

<b>CAP. II. De la proporcion entre los delitos</b>	
<b>y las penas . . . . .</b>	<b>266</b>
<b>COMENTARIO. . . . .</b>	<b>272</b>

## CAPITULO II.

*De la proporcion entre los delitos y las penas.*

..... *Adsit*  
*Regula peccatis quæ pœnas irroget æquas ,*  
*Ne scutica dignum horribili sectare flagello.*  
HOR. Lib. 1. Saty. 5.

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

PRIMERA REGLA : *Haz que el mal de la pena sobrepuje 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 ménos se puede inferir que el delincuente es depravado.

Esto puede ser verdad, pero no por eso la regla es ménos 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 insuficiente es un mal sin provecho alguno; pues que no resulta 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 diría de un cirujano que por ahorrar á un enfermo un grado de dolor, dejara imperfecta la cura? ¿ Sería una humanidad bien entendida añadir á la enfermedad el dolor de una operacion inútil?

SEGUNDA REGLA: *Cuanto ménos 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 consistiera 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 ámbos. Un ladrón 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 sevéra, por la probabilidad de prevenirle.*

No olvidémos 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 múgeres que habian distribuido moneda falsa, trastornaba enteramente esta regla de proporcion. La pena de fuego, si se adoptase, deberia á lo ménos estar reservada para los incendiarios homicidas.

QUINTA REGLA : *No debe imponerse la misma pena por el mismo delito á todos*

*los delincuentes 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 múger, y será nada ó casi nada para individuos de otras circunstancias.

A 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.

### COMENTARIO.

Yo no sé como Bentham ha podido escribir que Beccaría ha recomendado la proporcion entre la pena y el delito , pero que no ha dicho en qué consiste esta proporcion. Esto se podrá decir con alguna razon de Montesquieu ; pero una gran parte del libro de los *Delitos y de las penas* se consume en buscar esta proporcion , y averiguar en qué consiste ; y el que haya estudiado aquella preciosa obrita , nada hallará en este capítulo que ya no sepa. Bentham está en todo de acuerdo con Beccaría , que , aun despues de haber escrito Bentham , es el primer maestro en la filosofía de la legislacion penal.

Debe haber proporcion entre la pena y el delito ; todo el mundo conviene en esto ; pero para hallar esta proporcion es necesario tener una medida ; ¿ y cuál será esta ? Ya en esto no están todos de acuerdo. Algunos creen que esta medida debe ser el dolo ó la malicia del delincuente ; de manera que el delito que indica ó supone mas dolo ó mas malicia , sea castigado

con una pena mas grave que el que indica y supone ménos ; ¿ pero cómo se podrá conocer el grado de malicia del delincuente ? No podemos tener de esto mas que indicios muy equivocados , porque un delito atroz en sí mismo puede ser cometido con ménos malicia que un delito ligero. El dolo pues , aunque sea necesario en el delito , no puede ser una buena medida de la pena.

Beccaría halla esta medida en el mal que causa el delito ; y con efecto , si la pena es un mal destinado á remediar y prevenir en lo posible el mal del delito , parece natural que cuanto mayor sea el mal del delito , tanto mayor deba ser el mal de la pena. Esta es pues sin duda alguna la medida mas segura de la pena ; pero ni aun con la ayuda de ella se hallará siempre una proporcion exacta y matemática entre la pena y el delito : esto no es posible , porque para que lo fuera sería necesario que para cada porcion de mal nacido del delito , hubiera una porcion correspondiente de mal en la pena , lo que no puede ser. Los delitos pueden diversificarse mas que las penas ; porque la malicia es fecundísima en medios de hacer mal : la escala de las penas está reducida á muy pocos grados , y son casi infinitos los de la escala de los delitos.

Es verdad que la gran desigualdad en las dos escalas de los delitos y de las penas , viene en gran parte de la ignorancia y de la pereza de los legisladores que no han sabido variar las penas.

para proporcionarlás á la naturaleza y gravedad de los delitos , ó no han querido tomarse este trabajo : han tenido por mas cómodo y mas sencillo castigar con la pena mas grave delitos de muy diversa naturaleza y gravedad , que cansarse en buscar una pena para cada delito ; semejantes á un cirujano ignorante ó desapiadado que , por escusarse el trabajo de buscar un remedio para una llaga en un pié ó por no saber hallarlo , amputase la pierna que se podria conservar.

Bentham ha añadido algunos grados á la escala de las penas con las penas características , y es de esperar que imitándole otros jurisconsultos filósofos y aplicados , se minorará cada dia mas la grande desproporcion entre las dos escalas de los delitos y de las penas , aunque nunca se llegue á una proporcion exacta.

Presentándonos Bentham las reglas de esta aritmética moral , olvida una que me parece importantísima , y es que el mal de la pena debe ser de la misma naturaleza que el mal del delito ; y cuando esto no pueda ser , que sea á lo ménos tan análogo y semejante como sea posible ; porque claro está que sin esto no puede haber proporcion entre el delito y la pena . La pena de muerte aplicada á un robo , de cualquiera especie y gravedad que sea , y cualesquiera que sean las circunstancias que le acompañen , es evidentemente contraria á esta regla ; porque ¿ qué analogía , qué semejanza hay , qué proporcion entre

la vida del hombre , que es la suma de todas sus propiedades , y una porcion de dinero ? La pena de muerte , si alguna vez es necesaria y justa , solamente puede serlo aplicada al homicidio voluntario y premeditado : á lo ménos en este caso el mal de la pena es de la misma naturaleza que el mal del delito. Contra la misma regla pecaria una pena pecuniaria por un delito contra el honor ó la reputacion ; y si se examinan los códigos penales antiguos y modernos , se verá que en todos tiempos han cuidado muy poco los legisladores de la observancia de esta regla importantísima. Examinémos ahora rapidamente las que propone nuestro autor.

1.<sup>a</sup> El mal de la pena debe ser mayor que el provecho del delito : si es menor se ganará en cometer el delito ; si es igual , á lo ménos nada se perderá , y se puede ganar , si el delincuente tiene un medio de sustraerse á la pena. Por esta regla se sacrifica algo de la proporcion entre los delitos y las penas , pero este sacrificio es necesario ; porque sin él la pena no conseguiria su objeto principal , que es prevenir delitos semejantes.

No debe olvidarse que para apreciar el mal del delito , debe atenderse no solamente al mal de primer orden , sino tambien al de segundo orden , que á veces es mas funesto que el de primer orden. La pena insuficiente hace un mal y no previene el delito , es decir , que hace un mal sin compensacion , y aun hace un mal mayor

que el delito, porque enseña y acostumbra al hombre á violar la ley y á reirse de ella ; acor-démonos del romano Nerácio , que se burlaba públicamente de una ley de las doce tablas : pero decir que el mal de la pena debe ser mayor que el provecho del delito , no es decir que las penas deban ser atroces : no por cierto : 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.

2.<sup>a</sup> Quanto mas incierta ó fácil de evitar sea una pena , tanto mas grave debe ser , para que la gravedad compense la incertidumbre. El que tenga la tentacion de delinquir verá la probabilidad de evitar la pena ; pero verá tambien que si no la evita , sufrirá un dolor muy superior al placer que le promete el delito ; la gravedad de la pena aumentará al motivo represivo la fuerza que le quita la incertidumbre. Por el contrario , quanto mas inevitable sea una pena , tanto mas ligera puede ser sin inconveniente : la pena grave que el hombre se lisongea de poder evitar , no le contiene tanto como una pena moderada , si sabe que infaliblemente la ha de sufrir. Segun esto , un legislador que hallase el modo de hacer inevitables las penas , podria señalarlas muy suaves : si la pena mas fuerte era la de una prision de cuatro años , por ejemplo , aquella pena se temeria entónces como hoy se teme la pena capital , y me atrevo á decir que conseguiria mejor

prevenir los delitos, que es el objeto de la pena.

3.<sup>a</sup> 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. Contra esta regla pecan las leyes que condenan á la misma pena al que solamente roba en un camino público, que al que roba y asesina : al que quebranta una arca para robar, y al que roba con efecto : al que ha empezado á ejecutar un delito, y al que le ha consumado. Castigar el delito mayor con la misma pena que el menor, es convidar á cometer el mayor : el ladron de caminos empezará asesinando, para tener ménos denunciadores y testigos de su delito, si la misma pena le amenaza por el robo solo que por el robo y el asesinato : el que ha quebrantado el arca para robar será bien necio si no roba : el que ha empezado á ejecutar un delito le consumará, ¿ qué ganaria en no hacerlo?

4.<sup>a</sup> Quanto mas grave sea un delito, tanto ménos se aventura en que la pena sea sevéra, por la probabilidad de prevenirle de este modo. Con efecto, quanto mas grave sea el delito, tanta mas fuerza debe darse al motivo represivo; porque tanto mas importa prevenirlo; y por el contrario, castigar un delito leve con una pena grave, es hacer mas mal con la pena que el que se hace con el delito. Contra esta regla peca la ley que condena al monedero falso á ser que-

mado, ¿y qué dirémos de las que condenan á la misma pena al hechicero, al herege, al judío y al sodomita? Si se adopta la pena de fuego, dice Bentham, deberá reservarse únicamente para los incendiarios homicidas: entónces á lo ménos la pena tendria analogía con el delito.

5.<sup>a</sup> No debe imponerse la misma pena por el mismo delito á todos los delinquentes sin excepcion, y debe tenerse consideracion á las circunstancias que influyen sobre la sensibilidad. Cuando hemos tratado expresamente de estas circunstancias, hemos hecho ver que la misma pena nominal no es la misma pena real, y que la máxima de que debe imponerse la misma pena por el mismo delito, bajo las apariencias de la igualdad, envuelve una grande desigualdad: una multa de mil reales no es ciertamente la misma pena para el rico que para el pobre: la picota no es la misma pena para una persona de honor, que para un hombre sin vergüenza. La pena pues debe ser proporcionada á la sensibilidad del que la sufre; pero mas vale en todo caso sacrificar algo de la proporcion, que hacer por buscarla leyes sutiles, complicadas y oscuras; y así los legisladores en general han atendido poco á esta regla, que por otra parte es de una ejecucion difícil y arriesgada.