

# DISCURSO SOBRE LAS PENAS CONTRAHIDO Á LAS LEYES CRIMINALES DE ESPAÑA, PARA FACILITAR SU REFORMA

Manuel de Lardizábal y Uribe

Se transcriben algunas de las reflexiones de Lardizábal sobre las penas, en las que cabe destacar su insistencia en que sólo deben imponerse las que sean absolutamente necesarias, su exigencia de proporcionalidad y su recomendación de benignidad como muestras de la política criminal racional propugnada por la Ilustración.

Con ello se pone de manifiesto que la tendencia actual al endurecimiento constante y desmesurado de la pena carcelaria (en un país como España, con la mayor población reclusa por 100.000 habitantes de Europa y entre los de menor delincuencia relativa) es fruto del triunfo mediático y político de una indeseable y retrógrada contrailustración.

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

## CAPITULO II

### DE LAS QUALIDADES Y CIRCUNSTANCIAS, QUE DEBEN CONCURRIR EN LAS PENAS, PARA SER ÚTILES Y CONVENIENTES

1. De lo dicho en el número 5 del capítulo antecedente resulta, que toda sociedad se compone precisamente de dos principios diametralmente opuestos, que son el interes particular de cada individuo, y el general de toda la comunidad, los cuales están siempre en un continuo choque y conflicto, y se destruirian en breve, destruyendo al mismo tiempo la sociedad, si por una feliz combinacion no se conciliasen estos dos intereses opuestos, y se impidiese la destruccion del uno, disminuyendo la actividad del otro.

2. Este es puntualmente el fin y objeto de las leyes criminales, tan antiguas por esta razon, como la misma sociedad, y de las cuales, como se ha dicho, depende inmediatamente la justa

libertad del ciudadano, y por consiguiente su verdadera felicidad. Mas para que estas leyes consigan tan saludable fin, es necesario, que las penas impuestas por ellas se deriven de la naturaleza de los delitos: que sean proporcionadas á ellos: que sean públicas, prontas, irremisibles y necesarias: que sean lo ménos rigurosas, que fuere posible, atendidas las circunstancias: finalmente que sean dictadas por la misma ley.

3. Si las penas no se derivaren de la naturaleza de los delitos, si no tuvieren cierta analogía con ellos, se trastornarán todas las ideas y verdaderas nociones de la justicia: se confundirán las personas con las cosas, la vida del hombre con sus bienes: se apreciarán estos tanto ó mas que su honra: se redimirán con penas pecuniarias las violencias y delitos contra la seguridad personal: inconveniente, en que cayéron muchas de nuestras leyes antiguas dictadas por el espíritu feudal, y que debe evitarse en toda buena legislación, como se dirá despues.

4. Triunfa la libertad, dice el Presidente Montesquieu, quando las leyes criminales sacan las penas que imponen de la naturaleza particular de cada delito, porque entónces cesa todo arbitrio, y la pena no se deriva de la voluntad, ó del capricho del legislador, sino de la naturaleza de la misma cosa, y así no es el hombre el que hace violencia al hombre, quando se le castiga, sino sus mismas acciones: reflexiones que habia hecho Ciceron mucho tiempo ántes.

5. Todos los delitos, que pueden cometerse, se reducen á quatro clases: contra la religion, contra las costumbres, contra la tranquilidad, y contra la seguridad pública, ó privada. Los delitos contra la religion (no los que turban el uso, ó exercicio de ella, porque estos, segun sus circunstancias, pertenecerán á la tercera ó quarta clase; sino los que son puramente contra la religion y el repeto debido á ella, como juramentos, blasfemias, &c.) deberian castigarse, para que la pena se derive de la naturaleza del delito, con la privacion de las ventajas y beneficios que ofrece la misma religion á los que la respetan y reverencian, como es la expulsion de los templos, la privacion de la sociedad de los fieles, &c.

7. Del mismo modo los delitos contra las costumbres se deben castigar con la privacion de las ventajas y beneficios que ofrece la sociedad á los que conservan la pureza de ellas. La vergüenza, el oprobrio, el desprecio, la expulsion del lugar serán penas correspondientes: así como lo serán para contener los delitos que perturban la tranquilidad, privar á los delinqüentes de la misma tranquilidad, ya quitándoles la libertad, ya expeliéndolos de la sociedad que perturban. Por la misma razon debe rehusarse la seguridad al que perturba la de los otros, castigándole con penas corporales, pecuniarias, ó de infamia, segun que él perturba la seguridad de la persona, de los bienes, ó de la honra de sus conciudadanos.

8. Pero hay algunos delitos, que correspondiendo por su naturaleza á una clase, las circunstancias hacen que pertenezcan á otra. El juramento, por exemplo, que por su naturaleza es contra la religion, y pertenece á la primera clase, si de él se siguiere perjuicio de tercero, segun fuese este perjuicio, corresponderá á la tercera ó quarta. El rapto, el estupro, que son contra las costumbres, y pertenecen á la segunda, por la violencia que causan, y la seguridad que perturban, corresponden ya á la quarta, y así deberán castigarse con las penas correspondientes á ellas.

9. Sucede tambien algunas veces, que las penas, que se derivan de la naturaleza de los delitos, ó no son bastantes por sí solas para escarmentar al delinqüente, ó no se pueden imponer. Las penas religiosas, por exemplo, podrán tal ve no ser bastantes para contener á los sacrílegos; entónces es necesario usar de penas civiles. El que invade los bienes de otro sin perjudicarle en su persona, deberia ser castigado con penas pecuniarias; pero si no tiene bienes, como sucede muchas veces, no debe quedar el delito impune. En todos estos casos y otros semejantes es necesario imponer otras penas; pero procurando siempre apartarse lo ménos que sea posible de la analogía que debe haber entre la pena y el delito: regla que no se ha observado en algunas de nuestras leyes.

10. Disputan los Jurisconsultos sobre la proporcion que debe guardarse en la imposi-

cion de las penas. Comunmente dice, que la geométrica, á distincion de los contratos, en los quales debe guardarse la aritmética. Pero esto no es tan constante, que muchas veces no se observe lo contrario. En el contrato de sociedad, por exemplo, se distribuyen las ganancias con proporcion geométrica, y para resarcir el daño causado por un delito se usará de la aritmética. Bodino de la mezcla de estas dos proporciones formó otra tercera, que llamó armónica, que es la que, según él, debe guardarse en la imposicion de las penas, y que le impugnan otros autores.

11. Pero prescindiendo de esta disputa, cuya decision no es necesaria para nuestro asunto, lo cierto es, que entre la pena y el delito debe haber cierta igualdad, á cuya regulacion contribuyen todas las circunstancias que constituyen la naturaleza del delito, de las que se tratará en su lugar correspondiente. Esta igualdad es la que llamamos proporcion entre la pena y el delito, y la que es absolutamente necesaria, por ser el alma y el principio nervio de toda buena legislacion criminal, la qual, faltándole esta proporcion, se destruirá por sí misma, á manera de un vasto edificio, en el qual los pesos menores se cargasen sobre las mas fuertes columnas, y los mas enormes sobre las mas débiles.

12. La razon misma dista, que el delito grave se castigue con mas severidad que el leve. Si la ley no hace esta justa distincion en las penas, los hombres tampoco harán diferencia entre los delitos, y de esta injusta igualdad resulta una muy singular contradiccion, qual es, que las leyes tengan que castigar delitos, que ellas mismas han ocasionado, á la manera que el Domiciano refiere Zonáras, que imponia la pena de adulterio á las mugeres de que él mismo habia abusado.

13. Las leyes, por exemplo, que imponen pena capital indistintamente al ladron que roba y asesina en un camino, y al que se contenta solo con robar, ¿quantos asesinatos habrán causado, aunque contra su intencion, que no se habrian cometido, si se hubiera guardado la debida proporcion en las penas? El ladron que sabe, que mate ó no mate, ha de sufrir la pena

capital por solo el hecho de haber robado en un camino, quita la vida al que roba, porque este es un medio de ocultar su delito y evitar el castigo, ó á lo menos de dificultar y dilatar su prueba. Y he aquí como la misma ley expone la vida del hombre, por conservar sus bienes, y obliga á un facineroso á cometer dos delitos, quando acaso solo pensaria en uno. Es verdad, que el que sale á robar á un camino, no solo quita los bienes, sino que tambien perturba la seguridad de la persona y la pública que debe haber en los caminos. Pero esto lo que prueba es, que semejantes robos deben castigarse con mayor pena, que los que no tienen estas circunstancias; mas nunca probará, que deba imponerse la pena capital, porque la seguridad personal consta de muchos grados desde la perturbacion de la tranquilidad hasta la privacion de la vida, los quales nunca deben confundirse por las leyes: de otro modo, una injuria personal, unos golpes, una herida deberian castigarse con la misma pena que el homicidio.

14. Por regla general las leyes penales deben hacerse de modo, que el que se determine á cometer un delito, tenga algun interes en no consumarle, en no cometerle con ciertas circunstancias que le hagan mas atroz y pernicioso, en o pasar de una atrocidad á otra. Esto solo puede conseguirse por medio de una graduacion de penas proporcionadas á los progresos que se hagan en la prosecucion del delito, á las circunstancias más, ó menos graves, y á la mayor ó menor atrocidad. Las penas y los premios obran de una misma manera en su clase, y producen respectivamente los mismos efectos, aunque de un modo inverso. Si el mérito comun y ordinario se premia igualmente que el extraordinario y singular, los hombres se contentarán con una medianía, y nunca aspirarán á cosas grandes, porque alcanzando lo mismo con poco trabajo, que con mucho, les falta el estímulo é interes, que regularmente suele ser el principal móvil de la mayor parte de las acciones humanas. Por la misma razon, si los delitos menores y menos qualificados se castigan con igual pena, que los mayores y mas atroces, con facilidad se llegará á los extremos, porque en ellos suele darse mas desahogo á las

pasiones, por otra parte no hay mas que temer, y por consiguiente no hay tampoco un interes, que estimule á contenerse en los medios.

15. Otra contradiccion no ménos singular, que causa la desproporcion de las penas, es hacer impunes y mas freqüentes aquellos mismos delitos, que con mas cuidado y esfuerzo pretende extirpar la ley. Tal es el efecto que entre nosotros ha causado la pena capital impuesta al hurto doméstico, al simple cometido en la Corte, y al bancarrota fraudulento, que oculta los bienes, ó se alza con ellos. Un hombre á quien un doméstico suyo le hace algun hurto, que sabe, que si le acusa y se le prueba, le han de imponer la pena capital, conociendo la infinita distancia que hay entre cincuenta pesos, por exemplo, y la vida del hombre mas miserable, teniendo los perpetuos remordimientos que le atormentarian, si por esta causa hiciese quitarle la vida, y temiendo tambien la censura de los demas y la nota en que justamente incurriria por semejante procedimiento, á ménos de no estar enteramente poseido de un vilísimo interes, y despojado de todo sentimiento de humanidad, no se atreve á denunciar el delito, y se contenta con echar de su casa al que le cometi6, el qual con esta confianza va haciendo lo mismo á quantas partes va, y de esta suerte, en vez de contener los hurtos domésticos la gravedad de la pena, solo sirve para fomentarlos con la impunidad. La experiencia es la mejor prueba de la verdad de este discurso.

16. Si en lugar de la pena de muerte se impusiera otra proporcionada, los robados no tendrían repugnancia en acusar, ni los testigos en deponer: se evitarían muchos juramentos falsos, se castigarían mas seguramente los hurtos, y se corregirían muchos ladrones, que ahora acaso se hacen incorregibles por la impunidad, y de hurtos domésticos pasan á cometer otros delitos mas graves. Es verdad que la confianza, que es preciso tener en los domésticos, les da mas proporcion y facilidad para ser infieles, y por consiguiente es necesario contener con el rigor esta facilidad. De aquí se infiere que los hurtos domésticos deben castigarse con mas rigor que los simples; pero esto debe ser, guar-

dando siempre la analogía y debida proporcion entre la pena y el delito, la qual no se guarda ciertamente imponiendo la pena capital.

17. Esta es tambien la causa, como hemos dicho, de la absoluta impunidad y freqüencia de los bancarrotas fraudulentos. La ley que les impone la pena capital, solo sirve como otras muchas, para ocupar lugar en el Cuerpo del derecho. Hasta ahora no se ha visto en el patíbulo, como manda la ley, uno de estos tramposos: y no es porque con el rigor de la pena se haya disminuido el número de ellos, pues todos los dias se están viendo muchos, que faltando torpemente á la fe, y burlándose de la justicia y de sus acreedores, dexan perdidos á muchos que hiciéron confianza de ellos. Para evitar estos excesos demasiado comunes, seria conveniente imponer otra pena mas moderada y análoga al delito, pero que se executase irremisiblemente. Lo que se hace mas necesario en un tiempo en que aumentándose cada dia con el lux6 la corrupcion de las costumbres, se multiplican tambien estos perniciosos devoradores de bienes ajenos con notable detrimento de la república. Es pues evidente, que uno de los mas principales cuidados que debe tenerse en el establecimiento ó reforma de las leyes criminales, es que todas las penas se deriven de la naturaleza de los delitos, y sean siempre proporcionadas á la mayor ó menor gravedad de ellos.

18. Un sabio legislador no imitará ciertamente á aquel Emperador Griego, de quien refiere Nicéforo, que habiéndose suscitado una grande sedicion en Constantinopla, y descubierto el autor de ella, le impuso la pena de azotes, y habiendo este mismo impostor acusado falsamente á algunas personas de autoridad le condenó á ser quemado. ¡Extraña graduacion entre el delito de lesa Magestad y el de calumnia! No es ménos extraña la ley de los antiguos Saxones y Burgundiones, que castigaba con pena capital el hurto de un caballo, de una colmena de abejas, ó de un buey, y con multa pecuniaria la muerte de un hombre. Semejantes leyes al paso que por una parte manifiestan su crueldad, abren por otra una puerta muy ancha á los mas atroces delitos.

22. La union de las ideas es el cimiento de la fábrica del entendimiento humano, y puede con verdad decirse, que sobre las tiernas fibras del cerebro está fundada la basa inalterable de los mas firmes Imperios. Mas para conservar en el entendimiento la union de las ideas, deben estas ser realmente inseparables en los objetos. Es pues necesario, que la pena siga inmediatamente al delito. Es muy importante, que el delito se mire siempre como causa de la pena, y la pena como efecto del delito. Si se quiere mantener el órden público, es necesario observar con vigilancia á los malos, perseguirlos sin intermision, y castigarlos con prontitud.

23. Así lo han creido tambien nuestros legisladores. Una ley de Partida manda que ninguna causa criminal pueda durar mas de dos años. En el auto acordado *21.tit.II.lib.8.* se manda, que todas las causas que se fulminaren, así de oficio como á querella particular en materia de hurtos, robos, latrocinios cometidos en la Corte y cinco leguas de su rastro, se hayan de substanciar y determinar precisamente en el término de treinta dias. La misma razon hay para extender esta providencia á todos los Lugares fuera de la Corte, no siendo el hurto de muchos cómplices, en cuyo caso se deberá fixar un tiempo proporcionado: y aunque no se prescriba el término preciso de treinta dias para las demas causas criminales, se deberian cortar muchas dilaciones, que no siendo necesarias para la justa defensa de los reos, les son á ellos mismos sumamente perjudiciales, igualmente que á la causa pública, á la qual importa que los delitos se castiguen con toda la brevedad posible.

24. Si la prontitud en el castigo hace la pena mas util, tambien la hace mas justa. Qualquier reo, miéntras no es convencido y condenado legítimamente, es acreedor de justicia á todos los miramientos que dicta la humanidad. Débenese excusar por consiguiente, en quanto se posible, las aflicciones y anxiedades que trae consigo una larga y penosa incertidumbre de su suerte, la qual se aumenta con la privacion de la libertad, con las molestias y vexaciones de la prision, las quales deben excusarse enteramente, por ser contrarias al derecho natural,

siempre que no sean precisamente necesarias para la seguridad de la persona, ó para que no se oculten las pruebas del delito: porque *la cárcel*, dice el Rey D. Alonso, *debe ser para guardar los presos, é non para facerles enemiga, nin otro mal, nin darles pena en ella.* Por esta misma razon prohibe la ley que se pueda condena á ningun hombre libre á cárcel perpetua: y otra manda, que si despues de haber estado un acusado dos años en la cárcel, no se le probase el delito, *que sea sacado de la cárcel en que está preso, é dado por quito.*

27. Otra de las qualidades que hemos dicho debe tener la pena para ser util, es ser necesaria. No creo deberme entender en persuadir una verdad tan notoria, que solo podria ignorarla quien careciese de la luz de la razon natural. Los derechos sagrados de la justicia se convertirían en una detestable y cruel tiranía, si hubiera algun hombre sobre la tierra, que tuviese facultad para imponer penas que no sean absolutamente necesarias. Y de aquí resulta, que estas deben ser, como se ha dicho, lo ménos ríguosas que sea posible, atendidas las circunstancias, porque en quanto excediesen en esta parte, dexarian de ser ya necesarias.

29. Pero no es ciertamente la crueldad de las penas el mayor freno para contener los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los Magistrados, que deben ser inexôrables en imponerlas. *Si se examina la causa de todas las relaxaciones*, dice el mismo Montesquieu, *se verá que proviene de la impunidad de los delitos, y no de la moderacion de las penas.* En todos los paises y tiempos en que se han usado castigos muy crueles, se han experimentado los mas atroces é inhumanos delitos. Así lo atestiguan todas las historias, y así se experimenta en el Japon, en donde compete la crueldad de las penas con la atrocidad de los delitos, y son estos tan freqüentes, como si absolutamente no se castigaran, segun se refiere en la coleccion de los viages que han servido para el establecimiento de la Compañía de las Indias.

32. La última qualidad que hemos dicho deben tener las penas, es ser dictadas por la misma ley. Los Publicistas ponen justamente

la potestad de imponer penas entre los derechos de la Magestad, que llaman inmanentes, esto es, inseparables de ella: y no carece enteramente de razon Hobbes, quando dice, que el imponer pena mayor que la determinada por la ley, es una verdadera hostilidad. Solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador. Toda la facultad de los jueces debe reducirse únicamente á exâminar, si el acusado ha contravenido ó no á la ley, para absolverle, ó condenarle en la pena señalada por ella.

33. Si se dexase en su arbitrio el imponer penas, el derogarlas ó alterarlas, se causarían innumerables males á la sociedad. La suerte de los ciudadanos sería siempre incierta, su vida, su honra, sus bienes quedarían expuestos al capricho, á la malicia, á la ignorancia y á todas las pasiones que pueden dominar á un hombre. Si no hay leyes fixas, ó las que hay son oscuras, ó están enteramente sin uso, es preciso caer en el inconveniente del arbitrio judicial, si la potestad legislativa no ocurre á este daño, haciendo leyes, declarando las oscuras, y subrogando otras nuevas en lugar de las antiquadas.