

JEREMIAS BENTHAM

TRATADOS DE LEGISLACION CIVIL Y PENAL

Edición preparada por
Magdalena Rodríguez Gil



EDITORIA NACIONAL
Torregalindo, 10
MADRID-16

TERCERA PARTE

DE LAS PENAS

Capítulo Primero

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. Hablemos de cada uno de estos cuatro puntos en particular.

I.º *Penas mal fundadas.*

La pena sería mal fundada cuando no hubiese verdadero delito, ni mal de primer órden ó de segundo órden, ó cuando el mal estaría mas que compensado con el bien, como en el ejercicio de la autoridad política ó doméstica, en la repulsion de un mal mas grave, y en la defensa de sí mismo &c.

Si se ha comprendido bien la idea del verdadero delito, facilmente se le distinguirá de los delitos de mal imaginario, de aquellos actos inocentes en sí mismos, que se hallan colocados entre los delitos por preocupaciones, antipatías, errores de administracion, principios ascéticos; poco mas ó menos como algunos alimentos sanos son tenidos en algunos pueblos por venenos ó alimentos inmundos. La heregía y el sortilegio son delitos de esta clase.

II.º *Penas ineficaces.*

Llamo ineficaces á las penas que no podrían producir efecto alguno sobre la voluntad, y que por consiguiente no servirían para prevenir otros actos semejantes.

Las penas son ineficaces cuando se aplican á individuos que no han podido conocer la ley, que han obrado sin intencion, que han

hecho el mal inocentemente, en una suposición errónea, ó por una fuerza irresistible. Los niños, los mentecatos, los locos, aunque se les puede gobernar hasta un cierto punto por medio de las recompensas y amenazas, no tienen bastante idea de lo venidero para ser contenidos por penas futuras. La ley sería ineficaz en cuanto á estos.

Si un hombre fuera determinado por un temor superior á la mayor pena legal, ó por la esperanza de un bien preponderante, es claro que la ley tendría poca eficacia. Las leyes contra el desafío han sido despreciadas, porque el hombre de honor ha temido mas la afrenta que el suplicio; y las penas establecidas contra tal ó tal culto, no producen generalmente su efecto; porque la idea de una recompensa eterna sobrepuja al temor de los cadahalos; pero como estas opiniones tienen mas ó menos influencia, tambien la pena es proporcionalmente mas ó menos eficaz.

III.º Penas supérfluas.

Las penas serian supérfluas en los casos en que podría conseguirse el mismo fin por medios mas suaves, como por la instrucción, el ejemplo, las exhortaciones, las dilaciones, ó las recompensas. Si un hombre ha esparcido opiniones perniciosas, ¿se armará el magistrado de la espada para castigarle? No: porque si un individuo tiene interes en esparcir máximas malas, otros mil le tendrán en refutarlas.

IV.º Penas muy dispendiosas.

Si el mal de la pena excediera al mal del delito, el legislador habría producido un dolor mayor que el que hubiera prevenido: hubiera comprado la exención de un mal, á precio de un mal mayor.

Tened 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 coherción*, porque impone una privación mas ó menos penosa, segun el grado de placer que puede dar el acto prohibido. 2.º *Dolor causado por la pena*, cuando los infractores son castigados. 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*: este inconveniente inherente á todas las leyes penales, lo es particularmente a las leyes oscuras, á los delitos de mal imaginario; una antipatía general produce una disposición muy temible á perseguir y condenar por presunciones ó apariencias. 5.º *Mal derivativo*, padecido por los parientes ó los amigos del que está expuesto al rigor de la ley.

Esta es la tabla ó la cuenta del mal, ó del gasto que el legislador debe tener presente siempre que establece una pena.

Esta es la fuente de que se toma la principal razon para las amnistias generales en aquellos delitos complicados que nacen de un espíritu de partido. Puede suceder que la ley comprenda á un gran número, á veces á la mitad de los ciudadanos, y aun mas: en este caso si se quiere castigar á todos los culpados, y aunque no se quiera mas que diezmarlos, el mal de la pena será mayor que el mal del delito.

Si un delincuente fuera amado del pueblo, y pudiera temerse por él un descontento nacional; si fuera protegido por una potencia extranjera cuya amistad y benevolencia se debiera conservar; si pudiera hacer á la nacion algun servicios extraordinario, en estos casos particulares, el perdón que se conceda al culpado resulta de un cálculo de prudencia; porque se teme que sea demasiado costosa y demasiado cara la pena de su delito para la sociedad.

Capítulo II

DE LA PROPORCION ENTRE LOS DELITOS Y LAS PENAS

.....*Adsit
Regula peccatis quæ pænas irroget æquas
Ne scutica dignum horribili sectare flagello.*

Hor. Lib. I. Saty. 3.

Montesquieu conoció la necesidad de una proporcion entre los delitos y las penas, y Beccaria ha insistido sobre la importancia de ella; pero ambos la han mas bien recomendado que explicado, y no han dicho en qué consiste esta proporcion. Procuremos suplir su omision, y dar las principales reglas de esta aritmética moral.

PRIMERA REGLA: *Haz que el mal de la pena sobrepuge al provecho del delito.*

Las leyes anglo-sajonas que fijaban un precio por la vida de los hombres, por ejemplo, doscientos shellings, por la muerte de un hombre del campo; seis veces mas por la de un noble, y treinta y seis veces mas por la del rey; sin embargo de esta proporcion pecuniaria, pecaban evidentemente contra la proporcion moral, y la pena podia parecer ninguna comparada con el provecho del delito.

En el mismo error se incurre siempre que se establece una pena que solo puede llegar á un cierto punto, cuando el provecho del delito puede llegar mucho mas allá.

Algunos autores célebres han querido establecer una máxima contraria, y dicen, que lo grande de la tentacion debe hacer que se disminuya la pena; que minora la culpa; y que cuanto mas poderosa es la seducccion, tanto menos se puede inferir que el delincuente es depravado.

Esto puede ser verdad, pero no por eso la regla es menos cierta; porque para estorbar el delito es necesario que el motivo que reprime sea mas fuerte que el motivo que seduce: y la pena debe hacerse temer mas que el delito se hace desear. Una pena insuficiente es un mal mayor que un exceso de rigor; porque una pena de ella ni bien alguno para el público que queda expuesto á otros delitos iguales, ni para el delincuente que no se corregirá. ¿Qué se diria de un cirujano que por ahorrar á un enfermo un grado de dolor, dejára imperfecta la cura? ¿Sería una humanidad bien entendida añadir á la enfermedad el dolor de una operacion inútil?

SEGUNDA REGLA: *Cuanto menos cierta sea la pena tanto mas grave debe ser.*

Nadie entra en la carrera del delito sino por la esperanza de la impunidad: cuando la pena consintiera solamente en quitar al culpado el fruto de su delito, si esta pena fuera inevitable, ya no se cometeria un tal delito; porque ¿qué hombre habria tan insensato que quisiera exponerse al riesgo de cometerle con la certidumbre de no gozar de él, y á la vergüenza de haberlo intentado? Pero se calculan las probabilidades en pro y en contra, y se debe dar un valor mayor á la pena para contrabalancear las probabilidades de la impunidad.

Luego es tambien cierto que cuanto mas puede aumentarse la certidumbre de la pena, tanto mas se puede disminuir la gravedad de ella, y esta es otra utilidad que resultaria de una legislacion simplificada, y de una buena forma procesal.

Por la misma razon la pena debe seguir al delito tan inmediatamente como sea posible; porque su impresion sobre el espíritu de los hombres se debilita con la distancia, y por otra parte, la distancia de la pena aumenta la incertidumbre de ella dando nuevas probabilidades de evitarla.

TERCERA REGLA: *Si dos delitos se hallan en concurrencia, el mas nocivo debe ser castigado con una pena mas grave para que el delincuente tenga un motivo de detenerse en el menor.*

Se dice que dos delitos se hallan en concurrencia cuando un hombre tiene el poder y la voluntad de cometerlos ambos. Un ladron

de caminos puede limitarse á robar, ó puede empezar por un asesinato, y acabar por el robo; con que conviene que el asesinato sea castigado con mas severidad que el robo para evitar el delito mas nocivo.

Esta regla estaria en toda su perfeccion, si pudiera hacerse que por cada porcion de mal del delito, hubiese una porcion correspondiente de pena. Si un hombre es castigado del mismo modo por robar diez pesos que por robar veinte, será bien necio en robar la suma pequeña mas bien que la grande. Una pena igual por delitos desiguales es muchas veces un motivo en favor del primero.

CUARTA REGLA: *Cuanto mas grande es un delito, tanto mas se puede aventurar una pena severa, por la probabilidad de prevenirle.*

No olvidemos que una pena impuesta, es un gasto cierto para comprar un provecho incierto: aplicar grandes suplicios á pequeños delitos, es pagar bien cara la probabilidad de librarse de un ligero mal. La ley inglesa que condenaba al fuego á las mugeres que habian distribuido moneda falsa trastornaba enteramente esta regla de proporcion. La pena de fuego si se adoptase debería á lo menos estar reservada para los incendiarios, homicidas.

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; y la edad, el sexo, el rango, la hacienda y otras muchas circunstancias deben hacer que las penas se modifiquen en delitos de la misma naturaleza. Si se trata de una injuria corporal, la misma pena pecuniaria sería un juego para el rico, y un acto de opresion para el pobre: la misma pena ignominiosa que infamaria á un hombre de un cierto rango, ni aun sería una mancha en otro de una clase inferior: 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 nada ó casi nada para individuos de otras circunstancias.

Á esto añadiré que el legislador no debe seguir el espíritu matemático de la proporcion con tanto escrúpulo que haga las leyes sutiles, complicadas y oscuras: hay un bien superior á esta exactitud que es la brevedad y la sencillez; y se puede tambien sacrificar algo de la proporcion, si con esto se hace que la pena sea mas propia para imprimirse en el espíritu, y para inspirar al pueblo un

sentimiento de aversion á los vicios que preparan de lejos los delitos.

Capítulo III

DE LA PRESCRIPCION EN MATERIA DE PENAS

¿Debe la pena abolirse por el transcurso del tiempo? ó en otros términos; si el delincuente logra evadirse de la ley durante un tiempo determinado, ¿deberá por esto quedar libre y exento de la pena? ¿Ya la ley no tomará conocimiento del delito? Esta es una cuestion que no está aun decidida. Siempre habrá en este punto una grande arbitrariedad ya en la eleccion de los delitos que deben gozar del privilegio del perdón, ya en el número de años que deben pasese para gozar de este privilegio.

El perdón puede tener lugar sin inconveniente en los delitos de temeridad y de negligencia, delitos que resultan de una falta exenta de mala fe. Despues del accidente se ha visto la circunspeccion del delincuente, y ya no es un hombre temible. Su perdón es un bien para él, y no es un mal para nadie.

Se puede tambien extender la prescripcion á los delitos no consumados, á tentativas que han fallado. El delincuente en el intervalo ha sufrido en parte la pena; porque temerla, ya es sentirla. Por otra parte se ha abstenido de delitos semejantes; se ha reformado á sí mismo, se ha hecho un miembro útil á la sociedad, y ha recobrado su salud moral sin usar del remedio amargo que la ley le habia preparado para curarle.

Pero si se tratara de un delito mayor, por egemplo, de una adquisicion fraudulenta, capaz de hacer rico á un hombre, de una poligamia, de un estupro violento, de un robo con fuerza armada, seria odioso, seria funesto, el permitir que pasado un cierto tiempo pudiese la maldad triunfar de la inocencia. Fuera de transacciones con malvados de esta clase, y que la espada vengadora de la ley esté siempre suspendida sobre su cabeza. El espectáculo de un delincuente que protegido por las leyes que ha violado, goza en paz del fruto de su delito, es un cebo para los malhechores, un objeto de dolor para los hombres de bien, y un insulto público á la justicia y á la moral.

Para comprender todo lo absurdo de una impunidad adquirida por el transcurso del tiempo, basta suponer que la ley está concebida en estos términos: «pero si el ladrón, el homicida, el que ha adquirido injustamente los bienes de otro, consigue eludir por el espacio de veinte años la vigilancia de los tribunales, será re-

»compensada su destreza, restablecida su seguridad, y legitimado en sus manos el fruto de su delito.»

Capítulo IV

DE LAS PENAS ABERRANTES, O DISLOCADAS

La pena debe caer directamente sobre el individuo que se desea someter á la influencia de ella. Si quieres influir sobre Ticio, debes obrar sobre Ticio; y si una pena destinada á influir sobre Ticio cae en otra parte que sobre Ticio mismo, no puede negarse que esta pena no esté dislocada ó fuera de su lugar.

Pero una pena dirigida contra personas que él ama, es una pena contra él mismo; porque participa en el dolor de aquellos á quienes está adicto por simpatia y se le coge por sus afecciones. — Este principio es verdadero ¿pero es bueno? ¿Es conforme al de la utilidad?

Preguntar si una pena de simpatía obra con tanta fuerza como una pena directa, es preguntar si en general el afecto á otro es tan fuerte como el afecto á sí mismo.

Si el amor de sí mismo es el sentimiento mas fuerte, de ello se sigue que no deberia recurrirse á las penas de simpatía, hasta despues de haber apurado todo lo que la naturaleza humana es capaz de sufrir por penas directas: no hay tormento cruel de que no debiera hacerse uso antes de castigar á la muger por el hecho del marido, y á los hijos, por el hecho del padre.

Yo veo en estas penas aberrantes cuatro vicios principales.

1.º ¿Que puede pensarse de una pena que debe frecuentemente fallar por falta de objetos sobre que pueda sentarse? Si para hacer padecer á Ticio, te aplicas á buscar las personas que ama, no tienes otro guia que las relaciones domésticas, y este hilo te lleva á su padre, á su muger, á su madre, y á sus hijos: la tirania mas cruel no puede llegar á mas. Sin embargo hay muchos hombres que ya no tienen padre ni madre, que no tienen muger ni hijos, y es necesario aplicar á esta clase de hombres una pena directa; pero pues hay una pena contra estos ¿por qué la misma no bastaria contra los otros?

2.º ¿Y esta pena no supone sentimiento que pueden no existir? Si á Ticio no le importan su muger ni sus hijos; si les ha tomado odio, mirará á lo menos con indiferencia el mal que se les haga, y esta parte de la pena será nula para él.

3.º Pero lo que este sistema tiene de horrible, es la profusion, es la multiplicacion de los males. Considerad la cadena de las relaciones domésticas, calculad el número de descendientes que un hombre puede tener, la pena se comunica del uno al otro, se pega como un contagio sucesivamente, y envuelve á una multitud de individuos. Para producir una pena directa que equivaliese á uno, es necesario crear una pena indirecta y mal sentada que equivale á diez, á veinte, á treinta, á ciento, á mil &c.

4.º Apartada así la pena de su curso natural, ni aun tiene la ventaja de ser conforme al sentimiento público de simpatía y antipatía; porque una vez que el delincuente ha pagado su deuda personal á la justicia, ya está saciada la venganza pública, y nada mas pide; y si se le persigue mas allá del sepulcro en una familia inocente y desgraciada, bien pronto se dispierta la compasion pública: un sentimiento confuso acusa á las leyes de injusticia: la humanidad se declara contra el legislador, y da cada día nuevos partidarios á sus víctimas: el respeto al gobierno y la confianza en él se debilitan en todos los corazones, y todo el fruto que saca de esta falsa política, es parecer imbecil á la vista de los sábios, y bárbaro á la del vulgo.

Las relaciones de los individuos son de tal modo complicadas, que es imposible separar enteramente la suerte del inocente de la del culpado. El mal que la ley destina á uno solo, se extravasa y se derrama sobre muchos por todos aquellos puntos de sensibilidad comun que resultan de los sentimientos del honor y de los intereses reciprocos, y una familia entera está sumergida en el dolor y las lágrimas por el delito de un individuo; pero este mal inherente á la naturaleza de las cosas; este mal que toda la sabiduria, toda la benevolencia del legislador no puede prevenir enteramente, no es un motivo de queja contra él, y no constituye una pena mal sentada.

Si el padre es multado, no puede impedirse que esta multa perjudique al hijo; pero si despues de la muerte del padre culpado se arrebatá al hijo inocente la sucesion paterna, esto es un acto voluntario del legislador que hace rebosar la pena de su canal natural.

En este punto tiene el legislador dos obligaciones que desempeñar. Primeramente debe abstenerse de toda pena que en su primera aplicacion sería impropriamente sentada. El hijo inocente del hombre mas criminal debe hallar en la ley un escudo tan inviolable como el primero de los ciudadanos. En segundo lugar, debe reducirse á su menor término posible aquella porcion de pena aberrante que recae sobre inocentes, á consecuencia de una pena directa impuesta al culpado. Si un rebelde, por ejemplo, es condenado á una prision perpetua, ó á la muerte, ya se ha hecho contra él cuanto puede hacerse, y una confiscacion total en perjuicio de sus propios herede-

ros, ó á lo menos de su muger y de sus hijos sería un acto tiránico y odioso. Los derechos de una familia infeliz, que acaba de ser herida en la persona de su gefe, son aun mas sagrados, y un tesoro nacional compuesto de tales despojos, sería como aquellas exalaciones impuras que llevan en su seno gérmenes de contagio.

Yo me ceñiré aqui á la enumeracion de los casos mas comunes en que los legisladores han dislocado las penas haciéndolas recaer sobre inocentes para alcanzar oblicuamente á los culpados.

1.º *Confiscacion.* Este resto de barbarie subsiste todavia en la jurisprudencia de casi todas las naciones de la Europa. Se aplica á muchos delitos; pero sobre todo á los delitos de estado¹. Esta pena es tanto mas odiosa, cuanto solamente puede hacerse uso de ella despues que ha pasado el peligro, y tanto mas imprudente, cuanto prolonga las animosidades, y las venganzas despues de las calamidades, cuya memoria convendria borrar².

2.º *Corrupcion de la sangre.* Esta es una ficcion cruel de los jurisconsultos que han inventado esta teoría absurda para disfrazar la injusticia de la confiscacion. 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. Esta corrupcion de la sangre es una idea fantástica; pero hay una corrupcion muy real

¹ En los delitos de Estado no se debe mirar la confiscacion como una pena jurídica; porque hablando en general, en las guerras civiles, obrando los dos partidos de buena fe, no hay delito. La confiscacion es una medida puramente hostil; porque dejar los bienes intactos sería dejar municiones al enemigo; pero una precaucion de guerra á que no debe recurrirse sino en casos extremos, debe cesar ó ser mitigada cuanto es posible luego que el peligro ha cesado.

² Sonnenfels, (consejero áulico de S. M. I.) consultado por el Emperador en el año de 1795 sobre una ley contra el delito de alta traicion, manifestó su modo de pensar sobre el rigor excesivo de ella enviando por respuesta una ley de Arcadio y de Honorio, y una carta de Marco Aurelio. Cód. L. IX, tot. 8. lib. 5. §. 1.

Filii vero ejus quibus vitam imperatoria specialiter lenitate concedimus paterno enim perire debent supplicio, in quibus paterni, hoc est hæreditarii criminis exempla metuantur) à materna vel avita, omnium etiam proximorum hæreditate ac successione habeantur alieni: testamentis extraneorum nihil capiant, sint perpetuo egentes et pauperes, infamia eos paterna semper committetur, ad nullos prorsus honores, ad nulla sacramenta perveniant: sint postremo tales, ut iis perpetua egestate sordentibus, sit et solatium et vita supplium.

Ved lo que escribia Marco Aurelio.

"Non unquam placer in imperatore vindicta sui doloris, quæ et si justior fuerit, actor videtur. Quare filiis Avidii Casii et genero et uxori veniam dabit. Quid dico veniam, cum illi nihil fecerint? Vivant igitur securi, scientes sub Marco se vivere, Vivant in patrimonio paterno pro parte donato: auro, argento, vestibus fruentes: sint vagi et liberi, et per ora omnium ubique populorum circumferant mæ, circumferant vestræ pietatis exemplum." (*Extracto del Norte literario, &c. por Olivario de Kiell.*)

y muy cierta en el entendimiento y en el corazón de los que se deshonran con estos sofismas atroces.

3.º *Pérdida de privilegios que se quitan á una corporacion entera por la malversacion de una parte de los miembros de ella.*

En Inglaterra la ciudad de Londres está exenta de esta desgracia por una ley particular; ¿pero qué ciudad, qué corporacion deberá estar sujeta ó espuesta á ella, suponiendo que sus privilegios nada contrario tengan á los intereses del estado?

4.º *Suerte desastrosa de los bastardos.*

No hablo aqui de la incapacidad de heredar; la privacion de este derecho, no es mas una pena legal para ellos, que para los hijos segundos en las casas de mayorazgo: y podrian resultar contestaciones sin fin, si se permitiera producir herederos, cuyo nacimiento no tiene el sello de la publicidad; pero la incapacidad de ocupar ciertos empleos, la privacion de muchos derechos públicos en algunos estados de la Europa, es una verdadera pena que recae sobre inocentes por una falta de imprudencia que cometieron los que les han dado el ser.

5.º *Infamia aplicada á los parientes de los que han cometido algunos delitos graves.*

No se trata aqui de examinar lo que pertenece únicamente á la opinion pública; porque la opinion en este punto solamente ha tomado el carácter de la antipatía, á consecuencia de los errores de la ley que ha infamado en muchos casos á las familias de los delincuentes: esta injusticia se va corrigiendo poco á poco.

Capítulo V

DE LA FIANZA

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.

A primera vista la fianza parece contraria á los principios que acabamos de sentar, pues que expone á un inocente á ser castigado por un delincuente; y asi es necesario justificarla con una utilidad mas que equivalente á este mal. Esta utilidad es la gran probabilidad de prevenir un delito, asegurando la responsabilidad de un individuo.

Lo que constituye el mérito de la fianza, es la grande influencia

que tiene en la conducta del individuo sospechado. Representémonos lo que pasa en su interior. Unos amigos generosos acaban de darle una prueba decisiva de confianza ó de afecto, exponiendo su hacienda y su seguridad, por salvar su libertad y su honor: se han dado en rehenes voluntariamente por él, ¿será tan vil, que se sirva de este beneficio contra sus bienhechores mismos? ¿sofocará todo sentimiento de reconocimiento? ¿Irá á declarar públicamente traidor á la amistad, y condenarse á vivir solo con sus remordimientos? Pero supongamos que imprudente, ligero ó vicioso, no esté en estado de guardarse á sí mismo: aun entones la fianza no es inútil; porque los que responden por él, interesados en su conducta, serán unos guardas que la ley le ha dado: la vigilancia de ellos debe suplir á la suya, y sus ojos deben observar de cerca sus acciones. Al grande interes de hacerse escuchar, unen los títulos mas poderosos por el servicio que acaban de hacerle, y por el derecho que deben siempre tener de revocar su fianza y de abandonar al afianzado á su mala suerte. Asi es como obra este medio para prevenir un delito.

La fianza propende de otro modo á disminuir la alarma; porque presenta un indicio en favor del carácter ó de los recursos del individuo afianzado, y es una especie de contrato de aseguracion. Tu pides, por ejemplo, la prision de un hombre que ha intentado hacerte una cierta injuria: se presenta un amigo suyo, y niega la necesidad de servirle de un medio tan riguroso: «yo que debo conocerle (dice) mejor que tú, te certifico que nada tienes que temer de él, y la pena que yo consiento en sufrir en caso de equivocarme, es para mí una prenda de mi sinceridad y de mi persuasion.»

Este es el mérito de la fianza: ella puede producir un mal, pero éste se compensa con las utilidades, y sobre todo con los medios de rigor que seria necesario tomar contra las personas sospechosas sino se admitiera la fianza. En el caso en que de ella resulte un mal para el fiador; como este ha incurrido voluntariamente en este mal, no resulta de él alarma ni peligro: si se ha obligado á ojos cerrados por imprudencia ó por celo, las resultas son para él solo, y nadie tiene que temer para sí la misma suerte; pero en los mas de los casos, la fianza es el resultado de la seguridad. El que se obliga por otro, conoce mejor que nadie el carácter y la posicion de su afianzado: ve bien el riesgo que corre y no se expone á él hasta despues de haber juzgado que este riesgo no se realizará.

Veamos ahora en qué casos conviene exigir la fianza.

1.º Es muy propia para prevenir los delitos que se temen en los altercados de enemistad ó de honor, sobre todo los duelos. En general no puede sospecharse que los delincuentes de esta clase carezcan de sensibilidad á la estimacion pública: el honor es el que va á ponerles las armas en la mano, y el honor aun les ordena menos la venganza

que les prohíbe la ingratitud; y sobre todo aquella ingratitud negra que castiga al bienhechor por su mismo beneficio.

2.º La fianza es muy buena para prevenir los abusos de confianza, los delitos que violan los deberes de un empleo. Nadie está obligado á presentarse para servir tales ó tales destinos: es bueno que éstos solo se confíen á hombres que en riqueza ó en reputación ofrecen una responsabilidad suficiente: y al mismo tiempo, como la fianza que se exige es anexa al empleo, á nadie ofende personalmente.

3.º Este medio puede tener una utilidad particular en ciertas situaciones políticas, en ciertas empresas sobre el estado, cuando se trata de muchos delincuentes ligados por los vínculos de la complicidad. Semejantes hombres, á veces mas engañados que perversos, alimentan sentimientos exaltados de afecto y de honor, y en el seno de su rebelion contra la sociedad conservan casi siempre en ella algunas relaciones íntimas. Si se descubre una conspiracion de esta clase, los conjurados mas sospechosos, serán obligados á dar fianza de su conducta. Este medio que parece débil á primera vista, es muy eficaz; no solamente porque los principales conspiradores, viendo que se vela sobre ellos, han tomado la alarma, sino tambien porque el sentimiento de honor de que acabamos de hablar, ofrece un motivo real ó plausible, un motivo fundado en la justicia y el reconocimiento para renunciar á la empresa.

4.º Si la fianza tiene por objeto prevenir la evasion de un acusado en la época de su proceso, su utilidad particular consiste en este caso en poner un freno á la prevaricacion del juez. Sin esta condicion un juez corrompido, ó demasiado complaciente podria con el pretexto de libertad provisoria, sustraer á un acusado delincuente de toda pena corporal, y aun de toda pena pecuniaria; y podria tambien convertir en un simple destierro una pena mas grave. Este abuso es imposible cuando el juez no puede soltar al acusado, sino bajo de una fianza suficiente.

No diré mas que una palabra sobre la pena que debe imponerse á los fiadores. Esta pena debe ser pecuniaria y nunca otra, y toda pena afflictiva seria horrorosa y no ofreceria indemnizacion.

Es verdad que la pena pecuniaria puede producirles la prision cuando no estan en estado de satisfacer á su fianza; pero si ya estaban insolventes en la época en que la dieron, engañaron á la justicia; y si su insolvencia era posterior á esta época, han debido revocar su fianza, y libertarse de ella judicialmente. Sin embargo, siempre deberá procederse conforme á las circunstancias, y distinguir la culpa de la desgracia, como en los otros insolventes; y si la fianza misma fuera la causa de su ruina, serian acreedores á una indulgencia particular.

Capítulo VI

DE LA ELECCION DE LAS PENAS

Para que una pena se adapte á las reglas de proporcion que hemos establecido, debe tener las cualidades siguientes.

1.º *Debe ser susceptible de mas y de menos ó divisible* para conformarse con las variaciones en la gravedad de los delitos. Las penas crónicas, como la prision y el destierro, tienen eminentemente esta cualidad; porque son divisibles en porciones de diferente tamaño; y lo mismo sucede en las penas pecuniarias.

2.º *Igual á ella misma.* Es necesario que en un grado dado sea la misma para muchos individuos, reos del mismo delito, á fin de corresponder á sus diferentes medidas de sensibilidad. Esto exige que se atienda á la edad, al sexo, á la condicion, á los bienes, á los hábitos de los individuos, y á otras muchas circunstancias; porque de otro modo, la misma pena nominal, siendo demasiado dura para unos, y demasiado suave para otros, ó traspasaria el blanco, ó no llegaría á él. Una multa determinada por la ley, nunca puede ser una pena igual á ella misma, por la diferencia de bienes; y el destierro puede tener el mismo inconveniente: muy severo para uno, y nulo para otro.

3.º *Conmensurable.* Si un hombre tiene á la vista dos delitos, la ley debe presentarle un motivo para abstenerse del mayor. Tendrá este motivo si puede ver que el mayor delito le acarreará mayor pena. Conviene pues que pueda comparar estas penas entre ellas, y medir sus diversos grados.

Hay dos medios de lograr este fin: 1.º añadiendo á una cierta pena una cantidad de la misma especie; por ejemplo, á cinco años de prision por tal delito, dos años mas por tal agravacion. 2.º añadiendo otra parte de diferente especie v. g. á cinco años de prision por tal delito, vergüenza pública por tal agravacion.

4.º *Análoga al delito.* La pena se gravará mas fácilmente en la memoria, y se presentará con mas fuerza á la imaginacion, si tiene una semejanza, una analogía, un carácter comun con el delito. El Talion es admirable en esta parte: *ojo por ojo, diente por diente &c.* La inteligencia mas imperfecta es capaz de ligar estas ideas; pero el Talion raras veces es practicable, y en muchos casos seria una pena muy dispendiosa.

Hay otros medios de analogía. Busquemos por ejemplo el motivo que ha hecho cometer el delito: ordinariamente daremos con la pasion dominante del delincuente, y podremos castigarle por donde ha pecado segun la espresion probervial. Los delitos de codicia serian bien castigados con penas pecuniarias si lo permiten las facultades

del delincuente. Los delitos de insolencia con la humillacion. Los delitos de ociosidad con la sujecion al trabajo ó con una ociosidad forzada ³.

5.º *Egemplar.* Una pena real que no fuese aparente, seria pèrida para el público. El grande arte es aumentar la pena aparente, sin aumentar la pena real, lo cual se consigue, ya por la eleccion misma de las penas, ya por las solemnidades que acompañan la egecucion de ellas.

Los autos de fe, serian una de las mas útiles invenciones de la jurisprudencia si en vez de ser autos de fe fuesen autos de justicia, ¿qué es una egecucion pública? Es una tragedia solemne que el legislador presenta al pueblo congregateo: tragedia verdaderamente importante, verdaderamente patética por la triste realidad de su catástrofe, y por la grandeza de su objeto. El aparato, la escena, las decoraciones deben estudiarse bien; pues el efecto principal depende de esto: tribunal, cadahalso, trages de los oficiales de justicia, vestidos de los delincuentes mismos, servicio religioso, procesion, acompañamiento de toda especie, todo debe presentar un carácter grave y lúgubre, ¿y por qué los egecutores mismos no podrian estar cubiertos de una gasa de luto? El terror de la escena, se aumentaria con esto, y se sustraeria al odio injusto del pueblo á estos servidores útiles del estado. Si la ilusion pudiera sostenerse, todo deberia hacerse en efígie, y la realidad de la pena no es necesaria sino para sostener su apariencia.

6.º *Economica.* Esto es, no debe tener mas que el grado de severidad necesario para que llene su objeto. Todo lo que pasa de la necesidad, no solamente es otro tanto mal superfluo sino que produce una multitud de inconvenientes, que burlan los fines de la justicia.

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.

7.º *Remisible ó revocable.* Conviene que el daño de ella no sea absolutamente irreparable en el caso en que se llegará á descubrir que la pena se habia impuesto sin causa legítima. Mientras que las pruebas sean susceptibles de imperfeccion, mientras que las apariencias puedan ser engañosas, mientras que los hombres no tengan algun ca-

³ Montesquieu se ha dejado deslumbrar, cuando por solo haber percibido esta cualidad en las penas, ha pensado que se las podria quitar todo lo arbitrario. "Es el triunfo de la libertad (dice) cuando las leyes criminales sacan cada pena de la naturaleza particular del delito. Toda arbitrariedad cesa: la pena no viene del capricho del legislador, sino de la naturaleza de la cosa, y no es el hombre el que hace violencia al hombre." Libro 12 cap. 4. La misma página ofrece un ejemplo palpable de los errores á que le atrastraba esta idea falsa. Para delitos contra la religion propone penas religiosas, es decir, penas que no lo serian; porque castigar é un sacrilegio ó impio con la expulsion del templo no es castigarle, es quitarle una cosa que nada le importa.

racter cierto para distinguir lo verdadero de lo falso, una de las primeras seguridades que se deben recíprocamente es no admitir sin una necesidad demostrada penas absolutamente irreparables; ¿no se ha visto reunirse contra un acusado todas las apariencias del delito, apesar de lo cual luego se demostró su inocencia cuando ya no podia hacerse mas que gemir sobre los errores de una precipitacion presuntuosa? ¡que flacos é incongruentes somos! ¡juzgamos como entes limitados, y castigamos como entes infalibles!

Á estas cualidades importantes de las penas, pueden añadirse otras tres, cuya utilidad es menos grande, pero que debe buscarse si puede conseguirse sin perjudicar al grande objeto del egemplo.

1.º Es una cualidad apreciable en una pena el que pueda servir para la reforma del delincuente, no digo solo por el temor de ser castigado otra vez, sino tambien por una mudanza en su carácter y en sus hábitos. Se conseguirá este intento estudiando el motivo que ha producido el delito, y aplicándole una pena propia para debilitar este motivo. Una casa de correccion para llenar este objeto debe ser susceptible de una separation de los delincuentes en diferentes clases, para que puedan adaptarse medios diversos de educacion á la diversidad de su estado moral.

2.º *Quitar el poder de dañar.* Este fin puede lograrse mas fácilmente que el de corregir á los delincuentes: las mutilaciones, la prision perpetua, tienen esta calidad; pero el espíritu de esta máxima conduce á un rigor excesivo en las penas, y por seguirla se ha hecho tan frecuente la pena de muerte.

Si hay algunos casos en que no se puede quitar el poder de dañar de otro modo que quitando la vida, son muy raros, y en ocasiones muy extraordinarias; por egemplo, en las guerras civiles, cuando el nombre del gefe mientras vive, bastaria para inflamar las pasiones de la multitud, y aun entonces la muerte aplicada á acciones de una naturaleza tan problemática, debe mas bien ser considerada como un acto de hostilidad, que como una pena.

3.º *Ofrecer una indemnizacion á la parte perjudicada*, es una cualidad útil en una pena. Este es el modo de llenar dos objetos á un tiempo, castigar el delito y repararlo, quitar todo el mal de primer órden, y hacer cesar toda la alarma. Esta es una ventaja característica de las penas pecuniarias.

Terminaré este capítulo con una observacion general de mucha importancia: *el legislador en la eleccion de las penas debe evitar con mucho cuidado aquellas que chocarian con algunas preocupaciones establecidas.* Si se ha formado en el espíritu del pueblo una aversion decidida contra un género de pena, no se la debe recibir en el código penal, aunque tenga por otra parte todas las cualidades que se re-

quieren; porque haria mas mal que bien. Desde luego ya es un mal el causar al público un sentimiento penoso con el establecimiento de una pena impopular: ya no son solos los delincuentes los castigados; se impone una pena muy verdadera aunque no tenga nombre particular á las personas mas inocentes y mas apacibles, hiriendo su sensibilidad, despreciando su opinion, y presentándolas la imagen de la violencia y de la tiranía: ¿y qué sucede con una conducta tan poco juiciosa? Que el legislador, despreciando los sentimientos públicos, los vuelve secretamente contra él: pierde la asistencia voluntaria que los individuos prestan á la egecucion de la ley cuando estan contentos de ella: ya no tiene al pueblo por aliado, sino por enemigo: unos procuran facilitar la evasion de los delincuentes: otros tienen escúpulo de delatarlos: los testigos se niegan á declarar en cuanto pueden, y se forma insensiblemente una preocupacion funesta que atribuye una especie de bageza y de vituperio al servicio de la ley. El descontento general puede pasar mas adelante, y alguna vez se manifiesta en una resistencia abierta, ya á los oficiales de la justicia, ya á la egecucion de las sentencias. Un suceso contra la autoridad parece al pueblo una victoria, y el delincuente impune goza de la flaqueza de las leyes, humilladas delante del triunfo de él.

¿Pero qué es lo que hace impopulares las penas? Casi siempre la mala eleccion de ellas. Cuanto mas conforme sea el código penal á las reglas que hemos sentido, tanto mejor conseguirá la estimacion razonada de los sábios, y la aprobacion sentimental de la muchedumbre. Todos hallarán que tales penas son justas y moderadas: les admirará sobretodo la conveniencia de ellas, su analogía con los delitos, aquella escala de graduacion en la cual verá que una pena agravada corresponde á un delito agravado, y una pena atenuada á un delito atenuado. Esta especie de mérito, fundado sobre nociones domésticas y familiares, está al alcance de las inteligencias mas comunes, y nada es mas propio para dar la idea de un gobierno paternal, inspirar la confianza y hacer marchar á la opinion pública de concierto con la autoridad. Cuando el pueblo es del partido de las leyes, las probabilidades del delito para escapar de la pena, estan reducidas al menor término.

Capítulo VII

DIVISION DE LAS PENAS

No hay pena alguna que tomada separadamente reuna todas las cualidades que se requieren. Para conseguir pues el fin es necesario

tener muchas penas en que escoger, para poder variarlas, y componer de muchas de ellas la pena de un delito. La medicina no tiene panacea, y necesita recurrir á diferentes medios segun la naturaleza de los males, y el temperamento de los enfermos; el arte del médico consiste en estudiar todos los remedios, combinarlos, y apropiarlos á las circunstancias.

El catálogo de las penas es el mismo que el de los delitos. El mismo mal hecho con la autoridad de la ley, ó violando la ley, constituirá una pena ó un delito. La naturaleza del mal es pues la misma; ipero qué diferencia en el efecto! El delito infunde la alarma; la pena restablece la seguridad: el delito es un enemigo de todos: la pena es la protectora comun: el delito por el provecho de uno solo produce un mal universal: la pena por el dolor de uno solo produce un bien general. Suspendase la pena, y el mundo no será mas que una caverna de vandidos, y la sociedad quedará disuelta; restablézcase la pena, y las pasiones se calman, renace el orden, y la flaqueza de cada individuo goza de la salvaguardia y proteccion de la fuerza pública.

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 así á las que consisten en dolores corporales; pero que solamente producen un efecto temporal; como los azotes, una dieta forzada &c.

3.º *Penas indelebiles*: 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 objeto exponer al delincuente al desprecio de los espectadores, y hacerle mirar como indigno de la sociedad de sus antiguos amigos. La confesion pública del delito pidiendo perdón de él es una pena de esta clase.

5.º *Penas penitenciales*: destinadas á despertar el sentimiento de la vergüenza, y á exponer á un cierto grado de censura, no tienen una fuerza y una publicidad que pueda causar la infamia, ni hacer que se mire al delincuente como indigno de la sociedad de sus antiguos amigos. Son en el fondo unos castigos como los que un padre puede imponer á sus hijos, y que el padre mas tierno no tendria escúpulo en imponer al hijo que mas ama.

6.º *Penas crónicas*: el principal rigor de ellas consiste en su duracion, de modo que serian casi nulas, á no ser por esa circunstancia. El destierro, la prision &c. pueden ser perpetuas ó temporales.

7.º *Penas simplemente restrictivas*: son las que sin participar de alguno de los caracteres precedentes, consisten en alguna molestia, en alguna restriccion; en impedir hacer lo que se querría: por ejemplo, la prohibicion de egercer cierta profesion, la prohibicion de frecuentar cierta plaza &c.

8.º *Penas simplemente compulsivas*: son las que obligan á un hombre á hacer una cosa de que desearía eximirse: por ejemplo, la obligacion de presentarse en ciertas épocas á un empleado de justicia &c: la pena no consiste en el medio, sino en el inconveniente de la fuerza.

9.º *Penas pecuniarias*: consisten en privar al delincuente de una suma de dinero, ó de algun artículo de propiedad real.

10. *Penas cuasi pecuniarias*: consisten en privar al delincuente de una especie de propiedad en los servicios de los individuos; servicios puros y simples, ó servicios combinados con algun provecho pecuniario.

11. *Penas características*: son las penas que por medio de alguna analogía están destinadas á representar vivamente á la imaginacion la imagen del delito. Estas penas no forman propiamente una clase aparte; estan encerradas en todas las otras ignominiosas, penitenciales, aflictivas &c. y no son mas que un modo de imponerlas con alguna circunstancia, que tenga relacion con la naturaleza del delito. Supongamos que un monedero falso en vez de ser condenado á muerte fuese condenado á otras penas, y entre ellas á marcas indelebiles: si se le imprimieran en la frente las palabras *monedero falso*, y sobre cada megilla *una pieza de moneda corriente*, esta pena, recordando el delito por medio de una imagen sensible, seria eminentemente característica.

De este modo en la composicion de la pena por hijos robados á sus padres, se haria entrar una penitencia característica que consistiese en colgar al cuello del delincuente la efigie de un niño de tamaño natural, hueca y aplomada por fuera. Lo interior se cargaria de peso á discrecion del juez, y con proporcion á la fuerza del delincuente. En una casa de correccion, los delinquentes estarian sujetos, segun la diversidad de sus delitos, á llevar algunos vestidos emblemáticos, ú otras senales exteriores, con alguna analogía palpable.

Asi el sentimiento de su delito no podria en cierto modo apartarse de ellos, su presencia sola seria como una nueva proclamacion de la ley; y la esperanza de librarse de esta vergüenza, volviendo á tomar el vestido comun, seria un motivo poderoso para que se condugesen bien.

Capítulo VIII

JUSTIFICACION DE LA VARIEDAD DE LAS PENAS

*Et quoniam variant morbi, variabimus artes;
Mile mali species, mille salutis erunt.*

Ya hemos visto que la eleccion de las penas era el resultado de una multitud de consideraciones, y que debieran ser susceptibles de mas y de menos, iguales á ellas mismas, conmensurables, análogos al delito, egemplares, económicas, reformadoras, populares &c. Tambien hemos visto que una sola pena, nunca podria reunir todas estas cualidades, y que era preciso variarlas, combinarlas y asemejarlas para hallar la composicion de que se necesitaba.

Si un código fundado en estos principios existiese solamente en proyecto, se le podria mirar como una hermosa especulacion imposible de realizar. Los hombres frios é indiferentes, siempre armados de una incredulidad desesperante cuando se trata de la felicidad de la humanidad, no dejarian de oponer esta objecion vulgar tan cómoda para la pereza, y tan lisongera para el amor propio; pero esta obra está y hecha, este plan está egecutado, se ha compuesto un código sobre estos principios, y este código en que se han observado todas estas reglas, no tiene cualidad mas notable que la claridad, la sencillez, y la precision ⁴. Todas las legislaciones penales conocidas hasta el dia, sin haber llenado la mitad del objeto, son infinitamente mas embrolladas, mas difíciles de entender, y mas vagas.

Ha sido necesario buscar una gran variedad en las penas para adaptarlas á cada delito, é inventar nuevos medios de hacerlas egemplares y características; pero las mismas personas que confesarán como proposicion general, que estas dos cualidades son esenciales, no dejarán acaso de rebelarse cuando se trate de la aplicacion. Las penas excitan naturalmente la antipatía y aun el horror cuando se las considera con separacion de los delitos; y por otra parte, en un objeto sometido al sentimiento y á la imaginacion, son los votos tan fluctuantes y caprichosos, que la misma pena que excitará la indignacion de un individuo por demasiado severa, será censurada por otro como demasiado ligera y muy poco eficaz.

No quiero prevenir aqui mas que una objecion. *No debe creerse que un sistema penal es cruel por ser variado*. La multiplicidad ó la variedad de las penas, prueba la industria y el cuidado del legislador. No tener mas que una especie ó dos de penas es un efecto de la ignorancia de los principios y del desprecio bárbaro de todas las

⁴ Véase el discurso preliminar tomo I. Este código no está acabado.

proporciones. Yo podría citar algunos estados en que es bien fuerte el despotismo, y la civilización está muy atrasada, que no conocen, por decirlo así, mas que un solo modo de castigar. Cuanto mas se haya estudiado la naturaleza de los delitos, la de los motivos, la de los caracteres, y la diversidad de las circunstancias, tanto mejor se percibirá la necesidad de servirse contra ellos de medios diferentes.

Los delitos, estos enemigos interiores de la sociedad, que le hacen una guerra obstinada y variada, reúnen todos los instintos de los animales malignos: los unos usan de la violencia, otros se sirven de estratagemas: saben revestirse de una infinidad de formas, y tienen en todas partes inteligencias secretas. Si hasta ahora se ha combatido contra ellos sin someterlos; si esta guerra dura siempre, esto debe atribuirse sobre todo á la imperfección de la táctica legal, y de los instrumentos de que hasta ahora se ha hecho uso. Seguramente falta mucho para que se haya empleado tanto ingenio, tanto cálculo y tanta prudencia para defender á la sociedad como para atacarla, y para prevenir los delitos, como para cometerlos. Para juzgar si un código penal es riguroso, véase como castiga los delitos mas comunes; aquellos que atacan la propiedad. En todas partes han sido las leyes demasiado severas sobre este punto, porque siendo las penas mal escogidas y mal dirigidas, se queria compensar con la gravedad lo que les faltaba en exactitud. Se deben gastar menos penas contra los delitos que atacan á los bienes para poder gastar mas contra los delitos que atacan á la persona: los primeros son susceptibles de indemnización, y los segundos no la admiten del mismo género. El mal de los delitos contra la propiedad podría reducirse á muy poca cosa por el medio de las cajas de aseguración, al paso que todo el oro del Potosí no podría resucitar á una persona asesinada ni calmar los terrores que espanta el delito; pero la cuestion no es si un código penal es mas ó menos severo: éste sería un mal modo de considerar el asunto: lo que se debe saber es si la severidad de este código es necesaria ó no lo es.

Sin duda sería una crueldad esponer aun á los delincuentes á dolores inútiles, lo cual sería una consecuencia de las penas demasiado severas; pero ¿no sería mayor crueldad todavía dejar padecer á los inocentes? Y tal es sin embargo, el resultado de las penas, si son demasiado suaves para que sean eficaces.

Concluimos que la variedad de las penas es una de las perfecciones de un código penal, y que cuanto mas doloroso sea para una alma sensible el estudio de estos medios, tanto mas necesario es que el legislador esté penetrado de humanidad para conseguir esta victoria sobre sí mismo. El doctor Sangrado que no sabia recetar otra cosa que la sangría, ¿era mas humano que Boherabe que consultaba á toda la naturaleza para descubrir en ella remedios?

Capítulo IX

EXAMEN DE ALGUNAS PENAS USADAS

Penas afflictivas

Las penas afflictivas no son buenas en todos los delitos porque no podrían existir en un grado ligero, á lo menos en las personas que no pertenecen absolutamente á la última clase de la sociedad. Toda pena corporal impuesta en público es infamante: impuesta en secreto sería tambien infamante y no sería egemplar.

La pena afflictiva mas comun es la de azotes. Esta pena en su aplicación ordinaria tiene el inconveniente de no ser igual á ella misma; porque puede variar desde el dolor mas ligero hasta el mas atroz, y llegar hasta la muerte. Todo depende de la naturaleza del instrumento, de la fuerza de la aplicación y del temperamento del individuo. El legislador que la ordena no sabe lo que hace: el juez está poco mas ó menos en la misma ignorancia, y siempre habrá la mayor arbitrariedad en la ejecución. En Inglaterra se aplican los azotes en aquellos hurtos que los jurados por una prevaricación misericordiosa han estimado inferiores al valor de un scheling. Esta es una renta para el verdugo, y si el delincuente sufre, es por no haber podido componerse con él.

Penas indelebles.

Las penas afflictivas indelebles, tomadas cada una separadamente no son susceptibles de graduación: la mas ligera solamente puede existir en un grado muy alto. Unas no han mas que deteriorar el rostro, como las marcas; otras hacen perder el uso de algunos miembros: otras consisten en mutilaciones, como cortar la nariz, las orejas, los pies ó las manos. Las mutilaciones de los órganos que sirven para el trabajo no deben aplicarse á delitos frecuentes cuales son los que provienen de miseria, el hurto, el contrabando &c.: ¿qué se hará de los delincuentes despues de haberlos estropeado? Si el estado los mantiene, la pena es muy dispendiosa, y si los abandona, los condena á la desesperación y á la muerte. Las mutilaciones penales tienen dos inconvenientes, el uno ser irremisibles, y el otro confundirse con accidentes naturales; porque ninguna diferencia aparente hay entre aquel á quien se ha cortado un brazo por un delito, y aquel que le ha perdido en servicio de la patria. Sería pues menester añadir una marca manifestamente artificial para que fuese un certificado del delito, y una salvaguardia de la desgracia. Me parece que podrían suprimirse estas penas, ó que á lo menos deberían reservarse para delitos extremamente raros en que las recomienda la analogía.

Las marcas indelebles son un medio poderoso; pero de que se ha hecho un mal uso. Entre los delincuentes convencidos de hurto y de ocultacion furtiva hay muchos que no han hecho mas que ceder á una tentacion pasagera, y pueden volver á la virtud, si la naturaleza de la pena no los corrompe: fuera de marcas indelebles, fuera de penas infamantes para estos reos: esto sería quitarles la esperanza de restablecer su reputacion, y de redimir un momento de error; pero que se imprima una marca indeleble á los monederos falsos, por egemplo, es ponerles una señal que inspira una justa y prudente desconfianza á los que tienen que tratar con ellos, sin privarles de sus recursos; porque despreciados como bribones, aun pueden ser empleados como hombres de talento; pero un hombre marcado por una primera rateria, ¿qué podrá ser? ¿quién querrá servirse de él? ¿para qué le aprovechará la probidad? se le hace una necesidad del delito.

La marca indeleble solamente es buena para señalar al público un delincuente peligroso; pero que deja de serlo desde el punto que se le conoce, ó para asegurar la egecucion de alguna pena. Cuando el delito es infamante, la marca debe acompañar á la prision perpetua, para estorbar la fuga del preso: ella es como una cadena que le ata, porque la prision es su asilo, y estaria mas mal fuera que dentro de ella. Para ser mas visible y manifiesta la marca, debe egecutarse con polvos colorantes, y no con el fuego.

Penas ignominiosas.

La *infamia* es uno de los ingredientes mas saludables en la farmaia penal; pero las ideas sobre este objeto son muy confusas, y los medios muy imperfectos. Segun las nociones de los jurisconsultos podria parecer que la infamia es una cosa homogénea, indvisible, una cantidad absoluta é invariable, pero si esto fuera cierto el uso de esta pena sería casi siempre impolítico é injusto, porque se aplica igualmente á delitos muy desiguales, y aun á delitos que no debieran acarrearla. La infamia bien manejada es muy susceptible de graduacion: ella es en lo moral lo que la suciedad en lo físico: es muy diferente tener una mancha en un vestido, ó que esté cubierto de lodo.

Pérdida de honor: otra frase usada, y no menos engañosa, pues encierra dos suposiciones falsas, la una que el honor es un bien de que cada uno posee una cierta provision, y la otra que está enteramente á la disposition de la ley, y que ésta puede quitarle á quien le parezca. La expresion de deshonor que no excluye como la de infamia, los grados intermedios sería mas conveniente. El deshonor es un peso de que puede cargarse mas ó menos.

La *infamia*, segun el uso que se hace de ella, recae mas sobre el delincuente, que sobre el delito: es por decirlo así, una implican-

cia en legislacion. Si la infamia recayera sobre el delito mismo, el efecto de ella sería mas cierto, mas durable, y mas eficaz; se podria proporcionar á la naturaleza de la cosa ¿pero cómo se podrá conseguir esto? Sería menester hallar para cada especie de delito una especie particular de deshonor.

Todo esto no puede egecutarse sino con un aparato nuevo en la justicia, inscripciones, emblemas, vestidos, pinturas particulares de cada delito, en una palabra, signos que hablen á los ojos, que se impriman en la imaginacion por los sentidos, y que formen asociaciones indelebles entre los delitos y la vergüenza. Así es como se puede concentrar sobre el delincuente y sobre el delito la indignacion pública, aquella indignacion que está demasiado sujeta á volverse contra las leyes y contra los jueces. Que no se desdigne el legislador de tomar del teatro los medios imponentes de la representacion: no: hacer marchar los símbolos del delito al lado del delincuente, no sería una vana ostentacion de poder, una parodia risible; sería una escena instructiva que anunciaria el objeto moral de las penas, y haria mas respetable á la justicia, mostrándola en la triste funcion de castigar, mas ocupada en dar una grande leccion que en satisfacer á una venganza.

La picota es en Inglaterra la mas desigual y la mas mal ordenada de todas las penas; se abandona en ella al delincuente al capricho de los individuos; ¿cómo podrá definirse este estravagante suplicio? Tan pronto es un triunfo, como tan pronto es la muerte. Hace algunos años que un literato fue condenado á la picota por lo que se llamaba un *libelo*: el tablado en que se le puso fue para él una especie de liceo, y toda la escena se pasó en cumplimientos entre él y los espectadores. En 1760, un librero fue puesto en la picota por haber vendido una obra impía ó sediciosa; y una suscripcion que se abrió en su favor durante la egecucion, le valió mas de cien guineas; ¡qué vergüenza para la justicia! Mas recientemente un hombre condenado á la misma pena por un vicio crapuloso, fue inmolado por el populacho á la vista de la policía, que ni aun trató de defenderle. Mr. Burke se atrevió á levantar la voz en la cámara de los comunes contra un abuso tan escandaloso: «el hombre que sufre una pena impuesta por la justicia (decia) está bajo la protection de las leyes, y no debe ser abandonado á las bestias feroces.» El orador fue aplaudido; pero el abuso quedó sin remedio, sin embargo de que una reja sencilla de hierro al rededor de la picota, prevendria todos estos actos de barbarie.

Penas crónicas.

Las *penas crónicas*, el destierro, la prision son propias para muchos delitos, pero exigen una atencion particular á las circunstancias que influyen sobre la sensibilidad de los individuos. El destierro

sería una pena soberanamente desigual si se aplicara sin discernimiento; porque depende de las condiciones y de los caudales: unos ninguna razon tienen de adhesion á su pais: otros se desesperarian obligándoles á dejar su propiedad y su domicilio: unos tienen familia, otros son independientes: uno perderia todos sus recursos, y otro se libertaria de sus acreedores. La edad y el sexo hacen tambien en esto una gran diferencia; y asi se debe dejar al juez mucha latitud, limitándose el legislador á darle instrucciones generales.

Los ingleses antes de la independencia de la America tenian la costumbre de deportar á una clase numerosa de delincuentes á las colonias. Esta deportacion era para unos la esclavitud, y para otros una partida de placer. Un tunante que tenia gana de viajar, era un necio si para proporcionarse los medios no cometia algun delito.

Los mas industriosos se establecian en aquellas nuevas regiones, y los que no sabian mas que robar, no pudiendo egercer su arte en un pais que no conocian, no tardaban en volver á hacerse ahorcar. Una vez condenados y deportados ya no se volvía á saber de ellos: que pereziesen de enfermedad ó de miseria, á nadie importaba. Asi todo era perdido para el egemplo, y el objeto principal se desatenidia enteramente. La deportacion que hoy se hace á Botany-bay no desempeña mejor su objeto y tiene todos los vicios y ninguna de las cualidades que debe tener una pena.

Si ofreciendo un establecimiento en un pais lejano se hubiera añadido que era necesario merecerle por un delito ¡qué absurdo! ¡qué demencia! Pues sin embargo una deportacion debe presentarse al espíritu de muchos infelices como un ofrecimiento ventajoso de que solamente pueden aprovecharse cometiendo un delito. De este modo la ley en vez de contrabalancear la tentacion la da mas fuerza en muchos casos.

Por lo que toca a las *prisiones* es imposible juzgar si esta pena es ó no conveniente hasta que se haya determinado con mas exactitud todo lo tocante á la estructura y al gobierno interior de ellas. Las prisiones, si se exceptuan algunas poquísimas, encierran todo lo mas eficaz que podria hallarse para infestar el cuerpo y el alma. Aunque no se miren mas que por el lado de la ociosidad absoluta, las prisiones son dispendiosas hasta lo sumo: las facultades de los presos se entorpecen y se enervan á fuerza de no usarlas: sus organos pierden su resorte y su flexibilidad: despojados al mismo tiempo de su honor y de sus habitos laboriosos, solamente salen de alli para ser impelidos otra vez al delito por el aguijón de la miseria, sometidos al despotismo subalterno de algunos hombres generalmente depravados por el espectáculo del delito y el uso de la tiranía, estos desgraciados pueden ser sujetos á mil penas desconocidas que los irritan contra la sociedad y los endurecen y hacen insensibles á las penas. Con respecto á la moral una prision es una escuela en que se enseña la maldad por medios mas seguros

que los que nunca podrian emplearse para enseñar la virtud: el tedio, la venganza y la necesidad presiden á esta educacion de perversidad: ya la emulacion no es mas que el resorte del delito: todos se elevan al nivel del mas malvado: el mas feroz inspira á los otros su ferocidad, el mas mañoso su maña, el mas disoluto su libertinaje. Todo lo que puede manchar el corazon y la imaginacion se convierte en un recurso de su desesperacion: unidos por un interes comun, se ayudan reciprocamente á sacudir el yugo de la vergüenza, y sobre las ruinas del honor social, se eleva un nuevo honor compuesto de falsedad, de intrepidez en el oprobio, de olvido de todo lo venidero, de enemistad contra el genero humano: y de este modo unos desgraciados que hubieran podido ser restituidos á la virtud, y á la felicidad llegan al heroismo del delito y á lo sublime de la maldad.

Un delincuente despues de haber acabado su tiempo en las prisiones, no debe ser restituido á la sociedad sin precaucion y sin prueba. Hacerle pasar de repente de un estado de vigilancia y de cautividad á una libertad ilimitada, abandonarle á todas las tentaciones del aislamiento, de la miseria y de una codicia aguzada por una larga privacion, es un rasgo de indiferencia y de inhumanidad, que deberia al fin escitar la atencion de los legisladores ¿que sucede en Londres cuando se vacian las galeras del Támesis? Aquellos malhechores, en el jubileo del delito se lanzan contra esta gran ciudad, como lobos que despues de un largo ayuno se hallan entre un rebaño, y hasta que se han hartado con nuevos delitos no hay seguridad en los caminos reales, ni aun por la noche en las calles de la metrópoli.

Penas pecuniarias.

Pasemos á las *penas pecuniarias*; estas tienen la triple ventaja de ser susceptibles de graduación, de llenar el objeto de la pena y de servir de indemnizacion; pero debe tenerse presente que una pena pecuniaria si la suma es fija y determinada, es soberanamente desigual. Esta observacion, cuya verdad es tan evidente, ha sido sin embargo menospreciada por los legisladores, y se han fijado las multas sin consideracion alguna al provecho del delito, al mal del delito, y á las facultades del delincuente. Asi una multa es una bagatela para unos, y una ruina para otros. Nadie ignora la conducta de aquel jóven insolente en Roma que daba un bofeton á los que encontraba en las calles, y les presentaba al instante el escudo de multa que fijaba la ley de las doce tablas. Si se quiere establecer una pena pecuniaria debe medirse por los bienes del delincuente: determinad la relacion de la multa y no su cualidad absoluta: por tal delito, tal porcion de bienes, con ciertas modificaciones para prevenir las dificultades de una egecucion literal de la regla.

Penas simplemente restrictivas.

Nada hay mas ingenioso en la legislacion penal que el *destierro de la presencia*. Esta pena sugerida por la antigua jurisprudencia francesa, y de que se halla algun rastro en el código dinamarqués, puede perfeccionándola ofrecer un excelente remedio para los delitos producidos por algunas enemistades particulares, de que el público en general nada tiene que temer. Esta pena proporciona al oprimido un triunfo sobre el opresor, y restablece del modo mas suave la preponderancia de la inocencia ofendida sobre la fuerza insolente. Ademas, previene la renovacion de las riñas, y quita al agresor el poder de dañar; pero para poner en egecucion un medio que toca tan de cerca al honor, se necesita tener una atencion escrupulosa á la posicion particular de los individuos.

Penas capitales.

Cuanto mas se examina la pena de muerte, tanto mas justa y racional parece la opinion de Beccaria. Este punto está tan bien tratado en su obra, que despues de ésta, ya se puede omitir el tratar de él. Los que quieran ver de una mirada cuanto puede decirse en pro y en contra, no tienen mas que hacer que recorrer la tabla de las cualidades que deben buscarse en las penas. (véase el capítulo sexto.)

¿De dónde puede venir el furor con que se ha prodigado la pena de muerte? Esto es un efecto del resentimiento que se inclina siempre desde luego al mayor rigor, y de una pereza de espíritu que hace hallar en la destruccion rápida de los delincuentes, la gran ventaja de no pensar mas en ellos. ¡La muerte! ¡siempre la muerte! Esto no exige ni meditacion de ingenio, ni resistencia á las pasiones: basta abandonarse para llegar allá de una carrera.

¿Se dirá que la muerte es necesaria para quitar á un asesino el poder de reiterar sus delitos? Pero por la misma razon se deberia dar la muerte á los frenéticos y á los rabiosos, de los cuales puede la sociedad tenerlo todo; y si nos podemos asegurar de estos, ¿por qué no podríamos asegurarnos de los otros? ¿se dirá que la muerte es la única pena que puede vencer ciertas tentaciones de cometer un homicidio? Pero estas tentaciones no pueden venir sino de envidia ó de codicia; y estas dos pasiones, ¿no deben temer por su propia naturaleza la humillacion, la indignancia, y la cautividad mas que la muerte?

Yo asombraria á los lectores si les espusiera el código penal de una nacion célebre por su humanidad y sus luces. Debía esperarse naturalmente hallar en él la mayor proporcion entre los delitos y las penas; y se veria al contrario olvidada continuamente ó destruida esta proporcion, y prodigada la pena de muerte por los delitos menos gra-

ves, ¿y qué sucede? que estando en contradiccion la dulzura del carácter nacional con las leyes, las costumbres son las que triunfan, y las leyes son eludidas: se multiplican los perdones: se cierran los ojos sobre los delitos: son demasiado escrupulosos sobre las pruebas, y los jurados por evitar un exceso de severidad caen frecuentemente en un exceso de indulgencia. De aqui resulta un sistema penal incoherente y contradictorio, que junta la violencia á la flaqueza, que depende del humor de un juez, y que varia de circuito en circuito; á veces sanguinario y á veces nulo.

Los legisladores ingleses no han adoptado un género de pena que es muy bueno por muchos respetos, la prision unida al trabajo. En vez de una ocupacion forzada, han reducido á los presos á una ociosidad absoluta; ¿lo han hecho por reflexion? No ciertamente sino por hábito. Se han hallado las cosas en este pie, se desaprueban, pero se dejan como estaban: se necesitan gastos, vigilancia, y atencion constante y continua para conciliar el encierro con los trabajos; y nada de esto es necesario para encerrar á un hombre y abandonarle á sí mismo.

Capítulo X

DEL PODER DE PERDONAR

Debe añadirse á la pena en gravedad, todo lo que le falta en certidumbre: cuanto menos ciertas sean las penas, tanto mas severas deben ser: cuanto mas ciertas son, tanto mas puede disminuirse su severidad.

¿Qué diremos pues de un poder establecido precisamente para hacerlas inciertas? Ésta es sin embargo la consecuencia inmediata del poder de perdonar.

En la especie, asi como en el individuo, la edad de las pasiones precede á la edad de la razon. La cólera y la venganza han dictado las primeras leyes penales; pero cuando estas leyes groseras fundadas en caprichos y antipatías empiezan á repugnar á un público ilustrado, el poder de perdonar que ofrece una salvaguardia contra el rigor sanguinario de las leyes, viene á ser, por decirlo asi, un bien comparativo, y no se examina si este supuesto remedio es un nuevo mal.

¡Cuántos elogios no se han prodigado á la clemencia! Mil veces se ha repetido que es la primera virtud de un soberano! y sin duda, si el delito consiste únicamente en una ofensa hecha á su amor propio, si se trata, por ejemplo, de una sátira contra él, ó contra

sus favoritos, la moderacion del príncipe es meritoria, y el perdón que concede es un triunfo que gana sobre sí mismo; pero cuando se trata de un delito contra la sociedad, el perdón ya no es un acto de clemencia, sino una verdadera prevaricación.

En los casos en que la pena haría mas mal que bien, como des- pues de algunas sediciones, conspiraciones y desórdenes públicos, el poder de perdonar no es solamente útil, sino necesario. Estando previstos é indicados estos casos en un buen sistema legislativo, el perdón que se aplica á ellos, no es una violacion, sino una egecucion de la ley; pero los perdones no motivados, efectos del favor ó de la facilidad del príncipe, acusan á las leyes y al gobierno: á las leyes de ser crueles con los individuos: al gobierno de ser cruel con el público. Es necesario que la razon, la justicia y la humanidad falten en alguna parte; porque la razon no está en contradiccion con ella misma: la justicia no puede destruir con una mano lo que hace con otra: la humanidad no puede ordenar que se establezcan penas que protejan la inocencia, y se concedan perdones que fomenten el delito.

Se dice que el poder de perdonar es la mas noble prerogativa de la corona, pero esta prerogativa, ¿no pesa jamas en las manos que la egercen? Si en vez de procurar al príncipe un amor mas constante de los pueblos, le expone á los caprichos de los juicios, á los clamores, á los libelos: sino puede ni ceder á las sollicitaciones sin que se le tenga por débil, ni mostrarse inexorable sin que se le acuse de duro, ¿dónde está el esplendor de un derecho tan peligroso? Me parece que un príncipe humano y justo debe sentir muchas veces verse espuesto á este combate entre las virtudes públicas y privadas.

El homicidio á lo menos deberá ser exceptuado del perdón; porque el que tuviera derecho de perdonar este delito sería dueño de la vida de todos.

Resumamos las ideas. Si las leyes son demasiado duras, el poder de perdonar es un correctivo necesario: pero este correctivo es tambien un mal. Haced buenas leyes y no creéis una varita de virtudes que tenga el poder de anularlas. Si la pena es necesaria no se debe perdonar; si no es necesaria no debe pronunciarse.