

CAP. VI. De la eleccion de las penas . . .	309
COMENTARIO.	319

CAPITULO 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 ménos, 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 traspasaría 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.

3º *Comensurable*. 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: 1º 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.

2º Añadiendo otra pena de diferente especie, v. g. á cinco años de prision por tal delito, vergüenza pública por tal agravacion.

4º *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 etc.* La inteligencia mas imperfecta es capaz de ligar estas ideas ; pero el talion raras veces es practicable , y en muchos casos sería una pena muy dispendiosa

Hay otros medios de analogía. Busquémos, 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 expresion proverbial. Los delitos de codicia serían 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 sujeccion al trabajo ó con una ociosidad forzada. ⁽¹⁾

(1) 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.

5º *Ejemplar*. Una pena real que no fuese aparente sería perdida 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 ejecucion de ellas.

Los autos de fé serían una de las mas útiles invenciones de la jurisprudencia, si en vez de ser autos de fé, fuesen autos de justicia, ¿qué es una ejecucion pública? Es una tragedia solemne que el legislador presenta al pueblo congregado : 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 princi-

» 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 arrastraba esta idea falsa. Para delitos
 contra la religion propone penas religiosas, es decir, pe-
 nas que no lo serían ; porque castigar á un sacrilego ó
 impio con la expulsion del templo, no es castigarle, es
 quitarle una cosa que nada le importa.

pal 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 ejecutores 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° *Económica*. 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 supérfluo, 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 par el que recibe.

7° *Remisible ó revocable*. Conviene que

el daño de ella no sea absolutamente irreparable , en el caso en que se llegára á descubrir que la pena se habia impuesto sin causa legítima. Miéntas que las pruebas sean susceptibles de imperfeccion, miéntas que las apariencias puedan ser engañosas , miéntas que los hombres no tengan algun carácter 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 , á pesar de lo cual luego se demostró su inocencia, cuando ya no podia hacerse mas que gemir sobre los errores de una precipitacion presuntuosa ? ; qué flacos é inconsiguientes somos ! ; juzgamos como entes limitados , y castigamos como entes infalibles !

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

1ª 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 separacion de los delincuentes en diferentes clases, para que puedan adaptarse medios diversos de educacion á la diversidad de su estado moral.

2ª *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 ejemplo,

en las guerras civiles, cuando el nombre del gefe, miéntras vive, bastaria para inflamar las pasiones de la multitud, y aun entónces 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^a *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 requieren; 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 imágen 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 ejecucion de la ley cuando están contentos de ella : ya no tiene al pueblo por aliado , sino por enemigo : unos procuran facilitar la evasion de los delincuentes : otros tienen escrúpulo de delatarlos : los testigos se niegan á declarar en cuanto pueden , y se forma insensiblemente una preocupacion funesta que atribuye una especie de bajeza 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 ejecucion 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 sentado, 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: es 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 , están reducidas al menor término.

COMENTARIO.

En este capítulo trata Bentham de las circunstancias que deben concurrir en una pena para que produzca todo el efecto que debe esperarse de ella ; materia importantísima que merece meditar con mucha atención. Yo examinaré estas circunstancias por el mismo orden que las propone mi autor.

1^a La pena debe ser susceptible de mas y de ménos , es decir , de poder aligerarse ó agravarse para poderla acomodar á las variaciones en la gravedad de los delitos. La pena de muerte tiene entre otros este inconveniente , de no ser susceptible de mas y ménos , ni poderse por consiguiente proporcionar á la gravedad de los delitos. Podrán añadirse circunstancias que hagan mas ó ménos dolorosa la muerte ; pero prescindiendo de que atormentar á un hombre ántes de quitarle la vida , es un acto de crueldad , que mas inspira la compasion al delincuente , que la indignacion contra su delito , al fin , el *máximum* de la pena siempre será la muerte que es aplicada á delitos de muy diferente gravedad. Con la pena de muerte se castiga al homicida simple : ¿ con qué pena mas fuerte se

castigará al homicida incendiario? 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? Por el contrario , las penas crónicas , como el destierro , la prision , los trabajos forzados y las penas pecuniarias , tienen la cualidad de ser susceptibles de mas y de ménos , y de poder por consiguiente adaptarse á la gravedad de los delitos. La mutilacion de un miembro , la marca , los azotes , la vergüenza pública , tienen proporcionalmente el mismo inconveniente que la pena de muerte.

2^a La pena debe ser igual á ella misma. Esta expresion me parece impropia y oscura : pues una pena , como otra cosa cualquiera , no puede dejar de ser igual á ella misma ; si no lo fuera no sería la misma cosa. Quiere Bentham decir que la pena debe ser tal , que produzca los mismos efectos sobre todos los autores de un mismo delito , y que para esto es necesario proporcionarla á la sensibilidad de cada individuo , apreciada por las circunstancias que influyen en ella , y de que en otra parte hemos hablado expresamente : 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.

3^a La pena debe ser conmensurable. Otra expresion no muy clara , la cual quiere decir que la pena debe ser 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 , y puede cometer con la misma facilidad. Recuérdese lo que sobre esto dejamos dicho en otra parte.

4^a La pena debe ser análoga al delito. Así se gravará mas fácilmente , y con mas tenacidad en la memoria ; y las dos ideas , de delito y de pena , se unirán en el entendimiento como consecuencia natural una de otra , union necesaria para que la pena produzca su efecto : cuando la pena ninguna analogía ó semejanza tiene con el delito , apénas puede creerse que sea consecuencia de él. El talion es la pena mas análoga á cualquiera delito ; pero esta pena en muchos casos es inejecutable , y en otros sería bárbara y dispendiosa La analogía debe buscarse en el motivo que excitó al hombre á delinquir , para castigarle por donde ha pecado , como se explica admirablemente nuestro autor , que en una nota reprehende á Montesquieu sobre la extension que dá al principio de la analogía. Sin embargo , yo pienso que Montesquieu quiere , con mucha razon , que los delitos contra la religion sean castigados con penas religiosas. Claro está que la expulsion del templo ó la excomunion , no son penas para un sacrílego ó impio , por los efectos religiosos que producen ; pero la sancion popular dá á estas penas efectos civiles de mucha importancia , que no pueden ser in-

diferentes á un hombre , cualesquiera que sean sus opiniones religiosas : ¿ le será indiferente perder la estimacion de sus conciudadanos , y los provechos que de ella nacen ?

5^a La pena debe ser ejemplar , como que el objeto de ella es ofrecer un ejemplo que contenga á los que quisieran imitar al delincuente , dándoles motivo para que formen este razonamiento : este hombre sufre esta pena porque ha cometido tal delito ; luego si yo cometo el mismo delito , sufriré la misma pena ; y hé aquí porque las penas secretas son actos de violencia y tiranía , y no de justicia y de razon. Tanto mas eficaz será el razonamiento referido , cuanto mas frecuentemente se presente al entendimiento ; y tanto mas frecuentemente se presentará , cuanto mas se grave en la memoria y se conserve en la ejecucion de la pena que se ha presenciado , ó que se ha oido referir. Para esto conviene mucho que las ejecuciones sean un espectáculo terrible , lúgubre y pomposo ; que haga una fuerte impresion en la memoria , llenando la imaginación de un santo y saludable terror. Sin duda la apariencia produce aquí mas efecto que la realidad , y el arte del legislador consiste en aumentar la primera , sin aumentar la segunda.

Los autos de fé , podrian servir de modelo en la ejecucion de estas tragedias terribles que la justicia ofrece al público. Los ejecutores podrian cubrirse con una gasa negra y vestirse de

luto : así mostrarían que para ellos mismos era doloroso y triste aquel espectáculo ; pero esto no los pondría ciertamente á cubierto del odio público, que no es tan injusto como Bentham parece creer. Un verdugo es precisamente un hombre infame , no por el oficio que ejerce, sino por las cualidades odiosas que ya existían en él cuando le tomó : un hombre de bien que conserve en su corazón algún sentimiento de humanidad , nunca tomará este oficio por muy útil y aun necesario que sea. En todas partes un verdugo es un ente vil , y sobre algún fundamento se ha formado una opinión tan general.

En España las ejecuciones penales se hacen con un grande aparato : el acompañamiento de los ministros inferiores, vestidos de ceremonia y á caballo, de la fuerza militar, de las cofradías, de los ministros de la religion ; la vestidura del ajusticiado, el sonido lúgubre de las campanas, la voz del pregonero que pública la sentencia y el motivo de ella ; todo esto contribuye á hacer de una ejecucion de muerte , uno de los espectáculos mas terribles que se pueden presentar á la vista y á la imaginacion. En Francia, al contrario , se han descuidado todas las apariencias : con una ó dos horas de anticipacion se avisa al reo que va á morir : se le dá , si lo pide, un ministro de la religion que le sostenga y consuele en aquel trance, y acompañado de este sacerdote, del verdugo y de tres ó cuatro gendarmes es conducido al suplicio : ningun

aparato, ninguna ceremonia , ningun acompañamiento, nada de cuanto puede hacer terrible aquel espectáculo : solamente en el parricida han querido las leyes que sea conducido al suplicio en camisa encarnada , descalzo , y cubierta la cabeza con una gasa negra : que por un alguacil se lea la sentencia en el cadahalso mismo , y á esto se reduce todo. Las leyes y las costumbres de España son en este punto muy preferibles á las de Francia.

6^a La pena debe ser económica, esto es , no debe tener mas grado de severidad que el necesario para producir su efecto. El mal que excede esta necesidad es un mal gratuito y sin provecho ; y tal puede ser el exceso, que la pena cause mas mal que el delito. De aquí se infiere que la pena de muerte , si no es absolutamente necesaria , si con otras penas ménos scvéras se puede conseguir el mismo fin , no es económica sino injusta. La pena mas económica será aquella que no cause ni un átomo de mal que no se convierta en provecho : en la pena pecunaria se halla esta cualidad en un grado eminente.

7^a La pena debe ser remisible , es decir, debe ser tal, que el mal que cause pueda repararse en el caso de que venga á descubrirse que ha sido impuesta sin causa legítima. 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 muchas veces ha sucedido ; y debe pre-

cisamente suceder mientras no haya un carácter seguro para distinguir lo falso de lo verdadero, y sea necesario juzgar por testimonios y pruebas falibles.... Sea pues una máxima constante en legislación penal, que no deben admitirse penas absolutamente irreparables sin una necesidad demostrada.

A mas de esto la pena debe poder servir para la reforma del delincuente, la cual se conseguirá conociendo el principio ó pasión que le ha hecho delinquir, y aplicándole una pena que destruya este principio ó esta pasión. Una casa de corrección bien organizada y bien gobernada, puede servir perfectamente á este objeto.

Si no se espera que la pena pueda reformar al delincuente, le debe quitar el poder de dañar, lo que es mucho mas fácil que corregir su voluntad, y esta mayor facilidad, tan cómoda para la pereza, ha hecho sin duda que se haya prodigado tanto la pena de muerte; pero si hay otros medios mas suaves de quitar el poder de dañar, ¿por qué no han de preferirse á la muerte? Yo lo diré: porque es menester pensarlos, es menester establecerlos, y todo esto cuesta trabajo, y á veces dinero: tan poco caso han hecho los mas de los legisladores de la vida de los otros hombres.

En efecto, tanto vale quitar al delincuente la voluntad de dañar, como el poder; y solamente es necesario quitar el poder, cuando no

se le puede quitar la voluntad ; y aun en tal caso se puede usar de otros medios de quitar el poder , sin llegar á la pena capital. Si hay algun caso , dice Bentham , en que no se puede quitar el poder de dañar , sino quitando la vida , es en ocasiones muy raras y extraordinarias ; por ejemplo , en las guerras civiles , y cuando el nombre solo de un gefe , miéntras vive , bastaria para inflamar las pasiones de la muchedumbre ; pero entónces la muerte es ménos una pena que una medida hostil , semejante á la muerte que se dá al soldado enemigo en el campo de batalla. Beccaría habia ya dicho lo mismo que dice Bentham , y aunque grande enemigo de la pena capital , pagó este tributo á la opinion general , que cree necesaria la pena de muerte. Yo no pienso como Bentham ni Beccaría , y me parece que aun en la suposicion muy extraordinaria que se figuran , un legislador inspirado por la justicia y la humanidad , hallaria medios de quitar al gefe de partido toda su influencia y el poder de dañar , sin quitarle la vida::: Un encierro ignorado en un lugar distante , ¿ no produciria el mismo efecto ? El estado de guerra entre el delincuente y la sociedad , con que se pretende justificar la pena capital , es una suposicion quimérica y absurda : un hombre en guerra con diez millones de hombres ó con treinta , es un sueño ridículo ; fuera de que , ya hemos hecho ver que no es licito quitar la vida al enemigo ren-

dido ; y si se adopta el sistema de la guerra entre el delincuente y la sociedad, un delincuente en manos de la justicia no puede ser considerado sino como un enemigo rendido.

Dar á la parte perjudicada por el delito una indemnizacion competente es una cualidad de la pena , y una ventaja característica de las penas pecuniarias que deben preferirse á todas , siempre que por otra parte presenten un motivo bastante represivo del delito.

Por último , las penas deben ser populares , es decir , no deben chocar con la opinion pública. Cuando en España se ha querido castigar á los contrabandistas con' las mismas penas infamantes que á los ladrones , ¿ qué ha sucedido ? que el pueblo que aborrece á los ladrones y los persigue con todo su poder , como una raza infame y nociva , protege , encubre y socorre á los contrabandistas , mirándoles como unos negociantes que hacen una especie de comercio muy arriesgado , pero provechoso al mismo tiempo al comerciante y al consumidor. Las penas impopulares tienen todos los inconvenientes que expone Bentham , y acaso el mayor de todos es el de manifestar el desprecio que hace el legislador de la opinion pública ; porque este desprecio obstina al pueblo en defender su opinion , y le pone en una especie de guerra con el legislador.