

# *Discurso sobre las penas*

*contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*

Manuel de Lardizábal y Uribe

*Non enim profecto ignoras legum opportunitates, et medelas pro temporum moribus, et pro rerum publicarum generibus, proque vitiorum, quibus medendum est fervoribus mutari atque flecti, neque uno statu consistere; quin ut facies coeli, et maris ita rerum atque fortunae tempestatibus varientur.*

Sext. Caecil. apud A. Gell. Noct. Attic. XX. 1.



## **Prólogo**

I. Nada interesa más a una nación, que el tener buenas leyes criminales porque de ellas depende su libertad civil y en gran parte la buena constitución y seguridad del Estado. Pero acaso no hay una empresa tan difícil como llevar a su entera perfección la legislación criminal.

II. Las pasiones siempre vivas de los hombres, y la malicia infinitamente variable, que encierra en sus profundos y tortuosos senos el corazón humano, producen naturalmente la perfidia, el dolo, las disensiones, la injusticia, la violencia, la opresión, y todos los demás vicios y delitos, que al paso que perturban el sosiego y seguridad de los particulares, tienen en una continua agitación y peligro a la república.

III. Contener, o prevenir estos malos efectos; encadenar la fuerza y la violencia con lazos suaves, pero fuertes; sujetar las voluntades de los hombres sin perjudicar su justa libertad; conciliar el interés común de la sociedad con los derechos particulares de los ciudadanos; combinarlos de suerte, que no se destruyan mutuamente con su oposición; dirigir y manejar con destreza las pasiones de los hombres, haciéndolas servir también, si fuere necesario, al bien público, son los verdaderos objetos y el noble fin de toda legislación criminal.

IV. Pero ¡cuántos obstáculos y cuántas dificultades no deben ofrecerse a un legislador en la ejecución de una empresa tan ardua como sublime! Para conseguirla es necesario un penoso y prolijo estudio de la filosofía, de la moral, de la política; un conocimiento exacto de la justicia esencial y primitiva escrita en el Código de la naturaleza, fuente y origen de toda legislación; una ciencia cabal de las relaciones e intereses mutuos que debe haber entre la sociedad y sus individuos, y sobre todo un profundo estudio y conocimiento del corazón del hombre, el mayor enigma y más difícil de descifrar que hay en toda la naturaleza.

V. A vista de esto no debe causar admiración, que las leyes criminales de la mayor parte de los Estados de la Europa sean tan informes, y estén todavía tan distantes de su perfección; lo que se extrañará mucho menos, si se advierte, que algunas de estas leyes han sido efecto de la casualidad, o de urgencias momentáneas y pasajeras, otras (y éstas son las más) han sido hechas en unos tiempos tenebrosos, en que por una grande ignorancia, cuyos efectos necesarios son la ferocidad en las costumbres y la crueldad en los ánimos, se creía, que para contener los delitos, y refrenar las pasiones de los hombres, no podía haber otro medio que la fuerza, el rigor, la dureza, la severidad, el fuego y la espada. En unos tiempos, en que la venganza pronunciaba, y la cólera ejecutaba los juicios.

VI. Ésta ha sido la suerte fatal y necesaria de todas las legislaciones criminales de la Europa después de las irrupciones de los Bárbaros, y ésta tocó también por consiguiente, como era preciso, a la nuestra. Sin embargo, creo que con verdad puede decirse, que con todos sus

defectos ninguna hay que tenga menos, y para convencerse de ello, basta leer con cuidado la Partida séptima y el libro octavo de la Recopilación, cotejando sus leyes con las penales de otras naciones.<sup>1</sup>

VII. Pero después que el estudio de la filosofía, de la moral, de la política, de las letras humanas, y de las ciencias naturales, habiendo ilustrado más los entendimientos, suavizó también, y moderó las costumbres; después que dio a conocer todo el precio de la vida y de la libertad del hombre, y se substituyó ésta a la esclavitud, igualmente que la humanidad y la dulzura a la severidad y al rigor, no podía ocultarse ya la indispensable necesidad de reformar las leyes criminales, de mitigar su severidad, de establecer penas proporcionadas a la

---

<sup>1</sup> “Nuestras leyes penales, dice un sabio Magistrado Francés, son propiamente hablando, una legislación, que más bien necesita hacerse enteramente de nuevo, que reformarse. El desorden en esta parte tan importante es tal, que no se sabe adonde se han de buscar estas leyes... Apenas se puede creer, que una nación culta después de tanto tiempo tenga un Código penal tan informe: y si además de esta confusión se examinan con cuidado sus disposiciones, no causará menos sorpresa ver tan poca relación y proporción entre los delitos y las penas. Todo parece obra de la casualidad y de la ventura. Por todas partes domina un rigor muy grande, y algunas veces es tan excesivo, que la ley solo pasa por conminatoria, dexando de producir sus efectos por su exceso, y el juez hace un acto de justicia en modificarla, o en dexararla enteramente sin ejecución” *Mr. Letrosne, Reflexions sur la reforme de la legislation criminelle, pag. 127.*

“Es preciso confesarlo (dice otro Magistrado también Francés). Nuestras leyes criminales están muy distantes de la perfección. En vez de formar por una graduación bien seguida de penas y delitos dos cadenas, cuyas partes todas se correspondan mutuamente, para abrazar toda la sociedad política, están desparramadas sin unión, sin conexión ninguna, y dexan entre sí unos grandes vacíos, en donde puede extraviarse fácilmente un Magistrado. En efecto nuestras leyes no han distinguido, ni las penas, ni los delitos: no han hecho separación ninguna por su especie, por su objeto, por sus grados. ¡Qué diferentes son sin embargo según la diversidad de sus objetos! Los unos atacan más derechamente a los particulares, los otros al público: unos al Soberano, otros al mismo Dios. ¡Qué diversos según la variedad de los grados! ¡Quantos de estos hay que notar, y quantos delitos que distinguir desde la irreverencia hasta el sacrilegio, desde la murmuración hasta la sedición, desde la amenaza hasta el homicidio, desde la maledicencia hasta la difamación, desde la ratería hasta la invasión!... ¡ Cosa extraña! Tenemos nomeclaturas muy completas de los animales y de las plantas, y no la tenemos de nuestras acciones morales. Nuestra nación hace muchos siglos que existe, y hasta ayer no hemos pensado en la moral. De los extremos de la carrera de las ciencias volvemos al cabo hacia nosotros mismos, a la manera de un viajero, que habiendo visto todo lo que hay fuera de su patria, es ciudadano del mundo y extranjero en su propia casa.” *Mr. Servant, Discours sur la justice criminelle, pág. 87.*

La verdad de estos discursos la ha hecho ver prácticamente Mr. Muyart de Vouglans con su colección de las leyes criminales de Francia, publicada en un tomo en folio el año de 1780 con el título de: *Les loix criminelles de France dans leur ordre naturel.* Es preciso confesar sin embargo, que el trabajo de este Magistrado es digno de toda alabanza, porque habiéndose de juzgar, como es preciso, por las leyes, buenas o malas tal qual están, mientras no sean reformadas por la potestad legítima, ha hecho un grande beneficio a los jueces y letrados, en darles juntas en un volumen de leyes, que tendrían que buscar dispersas en muchos.

naturaleza de los delitos, a la mayor sensibilidad de los hombres, y al diverso carácter, usos y costumbres que habían adquirido las naciones.

VIII. Este conocimiento ha producido una fermentación general en la Europa, y hemos visto a los Príncipes, a los Cuerpos, y a los particulares dedicarse con todo empeño, y como a porfía a erigir por todas partes monumentos ilustres a la humanidad, que harán eterna su memoria. En Rusia, en Alemania, en Prusia, en Suecia, en Polonia, en Toscana ha habido una feliz revolución en los Cuerpos de las leyes; se han reemplazado muchas antiguas con otras nuevas acomodadas a las actuales circunstancias, y se han substituido en algunos de estos Estados a voluminosas compilaciones por ordenanzas sencillas, claras y en poco número.

IX. Las Academias y Sociedades proponen asuntos dirigidos al mismo fin, y ofrecen premios a los que con más acierto los desempeñaren. Muchos particulares, empleando dignamente y con verdadera utilidad su instrucción y talentos, han consagrado también sus vigiliias y tareas al bien de la humanidad y a la felicidad de los pueblos, y han ilustrado con sus escritos ésta tan importante como noble parte de la legislación, tratando materias concernientes a ella, que, sin embargo de su importancia y necesidad, estaban o muy descuidadas o enteramente abandonadas.

X. La lectura de varias de estas obras, que han llegado a mis manos, y el estudio que he tenido que hacer de nuestras leyes criminales, para formar extractos de todas ellas, mandados ejecutar por orden superior, con el fin de reformarlas, me suscitaron el pensamiento de escribir el presente Discurso, en el cual aprovechándome de las luces que he adquirido en las expresadas obras y en las mismas leyes, he procurado exponer metódicamente aquellos principios y máximas generales, que pudiendo servir para la reforma, sean al mismo tiempo adaptables a nuestras costumbres y a la constitución de nuestro Gobierno.

XI. Sería superfluo y enteramente inútil mi trabajo, si no hubiera procurado aplicar, como lo he ejecutado, en cuanto me ha sido posible, estas máximas y principios a nuestras leyes penales, ya indicando las que me parece que deben reformarse, ya apoyando los principios y máximas propuestas con la autoridad de las mismas leyes, con el fin, en esto segundo, de hacer ver de algún modo la verdad de lo que he dicho antes, que entre todas las legislaciones criminales de la Europa, que no se han reformado en estos tiempos, ninguna hay menos defectuosa que la nuestra. Y no sería difícil hacer ver también, si fuera necesario, que algunas máximas que se establecen y adoptan hoy como útiles y nuevas, se hallan autorizadas y consagradas de tiempo inmemorial en nuestras leyes patrias.

XII. Conozco la cortedad de mis talentos y toda la dificultad del asunto que he emprendido. Estoy muy distante de creer que he acertado a tratarle con la dignidad y perfección que merece. Sé también, que no faltan en la nación Magistrados sabios, Profesores y Letrados instruidos, capaces por su erudición y talento, no sólo de corregir los yerros y defectos en que yo habré incurrido, y de suplir todo lo que falta a este Discurso, que sujeto gustosamente a su censura; sino también de hacer efectiva con las luces que puede ministrarles su experiencia, su prudencia y sabiduría, una reforma de nuestras leyes completa y digna del siglo en que vivimos.

XIII. Si yo lograra excitar su emulación, su diligencia y su celo por el bien público, y convertirlo hacia esta parte que tanto interesa a la humanidad, habría constituido uno de los fines que me he propuesto en la publicación de este Discurso, y también el fruto de mi trabajo, con el cual sólo aspiro a manifestar prácticamente mis eficaces deseos de contribuir en cuanto me sea posible, a la conclusión de una obra, de que tanta utilidad debe seguirse a la patria y me creería bastante feliz, si hubiese acertado a suministrar algunos materiales para este gran edificio.



# Introducción

... *absistere bello,*  
*Oppida coeperunt munire, et ponere leges*  
*Ne quis fur esset, neu latro, neu quis adulter.*  
Horat. 1. satyr. 3. v. 99.,

1. Si el hombre, que nació para vivir en sociedad, fuera siempre fiel en cumplir con las obligaciones que le impone la naturaleza y la misma sociedad, para hacerle feliz, no sería necesaria una autoridad superior que le compeliere a aquello mismo que voluntariamente debiera hacer. Pero agitado violentamente de sus pasiones, y poseído de un ciego y desordenado amor de sí mismo, está haciendo siempre continuos esfuerzos para traspasar los justos límites que le han puesto la equidad, la justicia y la razón. Y éste es el verdadero origen de las Potestades Supremas, sin las cuales, ni la sociedad podría subsistir, ni gozar en ella el hombre de su verdadera libertad, la cual precisamente consiste en una perfecta obediencia y entera sujeción a las leyes dictadas con equidad y con justicia.

2. De aquí es, que la potestad legislativa se ha mirado siempre como el más noble e inseparable atributo de la Soberanía. Pero como a los Reyes y Príncipes, según se explica el sabio Rey D. Alonso<sup>2</sup> les confió Dios el Señorío sobre los pueblos, *porque la justicia fuese guardada por ellos*, esto es, para que con su protección y gobierno los hagan felices y los conserven en quietud y seguridad, deben siempre dirigir todo su conato y desvelos a este importante y saludable fin, y para conseguirle es necesario, que las leyes con que han de ser gobernados los pueblos se acomoden a la república, y no la república a las leyes.

3. Esta máxima cierta y constante, hablando de la legislación en general, lo es mucho más si se contrae a las leyes criminales, de cuya bondad depende inmediata y principalmente la seguridad de los ciudadanos, y, por consiguiente, su libertad. Por eso un sabio y prudente legislador en el establecimiento de las expresadas leyes debe tener siempre presente la religión, el carácter, las costumbres y el genio de la nación que gobierna. Hasta la situación y el clima del país deben tener influencia en las leyes penales respecto de ciertos delitos: no tanta a la verdad como algunos autores han querido darle; pero ni tan poca o ninguna como pretenden otros, pues no se puede dudar que el clima influye en la organización física, y por consiguiente en la moral de los hombres, siendo ésta la razón por la que en unos países suele abundar más que en otros cierto género de delitos.

4. Una nación bárbara, feroz e ignorante pide diversas leyes, diversas penas y castigos, que una nación culta, ilustrada, y de costumbres moderadas y suaves. Las leyes Regias hechas en la fundación de Roma, como que se hacían para unos hombres fugitivos, para esclavos y forajidos, de que se compuso aquella famosa ciudad en sus principios, eran muy severas, como convenía a la constitución y carácter de la sociedad en que se establecían. Pero después que con la expulsión de los Reyes, y últimamente con la de los Decenviros fue arrojada también la tiranía a que éstos aspiraban; después que el espíritu republicano introdujo más ilustración y mejores costumbres en Roma, sus leyes fueron más moderadas. Las penas de sangre y fuego, que para afirmar su sistema de dominación trasladaron los Decenviros de las leyes Regias a las de las doce tablas, aunque no fueron derogadas expresamente, quedaron del

---

<sup>2</sup> Ley 6. tit. 25. part. 7.

todo inutilizadas por la ley Porcia, y no hubo jamás pueblo alguno, como dice Tito Livio<sup>3</sup>, que amase más la moderación en las penas.

5. Fuéronse introduciendo después con el tiempo en el gobierno de Roma y en su disciplina militar varios abusos y relajaciones, que, infaliblemente, debían causar algún día la ruina del Imperio. Pero ésta se anticipó con las violentas irrupciones de las diversas naciones del norte, que, a manera de un torrente impetuoso, que destruye cuanto encuentra, inundaron en sangre humana toda la Europa dejando impresas por todas partes las funestas señales de su bárbara ferocidad. Destrozaron el vasto y poderoso Imperio de Roma y abolieron con su nombre su dominación.

6. Después de una catástrofe tan horrorosa como sangrienta, la Europa mudó enteramente de semblante, y quedó sumergida en la más profunda ignorancia. Apenas habían quedado ya algunos confusos vestigios, que después se extinguieron totalmente, de la política, de la jurisprudencia, de las artes y ciencias de los romanos. Todo era ya nuevo, todo diverso: nuevas formas de gobierno, nuevas costumbres, nuevos usos, nuevas lenguas, nuevos nombres de hombres y de países, nuevas divisiones de tierras, y lo que a todo esto era consiguiente, nuevas leyes también.

7. La nueva división de tierras produjo el gobierno feudal desconocido hasta entonces, el cual por su naturaleza misma, y en su constitución, aun la más perfecta, contiene ciertos principios de disolución, de independencia y de anarquía, los cuales, manifestándose con el tiempo, produjeron innumerables desórdenes y disensiones; de suerte que un reino considerable por su extensión y por su poder, estaba dividido y como desmembrado en tantas dominaciones particulares, cuantos eran los Barones poderosos que le componían.

8. Éstos suscitaban continuas quejas y disturbios, aspirando siempre a la absoluta independencia del Soberano, de quien arrancaban por la fuerza exorbitantes privilegios, que al paso que aumentaban la autoridad y poder de los Señores particulares debilitaban notablemente el de la Corona, y la imposibilitaban para poderse oponer a semejantes usurpaciones, con las cuales se afirmó y consolidó un sistema de gobierno absurdo y funesto, que la violencia había establecido.

9. En una independencia y anarquía feudal semejante, en donde no había un interés común que uniese a los miembros principales con la cabeza: en donde por el contrario eran tantas las causas de discordia y división, se levantaban por todas partes y con leves motivos, quejas, celos y desavenencias, que turbaban la tranquilidad pública y causaban innumerables males al Estado.

10. Los Barones, llenos de orgullo y fiereza, tenían por indecoroso a su jerarquía tomar satisfacción de las injurias personales y vindicar sus demás derechos de otro modo que con su espada, y se arrogaron con igual violencia que injusticia el bárbaro derecho de hacerse la guerra unos a otros por su propia autoridad, y le sostuvieron siempre con obstinación, porque le miraban como el mayor privilegio de su clase y la más notable señal de su independencia.

11. Veíanse por todas partes fortalezas y castillos, construidos, no tanto para resistir a los enemigos exteriores de la patria, cuanto para defender a los habitantes de las hostilidades domésticas, que naciendo unas de otras, se multiplicaban prodigiosamente, y tenían el Estado hecho un teatro sangriento de guerras intestinas, que encendidas por resentimientos particulares, se sostenían con todo el furor y animosidad, que es natural a unos hombres de costumbres feroces, que no conocen más ley que la fuerza, ni más razón que su capricho.

12. Una gran parte de las gentes del pueblo estaban reducidas a la dura y miserable condición de esclavos, y las restantes eran tratadas como si efectivamente lo fuesen. Los

---

<sup>3</sup> *Lib. I. cap. 28.*

nobles, que para conservar sus usurpaciones hechas a la Corona necesitaban recurrir continuamente a la fuerza, miraban con desdén todo ejercicio que no era el de las armas; no conocían más artes que el militar, ni cultivaban otras ciencias que la de la guerra. Los Soberanos, despojados casi enteramente de sus prerrogativas y derechos legítimos, no tenían toda la autoridad y poder necesario para oponerse a las usurpaciones de los poderosos, para mantener el orden público y para sostener el curso regular de la justicia.

13. Todo contribuía a perpetuar la ignorancia, y por consiguiente la ferocidad en las costumbres; todo conspiraba a obstinar los ánimos, a hacer a los hombres duros, feroces y vengativos, y a que mirasen las acciones más crueles y bárbaras con una indiferencia enteramente ajena de la humanidad.

14. Tal era el estado de España y de toda la Europa, cuando se establecieron la mayor parte de nuestras leyes penales; así que no debe causar admiración, que en ellas se encuentren tantas penas capitales, tantas mutilaciones de miembros, tantos tormentos, tanto rigor y severidad, que más parece que se escribieron con sangre y con la espada, que con tinta y con la pluma. Pero así lo pedían las circunstancias del tiempo, el carácter y costumbres de los pueblos.

15. Las penas suaves y moderadas ¿qué impresión podrían hacer en unos ánimos, o envilecidos con la esclavitud, o llenos de ferocidad y elación con la excesiva libertad e independencia? Unos hombres endurecidos con el continuo ejercicio de las armas, acostumbrados a ver con indiferencia derramar la sangre de sus conciudadanos, a vengar con crueles y sangrientas guerras sus injurias personales, ¿cómo podrían ser contenidos con unas leyes que no respirasen igualmente horror, sangre y fuego por todas partes?

16. La suavidad y dulzura en tales circunstancias sería tan inútil y perniciosa, como el demasiado rigor y severidad en una nación culta y civilizada, porque las penas deben proporcionarse al estado de los pueblos y a la sensibilidad de los hombres, la cual se aumenta con la ilustración de los entendimientos, y a proporción que se aumenta la sensibilidad se debe disminuir el rigor de la pena, cuyo fin es sólo corregir con utilidad y no atormentar a los delincuentes.

17. De todo lo dicho resulta, que las leyes penales que establecieron nuestros mayores, aunque muy rígidas y severas, no merecen propiamente hablando, la nota de crueles, porque las circunstancias del tiempo pedían toda su severidad, y eran proporcionadas al carácter de dureza y ferocidad, propio entonces a todas las naciones de Europa. Pero esto mismo hace ver manifiestamente, que el estado actual de la nación, sus diversas costumbres, genio y carácter están clamando por la reforma de las expresadas leyes.

18. Los estragos y calamidades que causaba la división y anarquía, habían llegado a lo sumo del mal. En este estado, según el curso natural de las cosas humanas, o debía perecer la sociedad, o empezar a hacer progresos hacia su bien. Para felicidad del Género humano sucedió esto segundo, y fueron muchas las causas que concurrieron, aunque sucesivamente y con gran lentitud a esta feliz transformación.

19. A medida que los Soberanos, ya abiertamente, ya por medios indirectos y políticos, iban recobrando poco a poco sus antiguas prerrogativas y legítimos derechos, se aumentaba insensiblemente su poder, y se disminuía a proporción la exorbitante autoridad de los nobles. Éstos por el contrario, ya haciendo vivas representaciones, ya resistiendo a fuerza abierta, procuraban sostener su independencia y sus más enormes privilegios, entre los cuales uno de los más peligrosos a la sociedad, y que más obstáculo ponía a la potestad Real, era el derecho que se habían arrogado de hacerse la guerra privadamente, y terminar sus diferencias con la espada; por cuyo motivo los Soberanos, valiéndose de todos los medios posibles, al cabo de muchos esfuerzos y de muchísimo tiempo lograron extinguir esta práctica perniciosa y funesta a la humanidad.

20. No lo era menos el extravagante y absurdo modo de proceder por el combate judicial, que hacía depender de la fuerza o de la ventura la honra y la vida de los hombres. Extinguido este abuso igualmente, y desterradas también las pruebas de agua y fuego, que había introducido la ignorancia y fortalecido la superstición, tomó la administración de la justicia una forma más regular: los Tribunales y Magistrados fueron más respetados, sus decisiones eran arregladas a leyes fijas y conocidas, y se sustituyeron en los juicios por pruebas justas y legales las bárbaras y supersticiosas.

21. Destruídas estas principales causas que fomentaban la dureza y ferocidad en las costumbres, volvió la razón a ejercer su imperio sobre los hombres, y todos los adelantamientos que había en la sociedad eran otros tantos pasos que ésta daba para llegar a la humanidad, civilización y cultura, que es el principal distintivo de nuestro siglo, y que dará en los venideros abundante materia para sus mayores elogios.

22. En medio de tanta luz no podían desconocer ya los hombres sus verdaderos intereses, y haciendo siempre entre ellos continuos progresos la ilustración junto con la humanidad, llegaron a conocer que las penas de sangre y fuego, necesarias en otro tiempo para contener o para castigar los delitos, no eran ya ni convenientes ni proporcionadas al nuevo carácter y diversas costumbres, que había adquirido la nación.

23. Por esto, muchísimas de nuestras antiguas leyes penales fueron perdiendo insensiblemente su vigor, hasta haber llegado a quedar enteramente anticuadas y sin uso alguno; señal cierta de la transformación que había experimentado la sociedad. Pero como a las penas antiguas no se sustituyesen otras nuevas por la pública autoridad, debía resultar, precisamente, o una entera impunidad de los delitos o una inconstancia y voluntariedad en su castigo; males entrambos capaces de causar muchos y muy graves perjuicios a la república.

24. Un daño tan notable no podía ocultarse a la sabia penetración del ilustrado y benéfico Monarca, que felizmente nos gobierna. Este Príncipe piadoso, padre verdaderamente de la patria, cuyos desvelos paternales se extienden hasta los más remotos lugares de su dilatado Imperio, no podía dejar de ocurrir con sus saludables providencias a tan grande mal: y queriendo dejar a la posteridad este nuevo monumento del celo infatigable, con que por todos modos procura incesantemente el mayor bien y felicidad de sus vasallos, después de haber tomado varias y acertadas providencias para impedir la abominable deserción que hacían a los Moros<sup>4</sup> muchísimos de los desterrados a los presidios de África, abandonando torpemente su patria y su religión, encargó al Tribunal Supremo<sup>5</sup>, a quien tiene fiada la administración de justicia y el gobierno de sus pueblos, que tratase y consultase sobre los medios de hacer una reforma en la jurisprudencia criminal.

25. Este sabio y respetable Senado conoció, desde luego, con su acostumbrada penetración y discernimiento, que para hacer una reforma, cual convenía a las benéficas intenciones del Soberano, y que no fuese voluntaria y caprichosa, era indispensable tener a la vista todas las penas que en diversos tiempos se han impuesto a los delitos, y las alteraciones que ha padecido este importante ramo de la legislación. Con este fin se dignó de mandarme, que formase un extracto puntual y circunstanciado de todas las leyes penales que se han publicado en los principales Cuerpos de nuestro Derecho desde la dominación de los Godos hasta el tiempo presente.

26. Procuré desempeñar este apreciable encargo con toda la puntualidad y exactitud que me fue posible; y habiendo merecido mi trabajo la aprobación de tan sabio Tribunal, alentado con su benignidad, me resolví a hacer algunas reflexiones sobre el asunto en el presente Discurso,

---

<sup>4</sup> *L. 13. tit. 24. lib. 8. Recop.*

<sup>5</sup> Real resolución a consulta del Consejo de 25 de Septiembre de 1770.



que dividiré en cinco capítulos. Trataré en el primero de la naturaleza de las penas, de su origen, y de la facultad de establecerlas y regularlas, que reside en las Supremas Potestades; en el segundo de las cualidades y circunstancias que deben concurrir en ellas para ser útiles y convenientes; en el tercero de su objeto y fines; en el cuarto de su verdadera medida y de la de los delitos. Finalmente, en el quinto, trataré de los diversos géneros que hay de penas y de cuales de ellas pueden usarse o no con utilidad de la república.

## Capítulo I

De la naturaleza de las penas, de su origen, y de la facultad de establecerlas y regularlas

1. Entre las diversas etimologías que se dan a la palabra pena, la más cierta, o al menos la más probable, es que trae su origen del nombre griego [*poiné*], o según el dialecto dórico [*poiná*] del cual se formó el latino *poena*, que pasó a nosotros sin más alteración que la de haber perdido la *o* del diptongo; así como del verbo griego [*poináo*] se formó el latino *punio*, y de su infinitivo *punire* el verbo castellano *punir*, aunque ya no está en uso.

2. A esta etimología es muy conforme la definición o descripción que algunos autores<sup>6</sup> hacen de la pena, la cual no es otra cosa, que *el mal que uno padece contra su voluntad y por superior precepto, por el mal que voluntariamente hizo con malicia, o por culpa*. Es pues de naturaleza de la pena, según esta definición, que haya de imponerse por una potestad superior, porque es la ejecución de una sentencia judicial, y por consiguiente no hay pena sin ley, no hay ley sin legislador, ni legislador sin superioridad. Asimismo, es necesario que sea contra la voluntad del que la padece, porque sin esta circunstancia dejaría de ser pena. *No es pena la que se padece voluntariamente*, dice Quintiliano<sup>7</sup>. De todo lo cual se infiere, que no deben contarse en el número de las penas, ni la venganza que privadamente toma uno de otro por algún daño que le haya hecho, ni las mortificaciones y penitencias voluntarias, ni las incomodidades y males que resultan de ciertos vicios y delitos, ni las calamidades que suelen acontecer natural o indirectamente a los hombres.

3. También es de naturaleza de la pena, según la definición, que haya de imponerse al mismo que causó el mal, ya en su cuerpo, ya en su estimación, ya en sus bienes; y por consiguiente a ninguno puede imponerse pena por delito que otro haya cometido, por enorme que sea. Igualmente es de naturaleza de la pena, que para incurrir en ella se cause algún daño o perjuicio, y que este daño se haga voluntariamente y con malicia o por culpa, porque faltando estos requisitos no hay moralidad en las acciones humanas, y, por consiguiente, tampoco hay imputabilidad. De lo dicho se infiere, que nunca puede imponerse pena a los actos puramente internos, ni a las acciones externas que, o son positivamente buenas, o verdaderamente indiferentes, o se ejecutaron sin deliberación alguna. De la aplicación de todos estos principios y de las consecuencias que de ellos se deducen, se tratará con distinción en el progreso de este Discurso en sus lugares correspondientes.

---

<sup>6</sup> Grotius De I. B. & P. lib. 2. cap. 20. n. I. Puffendorf de I.N. & G. lib. 8. cap. 3. §. 4.

<sup>7</sup> *Nulla poena est nisi invito*. Declam.XI.

4. Establecida la naturaleza de las penas, examinemos su origen, y el de la facultad de establecerlas y regularlas. El Barón de Puffendorff<sup>8</sup> y Heineccio prueban contra Grocio<sup>9</sup>, que en el estado natural no puede haber penas propiamente hablando, porque éstas suponen, como hemos dicho, superioridad, lo que no puede verificarse en el estado natural, por ser en él todos iguales; y aunque cada uno puede en este estado rechazar la fuerza con la fuerza, y perseguir a su enemigo hasta ponerle en disposición de que no lo pueda dañar, quitándole también la vida si para ello fuere necesario, esto no es pena, sino una defensa, o venganza tomada por derecho de la guerra, así como aún después de establecidas las sociedades, en que no es lícito a ninguno tomar la venganza por su mano, los Príncipes independientes, que no reconocen superior, vengan mutuamente sus injurias, y las que se hacen a sus vasallos por los que no son súbditos suyos con la fuerza y con las armas por derecho de la guerra ya ofensiva, ya defensiva, sin que los males que esta causa, sean, ni puedan llamarse penas. Es pues necesario buscar el origen de éstas después del estado natural en el establecimiento de las sociedades.

5. En efecto, cuando los hombres por evitar las incomodidades y males que necesariamente trae consigo la vida solitaria, se unieron en sociedad, es evidente, que para que ésta pudiera conservarse, todos y cada uno de ellos renunciaron voluntariamente a una parte de su libertad, depositándola en manos de la comunidad, o de la cabeza que eligieron, para poder gozar con más seguridad de la otra parte que se reservaban. Debieron por consiguiente estipular con este acto, a lo menos tácitamente, por ser un medio esencialmente necesario para conseguir el fin que se proponían, y muy conveniente a las necesidades de los hombres, que todo atentado contra el bien común y de los particulares fuese castigado por la pública autoridad, porque las penas son las áncoras de la república, como elegantemente dice Demóstenes.

6. Éste es pues el fundamento y primer origen de las penas. Pero la facultad de establecerlas y regularlas, que reside en las Supremas Potestades como un derecho inmanente de la Majestad esencialmente necesario para el gobierno y conservación de la república, dimana del mismo Dios, supuesta la formación de las sociedades, y supuesta la convención de los hombres, que cedieron los derechos que les concedía el estado natural, depositándolos en la Potestad pública para poder gozar de ellos con más seguridad.

7. Las prerrogativas con que el Creador distinguió al hombre entre todos los demás vivientes y animales, y las necesidades a que al mismo tiempo le dejó sujeto, manifiestan con evidencia, que le creó para que viviese en sociedad. La facultad de discurrir, de formar ideas y conceptos, y de comunicarlos exteriormente por medio del inestimable don del habla, ¿De qué utilidad y a qué fin podría servir, si los hombres hubiesen de hacer una vida errante y solitaria sin comunicarse ni auxiliarse mutuamente en sus necesidades?

8. Débese pues considerar la sociedad, no como una cosa casual e indiferente al hombre, sino como necesaria y conforme a su naturaleza y constitución, e inspirada por el mismo Creador. Y como esta sociedad no pueda subsistir sin alguna potestad y autoridad, es necesario que Dios, cuyas obras no pueden ser imperfectas, y que es el dueño absoluto de nuestras vidas y de nuestros bienes, haya comunicado una parte de su poder a los que son establecidos en las sociedades para regirlas, pues si no hubiera quien con legítima autoridad gobernara las repúblicas, harían los hombres una vida más salvaje que las mismas fieras, y perecería en breve la sociedad.

9. Esta verdad dictada por la luz de la razón natural la confirma expresamente el oráculo infalible de la revelación. *Oíd vosotros los que gobernáis los pueblos*, dice el autor del libro

---

<sup>8</sup> Puffendorf de I.N. & G. lib. 8. cap. 3. §. 2. y 7. Heineccio de I.N. & G. lib. 2. cap. 8. §. 159.

<sup>9</sup> Grotius De I. B. & P. lib. 2. c. 20. §. 3.

de la Sabiduría<sup>10</sup>. *Advertid, que el poder que tenéis, le habéis recibido del Señor, y la dominación del Altísimo, el cual examinará vuestras obras, y escudriñará vuestros pensamientos, porque siendo Ministros de su reino, no habéis juzgado con rectitud. No hay Potestad, dice el Apóstol S. Pablo<sup>11</sup>, que no venga de Dios, y así todas las que hay, son ordenadas por Dios; por tanto, el que resiste a la Potestad, resiste a las órdenes de Dios, y los que resisten, se procuran por sí mismos su condenación.* De esta doctrina infiere el Apóstol, que los Príncipes son Ministros de Dios; y *por eso es necesario, dice, estar sujetos y obedientes a ellos, no sólo por la ira (esto es por el temor y por la fuerza) sino también por la conciencia<sup>12</sup>.*

10. El Apóstol S. Pedro<sup>13</sup> manda a los siervos que obedezcan y sirvan a sus señores, no sólo a los que son buenos y moderados, sino también a los díscolos, aunque los traten con dureza y con rigor. Y si esto deben hacer los siervos con sus señores ¿con cuánta más razón deberán ejecutarlo los súbditos con las Supremas Potestades? Así lo creían, y así lo practicaron constantemente los cristianos de los primeros siglos, los cuales oprimidos por los emperadores romanos, enemigos declarados de la religión cristiana, maltratados, atormentados y cruelmente perseguidos, sin embargo de que no les faltaban fuerzas<sup>14</sup> y poder

---

<sup>10</sup> *Sapient. VI. 3.*

<sup>11</sup> *Espist. ad Rom XIII. I.*

<sup>12</sup> *Dei enim minister est, vindex in iram ei qui malum agit. Ideo subditi stote, non solum propter iram, sed etiam propter conscientiam. Ad Rom. XIII. 1.*

<sup>13</sup> *Espist. I. II. 18.*

<sup>14</sup> “Con tan inhumanos tratamientos, exclama Tertuliano, reconviniendo a los Gentiles, decid ¿si se descompuso jamás en algún christiano la paciencia? Decid ¿si conspiró a la venganza alguno? Decid ¿si condenasteis a nadie, destes animados a morir, por venganzas intentadas del agravio? *Y no se piense, que el no desagraciarnos es por falta de armas, o valor:* que si nos faltaran fuerzas, no faltarán unas rajuelas de tea para tomar larga venganza en una noche abrasando la ciudad, quando fuera lícito al christiano pagar un agravio con otro. Pero vaya lejos de nosotros tal error, que la religión divina se vengue con fuego humano, que el christiano resista al tormento que lo prueba. Si quisiéramos vengarnos, no como ocultos, sino como declarados enemigos, ¿faltarían por ventura fuerzas de numerosos soldados y de ejércitos? ¿Son más los Mauros, los Marcomanos, los Partos que debeló Severo, que los cristianos de todo el mundo? Estos bárbaros numerosos son; pero están encerrados en los límites de un reino: los cristianos habitan provincias sin fronteras. Ayer nacimos, y hoy llenamos el imperio, las ciudades, las villas, las aldeas, los reales, las tribus, las decurias, el palacio, el senado, el consistorio. Solamente dexamos vacíos los templos para vosotros. Pues ¿para qué lance de batalla no serían idóneos soldados los cristianos, aún con desiguales tropas, estando tan ejercitados en los combates de los tormentos, en que se dexan despedazar gustosamente, si en la disciplina de la milicia cristiana no fuera más lícito perder la vida que quitarla?” *Tertul. Apolog, cap. 37. traduc. de Manero.*

Así hablaba Tertuliano en medio de los émulos y perseguidores del cristianismo, sin que hubiese habido ninguno, que se atreviera a desmentirle, como habría sucedido seguramente, si no hubiera sido cierto y notorio todo lo que decía. Este solo testimonio, aún quando no hubiera otros, basta para confundir a los que poseídos del espíritu de partido, para sostener sus opiniones particulares, han querido hacer creer, que la conducta de los primeros cristianos en esta parte era efecto de impotencia y debilidad, y no de la firme persuasión en que

bastante para resistir la persecución, nunca opusieron otra defensa que la paciencia y el sufrimiento, y lejos de valerse de la fuerza y de excitar sediciones y alborotos contra los emperadores, pedían a Dios constantemente por su salud, y por la prosperidad del Imperio, y contribuían al mismo tiempo a sus victorias, haciendo prodigios de esfuerzo y de valor, siempre que se trataba de pelear contra los enemigos de la patria y del Estado.

11. Estas máximas, aunque justas y verdaderas, desagradaron demasiado a J. J. Rousseau, el cual se propuso establecer otras diametralmente opuestas por fundamento de su contrato social, declamando fuertemente para ello contra la religión cristiana, y haciéndola de inferior condición que el paganismo, y la misma secta de Mahoma, hasta atreverse a decir<sup>15</sup>, que tan fácil es probar contra Bayle, que jamás se fundó Estado alguno que no tuviese la religión por basa, como contra Warburton, que la ley cristiana es en el fondo más dañosa que útil a la fuerte constitución del Estado, porque el cristianismo no predica sino esclavitud y dependencia, y su espíritu es demasiado favorable a la tiranía.

12. La experiencia sola, que vale por muchos razonamientos, basta para desmentir estas máximas y otras muchas igualmente absurdas, e impías, de que abunda el contrato social de Rousseau, pues es evidente que la parte del mundo que profesa la religión cristiana es puntualmente en donde no domina el despotismo y la tiranía y en donde hay menos esclavitud. Acaba de dar una prueba práctica de esta verdad Joseph II, Emperador de Alemania, habiendo abolido la esclavitud en sus nuevos dominios. También ha abolido en los suyos el Rey de Francia la servidumbre ascripticia con general aplauso de la nación. Pero no debe admirar, que un hombre enteramente poseído de un ciego y desordenado amor a la inmoderada libertad e independencia, declame tanto contra una religión pura y santa, que pone la sumisión y obediencia a las legítimas Potestades entre sus más recomendables preceptos.

13. Si a los hombres inclinados ya por su naturaleza misma a la libertad e independencia, se les quita el freno y saludable temor de la religión, ¿qué puede esperarse sino alborotos, sediciones y desórdenes monstruosos, que teniendo en una agitación continua a la república, la precipiten al cabo en la anarquía, y por consiguiente en su total ruina? Tales son los gravísimos daños y funestas consecuencias, que deben seguirse naturalmente del contrato social en los términos que le establece Rousseau y los que le han copiado después.

---

estaban, de que según los preceptos y máximas del Evangelio, no hay caso ninguno en que pueda ser lícita la rebelión de los súbditos, ni hay potestad en la tierra, que lícitamente pueda autorizarla.

<sup>15</sup> *Du Contract social, liv. 4. chap. 8.*

## Capítulo II

De las cualidades 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 interés particular de cada individuo, y el general de toda la comunidad, los cuales están siempre en un continuo choque y conflicto, y se destruirían en breve, destruyendo al mismo tiempo la sociedad, si por una feliz combinación no se conciliasen estos dos intereses opuestos, y se impidiese la destrucción del uno, disminuyendo la actividad del otro.

2. Éste es puntualmente el fin y objeto de las leyes criminales, tan antiguas por esta razón como la misma sociedad, y de las cuales, como se ha dicho, depende inmediatamente la justa libertad del ciudadano, 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 a ellos; que sean públicas, prontas, irremisibles y necesarias; que sean lo menos 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 éstos tanto o más que su honra<sup>16</sup>; se redimirán con penas pecuniarias las violencias y delitos contra la seguridad personal: inconveniente, en que cayeron muchas de nuestras leyes antiguas dictadas por el espíritu feudal, y que debe evitarse en toda buena legislación, como se dirá después.

4 Triunfa la libertad, dice el Presidente Montesquieu<sup>17</sup>, cuando las leyes criminales sacan las penas que imponen de la naturaleza particular de cada delito, porque entonces cesa todo arbitrio, y la pena no se deriva de la voluntad o del capricho del legislador, sino de la naturaleza de la misma cosa; y así no es el hombre el que hace violencia al hombre cuando se le castiga, sino sus mismas acciones: reflexiones que había hecho Cicerón mucho tiempo antes.

5. Todos los delitos que pueden cometerse se reducen a cuatro clases: contra la religión, contra las costumbres, contra la tranquilidad, y contra la seguridad pública o privada. Los delitos contra la religión (no los que turban el uso o ejercicio de ella, porque éstos, según sus circunstancias, pertenecerán a la tercera o cuarta clase; sino los que son puramente contra la religión y el respeto debido a ella, como juramentos, blasfemias, etc.) deberían castigarse, para que la pena se derive de la naturaleza del delito, con la privación de las ventajas y beneficios que ofrece la misma religión a los que la respetan y reverencian, como es la expulsión de los templos, la privación de la sociedad de los fieles, etc.

6. No faltan ejemplos de esto en nuestras mismas leyes, La ley 8 tit. 1 lib. 1 de la *Recopilación* prohíbe que se hagan duelos y llantos por los difuntos, desfigurando y rasgando

---

<sup>16</sup> La ley 6, tit. 17 Part. 7. impone pena capital al tutor que casare con su pupila, y de destierro y confiscación de bienes, si abusare de ella sin casarse. La razón que da la misma ley es, porque casándose el tutor con la pupila, no podrá esta pedirle cuentas de la administración de la tutela. Esta ley, que prefiere los bienes al honor de la pupila, ¿quanto daño pudiera causar a las buenas costumbres, si estuviera en observancia?

<sup>17</sup> *De l'Sprit des loix*, liv. 12. chap. 4.

las caras, mesando los cabellos y haciendo otras cosas semejantes, *porque es defendido*, dice la ley, *por la Santa Escritura, y es cosa que no place a Dios*; y si algunos lo hicieren, se manda a los Prelados adviertan a los clérigos, cuando fueren con la cruz a casa del difunto, y hallaren que están haciendo alguna cosa de las dichas, *que se tornen con la cruz y no entren con ella donde estuviere dicho finado; y a los que lo tal hicieren, que no los acojan en las iglesias hasta un mes, ni digan las horas, cuando entraren haciendo dichos llantos hasta que hagan penitencia «dello»*. La ley 32 tit. 9 Part. 1 al que fuere excomulgado, y pasado un año se mantuviese en la excomuni6n, le impone por pena, *que si tuviere patronazgo en alguna Iglesia, u otro derecho alguno que debiese recibir «della», piérdelo por todo aquel tiempo que dure en «descomuni6n»*.

7. Del mismo modo los delitos contra las costumbres se deben castigar con la privaci6n de las ventajas y beneficios que ofrece la sociedad a los que conservan la pureza de ellas. La vergüenza, el oprobrio, el desprecio, la expulsión del lugar serán penas correspondientes; así como lo serán para contener los delitos que perturban la tranquilidad, privar a los delincuentes de la misma tranquilidad, ya quitándoles la libertad, ya expeliéndolos de la sociedad que perturban. Por la misma raz6n debe rehusarse la seguridad al que perturba la de los otros, castigándole con penas corporales, pecuniaria, o de infamia, según que él perturbase la seguridad de la persona, de los bienes, o de la honra de sus conciudadanos.

8. Pero hay algunos delitos que, correspondiendo por su naturaleza a una clase, las circunstancias hacen que pertenezcan a otra. El juramento, por ejemplo, que por su naturaleza es contra la religi6n, y pertenece a la primera clase, si de él se siguiere perjuicio de tercero, según fuese este perjuicio, corresponderá a la tercera o cuarta. El rapto, el estupro, que son contra las costumbres, y pertenecen a la segunda, por la violencia que causan y la seguridad que perturban, corresponden ya a la cuarta, y así deberán castigarse con las penas correspondientes a ellas.

9. Sucede también algunas veces, que las penas que se derivan de la naturaleza de los delitos, o no son bastantes por sí solas para escarmentar al delincuente, o no se pueden imponer. Las penas religiosas, por ejemplo, podrán tal vez no ser bastantes para contener a los sacrílegos; entonces es necesario usar de penas civiles. El que invade los bienes de otro sin perjudicarle en su persona, debería 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 menos 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. La ley 6 tit. 6 lib. 6 del *Ordenamiento Real* manda, que si algunas personas ocuparen las rentas reales, *que paguen la dicha toma con intereses, y si no tuviere con qué pagar cumplidamente, que muera por ello*. Lo mismo determina la ley 1 tit. 17 Part. 2 acerca de los que ocultaren y se apropiaren algunos bienes raíces del Rey. Pero como quiera que sea, las excepciones arriba dichas no falsifican la regla propuesta, pues generalmente hablando, siempre es cierto que las penas, para ser útiles, deben derivarse de la naturaleza de los delitos, por ser el medio más seguro para guardar la debida proporci6n, que es la otra cualidad que hemos dicho deben tener las penas.

10. Disputan los Jurisconsultos sobre la proporci6n que debe guardarse en la imposici6n de las penas. Comúnmente dicen que la geométrica, a distinción de los contratos en los cuales debe guardarse la aritmética. Pero esto no es tan constante, que muchas veces no se observe lo contrario. En el contrato de sociedad, por ejemplo, se distribuyen las ganancias con proporci6n geométrica, y para resarcir el daño causado por un delito se usará de la aritmética.

Bodino<sup>18</sup> de la mezcla de estas dos proporciones formó otra tercera, que llamó armónica, que es la que, según él, debe guardarse en la imposición de las penas, y que le impugnan otros autores.

11. Pero prescindiendo de esta disputa, cuya decisión no es necesaria para nuestro asunto, lo cierto es que entre la pena y el delito debe haber cierta igualdad, a cuya regulación 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 proporción entre la pena y el delito es absolutamente necesaria, por ser el alma y el principal nervio de toda buena legislación criminal, la cual, faltándole esta proporción, se destruirá por sí misma, a manera de un vasto edificio, en el que los pesos menores se cargasen sobre las más fuertes columnas y los más enormes sobre las más débiles.

12. La razón misma dicta que el delito grave se castigue con más severidad que el leve.<sup>19</sup> Si la ley no hace esta justa distinción en las penas, los hombres tampoco harán diferencia entre los delitos, y de esta injusta igualdad resulta una muy singular contradicción, cual es que las leyes tengan que castigar delitos que ellas mismas han ocasionado, a la manera que de Domiciano refiere Zonaras, que imponía la pena de adulterio a las mujeres de que él mismo había abusado.

13. Las leyes, por ejemplo, que imponen pena capital indistintamente al ladrón que roba y asesina en un camino, y al que se contenta sólo con robar, ¿cuántos asesinatos habrán causado, aunque contra su intención, que no se habrían cometido si se hubiera guardado la debida proporción en las penas? El ladrón que sabe, que mate o no mate, ha de sufrir la pena capital por sólo el hecho de haber robado en un camino, quita la vida al que roba, porque éste es un medio de ocultar su delito y evitar el castigo, o al 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 a un facineroso a cometer dos delitos, cuando acaso sólo pensaría en uno. Es verdad, que el que sale a robar a un camino no sólo quita los bienes, sino que también 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 perturbación de la tranquilidad hasta la privación de la vida, los cuales nunca deben confundirse por las leyes; de otro modo, una injuria personal, unos golpes, una herida deberían castigarse con la misma pena que el homicidio.

14. Por regla general las leyes penales deben hacerse de modo que el que se determine a cometer un delito, tenga algún interés en no consumarle, en no cometerle con ciertas circunstancias que le hagan más atroz y pernicioso, en no pasar de una atrocidad a otra. Esto sólo puede conseguirse por medio de una graduación de penas proporcionadas a los progresos que se hagan en la prosecución del delito, a las circunstancias más o menos graves, y a la mayor o 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 común y ordinario se premia igualmente que el extraordinario y singular, los hombres se contentarán con una medianía y nunca aspirarán a cosas grandes, porque alcanzando lo mismo

---

<sup>18</sup> *De Rep. l. 6. c. ult.*

<sup>19</sup> Dracon castigaba con la misma pena al que hurtaba una berza y al que cometía un sacrilegio. Con una desproporción tan injusta en las penas no podía durar mucho tiempo en la república, y así Solón más prudente y más humano derogó todas las injustas leyes de Dracon, y gobernó felizmente a los Atenienses. Plutarco *en la vida de Solon*.

con poco trabajo que con mucho, les falta el estímulo e interés, que regularmente suele ser el principal móvil de la mayor parte de las acciones humanas. Por la misma razón, si los delitos menores y menos cualificados se castigan con igual pena que los mayores y más atroces, con facilidad se llegará a los extremos, porque en ellos suele darse más desahogo a las pasiones; por otra parte no hay más que temer y, por consiguiente, no hay tampoco un interés que estimule a contenerse en los medios.

15. Otra contradicción, no menos singular, que causa la desproporción de las penas, es hacer impunes y más frecuentes aquellos mismos delitos que con más 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 o se alza con ellos. Un hombre a quien un doméstico suyo le hace algún 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<sup>20</sup>, por ejemplo, y la vida del hombre más miserable, temiendo los perpetuos remordimientos que le atormentarían si por esta causa hiciese quitarle la vida, y temiendo también la censura de los demás y la nota en que justamente incurriría por semejante procedimiento, a menos de no estar enteramente poseído de un vilísimo interés y despojado de todo sentimiento de humanidad, no se atreve a denunciar el delito, y se contenta con echar de su casa al que le cometió, el cual con esta confianza va haciendo lo mismo a cuantas partes va, y de esta suerte, en vez de contener los hurtos domésticos la gravedad de la pena sólo 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 más seguramente los hurtos, y se corregirían muchos ladrones, que ahora acaso se hacen incorregibles por la impunidad, y de hurtos domésticos pasan a cometer otros delitos más graves. Es verdad que la confianza que es preciso tener en los domésticos, les da más proporción 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 más rigor que los simples; pero esto debe ser, guardando siempre la analogía y debida proporción entre la pena y el delito, la cual no se guarda ciertamente imponiendo la pena capital.

17. Ésta es también la causa, como hemos dicho, de la absoluta impunidad y frecuencia de los bancarrotas fraudulentos. La ley que les impone la pena capital sólo 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 días se están y viendo muchos, que faltando torpemente a la fe, y burlándose de la justicia y de sus acreedores, dejan perdidos a muchos que pusieron confianza de ellos. Para evitar estos excesos demasiado comunes, sería conveniente imponer otra pena más moderada y análoga al delito, pero que se ejecutase irremisiblemente. Lo que se hace más necesario en un tiempo en que aumentándose cada día con el lujo la corrupción de las costumbres, se multiplican también estos perniciosos devoradores de bienes ajenos con notable detrimento de la república. Es pues evidente que uno de los más principales cuidados que debe tenerse en el establecimiento o reforma de las

---

<sup>20</sup> Por un Decreto del 13 de Abril de 1764 se manda observar la pragmática de 23 de Febrero de 1734, que es el Auto-acordado 19 tit. II lib. 8, por el qual se impone la pena capital a los hurtos cometidos en la Corte, extendiendo dicha pragmática a cincuenta pesos, y se manda, *que se practique en todo el Reyno y Corona de Aragón, y se comprendan en la pragmática los hurtos ejecutados por los domésticos.*



leyes criminales, es que todas las penas se deriven de la naturaleza de los delitos, y sean siempre proporcionadas a la mayor o menor gravedad de ellos.

18. Un sabio legislador no imitará, ciertamente, a aquel emperador griego, de quien refiere Nicéforo, que habiéndose suscitado una gran sedición en Constantinopla, y descubierto el autor de ella, le impuso la pena de azotes, y habiendo este mismo impostor acusado falsamente a algunas personas de autoridad le condenó a ser quemado. ¡Extraña graduación entre el delito de lesa Majestad y el de calumnia! No es menos extraña la ley de los antiguos Saxonos y Burgundiones, que castigaba con pena capital el hurto de un caballo, de una colmena de abejas, o de un buey, y con multa pecuniaria la muerte de un hombre<sup>21</sup>. Semejantes leyes al paso, que por una parte manifiestan su crueldad, abren por otra una puerta muy ancha a los más atroces delitos.

19. Uno de los fines más esenciales de las penas, como se dirá después, es el ejemplo que con ellas debe darse, para que sirva de escarmiento a los que no han delinquido y se abstengan de hacerlo, y por esta razón hemos dicho, que deben ser públicas. «*Paladinamente debe ser hecha* (dice una ley de Partida<sup>22</sup>) *la justicia de aquéllos, que realizaren un hecho por que deban morir, para que los otros que lo vieren o lo oyeren, reciban así miedo y escarmiento*<sup>23</sup> *diciendo el Alcalde o el Pregonero ante las gentes los yerros porque los matan*. No es ciertamente digna de imitación la costumbre que Herodoto refiere<sup>24</sup> de los Lacedemonios, que ejecutaban los suplicios en medio de las tinieblas de la noche. Los castigos secretos prueban impotencia y debilidad en el gobierno, o injusticia y atrocidad en la pena.<sup>25</sup>

20. Es muy útil y también muy conforme al espíritu de la ley de Partida, que acabamos de citar, la costumbre que hay en Francia, digna de ser adoptada entre nosotros. Cuando se

---

<sup>21</sup> *Qui nobilem occiderit ICCXXL. solidis componat. Ruoda quod dicitur apud Saxones CXX. solidis, & interpretum CXX. solidis... Qui caballum furaverit, capite puniatur. Qui alvearium apud intra sepem alterius furaverit, capitae puniatur... Qui bovem furaverit, qui duos solidos valet, nocte furto abstulerit, capite puniatur. Lex Saxonum, cap. 2. § I. & cap. 4 § I. 2. 5. apud Lindembrog. Cod. Leg. Antiq. pag. 475. 476.*

*Quicumque mancipium alienum solicitaverit, caballum quoque, equam, bovem, aut vaccam tam Burgundio, quam Romanus ingenuus furto auferre praesumpserit, occidatur... Jubemus, ut si quis tam Burgundio quam Romanus ingenuus actores possessionis nostrae non manifesta necessitate compulsus occiderit, centum quinquaginta solidos cogatur inferre. Si alterius fuerit actor, centum solidi in compositione criminis numerentur. Lex Burgundionum, tit. I. cap. 4. § I. & cap. 50 § I. Lindembrog, pag. 270. 288.*

<sup>22</sup> L. II. Tit. 31. Part. 7.

<sup>23</sup> Animadversiones, quo notiores sunt, plus ad exemplum emendationemque proficiunt. Seneca de Ira, lib. 3. c.19. Quotiens novios crucifigimus, celeberrimae eliguntur viae, uti plurimi intueri, plurimi commoveri hoc metu possint. Quintil. Declam. 274. La ley 7. tit. 4 lib. 7. del Fuero juzgo dice: Todo juiz que debe justizar algun malhechor, no lo debe facer en ascuso, mas paladinamente ante todos.

<sup>24</sup> *In Melpom.*

<sup>25</sup> Feriatur in foro, omnes videant... scelus est in convivio damnare hominem. Seneca IV. Controv. 25. El Emperador Maximiliano I. abolió el año de 1512 el famoso tribunal secreto de Wesfalia, en el qual se condenaba a un acusado en secreto, sin formalidad ninguna, sin oírle, ni convencerle. Algunos atribuyen su creación a Carlo Magno, diciendo que lo hizo para domar la dureza de los Saxonos. Pero nunca puede haber razón para atropellar el derecho de la naturaleza.

condena allí un reo a la pena capital, se imprime la sentencia<sup>26</sup> con un breve extracto de la causa, y se vende al público el día de la ejecución. Semejantes papeles causarían en el pueblo efectos harto más saludables que los romances de guapos y valentones llenos de embustes y patrañas, que andan publicando los ciegos por las calles. El producto de ellos podría invertirse con utilidad en beneficio de los pobres de la cárcel.

21. Estas relaciones suplirían también en algún modo la conexión y unión de estas dos ideas *delito y pena*, que debería grabarse profundamente en los ánimos, y que regularmente se desvanece por la mucha distancia que suele haber entre la ejecución del delito y la imposición de la pena. Decía un Filósofo Chino<sup>27</sup>, que como el eco sigue a la voz, y la sombra al cuerpo, la pena debe seguir al delito.

22. La unión 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 más firmes Imperios. Mas para conservar en el entendimiento la unión de las ideas, deben éstas 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 orden público, es necesario observar con vigilancia a los malos, perseguirlos sin intermisión, y castigarlos con prontitud.

23. Así lo han creído también nuestros legisladores. Una ley de Partida<sup>28</sup> manda que ninguna causa criminal pueda durar más de dos años. En el auto acordado 21. *tit.* 11. *lib.* 8. se manda, que todas las causas que se incoaren, así de oficio como a querrela particular en materia de hurtos, robos, latrocinios cometidos en la Corte y cinco leguas de su rastro, se hayan de sustanciar y determinar precisamente en el término de treinta días. La misma razón hay para extender esta providencia a todos los lugares fuera de la Corte, no siendo el hurto de a muchos cómplices, en cuyo caso se deberá fijar un tiempo proporcionado. Aunque no se prescriba el término preciso de treinta días para las demás causas criminales, se deberían cortar muchas dilaciones, que no siendo necesarias para la justa defensa de los reos, les son a ellos mismos sumamente perjudiciales, igualmente que a la causa pública, a la cual importa que los delitos se castiguen con toda la brevedad posible.

24. Si la prontitud en el castigo hace la pena más útil, también la hace más justa. Cualquier reo, mientras no es convencido y condenado legítimamente, es acreedor de justicia a todos los miramientos que dicta la humanidad. Débensele excusar por consiguiente, en cuanto sea posible, las aflicciones y ansiedades que trae consigo una larga y penosa incertidumbre de su suerte, la cual aumenta con la privación de la libertad, con las molestias y vejaciones de la prisión, las cuales deben evitarse enteramente, por ser contrarias al derecho natural, siempre que no sean precisamente necesarias para la seguridad de la persona o para que no se oculten las pruebas del delito: porque la cárcel, dice el Rey D. Alonso<sup>29</sup>, *debe ser para guardar los presos, y non para crearles enemigos, ni otro mal, ni darles pena en ella*. Por esta misma razón prohíbe la ley<sup>30</sup> que se pueda condenar a ningún hombre libre a cárcel perpetua; y otra<sup>31</sup>

---

<sup>26</sup> En Inglaterra se publican las sentencias pronunciadas contra los reos, se hace mención de ellas en los papeles públicos, y hay un diario destinado para dar cuenta de los *trials*, que sale cada mes.

<sup>27</sup> P. Du-Hald. *Descr. De la Chin. tom. 2.*

<sup>28</sup> L. 7. *tit.* 29. *Part.* 7.

<sup>29</sup> L. II. *tit.* 29. *Part.* 7. *ley* 8. §. 9. *ff. de Poen.*

<sup>30</sup> L. 4. *tit.* 31. *Part.* 7.

<sup>31</sup> L. 7. *tit.* 29. *Part.* 7.

manda, que si después 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, y dado por inocente.*

25. Pero no bastará la prontitud en la pena, para que produzca buenos efectos, si al mismo tiempo no es irremisible, que es la otra cualidad que debe tener. La ciencia cierta de que el que comete un delito ha de ser infaliblemente castigado, es un freno muy poderoso para contener, aun cuando las penas sean moderadas. Por el contrario la esperanza de la impunidad<sup>32</sup> es un incentivo para el delito, y hace despreciar aun las más rigurosas penas. Toda la indulgencia y humanidad, a que es acreedor el reo antes de ser legítimamente convencido, debe convertirse después de su convicción en inflexibilidad y constancia para imponerle la pena establecida por la ley, sin que quede arbitrio ninguno para hacer otra cosa.

26. No pretendo excluir por esto absolutamente los indultos y clemencia del Príncipe. No creo tampoco, que la cuestión sobre si pueden concederlos o no las Potestades Supremas, sea tan peligrosa y tan difícil de decidir como pretende el ciudadano de Ginebra<sup>33</sup>, que tuvo por más conveniente abandonarla a que la decidiera el que, o nunca pecó, o nunca tendrá necesidad de indulto. La clemencia, esta virtud, que es la más bella prerrogativa del trono, ejercitada con prudencia y sabiduría, puede producir admirables efectos. Cuando tiene peligro es tan visible que no se puede ocultar, y es también muy fácil saberla distinguir de la debilidad y de la impotencia. Hablo pues solamente de los jueces, porque la clemencia para perdonar es virtud del legislador; pero no de los depositarios y ejecutores de las leyes<sup>34</sup>.

27. Otra de las cualidades que hemos dicho debe tener la pena para ser útil, es ser necesaria. No creo deberme detener en persuadir una verdad tan notoria, que sólo podría ignorarla quien careciese de la luz de la razón natural. Los derechos sagrados de la justicia se convertirían en una detestable y cruel tiranía, si hubiera algún hombre sobre la tierra que tuviese facultad para imponer penas que no sean absolutamente necesarias. Y de aquí resulta, que éstas deben ser, como se ha dicho, lo menos rigurosas que sea posible atendidas las circunstancias, porque en cuanto excediesen en esta parte, dejarían de ser ya necesarias.

28. Los que tanto aplauden la inconsiderada severidad de las penas de los gobiernos despóticos de la Asia<sup>35</sup> y su justicia expeditiva, o por mejor decir, precipitada y violenta, no

---

<sup>32</sup> *Crescit multitudo peccantium, quum redimendi peccati spes datur, & facile itur ad culpas, ubi est venalis ignoscentium gratia.* Arnob. Lib. 7.

<sup>33</sup> J.J. Rousseau, *du Contr. Social*, liv. 2. chap. 5.

<sup>34</sup> En Francia tienen los Obispos de Orleans el singular privilegio de conceder indultos. En el año de 1717 salieron por este medio de las prisiones novecientos reos. En el de 1753, conociendo el abuso de este enorme privilegio y los perjuicios que puede causar, se restringió, determinando los casos en que debe tener lugar. Mr. Brissot de Warville, *Theorie des loix criminelles*, tom.I. pág.201. Mejor hubiera sido abolirle por exorbitante y perjudicial al bien público.

<sup>35</sup> Oleario en su *Viage*, pág.668. refiere haber visto castigar en Persia a un usurero, arrancándole los dientes a martillazos. Chardin dice (*Voyage* tom. 6. pág.302.) que los panaderos que hacen fraude en el peso del pan, ó le venden á as de la tasa, son arrojados en un horno ardiendo. Este mismo delito, dice Porter en la obra citada en la nota siguiente, part.2, pág.102, que se castiga en Turquía dando de palos al delinqüente, y imponiéndole una multa por la primera vez, y por la segunda ó tercera es ahorcado en un garfio de hierro, que se clava en el lintel de su puerta. *Es muy comun*, dice Porter, *tropezar al pasar por las calles con el cuerpo de un panadero, que permenece colgado por tres dias consecutivos. Sin emargo, no son bastantes estos exemplos repetidos casi todas*

saben hacer todo el aprecio que merece la vida y el honor de los hombres; y sería a la verdad una cosa muy extraña como sabiamente dice el Presidente Montesquieu<sup>36</sup>, que las gentes más ignorantes y bárbaras del Universo hubiesen acertado a pensar mejor, que las demás naciones cultas en la cosa que más interesa a los hombres, y más les importa saber. Aunque si hemos de dar crédito a dos escritores modernos<sup>37</sup>, que han tenido motivo y proporción de examinar

---

*las semanas para impedir el fraude.* Este es el efecto ordinario de la desproporción en las penas, y tan cierto es, que la crueldad de ellas no es el mayor freno para contener los delitos.

<sup>36</sup> *De l'Espr. Des loix, liv.6.chap.2.*

<sup>37</sup> Mr. Anquetil du Perron, de la Academia Real de las Inscripciones y Bellas Letras, intérprete de S. M. Christianísima para las lenguas orientales, y el Caballero Porter, que vivió muchos años en Turquía en calidad de Ministro Plenipotenciario de S.M. Británica. Mr. Anquetil en su obra intitulada *Legislation Orientale* se propone probar por toda ella, que en el Oriente se cultivan las ciencias, las artes, la agricultura y el comercio. Que en Turquía, en Persia y en el Indostan hay leyes escritas, y costumbres que tienen fuerza de ley, por las cuales se deciden los negocios, y obligan no solo á los particulares, sino también a los Soberanos, quienes juran observarlas, o a lo menos se obligan a ello por la misma religión respectiva que profesan. Que estas leyes están recogidas y ordenadas en códigos, que son bien reconocidos, comentados, y citados por los juriconsultos del país. Tales son el Alcoran para los Mahometanos, el Vedam para los Indios, el Jasa Genghiskhani para los Tártaros. Que en dichos Imperios los particulares poseen en propiedad, no solo los bienes muebles, sino también inmuebles y raices, y esta sólidamente establecido el derecho de sucesión de padres a hijos, y por consiguiente es falso, que el Soberano es heredero de todos los vasallos, y que no hay mas propietario que él en el Imperio, como vulgarmente se cree.

Para comprobación de esto pone nuestro autor entre otros documentos un contrato de venta de una casa, traducido a la letra, que dice que tomó entre otros muchos de igual naturaleza del archivo de un *Casi*, o Notario de Surate. No se hace ciertamente entre nosotros ninguna escritura con mas formalidades y menudencias, que las que se ven en dicho contrato, el qual prueba, que el Derecho Civil respectivo y el Natural se cultivan en aquellas partes igualmente que en Europa, y se toman todas las precauciones posibles para asegurar la tranquilidad de los poseedores.

De todo lo dicho concluye Mr. Anquetil, que el despotismo asiático, tal qual le pinta Montesquieu, es un gobierno imaginario, que no existe en el Oriente, ni puede existir en parte alguna: que los excesos, violencias e injusticias que en aquellas partes, como en muchas se cometen, son abusos del poder y de los que gobiernan, y no defecto de la constitución del gobierno: que los autores que afirman lo contrario han tomado el estado de violencia por el estado legal, y por otra parte sus intereses particulares pueden haberles obligado a no representar siempre las cosas como ellas son en sí.

Es cierto en efecto, que los intereses y fines particulares han dirigido la pluma de algunos escritores en este asunto. Miguel le Febre escribió un tomo en quarto bien abultado (*Theatre de la Turquie*, Paris 1686); en el qual se propuso juntar todos los defectos y vicios de los Turcos y de su gobierno con el fin, como él mismo lo dice expresamente en su prefacio, de hacerlos despreciables, y excitar a los Príncipes christianos a la conquista de Turquía. “*Un Turco animado del mismo espíritu pudiera haber dado a su patria, dice Mr. Anquetil, no uno; sino*

por sí mismos la naturaleza y constitución de los gobiernos asiáticos, no son éstos tan despóticos y arbitrarios, como vulgarmente se cree, y aseguran otros escritores.

29. Pero sea de esto lo que se quiera, 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 inexorables en imponerlas. *Si se examina la causa de todas*

---

*diez volúmenes en quarto de nuestros vicios y defectos. ¿Y deberíamos por eso formar un concepto menos favorable, que el que tenemos de nosotros mismos?”*

Porter en sus *Observaciones sobre la religión, las leyes, el gobierno y costumbres de los Turcos* (part. I. pág.57. traduc. franc.) dice, que entre los Musulmanes ha habido compiladores de leyes, los quales, viendo que el Alcoran no comprendía todos los objetos del gobierno civil, suplieron lo que le faltaba; pero sin derogar en nada su autoridad: y “baxo el título especioso de Comentarios, dice Porter, y de una extensión de las ideas del Angel, o del Profeta han formado un Código completo de leyes civiles igual y semejante al Código, a las Pandectas o Digesto tan claro y tan extenso como Cujacio y Domat. Abou Hanife es uno de los primeros y principales comentadores del Alcoran: sus libros y los de sus discípulos son la regla en toda la dominación Turca en Europa y en Asia. De esta suerte se fueron aumentando las instituciones civiles y criminales conforme lo pedían los casos y las circunstancias: era indispensable hacer nuevos reglamentos, quando las conquistas, las riquezas y el luxo introduxeron nuevos delitos y nuevos motivos de contestaciones...

El ilustre Presidente Montesquieu (continúa Porter) engañado con autoridades equívocas, parece que quiere quitar absolutamente a los Turcos el derecho de propiedad, el de herencia y el de sucesión: excluye de estos derechos a las mugeres, y reduce a nada, por decirlo así, todas sus leyes civiles. Si le hemos de creer, el despotismo del Gran Señor absuelve en este imperio todo el Código de la legislación. Quando yo veo el admirable resultado y las juiciosas conseqüencias que saca de un principio erróneo este hombre tan ilustrado como ingenioso, no puedo dexar de compadecerme de la condición humana. Este es un triste exemplo, que prueba quan sujetos estamos al error, y quan engañosos suelen ser los mas bellos razonamientos. Sin recurrir a los hechos, el capítulo solo (del Alcoran) intitulado: Las Mugeres, le hubiera dado a conocer con quanta precision ha fixado y determinado el Profeta el orden de las sucesiones en las familias, así respecto de los varones, como de las hembras, y por consiguiente quan seguras están por la autoridad de la ley, y puestas por ella a cubierto del poder del Sultan la propiedad se hubiera instruido también en el otro punto. Le habría sido muy fácil informarse del método con que actualmente se determinan los pleytos en los tribunales, y los libros que tienen autoridad en ellos para las decisiones legales. Hubiera visto que hay muchos que especifican y fixan hasta los términos y las circunstancias que hacen legal un contrato, ya se trate de la adquisición de tierras o de casas, ya de ventas de animales, o de qualquiera otra especie de mercancías. Es de creer, que si hubiera leído estos libros, habria forado del despotismo de Turquía una idea enteramente distinta de la que ha adoptado en sus obras”.

Para prueba de lo dicho pone a continuación nuestro autor el extracto de un capítulo que trata de las ventas, tomado de un libro de leyes compuesto por Hanife, y del qual se usa en los tribunales de Turquía. El mas exacto y prolixo de nuestros jurisconsultos no explica ciertamente con mas individualidad y menudencia las circunstancias que deben concurrir en un contrato para que sea solemne y legítimo, que el jurisconsulto Turco en el expresado capítulo, según le refiere Porter.

las relaxaciones, dice el mismo Montesquieu<sup>38</sup>, *se verá que proviene de la impunidad de los delitos, y no de la moderación de las penas*. En todos los países y tiempos en que se han usado castigos muy crueles, se han experimentado los más atroces e inhumanos delitos. Así lo atestiguan todas las historias, y así se experimenta en el Japón, en donde compite la crueldad de las penas con la atrocidad de los delitos, y son éstos tan frecuentes, como si absolutamente no se castigaran, según se refiere en la colección de los viajes que han servido para el establecimiento de la Compañía de las Indias.

30. Así es preciso que suceda por una razón muy natural. Al paso que se aumenta la crueldad de los castigos, se endurecen los ánimos<sup>39</sup> de los hombres; se llegan a familiarizar con ellos, y al cabo de tiempo no hacen ya bastante impresión para contener los impulsos y la fuerza siempre viva de las pasiones. *Los robos en los caminos*, dice Montesquieu<sup>40</sup>, *eran frecuentes en algunos Estados: para contenerlo se inventó el suplicio de la rueda que los suspendió por algún tiempo; pero después se ha robado como antes en los caminos*.

31. En Moscovia a los defraudadores de la renta del tabaco se les impone la cruel pena llamada *Knout*<sup>41</sup>, que se reduce a azotar al delincuente hasta descubrirle los huesos. Sin embargo, los Moscovitas hacen el contrabando como en otras partes. Los que han examinado con reflexión la historia Romana y las diversas revoluciones de este Imperio, han observado, que del rigor se pasó a la indolencia, y de la indolencia a la impunidad<sup>42</sup>.

32. La última cualidad 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 Majestad, que llaman inmanentes, esto es, inseparables de ella; y no carece enteramente de razón Hobbes<sup>43</sup>, cuando dice, que el imponer pena mayor que la determinada por la ley, es una verdadera hostilidad. Sólo 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, a examinar si el acusado ha contravenido o no la ley para absolverle o condenarle en la pena señalada por ella.

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

34. De esta última clase hay muchas en nuestra legislación criminal y por consiguiente, mucho arbitrio en los tribunales y jueces, de donde resulta, como se ha dicho, o la impunidad

---

<sup>38</sup> *De l'Espr. des loix, liv.6.chap.12.*

<sup>39</sup> *Hujus generis supplicia vulgi animos non tam a saevita avocant, quam ad quidvis agendum et patiendum efferant; nec acerbitate tam pravos deterrent, quam assuetudine spectandi terrorem poenarum imminuunt; praeserti si fascinorosorum animi adversus vivi doloris cruciatus induruerint: apud vulgus enim imperitum confidentia pertinax constantis fiduciae plerumque laudem accipit.* Buchanan. *lib. 10. Rer. Scoticar.* Habla de las penas que se impusieron a los asesinos de Jacobo I.

<sup>40</sup> *De l'Espr. des loix, liv.6.chap.12.*

<sup>41</sup> Briss. *Theor. tom. I. pag. 161.*

<sup>42</sup> V. Montesq. *Considerat. sur les caus. de la grand. des Rom. et de leur decaden.*

<sup>43</sup> *Leviath. cap. 28.*

de los delitos, o que un mismo delito se castigue con diversas penas, según la diversidad de jueces, y tal vez en un mismo tribunal en diversos tiempos, y según la diversidad de los que le componen.

35. Es verdad que nuestros legisladores claman contra el no uso de las leyes, declarando, *que todas las leyes<sup>44</sup> del Reino, que expresamente no se hallan derogadas por otras posteriores, se deben observar literalmente, sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso.* Pero a pesar de tan expresa voluntad repetidas veces declarada<sup>45</sup> por los Soberanos, la experiencia nos hace ver prácticamente, que son muchísimas las leyes penales, que sin haber sido derogadas por otras, están enteramente sin uso alguno, dando lugar por este motivo al arbitrio de los jueces, y, lo que es peor, sin que éstos puedan dejarlo de hacer así. No habrá hoy por ejemplo un juez que se atreva a mandar cortar la lengua al blasfemo, y la mano al escribano falsario, sin embargo de que éstas son las penas impuestas a estos delitos por leyes<sup>46</sup> que no están expresamente derogadas por otras; y si hubiera alguno que quisiera resucitar estas leyes, creo seguramente, que los tribunales superiores revocarían la sentencia, y el juez que la dio pasaría en el concepto del público por cruel y temerario. Hállanse pues los jueces y tribunales por defecto de la legislación en la fatal necesidad y dura alternativa de sufrir la nota de inhumanos, o de no observar las leyes que han jurado cumplir.

36. Esto es preciso que así suceda, y la razón es clara. Las leyes humanas, como todas las cosas hechas por hombres, están sujetas a las alteraciones y mudanza de los tiempos. De aquí proviene que algunas leyes, que cuando se establecieron eran útiles y convenientes, con el transcurso del tiempo dejan de serlo, en cuyo caso ya no es justo que se observen y serán siempre inútiles los esfuerzos que las leyes hicieren en contrario en semejantes casos; porque no está en su potestad el mudar la opinión común de los hombres, las costumbres generales y las diversas circunstancias de los tiempos, todo lo cual ha contribuido a que las leyes pierdan su fuerza y vigor. Así lo conoció el prudente Rey Felipe II, que se explica en estos términos<sup>47</sup>: *Asimismo algunas de las dichas leyes (habla de las anteriores a la N. Recopilación) como quiera que sean y fuesen claras, y que, según el tiempo en que fueron hechas y publicadas, parecieron justas y convenientes, la experiencia ha mostrado que no pueden ni deben ser ejecutadas.*

37. Es a la verdad muy justo y muy conveniente a la república, que las leyes establecidas y no derogadas por la Potestad legítima, se mantengan siempre en observancia. Mas para conseguirlo, es necesario que el legislador imite a la naturaleza, la cual con la nutrición, repara las insensibles, pero continuas pérdidas que padece diariamente todo cuerpo viviente. Del mismo modo, para que la legislación se mantenga siempre viva y en todo su vigor como conviene, es preciso que el legislador oportunamente subrogue nuevas leyes a las que el transcurso del tiempo ha enervado y dejado sin uso. Ésta fue la causa de que se hiciese la Nueva Recopilación<sup>48</sup>, y esta misma está pidiendo, que por la Potestad legítima se reforme nuestra jurisprudencia criminal, fijando las penas, que parecieren convenientes al estado y circunstancias actuales, con toda claridad y precisión, para quitar de esta suerte, en cuanto sea posible, el arbitrio de los jueces.

---

<sup>44</sup> *Aut. 2. tit. I. lib. 2.*

<sup>45</sup> *L. 3. tit. I. lib. 2. Recop. Aut. I. del mismo tit. y lib. L. 4. tit. 4. libro I. Orden. R.*

<sup>46</sup> *L. 4. tit. 28. Part. 7. l. 2. tit. 4. lib. 8. Recop. l. 16. tit. 19. Part. 3. l. 6. tit. 7. Part. 7.*

<sup>47</sup> Pragmát. declaratoria de la autoridad de las leyes de la Recop. que está al principio de ella.

<sup>48</sup> Pragmát. declaratoria arriba citada.

38. He dicho en cuanto sea posible, porque muchas veces es preciso dejar a la prudencia del juez la aplicación de la ley a ciertos casos particulares, que siendo conformes a la mente del legislador, no se expresan literalmente en sus palabras, porque las leyes no se pueden hacer de modo que comprendan todos los casos que pueden suceder. Así que, haciendo esta aplicación el juez, está tan lejos de contravenir a la ley, que antes bien cumple debidamente toda la voluntad del legislador: *porque el saber de las leyes*, dice el Rey D. Alonso<sup>49</sup>, *no es tan sólo aprender y decorar las letras «dellas», sino el verdadero entendimiento «dellas»*. Esto es, entender y penetrar el sentido de las palabras, y con él la mente del legislador.

39. No creo, pues, que sea tan peligroso, como pretende el Marques de Beccaría<sup>50</sup>, el axioma común *que propone por necesario consultar el espíritu de la ley*. Los inconvenientes contra que justamente declama, de los que también hemos hecho mención, no provienen de consultar el espíritu de la ley, sino del arbitrio voluntario y no regulado de los jueces, cuyas causas hemos expuesto igualmente.

40. Cuando la ley es oscura, cuando atendidas sus palabras, se duda prudentemente, si la intención del legislador fue incluir en ella o excluir el caso particular de que se trata, y que no está expreso en las palabras, entonces no debe ni puede el juez valerse de su prudencia para determinar, aunque parezca justo; sino recurrir al Príncipe, para que declare su intención, como se previene repetidas veces en nuestras leyes<sup>51</sup>.

41. Si la ley es clara y terminante, si sus palabras manifiestan que el ánimo del legislador fue incluir o excluir el caso particular, entonces, aunque sea o parezca dura y contra equidad, debe seguirse literalmente, verificándose en este caso lo que el jurisconsulto Ulpiano dice de la disposición de una ley Romana<sup>52</sup>: *Esto es a la verdad sumamente duro; pero así está escrito en la ley*, y no queda más recurso que el de recurrir al Príncipe, para que la corrija, explique o modere.

42. Éstos son los casos en que el arbitrio del juez sería pernicioso, si le tuviese, porque con pretexto de equidad, o se apartaría de la ley y de la mente del legislador, o usurparía los derechos de la soberanía. Pero cuando las palabras de la ley manifiestan la intención general del legislador, aunque no la expresen literalmente (porque las leyes, como se ha dicho, no pueden comprender todos los casos que pueden suceder con el tiempo) entonces, no sólo puede, sino debe el juez aplicar la ley general al caso particular, aunque no se exprese en las palabras. Esto es lo que verdaderamente se llama consultar el espíritu de la ley, que es muy distinto del arbitrio judicial, y es lo que los mismos legisladores quieren que se haga, lejos de ser contrario a su voluntad.

43. «No se deben hacer leyes, dice el Rey D. Alonso<sup>53</sup>, si no es sobre las cosas que suelen acaecer a menudo. Y por eso no pusieron los antiguos cuidados de hacerlas sobre cosas que ocurrieron pocas veces, porque vieron, *que se podría juzgar por otro caso de ley semejante, que se hallase escrito*». El Príncipe que actualmente nos gobierna, piensa del mismo modo. «Mando asimismo, dice en una novísima ley<sup>54</sup>, a todos los jueces y tribunales con el más serio encargo, que a los reos, por cuyos delitos, según la expresión literal, *o equivalencia de razón* de las leyes penales del reino corresponda la pena capital, se les imponga ésta con toda

---

<sup>49</sup> L. 13. tit. I. Part. 7. Esta ley se tomó de la 17. ff. de Legib.

<sup>50</sup> Trat. de Delit. y pen. §. 4.

<sup>51</sup> L. 3. tit. I. lib. 62. cap. 10. tit. 4. lib. 2. l. 13. cap. 7. tit. 28. lib. 8. Recop. Aut. I. y 2. tit. I. lib. 2.

<sup>52</sup> *Quod quidem per quantum durum est, sed ita lex scripta est.* L. 12. §. 1. ff. Qui & à quibus manum.

<sup>53</sup> L. 36. tit. 34. Part. 7.

<sup>54</sup> L. 13. cap. 6. tit. 24. lib. 8. Recop.



exactitud, sin declinar al extremo de una nimia indulgencia, *ni de una remisión arbitraria*». No puede explicarse con más claridad la diferencia que hay entre consultar el espíritu de la ley, y tomarse los jueces el arbitrio que no deben, y que pretenden concederles algunos autores<sup>55</sup> malamente y con notable detrimento de la república, dando por asentado, que todas las penas son arbitrarias, y por consiguiente, que pueden alterarlas, aumentarlas, o disminuirlas a su arbitrio.

44. La sabia y prudente determinación de estas leyes es muy conforme a la razón y a la equidad. Proceder de otro modo sería exponerse a eludir las leyes por el mismo medio con que se pretenden observar, o tener que recurrir a expedientes superfluos y acaso ridículos para no obrar con injusticia. De uno y otro nos ofrece dos ejemplares, dignos de referirse por su singularidad, una nación sabia y discreta; pero nimiamente escrupulosa, por no decir supersticiosa en observar siempre servilmente y con demasiado rigor las palabras de la ley, porque cree que así conserva mejor su libertad.

45. Fue uno acusado en Inglaterra por haberse casado con tres mujeres a un tiempo. Examinada la causa por los Jurados, declararon éstos haber cometido el acusado el delito que se le imputaba. Estando ya para ser condenado en la pena impuesta por la ley, el abogado del reo, conociendo el modo de pensar de su nación, alegó que la ley hablaba solamente de los que se casaban dos veces, y por consiguiente no podía comprender a su parte, porque se había casado tres. El razonamiento del abogado hizo toda la impresión que podía desear en el ánimo de los jueces, y el reo quedó absuelto por haber despreciado muchas veces la ley, que tanto querían observar<sup>56</sup>.

46. Semejante al pasado es el alegato de otro inglés, que habiendo cortado las narices a un enemigo suyo, y tratándose de imponerle la pena correspondiente, pretendió eximirse de ella con el pretexto de no estar comprendido en la ley, porque ésta sólo habla de mutilación de miembro. El Parlamento, para no cometer una injusticia, hizo antes de determinar la causa un *Bill*, en el cual declaró solemnemente, que las narices deben colocarse en la clase de los miembros del cuerpo. Si el Parlamento hubiera consultado el espíritu de la ley, se habría ahorrado el trabajo de hacer un *Bill* tan extraordinario y tan poco correspondiente a un Cuerpo de sus circunstancias<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> *Quod Judex possit (dice Farinaccio) poenas a legibus inductas non solum minuere, sed etiam pro suo arbitrio augere, & quod hodie omnes poenae juxta facti & personarum qualitates sint in arbitrio judicantis, aperte probat textus in lege & si severior, ubi Glos. & Doctores. Cita varios autores en comprobación de su doctrina, y luego añade: Regula igitur ex pramissis firma remanet vera & communis, quod in imponendi poenis Judex habet a jure concessum arbitrium illas juxta delictorum qualitates & circumstantias minuendi, augendi & immutandi. De Delict. & poen. Quaest. 17. n. 7. In atrocissimis (dice en otra parte) licitum est jura transgredi, requisitas solemnitates non adhibere, & ordo est ordinem non servare. De Indic. Quaest. 37. n. 86.*

<sup>56</sup> Briss. *Theor. tom. 2. p. 199.*

<sup>57</sup> Briss. *Theor. tom. I. p. 126.*



## Capítulo III

### Del objeto y fines de las penas

1. Hemos visto en el capítulo antecedente las cualidades y circunstancias, que deben concurrir en las penas, para que sean útiles y convenientes. Examinemos ahora cuál debe ser su objeto y fines, de donde depende también que sean justas o inicuas: pues sería ciertamente una crueldad y tiranía imponer penas a los hombres por sólo atormentarlos con el dolor, y sin que de ellas resultase alguna utilidad. *La venganza se ha de tomar, dice Séneca, no porque sea dulce el vengarse; sino porque es útil*<sup>58</sup>.

2. El derecho de imponer penas es tan propio y peculiar de la sociedad, que nació con ella misma, y sin él no podría subsistir. Como el primero y principal fin de toda sociedad sea la seguridad de los ciudadanos y la salud de la república, síguese por consecuencia necesaria, que éste es también el primero y general fin de las penas. *La salud de la república es la suprema ley.*

3. Pero además de este fin general, hay otros particulares subordinados a él, aunque igualmente necesarios, y sin los cuales no podría verificarse el general. Tales son<sup>59</sup> la corrección del delincuente para hacerle mejor, si puede ser, y para que no vuelva a perjudicar a la sociedad: el escarmiento y ejemplo para que los que no han pecado se abstengan de hacerlo; la seguridad de las personas y de los bienes de los ciudadanos; el resarcimiento o reparación del perjuicio causado al orden social, o a los particulares.

4. La enmienda del delincuente es un objeto tan importante, que jamás debe perderle de vista el legislador en el establecimiento de las penas. Pero ¿cuántas veces por defecto de éstas, en vez de corregirse el delincuente, se hace peor y tal vez incurable hasta el punto de verse la sociedad en precisión de arrojarle de su seno como miembro acangrenado, porque ya no le puede sufrir sin peligro de que infeccione a otros con su contagio? La experiencia nos enseña que la mayor parte de los que son condenados a presidios y arsenales, vuelven siempre con más vicios que fueron, y tal vez, si se les hubiera impuesto otra pena, hubiera ganado la sociedad otros tantos ciudadanos útiles y provechosos. Esto prueba la indispensable necesidad que hay de establecer casas de corrección, de que hablaré después, sin las cuales nunca se podrán proporcionar las penas, de modo que produzcan el saludable efecto de la enmienda en los que aún sean capaces de ella.

5. Las buenas leyes procuran por todos los medios posibles evitar los delitos, para no verse en la necesidad de castigarlos; y cuando se ven precisadas a ello, hacen que el mismo castigo, que ya no pueden excusar, sirva por su aparato y publicidad de prevención a los demás. *La justicia, dice el Rey D. Alonso*<sup>60</sup>, *no tan solamente debe ser cumplida en los hombres por los yerros que hacen, sino también para los que la vieren tengan miedo y escarmiento.*

---

<sup>58</sup> *Ad vindictam veniedum, non quasi dulce sit vindicare, sed quasi utile.* De Ira, l.2. c.23.

<sup>59</sup> *In vindicandis injuriis haec tria lex sequuta est, quae Princeps quoque sequi debet: aut ut eum quem punit emendet, aut ut poena ejus ceteros reddat meliores, aut ut sublatis malis, ceteri secuoriores vivant.* Seneca de Clement. lib.I. cap.22.

<sup>60</sup> *L.5 tit.27. Part.3.*

6. Es pues el ejemplo para el futuro, más que la venganza de lo pasado el objeto de la justicia criminal<sup>61</sup>, y por consiguiente de las penas; porque no es posible deshacer un delito ya cometido, ni los dolores y tormentos más atroces son capaces de revocar del tiempo que no vuelve las acciones ya consumadas. Las leyes que están libres de pasiones, castigan sin odio ni cólera, y no consienten sino por necesidad, con dolor, en perder un ciudadano con el castigo, después de haber perdido otro por el delito.

7. En el estado de naturaleza, en que todos los hombres eran iguales, cada uno tenía derecho para rechazar la violencia con la violencia, la injuria con la injuria, y para perseguir a su enemigo hasta ponerle en estado de que no le pudiese ofender. Éste era uno de los graves inconvenientes del estado natural, supuesta la corrupción de la naturaleza, porque el más fuerte y atrevido prevalecería siempre, aunque fuese con injusticia y tiranía sobre el más débil y pusilánime.

8. Conociendo esto los hombres, reunieron sus fuerzas particulares, depositándolas en la comunidad, y cada uno, haciéndose ciudadano, cedió sus derechos; pero para asegurar mejor el uso de ellos renunció la facultad de valerse de sus fuerzas, pero para adquirir las del público, y por consiguiente la comunidad se obligó por su parte a asegurar mejor el uso de estos derechos, y a usar del depósito de la fuerza pública, que se le había confiado, siempre que fuese necesario para proteger a cualquiera de sus miembros; pues sería una cosa monstruosa haber dejado las fuerzas del estado de naturaleza, para entregarse sin defensa a los males del estado civil. De todo lo cual se colige con evidencia, que uno de los objetos y esenciales fines de las penas es, como hemos dicho, la seguridad y tranquilidad de los ciudadanos, y el resarcimiento o reparación del perjuicio causado al común y a los particulares.

---

<sup>61</sup> *Neo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur. Revocari enim praeterita non possunt: futura prohibentur.* Seneca de Ira, l.I. c.16.

## Capítulo IV

De la verdadera medida y cantidad de las penas y de los delitos

...Adist

*Regula, peccatis quae poenas irroget aequas:  
Ne scutica dignum, horribili sectere flagello*

Horat. I. satyr. 3. v. 117..

1. Si los fines que hemos dicho en el capítulo antecedente, y debe tener presente el legislador en la imposición de las penas, pueden conseguirse con castigos moderados, el agravarlos sería crueldad y tiranía, y se excederían los límites de la justicia y de la equidad. Por el contrario, si las penas no tuviesen eficacia bastante para contener la osadía de los malos, serían inútiles, y en vez de impedir los delitos, sólo servirían de incentivo para ellos. Es pues necesario y muy importante, que se guarde cierta medida en las penas, y lo es igualmente, el saber, cuál debe ser esta medida, y por dónde debe regularse, porque de este conocimiento depende principalmente la justicia de la legislación criminal y el acierto en el establecimiento de las penas.

2. Pero debiéndose derivar éstas de la naturaleza de los delitos, y ser proporcionadas a ellos, según se ha dicho en el capítulo. de este Discurso, no se podrá conocer bien la medida y cantidad de las penas, si antes no se establece la verdadera medida y cantidad de los delitos. El lector conocerá desde luego que la palabra cantidad no la tomo en su sentido recto, sino en el metafórico, en el cual no significa otra cosa, que el conjunto de cualidades y circunstancias, que constituyen una acción más o menos mala, y por consiguiente más o menos ^v^perniciosa.

### § I

De la medida y cantidad de los delitos

1. Es bien sabida la opinión, o por mejor decir, la extravagancia de los Filósofos Estoicos, que con sofismas y apariencias de razón pretendían persuadir de que todos los delitos eran iguales, y no hacían distinción entre la muerte de un gallo y el asesinato de un hombre. Paradoja extraña a la que Cicerón<sup>62</sup> con todo su ingenio y elocuencia, no pudo dar ni aun visos de probabilidad, y de la cual Horacio, imbuido en esta parte en mejor filosofía que la Estoica, supo burlarse con tanta discreción como sabiduría<sup>63</sup>.

2. Algunos criminalistas vulgares, como Farinacio, Carpzovio y otros semejantes, poco o nada versados en la filosofía moral, tan necesaria para tratar con acierto de materias

---

<sup>62</sup> Paradox. 3.

<sup>63</sup> I. Satyr. 3.

criminales, proponen las penas como la verdadera medida de los delitos; y según ellos, delito grave es el que se castiga con pena grave, y leve el que se castiga con pena leve<sup>64</sup>.

3. Si algún legislador consultase a un jurisconsulto, para imponer la pena correspondiente a un nuevo delito, no sé yo qué regla le podría dar según la doctrina de estos autores, cuya mala filosofía se manifiesta bastantemente en la ineptitud de su raciocinio, pues, además, de que el responder de esta suerte es dar por supuesto lo mismo que se quiere saber, sería necesario, para que fuera cierta su regla, suponer una de dos cosas: o que la imposición de las penas siempre se ha hecho y se hará con la debida proporción y justicia, ya que no se pueden confundir los legisladores, o que la única regla y medida de las penas es la voluntad y arbitrio de ellos. Propositiones entrambas tan notoriamente falsas, que es ocioso el impugnarlas; y la segunda puesta en práctica haría degenerar el mejor gobierno en un cruel despotismo y tiranía.

4. Creen otros, que la verdadera medida del delito es la intención y malicia del que le comete. Pero ¿quién habrá que sea capaz de sondear la profunda e infinitamente variable malicia del corazón humano, para medir por ella los delitos y tomarla por norma para castigarlos? Es verdad, que los actos internos más ocultos del hombre se manifiestan y dejan conocer por las acciones exteriores. Pero nadie ignora, cuán falible es esta regla, y cuántas veces la más perversa malicia suele disfrazarse con apariencias de virtud. Además de que con la mejor intención puede y suele hacerse un gran perjuicio, y, por el contrario, el intento más depravado suele producir un beneficio, que no se debía esperar. Milón mató a Clodio por satisfacer su odio y venganza privada, y libertó con su muerte a la patria de un terrible enemigo. Varrón, queriendo salvar la república, se empeña temerariamente en la batalla de Cannas contra Aníbal, y pone a Roma a punto de perecer.

5. No falta quien diga que los delitos deben medirse más por la dignidad de la persona ofendida, que por el daño hecho al bien público. De esta suerte, la más leve irreverencia contra el Ser Supremo debería castigarse con más rigor y severidad que el asesinato de un Monarca y la subversión de un Estado, pues es infinita la distancia y no hay términos de comparación entre el Creador y la criatura.

6. Semejante a ésta es la sentencia de los que quieren que en la graduación del delito se tenga por regla la gravedad del pecado. La falsedad de esta opinión consiste en confundir el pecado con el delito, siendo dos cosas realmente diversas. Toda acción contraria a la ley divina, sea interna, sea externa, es pecado. Ningún acto puramente interno, aunque pecaminoso, es delito, y las acciones externas, para que lo sean, es necesario que con ellas se perturbe la tranquilidad pública o la seguridad de los particulares. Un pensamiento impuro, por ejemplo, consentido interiormente con deliberación, es pecado, y pecado grave; pero no es delito, ni está sujeto a las leyes humanas. Cualquiera mentira, aunque leve, es pecado, y aunque sea grave, no es delito, si de ella no resulta perjuicio al bien público o a algún tercero.

7. La razón de todo esto es clara. Los hombres, cuando se unieron para hacer vida sociable, y renunciaron a la facultad que tenían de usar de sus fuerzas particulares, depositándolas en la comunidad o en sus gobernantes lo hicieron con el objeto de que se mantuviese siempre ileso la sociedad, porque de su conservación y buen orden depende la mayor seguridad de los particulares, que es lo que principalmente fueron a buscar a la sociedad. Síguese de aquí con evidencia, que las leyes penales, que nacieron con la sociedad, como esencialmente necesarias

---

<sup>64</sup> *Tertia sit conclusio* (dice Farinacio) *in hac eade septima delictorum distinctione, quod gravitas seu levitas delicti cognoscitur ex qualitate poenae illi a jure impositae*. Cita varios autores para autorizar su conclusión, y luego añade: *Qui omnes dicunt, quod si delicti poena est levis, leve reputatur delictum; si gravis, grave, si gravissima, gravissimum*. De delict. & poen. quest. 18 n. 83.

para su conservación, no pueden tener otro objeto que aquellas acciones externas, que directa o indirectamente turban la pública tranquilidad, o la seguridad de los particulares, y por consiguiente sólo éstas son verdaderamente delitos, y sólo ellas están sujetas a las leyes humanas establecidas por las Supremas Potestades.

8. No sucede así con el pecado. El hombre, aunque nunca hubiera de vivir en sociedad, no puede prescindir de las relaciones de dependencia esencial y necesaria, que tiene con Dios como criatura con su Creador. Toda acción que de cualquier modo ofende estas relaciones, es verdaderamente pecado. Pero como la gravedad y medida de éste depende de la impenetrable malicia del corazón humano, Dios, que es el único capaz de conocerla, ha reservado a su omnipotencia el castigo de los pecados y el modo y tiempo en que debe ejecutarse, y por consiguiente no pueden sujetarse a la jurisdicción de las leyes humanas; y si éstas hubieran de castigar todos los pecados de los hombres siendo tan frecuentes por la corrupción de la naturaleza, en vez de conservar la sociedad, que es su verdadero y principal fin, conseguirían destruirla fácilmente. Además de que tampoco sería posible que los pudieran castigar por su multitud<sup>65</sup>. Hay pues entre el delito y el pecado una verdadera diferencia, y es muy importante no perderla de vista en la legislación criminal.

9. Cuando digo que sólo las acciones externas, que directa o indirectamente turban la tranquilidad pública o la seguridad de los particulares, son delitos, y que sólo ellas están sujetas a la censura de las leyes humanas, estoy muy distante de excluir de esta clase las acciones externas perturbativas de la religión, porque ésta es el vínculo más fuerte y el más firme apoyo de la sociedad; pues como sabiamente dice Plutarco<sup>66</sup>, más fácil sería edificar una ciudad sin suelo que establecer o conservar una sociedad sin religión. Verdad tan evidente y clara, que habiéndose hecho conocer de un filósofo gentil en medio de las densas tinieblas del paganismo, no puede dejar de causar muy grande admiración, que no hubiese hecho impresión alguna en otro filósofo<sup>67</sup> que nació en el centro del cristianismo, pero cerró voluntariamente los ojos a la pura y brillante luz de la fe, y tuvo impiedad bastante para pretender persuadir que el ateísmo no puede perjudicar a la sociedad, y que ésta puede subsistir aunque en ella no se profese religión alguna. Pero no es extraño que pensase de este modo quien se atrevió a decir, para deprimir la religión cristiana, que un Estado compuesto de verdaderos cristianos no podría subsistir.

10. El marqués de Beccaría<sup>68</sup>, que impugnó sólidamente las opiniones que quedan referidas acerca de la medida de los delitos, dice, que la única y verdadera medida es el daño hecho a la sociedad. Pero esta sentencia es igualmente defectuosa que las demás. Si fuese verdadera, no habría diferencia entre los delitos cometidos por dolo y los cometidos por culpa, entre los que se hacen con el ánimo perturbado por el ímpetu y vehemencia de las pasiones y los que se cometen con serenidad y pleno conocimiento. En una palabra, se destruiría enteramente la moralidad de las acciones humanas, pues para que éstas puedan imputarse a los que las hacen, debe atenderse principalmente al conocimiento y deliberación con que se ejecutan. Pero si la

---

<sup>65</sup> Si quotiens peccant homines sua fulmina mittat

Jupiter, exiguo tempore inermis erit.

<sup>66</sup> Lib. Adv. Colot. Tom.2. oper.

<sup>67</sup> Bayle *Pensées sur la Comete*, & c. y en otras partes de sus obras. Puffendorff en su obra de *Offic. Hom & civ. lib. I cap. 4 §. 9.* y Montesquieu *Espr. dex loix, liv. 24. chap. 2. y 6.* destruyen con solidez y energía la impía paradoxa de Bayle, y todos sus vanos sofismas.

<sup>68</sup> Trat. De delit. y pen. §. 7. y 8. y resp. á la acus. II.

única medida del delito hubiera de ser el daño hecho a la sociedad, como éste se pueda hacer sin voluntad del que le causa, y tal vez contra ella, síguese necesariamente que se destruiría la moralidad de las acciones humanas, o que éstas se pueden imputar al que las hace sin deliberación ni conocimiento.

11. Objetándole al Marqués de Beccaría, que, según su sistema, sería necesario castigar las casas que se arruinan, las aguas que inundan, el fuego que abrasa y otras cosas inanimadas, puesto que también hacen daño a la sociedad. Para satisfacer a esta objeción, recurre al fin de las penas, diciendo, que como éste es impedir al delincuente causar nuevos daños y retraer a los demás de que hagan otros semejantes, y no pudiéndose verificar nada de esto en las cosas inanimadas, tampoco puede tener lugar el castigo. Pero, sin embargo de esta respuesta, la dificultad queda en pie, porque siempre se verifica que no hay delito habiendo verdadero daño de la sociedad; luego éste no es la única medida de aquél.

12. Tampoco satisface al otro argumento de sus contrarios. Un furioso, dicen éstos, puede cometer un homicidio como otro cualquier hombre; sin embargo no será castigado como otro hombre que esté cuerdo. Así lo confiesa el Marqués de Beccaría; pero dice que esto es *porque hace menor daño a la sociedad el loco que el sano, puesto que éste enseña a cometer delitos, y aquél no da otro ejemplo que el de su locura furiosa*. De esta respuesta, sólo puede inferirse que el delito del loco es menor que el del cuerdo; mas no, que no es delito, que es lo que se debía probar, y no se probará, ciertamente, siguiendo los principios de Beccaría, ni se podrá dar tampoco razón según ellos, porque cuando se causa igual daño a la sociedad (como suele suceder), por un delito hecho con plena deliberación y conocimiento, que por otro en que no haya tanta deliberación, aquél se debe castigar más gravemente que éste.

13. Mr. Brissot de Warville<sup>69</sup>, siguiendo los principios de Beccaría, dice: *que no puede haber sino dos medidas de los delitos; que en los unos es el daño hecho al orden público, y en los otros el que se hace a los particulares. Servirse de otras medidas, prosigue este autor, inventadas por el despotismo o por el fanatismo, es tiranía, es atrocidad*. Es cierto que si las medidas son inventadas por el despotismo, o por el fanatismo, será tiranía y atrocidad servirse de ellas. Pero también es verdad, que además del daño hecho al orden público y a los particulares, deben concurrir y tenerse presentes otras circunstancias, las cuales, lejos de haber sido inventadas por el despotismo o por el fanatismo, son indispensablemente necesarias para regular justamente la verdadera medida de los delitos.

14. Éstas son la deliberación y conocimiento del delincuente, el mal ejemplo que causa el delito, los impulsos o causas que estimulan a delinquir, el tiempo, el lugar, la reincidencia, el modo e instrumentos con que se cometió el delito, la persona del delincuente y del ofendido, las cuales circunstancias juntas con el daño hecho a la sociedad o a los particulares, constituyen la verdadera medida y naturaleza de los delitos.

15. Según estos principios, se conserva la moralidad de las acciones humanas, se distinguen los delitos cometidos por culpa de los cometidos por dolo, los que se hacen con el ánimo perturbado, de los que se hacen con entero conocimiento y serenidad; se da fácilmente la razón, porque el daño hecho a la sociedad por las cosas inanimadas o por un furioso no es delito, y finalmente, porque, aunque se cause igual daño a la sociedad con dos delitos cometidos con desigual conocimiento y deliberación, se debe castigar el uno con más severidad que el otro.



---

<sup>69</sup> Theorie des loix criminelles, tom. I. pág. 103.



## § II

### De la verdadera medida y cantidad de las penas

1. Establecida la medida de los delitos, ya es fácil señalar la verdadera medida y cantidad de las penas, pues cuanto mayor fuere el daño causado a la sociedad o a los particulares, mayor la libertad y conocimiento con que se hace, más peligroso el ejemplo que resulta de la acción, y más vehementes los impulsos para delinquir, tanto mayor será el delito, y por consiguiente la pena con que se debe castigar. Por el contrario, cuanto disminuyeren estas circunstancias, tanto disminuirá el delito y tanto menor deberá ser la pena, guardada la debida proporción.

2. Según estos principios, infiérese naturalmente de ellos, que todos los delitos que se dirigen a perturbar o a destruir la sociedad, y también la religión por las razones ya dichas, como son el crimen de lesa Majestad, la herejía, la sedición, rebelión y cualquiera otro de esta naturaleza, se deberán castigar con las penas más graves, aumentándose más o menos el rigor de ellas a proporción del mayor o menor daño que causare a la sociedad, cuya salud y conservación debe ser siempre el primero y principal objeto de la legislación criminal.

3. El segundo es la seguridad y tranquilidad de los particulares. Ésta consiste en la conservación de la vida, de los miembros del cuerpo humano, de la honra y de los bienes. Mas como la vida del hombre, su persona y su honra son objetos más nobles y más dignos de aprecio que los bienes, síguese por consecuencia necesaria, que los delitos contra la seguridad personal deben castigarse más severamente y con diverso género de penas, que los que sólo causan perjuicio en los bienes, debiéndose graduar igualmente estas penas por el mayor o menor daño que causaren.

4. Pero este solo, como se ha dicho, bien se haga a la sociedad, bien a los particulares, no basta para que haya delito, si no concurren las otras circunstancias necesarias para regular las penas, cuales son el mal ejemplo causado por el delito y las causas o incentivos para cometerle. El mal ejemplo es tanto mayor y más perjudicial, cuanto es mayor la frecuencia con que se cometen los delitos. Ésta depende, o de la facilidad y proporción que hay para cometerlos, o de las causas que por su abundancia o por su vehemencia incitan a ello.

5. Es pues consiguiente a nuestros principios, que cuanto mayor fuere la facilidad para delinquir y mayores, en más número o más vehementes, las causas o estímulos que incitan a ello, tanto más se deberán agravar las penas, para que el miedo de ellas sirva en cuanto sea posible de obstáculo a la facilidad en delinquir, y de contrapeso a las causas u ocasiones que pueden incitar a ello.

6. Pero en estos casos el daño causado a la sociedad o a los particulares debe influir más que las otras circunstancias en la regulación y medida de las penas. De lo contrario, o se faltará a la debida proporción y analogía que debe haber entre la pena y el delito, y que nunca debe perder de vista el buen legislador, o se expondrá a que el mal causado por la pena sea mayor que el que producido por el delito, y la razón dicta que de dos males necesarios se prefiera el menor.

7. La otra circunstancia necesaria para regular las penas es la libertad del delincuente. Según ésta fuere mayor o menor, así se deberá agravar o disminuir la pena. La falta o disminución de la libertad puede provenir de causa extrínseca o intrínseca. Entonces proviene de causa extrínseca, cuando por miedo, violencia o de otro modo obliga uno a otro a delinquir. En este caso, todo el peso de la pena debe recaer sobre el que obliga, pues obra con entera libertad y es causa moral del daño que resulta, pero respecto del que le hace materialmente, debe ser la pena tanto menor cuanto mayor fuere la violencia que padece, porque en proporción es menor la libertad. Por la misma razón, los delitos cometidos por temor de la muerte, del hambre, del dolor, son más excusables que los que se cometen sin estos motivos.

8. No sucede así con el mandante y el mandatario, porque entrambos concurren libremente y tienen igual parte en el delito y por consiguiente deben sufrir la misma pena. El mandante pervierte el ánimo del mandatario, le induce eficazmente a hacer lo que no haría sin el mandato, y aunque no concurre físicamente a la ejecución, tiene tanta parte como si concurriera. *Aquél hace el daño que le mandan hacer*, dice la *regla 20. tit. 34. Part. 7*. La muerte de Urías se imputa a David, que sólo la mandó ejecutar, como si la hubiese hecho por su mano: *Mataste con la espada a Urías Heteo*<sup>70</sup>, le dice Natham, cuando le reprende en nombre de Dios. El mandatario es el instrumento con que se ejecuta el delito; pero no un instrumento muerto como el cuchillo, que sólo se mueve a la voluntad del que le dirige; sino un instrumento que los dialécticos llaman cooperativo, porque se mueve por sí mismo y concurre libremente a ejecutar la acción.

9. De lo dicho se infiere, que si el mandatario se excedió en la ejecución del mandato, como si habiéndole mandado que hiriese a uno se propasó hasta matarle, esta muerte, aunque hecha contra la voluntad del mandante, deberá imputársele igualmente que al mandatario porque es verdadera causa de ella; pues no sólo debía saber que el mandatario podía exceder fácilmente los términos del mandato, sino que expresamente le exponía a ello, mandándole por otra parte una cosa ilícita. Pero si el mandante revocare en tiempo hábil el mandato, y no obstante lo ejecutare el mandatario, entonces sólo a éste se le deberá imputar el delito porque ya no se puede decir que el mandante es causa de él. Sin embargo, dicen algunos autores<sup>71</sup>, a mi juicio con razón, que el mandante debe ser castigado con alguna pena extraordinaria, por haber pervertido el ánimo del mandatario y por el peligro que traen consigo semejantes mandatos, aunque después se revoquen. Por la misma razón, aunque no se ponga en práctica el mandato, deberá castigarse con alguna pena proporcionada, pues importa a la pública utilidad el impedir semejantes mandatos, la depravación que causan en el ánimo del mandatario, y el peligro que de aquí puede resultar a la sociedad.

10. También quieren algunos intérpretes, que la ratificación o aprobación tenga el mismo efecto que el mandato, no sólo en los contratos, sino también en los delitos. Uno, por ejemplo, mata a otro en mi nombre, pero sin noticia mía, y después de hecha la muerte, me lo dice, y yo la apruebo; deberé ser castigado, según esta doctrina, a lo menos con pena extraordinaria. Pero no hallo razón alguna en que pueda fundarse esta opinión, pues el que sólo aprueba un delito después de hecho, ni es causa física ni moral de él. Es cierto que se ejecutó en su nombre, pero sin su noticia ni participación. También es verdad que aprueba una acción mala, pero esto será un pecado más no un delito, y, por consiguiente, no debe castigarse por las leyes.

11. Disminúyese también la libertad por causa intrínseca, y esto sucede cuando el ímpetu y fuerza de las pasiones es tanta que ofusca el ánimo, ciega el entendimiento, y precipita cuasi involuntariamente al mal, como sucede en los primeros movimientos de ira, de cólera, de dolor y otras pasiones semejantes, en cuyo caso, los delitos cometidos de esta suerte deben castigarse con menos severidad que cuando se hacen a sangre fría y con entera deliberación.

12. No es contrario a esto lo que hemos dicho antes, que cuanto mayores y más vehementes fueren los estímulos para delinquir, tanto más se deben agravar los castigos, porque las leyes en el establecimiento de las penas no se proponen por objeto los hombres agitados por las pasiones, incapaces entonces de reflexión ni de temor; sino los hombres tranquilos y serenos, que pueden examinar y comparar el mal que causa la pena, con el deleite o utilidad que resulta del delito, y acostumbrarse de este modo a temer las penas para resistir a los impulsos

---

<sup>70</sup> *Uriam Hetaeum percussisti gladio*, 3. Reg.XII. 9.

<sup>71</sup> Gom. *Var.3. n.41. y otros autores.*

que los incitan y para no dejarse arrebatarse por las pasiones. Por otra parte, el que cuando está tranquilo no piensa en delinquir y sólo lo hace agitado de alguna pasión, es, ciertamente, menos impelido al mal, que el que con malicia y serenidad busca o aprovecha las ocasiones o causas que incitan a él, y, por consiguiente, menor pena basta para que el primero no se deje arrebatarse por la pasión, que para contener al segundo en su dañado y deliberado propósito de delinquir.

13. La falta de conocimiento disminuye también el delito, y debe disminuir igualmente la pena. Es pues consiguiente, que los delitos cometidos por ignorancia, por error, por culpa, por impericia, credulidad, rusticidad, se castiguen con menor pena que los que se hacen con entero conocimiento y deliberación, aunque el daño que resultare sea igual, del mismo modo que cuando se hacen sin entera libertad, porque menor pena basta para contener a los que delinquen sin entera libertad y conocimiento, que a los que lo hacen con malicia y plena deliberación; y conforme a un principio que hemos asentado en este Discurso, las penas, para que sean justas, deben ser necesarias; esto es, no debe exceder su rigor de aquel punto que basta para contener los delitos, porque así lo pide el bien de la misma sociedad.

14. De lo dicho parece inferirse, que, pues la embriaguez priva o disminuye el conocimiento del delincuente, debería influir en la disminución o remisión de la pena. Para decidir esto, es digno de tener presente un comentario de Aristóteles sobre el asunto. *Siempre que por ignorancia, dice este Filósofo, se comete algún delito, no se hace voluntariamente, y por consiguiente no hay injuria. Pero, si el mismo que comete el delito, es causa de la ignorancia con que le comete, entonces hay verdaderamente injuria y derecho para acusarle, como sucede en los ebrios, los cuales, si cuando están poseídos del vino causan algún daño, hacen injuria (delito), por cuanto ellos mismos fueron causa de su ignorancia, pues no debieron haber bebido tanto*<sup>72</sup>.

15. Este excelente pasaje de Aristóteles hace ver manifiestamente la distinción que las leyes deben hacer para la imposición de las penas entre el que se embriagó por casualidad u otro motivo extraordinario, y el que lo hace por hábito y costumbre. Al primero, si delinque estando privado de su juicio, se le debe disminuir y tal vez remitir la pena, según las circunstancias; el segundo debe ser castigado, como si hubiera cometido el delito estando en cuerdo, sin tener respeto ninguno a la embriaguez, si no es acaso para aumentarle la pena; pues ciertamente no debería tenerse por injusto el legislador que quisiese resucitar la ley de Pitaco, el cual imponía dos penas al que cometía un delito estando embriagado, una por el delito y otra por la embriaguez<sup>73</sup>.

16. No debe decirse lo mismo del loco o mentecato, que careciendo enteramente de juicio y conocimiento sin culpa suya, es más digno de compasión que de pena, y esto aunque cuando cometió el delito estuviese en su entero juicio; pues, aunque algunos autores dicen que en este caso debe ser castigado al menos con pena extraordinaria, no hay ciertamente razón ninguna sólida en que pueda fundarse esta opinión; además de que cesan todos los fines que deben proponerse en la imposición de las penas, pues un loco es incapaz de corrección, y su impunidad no puede causar mal ejemplo ni dar motivo a que otro sea malo, ni menos que no

---

<sup>72</sup> *Quandocumque ignorantia causa est aliquid perpetrandi, id non fit sponte, proinde nec injuria est. At quum ipse suae ignorantiae, cujus ipse causa fuit, is plane officit injuria, & juer accusari poterit, velut in ebris evenit. Vino namque mersi, si quid mali perpetraverint, injuriam faciunt, quandoquidem ipsi sibi ignorantiae causa fuerunt. Non enim decuit eos tantum bibere.* Magn. Moral. I. 34.

<sup>73</sup> Aristot. Nicomach. III. 7.

espere también volverse loco después de cometido el delito. La única pena que se le puede imponer, es encerrarle, para que no haga otro daño.

17. Débese también tener consideración en la imposición de las penas a la edad y sexo, porque uno y otro influyen en el conocimiento. Un niño no tiene ninguno, y el menor de catorce años regularmente no le tiene perfecto. Lo mismo respectivamente debe decirse del que se halla en una edad muy avanzada. *Más crudamente*, dice la ley 8. tit. 31. Part. 7, *deben escarmentar... al mancebo, que al viejo y al chico... y si por ventura el que hubiese errado fuese menor de diez años y medio, no le deben imponer ninguna pena, y si fuese mayor «desta» edad, y menor de diez y siete años, débenle menguar la pena que aplicarían a los otros mayores por tal yerro.*

18. La debilidad corporal de las mujeres, efecto de su delicada constitución, se comunica también al ánimo, cuyas operaciones tienen tanta dependencia de la organización del cuerpo, y por tanto las leyes deben mirar con más benignidad en el establecimiento de las penas a las mujeres que a los hombres. Pero esto no se debe entender cuando la malicia de la mujer es tanta, como suele suceder algunas veces, que la haga cometer delitos tan atroces, que excedan la debilidad de su sexo, en cuyo caso deben ser tratadas del mismo modo que los hombres.

19. Infiérese también de los principios que van expuestos, que los actos puramente internos, como los pensamientos y deseos de cometer algún delito, sea el que fuere, aunque se tenga noticia de dichos actos, en ninguna manera deben castigarse, porque no resulta daño ninguno a la sociedad. No es ciertamente digna de imitación la crueldad con que manchó su nombre Cristiano II, Rey de Dinamarca, de quien refiere Meursio en su vida, que se la hizo quitar a uno por haber dicho que alguna vez había deseado gozar de la Reina. El monarca danés se propuso sin duda imitar al tirano y cruel Dionisio el Mayor, de quien refiere Plutarco<sup>74</sup> que habiendo soñado un favorecido suyo llamado Marsias, que le cortaba la cabeza, le hizo quitar la vida, diciendo, que si no lo hubiera pensado por el día, no lo hubiera soñado por la noche.

20. Con más humanidad pensaba nuestro Rey D. Alonso. *Porque los primeros sentimientos* (dice este sabio Príncipe<sup>75</sup>) *que mueven el corazón del hombre no están en su poder, según dijeron los filósofos, por tanto, si en la voluntad de alguno entrase hacer traición con otros de consuno, y antes que hiciesen jura sobre el pleito de la traición, uno lo descubriese al Rey, decimos que a éste debe ser perdonado el yerro que hizo de consentir en su corazón tal falta.*

21. He dicho que los actos puramente internos no deben castigarse, aunque se sepan. Pero si a estos actos se juntaren algunas acciones exteriores o palabras dirigidas a poner en ejecución los pensamientos o deseos, entonces, según sea mayor o menor el progreso que se hiciere en la ejecución, y el daño que resultare, así se deberá agravar más o menos la pena.

22. Infiérese de esta doctrina que la voluntad o conato de delinquir no debe castigarse con la misma pena que el delito consumado. En el derecho Romano hay algunas leyes<sup>76</sup>, según las cuales el conato debe castigarse con la misma pena que el efecto (o ejecución completa). Otras agravan más la pena<sup>77</sup> al efecto que al conato. Los intérpretes para conciliar estas leyes, dividiéndose ellos también en sus opiniones, dicen unos, siguiendo a Cujacio<sup>78</sup>, que en los delitos leves el conato debe castigarse con menor pena que el efecto; pero en los más graves

---

<sup>74</sup> *Vida de Dion.*

<sup>75</sup> *L.5. tit.2. Part. 7.*

<sup>76</sup> *L. Quis quis C. ad leg. Jul. Majest. l. I. 7. y 14. ff. Ad leg. Corn. de Sicar. l.7. C. eod. L. I. ff. Ad leg. Pomp. de Parric. l. 7. y ult. C. de Calumniator.*

<sup>77</sup> *L. I. & ult. ff. de Extraord. crim. l. 6. y 22. ad leg. Corn. de Fals. l. 3. de His qui not. infam. l.21. §.7. de Furt.*

<sup>78</sup> *Observ. XV. 25.*

debe castigarse el conato con igual pena que el efecto. Quieren otros que el conato sólo se castigue como el efecto en los delitos gravísimos, y esta sentencia, dice Antonio Mathei<sup>79</sup> que está generalmente aprobada por el consentimiento de casi toda la Europa.

23. El sabio y erudito Magistrado Cornelio Binkersoek<sup>80</sup> dice, que solamente debe castigarse el conato como el efecto en los delitos determinadamente expresados en las leyes, y no en otros algunos, aunque sean más graves, y para saber hasta qué punto debe llegar el conato para que se pueda castigar con la misma pena que el efecto, dice también, que debe estarse a las palabras y expresión de la ley; sentencia cuerda, que evita la incertidumbre que resulta de las diversas opiniones con que los intérpretes han oscurecido también este punto.

24. La sentencia de Binkersoek, más humana ciertamente y más equitativa que las de los demás intérpretes, es más conforme a nuestras leyes patrias. La *ley 2. tit. 31. Part. 7*, después de haber expresado con toda individualidad los delitos en que el conato debe castigarse con la misma pena que el efecto, dice: «En estos casos sobredichos *tan solamente* ha lugar lo que dijimos, que deben recibir escarmiento los que pensaren de hacer el yerro, (después) que comiencen a hacerlo, aunque no lo cumplan. Mas en todos los otros yerros, que son menores «destos», aunque los pensaren los hombres hacer, y comiencen a obrar, si se arrepintieren antes que el pensamiento malo se cumpla, no merecen pena ninguna».

25. La terminante y clara disposición de esta ley no deja lugar a las varias interpretaciones de los Doctores, y debe seguirse a la letra, mientras no sea derogada por legítima potestad. Pero cuando se trata de la reforma de las leyes, es preciso exponer las razones que a mi juicio prueban convincentemente, que en ningún delito se debe castigar el conato con la misma pena que el efecto, y cuanto más atroz fuere el delito tanto más se debe seguir esta regla, por pedirlo así la pública utilidad.

26. El primero y principal, o por mejor decir, todo el objeto de las leyes penales, según nuestros principios, es el bien de la sociedad y de los particulares que la componen. Por eso mientras mayor fuere el perjuicio que puede seguirse de algún delito, tanto más importa evitarle, y tanto más deben valerse las leyes de todos los medios posibles para conseguirlo. Esto supuesto, no hay duda que entre el conato y la consumación del delito hay algún intervalo, y por consiguiente puede haber lugar al arrepentimiento. Conviene pues al bien de la sociedad, que en vez de poner obstáculos que impidan este arrepentimiento, le faciliten y promuevan las leyes por todos los medios posibles, pues cuantas veces se verificare otros tantos delitos se evitarán.

27. Pero ¿quién habrá que habiendo empezado a cometer un delito desista de su empresa, si sabe, que aunque desista, ha de sufrir la misma pena que si hubiera consumado la acción? ¿No es esto por el contrario cerrar enteramente la puerta al arrepentimiento y poner estímulos, no sólo para que se lleve a efecto el intento, sino también, acaso, para que se acelere y precipite la ejecución?

28. Pongamos el ejemplo en uno de los casos comprendido en la ley de Partida arriba citada. Si un hombre intenta matar a otro y comenzare a ponerlo por obra, yendo contra él con armas, o estando acechándole en algún lugar para matarle, *aunque no lo cumpliese*, dice la ley, *merece ser escarmentado así como si lo hubiese cumplido*. Este hombre, constituido en tales circunstancias, quién duda que discurriría de esta suerte: Aunque yo no mate a mi enemigo, por sólo haberlo intentado ya, he de sufrir la misma pena que si le matara; pues si de todos modos he de perder la vida, quiero tener al menos el gusto de satisfacer la pasión que me impele a hacer este atentado.

---

<sup>79</sup> *Tit. de Poen.* n. 13.

<sup>80</sup> *Observ. III.* 10.

29. Por el contrario, si el que comenzó a cometer un delito, sabe, que si desiste de su depravado intento ha de ser castigado con menos severidad, que si le pone en ejecución, ¿cuántas veces el amor a la vida, o el temor de la mayor pena contrapesarán los impulsos de las pasiones, e impedirán el daño que recibiría la sociedad con la consumación del delito? Quien no crea que los hombres, generalmente hablando, discurren y obran de esta suerte, no conoce el corazón humano, ni la depravación de nuestra naturaleza.

30. Por otra parte, según los principios asentados en este Discurso, los delitos desiguales en gravedad no deben castigarse con penas iguales; y nadie ignora que el conato de delinquir, aunque es malo, no es tanto como la entera consumación del delito, y por consiguiente no debe castigarse con la misma pena. Esta regla dictada por la misma equidad sólo podría traspasarse por el bien de la sociedad, cuando el imponer la misma pena al conato que al efecto fuese un medio cierto y seguro de evitar los delitos más atroces; pero de lo dicho hasta aquí parece inferirse lo contrario; luego es cierto que mientras más atroz fuere el delito, tanto más importa al bien público que el conato no se castigue con la misma pena que el delito.

31. De las razones expuestas parece inferirse, que si el conato llegase hasta el acto mismo de consumir el delito, aunque efectivamente no se consume por algún accidente, como si uno, por ejemplo, diere a otro veneno, y no produjere el efecto que era regular y se esperaba; si con ánimo de matarle le hirió mortalmente, pero no murió por alguna casualidad, en estos casos se debe castigar el conato con la misma pena que el efecto, porque la pena no impide el arrepentimiento, que no puede haber en tales casos u otros semejantes. Por otra parte, las leyes deben poner todos los obstáculos posibles para que los hombres no lleguen a semejantes extremos. Éste me parece que es el verdadero sentido de aquella ley del Éxodo: *El que hiriere a un hombre, queriéndole matar, muera por ello*<sup>81</sup>.

32. La utilidad pública pide también, que los cómplices en un delito, que no han concurrido inmediatamente a ejecutarle, se castiguen con menos severidad que el inmediato ejecutor. La razón es clara. Cuando algunos se convienen entre sí para ejecutar alguna acción, de la cual pueda resultarles algún daño o peligro lo hacen de modo que todos corran igual riesgo, y esto tanto más cuanto mayor es el peligro a que se exponen. La ley, castigando con más severidad a los inmediatos ejecutores que a los demás, quita la igualdad del peligro con la mayor pena que impone al ejecutor, y por consiguiente dificulta más la ejecución, porque no es tan fácil que ninguno quiera exponerse a mayor peligro que los otros, esperando la misma utilidad que ellos.

33. Pero si los que se confabulan para cometer el delito pactaren entre sí dar alguna recompensa particular al que ejecutare la acción, entonces por la misma razón, aunque inversa, igual pena que el ejecutor deben sufrir los demás cómplices, aunque no sean inmediatos ejecutores, porque exponiéndose de esta suerte al mismo peligro, y resultándoles menos utilidad, se dificulta también la convención, y por consiguiente la ejecución del delito.

34. En causas de delitos enormes, difíciles de averiguar, suele ofrecerse el perdón al cómplice que delatare a sus compañeros. Esto es autorizar en cierto modo la traición, detestable aun entre los malvados, porque es muy grande el daño que causa y mucha la facilidad con que se puede cometer, y son ciertamente menos fatales a la sociedad los delitos de valor que los de vileza, por cuanto aquél es menos frecuente, y encuentra más obstáculos que la vileza y traición, la cual fraguándose impunemente en secreto, no se conoce hasta que causa el estrago sin poderle remediar, y por lo mismo suele ser muy común y contagiosa.

35. Por otra parte, importa mucho que se averigüen bien los delitos, que por ser secretos los autores y manifiestos sus perniciosos efectos, atemorizan más al pueblo y turban no sólo la

---

<sup>81</sup> *Qui percusserit hominem volens occidere, morte moriatur.* Exod. XXI. 12.

tranquilidad, sino también la seguridad personal de los ciudadanos. El Marqués de Beccaría dice, que una ley general por la cual se prometiese el indulto al cómplice manifestador de cualquier delito, es preferible a una especial declaración en caso particular. Creo que es muy útil y digno de adoptarse este medio, en cuya práctica no hay los inconvenientes que acabamos de referir.

36. Cuando un Tribunal o Magistrado, después de cometido el delito, ofrece el indulto al cómplice que delatare a los compañeros no sólo autoriza la traición y perfidia, sino que estimula y en cierto modo obliga a ella con el fuerte aliciente del perdón. Pero cuando la ley general, que se hace antes de cometerse los delitos y sin objeto determinado, ofrece el mismo indulto, no tiene otro fin que el de evitar uniones peligrosas, con el temor recíproco que cada cómplice debe tener de que otro le revele; y las leyes deben poner siempre todos los obstáculos que sean posibles a las convenciones que puedan hacer los hombres, que se intenten asociar para cometer delitos, pues éste es un medio muy eficaz para evitarlos.

37. El modo de pensar del Marqués de Beccaría<sup>82</sup>, le encuentro autorizado por algunas de nuestras leyes, que en ciertos delitos han usado de este medio. La *ley 21. tit. 21. lib. 5. de la Recop.* en las declaraciones, después de haber señalado el premio del trueque de vellón de plata a oro, e impuesto graves penas a los que excedieren de él, hablando de las pruebas, dice: *para condenar basten tres testigos singulares, aunque sean las mismas partes o cómplices, a quienes desde luego damos impunidad, si voluntariamente vinieren a acusarlo.*

38. Lo mismo disponen algunas otras leyes del reino<sup>83</sup>, y parece que lo determinado por ellas en ciertos casos, sería conveniente extenderlo por una ley general a todos los delitos graves, o al menos a los más atroces, concediendo indulto al cómplice que voluntariamente delatase a los compañeros. El Marqués de Beccaría quiere que la ley acompañe la impunidad con el destierro del delator. Al menos, me parece a mí, que sería conveniente y aun preciso que la impunidad se conceda expresamente por sola una vez, de suerte, que el que se libró de la pena por medio de la delación, si vuelve a incurrir en otro delito y delata voluntariamente a los cómplices, no sólo no se le pueda dar indulto, sino que se le castigue más severamente; porque lo contrario sería fomentar y hacer las leyes hombres pérfidos y traidores, que entrarían fácilmente en confederaciones peligrosas con la cierta ciencia, de que si no salían con su intento, se librarían siempre por medio de la delación.

39. Pero una vez ofrecida por la ley la impunidad debe ser infalible, y observarse con suma religiosidad, sin que pueda valer pretexto alguno para no hacerlo, porque de lo contrario la ley sería inútil y no produciría el efecto deseado. Por otra parte ¡qué ejemplo tan pernicioso para la república, que las leyes, que deben ser el sagrado depósito de la fe y confianza pública, faltasen a ella con pretextos especiosos y con doctas cavilaciones, y autorizasen la falsedad y el disimulo, debiendo introducir y fomentar por todos los medios posibles la buena fe, la sinceridad y todo género de buenas costumbres!

40. Los encubridores y receptadores de los que cometen algún delito, son en cierto modo cómplices en él, y por consiguiente, según fuere mayor o menor el influjo y parte que tuvieren, así se deberá disminuir o agravar la pena, hasta imponerles tal vez la misma que a los malhechores. Infiérese de aquí, que si el receptor tuviere compañía con el que comete el delito, o percibiere alguna utilidad de él, deberá ser castigado con mayor pena, que el que puramente receptare o encubriere sin percibir utilidad ninguna. Por la misma razón, si el receptor tuviere alguna conexión de parentesco u otra semejante con el delincuente, deberá disminuirse la pena, y tal y vez remitirse, según las circunstancias, porque en este caso debe

---

<sup>82</sup> *De delit. y pen.* §. 37.

<sup>83</sup> *L. 20. 22. y 25. tit. 21. lib. 5. Recopil. en las declarac.*

creerse que lo hizo, no por malicia, sino vencido del amor y afecto; y conforme a un principio establecido en este Discurso, en la regulación de las penas, no sólo debe tenerse presente el daño causado, sino también la intención con que se hace. Pero esto se debe entender, si el expresado receptor no es participante en el delito, ni le resulta utilidad de él, pues en tal caso cesa la razón antecedente. Conforme a estas distinciones debería moderarse la regla 19. tit. 34. Part. 7, que dice: *a los malhechores, y a los «consejeros», y a los encubridores debe ser aplicada igual pena.*

41. Los receptadores y encubridores de hurtos no deben ser siempre castigados por regla general con la misma pena que el ladrón. El que recibe el robo puede recibirle inocentemente en muchas ocasiones; el que roba siempre es culpable. El uno impide la convicción del delito ya cometido, el otro comete el delito. El ladrón necesita vencer más obstáculos para hacer el hurto que el receptor para encubrirle, lo que supone más depravación y malicia en uno que en otro. Pero las circunstancias pueden hacer que el receptor sea tan culpable como el mismo ladrón, y por consiguiente acreedor a la misma pena.

42. También pueden reputarse por cómplices los que persuaden y aconsejan a otros que cometan algún delito. *El que aconseja ayuda*, dice Plauto<sup>84</sup>. El consejo puede darse de modo que influya más o menos en la acción, y según el influjo, así deberá ser mayor o menor la pena. Puffendorff<sup>85</sup> divide el consejo en general y especial. General es cuando sólo se aconseja y persuade sin pasar adelante. En este caso distinguen vulgarmente los intérpretes: es el delincuente hubiera cometido el delito, aun cuando no hubiera sido aconsejado, o si el consejo que le dieron le determinó a delinquir. En el primer caso no debe reputarse por reo al consejero, pero sí en el segundo; porque no se puede dudar que en tal caso el consejero pervierte el ánimo del delincuente, le induce eficazmente a delinquir, y por consiguiente es causa moral del delito.

43. El consejo especial es cuando, además de aconsejar y persuadir, se instruye al delincuente, y se le manifiesta el modo de cometer el delito o se le proporcionan medios para ejecutarle; como si al que quiere robar se le muestra por dónde podrá introducirse en la casa para hacer el robo, y otros casos semejantes, en los cuales no se puede dudar que el consejero es un verdadero cómplice, y por consiguiente, según fuere mayor o menor su influjo, se deberá aumentar o disminuir la pena.

44. El que pudiendo no impide un delito, moralmente concurre a él, y por consiguiente parece que debe ser participante en la pena. Pero es necesario distinguir de delitos y de personas. En los delitos atroces, de los cuales se sigue grave daño a la república, el bien de ella pide, que el que pudiendo no estorba el delito sea reputado por cómplice, y comprendido proporcionalmente en la pena. Pero la ley deberá expresar individualmente estos delitos, de suerte que en todos los demás, que no estén comprendidos en ella, no deberá reputarse por cómplice el que pudiendo no impide el delito.

45. Por lo que toca a las personas: o el que no impide el delito tiene alguna autoridad o potestad sobre el delincuente, como el Magistrado, el padre, el marido, el amo, etc., o sólo tiene la conexión común que la naturaleza ha puesto entre todos los hombres, o la sociedad entre los ciudadanos. En este caso, aunque el que no impide el delito, pudiendo hacerlo, falta a los oficios de humanidad y de civilidad, como estos defectos no están sujetos a la censura de las leyes, como se ha dicho, tampoco podrá ser castigado por ellas.

46. No así en el primer caso, pues los que por su oficio o por su estado deben cuidar de la conducta de otro, y tienen autoridad para corregirle, si pudiendo evitar el delito no lo hacen,

---

<sup>84</sup> *Qui monet adjuvat.* Curcul. act. I. sc.3.

<sup>85</sup> *De I.N. & G. lib. I. c.5. §.14.*



son causa de él, y deben reputarse por verdaderos cómplices, verificándose en tales casos lo que dice Séneca el trágico: *El que pudiendo no impide el pecado, manda cometerle*<sup>86</sup>. Por las leyes de Inglaterra el marido es responsable de los excesos de su mujer<sup>87</sup>, y por las Romanas los Magistrados y Gobernadores de las provincias debían ser castigados por los delitos de sus mujeres, como si ellos mismos los hubieran cometido<sup>88</sup>.

47. Además de las cualidades hasta aquí referidas, debe tenerse presente también en la imposición de las penas, para agravarlas o moderarlas, como se ha dicho, el tiempo, el lugar, la reincidencia, el modo e instrumentos con que se cometió el delito, la persona del delincuente y la del ofendido.

48. El tiempo y el lugar no hay duda que agravan el delito. Un robo, por ejemplo, cometido por la noche es más grave, que si se hiciera por el día, pues por la noche hay más facilidad de cometerle, y menos proporción para impedirle, atemoriza más y turba más la tranquilidad y seguridad. Un delito cometido en el templo o en la casa del Rey ¿quién puede dudar, que es más grave que si se cometiera en otro lugar? *Otrosí*, dice el Rey Don Alonso<sup>89</sup>, *deben tratar (los jueces) el lugar en que hacen el yerro, mayor pena merece aquel que yerra en la Iglesia o en casa del Rey, o en lugar donde juzgan los Alcaldes, o en casa de algún amigo que se fió de él, que si lo hiciese en otro lugar.*

49. No piensa así Mr. Brissot<sup>90</sup>, y desprecia estas distinciones calificándolas de imaginarias. *Ciertos pueblos*, dice este autor, *creen, que son más atroces los delitos que se cometen en los días que la religión destina a su culto, o en los lugares destinados a él. Esta distinción es puramente ideal. El ladrón que roba en estas circunstancias, no tiene intención de profanar estos lugares y días, sino de apropiarse los efectos que pueden remediar su miseria. Su necesidad satisfecha es la que él ve en el vaso sagrado que roba, y no la divinidad ofendida. ¿Por qué pues se le ha de aumentar la pena?*

50. Con más justicia se puede dar a este razonamiento la censura de imaginario, que su autor da a la distinción generalmente recibida. Es verdad, que el que roba en el templo no se propone profanarle, sino satisfacer su miseria o su malicia. Pero sabe, o debe saber, que no se puede robar en un lugar sagrado, sin profanarle, y esta profanación agrava el delito.

51. Tampoco admite Mr. Brissot la distinción generalmente recibida entre el robo simple y el hecho con efracción y quebrantamiento, y dice, que por una sutileza sofística las leyes penales de ciertos pueblos han distinguido estos robos, graduando el segundo por más grave y violento que el primero. Los intérpretes vulgarmente dicen, que en el robo hecho con quebrantamiento se cometen dos delitos: uno el del robo, y otro el del quebrantamiento, y por consiguiente debe castigarse con mayor pena. Nuestro autor se burla de esto. *¿Cómo no ven, dice, que el quebrantamiento no es más que un medio para cometer un mismo delito, y no un delito nuevo?*

52. Pero supongamos con Mr. Brissot, que efectivamente no haya más que un delito, y que el quebrantamiento no sea más que un medio para cometerle. ¿Por ventura los medios y modo de cometer los delitos no pueden agravar la acción y hacerlos más enormes? La muerte dada con veneno, o alevosamente ¿quién ha dudado nunca que es más enorme que la que se hace

---

<sup>86</sup> *Qui non vetat peccare, quum possit, jub.* Troad. I. 291.

<sup>87</sup> Eduard. Chamberl. *Notit. Angle. part. I. cap. 16.*

<sup>88</sup> *L. 4. ff. de Offic. Procons. Tacit. Annal. IV. 20.*

<sup>89</sup> *L. 8 tit. 31. Part. 7.*

<sup>90</sup> *Tom. II. p. 224.*

en una riña? Sin embargo el delito es el mismo, y sólo hay la diferencia en el modo con que se ha ejecutado.

53. No es fácil conciliar este modo de pensar de Mr. Brissot con lo que él mismo había escrito poco antes. *Los delitos, dice*<sup>91</sup>, *tienen un valor, una intensidad real; pero es cierto, que los motivos que inducen a cometerlos, el modo con que se cometen, los instrumentos de que se sirve el agresor, el carácter del delincuente, la reincidencia, la edad, el sexo, el tiempo, los lugares, etc., contribuyen a caracterizar el delito y hacerle más o menos atroz.* No sé yo, cuándo podrá verificarse, según la doctrina de nuestro autor, que el modo, el tiempo y el lugar, como él mismo dice aquí, agraven el delito y le hagan más atroz.

54. La reincidencia es otra de las circunstancias, que, como se ha dicho, agravan el delito, porque supone el ánimo más pervertido y obstinado en el mal, y puede llegar a tanto, que sea incorregible el delincuente, en cuyo caso la pública utilidad pide que se agrave la pena; pero guardando siempre la debida proporción y analogía con la naturaleza del delito.

55. Finalmente la calidad y diversidad de las personas debe influir también en la diversidad de la pena para agravarla o disminuirla. Una injuria hecha por un vasallo a su señor, por un hijo a su padre, por un criado a su amo, etc., es más grave, que si se hiciera a otro con quien no haya semejantes conexiones. *Deben tratar los juzgadores, dice la ley 8, tit. 31. Part. 7. las personas de aquéllos contra quien fue hecho el yerro, mayor pena merece aquél que erró contra su señor, o contra su padre, o contra su mayoral, o contra su amigo, que si lo hiciese contra otro que no hubiese ninguna de estas relaciones.*

56. La clase, el estado, el empleo, etc., deben influir también en la diversidad de la pena. Un noble, por ejemplo, no debe ser castigado con el mismo género de pena que un plebeyo, un esclavo que un hombre libre, etc. Tampoco es de la aprobación de Mr. Brissot esta doctrina. *No debe haber distinción de penas, dice, en razón de la distinción de los delincuentes. Todo delincuente convencido deja de ser ciudadano, y por el mismo hecho pierde los privilegios de la clase a que correspondía. Un señor que asesina a su criado, es tan enemigo de la pública tranquilidad como el salteador que sale a un camino a asesinar a un pasajero.*

57. De este razonamiento sólo se podrá inferir, que la distinción de personas no debe ser un título para la impunidad: que todo delito debe castigarse, hágale quien sea; pero no que no debe hacerse distinción en las penas, pues la misma naturaleza de éstas y sus fines piden que se haga distinción. Las penas, como hemos visto, deben ser proporcionadas, y no exceder de aquel punto que basta para contener los delitos, y para corregir al delincuente; y ¿quién duda, que según la diversidad de las personas, la pena que para unos sería inútil es bastante para contener a otros? Un destierro, el desagrado del Príncipe, hará tanta impresión en un hombre ilustre, como podría hacer en un plebeyo una pena corporal y dura. Además de que una misma pena puede imponerse de varios modos.

58. Así lo han determinado nuestros prudentes legisladores con mejor acuerdo. *Tratar deben los juzgadores, dice el Rey D. Alonso en la ley arriba citada, cuando quieran dar juicio «descarmiento» contra alguno, qué clase de persona es aquélla contra quien lo dan, si es siervo, o libre, o hidalgo, o hombre de villa, o de aldea, o si es mozo o mancebo, o viejo, y más crudamente deben escarmentar al siervo que al libre, y al hombre vil que al hidalgo, y al mancebo que al viejo, y al mozo; aunque el hidalgo, u otro hombre que fuese honrado por su ciencia, o por otra bondad que hubiese en él, hiciese cosa porque tuviese que morir, no lo deben matar tan rudamente como a los otros, así como arrastrándolo, o ahorcándolo, o quemándolo, o echándolo a las bestias bravas; mas débenlo matar de otra manera, así como*

---

<sup>91</sup> Tom. II. p.117.

*haciéndolo sangrar, o ahogándolo, o haciéndolo echar de la tierra, si le quisieren perdonar la vida.*

59. El benéfico Príncipe que actualmente nos gobierna, confirma las máximas de sus predecesores en una muy reciente providencia<sup>92</sup>. *Atendiendo, dice, por una parte a que la clase de los nobles sea tratada con la distinción que corresponde a su calidad, y mirando por otra, a que este privilegio no sea causa de su abandono, ociosidad y libertinaje, pues aunque el castigo de los delitos y excesos que éstos cometan deben tener distinción a los del estado general, de ningún modo puede tolerarse ni permitirse que queden impunes y sin el debido escarmiento según su calidad... me he dignado declarar, por regla general, que todos los nobles que sean aprehendidos por vagos y mal entretenidos, se destinen al servicio de las armas en calidad de soldados distinguidos.*

60. De lo dicho en los números antecedentes, no pretendo inferir que la diversidad de las personas haya de hacer variar la naturaleza del delito, y por consiguiente la de la pena; defecto gravísimo, en que incurrieron las leyes Romanas, por las cuales muchas veces un mismo delito se castigaba con pena de deportación, si el que le cometía era persona distinguida, y con pena capital, si era esclavo u hombre vil. En este mismo defecto incurrieron también algunas de nuestras leyes a imitación de las Romanas. La ley 9. tit. 10. Part. 7. determina, que si se juntaren algunos para hacer fuerza con armas, y pusieren fuego a los edificios o mieses, *si el que esto hiciere fuere hidalgo o hombre honrado, debe ser desterrado para siempre; y si fuere hombre de menor guisa o vil... mandamos que lo quemem.* Esta tan injusta como odiosa distinción, es la que no debe admitirse en ninguna buena legislación, y a la que no deben dar lugar las diversas clases de las personas; pero tampoco se deben confundir éstas indistintamente, porque esta confusión es contraria, como se ha dicho, al mismo fin de las penas.

61. La clase, el estado, el empleo, hay casos también en que deben influir para que el delincuente sea castigado con más severidad, porque tiene más motivos y obligaciones para obrar bien, y más facilidad y proporción para hacer mal, y esto agrava más el delito. Un juez, por ejemplo, que abusando de su oficio y de la pública autoridad y potestad, que está depositada en él, comete alguna acción mala, debe ser castigado con más severidad que un particular. La ley 16. tit. 9. Part. 7, dice: que si un juez deshonnare de palabra o de hecho sin razón a los litigantes, *tenido sería en todas guisas de hacer mayor enmienda por ello, que si otro hombre lo hiciere.* La razón de esto la da otra ley de la misma Partida:<sup>93</sup> *porque muy fuertes armas, dice, tienen para hacer mal aquéllos que tienen voz del Rey, cuando quisieren usar mal del lugar que tienen.* La ley 2, tit. 28. Part. 7. dice: *Los hombres cuanto son de mayor linaje y más noble sangre, tanto deben ser más mesurados y más apercebidos para guardarse de yerro. Ya los hombres del mundo que más conviene ser apuestos en sus palabras y en sus hechos, ellos son, porque cuanto Dios más de honra les hizo, y cuanto más honrado y mejor lugar tienen, tanto peor les está el yerro que hacen.*

62. Hasta aquí hemos visto las cualidades y circunstancias que constituyen la naturaleza del delito, y deben tenerse siempre presentes en la imposición de las penas, para no faltar ni exceder en su verdadera medida. Otras circunstancias hay que aunque nada influyen en la naturaleza del delito, y por eso las podemos llamar extrínsecas, hacen que en ciertos casos cese la razón general de la ley, o los fines intentados por las penas, y entonces pueden moderarse, o también remitirse, según las circunstancias. Si uno, por ejemplo, hubiese hecho grandes servicios a la república, y cometiese algún delito, podrían ser tan señalados estos

---

<sup>92</sup> Cédula de 2 de Agosto de 1781.

<sup>93</sup> L.4 tit.10. Part. 7.

servicios que por ellos se le remitiese o moderase justamente la pena. Si el número de delincuentes fuese muy grande, todos deberían ser castigados indistintamente, pero la prudencia y el bien común piden que, en semejantes casos, el castigo se verifique en pocos y el miedo llegue a todos.

63. Los autores criminalistas refieren muy individualmente éstos y otros muchos casos, en que las circunstancias extrínsecas pueden hacer que se remita o modere la pena, de los cuales unos son ciertos, otros probables, y otros absolutamente improbables y falsos. Pero como todos son casos particulares, cuyas circunstancias no influyen en la naturaleza de los delitos, ni pueden tenerse presentes en el establecimiento de las leyes y cuando se verifiquen debe recurrirse al legislador para que determine, no nos debemos detener a referir y examinar dichos casos, como asunto ajeno de este Discurso, y pasaremos a ver, como propio de él, en el siguiente capítulo, los diversos géneros que hay de penas y de cuales puede o no hacerse uso con utilidad y conveniencia de la república.

## Capítulo V

De los diversos géneros que hay de penas, y de cuales pueden usarse o no con utilidad y conveniencia de la república

Cuatro son los objetos principales de las penas: la vida del hombre, su cuerpo, su honra y sus bienes. Conforme a estos cuatro objetos pueden dividirse las penas en capitales, corporales, de infamia, y pecuniarias, de las cuales y de las especies que bajo ellas se comprenden trataremos en el presente capítulo, diciendo antes algo del tali6n, porque en 6l se contienen en cierto modo todas las dem6s penas.

△▽

### §. I

De la pena del tali6n

1. Si se examina con cuidado la naturaleza de esta pena, se hallar6 su origen en el vehemente deseo de la venganza, que con tanta violencia arrastra el coraz6n del hombre. Recibe uno alg6n da6o en su persona, inmediatamente aborrece al que se lo hizo, y no pudiendo sufrir el verse en un estado m6s infeliz que 6l, enci6ndese con el amor propio el deseo de la venganza, y no cree poder hallar mayor satisfacci6n que la de hacer sufrir a su enemigo otro tanto mal como 6l le caus6. *El dolor del enemigo sirve de remedio al dolor del ofendido*, dice Publio Syro<sup>94</sup>.

2. Por eso el supremo legislador, conociendo la violent6sima inclinaci6n de los Jud6os a vengar sus injurias, as6 como por su dureza y obstinaci6n, tuvo ciertas indulgencias con ellos en algunas leyes, y les dio tambi6n la del tali6n para moderar de alg6n modo, y poner l6mites a sus venganzas. *Este precepto*, dice San Agust6n, *no es fomento, sino t6rmino del furor, para reprimir las llamas de los odios y refrenar los 6nimos inmoderados de los que se enfurecen... No para que se vuelva a encender lo que ya estaba apagado, sino para que no se extienda m6s el incendio de lo que ard6a*<sup>95</sup>.

3. Pero esta ley del tali6n, aunque los Saduceos la entend6an materialmente y seg6n todo el rigor de la letra, los dem6s Jud6os, siguiendo la tradici6n, la interpretaban m6s benignamente, y las palabras *ojo por ojo, diente por diente*, etc., las refer6an a la multa o pena pecuniaria con que se deb6a recompensar el da6o hecho. Esto es, deb6a pagar el que lo hizo tanto cuanto pagar6a por redimir la p6rdida del ojo, por ejemplo, si se viese en la dura precisi6n de perderle o redimirle con dinero. Josefo<sup>96</sup>, dice, que al que recib6a un da6o, se le permit6a pedir en justicia el resarcimiento de 6l, seg6n todo el rigor de la ley y no se le pod6a obligar contra su voluntad a admitir la recompensa pecuniaria, lo que prueba, al menos, que esta recompensa era permitida. De los Hebreos pas6 la ley del tali6n a los Griegos, y de estos a los Romanos,

---

<sup>94</sup> Laeso doloris remedium inimici dolor.

<sup>95</sup> *Praeceptum istud non fomes, sed limes furoris est ad reprimendas flammas odiorum, saevintiumque immoderatos animos refraenados... Non ut id quod sopitum erat, hic accenderetur, sed ne id quod ardebat, ultra extenderetur. Lib. 19. contra Faust. cap. 25.*

<sup>96</sup> Antiq. IV. 8.

cuando enviaron a la Grecia a recoger sus leyes e institutos para formar la ley de las doce tablas, en la cual expresamente se permite la redención o estimación de la pena, lo que prueba también la tradición de los Judíos.

4. En algunos fueros antiguos de España se concede también expresamente la facultad de redimir con dinero la pena corporal. D. Sancho Ramírez, Rey de Aragón y Pamplona en la era 1090, queriendo establecer una ciudad en su villa de Jaca, condonó a sus vecinos todos los malos fueros que hasta entonces habían tenido, otorgándoles, para que mejor se poblase, todos los buenos fueros que le pidieron; uno de los cuales era que si alguno riñese, o hiriese a otro en presencia del Rey, o en su palacio, estando en él su Real Persona pagase mil sueldos o perdiese el puño, y, lo mismo, si airado contra su vecino sacase lanza, maza o cuchillo.

5. Varios expositores que cita Calmet, dicen, que la interpretación dada por los Judíos a la ley es más conforme a la equidad y a la naturaleza de las cosas, y que de lo contrario se seguirían muchos inconvenientes. Lo cierto es que en el talión no se puede observar la verdadera medida de las penas y se falta a uno de los principales fines de ellas, porque, si para escarmentar y contener al que hizo el daño, basta hacerle menos mal que el que él causó, no se le debe hacer tanto como hizo; y, por el contrario, si haciendo al delincuente igual mal que el que él causó, no es bastante para escarmentarle, entonces se le debe hacer más, porque de lo contrario se falta al fin de las penas contra el bien de la república. Además de que con la pena del talión se multiplicarían los males con perjuicio de la sociedad. Una ley de los visigodos prohíbe que por bofetada, puñada, patada o golpe en la cabeza se imponga la pena del talión, por el peligro de que con ella se haga mayor mal. Fuera de que, en muchos delitos, como el adulterio y otros, no puede tener lugar de ningún modo la pena del talión, a menos que no se quiera tomar una venganza torpe y contraria a todo derecho divino y humano, semejante a la que Néstor persuadía a los Griegos para vengar el robo de Helena.

6. Si la pena del talión no obliga a otra cosa que a resarcir el daño hecho, en el modo que se pueda, según dice Henrique de Coccei pretendiendo probar, que de este modo, y no de otro, debe entenderse el talión de los Judíos y de todas las naciones que le han usado, entonces no hay pena más justa, ni más conforme a la razón y a la naturaleza misma. Pero entendido como regularmente se entiende, debe causar, según lo dicho hasta aquí, más perjuicio que utilidad, bien se torne en todo su rigor, bien se permita redimir con dinero, y por consiguiente no debe usarse de esta pena. Sólo dos casos hallo en que puede ser útil y conveniente. El primero en el homicidio voluntario y malicioso, pues no hay cosa más justa que el que privó injustamente a otro del mayor bien que tenía, y que no le puede recompensar de ningún modo, sea privado igualmente de él, debiéndose verificar a la letra en este caso el alma por alma del Éxodo.

7. El otro caso es el de la calumnia y testimonio falso en juicio. Sería muy conveniente para defender la inocencia y reprimir a los calumniadores y testigos falsos tan frecuentes, tan impunes, y tan perniciosos a la república, hacer observar la ley 83. de Toro 101, que es la 4. tit. 17. lib. 8. de la *Recopilación*, y otras del reino, que imponen a estos feos y perniciosos delitos la pena del talión. *¿Crees por ventura, Favorino*, decía el Jurisconsulto Sexto Secilio, *que si no se hubiera derogado la pena impuesta por la ley de las doce tablas a los testigos falsos, y si ahora como entonces el que fuese convencido de este delito, fuera precipitado de la piedra tarpeya, que habría tantos testimonios falsos como vemos?* No hay cosa más justa que la sentencia del canon I. causa 3. *quest.* 6. aunque falsamente atribuido por Graciano al Papa S. Fabián: *El que no probare la acusación, sufra la pena que intentaba contra el acusado.* La pena del talión contra los calumniadores es muy antigua en España. Entre los fueros antiguos de Sobrarve y Navarra hay uno que dice: *Qui falsía encarga a otri, et non lo puede probar con buenos ombres, suefra tales penas cuales avia de sufrir el acusado.*

8. Pero podrá suceder muy bien, que el calumniador o el testigo falso en el progreso de la causa se arrepienta de su depravado intento, y entonces la pena del talión establecida en favor

y para seguridad de la inocencia se convertirá en su mayor daño, y asegurará más su ruina, porque el temor de incurrir en una pena tan grave será un obstáculo invencible para la retractación, y por consiguiente se quita al inocente un medio por donde podría salvarse. Acaso la experiencia de este daño ha sido la causa de que hayan quedado sin uso las leyes del reino arriba citadas. Pero este inconveniente, digno a la verdad de mucha consideración, creo que se salvaría, declarando, que las expresadas leyes deban observarse a la letra y en todo su rigor, siempre que el calumniador o testigo falso fueren convencidos de su calumnia o falsedad; pero no si ellos voluntariamente se delataren en tiempo hábil, en cuyo caso deberá moderarse la pena, y no tener lugar la del talión. De esta suerte no sólo se evita el inconveniente referido, sino que se da también a la inocencia este medio más de salvarse; y si los calumniadores no quisieren usar del beneficio de la ley, se harán tanto más dignos de su severidad, pues teniendo en su mano el evitarla aun después de cometido el delito, no han querido, lo que prueba una consumada malicia y depravación del ánimo, digna de castigarse con el mayor rigor.



## §. II

### De la pena capital

*Nulla unquam de morte hominis cunctatio longa est.*  
Juven. satyr. 6. v. 220.

1. En todos tiempos y naciones cultas y bárbaras se ha usado de la pena capital para castigar algunos delitos; prueba cierta, de que los hombres por un general consentimiento la han mirado siempre como útil y necesaria al bien de la sociedad, al menos en ciertos casos. Es necesario confesar, sin embargo, que en todos tiempos y naciones se ha abusado de esta gravísima pena, ya imponiéndola con profusión, ya ejecutándola con crueldad. Movidos acaso de esto algunos autores modernos, han dado en el extremo contrario, esforzándose a producir todas las razones que les ha sugerido su ingenio, para proscribir la pena capital como inútil y perniciosa, persuadiendo a los legisladores del total exterminio de ella de sus Códigos penales.

2. ¿Qué diremos pues a la vista de dictámenes tan opuestos? Negar a las Potestades supremas la facultad de imponer la pena de muerte, sería arrancar temerariamente a la justicia y a la soberanía uno de sus más principales atributos. Imponerla sin discernimiento y con profusión, sería crueldad y tiranía. Abolirla enteramente en un Estado, sería acaso abrir la puerta a ciertos delitos más atroces y peligrosos, que casi no pueden expiarse sino con sangre.

3. Dracón castigaba indistintamente todos los delitos con pena capital. El Emperador Mauricio resolvió no derramar jamás la sangre de sus vasallos. El legislador Ateniese no halló pena menor que la de muerte, y escribió todas sus leyes con sangre. El Emperador Griego creyó que era demasiado cruel, y se olvidó de que no llevaba en vano la espada.

4. Entre estos extremos hay un medio que dicta la razón misma y el conocimiento de los hombres, y es usar de mucha circunspección y prudencia en imponer la pena capital, reservándola precisamente y con toda escrupulosidad para solos aquellos casos en que sea útil y absolutamente necesaria. La pena de muerte es como un remedio de la sociedad enferma, y hay casos en que es necesario cortar un miembro para conservar el cuerpo.

5. Las razones en que se fundan los que quieren proscribir la pena de muerte son, ciertamente, más ingeniosas que sólidas. La soberanía y las leyes, dice el Marqués de Beccaría, no son otra cosa que la suma total de las pequeñas porciones de libertad, que cada

uno cedió y depositó en la sociedad. Siendo esto así ¿cómo podrá decirse, que en el sacrificio que cada uno hizo de la más corta porción de libertad que pudo ceder, comprendió el del mayor bien, que es la vida? Además de que aún cuando hubiera querido no habría podido hacerlo, porque no teniendo el hombre facultad para disponer de su vida ¿cómo podría ceder a otro un derecho que él no tenía? Ni es fácil conciliar esto con la prohibición del suicidio.

6. Si este razonamiento es sólido, no debe haber caso ninguno, según él, en que la sociedad o la soberanía pueda privar de la vida a un ciudadano. Sin embargo, el mismo Marqués de Beccaría dice que hay dos. El primero, *cuando aun privado de la libertad un ciudadano, tenga tales relaciones y tal poder, que pueda producir una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida*. El segundo, *cuando su muerte fuese el verdadero y único freno que contuviese a otros y los separase de cometer delitos*.

7. Sería bueno que nos dijera el Marqués de Beccaría, cómo siendo increíble, según dice, que los hombres, habiendo andado tan escasos en la cesión de su libertad, hubiesen hecho el sacrificio del mayor bien, que es la vida, sin embargo lo hicieron en estos dos casos, y que nos mostrase donde consta, que éstos y no otros fueron exceptuados de la regla general. Sería menester también que nos explicase, cómo, no teniendo los hombres facultad para quitarse la vida, cedieron en estos dos casos un derecho que no tenían, y si en éstos pudieron cederle, por qué no podrían hacerlo en otros. Últimamente es menester que concilie una contradicción que resulta de su sistema, cual es decir que los hombres cedieron la menor porción de libertad que les fue posible, y al mismo tiempo dieron facultad a la sociedad para condenarlos a una esclavitud perpetua y trabajosa, que es la pena que quiere subrogar a la de muerte. La solución que diese a estas dificultades disolverían también sus argumentos.

8. Entretanto no es difícil hacer ver la debilidad de éstos y la falsedad de su sistema. Primeramente el contrato social, según nos le pinta nuestro autor, es quimérico, y si fuese cierto, sería inicuo por la suma desigualdad que contiene. Supónese en él, que los hombres cedieron la menor porción que les fue posible de su libertad, al paso que se reservaron tácitamente el derecho de privar a los otros, no sólo de su libertad, mas también de la vida, sin temor de exponerse a padecer la misma suerte, pues como dice el autor: *cualquier hombre se hace el centro de todas las combinaciones del Universo, y cada uno de nosotros querría, si fuese posible, que no le ligasen los pactos que ligan a otros*. En un contrato semejante ¿adónde está la igualdad, que es el fundamento de toda obligación? ¿Adónde está la proporción que debe haber entre la pena y el delito, si uno puede privar a otro del mayor bien, que es la vida, sin exponerse a sufrir el mayor mal, que es a privación de ella?

9. El derecho y potestad de castigar, que tiene la república o el que la representa, depende, según el sistema de nuestro autor, única y privativamente del contrato social y de las condiciones puestas en él, de las cuales no pueden apartarse sin notoria injusticia las supremas Potestades; y como en este contrato los hombres, ni quisieron, ni pudieron hacer el sacrificio de su vida, de aquí es, que las supremas Potestades no pueden tener derecho para imponer la pena capital. Esta doctrina, además de ser absolutamente falsa, es también peligrosa, porque puede inducir a suscitar sediciones y alborotos en la república. Es verdad, que la voluntad y consentimiento de los hombres reunidos en sociedad es la primera e inmediata causa de las soberanías. Pero supuesta la voluntad o elección de los hombres, la potestad y el derecho de gobernar y la facultad de escoger los medios conducentes para ello viene de Dios, como hemos hecho ver en el capítulo primero de este Discurso. Tienen pues las supremas Potestades una superioridad legítima sobre todos los ciudadanos que componen la república, dimanada ya del consentimiento de los hombres, ya de la disposición divina; pero que los hombres no pueden revocar. ¿Y cómo se podría salvar esta superioridad, si el inferior pudiese restringir y moderar las facultades del superior?



10. No quiero decir con esto, que las supremas Potestades están libres de toda obligación para con los súbditos, pues aunque tienen de Dios la potestad, tiénela empero, precisamente, para cumplir con los fines de su institución y con el objeto que se propusieron los hombres en el establecimiento de la sociedad. Tienen por consiguiente la estrecha obligación de proteger esta sociedad, de conservar siempre la tranquilidad y seguridad de la república y de todos los particulares que la componen, de poner todos los medios necesarios y conducentes para este fin, que son las verdaderas y gravísimas obligaciones que les impone el contrato social, para cuyo cumplimiento les dio Dios la potestad, y de las cuales por consiguiente no pueden desentenderse sin una injusticia notoria, siendo cierto, que los Reyes se hicieron por las repúblicas, y no las repúblicas por los Reyes. Pero la elección de los medios y el modo de ponerlos en ejecución no puede depender de la voluntad y arbitrio de los súbditos, porque esto cedería en detrimento y destrucción de la misma república.

11. Es falsa a la verdad y perniciosa la sentencia de Maquiavelo y de Hobbes, que hacen del Príncipe un verdadero tirano, exonerándole de toda obligación para con los súbditos, y dándole por consiguiente facultad para disponer a su arbitrio de sus vidas, de su honra, de sus bienes, y hasta de sus mismas conciencias: sentencia absurda y monstruosa, que sólo pudiera haberse producido con el depravado fin que se propuso Maquiavelo, de hacer odiosos e insoportables a los Príncipes, afectando defender sus derechos y excitar a los pueblos a sacudir el yugo de la obediencia. Rousseau, que entendió bien el idioma del político Florentino, dice hablando de él: *Fingiendo dar lecciones a los Príncipes, las dio muy grandes a los pueblos. El Príncipe de Maquiavelo es el libro de los Republicanos.*

12. Pero si el sistema de Maquiavelo y sus secuaces es falso y pernicioso, como hemos dicho, no lo es menos el de Hotman, Milton y otros monarcómacos, que dividen la Majestad en real y en personal. La primera, que según ellos, es inalienable, y consiste en el cúmulo de las regalías o derechos de la Majestad, la tiene el pueblo. La segunda, que es precaria, y consiste sólo en la preeminencia de la persona sobre los demás, la ostenta el Príncipe, al cual en consecuencia de esto le hacen un mero ministro del pueblo, dando a éste facultades que no tiene, y que sólo podrían servir para suscitar continuas sediciones, alborotos y un entero trastorno de la república. Este sistema pernicioso le han refutado sólidamente Guillermo Barclayo, Grocio y Heineccio, el cual destruye también las soluciones que Gronovio, verdadero aunque paliado defensor de la monarquía, pretende dar a los argumentos de Grocio. Rousseau, dice que Grocio por no haber adoptado los verdaderos principios, y por lisonjear a Luis XII, se enredó en mil sofismas e incurrió en muchas contradicciones. Pero no es extraño que discurra de esta suerte, porque su contrato social, bien entendido, no es otra cosa que una verdadera defensa de la monarquía expuesta con diversas frases y palabras, y así todos los argumentos que hace Grocio contra el sistema de los monárquicos impugnan igualmente el de Rousseau.

13. Por todo lo dicho se ve, que aun cuando los hombres no hubieran querido ni podido hacer en el contrato social el sacrificio de su vida, tienen las supremas Potestades derecho para privar de ella al súbdito, siempre que sea conveniente o necesario para el bien de la república, porque esta potestad les viene de otro principio, como hemos visto. Pero supongamos que depende, según el sistema de nuestro autor, única y privativamente del contrato social y de la voluntad de los hombres. Es evidente que, en el estado primitivo, el hombre tenía derecho para quitar la vida al que intentase quitársela: ¿por qué pues no podría ceder este derecho, y depositarle en la autoridad pública para mayor seguridad de su persona, que es lo que iba a buscar en la sociedad? Supongamos todavía, que ni aun este derecho tenían los hombres antes de unirse en sociedad. ¿Quién ignora que la unión y composición, así en lo físico como en lo moral, comunica muchas veces al cuerpo o compuesto ciertas cualidades y facultades que no tenían las partes de que se compone? De la unión o colocación

de varias partes, por ejemplo, resulta la simetría, que no tienen las partes separadas; y contrayéndolo a nuestro asunto; de la unión de los hombres en sociedad, resulta en esta sociedad una soberanía y superioridad legítima sobre todos los que la componen, que no tenían ellos separadamente, pues en el estado natural todos los hombres son iguales entre sí. Y he aquí cómo, aun cuando fuera cierto el sistema del Marqués de Beccaría, puede componerse muy bien el derecho de quitar la vida a los súbditos con la prohibición del suicidio, que es uno de sus principales argumentos.

14. Otra razón en que se funda nuestro autor para proscribir la pena capital es no ser necesaria, según dice, para el bien de la república, porque la esclavitud perpetua, además de no ser tan cruel como la pena de muerte, es más eficaz para contener los delitos. Para probar esto dice que no es lo intenso de la pena lo que hace el mayor efecto en el ánimo de los hombres, sino su extensión, y *así no es el freno más fuerte contra los delitos el espectáculo momentáneo, aunque terrible, de la muerte de un malhechor, sino el largo y dilatado ejemplo de un hombre, que convertido en bestia de servicio y privado de la libertad, recompensa con sus fatigas a la sociedad que ha ofendido. Es más eficaz, porque con la vista continua de este ejemplo resuena incesantemente alrededor de nosotros mismos el eco de esta sentencia: yo también seré reducido a tan dilatada y miserable condición, si cometiere semejantes delitos.*

15. Es verdad que la muerte es un espectáculo momentáneo. Pero no es sólo este espectáculo momentáneo el que sirve de freno; es también la cierta ciencia que cada uno tiene, de que si comete tales delitos, perderá el mayor bien que es la vida. Esta ciencia que cada uno tiene dentro sí mismo, y que nunca puede separar de sí aunque quiera, debe hacer una impresión no momentánea, sino permanente y duradera, y hará resonar también incesantemente alrededor de nosotros el eco de esta terrible sentencia: *yo también seré reducido a la más terrible y miserable condición de perder lo que más amo, que es la vida, si cometiere tales delitos.* De donde se infiere, que si la vista continua de la esclavitud es un freno tan poderoso para contener los delitos, la conciencia continua y cierta de la pena de muerte, más terrible que la esclavitud, deberá ser por la misma razón todavía más poderosa y eficaz. Además de que esta vista continua de la esclavitud es absolutamente quimérica, porque ¿cómo sería posible, particularmente en una Monarquía dilatada, que el pueblo tuviese siempre a la vista todos los condenados a perpetua esclavitud? Sería preciso encerrarlos en un lugar destinado para este fin, como se hace ahora con los condenados a presidios y arsenales, y entonces la esclavitud perpetua vendría a ser para el pueblo un espectáculo tan momentáneo y mucho menos terrible que la pena de muerte.

16. No es menos quimérico el proyecto que para salvar este reparo propone Mr. Brissot. *Yo quisiera, dice, que de tiempo en tiempo, después de haber preparado los ánimos con un buen discurso sobre la conservación del orden social, y sobre la utilidad de los castigos, se condujese a los jóvenes y también a los hombres, a las minas, a los trabajos, para que contemplasen la suerte espantosa de los miserables que estaban allí condenados.* Yo no sé, si estas peregrinaciones, caso que pudiesen ponerse en práctica, serían más útiles, como dice Mr. Brissot, que las que hacen los Turcos a la Meca, o si traerían más inconvenientes que utilidades.

17. Prescindo ahora de las innumerables dificultades que habría para la custodia de tanto esclavo perpetuo, como debería haber, cuya dura condición los haría más osados y atrevidos para procurar su libertad. Prescindo de que muchísimos eludirían la pena (lo que no puede verificarse en la de muerte) por mil medios que sugiere al hombre el deseo de la libertad, particularmente sabiendo que siempre habían de conservar la vida; y los que no tuviesen la fortuna de romper las cadenas quedarían reducidos al triste y lastimoso estado de la desesperación, más cruel que la misma muerte; pues aunque el Marqués de Beccaría niega esto, porque dice, *que el esclavo está distraído de la infelicidad del momento futuro con la del*

*presente*, la constante experiencia de todos los hombres desmiente este razonamiento, pues no hay quien ignore, que la esperanza de que el mal que se padece ha de tener fin, lo suaviza en algún modo por grave que sea; y al contrario la conciencia de que no ha de acabar sino con la vida, lo hace mucho más grave de lo que es en sí. Teniendo esto presente nuestros legisladores más humanos y prudentes, han determinado que ningún reo pueda ser condenado a los duros trabajos de los arsenales perpetuamente, *para evitar el total aburrimiento y desesperación de los que se vieren sujetos a su interminable sufrimiento*, tomando al mismo tiempo otras prudentes precauciones para los que fueren incorregibles.

18. Últimamente la pena capital mirada en sí misma, y según su naturaleza, ni es injusta, ni va contra el derecho natural, ni contra el bien de la sociedad como pretende Mr. Brissot: *¿Qué importa, dice, que nuestros padres, ciegos en la economía política, hayan derramado la sangre de tantos delincuentes, si está hoy demostrado que este absurdo uso viola a un tiempo el derecho natural y social, perjudica al interés de la sociedad, queriendo vengarla, y alienta a cometer los delitos en vez de contenerlos?*

19. Para conocer la falsedad de esta sentencia, basta saber, que Caín, reconvenido por Dios por la muerte de su hermano Abel, conociendo la gravedad de su delito y la pena que merecía, lleno de temor le dice a Dios: *Es tan grande mi iniquidad, que no merece perdón... y así cualquiera que me encuentre, me matará*. El mismo Dios confirma este fundado temor de Caín, pues para que no se verifique es necesario que expresamente mande que ninguno le quite la vida, y le pone una señal para que le sirva de salvoconducto. Cuando Caín hablaba de esta suerte, aún no había ley positiva divina ni humana que prohibiese con pena alguna el homicidio; la naturaleza sola inspira este temor y modo de pensar de Caín, lo que al mismo tiempo prueba que la pena del talión es justa para castigar el homicidio. ¿Cómo pues podrá decirse, que es contra el derecho natural una cosa que inspira la misma naturaleza cuando no hay otra ley, ni derecho que el natural? ¿Y cómo podrá también asegurarse sin temeridad, que viola el derecho natural una pena no sólo autorizada, sino expresamente mandada por Dios en su ley? *Si alguno con propósito deliberado o por asechanzas matare a su prójimo, aunque se refugie en mi altar, le sacarás de él para que muera*, dice en el Éxodo: y en el Apocalipsis: *El que matare con la espada, con la espada debe morir*. Además de otros muchos lugares igualmente expresos del antiguo y nuevo Testamento.

20. Infiérese de todo lo dicho, que las supremas Potestades tienen un derecho legítimo para imponer la pena capital, siempre que sea conveniente y necesaria al bien de la república; y siéndolo efectivamente en algunos casos, no sería justo ni conveniente proscribirla de la legislación; aunque la humanidad, la razón y el bien mismo de la sociedad piden que se use de ella con la mayor sobriedad, y con toda la circunspección posible.

21. Hay varias especies de pena capital, o por mejor decir, varios modos de ejecutarla. Si se hubieran de referir todos los que se han usado en diversos tiempos y naciones, sería necesario hacer una relación tan larga como ingrata a la humanidad. ¡Tanta ha sido la crueldad con que los hombres han tratado siempre a los mismos hombres! ¿Quién podrá a la verdad acordarse sin horror del toro de Fálaris, de las aras de Busiris, de la cárcel de Dionisio? ¿Quién podrá leer sin indignación la bárbara crueldad de los Scitas, que metían vivos a los delincuentes en el vientre de una bestia recién muerta, dejándoles sólo la cabeza fuera con el fin de alimentarlos, para prolongar más el tormento y su crueldad, y los dejaban allí hasta que morían comidos de los insectos que cría la corrupción? El suplicio de la rueda y el destrozamiento de hombres vivos, que se usan todavía en algunas naciones, aunque cultas, hacen estremecer a la humanidad.

22. Por fortuna nuestras leyes no han adoptado tan horribles suplicios. Es verdad, que algunas de ellas imponen a varios delitos la atrocísima pena de quemar vivo al delincuente. Pero una costumbre general y constantemente recibida ha dejado sin uso esta cruelísima pena;

y siendo esta costumbre tan conforme a la humanidad y al carácter del siglo en que vivimos, sería muy conveniente confirmarla expresamente por las leyes, cuando se trate de su reforma. La pena de asañar vivos a algunos delincuentes impuesta por las leyes, sin embargo de ser infinitamente menos dura que la del fuego, pareció muy cruel a nuestros legisladores, y expresamente se mandó en la *ley 46. tit. 13. lib. 8. Recop. que no pueda persona alguna tirar saeta a ninguno de los que así fueren condenados, sin que primero sea ahogado. Hoy ni aun así se usa ya esta pena.*

23. De la misma suerte que la pena de saeta ha hecho la costumbre que se use hoy la de fuego, pues sólo se ejecuta después de muerto el delincuente, acaso para salvar de algún modo la disposición de las leyes que no están derogadas, o para inspirar más horror al delito. Es una máxima cierta y muy conforme al fin de las penas, que deben siempre preferirse aquéllas que, causando horror bastante para infundir escarmiento en los que las ven ejecutar, sean lo menos crueles que fuere posible en la persona del que las sufre, porque el fin de las penas, como se ha dicho, no es atormentar, sino corregir. Por esta razón creo que entre las penas capitales, cuando sea necesario imponerlas, deben preferirse con exclusión de las demás las que actualmente se usan entre nosotros, cuales son el garrote, la horca y el arcabuceo por los soldados, en las cuales concurren las circunstancias expresadas.



### § III

#### De las penas corporales



#### Mutilaciones de miembros

1. Por penas corporales, a distinción de las capitales (aunque éstas también lo son propiamente hablando) entiendo todas aquéllas que afligen el cuerpo, ya causando dolor, ya privando de ciertas comodidades, ya causando algunas incomodidades. Entre todas ellas las más graves son las de mutilación de miembros. Éstas deben proscribirse absolutamente y para siempre de toda buena legislación, pues además de ser crueles por su naturaleza, lejos de conseguirse con ellas los saludables fines que deben proponerse las penas no son, sino perniciosas a la república.

2. Un hombre, a quien para corregirle, se le cortó un pie o una mano, ¿de qué utilidad podrá ser en la república? Esta pena cruel, que sólo sirve para hacer deformes a los hombres, en vez de corregir al delincuente, que es el fin principal de las penas, le pone en términos de que se haga peor, pues privándole de los miembros que la naturaleza dio como necesarios a los racionales para ganar honestamente la vida, le obliga cuando menos a vivir ocioso en la sociedad con gravamen de los demás, y tal vez a valerse de medios ilícitos y torpes para subsistir.

3. El otro fin de las penas, que es el escarmiento en los que las miran ejecutar, tampoco se consigue con las mutilaciones sangrientas; antes bien, si se frecuentasen en una nación, sólo servirían para hacer crueles a los hombres, endurecer los ánimos, y ponerlos en disposición de cometer delitos atroces y sangrientos. Así lo acredita la experiencia en la China, en donde son frecuentísimas las mutilaciones, y esta misma frecuencia prueba el poco o ningún efecto que hacen, pues de otra suerte no abundarían tanto los delitos por que se imponen.

4. Lo mismo que de las mutilaciones debe decirse de otras penas igualmente inhumanas, cuales son desollar la frente, imprimir hierros ardiendo en la cara o en otra parte del cuerpo, sacar los ojos, cortar o clavar la lengua, cortar las orejas, arrancar los dientes, clavar la mano, todas las cuales, aunque por una general y humana costumbre han venido a quedar sin uso, sería conveniente abolirlas expresamente, subrogando en su lugar otras proporcionadas a los

delitos y a las actuales circunstancias y costumbres, así como por la *ley 7, tit. 17, lib. 8, Recopil.* se conmutó en vergüenza pública y servicio de galeras la pena de arrancar los dientes impuesta al testigo falso en causas civiles por la *ley 3. tit. 12. lib. 4. del Fuero Real.*

5. Las razones que suelen darse para abonar las mutilaciones; y que parece se tuvieron presentes para establecer las leyes que imponen esta pena, son más especiosas que sólidas. Es muy conforme a la razón, dicen, que el delincuente sea castigado en la misma parte del cuerpo que le sirvió de instrumento para delinquir: por eso al falsario es justo que se le corte la mano, al blasfemo y al perjuro la lengua, etc. La *ley 5. Y 6. tit. 5. lib. 3 del Fuero juzgo* impone a los sodomitas la pena de ser castrados, y entregados después al Obispo, para que los ponga en cárceles separadas, en donde *hagan penitencia contra su voluntad, ya que pecaron por su voluntad.*

6. Este modo de discurrir acaso sería justo, si castigando al delincuente en la misma parte del cuerpo con que delinquiró, no se frustraran los fines principales por que se establecieron las penas, que son corregir al mismo delincuente, impedir el daño de la sociedad, y escarmentar con el ejemplo a los que no han delinquido. Pero ya hemos visto, que lejos de conseguirse con semejantes penas dichos fines sólo pueden servir para lo contrario.



### Azotes

7. Otra de las penas corporales aflictivas es la de azotes, muy usada entre nosotros para castigar ciertos delitos en la gente del pueblo inferior. De esta pena, dice D. Lorenzo Matheu, que la experiencia de más de veinte y cinco años que ejerció la judicatura criminal dentro y fuera de la Corte, le hizo conocer que era más temida de la gente popular de España que la misma pena capital; por cuyo motivo dice que la Sala de Corte la usaba con mucha frecuencia, y aun en delitos leves conminaba con ella, con lo cual se evitaban otros mayores y rara vez tenía que imponer la pena capital. Pero se queja de que, en su tiempo, por la multitud de jurisdicciones privilegiadas que se habían introducido había decaído mucho el uso de esta pena, con notable perjuicio de la república, y clama por el remedio que cree consistir únicamente en la abolición de los fueros privilegiados.

8. Estos justos deseos del Sr. Matheu han tenido efecto en nuestros tiempos con mucha utilidad del público, pues por una cédula de 6 de Octubre de 1768, mandada insertar en el cuerpo de las leyes, y por la cual se arreglan de nuevos los cuarteles de Madrid, y se crean Alcaldes de Barrio, se derogan todos los fueros privilegiados en materias criminales y de policía, conforme a lo pactado con el reino en las condiciones de Millones; cuya providencia se extendió después por otra cédula de 13 de Agosto de 1769, a todas las capitales del reino en que hay Chancillerías y Audiencias.

9. La Real Audiencia de Mallorca en representación que hizo al Señor Felipe V proponiendo varias dudas originadas de la nueva planta dada a aquel tribunal, dice, que por privilegio especial de aquel reino no se podía imponer la pena de azotes por ningún delito, de donde se seguía multiplicarse éstos, y creía la Audiencia, que el medio oportuno para contenerlos sería establecer allí el uso de dicha pena de azotes, a la cual tenían aquellos naturales más horror que a la de galeras, presidios y otras.

10. La pena de azotes, si no hay mucha prudencia y discernimiento para imponerla, lejos de ser útil, puede ser muy perniciosa y perder a los que son castigados con ella en lugar de corregirlos. Ella es ignominiosa y causa infamia, por lo que sólo debería imponerse por delitos que en sí son viles y denigrativos, pues de lo contrario la pena misma causará un daño mayor, acaso, que el que causó el delito, que es hacer perder la vergüenza al que la sufre y ponerle por consiguiente en estado de que se haga peor en vez de enmendarse. Pero impuesta

con prudencia y discreción podrá ser útil y contener con su temor. Por regla general, en una nación honrada y pundonorosa cual es la Española, toda pena de vergüenza usada con prudencia y haciendo distinción en el modo de imponerla, según la distinción de clases y de personas, puede producir muy saludables efectos. Pero debe siempre observarse la máxima de no imponer jamás pena que pueda ofender el pudor y la decencia, pues esto sería destruir las costumbres por las mismas leyes que deben introducirlas y conservarlas. Justamente se ha abolido por el no uso la disposición de la *ley 2. tit. 9. lib. 4. del Fuero Real*, la cual manda que si algunos cometieren el pecado de sodomía, *ambos dos sean castrados ante todo el pueblo, y después del tercer día sean colgados por las piernas hasta que mueran.*

11. Creo también muy digna de reforma la práctica que actualmente hay, cuando se sacan las mujeres a la vergüenza de llevarlas desnudas de medio cuerpo arriba con los pechos descubiertos, lo que ciertamente ofende la modestia, y he visto causar este efecto aun en las gentes del bajo pueblo. En algunas partes van cubiertas por delante, dejándoles solamente descubiertas las espaldas, lo que es más conforme a la decencia, y por otra parte no se disminuye nada la pena de la vergüenza.

^v

### **Presidios y arsenales**

12. La pena de galeras y de las minas del azogue, que antes estaban en uso, se han abolido enteramente y sólo han quedado las de presidio, arsenales y trabajos públicos. La experiencia acredita todos los días, que todos o los más que van a presidios y arsenales vuelven peores, y algunos enteramente incorregibles; ésta es una indispensable necesidad que hay de casas de corrección en las cuales se establezcan trabajos y castigos proporcionados a los delitos y delincuentes, pues siendo éstos muchos y muy diversos son muy pocos los géneros que hay de penas, de donde proviene que éstas no se puedan proporcionar debidamente a los delitos, de suerte que no sean mayores ni menores de lo que corresponde, como es preciso, para que no sean inútiles ni perjudiciales.

13. En los arsenales y presidios no puede haber más diferencia que la del mayor o menor tiempo; pero la cualidad y esencia de la pena siempre es la misma y todos los condenados a ella son reducidos indistintamente a la misma condición infame y vil, lo que debe borrar de sus ánimos toda idea de honradez y de probidad; por lo cual es imposible que estas penas puedan ser proporcionadas a todo género de delitos, de donde provienen sin duda los malos efectos que causan. En las casas de corrección, cuyo único objeto debe ser éste, pueden establecerse varios trabajos, castigos y correcciones en bastante número para aplicar a cada uno el remedio y la pena que le sea más proporcionada, y de esta suerte se conseguirá sin duda la corrección de muchos, que hoy se pierden por defecto de las penas.

14. En el territorio de cada tribunal superior de provincia debería haber este destino, con lo cual se evitarían muchos gastos, dilaciones, incomodidades de los reos y de las Justicias, y también fraudes para eludir las penas. Las reglas para estos establecimientos deben ser fáciles y sencillas. Con un superior, pocos subalternos y algún auxilio de tropa, bastaría para gobernarlos.

15. Es verdad que para algunos será infructuosa la corrección. En este caso, deberán ser condenados a los trabajos públicos al servicio de las armas cuando los delitos no sean incompatibles con él, y puedan ser útiles a la tropa; los reos también podrían aplicarse a las fábricas de salitres y de pólvora, y a las salinas, que es trabajo sencillo y de bastante fatiga. En América, se destinan muchos reos a las fábricas de paños y a las panaderías, aunque en esto hay ciertos abusos originados de la dureza y codicia de algunos dueños de industrias y

panaderías; pero éstos fácilmente se pueden remediar por un Gobierno vigilante si se tuviese por conveniente hacer semejantes aplicaciones. Podría acaso procurarse, también, que los hospicios de las capitales de provincia destinasen en su recinto algún lugar fuerte y separado de lo restante de su habitación en que se encerrasen algunos reos, y se les emplease en aserrar maderas, piedras, y hacer otros trabajos fuertes, para cuyo consumo pueda haber demanda en las mismas capitales, quedando el producto para los hospicios, y aplicando a los reos el precio que se les había de dar si fuesen a presidio o a los trabajos públicos.

16. Si todo esto no llegase, deberán ser destinados a los presidios y arsenales; pero guardando siempre con toda exactitud la sabia y prudente determinación de la *ley 13. tit. 24. lib. 8 de la Recop.*, en la cual se distinguen dos clases de delitos: una de los no calificados, que no suponen en sus autores un ánimo absolutamente pervertido, y suelen ser en parte efecto de falta de reflexión, arrebatos de sangre, u otro vicio pasajero; otra de aquellos delitos feos y denigrativos, que suponen por su naturaleza un envilecimiento y bajeza de ánimo con total abandono del pundonor en sus autores. Los que incurrieren en los primeros, deben ser condenados a presidio, según la ley, y no dando allí motivo de otra calidad, deben ser tratados sin opresión ni vilipendio; los segundos deben ser destinados a los arsenales, aplicándolos a los duros trabajos de bombas y demás maniobras ínfimas, atados siempre a la cadena, sin arbitrio en los Jefes de los Departamentos para su alivio ni soltura, durante el tiempo de su condena.

17. Pero la misma ley manda, justamente, *que no puedan los tribunales destinar a reclusión perpetua, ni por más tiempo que el de diez años en dichos arsenales a reo alguno; sino que a los más agravados, y de cuya salida, al tiempo de la sentencia, se recele algún grave inconveniente, se les pueda añadir la calidad de que no salgan sin licencia; y según fueren los informes de su conducta en los mismos arsenales Por el tiempo expreso de su condena, el tribunal superior, por quien fuere dada o consultada la sentencia, pueda después con audiencia fiscal proveer su soltura.*

18. Sería muy conveniente que los que fuesen condenados a presidios y arsenales, después de cumplida su condena, no puedan entrar en la Corte y Sitios Reales, debiéndose expresar así por punto general en todas las sentencias, y se les obligue a volver a sus antiguos domicilios para vivir en ellos aplicados a su oficio, si le tuvieren, o con otra ocupación honesta, sin que puedan irse a establecer a otra parte sin justa causa aprobada por la justicia y llevando licencia de ella por escrito.

19. Para que esta providencia tenga efecto, es necesario que las licencias que se dieren a los presidiarios cumplidos, contengan la expresa calidad de haberse de presentar dentro del tiempo que se les señalará, según las distancias, ante las Justicias de sus respectivos domicilios, para que éstas tomen razón de dicha licencia, y den cuenta al tribunal que dio la sentencia; y el que fuere aprehendido sin licencia, o pasado el término de ella, aunque la tenga, no se hubiere presentado a la justicia, deberá ser castigado como verdadero quebrantador del presidio.

20. En la regla general de no poder volver a la Corte y Sitios Reales los que cumplieron su condena de presidio, no deben ser comprendidos los que fueron vecinos de Madrid y de los Sitios, porque sería condenarlos a perpetuo destierro de sus hogares con detrimento y ruina de sus familias inocentes, a menos de que la calidad del delito y circunstancias de la persona no pida que se agrave de esta suerte la pena. Pero nunca deberán quedar libres de la obligación de presentarse a sus respectivas Justicias y de no poderse establecer en otra parte sin su licencia. En Madrid deberán presentarse al Alcalde del Cuartel en que fijaren su residencia, sin cuyo permiso no podrán establecerse fuera de Madrid, ni mudarse en él de cuartel sin su noticia, para que la pase al Alcalde del otro cuartel donde se mudare.

21. Para que todo esto tenga el debido efecto, deberá haber en todos los tribunales del reino un libro general de reseñas, en donde se anoten todos los que fueren condenados a presidio y arsenales, su naturaleza, domicilio, edad, causa, día, lugar y tiempo de su aplicación o condena, así como se mandó por la *ley. 8. tit. 24. lib. 8.* de la *Recop.*, que en las Salas del Crimen de las Chancillerías y Audiencias hubiese un libro aparte en el cual se asentasen todos los condenados a galeras por los jueces inferiores y por las mismas Audiencias, expresando el lugar, la persona y el día de la condena. Si el domicilio del reo no fuere en el pueblo donde reside el tribunal que hace la aplicación, deberá pasar éste a las Justicias de aquél un testimonio de la misma aplicación, para que puedan observar si el condenado cumple o no con el precepto de volver al domicilio, y dar cuenta en caso de contravención, para tomar las providencias correspondientes.

22. Con estas precauciones tan fáciles de tomar, se conseguirá fácilmente que las Justicias de los pueblos velen sobre la conducta de los que han sido condenados a presidio, a los cuales contendrá mucho este temor para que no vuelvan a sus antiguas costumbres, y las justicias podrán también ser responsables de las faltas, que por omisión, mala fe, o indebidas condescendencias tuvieren en el asunto; lo que no es posible pueda verificarse permitiendo, como ahora sucede, que los que vuelven de los presidios se establezcan adonde les pareciere.

23. Guardándose con exactitud en la imposición de las penas la graduación que hemos dicho de trabajos públicos, aplicación a las armas, presidios y arsenales, y establecidas debidamente las casas de corrección, puede formarse una escala de penas muy extensa y a propósito para imponer a cada delincuente la que sea más útil y oportuna. Es verdad, que mientras haya hombres habrá delitos y es imposible extinguirlos; pero pueden minorarse, que es a lo que debe aspirar un Gobierno justo e ilustrado, y ciertamente no se conseguirá nunca, si no se guarda una exacta y justa proporción en las penas, y si al mismo tiempo no se procura dar por todos los medios posibles una buena educación al pueblo, para evitar la ociosidad y la mendicidad, que son las fuentes más fecundas de delitos y desórdenes.

24. Pero esta educación debe comenzar desde los primeros años, porque después para la mayor parte es inútil e infructuosa. A un niño, con facilidad y sin violencia se le enseña a habituarse al trabajo, y acostumbrado a él desde la tierna edad, conserva después voluntariamente toda la vida esta inclinación. Pero el que pasó la niñez, y por consiguiente la juventud en la ociosidad y holgazanería, es moralmente imposible que se aplique a trabajar; y no teniendo con qué subsistir y con qué fomentar los vicios, que son consiguientes a semejante vida, es preciso que recurra a medios ilícitos con detrimento de la sociedad. ¡Cuánto mejor y más conveniente sería prevenir con suavidad estos males por medio de la educación, que haber de recurrir al rigor de las leyes para corregirlos! Si no se ponen los medios necesarios para dar indistintamente a todos los niños una educación correspondiente a su clase, de cualquiera que sean, jamás se extinguirá la mendicidad, este recurso tan fácil y provechoso a los holgazanes y gente perdida, como fatal y funesto a la sociedad. Todas las providencias que se tomen dirigidas a exterminar esta polilla de las costumbres y de la república, son justísimas, son necesarias, y contendrán en gran parte el mal; pero éste se estará siempre reproduciendo a pesar del celo y vigilancia del Gobierno si no se cura en su raíz.

25. Entre los piadosos institutos de las Juntas de Caridad, nuevamente establecidas en la Corte por el Gobierno, ninguno es más útil y provechoso que el de poner a trabajar a los muchachos, que por imposibilidad de sus padres o tutores se han criado en la ociosidad. Cuantas solicitudes y cuidados se tomen en esta parte, son otros tantos servicios hechos a la patria y al Estado, y no hay expresiones bastantes para encarecerlos. Deberían propagarse estas juntas en todo el reino y en toda la nación por los saludables efectos que pueden producir. Los padres, tutores y demás personas que tienen niños a su cargo, deben darles educación y destino correspondiente a su clase desde los primeros años. Pero si éstos,



olvidándose de lo que deben a Dios, a sus mismos deudos, y a la república, no cumplen con esta estrecha obligación, deben suplirla con su autoridad los Magistrados, como verdaderos tutores de la república y padres de la patria.

26. Tampoco debe permitirse en un buen gobierno, que los muchachos se apliquen a ejercicios que, en llegando a cierta edad, ya no pueden usar, pues al mejor tiempo se hallan sin oficio, sin preparación, ni ganas de aprender, y por consiguiente precisados a mendigar expuestos a todos los excesos que trae consigo la ociosidad. Servir de lazarillo a un ciego, y ayudarle a cantar coplas, andar vendiendo espuelas de arena y ladrillo, y otros ejercicios semejantes, en que se emplea un gran número de muchachos en el reino son de la clase que va dicha, por consiguiente no se debía permitir que se ocupen en ellos los muchachos. Por esta razón las leyes del reino sabiamente disponen, que los que piden limosna no puedan traer consigo hijo suyo, ni de otro, que pase de cinco años, y se manda a las Justicias tengan cuidado de que dichos niños se pongan a servir con amos, o a aprender oficios, porque de traer los padres y madres sus hijos a pedir limosna, dice la ley, se acostumbran a ser vagabundos y no aprenden oficios. Es también muy conveniente la disposición de la *ley 11. tit. 11. lib. 8 de la Recop.* la cual manda, que las Justicias averigüen, *si los que tienen algunas tendezuelas con cosas de comer, y andan por las calles vendiendo frutas y otras cosas, son verdaderamente vagabundos, y se valen de este pretexto para vivir en los lugares; y averiguándolo, les impongan las penas establecidas.* ¡De cuántos males se libertaría la república, si no hubiera tanto ocioso en ella, y cuánto se disminuiría el número de éstos, si todos fueran aplicados desde sus primeros años a destinos correspondientes a su clase!



### Cárcel

27. Aunque la cárcel no se ha hecho para castigo, sino para custodia y seguridad de los reos, como se ha dicho, sin embargo suele imponerse por pena en algunos delitos, que no son de mucha gravedad. Por esto, por la privación de libertad y por las incomodidades y molestias que indispensablemente se padecen en ella, puede contarse entre las penas corporales afflictivas; y si se atiende a las vejaciones y malos tratamientos, que los abusos introducidos por la codicia, dureza y mala fe de los subalternos hacen padecer a los miserables que tienen la desgracia de estar allí encerrados, deberá reputarse por una de las más graves.

28. La triste y enérgica pintura que hace Mr. Brissot de algunas cárceles y casas de reclusión de Francia manifiesta que, entre nosotros, se trata a los infelices reos con más humanidad. Pero es preciso confesar que también hay abusos entre nosotros. Hay exacciones indebidas, hay opresiones injustas y acepción de personas, regulada únicamente por el interés y codicia de los subalternos, en cuya utilidad ceden estos abusos, expresamente reprobados por las leyes. Hay (y esto es lo peor) una perjudicialísima mezcla de toda clase de delincuentes. El deudor, el enamorado, el contrabandista el que delinquirió más por fragilidad que por malicia y corrupción, el que cometió alguno de aquellos excesos que no son incompatibles con la hombría de bien, todos éstos están confundidos con el ladrón, con el asesino, con el blasfemo, con el perjuro, con el falsario. ¿Y qué efectos tan perniciosos no debe causar una mezcla y confusión tan extraña?

29. A la manera que en un gran hospital los hábitos corrompidos que despiden los diversos enfermos, infectando el aire, producen nuevas enfermedades que no había y hacen incurables las que no lo eran, así en una cárcel el trato de unos con otros y los malos ejemplos, más contagiosos que las enfermedades epidémicas, cundiendo por todos como un cáncer, hace perversos a los que no lo eran y consume en su perversidad a los que ya lo eran, convirtiéndose de esta suerte las cárceles destinadas para la custodia de los reos, en escuelas de iniquidad y seminario de hombres malos y perniciosos a la república.

30. Éste es, a mi juicio, el origen de los malos efectos de las penas: porque como los reos que son condenados a ellas salen ya pervertidos de las cárceles, y perdido en mucha parte o en todo el pudor y la vergüenza, creyendo que ya tienen poco o nada que perder, se abandonan fácilmente a otros excesos mayores, hasta llegar muchos al estado de incorregibles, Por esta razón debería empezar desde aquí la reforma si se quiere curar el mal en su raíz, como parece justo y correspondiente, y por la misma deberían también contenerse algunos jueces, que suelen tener demasiada facilidad en dictar autos de prisión.

31. Si las leyes, con el justo fin de conservar a la nobleza sus privilegios, previenen que los hidalgos que fueren presos estén con entera separación de los del estado llano, ¿por qué para libertar a la república de los males que causa la confusión y mezcla de los delincuentes, no se han de separar éstos también, según sus diversas clases y condiciones?

32. Otro daño grave que hay en las cárceles es la continua y forzada ociosidad en que viven los que están reclusos en ellas, con lo cual tienen más tiempo y oportunidad para pervertirse unos a otros. Este mal podría remediarse, al menos en las cárceles grandes, estableciendo en ellas algunas labores simples y proporcionadas en que pudiesen ocuparse los reos, tomando las precauciones oportunas para impedir la fuga, u otros inconvenientes que pudieran resultar. Bien conozco que para poner en práctica todo esto habrá algunas dificultades, pero lo que no se intenta no se hace, y acaso la misma práctica haría ver que son menos y más superables de lo que parece; y al cabo los bienes que de su ejecución deben seguirse a la república, y los males que de no hacerlo se le originan, deben servir de un poderoso estímulo al Gobierno para procurar vencer todos los obstáculos que puedan ofrecerse.

33. Mr. Necker, uno de los más íntegros e ilustrados Ministros de Hacienda que ha tenido Francia, en la cuenta de la administración de las rentas reales, que dio al Rey el año de 1781, le dice: *Apenas se puede creer, que en un reino como el de Francia la escasez de las rentas haya impedido, constantemente, que se destinen fondos suficientes para los establecimientos de humanidad (habla de las cárceles), al paso que tantos monumentos están manifestando por todas partes lujo y riqueza. Yo he creído, que a pesar de la guerra, debía proponer a V M. que se ministrasen de su Real Erario diferentes socorros a las ciudades para mejorar sus cárceles. Estos socorros extraordinarios han sido a la verdad muy inferiores a las necesidades; pero V M. acaba de mandar, que se construyan nuevas cárceles en París, a fin de separar los detenidos en ellas por deudas, de los que están encerrados por desórdenes o por delitos. Con el plan que V M. ha adoptado se conseguirá casi todo cuanto se puede desear en este punto, y se trabaja con vigor en la ejecución de sus Reales órdenes.*

34. *Finalmente las enfermerías de la cárcel del Parlamento eran tan intolerables por la estrechez del terreno, y por la falta de ventilación, que los que por necesidad entraban en ellas, ya para asistir a los enfermos, ya para consolarlos en cumplimiento de su santo ministerio, estaban violentos, deseando por instantes salir y alejarse de allí, por el perjuicio que causaba a su salud el aire infecto de aquellos lugares. De orden de V M. se ha dispuesto otra enfermería muy conveniente y bien ventilada, con lo que se ha remediado un mal oculto, pero terrible; y todo esto se ha hecho a poca costa. Es sin duda dos veces benéfico un Monarca cuando lo es con economía, porque esta le proporciona medios para extender y multiplicar sus beneficios.*

35. Entre los que la Francia debe a su Soberano, no es el menor el que se ve en esta relación de Mr. Necker, que tanta parte tuvo en él, inclinando el ánimo del Rey, naturalmente propenso a hacer bien a sus vasallos, y sugiriéndole medios, sin embargo de la crítica situación de la guerra, para poner en práctica sus benéficas intenciones. ¿Por qué no deberemos esperar nosotros otro tanto del celo ilustrado de nuestros Ministros y de la notoria piedad de nuestro Soberano? Lo cierto es, que mil experiencias felices nos hacen ver todos los días, que no está menos dispuesto a cuanto pueda redundar en utilidad y beneficio de los

pueblos el piadoso y magnánimo corazón de Carlos III (de España), que el de Luis XVI (de Francia).



### **Destierro**

36. Según la división que se ha hecho de las penas corporales, puede contarse entre ellas el destierro, ya por las incomodidades que causa, ya por las comodidades de que priva. Esta pena nunca debe imponerse a hombres depravados, que puedan contagiar a otros con su mal ejemplo, pues no es justo que por libertar del daño a un lugar se vaya a causar a otro, teniendo todos igual derecho a la protección y cuidado del Gobierno. Pero podrá imponerse útilmente a aquellos hombres que, conservando por otra parte la probidad y vergüenza, cometen ciertos excesos que no son incompatibles con la hombría de bien y con el honor. Particularmente puede producir buenos efectos en las personas distinguidas por su nacimiento o por sus empleos, si se sabe aplicar oportunamente.



### **Extrañamiento del reino**

37. Semejante al destierro, aunque mucho más grave, es la pena de extrañamiento del reino, de que usa el Príncipe en virtud de la potestad económica contra los eclesiásticos inobedientes o perturbadores del orden y tranquilidad pública, y a la cual regularmente acompaña la ocupación de temporalidades y privación de naturaleza. La facultad de imponer esta pena, además de ser un derecho inmanente de la Majestad, y una de las más principales prerrogativas de la Soberanía, es sumamente importante para contener a los eclesiásticos díscolos, que por sus privilegios y exenciones tienen cierta independencia, que sin este recurso sería sumamente perjudicial a la república.



## **§. IV**

### **De las penas de infamia**

1. Es la infamia una pérdida del buen nombre y reputación, que un hombre tiene entre los demás hombres con quienes vive; es una especie de excomuniación civil, que priva al que ha incurrido en ella de toda consideración y rompe todos los vínculos civiles que le unían a sus conciudadanos, dejándole como aislado en medio de la misma sociedad.

2. Esta terrible pena de la infamia usada con tino y discreción podrá evitar muchos delitos, particularmente en un gobierno monárquico cuyo principio es el honor. *Sigamos a la naturaleza*, dice el Presidente Montesquieu, *que ha dado a los hombres la vergüenza como su azote, y la mayor parte de la pena sea la infamia de sufrirla*. Sería sin duda muy feliz la nación, en la cual, como de los antiguos Egipcios refiere Diodoro de Sicilia, la infamia fuese la pena mayor y la más temida de todas.

3. Hay infamia de hecho e infamia de derecho. La primera depende única y privativamente de la opinión y concepto de los hombres, y así, propiamente hablando, no puede llamarse pena porque no se impone por la ley como la segunda. Mas para que ésta no se inutilice, y cause los efectos correspondientes, es necesario que sea conforme a las relaciones y naturaleza de las cosas, pues si se declaran por infames acciones que son de suyo indiferentes, se disminuye la infamia de las que son verdaderamente tales.

4. Igualmente es necesario que la ley no se oponga directamente a las opiniones generalmente recibidas, declarando infames ciertas acciones, que comúnmente se creen laudables u honrosas; y esto, aun cuando el común concepto sea falso y efecto de una verdadera preocupación, porque es tanta la fuerza de las opiniones de los hombres y de las preocupaciones, que regularmente prevalece sobre la autoridad de la ley y la inutiliza; por lo que en semejantes casos, en lugar de la pena de infamia es menester buscar otra que sea más proporcionada al delito.

5. Nuestras leyes, con el santo y saludable fin de extinguir los duelos, declaran expresamente por infame este pernicioso delito y a los que incurrieren en él. Pero ni los duelos se han extinguido ni ha pasado hasta ahora por infame un solo hombre, de tantos como han contravenido y contravienen todos los días abiertamente a dichas leyes, sin embargo de sus repetidas publicaciones. ¡Tanta es la fuerza de la preocupación! (o de la opinión pública o «*communis opinio*»).

6. La cobardía está justamente reputada, particularmente entre caballeros y militares, por una cosa fea y vergonzosa. La opinión y un falso punto de honor han introducido y arraigado profundamente la falsa y perniciosa máxima, de que queda deshonorado el que recibe una injuria y no la vengá con la espada, y que es un cobarde el que siendo provocado a un desafío no lo admite. De aquí resulta, que el duelo está reputado, aunque falsamente, en la estimación común por un acto de valor directamente opuesto a la cobardía y necesario para vindicar el honor ofendido; y así han sido inútiles los esfuerzos de la ley, que ha declarado infames unas acciones, que comúnmente se creen generosas y necesarias para conservar el honor, porque el arma terrible de la infamia, más está en el poder de la opinión y de las costumbres, que en la mano del legislador.

7. Por tanto la pena de infamia no debe imponerse con demasiada frecuencia, porque los efectos reales de las cosas que consisten en opinión, siendo demasiado continuos, debilitan la fuerza de la opinión misma. Por la misma razón tampoco debe recaer nunca la infamia sobre muchas personas a un tiempo, porque la infamia de muchos se resuelve en no ser infame ninguno. Pero siempre será muy útil esta pena para reprimir cierto género de delitos, que se fundan en el orgullo y en una especie de fanatismo, para los cuales no son convenientes las penas corporales y dolorosas, porque consiguen en el mismo dolor su gloria y alimento. Pero la ridiculez, el desprecio y la infamia refrenan poderosamente el orgullo de los fanáticos.

8. Despreciará uno de éstos hasta la misma muerte; la sufrirá con intrepidez, creyendo, y haciendo creer al vulgo ignorante, que padece una verdadera persecución por la justicia, y que muere tan lleno de gloria como si fuera un Mártir. Pero no tendrá valor para sufrir el desprecio, y ser tenido por un fanático iluso, cuando aspiraba a pasar por un héroe y valeroso defensor de la justicia y de la verdad.

9. Siendo una máxima cierta y conforme a la razón y a la humanidad, que ninguno debe ser castigado por delito ajeno, por grave y enorme que sea, parece que la infamia, que es una gravísima pena, no debería pasar de la persona del delincuente. *El delito o la pena del padre no puede causar mancha ninguna al hijo, porque cada uno debe ser responsable sólo de sus acciones, y no se constituye sucesor del delito ajeno*, dice el canon 6. *causa I. quest. 3.* tomado de una ley romana, harto más justa y equitativa que la que el astuto Eutropio sugirió al Emperador Arcadio, haciéndole decir, que los hijos de los reos de lesa Majestad deberían morir con sus padres, porque era de temer que los imitasen y fuesen también herederos de sus delitos. Razón digna de un ambicioso y cruel eunuco, que con la multitud y atrocidad de las penas pretendía conservar la excesiva privanza y despotismo que ejercía en la voluntad de su señor.

10. Con más humanidad y generosidad pensaban los Peruanos bajo el gobierno de los Incas, entre los cuales, cuando un Curaca se rebelaba, aunque le imponían la pena capital, no

quitaban el Estado al sucesor, sino que se le daban, representándole la culpa y la pena de su padre, para que se guardase de hacer otro tanto. Platón dice que lejos de castigar a los hijos del delincuente deben ser elogiados, porque no imitan a su padre. Síguese también un daño digno de consideración de que la infamia trascienda de la persona del delincuente, y es que, para evitarla, se hacen extraordinarias diligencias por las personas cercanas a fin de impedir el castigo, de donde resulta o la impunidad absoluta, o que no se observen las leyes con la puntualidad que corresponde, y se les busquen temperamentos y modificaciones con perjuicio del bien público y de la recta administración de la justicia.



## §. V

### De las penas pecuniarias

1. Las naciones septentrionales, que después de haber invadido el Imperio Romano se establecieron en sus provincias, de ningún género de penas hacían más uso que de las pecuniarias, como se ve por las leyes de estos diferentes pueblos, en las cuales hasta los delitos más graves se castigan con estas penas, haciendo la más menuda y prolija tasación o regulación de ellas.

2. Los antiguos Germanos, de quienes salieron todos estos pueblos, dice Tácito, que sólo castigaban con pena capital a los traidores y tráfugas, suspendiéndolos de los árboles, y a los cobardes y a los que usaban torpemente de su cuerpo, ahogándolos en lugares cenagosos. Todos los demás delitos, hasta el homicidio, los castigaban con multas que se aplicaban parte al Rey o ciudad y parte al ofendido o a sus deudos. Por el contrario de los Peruanos, dice Garcilaso, *que bajo el Imperio de los Incas nunca tuvieron pena pecuniaria ni confiscación de bienes, porque, decían, que castigar en la hacienda y dejar vivos a los delinquentes, no era desear quitar los malos, sino la hacienda a los malhechores, y dejarlos con más libertad para que hiciesen mayores males.* También son enteramente desconocidas las penas pecuniarias entre los Chinos, según refiere el P. du Halde.

3. Un legislador prudente seguirá el medio entre estos dos extremos. Ni castigará todos los delitos con penas pecuniarias, ni las excluirá enteramente de su legislación. Si se considera el grande aprecio que hacen los hombres del dinero, y el apego que comúnmente tienen a él, es fácil conocer que las penas pecuniarias pueden servir, muchas veces, para castigar oportunamente y contener cierto género de excesos sin recurrir a penas más graves. Pero como todas las penas, de cualquier clase que sean, deben tener cierta analogía con los delitos y derivarse de su naturaleza, según se ha dicho, nunca será conveniente castigar con penas pecuniarias los delitos que perturban la seguridad personal de los ciudadanos o la de la sociedad, porque esto sería lo mismo que excitar y dar, en cierto modo, licencia para delinquir a los ricos y poderosos, a quienes sus riquezas hacen regularmente más altaneros y atrevidos. La historia nos enseña, que en los tiempos en que en Europa se redimían con dinero los homicidios y otros delitos atroces, por todas partes reinaban el furor, las iras, las muertes y las discordias públicas y domésticas.

4. No pretendo excluir por esto el resarcimiento de los daños y perjuicios que con el delito suele causarse al ofendido o a su familia, porque esto más que pena pecuniaria es una justa y debida recompensa, dictada por la razón y por la naturaleza misma. Hablo sólo de la pena que precisamente se impone para castigar el delito por la «*vindicta*» pública, y de ésta digo, que no debe ser pecuniaria en los delitos de que voy hablando porque ni tiene analogía con ellos, ni se deriva de su naturaleza, y por consiguiente no hay la debida proporción entre la pena y el delito.

5. Aun en aquellos casos en que se pueda usar de la pena pecuniaria, por ser proporcionada a la naturaleza del delito, es necesaria mucha prudencia y discreción, así en las leyes para establecer dichas penas, como en los jueces para imponer las multas cuando la ley no fija la cantidad. Una multa indiscreta es capaz de perder una familia sin corregir al delincuente. Por regla general, nunca deben tener efecto las multas y penas pecuniarias, cuando para exigir las es necesario privar, en todo o en parte, a los multados de los medios e instrumentos necesarios para el ejercicio de su oficio o profesión, en cuyo caso debe tener lugar aquel axioma comúnmente recibido: *el que no tiene bienes, pague con su cuerpo*. Hacer lo contrario será convertir el antídoto en veneno y valerse de las penas para destruir familias, siendo su objeto corregir y mejorar a los delinquentes.

6. Supuesta la debida proporción entre el delito y la pena pecuniaria, podrá ser ésta muy útil para reprimir la insolencia de los ricos, que abusando de sus riquezas delinquieren fiados en ellas, y para contener las transgresiones contra las leyes y ordenanzas de policía. También será muy oportuna para castigar la avaricia de los jueces y otras personas públicas que fueren legítimamente convencidas de cohechos y venalidades, pues no puede haber cosa más justa, que los que abusando de su oficio se han enriquecido a costa y con perjuicio del público, sean privados de unos bienes tan ilícitamente adquiridos. Pero en este caso sería muy conforme a la equidad y a la justicia, que estas penas y multas se invirtiesen todas en beneficio público de los pueblos que han sufrido las extorsiones.

7. Si las penas pecuniarias, como se ha dicho, no deben ser tales que por su exceso opriman y pierdan al delincuente, tampoco deben ser tan ligeras que se desprecien y no produzcan efecto alguno; pues siempre que la utilidad o complacencia que resulta de un delito es mayor que el daño o incomodidad que causa la pena, los hombres se determinan fácilmente a delinquir, y habrá en este caso muchos que, como aquel ímprobo Neracio, de quien hace mención Aulo Gelio, compren con su dinero el torpe deleite de burlarse de los hombres y de las mismas leyes.

8. Las penas pecuniarias tienen una íntima y necesaria dependencia del aprecio y estimación de la moneda, que se aumenta o disminuye en proporción de la abundancia o escasez que de ella hay en un país; y por esto ningunas penas tienen tanta necesidad de alterarse de tiempo en tiempo como las pecuniarias. La Emperatriz de Rusia en la instrucción que hizo para la formación de un nuevo Código de leyes, dice, que sería conveniente renovarlas de cincuenta en cincuenta años. Al menos es evidente, que en el transcurso de uno o dos siglos deben padecer muchas alteraciones. La pena pecuniaria que hace doscientos años sería sin duda bastante para contener y precaver algún delito, hoy se despreciará, y se quebrantará fácilmente la ley que la impone. ¿Quién será hoy el hombre tan miserable, que pueda hacerle impresión y contenerle una multa de treinta maravedises por ejemplo? En este caso están puntualmente muchas de nuestras leyes antiguas, y así es necesario reformarlas en esta parte, acomodándolas al tiempo presente y a las actuales circunstancias de las cosas.



### **Confiscación de bienes**

9. Entre las penas pecuniarias, propiamente hablando, debe contarse también la confiscación de bienes. Es un problema no muy difícil de resolver si de este género de pena, atendida su naturaleza y efectos, se sigue más perjuicio que utilidad a la república. Lo cierto es que las confiscaciones hacen sufrir al inocente la pena del reo, y conducen tal vez a los inocentes mismos a la desesperada necesidad de cometer delitos. ¡Qué espectáculo tan terrible ver una familia despeñada en el abismo de la miseria y de la infamia por los delitos que otro ha cometido!

10. Los Romanos no usaban de esta pena antes de Julio César, de quien dice Suetonio, refiriéndose a Cicerón, que para agravar las penas de los delitos impuso a los parricidas la confiscación de todos los bienes, y de la mitad de ellos a todos los demás delincuentes. Esta ley de César parece que después de él no tuvo observancia por algún tiempo en Roma, como se infiere de Juvenal, que entre los vicios de su tiempo cuenta las condenas, que él llama inútiles, porque eran desterrados los reos dejándoles sus bienes. Pero después los Emperadores, para aumentar y enriquecer el erario promulgaron varias leyes, por las cuales se determina que toda pena capital de deportación o de servidumbre contenga tácitamente la confiscación de todos los bienes de los reos, aun cuando no se exprese en la sentencia. ¡Leyes inhumanas y terribles, capaces de destruir una república por aumentar un erario!

11. Así parece que lo creyó el prudente legislador Justiniano y, en la *novela* 17. *cap.* 12, mandó que los bienes de los condenados pasasen a aquellos parientes a quienes deberían ir según las leyes. Es digna de copiarse aquí a la letra esta sabia disposición por la equidad que contiene y por las sólidas razones en que se funda. *Conviene*, dice el Emperador a Triboniano, *que pongas todo cuidado en castigar a los que lo merecen; pero sin llegar a sus bienes, los cuales deben pasar a sus parientes y a los que les corresponden por la ley, según el orden establecido por ella*, pues no son las cosas las que delinquen, sino los que las poseen: y *es invertir el orden quitar los bienes a los delincuentes y dejar libres sus personas*, castigando de esta suerte en lugar de ellos a otros que son llamados tal vez por la ley a la sucesión.

12. Es cosa muy extraña, que sin embargo de las sólidas razones que obligaron a Justiniano a dictar esta disposición y que son generales a todos los casos, la hubiese restringido después por la *novela* 134. *cap. últ.*, en la cual determina que a ningún condenado, por cualquier delito que sea, se le confisquen los bienes, si tuviere ascendientes o descendientes hasta el tercer grado, y a falta de ellos se aplique al fisco, reservando a la mujer la dote y donación *ante nuptias*. Pero de esta regla excluye el delito de lesa Majestad, en el cual dice que se han de guardar las leyes de sus antecesores que imponen la confiscación de todos los bienes, y sólo quiere que se exceptúe la dote de la mujer.

13. Nuestras leyes determinan en substancia lo mismo que esta última disposición de Justiniano, de la cual parece haberse tomado la *ley* 5. *tit.* 3 *Part.* 7., con la diferencia de no hablar de la dote de la mujer (la cual se manda reservar por la *ley* 2. *tit.* 2. de la misma *Partida*) y de extenderse a más casos la confiscación. *Y aun decimos* (dice la ley citada), *que a ningún hombre por yerro que haya hecho, deben ser tomados todos sus bienes si hubiere parientes de los cuales suben o descienden por línea derecha del parentesco hasta el tercer grado; salvo el que fuese juzgado por traidor, según dice en el título de las traiciones o en otros casos señalados, que están escritos en las leyes de este nuestro libro, en que señaladamente los mandase tomar.*

14. Las utilidades que pueden seguirse de las confiscaciones, no son ciertamente comparables con los males que deben causar por su naturaleza misma, particularmente si son muy frecuentes. Tampoco son muy compatibles con el suave y templado gobierno de una Monarquía, en la cual por otra parte tienen los Príncipes muchos y grandes recursos para mantener todas las obligaciones y el esplendor de la Corona, sin necesitar de los despojos de los vasallos para enriquecerla.

15. Estas razones me inclinaban a creer, que acaso sería útil abolir enteramente la pena de confiscación, como lo han hecho los Estados Generales de las Provincias Unidas por una ley publicada en 10 de Agosto de 1778. En algunas provincias de Francia, particularmente en las comprendidas bajo el nombre de País de derecho escrito, no hay lugar a la confiscación en ningún delito que no sea de lesa Majestad La *ley* 2. *tit.* 26. *Part.* 7. dice, *que los bienes de los que son condenados por herejes, o que mueren conocidamente en la creencia de la herejía, deben ser de sus hijos o de sus descendientes; y si no los tuvieren mandamos que sean de los*



*más próximos parientes católicos «dellos».* Pero si por otras razones superiores, que yo no alcanzo, pareciere conveniente conservar la pena de confiscación en uno u otro delito muy atroz, al menos es cierto que debería restringirse todo lo posible, y aun en los casos en que hubiese de quedar, la razón y la humanidad piden que se haga distinción de bienes, y sólo tenga efecto la confiscación en aquéllos que hubiesen sido adquiridos por el mismo delincuente, y no en los que por derecho y sin arbitrio suyo deben transmitirse a los sucesores, a quienes con la confiscación absoluta se priva sin culpa suya de un derecho legítimamente adquirido. Una ley Romana, después de haber dicho que por el delito del padre pierde el hijo los bienes que le habían de venir por su padre, añade: *pero aquéllos que les vinieren por sus parientes, por la ciudad o por la naturaleza de las cosas, deben quedarles ilesos, porque se los dieron sus mayores y no su padre.*

16. No pretendo tachar de injustas e inicuas las leyes que imponen las confiscaciones. Sé muy bien, que el daño que un hijo, por ejemplo, sufre por la confiscación de su padre, no es pena, lo cual sería injusto e inicuo; sino una calamidad que indirectamente le viene por el delito del padre. Pero de cualquier naturaleza que sean los bienes y por atroz que sea el delito, me atrevo sin recelo a decir que es una cosa muy inhumana y cruel, precipitar con la confiscación en el abismo de la miseria a una familia inocente por los delitos que no ha cometido. No temo hablar de esta suerte en un tiempo en que tenemos la dicha de vivir bajo el felicísimo gobierno de un Príncipe piadoso y benigno, padre, más que señor, de sus vasallos y de quien, sin lisonja ni adulación alguna puede con toda verdad decirse lo que el ilustre panegirista del gran Emperador Trajano decía en otro tiempo: *Es muy grande gloria para los Príncipes que sea vencido las más veces el Fisco, cuya causa sólo es mala cuando gobierna un Príncipe bueno.*

△▽

## §. VI

### Del tormento

*Mentietur in tormentis qui dolorem pati potest: mentietur qui non potest.*  
Quintil. *Instit. Orat.* V. 4.

1. El tormento es comúnmente reputado por una de las pruebas y medios que hay para descubrir la verdad. Por esto extrañará acaso al lector, que se trate de él en este Discurso cuyo objeto son las penas y no las pruebas de los delitos. Pero como yo estoy íntimamente persuadido de que el tormento es una verdadera y gravísima pena, y sólo creo que es una prueba no de la verdad, sino de la robustez o delicadeza de los miembros del atormentado, una prueba (permítaseme esta expresión) una prueba de bomba judicial, por eso me ha parecido que debía tratar de él aquí, después de haber examinado la naturaleza, calidades y circunstancias de las demás penas.

2. Los mismos autores criminalistas, más adictos al tormento, hablan de él en términos que manifiestan abiertamente, que si no le tienen por una verdadera pena le reputan, al menos, por una cosa tan atroz y tan terrible como la misma muerte. Farinacio y otros autores que cita, dicen, que no es lícito atormentar a ninguno sin indicios, en tanto grado que si algún juez intentase hacerlo se le puede resistir hasta matarle sin incurrir en la pena ordinaria. Si esta doctrina es cierta, el tormento es igual a la pérdida de la vida, pues sólo por conservarla es lícito matar al injusto agresor cuando no se pueda defender de otro modo. ¿Y qué prueba es ésta tan dura y tan inhumana, que se iguala con la misma muerte? Llámesele prueba, llámesele medio para descubrir la verdad, désele todos los nombres que se quiera para paliar su dureza y rigor, lo cierto es que sus efectos son tan terribles y dolorosos como los de las más



atrocias penas; y si después de todo esto, esta llamada prueba es inútil para descubrir la verdad, ¿quién no ve que por sola esta razón debería proibirse enteramente de la república?

3. Lo curioso es que el mismo Farinacio, que da licencia para matar impunemente al juez que intentare atormentar sin indicios, dice en otra parte que si los delitos fueren atrocias, y los sospechosos hombres de mala fama, se les puede atormentar con indicios menos suficientes o leves, que según él mismo son aquéllos que fácil y ordinariamente pueden no ser indicios, que es casi lo mismo que decir que se puede atormentar sin indicios. Pero en otro lugar lo asegura expresamente, cuya doctrina sigue Quevedo, diciendo, que el mesonero, ventero, sus domésticos y familiares, siendo viles, *podrán ser atormentados sin indicios por el hurto cometido en los lugares que guardan, o en sus mesones, sólo por esta sospecha, y la de que como viles habrán podido cometer esta bajeza, según Farinacio*. No es fácil conciliar la idea de que es lícito matar al juez que intentare atormentar sin indicios, con la de que se puede atormentar con sólo la sospecha de que uno puede haber cometido un delito. Pero a estos absurdos y contradicciones se exponen los que quieren defender el tormento; y no es extraño, pues las mismas leyes por la propia naturaleza de la cosa no han podido dejar de incurrir en cierta contradicción, como se verá después.

4. Si el tormento se mira como pena, no hay caso alguno en que pueda imponerse. No cuando el delito esté plenamente probado, pues sería una tiranía cruel atormentar a un hombre sólo por saber con violencia de su boca lo que ya está legítimamente averiguado. No ignoro lo que algunos autores dicen: que en delitos atrocísimos, en que conviene hacer un pronto y ejemplar castigo, se puede atormentar al reo convencido para que, confesando en el tormento, se ejecute luego la sentencia a pesar de la apelación. ¡Opinión inhumana, que autoriza un medio injusto para cometer otra injusticia, cual es privar al reo de un recurso que la naturaleza ha concedido a todo hombre! Como si todo delito, sea el que fuere, no debiera castigarse con la mayor prontitud posible, pero sin atropellar los derechos de la naturaleza.

5. La injusticia de esta teoría se hace más notable, si se advierte que, según la opinión común, si un juez atormentase de hecho a un reo convencido y éste negase en el tormento, quedan las pruebas en el mismo estado y con el mismo vigor que tenían antes. De suerte, que la negación del reo en el tormento, no sólo no invalida, sino que en tal caso, ni aun debilita las otras pruebas hechas contra él; pero su confesión arrancada con violencia por el dolor da a las otras pruebas una fuerza que antes no tenían.

6. El Católico y prudente Rey Felipe II, por un edicto criminal de 9 de Julio de 1570, que refiere Van-Espen, prohibió en los Países Bajos la aplicación del reo a la tortura, cuando esté plenamente probado el delito, declarando por abuso cualquier costumbre, estatuto o uso en contrario.

7. Tampoco puede imponerse el tormento, si se reputa por pena, cuando el delito no está plenamente probado, porque las leyes y la misma razón prohíben que se pueda imponer pena a un hombre mientras se duda si es reo o inocente, y ninguno puede ser tenido por reo antes de ser legítimamente declarado por la sentencia, y después de ésta no se le puede imponer otra pena que la determinada por la ley. ¿Qué se diría de un juez, que a un reo indiciario y no convencido, le condenase a los duros trabajos de un arsenal, para que con la molestia y opresión del trabajo confesase el delito que se le imputaba? Pues no hay otra diferencia entre el tormento y los trabajos del arsenal, sino que los dolores del tormento son más pronto, pero más eficaces para arrancar la confesión que se solicita; y esto mismo hace ver que el tormento es una verdadera pena con nombre de prueba.

8. D. Pedro de Castro, acérrimo defensor y protector de la tortura, dice, *que no es necesario quitar al tormento el nombre de pena, para salvar lo justo de él, porque la sospecha justa es punible*. Según esto, la sospecha que resulta contra el reo indiciario, se castiga con el tormento, y por consiguiente deben quedar enteramente purgados los indicios. ¿Y cómo nos

compondrá D. Pedro de Castro con esta doctrina la práctica común tan defendida por él mismo, de declarar en la sentencia de tormento que las probanzas, indicios y presunciones que resultan del proceso, queden en todo su vigor y fuerza, para imponer la pena extraordinaria a los reos negativos, siendo un principio constante en el derecho y conforme a la razón que ningún delito se puede castigar dos veces?

9. Pero supongamos que el tormento no es pena, sino una prueba y medio para descubrir la verdad. Digo, que es una prueba no sólo sumamente falible, sino enteramente inútil para el fin que se solicita, y una prueba tan desigual, que en ella el inocente siempre pierde y el delincuente puede ganar: porque, o confiesa el inocente y es condenado, o niega después de haber sufrido el tormento que no merecía, y sufre también una pena extraordinaria, que tampoco merece; pero el delincuente tiene un caso favorable, que es cuando tiene constancia para negar y se libra de la pena que merecía.

10. Es una prueba muy falible, porque como dice Quintiliano, mentirá en el tormento el que puede sufrir el dolor, y mentirá también el que no lo puede sufrir. El facineroso robusto (y regularmente lo son todos, o los más) que tiene resistencia para sufrir el dolor, mirará la muerte como mayor mal, y para evitarla negará el delito que ha cometido. El inocente débil, que no puede sufrir el dolor, lo mirará como mayor mal que la muerte, y para evitarlo tomará el camino más corto, que es imputarse el delito que no ha cometido. Esto es muy conforme a la natural condición del hombre, a quien la naturaleza misma enseña a escoger entre dos males necesarios el menor, o el que le parece tal. Con mucha razón dice la Bruyere, que el tormento *es una invención maravillosa y segura para perder a un inocente débil y salvar a un facineroso robusto.*

11. Se duda, dice S. Agustín, *si uno ha cometido un delito y para saberlo se le pone al tormento. Si es inocente, sufrirá por un delito incierto una pena ciertísima, no porque se sepa que ha cometido el delito; sino porque no se sabe que no lo ha cometido, y de esta suerte la ignorancia del juez muchas veces es causa de la calamidad del inocente. Pero lo más intolerable y digno de llorarse con fuentes de lágrimas es, que atormentando el juez al acusado por no quitarle la vida si era inocente, por la miseria de esta misma ignorancia mata atormentado e inocente, a aquel mismo que atormentó por no quitarle la vida si acaso estaba inocente; porque si el que fue injustamente acusado, por no poder sufrir los tormentos, escogiere la muerte, dirá que cometió el delito que no ha cometido, y después de condenado y muerto, aún no sabe todavía el juez si condenó a un inocente o a un culpable.*

12. Es muy sólido y muy convincente este razonamiento de San Agustín, para dejar de conocer y confesar la gran falibilidad de la prueba del tormento; y de esta falibilidad síguese necesariamente su inutilidad, pues todo medio por el cual no se consigue el fin para que se estableció, debe reputarse por enteramente inútil, y en este caso está el tormento. Así parece inferirse de las mismas leyes. El fin de éstas en establecerle, fue poder imponer al reo la pena correspondiente, completando con su confesión la prueba que estaba incompleta. Pero las mismas leyes declaran esta confesión sin ningún valor y efecto, puesto que para que lo tenga requieren, precisamente, que se haya de ratificar fuera del tormento, y si en la ratificación niega el reo lo que afirmó en el tormento, debe ser absuelto según la ley. He aquí una contradicción, solicitar la ley la confesión del reo para condenarle y no darle fe a esta misma confesión.

13. D. Pedro de Castro dice, *que el pedir la ratificación fuera del tormento, no puede ser por no dar fe a la confesión del reo, sino por puro favor que los legisladores han querido hacerle.* De suerte que mira esta providencia de la ley como un acto de supererogación y de pura misericordia. Pero yo creo que es un acto de rigurosa justicia, muy propio de la equidad de los legisladores, y sin el cual sería notoriamente injusta la ley.

14. ¿Cómo podía ocultárseles, conociendo la condición del hombre y su natural sensibilidad, que una confesión arrancada con violencia por medio de agudísimos dolores y tormentos no podía tener toda la certeza que buscaban para completar la prueba? ¿Cómo podían ignorar, que el inocente débil estaba evidentemente, y casi con necesidad, expuesto a ser víctima de los dolores que no podía sufrir? Esto les obligó, no por misericordia, como quiere D. Pedro de Castro, sino por rigurosa justicia a buscar en otra parte la certeza que no hallaban en la confesión forzada, y creyeron hallarla en la ratificación libre, por cuyo motivo dieron a ésta la fe y crédito que negaron a la confesión; aunque en esto no deja de haber también alguna contradicción (tal es la naturaleza de la cosa), porque conociendo que la confesión arrancada en el tormento no tiene fuerza, se vuelve a atormentar al reo si no ratifica libremente lo que confesó. Pero al cabo siempre se verifica que la fe que se niega a la confesión se da a la ratificación, porque si un reo atormentado por segunda o tercera vez, según la calidad del delito, niega en las ratificaciones lo que había confesado en el tormento, debe ser absuelto, según la ley, pues la imposición de la pena extraordinaria se ha introducido por la interpretación de los autores y confirmado por el uso, aunque novísimamente está autorizado este uso entre los soldados por una ordenanza militar.

15. Pregunta D. Pedro de Castro, que *¿en qué ley consta que el pedirse la ratificación es por tenerse por ninguna fe la confesión?* No era necesario que constara en ninguna ley atendidas las razones que van expuestas. Sin embargo es muy fácil responderle, que consta no menos que de en leyes, que lo dicen con toda claridad. La una es la *ley 4. tit. 30. Part. 1*, cuyas palabras son las siguientes: *Y si entonces no reconociese el yerro (el reo) débele el juzgador dar por inocente, porque la confesión que fue hecha en el tormento, si no fuere confirmada después sin presión, no es valedera.* La otra ley es la *5. tit. 13. Part. 3.* que dice así: *Por presión de tormentos o, de heridas, o por miedo de muerte, o de deshonor que quieren hacer a los hombres, confiesan, a veces algunas cosas que de su grado no las confesarían. Y por ello decimos, que la confesión que fuere hecha en alguna «destas» maneras no debe valer ni perjudicar al que la hizo. Pero, si aquél que fue atormentado reconociese después, por su llana voluntad y sin tormento, aquello mismo que confesó cuando le hacían violencia, (...), valdrá bien así como si lo hubiese confesado sin presión alguna.* Dar fe de una cosa, y declararla al mismo tiempo inválida para aquello mismo para que se le da fe, es una contradicción que no conciliará tan fácilmente D. Pedro de Castro; y así es preciso que reconozca, o que estas leyes se contradicen, o que no dan crédito a la confesión forzada en el tormento.

16. Tampoco es fácil conciliar la ley de la tortura con el espíritu de otras leyes. Mandan éstas a los jueces que cuando examinen a los reos, lo hagan por preguntas generales y nunca por particulares o sugestivas. La razón que da la ley es: *que tal pregunta directa no sería buena, porque podría suceder que le daría ventaja para decir mentira.* Si la pregunta de un juez hecha sin violencia ni amenazas, sólo por dirigirse a objeto determinado puede inducir al reo a decir mentira, ¿cuánto más podrá y deberá inducirle el rigor del tormento, cuando se le da determinadamente para que confiese el delito que se le imputa? Y si los dolores le pueden obligar a mentir contra sí mismo, ¿cuánto más podrán obligarle a mentir contra otro, cuando se le atormenta para que descubra cómplices? Si las preguntas sugestivas están prohibidas justamente por la ley, porque pueden inducir a decir mentira, el tormento, que no sólo puede inducir, sino también forzar a decirla, ¿por qué no se ha de prohibir igualmente?

17. He dicho, que el tormento se da al reo determinadamente para que confiese el delito que se le imputa. D. Pedro de Castro asegura, que el decir esto, *es un manifiesto absurdo.* Pero la razón es clara. Si el reo confiesa, se libra luego del tormento; si niega, se le estrecha todo cuanto se le puede estrechar: si habiendo confesado, niega en la ratificación, se le vuelve a atormentar hasta tercera vez, y aun cuando en todas las ratificaciones niegue lo que confesó

en el tormento, se le impone una pena extraordinaria, según la costumbre autorizada por la práctica, y en los militares por la ley. Esto supuesto ¿quién podrá hacer creer al reo que no se le atormenta precisamente para que confiese el delito?

18. *El tormento se da*, dice Castro, *para saber la verdad del mismo delincuente acusado*. Es cierto que éste es el fin de la ley; pero el acusado, por las razones expuestas, debe estar firmemente persuadido de que sólo se tendrá por verdad su confesión, y de ningún modo su negación. De donde se infiere que, aun cuando el tormento no fuera sugestivo, como lo es por su naturaleza, lo debe ser en la estimación del atormentado, y esto basta para inducirle a decir mentira y, por consiguiente, basta también para ser prohibido, según el espíritu de la ley.

19. Es evidente, y las mismas leyes y los autores más adictos al tormento lo confiesan, que el miedo y el dolor pueden obligar a uno a imputarse un delito que no ha cometido; puede, por consiguiente, peligrar, y en efecto ha peligrado innumerables veces, la inocencia en el tormento; y esto sólo bastaba para abolirle, según el espíritu de otras leyes, porque *más santa cosa es* (dice una de ellas) *y más derecha, no imponer al hombre la pena que mereciese por yerro que hubiese hecho, que imponerla al que no la mereciese*. Es verdad que en la prueba más autorizada y legal, cual es la de testigos, puede peligrar alguna vez la inocencia, pues ya por malicia, ya por ignorancia, ya por otros motivos pueden deponer falsamente. Pero hay la notable diferencia, que en la prueba de testigos puede suceder esto por accidente; pero en la del tormento debe suceder por su misma naturaleza.

20. La razón es clara. La sensibilidad de todo hombre tiene sus límites, y el dolor puede llegar a tal extremo que, ocupándola toda, no deje libertad al atormentado para escoger el camino más corto de librarse del dolor, que es la confesión de lo que se quiere que confiese. Entonces el inocente se confesará reo, entonces esta confesión es causada por la naturaleza misma del dolor y por la constitución del cuerpo humano, y es tan necesaria como es necesario que el fuego queme, si se aplica. Los innumerables ejemplos que ofrecen todas las naciones y edades de inocentes, que se confesaron reos por los dolores del tormento, son otras tantas pruebas prácticas de esta verdad.

21. Hay también otra diferencia entre la prueba de testigos u otra semejante, y la del tormento, y es que, siendo absolutamente indispensable que haya algún medio de probar los delitos para castigarlos, se deben conservar aquéllos que están expuestos a menos inconvenientes, por ser absolutamente necesarios para la conservación de la sociedad, lo que no se verifica del tormento, como se verá después. Lo mismo debe decirse de la prisión, que es absolutamente necesaria, porque si no se asegurasen los delincuentes, no se podrían averiguar ni castigar los delitos.

22. Hemos visto ya, que el tormento no es oportuno para descubrir el delito propio, y mucho menos el ajeno; porque un medio que por su naturaleza obliga o puede obligar a mentir contra sí mismo, mejor obligará a mentir contra otro, y, por consiguiente, tampoco es oportuno para descubrir a los cómplices. Examinemos los otros motivos que suelen darse.

23. Uno de ellos es la inconstancia y contradicciones en que suele caer el acusado en su declaración. Pero ¿quién duda que la ignorancia, el temor de la pena, la incertidumbre del juicio, la presencia misma del juez, son causas bastantes para hacer caer en contradicción al inocente igualmente que al reo? *No sabes tú el miedo que causa presentarse delante del juez*, dice el siervo de Plauto. Un hombre inocente y honrado, que ve en peligro su honor y su vida, y no sabe cómo ha de terminar, está tanto y más expuesto a caer en contradicciones que un facineroso que pretende ocultar su delito. No es pues bastante motivo la contradicción, para hacer sufrir a un hombre la gravísima pena del tormento.

24. Otro motivo de la tortura es la purgación de la infamia. Un hombre infamado se cree que no puede decir la verdad por la nota o mancha que tiene por la infamia, y para quitarle esta mancha o embarazo se le somete al tormento, a la manera que los metales se ponen al fuego

en el crisol para separar de ellos los cuerpos extraños y dejarlos puros. Pero a la verdad no es fácil comprender cómo una sensación material, cual es el dolor, puede borrar una relación moral que consiste en mera opinión, cual es la infamia. Además de que la tortura misma acarrea una infamia verdadera al que la padece, y así viene a ser el tormento un crisol en que se purga la infamia con la misma infamia.

25. Tampoco se da crédito a la declaración del siervo si no es atormentado. La razón que da la ley es, *porque los siervos son como hombres desesperados por la servidumbre en que están, y debe todo hombre sospechar que dirán de ligero mentira*. Si la opresión de la servidumbre causa desesperación en el siervo, y por esto no se le cree, ¿cuánto mayor será la desesperación que causen los agudos dolores del tormento, y cuánto menos crédito por consiguiente se deberá dar a semejantes confesiones? Lo más curioso es que, no dándose crédito a la declaración libre del siervo, tampoco se da a la que hizo en el tormento si después no se ratifica libremente fuera de él, y he aquí otra contradicción.

26. Últimamente se da el tormento para descubrir si el reo ha cometido otros delitos que aquéllos de que es acusado. Esto es lo mismo que decir que, porque ha cometido un delito, puede haber cometido otros, y porque es posible que los haya cometido, para salir de la duda, se recurre a un medio tan incierto como terrible y doloroso.

27. Pero las leyes y el uso constante de los tribunales eclesiásticos y seculares de muchas naciones han autorizado y autorizan el tormento. Es por consiguiente, dicen sus patronos, una temeridad el impugnarle, es tachar de injustas a las leyes y a los legisladores, es faltarles temerariamente al debido respeto.

28. Por estas mismas razones era preciso defender los desafíos, y hacer una apología de las pruebas de agua y fuego usadas con el nombre de purgaciones vulgares en otros tiempos. Autorizados estuvieron los desafíos por las leyes de muchas naciones; autorizadas estuvieron las purgaciones vulgares, llamadas juicios de Dios, con ritos públicos, como son exorcismos, oraciones, bendiciones, y lo que es más, con una misa compuesta determinadamente para este fin con el nombre de *Missa judicii*, que se celebraba con toda solemnidad antes de hacer las pruebas. Frecuentadas fueron éstas por espacio de algunos siglos por naciones enteras, con aprobación de hombres piadosos, de Cuerpos enteros de Prelados eclesiásticos, y aun de algún Concilio. Sin embargo de todo esto, la Iglesia condenó posteriormente estas pruebas, declarándolas supersticiosas y propias sólo para tentar a Dios, mas no para descubrir la verdad. Y ésta sí que es una prueba verdadera, de que el argumento para aprobar o reprobar alguna cosa, tomado del uso de muchos, aunque sean grupos y naciones enteras, y aunque esté autorizado por algunas leyes, no es siempre tan sólido ni tan convincente como piensan algunos.

29. Las leyes humanas y los usos de los hombres están por su naturaleza expuestos al engaño y al error. Los legisladores, cuando establecen las leyes, tienen que acomodarse a las circunstancias del tiempo, del lugar, de las personas y de las costumbres, y el imperio y fuerza de éstas, cuando están muy arraigadas, suele ser a veces tan grande, que no tienen arbitrio los legisladores para dejar de condescender con lo que prohibirían sin dificultad en otras circunstancias. La poca ilustración de un siglo hace también que pasen por buenas y verdaderas ciertas opiniones generalmente admitidas, aunque en realidad no lo sean. Para que una ley no pueda llamarse con verdad injusta, basta que cuando se estableció se hubiese creído útil y conveniente, según el tiempo y circunstancias en que se hizo. Pero si después, o por la mudanza de costumbres, o por la mayor ilustración, o por otros motivos se conoce el error y los inconvenientes, el advertirlo y manifestarlo, no es combatir las leyes, como dice Don Pedro de Castro, para hacer odioso a su competidor, no es tacharlas de injustas, ni es faltar al debido respeto a los legisladores. Desear que las leyes sean más perfectas no es ultrajarlas.

30. Además de que la tortura no está tan autorizada por nuestras leyes como vulgarmente se cree. Ni en el Fuero Viejo de Castilla, ni en el Fuero Real, ni en el Ordenamiento de Alcalá se hace mención alguna del tormento, el cual se introdujo con las leyes de las Partidas; no siendo extraño que en éstas se hubiese adoptado porque se tomaron del Derecho Romano, de las Decretales, y de las opiniones de los Doctores que corrían en el siglo decimotercero, en que se formó dicha colección. La cual consta, que no se promulgó con autoridad pública, y sus leyes no fueron reputadas por tales ni tuvieron fuerza ni autoridad alguna, hasta que el Rey D. Alonso XI, en las Cortes que celebró en Alcalá de Henares en la era de 1386 (año 1348), mandó en una ley del Ordenamiento de Alcalá, que todas las causas civiles y criminales se determinasen por dicho Ordenamiento en primer lugar, después por el Fuero Real y por los demás Fueros particulares, y en los casos que no se pudiesen decidir, ni por el Ordenamiento ni por los Fueros, se observase lo determinado por las leyes de las Partidas. Éstas fueron publicadas también después por D. Enrique II, en las Cortes de Toro de 1369; pero revalidando la ley citada del Ordenamiento de Alcalá, el cual se volvió a renovar por una pragmática de D. Juan el II, de 8 de Febrero de 1427. No sé que posteriormente haya habido ley alguna que revoque estas disposiciones; por el contrario, consta que la citada ley del Ordenamiento de Alcalá se repitió a la letra en la Nueva Recopilación, y es la *ley 3. tit. lib. 2.*

31. La expresada ley del Ordenamiento de Alcalá, no permite dudar que las de Partida no tuvieron autoridad pública y legítima hasta que se la dio el Rey D. Alonso «el Onceno». Pero antes de su reinado se habían empezado a introducir ya privadamente por el uso, a la manera que suele usarse en los tribunales, las leyes extrañas y las opiniones de los autores en las decisiones de las causas. Infiérese esto claramente de las leyes 42 y 144 del Estilo, en las cuales se dice que los casos de que en ellas se trata se deben decidir por las leyes de las *Partidas*.

32. A algunos parecerá, tal vez, una contradicción decir que las leyes del Estilo mandan la observancia de las de las Partidas, y asegurar, al mismo tiempo, que éstas se introdujeron privadamente y sin autoridad legítima. Pero no hallarán ninguna contradicción los que saben que la colección de las leyes del Estilo es obra de un hombre privado, y no de algún legislador, como equivocadamente creyó, y pretendió persuadir D. Christóbal de Paz en sus Comentarios a dichas leyes, haciendo autores de ellas al Rey D. Alonso el Sabio, a su hijo D. Sancho, a D. Fernando IV, y a la Reina Doña María su madre, fundado en las leyes 4, y 198 del mismo Estilo, que bien entendidas, como otras varias de la propia colección, antes prueban lo contrario.

33. Es cierto que esta colección se hizo en tiempo de la Reina Doña María, como se infiere claramente de la ley 39; pero fue hecha por algún Letrado práctico, que recogió los estilos y observancias de su tiempo y de los anteriores, mezclándolas con leyes propias y extrañas y con doctrinas de autores privados.

Se puede decir que era una obra en su origen semejante en cierto modo y por su término a la Práctica que hoy tenemos de Paz, y la Curia Filípica de Bolaños. Para convencerse de esto no es menester más que leer la misma colección. En ella se alegan indistintamente los estilos y observancias, las leyes de las Partidas, las del Fuero Juzgo, las Romanas, las Decretales, las opiniones de varios autores privados, como son la Glosa, Hugucio, Zamora y la obra de Durando titulada *Speculum juris*.

34. Entre otras varias leyes que se podían citar en comprobación de esto, la 60 dice: *Y si no es sabido con verdad aquél que lo mató, o que le hirió, entonces el amenazador será sometido a tormento... Mas según se dice en el Speculum juris, el amenazador, si suele cometer tales hechos, o no se puede saber que lo hizo, entonces será tenido autor.* La ley 192 dice: *otrosí, como quiera que el que tiene la cosa no ha de decir el título de su posesión, sino en demanda... según dice la ley Cogi, de Petitione hereditatis, Cod... y «desta» manera es*

*anotado en la Decretal Si diligenti: y esto así lo entendió Maestre Fernando de Zamora.* ¿Quién podrá dejar de conocer, que este lenguaje y estilo es tan propio de un Compilador, como ajeno y nada correspondiente a un Príncipe que establece y dicta leyes a sus pueblos? No debe pues deducirse argumento alguno a favor de la legitimidad de la tortura, de que se haga mención de ella, como efectivamente se hace en varias leyes del Estilo.

35. De todo lo dicho resulta, que el tormento no se estableció en España ni a petición de las Cortes, ni por pragmática sanción, ni en otra forma solemne y jurídica; sino sólo indirectamente por la introducción de las leyes de Partida, apoyada después con la aprobación que el Rey D. Alonso XI, les dio en general. Pero habiéndose restringido esta aprobación a aquellos casos que no se pudiesen decidir por el Ordenamiento y por los Fueros, y siendo cierto, por otra parte, que antes de esta aprobación había leyes que determinaban el modo de hacer las probanzas, y se decidían las causas criminales sin el uso del tormento, es claro que las leyes de las Partidas que lo establecen, no pudieron ni debieron comprenderse en la aprobación del Rey D. Alonso, que es la que dio fuerza de ley a las de esta colección para ciertos casos.

36. Sin embargo, a la sombra de esta aprobación cobraron autoridad indistintamente todas las leyes de las Partidas, a lo que contribuirían sin duda las opiniones de los autores, que siempre han tenido mucha fuerza en los tribunales, y también el orden, claridad, método y buen estilo en que están escritas dichas leyes. Con ellas, por estar en lengua vulgar, se hicieron familiares al mismo tiempo las máximas del Derecho Romano y se facilitó su adopción en España. De todo lo cual fue una consecuencia introducirse en los juicios el uso de la tortura, y la práctica de darla en los tribunales. Al legislador pertenece decidir si esta introducción fue legal o no, y, en caso de serlo, si atendida la naturaleza y efectos del tormento es conveniente confirmar su práctica o abolirla.

37. Pero a pesar de todos los inconvenientes de la tortura, prosiguen sus defensores, ella es *el freno de las atrocidades*, es un dique poderoso que, si se rompe, se inundará de males la república; y así es un medio absolutamente necesario para averiguar los delitos, para contenerlos y para castigarlos. Los que discurren de esta suerte, es menester que vean cómo han de salvar de una injusticia e iniquidad notoria las leyes que eximen del tormento en los delitos comunes a los nobles y otras clases de personas.

38. ¿Por ventura los privilegios de la nobleza, por grandes que sean, han de ser tanto, que para conservarlos se ha de conceder la impunidad de los delitos a una clase tan considerable y tan numerosa del Estado? ¿No tiene la sociedad igual derecho a ser libertada de los perjuicios del noble, que de los del plebeyo? Y si los delitos de los nobles pueden averiguarse y castigarse sin el tormento, ¿por qué no podrán averiguarse también los de los demás hombres? Los Romanos mismos, de quienes se tomó la tortura, sólo la usaban en sus buenos tiempos con los esclavos, a quienes tenían quitado todo derecho de personalidad, reputándolos como muebles o como bestias, pero nunca en los ciudadanos Romanos. Luego el tormento no es un medio necesario para averiguar y castigar los delitos, como pretenden sus defensores.

39. *¿Qué necesidad es ésta tan intolerable*, dice el docto y piadoso Luis Vives, *de una cosa que no es útil, y que se puede quitar sin daño de la república? ¿Cómo viven si no tantas gentes, aunque tenidas por bárbaras de los Griegos y Latinos, las cuales miran como una cosa fiera e inhumana atormentara un hombre que no está convencido de un delito? ¿Cómo viven puedo yo decir ahora, con más razón que Vives, tantas gentes y naciones, no ya bárbaras, sino cultas y muy ilustradas sin el tan decantado remedio de la tortura?*

40. Nunca fue admitida en Inglaterra. Ha sido abolida en el Imperio de Rusia, en Suecia, en Prusia, en Ginebra. Finalmente Luis XVI, Rey Cristianísimo de Francia, convencido por las reflexiones y experiencias de sus Magistrados de que en la tortura hay más rigor que proporción para descubrir la verdad, la abolió en sus Estados por una declaración de 24 de

Agosto de 1780, registrada en el Parlamento el 5 de Setiembre del propio año. Aun antes de esta declaración no se usaba el tormento en Francia entre los soldados. *Nuestras leyes militares*, dice Mr. Letrosne, *no han admitido el tormento. Es cosa singular, que unas leyes hechas para hombres acostumbrados al rigor y austeridad de la disciplina militar sean menos duras, que las que se han hecho para los ciudadanos y cuya ejecución está confiada a los Magistrados. Pero la causa de esta singularidad consiste, acaso, en que las leyes militares son más nuevas; y ésta es también sin duda la razón por que la cuestión preparatoria está absolutamente prohibida por las leyes que el Rey ha dado a Córcega.* En España mismo se usa ya muy pocas veces en los tribunales; y no estamos ya, gracias a Dios, en tiempo de que se aprecie tan poco la vida del hombre, que aunque muera del tormento, o se le destroce un brazo u otro miembro del cuerpo, no se haga aprecio de ello, como refiere Bovadilla haber sucedido en su tiempo en la Sala de Corte, alegando estos casos prácticos en comprobación de la opinión común, pero inhumana y cruel, de que, *dándose el tormento jurídicamente, aunque el reo muera o salga lisiado él, no puede ni debe el juez ser calumniado por ello.*

41. Para confirmar esta bárbara doctrina, cita Bovadilla la *ley 16. tit. 9. Part. 7*, que no dice tal cosa. Esta ley, que está en el título de las «Deshonras», en el cual se trata de la pena en que incurre el que injuria o deshonra a otro, y la acción que contra él corresponde al deshonrado, dice, que si un juez, con causa legítima aprobada por el Derecho, pusiere a alguno en el tormento, no le injuria ni deshonra, y por consiguiente no corresponde al atormentado acción ninguna por esta razón contra el juez. Las palabras de la ley citadas por el mismo Bovadilla son las siguientes: *Otrosí decimos, que si el juzgador se metiese algún hombre a tormento por razón de algún yerro que hubiese hecho, para saber la verdad, o por otra razón cualquiera que lo pudiese hacer con derecho, por las heridas que le hiciese en tal manera como ésta, no se puede por ello llamar deshonrado, ni debe ser hecha reparación.*

42. No sé cómo pueda probarse con esta ley la opinión referida; y aun cuando en las palabras hubiese alguna ambigüedad que pudiera dar motivo a la interpretación, la excluye absolutamente otra ley de la misma Partida, que expresamente dice, que cuando algunos fueren atormentados, *las heridas sean curadas, que no mueran por ello, ni queden lisiados.*

43. Por aquí se puede ver con cuánta facilidad se fundan opiniones comunes, aunque sean perniciosas y contrarias a las mismas leyes, torciendo violentamente sus palabras, o sacando de ellas ilaciones falsas y voluntarias. También se ve otro grave daño que debe resultar de la tortura, particularmente si se usa con frecuencia, que es endurecer los ánimos de los jueces y hacerlos crueles y sanguinarios, traspassando las mismas leyes.

44. Diga ahora D. Pedro de Castro: *Gracias a Dios, que ni los discursos del Padre Spé, ni las Paradojas del Reverendísimo Feijoo, ni la disertación del Dr Acevedo han podido romper el freno de las atrocidades: la ley, digo, de la tortura en esta Monarquía, que no tiene que envidiar a ninguna otra en ciencia, ni piedad, ni amor a su Soberano, todo lo cual falta adonde se ama la falsa libertad.* Yo le diré que es verdad, que esta Monarquía no tiene que envidiar a ninguna otra, ni ciencia, ni piedad, ni amor a su Soberano; pero que, por lo mismo, debemos creer que no faltarán en ella Magistrados sabios y piadosos, que hagan ver a nuestro Soberano la crueldad juntamente con la inutilidad del tormento. Yo le diré que, por lo mismo, debemos esperar que el piadoso y benéfico Carlos III, convencido por las reflexiones y experiencia de sus Magistrados, a imitación del Monarca Francés abolirá también en su Monarquía el tormento y querrá señalar su dichoso Reinado con este nuevo acto de humanidad. Yo le diré, que es cierto, que en donde se ama la falsa libertad no hay verdadera ciencia, no hay piedad, no hay amor al Soberano; pero que sería una muy grande temeridad el decir, que en las naciones expresadas, porque se ha abolido el tormento, se ama la falsa libertad, y no hay por consiguiente en ellas, ni ciencia, ni piedad, ni amor a los Soberanos.



45. Diga D. Pedro de Castro, que argüir que se puede vivir sin el uso del tormento, porque sin él han vivido y viven muchas gentes, es un argumento indigno de la sabiduría de Luis Vives, y que en esta ocasión habló con los Bárbaros. Yo le diré que más barbaridad... Pero se fastidia ya el ánimo de tratar un asunto tan triste y desagradable, y para concluirle, y dar fin a este Discurso, quiero oponer a las máximas de un Sacerdote severo, el humano y enérgico razonamiento de un sabio y elocuente Magistrado de Francia.

46. *Un espectáculo horrendo* (dice Mr. Servant Fiscal del Parlamento de Grenoble) *se presenta de repente a mi vista. Cansado ya el juez de preguntar con palabras, quiere preguntar con suplicios. Impaciente en sus averiguaciones, e irritado acaso con su inutilidad, hace traer cordeles, cadenas, palancas y todos los fatales instrumentos inventados para excitar el dolor. Un verdugo infame viene a mezclarse en las augustas funciones de la Magistratura, y acaba por la violencia un interrogatorio que comenzó por la libertad. Dulce Filosofía, tú que sólo buscas la verdad con la atención y con la paciencia, ¿creerías que en tu siglo se empleasen tales instrumentos para descubrirla? ¿Es cierto, que nuestras leyes aprueban este método increíble, y que el uso lo ha consagrado? Y después de esto ¿podremos echar en cara a los Antiguos sus circos y sus gladiadores? ¿Nos atreveremos a reprender a nuestros padres sus pruebas de agua y fuego? ¡Ay! Antes que entregar la miserable víctima del acusado en las manos del verdugo, hagámosle combatir en la arena; al menos tendrá la libertad de defenderse. Arrojémosle antes en medio de las voraces llamas, tendrá al menos la esperanza de libertarse de ellas con la huida o por otra casualidad. ¡Qué crueles y qué insensatos que somos! ¿Queremos oír por ventura los gemidos de los infelices? ¡Ah! Puédese sin duda ordenar el tormento. Pero si es la verdad la que buscamos ¿creemos acaso encontrarla por medio de la turbación y del dolor? ¿Quién hay de vosotros, que no haya experimentado el dolor? ¿Qué hombre ignora la terrible impresión que hace sobre un ser, a quien la sensibilidad ha hecho tan débil? El hombre que padece, ya no se parece a sí mismo: llora como un niño, se agita como un furioso, llama a su socorro toda la naturaleza entera; su débil inteligencia participa bien presto de la conmoción de sus sentidos, y se aumenta también por la imaginación; sus ideas no están menos alteradas que su semblante; todas sus facultades, ya activas, ya abatidas se agitan y se rinden sucesivamente, y en esta convulsión general de su ser nada hay constante, sino el violento deseo de hacer cesar el dolor. Juntad todas las iniquidades más enormes, amontonad todos los delitos más atroces, y perseguid a un hombre con el dolor; él se cubrirá bien presto con la infamia de todos, si cree hallar un asilo en su confesión. El mayor delito para nuestra naturaleza es el padecer, y la muerte misma no sería tan terrible si no la precediera el dolor.*

47. \* Sé muy bien todo lo que se debe a las costumbres antiguas; yo ahogaría aquí todos los clamores de mi corazón; desconfiaría sobre todo de la incertidumbre de mi juicio, si no viera, que los mejores Gobiernos, que los pueblos más sabios, proscriben sin recelo la tortura, y la insultan entre nosotros como en su último asilo. Nuestros más grandes hombres, nuestros mayores ingenios, la han denunciado al tribunal de la razón, combatiéndola y afeándola anticipadamente en sus escritos. Yo creo honrarme mucho en mezclar mi voz con las suyas, y en dar públicamente un testimonio favorable al Género Humano; y si la superstición del uso me suscitare algún censor, la humanidad, que me aplaude interiormente, me consolará entre las murmuraciones de la preocupación.

**FIN**

# Índice

	Página
Prólogo	1
Introducción	5
Capítulo I De la naturaleza de las penas, de su origen, y de la facultad de establecerlas y regularlas	9
Capítulo II De las cualidades y circunstancias, que deben concurrir en las penas, para ser útiles y convenientes	13
Capítulo III Del objeto y fines de las penas	27
Capítulo IV De la verdadera medida y cantidad de las penas y de los delitos	
§ I De la medida y cantidad de los delitos	29
§ II De la verdadera medida y cantidad de las penas	33
Capítulo V	
§. I De la pena del talión	45
§ II De la pena capital	47
§ III De las penas corporales	
Mutilaciones de miembros	52
Azotes	53
Presidios y arsenales	54
Cárcel	57
Destierro	59
Extrañamiento del Reino	59
§. IV De las penas de infamia	59
§. V De las penas pecuniarias	61
Confiscación de bienes	62
§. VI Del Tormento	64

## Ficha

Fondo	Biblioteca de la Diputación Foral de Vizcaya
Autor	<a href="#">Lardizabal y Uribe, Manuel de (1739-1821)</a>
Título	<b>Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma / por Don Manuel de Lardizábal y Uribe...</b>
Publicac	Madrid : Por Don Joachin Ibarra..., 1782
Descrip	[2], xiv, 293 p., *8, A-S8, T3 ; 8º
Notas	Marca de imp. en port.
Materia	<a href="#">Penas</a> <a href="#">Penak</a>
Otro autor	<a href="#">Ibarra, Joaquín, imp.</a>
Lugar de impresión	España, Madrid