenacion ya pronounciada. En efecto, el objeto de la pena es prevenir delitos semejantes, quitando al delincuente la voluntad ó el poder de repetirlos; pero cuando sin la pena se consigue el fin, la pena sería superflua, y por consiguiente injusta; y ¿cómo puede pensarse que un hombre que por el espacio de veinte años no ha reincidido en el delito, no ha perdido la voluntad de repetirlo? La misma esperanza de la impunidad le daría un fuerte motivo para corregirse, al paso que la perspectiva eterna de la pena cerraría la puerta al arrepentimiento, y le precipitaria en nuevos atentados. Mas aunque por el transcurso del tiempo quedase el delincuente dispensado de la satisfaccion penal, nunca debería quedarle de la pecuniaria, no pudiendo eximirse, ni aun despues de un siglo, de indemnizar al perjudicado. El término de la prescripcion debería ser diferente, segun la edad de los delincuentes, bastando diez años, por ejemplo, en el que pasase de treinta años de edad, si se señalaban quince para el menor.

la que se hace recaer sobre otro individuo que el delincuente, con la intencion de castigar á este en las personas que ama.

En estas penas dislocadas hay cuatro vicios principales: 1.º estan sujetas á fallar por falta de objetos sobre que puedan sentarse, porque hay muchos hombres que ya no tienen padre ni madre, muger ni hijos; 2.º suponen sentimientos que pueden no existir, pues hay quienes profesan odio á su familia, y mirarán á lo menos con indiferencia el mal que se haga á esta; 3.º acarrear una profusion horrible de males, que envuelven á una multitud de individuos comprendidos en la cadena de las relaciones domésticas; 4.º chocan con los sentimientos públicos, pues nadie puede mirar sin indignarse contra las leyes y el gobierno que se persiga al criminal mas allá del sepulcro en una familia inocente y desgraciada.

Ya que es imposible separar la suerte del inocente de la del culpado, porque el mal que la ley destina á uno solo, se extravasa y derrama sobre muchos por la complicacion de las relaciones de los individuos, quedando sumergida en el dolor y las lágrimas una familia entera por el delito de uno de sus miembros, debe el legislador mitigar este mal en lo posible; ya absteniéndose de toda pena que en su primera aplicacion no recaiga enteramente sobre el culpado, ya reduciendo al menor término posible aquella porcion de pena aberrante que recae sobre el inocente á consecuencia de la pena directa impuesta al delincuente.

Los casos mas comunes en que los legisladores han dislocado las penas, haciéndolas recaer sobre inocentes para alcanzar oblicuamente á los culpados, son los siguientes: 1.º *Confiscacion*. Este resto de barbarie subsiste todavía en la jurisprudencia de casi todas las naciones de la Europa: se aplica á muchos delitos, pero sobre todo á los delitos de estado: esta pena es tanto mas odiosa, quanto solamente puede

hacerse uso de ella despues que ha pasado el peligro; y tanto mas imprudente, quanto prolonga las animosidades y las venganzas despues de las calamidades, cuya memoria convendria borrar (1). 2.^o *Corrupcion de la sangre*. Esta es una ficcion cruel por la que el nieto inocente no puede heredar de su abuelo inocente tambien, porque sus derechos se han alterado y perdido pasando por la sangre del padre delincuente. 3.^o *Pérdida de privilegios de una comunidad por el delito de alguno de sus miembros*. 4.^o *Suerte desastrosa de los bastardos*. Por una falta de imprudencia que no cometieron ellos, sino los que les han dado el ser, se les priva de muchos derechos públicos en algunos estados de la Europa. 5.^o *Infamia aplicada á los parientes de los que han cometido algunos delitos graves*.

(1) La confiscacion de bienes, que fue introducida por Sila en sus procripciones, y adoptada en los tiempos de la anarquía feudal por los príncipes y señores de tierras, es evidentemente una pena aberrante que recae sobre la familia y la posteridad inocente del culpado. Esta pena tiene ademas el inconveniente de obrar en sentido contrario de la ley, aumentando, en vez de minorar, el número de delinquentes; porque los hijos inocentes de un padre rico, que no han adquirido el hábito del trabajo, y que con la confiscacion de sus patrimonios quedan de repente sumergidos en una miseria profunda, apenas tienen otro recurso para vivir, que la mendicidad que conduce al delito, ó desde luego el delito mismo. Las hijas tienen ademas el recurso de la prostitucion, ayudando por su parte á la corrupcion de las costumbres; y de cualquiera manera que se miren estas personas, no pueden dejar de ser una carga muy pesada para la sociedad; de modo que puede decirse, que la pena de la confiscacion no solo se estiende á la familia del delincuente, sino que alcanza tambien á la sociedad entera. Véase el capítulo XV de la primera parte de los principios del código civil.

CAPITULO V.

DE LA FIANZA (1).

Pedir fianza es exigir de un hombre de quien se teme algun acto que quiere evitarse, que presente otra persona, la cual consienta en sufrir cierta pena en el caso de que se verifique aquel acto.

La fianza espone á un inocente á ser castigado por un delincuente; pero este mal queda bien compensado con las ventajas que produce. En primer lugar, la fianza tiene tal influencia sobre la conducta del individuo sospechoso, que lo aparta del delito que se temia, ya porque no querrá declararse públicamente traidor á la amistad, sofocando todo sentimiento de gratitud hácia sus bienhechores, ya porque los que responden por él, interesados en su conducta, observarán de cerca sus acciones. En segundo lugar, propende de otro modo á disminuir la alarma; porque presenta un indicio en favor del carácter ó de los recursos del afianzado, puesto que tiene personas que responden por él. En tercer lugar, dispensa de los medios de rigor que en otro caso sería preciso tomar contra las personas sospechosas.

Conviene exigir la fianza: 1.^o para prevenir delitos de enemistades, sobre todo los duelos; 2.^o para prevenir abusos de confianza en los deberes de un empleo; 3.^o para disolver conspiraciones, pues los conspiradores se alarman viendo que se vela sobre ellos, y renuncian á la empresa por reconocimiento á sus fiadores; 4.^o para prevenir la evasion de un acusado en la época de su proceso (2).

(1) La fianza es un remedio preventivo y no penal; por lo cual parece extraño que se hable de ella en el tratado de las penas.

(2) Ningun acusado debe ponerse en libertad bajo

La pena que ha de imponerse á los fiadores, debe ser pecuniaria y nunca otra, pues toda pena afflictiva sería horrorosa y no ofrecería indemnizacion. Quizá les producirá la prision cuando no se hallan en estado de satisfacer á su fianza; pero si estaban ya insolventes en la época en que la dieron, engañaron á la justicia; y si su insolvencia era posterior, han debido libertarse judicialmente de la fianza. Sin embargo, siempre se deberá distinguir la culpa de la desgracia.

CAPITULO VI.

DE LA ELECCION DE LAS PENAS.

Para que una pena se adapte á las reglas de proporcion que se han establecido, debe tener las cualidades siguientes: 1.º *debe ser susceptible de mas y de menos, ó divisible*, para poderse acomodar á las variaciones en la gravedad de los delitos; tales son las penas crónicas, como la prision y el destierro, y tambien las multas (1). 2.º *Igual á ella misma*; esto es, tal que produzca los mismos efectos sobre todos los autores de un mismo delito, proporcionándose á sus diferentes grados de sensibilidad: una multa determinada por la ley nunca puede ser una pena igual á ella misma, por la diferencia de bienes (2). 3.º *Con-*

fianza, en el caso de que el delito sea digno de pena afflictiva; pues se le espondria entonces á una prueba demasiado fuerte, colocándole entre una pena muy grave y la infidelidad ó ingratitud.

(1) La pena de muerte tiene entre otros este inconveniente de no ser susceptible de mas y menos. Si con la pena de muerte se castiga al que ha cometido un asesinato, ¿con qué pena mas fuerte se castigará al que ha cometido diez?

(2) Tambien esta cualidad falta á la pena de muerte, en la cual ninguna consideracion puede tenerse á los diversos grados de sensibilidad de los delincuentes.

mensurable; esto es, tal que un hombre pueda medirla, comparándola con otra, de manera que de la comparacion resulte un motivo para detenerse en el menor de dos delitos que tiene á la vista: lo que puede lograrse, añadiendo, *v. gr.*, á cinco años de prision por tal delito, dos años mas ó vergüenza pública por tal agravacion. 4.º *Análoga al delito*, como la pena pecuniaria en los delitos de codicia, la humillacion en los de insolencia, la sujecion al trabajo en los de ociosidad, y finalmente el talion; pero el talion raras veces es practicable, y en muchos casos sería una pena muy dispendiosa. 5.º *Ejemplar*; esto es, tal que cause impresion en el público por las solemnidades que acompañan su ejecucion, como son el aparato, la escena, las decoraciones, el cadalso, los trages de los oficiales de justicia, los vestidos de los delincuentes, el servicio religioso, la procesion, el acompañamiento, la gasa negra con que deberian estar cubiertos los ejecutores, &c.: los autos de fé podrian servir de modelo (1). 6.º *Económica*, esto es, no debe tener mas grado de severidad que el necesario para llenar su objeto, pues lo que escede es un mal superfluo (2). 7.º *Remisible ó revocable*; es decir, tal que el mal que cause pueda repararse en el caso de que venga á descubrirse que la pena se habia impuesto sin causa legítima. ¿No se ha visto reunirse contra un acusado todas las apariencias del delito, y demostrarse despues su inocencia, cuando ya no podia ha-

(1) Las penas secretas, como que son perdidas para el público, pues no ofrecen un ejemplo que contenga á los que quisieran imitar al delincuente, son actos de violencia y tiranía, mas bien que de justicia y de razon.

(2) La pena mas económica será aquella que no cause ni un átomo de mal que no se convierta en provecho: las penas pecuniarias tienen esta cualidad en un grado eminente, pues todo el mal que siente el que paga, se convierte en provecho para el que recibe.

cerse mas que gemir sobre los errores de una precipitacion presuntuosa (1)?

Otras tres cualidades que deben buscarse en las penas son: 1.^a *que sirvan para la reforma del delincuente*, mudando su carácter y sus hábitos con la destruccion del motivo ó pasion que le ha hecho delinquir; para lo cual puede servir una casa de correccion bien organizada. 2.^a *Que quiten el poder de dañar*: las mutilaciones y la prision perpetua tienen esta calidad; pero el espíritu de esta máxima conduce á un rigor excesivo en las penas, y por ella se ha prodigado la pena de muerte, que no es necesaria sino en ocasiones muy extraordinarias; por ejemplo, en las guerras civiles, cuando el nombre del gefe, mientras vive, bastaria para inflamar las pasiones de la muchedumbre, y aun entonces debe considerarse como una medida hostil mas bien que como una pena (2). 3.^a *Que proporcionen una indemnizacion á la parte perjudicada*, pues asi se castiga el delito, y se repara: esta es una ventaja característica de las penas pecuniarias.

Por último, el legislador *debe evitar con mucho*

(1) Esta cualidad falta tambien á la pena de muerte: una vez ejecutada, ya no puede repararse el mal, aunque se descubra que la condenacion ha sido injusta, como ha sucedido muchas veces; por eso no deben admitirse penas absolutamente irreparables sin una necesidad demostrada.

(2) Nunca se debe imponer la pena de muerte sino cuando sea absolutamente necesaria. Pero ¿cuándo es absolutamente necesaria? Algunos dicen serlo en las guerras civiles, cuando el nombre solo de un gefe de partido bastaria para inflamar las pasiones de la muchedumbre. No obstante, aun en esta suposicion extraordinaria se hallarian medios de quitar al gefe de partido toda su influencia y el poder de dañar, sin quitarle la vida, poniéndole, *v. gr.*, en un encierro ignorado en un lugar distante.

cuidado las penas que chocarian con las preocupaciones establecidas; pues el desprecio que en caso contrario se haria de la opinion pública, obstinaria al pueblo en defender sus ideas, y le pondria en una especie de guerra con el legislador (1).

CAPITULO VII.

DIVISION DE LAS PENAS.

Toda la materia penal puede dividirse en los artículos siguientes:

1.^o *Penas capitales*: son aquellas que ponen un fin inmediato á la vida del delincuente.

2.^o *Penas afflictivas*: llamo asi á las que consisten en dolores corporales, pero que solamente producen un efecto temporal, como los azotes, una dieta forzada, &c.

3.^o *Penas indelebles*: las que producen en el cuerpo un efecto permanente, como la marca y la mutilacion de algun miembro.

4.^o *Penas ignominiosas*: tienen principalmente por

(1) Cuando las penas son impopulares, todos parece se empeñan en hacerlas ilusorias: unos procuran facilitar la evasion de los delinquentes: otros tienen escrúpulo de delatarlos: los testigos se niegan á declarar en cuanto pueden: se atribuye una especie de bajeza al servicio de la ley: á veces llega el descontento hasta el estremo de oponer resistencia abierta, ya á los oficiales de justicia, ya á la ejecucion de las sentencias. En algunos países se ha querido castigar á los contrabandistas con las mismas penas infamantes que á los ladrones; pero ¿cuál ha sido el resultado? Que el pueblo, que aborrece á los ladrones y los persigue con todo su poder, protege, encubre y socorre á los contrabandistas, mirándolos como unos negociantes que hacen una especie de comercio muy arriesgado, pero provechoso al mismo tiempo al comerciante y al consumidor.