

CAPITULO SEGUNDO.

*De las penas.**OBSERVACION PRELIMINAR.*

El señor Lardizabal en su apreciable *Discurso sobre las penas* trató filosóficamente esta materia haciendo ver las mejoras que en esta parte pudiera recibir nuestra legislación criminal. «No debe causar admiracion, dice este docto magistrado en el prólogo de dicha obra, que las leyes criminales de la mayor parte de los Estados de la Europa sean tan informes y esten todavía tan distantes de la perfeccion.... algunas de ellas han sido efecto de la casualidad ó de urgencias momentáneas y pasajeras; otras, y estas son las mas, 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 podia 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. Esta ha sido la suerte fatal y necesaria de todas las legislaciones de la Europa despues de las irrupciones de los bárbaros, y esta tocó por consiguiente, como era preciso, á 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 7, y el libro 8 de la Recopilacion, cotejando sus leyes con las penales de otras naciones.» Un detenido analisis ó examen filosófico de nuestras leyes penales seria muy del caso suscitándose la cuestion de la reforma de estas; pero no en un tratado adicional á la obra de Febrero, cuyo principal objeto es la práctica que se observa en el modo de enjuiciar. Por eso hablando de los delitos y de las penas no me he engolfado en discusiones abstractas y filosóficas, contrayéndome cuanto he podido á presentar la doctrina corriente, sin perder de vista las leyes patrias. Y aun me hubiera abstenido de tratar esta materia, reservándola para unas nuevas instituciones de nuestro derecho que tengo proyectadas, si no me hubiese movido la consideracion de que los jóvenes se dispondrán mejor con estos previos conocimientos á instruirse en los trámites del juicio criminal.

Consultando tambien á la utilidad de los mismos, se insertará á continuacion de este capítulo un copioso prontuario por orden alfabético de los delitos y sus penas; lo cual me ha parecido mas adecuado al propósito que un tratado difuso, donde clasificándose los delitos se hablase en particular de ellos; lo que á mas de no ser necesario para enseñar la práctica criminal, hubiera hecho mas voluminosa esta obra.

6. 1. Definicion de la pena.
- 2 hasta el 5. Inconvenientes de la arbitrariedad judicial en la imposicion de las penas.
- 6 y 7. La doctrina anterior se ha de entender del arbitrio voluntario y no regulado de los jueces, á quienes es permitido consultar el espíritu de la ley. Se vindica sobre este punto al señor Lardizabal de la impugnacion que le hace el reformador de Febrero.
- 8 hasta el 11. Muchas leyes penales antiguas se hallan sin uso por ser excesivamente severas, ó poco conformes á las actuales costumbres.
12. No es pena en el sentido legal, el mal que se padece voluntariamente, ni las calamidades que natural ó directamente acontecen á los hombres.
13. Hay tres clases de penas: *corporales, de infamia, y pecuniarias.*
14. De las corporales. Pena capital.
- 15 y 16. De las penas de azotes, y de vergüenza pública.
- 17 hasta el 24. Pena de presidio ó arsenales.
25. Del destierro.
26. Tambien puede imponerse por pena la prision ó encierro en la cárcel.
27. De las penas de infamia: ¿que se entiende por infamia? La hay de hecho y de derecho.
28. Efectos de la infamia.
29. La pena de infamia ha de ser conforme á las opiniones generalmente recibidas.
30. No se debe imponer esta pena sino á los sujetos que tengan pundonor, y sean capaces de afectarse con la nota del oprobrio.
31. Debe usarse esta pena con economía, ó sin demasiada frecuencia.
32. Esta pena no debe trascender á otros que al delincuente.
33. La hidalguía ó nobleza no se pierde por la infamia, si bien quedan suspensas ó se pierden sus prerogativas. Esta privacion no trasciende á los hijos y descendientes del infamado.
34. ¿Como se quita ó borra la infamia?
35. De la pena de privación de oficio.
- 36 hasta el 40. Penas pecuniarias. De la confiscacion de bienes. Observaciones del

señor Lardizabal sobre este punto.

41. Las naciones septentrionales hacian mucho uso de las penas pecuniarias, aun en ciertos delitos opuestos á la seguridad pública, como el homicidio. Esta bárbara costumbre se introdujo tambien en Castilla segun consta de nuestros cuadernos municipales, aunque despues se desterró con la publicacion de las Partidas.
42. ¿En que casos y de que modo podrán ser útiles las penas pecuniarias?
43. Circunspeccion y prudencia que deben tener los jueces para la imposicion de multas.
44. No debe reputarse como pena pecuniaria el resarcimiento de los daños y perjuicios que con el delito suele causarse al ofendido ó á su familia.
45. Del apercibimiento.
46. De la medida de las penas, y proporcion ó analogía que

deben tener con los delitos.

47. Puede haber casos ó delitos en que sea preciso para reprimirlos poner penas menos análogas ó mas rigurosas de lo que corresponderia si no fuese necesario este rigor.
48. De otras circunstancias que aunque nada influyen en la naturaleza del delito, y por eso se pueden llamar extrínsecas, hacen que cese la razon general de la ley, y entonces pueden moderarse ó remitirse las penas segun las circunstancias.
- 49 y 50. Casos en que segun el comun sentir de los intérpretes se deben acrecentar ó minorar las penas.
- 51 hasta el 61. De la proporcion que deben guardar entre sí las penas.
- 62 hasta el 67. De otros requisitos que deben tener las penas.
68. Máximas generales relativas á las penas.

1. **P**ena es el mal que por disposicion de la ley se hace padecer á uno en su persona, en su reputacion ó sus bienes, por el daño que este mismo causó á la sociedad ó á alguno de sus individuos, ya con malicia ó dolo, ya por sola culpa. Explicando esta definicion, como se hizo con la de los delitos, se conocerá bien la naturaleza de las penas, su origen y la proporcion que deben guardar con aquellos. *El mal que por disposicion de la ley se hace padecer á uno.* Ocioso es para buscar el origen de las penas considerar al hombre en el estado natural, como han hecho algunos escritores; porque este estado es quimérico, y en ninguna parte del mundo se han encontrado hombres que vivan

en absoluta independencia unos de otros á modo de fieras. Aun las naciones mas salvages forman una especie de sociedad muy imperfecta ciertamente; pero cuyo objeto es auxiliarse mutuamente sus individuos en sus necesidades, y precaver y reprimir el mal que puede hacérseles. Este mismo es el fin de las sociedades mas civilizadas, con la diferencia de que los salvages por falta de cultura y de leyes escritas repelen comunmente con la fuerza los agravios que reciben, ó por mejor decir se vengan personalmente de ellos; al paso que en las naciones cultas el Soberano es quien protege á los individuos de la sociedad, castigando con el supremo poder que en él reside los daños que causan los delinquentes. Cuanto hayan ganado los hombres con este modo tan seguro y tranquilo de reprimir los delitos, se conocerá palpablemente comparando los actuales tiempos con la época del sistema feudal, en que por la ineficacia de las leyes eran tan comunes las venganzas personales, que casi todas las naciones europeas no presentaban sino un cuadro de horrorosa anarquía. Asi pues debe mirarse como un gran beneficio esta suprema facultad, que es una de las atribuciones de la Soberanía, bajo cuyo amparo reposan sosegadamente los hombres pacíficos, y cuyo poder terrible hace temblar y retroceder al malvado que proyecta un perverso designio, viendo perecer en un patíbulo á otro malaventurado que puso el suyo en ejecucion.

2. Siendo uno de los atributos esenciales de la Soberanía el dictar y prescribir las leyes penales, se sigue que la facultad de los jueces debiera circunscribirse, como dice el señor Lardizabal (1), á examinar si el acusado ha contravenido ó no á la ley, para absolverle ó condenarle en la pena señalada por ella. „Si se dejase en su arbitrio, añade este juicioso autor, el imponer penas, el derogarlas ó alterarlas, se causarian innumerables males á la sociedad. La suerte de los ciudadanos seria siempre incierta, su vida, su honra, sus bienes quedarian expuestos al capricho, á la malicia, á la ignorancia y á todas las pasiones que pueden dominar á un hombre. Si no hay leyes fijas, ó las que hay son oscuras, ó estan enteramente sin uso, es preciso caer en el inconveniente del arbitrio judicial, si la potestad legislativa no ocurre á este daño haciendo leyes, declarando las oscuras, y subrogando otras nuevas en lugar de las anticuadas.” Esto es justamente lo que ha sucedido por haber muchas de esta clase, que ó por demasiado severas ó no conformes á las actua-

les costumbres dejaron de usarse, habiéndose introducido por equidad otras mas moderadas. Digo equidad y no arbitrariedad, porque los jueces no pudiendo aplicar una pena que estaba sin uso por su excesivo rigor ú otro motivo, se vieron á veces en la necesidad de conmutarla por otra tambien legal y mas proporcionada al delito.

3. „Las leyes humanas, dice con mucha razon el señor Larrazabal (1), como todas las cosas hechas por hombres, estan sujetas á las alteraciones y mudanzas de los tiempos. De aqui proviene que algunas leyes que cuando se establecieron eran útiles y convenientes, con el trascurso 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 opinion comun de los hombres, las costumbres generales, y las diversas circunstancias de los tiempos, todo lo cual ha contribuido á que las leyes pierdan su fuerza y vigor. Asi lo conoció el prudente Rey Felipe II, que se explica en estos términos (2). *Asimismo algunas de las dichas leyes (habla de las anteriores á la Nueva Recopilacion), como quiera que sean y fuesen claras, y que, segun el tiempo en que fueron fechas y publicadas, parecieron justas y convenientes, la experiencia ha mostrado que no pueden ni deben ser ejecutadas.*

4. „Es á la verdad muy justo y muy conveniente á 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 á la naturaleza, la cual con la nutricion repara las insensibles pero continuas pérdidas que padece diariamente todo cuerpo viviente. Del mismo modo, para que la legislacion se mantenga siempre viva y en todo su vigor como conviene, es preciso que el legislador oportunamente subrogue nuevas leyes, á las que el trascurso del tiempo ha enervado y dejado sin uso. Esta fue la causa de que se hiciese la Nueva Recopilacion (3), 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 precision, para quitar de esta suerte en cuanto sea posible el arbitrio de los jueces.

5. „He dicho en cuanto sea posible, porque muchas veces

1 Cap. 2. num. 36 y siguientes.

2 Pragmática declaratoria de la autoridad de las leyes de la Recopilacion, que

está al principio de ella.

3 Pragmática declaratoria citada.

es preciso dejar á la prudencia del juez la aplicacion de la ley á ciertos casos particulares, que siendo conformes á 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. Asi que, haciendo esta aplicacion el juez, está tan lejos de contravenir á la ley, que antes bien cumple debidamente toda la voluntad del legislador: *porque el saber de las leyes, dice el Rey Don Alonso (1), non es tan solamente en aprender é decorar las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento.* Esto es, entender y penetrar el sentido de las palabras, y con él la mente del legislador."

6. El reformador del Febrero, Don Marcos Gutierrez, partidario del sistema que se sigue en Inglaterra en la aplicacion de las leyes penales, impugna la doctrina del señor Lardizabal contenida en el párrafo anterior, deseando que los jueces se atengan a lo literal de la ley. „Si el juez, dice, tuviera siempre prudencia, si el juez fuera siempre capaz de penetrar el verdadero sentido de la ley y la mente del legislador, si tuviéramos justas razones para creer que el juez querrá siempre seguirla, si el juez tuviera siempre la instruccion necesaria y una buena lógica para discurrir con acierto sobre la inteligencia de la ley, si el juez en fin no tuviese pasiones que le hicieran atropellarla pretextando haber consultado el espíritu de la ley, nos conformariamos desde luego con el sentir del autor citado.....¿que necesidad hay de permitir nunca la entrada á la prudencia del juez, que puede convertirse en imprudencia é injusticia? ¿No será mucho mas acertado que en los casos particulares del señor Lardizabal se consulte al Soberano, para que tomando los informes necesarios de su Consejo ó de los tribunales y personas que tengan á bien, se publique una ley nueva, ó se adicione la antigua, y pueda servir á todos? (2)“ Oigamos ahora al señor Lardizabal, y se verá cuan en vano se tomó el señor Gutierrez el trabajo de combatirle. „Cuando la ley es oscura, cuando atendidas sus palabras se duda prudentemente si la intencion del legislador fue incluir en ella ó 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 ocurrir al Príncipe para que declare su intencion, como se previene repetidas veces en nuestras leyes.* Si

1 Ley 13. tit. 1. Part. 1. Esta ley se tomó de la 17. ff. de legib.

2 Práctica criminal de España, tom. 3. pág. 38, t. 15.

la ley es clara y terminante, si sus palabras manifiestan que el ánimo del legislador fue incluir ó excluir el caso particular, entonces, aunque sea ó parezca dura y contra equidad, debe seguirse literalmente....y no queda mas recurso *que ocurrir al Príncipe* para que la corrija, explique ó modere. Estos con los casos en que el arbitrio del juez seria pernicioso si le tuviese, porque con pretexto de equidad, ó se apartaria de la ley y de la mente del legislador, ó usurparia los derechos de la Soberanía. Pero cuando las palabras de la ley manifiestan la intencion general del legislador (porque las leyes como se ha dicho no pueden comprender todos los casos que pueden suceder con el tiempo), entonces no solo 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 á su voluntad (1)."

7 Por el pasage citado se ve que el señor Lardizabal quiere que se observe literalmente la ley, cuando por sus palabras se manifiesta que el ánimo del legislador fue incluir ó excluir de ella el caso particular; que se consulte al Soberano cuando se duda cual fue su intencion; pero que si esta se manifiesta en términos generales, debe el juez aplicarla al caso particular, y esto es lo que llama el señor Lardizabal consultar el espíritu de la ley. En los dos puntos primeros parece que está conforme el señor Gutierrez, y que solo se contrae á impugnar el último; pero si hubiera reflexionado bien, habria entendido mejor al señor Lardizabal, y no daria él mismo armas para rebatir su propia doctrina, como voy á demostrar. El señor Lardizabal trató de nimio el rigor servil con que en Inglaterra se sigue siempre la letra de la ley, citando el ejemplo de uno acusado en aquella nacion por haberse casado con tres mugeres á un tiempo. Examinada la causa por los jurados, declararon estos 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 nacion, alegó que la ley hablaba solamente de los que se casaban dos veces, y por consiguiente no podia comprender á su cliente, porque se habia casado tres. El razonamiento del abogado hizo toda la impresion que podia desear en el ánimo de los jueces, y el reo

¹ Discurso sobre las penas, cap. 2. num. 40, 41 y 42.

quedó absuelto por haber despreciado muchas veces la ley que tanto querian observar. El señor Gutierrez, sin considerar que iba á apoyar la misma doctrina que impugnaba, dice: „El señor Lardizabal pudo muy bien haber advertido con su talento y penetracion, que en el caso referido no seria absuelto el reo por haberse querido seguir con excesivo rigor las palabras de la ley, sino por haber querido los jueces absolverle.... Si hubiera seguido la letra de la ley, habria sufrido irremisiblemente la pena merecida, pues quien está casado con tres mugeres á un tiempo, tambien lo está con dos &c. He aqui justamente lo que el señor Lardizabal llama consultar el espíritu de la ley, esto es, declarar que este caso particular de las tres mugeres, está comprendido en la ley general que habla de las dos, y por eso los jurados cuando por primera vez le condenaron, no siguieron servilmente la letra sino el espíritu de la ley, pues que en la letra rigurosamente no se hablaba sino de dos, y este rigor servil es el que critica el señor Lardizabal; pero declarar que el caso de las tres mugeres está comprendido en la ley que habla de dos solamente, no es seguir rigurosamente la letra de la ley, como cree el señor Gutierrez, pues si asi fuese, hubiera sido válido el primer fallo, é infructuosa la reclamacion del abogado.

8. ¿Y que ganariamos con que se siguiesen literalmente algunas de nuestras leyes penales antiguas.? Ciertó que seria un espectáculo digno de una nacion culta el asaetear á uno, sellarle los labios con un hierro ardiente, echar á las bestias bravas &c. Oigase sobre este punto lo que dice el señor Marina en su *Ensayo histórico sobre la antigua legislacion de los reinos de Leon y Castilla* (1).

9. „El primer objeto del sabio Rey en la copilacion de este libro (las Partidas), fue desterrar de la sociedad la crueldad de los suplicios, corregir el desorden de los procedimientos criminales, y suavizar y templar el rigor del antiguo código penal, á cuyo propósito decia: „Algunas maneras son de penas que las no deben dar á ningunt home por yerro que haya fecho, asi como señalar á alguno en la cara quemándole con fierro caliente, nin cortandol las narices, nin sacandol los ojos (2).” Ley santa y justísima; pero la razon en que estriba no es muy filosófica. „Porque la cara del hombre fizo Dios a su semejanza.” Añade:

1 Pag. 344, 4. 407 y siguientes.

2 Ley 6. tit. 31. Part. 7. Don Juan el Primero en la ley 31 del ordenamiento, publicada en las cortes de Bribiesca de

1387, restableció la pena cruel de señalar al hombre y marcar su frente con hierro caliente.

„que los judgadores non deben mandar apedrear á ningunt home, nin crucificar, nin despenar.” Pero los copiladores de esta Partida no siempre respondieron á las intenciones del Monarca ni fueron consiguientes en sus principios: seguidores ciegos del derecho romano, sofocando aquellas semillas, y olvidando tan bellas máximas, alguna vez fulminaron penas bárbaras y tan irregulares, que difícilmente se podría hallar ó entrever su proporcion con los delitos y con los intereses de la sociedad. Fueron inconsiguientes, porque sino se debe afeor la cara del hombre ni señalarle en ella, porque es imagen de Dios; si quiere el Rey „que los judgadores que ovieren á dar pena á los homes por los yerros que ovieren fecho, que ge las manden dar en las otras partes del cuerpo, et non en la cara:” ¿como mandaron que al que denostare á Dios ó á Santa Maria, por la segunda vez que le señalen con fierro caliente en los bezos, y por la tercera que le corten la lengua? (1) Al Rey Sabio le pareció suplicio cruel apedrear á alguno; pero la ley manda „apedrear al moro que yoguiese con cristiana virgen (2).” El Rey prohibió despenar y crucificar á los hombres; pero la ley establece otros suplicios acaso mas crueles, y autoriza á los jueces para que fulminen contra los reos de muerte pena capital, dejando á su arbitrio escoger de tres clases de penas sumamente desiguales, la que quisieren: „puédolo enforçar ó quemar ó echar á bestias bravas que lo maten (3).”

10. „La razon y la filosofía en todos tiempos levantaron su voz contra la pena de infamia perpetua, señaladamente contra la que envuelve á los inocentes con los culpados y facinerosos. Sin embargo la ley de Partida autorizó esa pena mandando que el reo de traicion, el mayor delito, el mas funesto á la sociedad, y el mas digno de escarmiento, „debe morir por ende, et todos sus bienes deben seer de la cámara del Rey....et demas todos sus fijos que son barones deben fincar por enfamados para siempre, de manera que nunca puedan haber honra de caballería, nin de otra dignidat, nin oficio: nin puedan heredar de pariente que hayan, nin de otro extraño que los estableciese por herederos, nin puedan haber las mandas que les fueren fechas (4).” Demos por sentado y convengamos que la ley es justa; ¿pero quien aprobará ó consentirá que se establezca un mismo castigo é igual pena para delitos tan varios y desiguales como son las traiciones en los casos de la ley (5)? Asi que justísimamente la

1 Ley 4, tit. 23. Part. 7.

2 Ley 10, tit. 25. Part. 7.

3 Ley 6, tit. 31, Part. 7.

4 Ley 2, tit. 2. Part. 7.

5 Ley 1, tit. 2. Part. 7.

reformó Don Alonso XI en su ordenamiento de Alcalá, y quiso que esta correccion se pusiese al pie de dicha ley de Partida, segun se lee en el código de la academia. "Auténtica. Lo que dice en esta ley de la pena que deben haber los fijos varones del traider, há lugar en la traicion que es fecha contral Rey ó al regno. Ca en la traicion que es fecha contra otro, non pasa la manciella al linage del traider, segun se contiene en la ley que comienza *Traicion* (1)."

11. Tambien parece excesiva y cruel la pena del monedero falso, asi como la de los que fingen sellos, cartas, ó privilegios reales. De los primeros dice la ley: "Mandamos que cualquier home que ficiese falsa moneda de oro ó de plata, ó de otro metal cualquier, que sea quemado por ello de manera que mueran (*):" y de los segundos: "Cualquiera que falsase privilegio ó carta, ó bula, ó moneda, ó seello del Papa ó del Rey, ó si lo ficiere falsar á otri; debe morir por ende (**)." ¿Y que diremos de la extraordinaria y ridícula pena del parricida, ó del que matase alguno de sus parientes, copiada servilmente del derecho romano? "Mandaron los Emperadores et los sabies antiguos, que este atal que fizo esta nemiga, sea azotado ante todos públicamente, et desí que lo metan en un saco de cuero, et que encierren con él un can, et un gailo, et una culebra, et un gimio. Et despues que él fuere en el saco con estas cuatro bes-

1 Ordenam. de Alcalá, ley 5. tit. 32.

* Ley 9. tit. 7 Part. 7. La ley gótica 2, tit. 6. lib. 5. es mucho mas benigna: manda que al siervo reo de semejante delito le corten la mano diestra, y al libre que le exijan la mitad de sus bienes, en el caso de ser persona de superior clase; pero siendo de condicion inferior, que pierda el estado de libertad. Esta jurisprudencia se observaba todavía en el reino ligionense en el siglo 13, como se demuestra por una escritura de donacion, otorgada en el año de 1226 por D. Alonso IX de Leon y su muger Doña Berenguela, á favor del monasterio de Valdedios en Asturias, en que le dan entre otras cosas una heredad confiscada á sus poseedores, porque habian falseado la moneda Real, como se puede ver en el tomo 38 de la *España Sagrada*, página 179.

** Parece mas prudente y equitativa la del código gótico 1. tit. 5. lib. 8: distingue como arriba dos clases de reos, á saber, personas de distincion y alta esfera, y de la clase inferior: á los primeros si falsaren los decretos, sanciones y mandamien-

tos reales, quiere que se les ponga la pena de perdimiento de la mitad de sus bienes en beneficio del fisco; y á los segundos: *Minor vero persona manum perdat, per quam tantum crimen admisit*. Los que otorgaren falsas escrituras, ó las corrompiesen, signándolas con falsos sellos &c.: las personas de superior clase pierdan la cuarta parte de su haber; pero las humildes y viles, sean entregadas en calidad de siervos á aquellas á quienes hicieron la falsedad; y ademas unos y otros reciban cien azotes. El fuero de Baeza, aunque las mas veces cruel y sanguinario, reduce la pena del falso escribano á pena pecuniaria: "Si el escribano de falsedat ó de engaño fuere probado fasia en cien maravedis, pechelos duplados cuemo ladron." En materia de cien maravedis arriba, ó sobre delito de alterar el fuero, se agravaba la pena: "De cien maravedis arriba, si penso fore en engaño, ó en el libro del fuero alguna cosa radiere ó annadiere, táyenle el vulgar diestro, y el danno que por ende viniere pechel duplado."

tias, cosan ó aten la boca del saco, et échenlo en la mar ó en el río (1).” ¿Y que de otra ley, en la cual despues de haberse asentado juiciosamente, y en conformidad á lo acordado por la ley gótica, “que por razon de furto non deben matar, nin cortar miembro ninguno.” sujeta á pena de muerte muchos casos en que si alguna vez parece justa, en otros seguramente es dura y excesiva? Como cuando dice que deben morir los que se ocupan en robar ganados ó bestias, “et si acaesiere que alguno furtase diez ovejas, ó cinco puercos, ó cuatro yeguas ó vacas, ó otras tantas bestias ó ganados de los que nascen destos; porque tanto quanto como sabredicho es de cada una de estas cosas facen grey, cualquier que tal furto faga debe morir por ello, maguer non oviese usado de hacerlo otras veces (2).” No es mas equitativa la ley que prescribe pena de muerte y la misma que merece el homicida, contra el testigo que dijese falso testimonio en pleito criminal y de justicia (3): ni la que manda arrojar dentro del fuego al hombre de *menor guisa* que incendiare casa ó mieses ajenas (4): ni otras varias de que no podriamos hacer el debido analisis y juicio crítico sin traspasar los límites de este discurso.”

12. Proseguiré explicando las otras palabras de la definicion. Dije ser la pena un daño que se *hace padecer* al delincuente, esto es, contra su voluntad, pues como dice Quintiliano (5), no es pena la que se padece voluntariamente. Asi que no deben contarse en el número de las penas ni la venganza que privadamente toma uno de otro por algun 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 ó indirectamente á los hombres (6).

13. Añadiré en su persona, en su reputacion, ó sus bienes, porque los delitos se castigan con tres clases de penas, á saber, corporales, de infamia y pecuniarias; y de cada una de ellas paso á tratar ahora. Llámase pena corporal, y tambien afflictiva, la que afflige ó afecta al cuerpo, como es la capital, la de azotes, vergüenza pública &c. (7). Hablaré primero de la capital como la mas grave de todas, y despues recorreré las de-

1 Ley 12 tit. 8. Part. 7.

2 Ley 19. tit. 14. Part. 7.

3 Ley 11. tit. 8. Part. 7.

4 Ley 9. tit. 10. Part. 7.

5 *Nulla poena est, nisi invito.* De-

clam. 11.

6 Discurso sobre las penas, página 20.

7 Acevelo en la ley 1. tit. 4. lib. 8.

Recop. num. 40.

mas corporales que se usan en España, diciendo lo que haya notable y particular en cada una de ellas.

14. No me detendré á refutar la opinion del célebre Beccaria y otros que llevados de una compasion mal entendida, y fundados en argumentos mas especiosos que sólidos, quisieron desterrar la pena capital; porque otros han desempeñado este cargo mejor que yo pudiera hacerlo con mi tosca pluma, y especialmente el señor Lardizabal, quien en el capítulo 5 del citado Discurso, párrafo 2, número 1 y siguientes, demuestra que las supremas potestades tienen un derecho legítimo para imponer la pena capital, siempre que sea conveniente y necesaria al bien de la republica; que lo es efectivamente en algunos casos; aunque la humanidad, la razon y el bien mismo de la sociedad, piden que se use de ella con la mayor sobriedad y con toda la circunspeccion posible. Pareceria increíble la crueldad con que se ha tratado á los hombres, sino constaran en la historia tan atroces suplicios: no hablaré del toro de Falaris, de las aras de Babilis, y de los horrorosos tormentos con que arrancaban la vida á los mártires los detestables tiranos de Roma. En tiempos mas modernos, y en naciones que se preciaban de cultas, se ha visto descuartizar á un hombre atado á cuatro potros, atenacearle las carnes, quebrantar sus huesos en una rueda hasta morir &c. Apartando la imaginacion de tan horrorosos espectaculos, me contraré á decir que en el dia se usan en España para quitar la vida á los delincuentes, la horca, el garrote, y el arcabuceamiento. Por la gravedad ó atrocidad del delito, suele añadirse en la sentencia la circunstancia de que se lleve al reo arrastrado al patíbulo; pero esta es una mera ceremonia; pues va en un seron que llevan suspendido varios individuos de una cofradía piadosa. Tambien suele agregarse en la condenacion de algunos insignes foragidos, que sean descuartizados despues de muertos, y que se pongan su cabeza y cuartos en parages públicos, donde sirvan de terror y escarmiento.

15. A la pena capital sigue la de azotes y vergüenza pública, que son corporales y afflictivas, acerca de las cuales dice el señor Lardizabal lo siguiente: "La pena de azotes, sino hay mucha prudencia y discernimiento para imponerla, lejos de ser util puede ser muy perniciosa, y perder á los que son castigados con ella en lugar de corregirlos. Ella es ignominiosa y causa infamia, por lo que solo deberia imponerse por delitos, que en sí son viles y denigrativos, pues de lo contrario la pena misma causaria 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 discrecion podrá ser util y contener con su temor. Por regla general en una nacion honrada y pundonorosa, cual es la española, toda pena de vergüenza usada con prudencia, y haciendo distincion en el modo de imponerla, segun la diversidad de clases y de personas, puede producir muy saludables efectos. Pero debe siempre observarse la máxima de no imponer jamas 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 disposicion de la ley 2. tit. 9 lib. 4 del Fuero Real, la cual manda que si algunos cometieren el pecado de sodomía, *amos á dos sean castrados ante todo el pueblo, é despues á tercer dia sean colgados por las piernas fasta que mueran.*

16. "Creo tambien muy digna de reforma la práctica que actualmente hay, cuando se sacan las mugeres á 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 mas conforme á la decencia, y por otra parte no se disminuye nada la pena de vergüenza."

17. La tercera pena corporal afflictiva es la de presidio ó arsenales, sobre la cual se dispone lo siguiente en la Real pragmática de 12 de marzo de 1771 (que es la ley 7. tit. 40. lib. 12. Nov. Rec.). "Conformándome con el parecer de mi Consejo, he mandado expedir la presente en fuerza de ley y pragmática sancion, como si fuese hecha y promulgada en Córtes; pues quiero, se esté y pase por ella sin contravenirle en manera alguna, para lo cual, siendo necesario, derogo y anulo todas las cosas que sean ó ser puedan contrarias á esta: por la cual para evitar la desercion en los presidios, y las demas funestas consecuencias que hasta aqui se han experimentado, con tal abandono de la Religion, con que algunos desesperados compran á un precio tan fatal su aparente libertad, y obviar la contagiosa mezcla de personas menos viciadas con los reos mas abandonados, cuyo promiscuo trato los reduce á una absoluta incorregibilidad:

18. Mando, que en las condenas de todos los reos de delitos y casos á que corresponda pena afflictiva, que no pueda ni deba

extenderse á la capital, se distingan en adelante dos clases: una de delitos no cualificados, que aunque justamente punibles, no suponen en sus autores un ánimo absolutamente pervertido, y suelen ser en parte efecto de falta de reflexion, arrebató de sangre ú otro vicio pasagero; como las heridas, aunque graves, en riña casual, simple uso y porte de armas prohibidas, contrabando y otros que no refunden infamia en el concepto político y legal; y la otra clase de delitos feos y denigrativos, que sobre la viciosa contravencion de las leyes suponen por su naturaleza un envilecimiento y bajeza de ánimo con total abandono del pundonor en sus autores; cuales son todos aquellos delitos y casos, por los cuales, segun las leyes del reino, se aplicaba la pena de galeras, mientras las hubo, ya fuese por la esencia de los mismos delitos, ya por el mal hábito de su repetición exclusivo de probable esperanza de enmienda en tales vicios consuetudinarios de daño efectivo á la sociedad.

19. "Que los reos de primera clase, en quienes no cabe fundado recelo de desercion á los moros, deban ser condenados á los presidios de Africa por el tiempo determinado que les prefijeren los tribunales competentes, el cual nunca pueda exceder del término de diez años; y que puestos en sus destinos, no dando allí motivos de otra calidad, sean tratados sin opresion ni nota vilipendiosa, aplicándoles únicamente á las utilidades de la guarnicion y obras de los mismos presidios; cuya moderacion de penalidades y separacion total de los que podrian corromperlos, les pondrán mas distante el abominable pensamiento de pasarse á los moros.

20. "Que los delincuentes de la segunda clase á quienes, como va insinuado, corresponde la pena de galeras, y cuya mayor corrupcion y abandono hace mas temible su desercion y fuga á los moros, por el entero olvido de sus primeras obligaciones á la religion y á la patria, sean precisamente desterrados á los arsenales del Ferrol, Cadiz y Cartagena, donde se les aplique indispensablemente por los años de sus respectivas condenas á los trabajos penosos de bombas y demas maniobras ínfimas, atados siempre á la cadena de dos en dos; sin arbitrio ni facultad en los gefes de aquellos departamentos para su soltura ni alivio; á menos de preceder para lo primero expresa Real orden mia, y concurrir para lo segundo causa de grave enfermedad, en cuyo caso deban ser tratados con la humanidad que fuere practicable, celando siempre, como corresponde, el cumplimiento de justi-

cia en la custodia de estos reos para la vindicta pública, y asegurar que los pueblos queden desembarazados de unos sujetos calificados de perniciosos á la sociedad.

21. „Que para la proporcionada distribucion y dotacion de los mismos arsenales, deben dirigirse á los del Ferrol los reos condenados á esta pena por la Chancillería de Valladolid, Consejo Real de Navarra, Audiencias de Galicia y Asturias, y por todos los jueces, aunque sean de fuero privilegiado, del territorio de estos tribunales; á los arsenales de Cadiz los de los reinos de Andalucía, provincia de Extremadura é islas de Canarias; y á Cartagena los de Castilla la Nueva, reino de Murcia y corona de Aragon.

22. „Que atendida la penalidad y afan de estos trabajos cumplidos con la exactitud correspondiente, y para evitar el total aburrimiento y desesperacion de los que se vieren sujetos á su interminable sufrimiento, no puedan los tribunales destinar á reclusion perpetua, ni por mas tiempo que el de diez años en dichos arsenales á reo alguno; sino que á los mas agravados, y de cuya salida al tiempo de la sentencia se recele algun grave inconveniente, se les puede 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 ó consultada la sentencia, pueda despues con audiencia fiscal proveer su soltura, la que debe cumplimentarse por los intendentes de dichos arsenales, con presentacion del testimonio del decreto de libertad proveido por los competentes tribunales superiores; teniendo presente los mismos tribunales y demas jueces, que la aplicacion de los reos á los trabajos de bombas de los arsenales, solo puede verificarse en el de Cartagena, por no haberlas en el del Ferrol y Cadiz.

23. „Y para que no se haga un uso perjudicial á las saludables providencias que van tomadas, entendiéndose tal vez que por la subrogacion de la pena de arsenales en lugar de la de galeras, pueden continuar los jueces en el arbitrio de conmutar con aquella otras penas mayores, dejando de aplicar la capital en muchos casos correspondientes, y cortar de raiz todos los principios introducidos, ya sea por una piedad mal entendida ó por una intempestiva y abusiva inteligencia de algunas leyes del reino, que ocasionadas sin duda de temporal urgencia, se han traído despues á una perpetua y dañosa práctica; mando asimismo á todos los jueces y tribunales con el mas serio encargo,

que á los reos por cuyos delitos, segun la expresion literal & equivalencia de razon de las leyes penales del reino, correspondia la pena capital, se les imponga esta con toda exactitud y es-
crupulosidad, sin declinar al extremo de una nimia indulgencia,
ni de una remision arbitraria: declarando como declaro ser mi
Real intencion que no puede servir de pretexto ni traerse á con-
secuencia para la conmutacion ni minoracion de penas la ley 2,
ni lo prevenido en la 6 de este título (1); y asimismo declaro
que sin embargo de estas leyes y otras correlativas providencias,
y de cualquier práctica fundada en ellas, es mi voluntad que se
haga cumplimiento de justicia segun la natural calidad de los de-
litos y casos, sin dar lugar á abusos perjudiciales á la vindicta
pública (2) y á la seguridad, que conforme á la nativa institucion
de las leyes, deben gozar los buenos en sus personas y bienes
por el sangriento ejemplar y público castigo de los malos.

24. „Y finalmente mando, que cuando en algun caso sobre
las mismas leyes que ahora he resuelto se guarden, ocurriere
duda muy grave por la variacion sustancial de los tiempos ú
otras circunstancias dignas de atencion que necesiten mi Real
declaracion, los tribunales la consulten al mi Consejo, para que,
haciéndomelo presente, declare lo mas justo.” (3) (*).

1 Véase en la ley 12 del título anterior
lo suprimido en dicha ley 6 sobre no visi-
tar los reos condenados á galeras.

2 Por Real orden comunicada en cir-
cular del Consejo de 21 de setiembre de
1779, con motivo de lo ocurrido por la
captura de los reos de dos homicidios, que
á título de parentesco lograban su asilo de
los vecinos del pueblo, se mandó que en
los lances que puedan ocurrir de esta na-
turaleza, se adopte el medio de que, pren-
diendo y presentando los parientes al reo
ó reos, logren el alivio de que la pena no
sea denigrativa, salvo en los casos en que
despues de su prision cometan fuga ú otros
delitos, y se tenga por conveniente lo con-
trario.

3 Posteriormente se publicaron otras
dos Reales órdenes concernientes á esta
materia, que pueden verse en las leyes 10
y siguientes del citado tit. 40. lib. 12. Nov.
Rec.

* En Real orden de 23 de marzo último
se ha servido su Magestad resolver lo si-
guiente. „Que los reos militares que en lo
sucesivo sean destinados á presidio, su-
fran esta pena precisamente por el tiempo
que se les señale en los de Ceuta y Tarifa,
y que los tribunales civiles y las otras au-

toridades que impongan la misma pena á los
delinquentes sujetos á sus respectivas ju-
risdicciones, los destinen á los presidios
menores de Africa, ó á los otros del reino,
excepto los de Ceuta y Tarifa: que esta
determinacion sea aplicable á los reos de
todas clases, que habiendo sido condena-
dos á presidio, se hallen actualmente en
las cárceles ú en camino para aquel desti-
no, debiendo en su consecuencia los capi-
tanes ó comandantes generales, tomar las
providencias oportunas para que los indi-
viduos militares juzgados por tribunales
militares que se hallen en sus respectivos
distritos, sean conducidos á la plaza de
Ceuta ó á la de Tarifa, en lugar de los
otros destinos que en sus condenas se les
haya dado; avisando de ello á los tribuna-
les ó gefes militares que entendieron en sus
causas para los efectos convenientes, y
que reteniendo en seguridad á los otros
reos procedentes de los demas tribunales,
y sentenciados por estos á los presidios de
Ceuta y Tarifa, les comuniquen inmedia-
tamente el oportuno aviso, para que seña-
len de nuevo el punto en que con arreglo
á esta determinacion hayan de cumplir sus
condenas.

25. A la pena de presidio se sigue la de destierro, que es tambien corporal. Será muy grave y afflictiva cuando el destierro fuere de larga duracion ó perpetuo, como es la extranacion del reino. De esta última pena usa el Soberano en virtud de la potestad económica contra los eclesiásticos inobedientes ó perturbadores del orden y tranquilidad pública, y á la cual regularmente acompaña la ocupacion de temporalidades y privacion de naturaleza. A veces se impone un corto destierro de algun pueblo á los seglares por algun exceso de poca gravedad, sin confinacion ni otra calidad gravosa, y en este caso será la pena menos afflictiva.

26. Tambien suele imponerse por castigo en algunos delitos que no son de mucha gravedad la prision ó encerramiento en la carcel, que será mas ó menos afflictiva, segun el género de prision, y el trato que en ella se dé al delincuente. Por punto general puede considerarse siempre esta pena como mas grave que el destierro por poco tiempo, á causa de las incomodidades y molestias que ordinariamente se padecen en una prision como tambien por la dureza con que los subalternos suelen tratar á los miserables que tienen la desgracia de ser encerrados, quienes son de peor condicion que el desterrado de un pueblo; pues al fin este goza del aire libre, puede establecerse en otro de su gusto, y no está privado de aquellas comodidades que disfrutaban los demas.

27. Las penas de infamia que he distinguido de las corporales, pueden ser á veces tan terribles y afflictivas como estas, si recaen en sujetos pundonorosos. Es la infamia una pérdida ó menoscabo del honor ó de la reputacion que tiene el hombre entre sus conciudadanos; de suerte que viene á ser como una marca impresa para distinguir y separar al infamado de los demas individuos de la sociedad que merecen el aprecio público. La infamia procede á veces de la opinion pública sin declaracion de la ley, y entonces, aunque degrada al sujeto, no puede llamarse propiamente pena, por quanto no está impuesta ó declarada por el legislador. Llámase esta infamia de hecho, y no corresponde á este lugar. Otra hay que dimana de la ley ó está declarada por ella, y se denomina infamia de derecho, la cual se subdivide en dos clases: una que comprende ciertos ejercicios ó hechos del hombre, que sin ser criminales estan reputados por infames en el derecho, como los oficios de juglar, farsante, torero, de que habla la ley 4. tit. 6. Part. 7: esta infamia, aunque en rigor sea un mal y grave, por quanto priva al sujeto de cier-

las prerrogativas que gozan otros individuos de la sociedad, no pertenece tampoco á este tratado, pues no es una pena impuesta por delito. De esta soto es de la que voy á hablar, y para distinguirla de las otras la llamaré infamia penal. Esta se impone sola á veces, como la de vergüenza pública que he contado entre las corporales afflictivas, porque lo es realmente. Suele tambien imponerse juntamente con otra pena, por ejemplo, cuando despues de haber azotado á un delincuente le pasan por debajo de la horca. Otras veces consiste en una declaracion de la ley, que impone pena corporal en cierta clase de delitos, y para hacerlos mas detestables, los marca ademas con la nota de infamia, como el de traicion, sodomía, adulterio &c. (1).

28. Los efectos de la infamia son de la mayor trascendencia, pues el que incurre en ella, no solo queda privado del empleo y honores que gozaba, sino que tambien le inhabilita para obtener otros. Asi no puede ser consejero, oidor, gobernador, juez, regidor, ni tener otro cargo ni oficio público, como el de abogado, asesor, relator, escribano &c., y tambien le está prohibido residir en la Corte (2), y servir de testigo. Por esto la infamia se asemeja á la muerte natural (3), y es como si dijéramos una excomunion civil, que separa al infame de la comunidad social, haciéndole un objeto aislado y despreciable. De consiguiente esta pena bien aplicada es eficacísima, y se ha usado en las naciones antiguas y modernas con mucho fruto. Mas para que produzca los saludables efectos que debe proponerse el legislador, ha de contener las circunstancias siguientes.

29. Primera. Ha de ser conforme á las opiniones generalmente recibidas, quiero decir, que no deben declararse infames ciertas acciones que comunmente se creen laudables ú honrosas, y esto aun cuando el comun concepto sea falso y efecto de una verdadera preocupacion; porque como dice muy bien el señor Lardizabal (4), 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 mas proporcionada al delito. La ley, por ejemplo, con el laudable fin de extirpar los duelos, declara expresamente por infame este delito (5); pero ni los duelos se han extin-

1 Leyes 3, 4 y 5. tit. 6. Part. 7.

2 Ley 7. tit. 6. Part. 7.

3 *Cur. Filip.* part. 3. l. 9. num. 10,

4 *Discurso sobre las penas*, cap. 5. §.

4. num. 4 y 5.

5 Ley 2. tit. 20. lib. 12. Nov. Rec.

guido, ni ha pasado hasta ahora por infame en el concepto público un solo hombre de tantos como han contravenido á la ley. ¡Tanta es la fuerza de la preocupacion!

30. Segunda circunstancia: que no se imponga esta pena sino á los sujetos que tengan pundonor, y sean capaces de afectarse con la nota de onprobrio. ¿Que caso haria de este solo castigo uno de esos malvados que corren sin freno, remordimiento ni pudor alguno por la senda de la iniquidad? A estos deben imponerse las penas corporales, reservando las infamantes para aquellos que estiman la honra, y aun la prefieren á la vida.

31. La tercera circunstancia ó regla que debe tenerse presente para la imposicion de esta pena, es que se use de ella con parsimonia ó sin demasiada frecuencia, y que no se imponga de una vez á muchos; pues asi como los premios si se distribuyen pródigamente, y no segun el verdadero mérito, pierden el aliciente, del propio modo las penas infamatorias repetidas ó mal aplicadas dejan de producir su efecto, porque la idea de la infamia se va debilitando con la repeticion de las impresiones que hace en la opinion pública, y á fuerza de familiarizarse los hombres con un castigo, llegan á despreciarle. Lo mismo puede decirse cuando se trata de infamar á muchos á un tiempo, en cuyo caso sucede que la nota infamatoria, que puesta en uno haria grande impresion, se debilita con la variedad ó multitud de objetos.

32. Parece superfluo decir que la infamia no debe trascender á otras personas que tengan connexion y parentesco con el delincuente. *El delito ó la pena del padre no puede causar mancha alguna al hijo, porque cada uno debe ser responsable solo de sus acciones, y no se constituye sucesor del delito ajeno*, dice el canon 6. causa 1. quæst. 3, tomado de una ley romana (1), y Platon dice que lejos de castigar á los hijos del delincuente, deben ser elogiados para que no imiten á su padre (2). Síguese tambien, como dice el señor Lardizabal (3), un daño de consideracion de que la infamia trascienda del delincuente, y es que para evitarla se hacen extraordinarias diligencias por las personas allegadas á fin de impedir el castigo, de donde resulta ó la impunidad absoluta, ó que no se observen las leyes con la puntualidad que corresponde, y se les bus-

1 Lev 26. ff. de poen.

2 Lib. 9. de legib.

3 Cap. 5. t. 4. num. 10.

quen temperamentos y modificaciones con perjuicio del bien público, y de la recta administracion de justicia.

33. La hidalguía ó nobleza del que incurre en infamia, sea de hecho ó de derecho, no se pierde por ella, como que es una calidad inherente al linage; solo si se pierden ó estan suspensas las prerogativas ó exenciones honrosas de ellas, sin que esta privacion trascienda á los hijos y descendientes, pues la nobleza se deriva en ellos no por el infamado, sino por sus predecesores, y por la gracia del Soberano (1).

34. Toda infamia de hecho ó de derecho puede quitarse enteramente por el Soberano, como se dirá mas extensamente cuando se trate de los indultos: la que dimana de sentencia judicial, se desvanece ó borra en los tres casos siguientes. 1.º Cuando se sufre en virtud de sentencia de pena corporal por delito, al que segun la ley solo correspondia pecuniaria. 2.º Cuando se padece con ocasion de haber el juez aumentado ó disminuido la pena corporal determinada por la ley, aunque á ello se moviese con justa causa (2). 3.º Cuando apelada la sentencia se revoca en la segunda instancia (3).

35. La privacion de oficio ó algun otro cargo público, es otra pena que menoscaba la estimacion del hombre ó el concepto de que gozaba en la sociedad, y bajo este aspecto corresponde aqui tratar de ella. Ya dije en el párrafo 28, que cuando uno incurre en infamia, queda por este mero hecho privado de oficio. Tambien debe perderle el que abusando de él comete un delito que le denigra ó le envilece, como el magistrado que por cohecho, parcialidad, colusion ó fraude da una sentencia injusta, ó cualquier otro empleado que se deja sobornar, faltando á la confianza que de él hizo el Soberano, y á este ejemplo otros. Pero es de advertir, que los jueces inferiores no pueden condenar ni privar de oficio sin consulta superior, por lo que tienen de afflictivas é ignominiosas estas penas (4). Y si el empleo u oficio se confirió por título ó nombramiento de su Magestad, ni aun las Audiencias Reales pueden decretrar la última sin anuencia de la Real Persona. Si la privacion de oficio es temporal ó solo suspensiva de él, se cuenta el tiempo desde el dia que por auto judicial se le impidió su ejercicio (5). Asimismo la pena de des-

1 Tiraquel. *de nobilit.* cap. 24. num. 5,
y cap. 35. num. 3.

2 Ley 6 tit. 6. Part. 7.

3 Dicha ley 6,

4 Villad. cap. 5. *de la instruc.* num.
72.

5 Matth. cont. 18. num. 11.

decirse, que se impone al que denostó ó injurió á otro, tambien está reservada, recayendo en hidalgo, noble ó sugeto que tenga dignidad, por la especie de infamia que encierra; y así no deberá llevarse á efecto sin previa consulta y aprobacion (1). Ultimamente debo advertir, que como los jueces árbitros no tienen facultad alguna en asuntos criminales, si imponen pena gravatoria ó de infamia, será nula *ipso jure*.

36. Las penas de la tercera clase son aquellas que se imponen no sobre la persona sino en los bienes, y por esto se llaman pecuniarias. La mas gravosa y terrible de ellas es la confiscacion por su trascendencia, pues no solo alcanza al mismo delincuente, sino tambien á su desventurada familia, privándola de los medios de subsistencia. Por eso decia el Emperador Justiniano al jurisconsulto Triboniano: „conviene que pongas todo cuidado en castigar á los que lo merecen, pero sin llegar á sus bienes, los cuales deben pasar á sus parientes, y á los que les corresponden por la ley, segun 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 á los delinquentes, y dejar libres sus personas, castigando de esta suerte en lugar de ellos á otros, que son llamados tal vez por la ley á la sucesion” (3). El mismo Emperador en otra novela posterior (4) manda que á ningun condenado por cualquier delito se le confiscuen los bienes, si tuviere ascendientes ó descendientes hasta el tercer grado, y en falta de ellos se aplique al fisco, reservando á la muger la dote y donacion *ante nuptias*; pero de esta regla excluye el delito de lesa magestad, en el cual dispone que se hayan de guardar las leyes de sus antecesores, que impone la confiscacion de todos los bienes, y solo quiere que se exceptúe la dote de la muger.

37. Con esta última disposicion va conforme la ley 5. tit. 31. Part. 7. (excepto que no habla de la dote, la cual se manda reservar por la ley 2. tit. 2. de la misma partida), como se ve por las siguientes palabras: „E aun decimos que á ningun hombre por yerro que hayan fecho non deben ser tomados todos sus bienes si oviere parientes, de los cuales suben ó descienden por linea derecha del parentesco fasta en el tercero grado; fueras ende el que fuese juzgado por traidor, segun dice en el título de las traiciones, ó en otros casos señalados, que son escriptos en

1 Ley 2. tit. 5. Part. 7.

2 Ley 5. tit. 6. Part. 7.

3 Novel. 17. cap. 12.

4 Novel. 134. cap. ult.

las leyes de este nuestro libro, en que señaladamente los mandase tomar." Se ve pues que no solo en el caso de traicion de que habla Justiniano, sino en otros tiene lugar la confiscacion segun nuestro derecho. En efecto con arreglo á él se confiscan los bienes por los delitos siguientes. El de heregia (1). El de sodomía y bestialidad (2). El de suicidio, cuando el que se mata no tiene descendientes (3). El de cercenar la moneda, introducir la falsificada ó no denunciarla teniendo noticia de su introduccion (4). El de matar ó herir á algun ministro del Consejo, corregidor, alcalde mayor ú ordinario (5). El de usura cuando se reincide por segunda vez (6). El duelo ó desafio (7). El matrimonio clandestino (8). El incesto del que se casa á sabiendas y sin dispensa con parienta dentro del cuarto grado, ayuntándose á ella carnalmente (9), aunque en el incesto simple sin matrimonio, solo se confisca la mitad de los bienes (10). Ademas de estos delitos hay otros en que la confiscacion no se extiende á mas que dicha mitad de bienes, por ejemplo, la falsificacion del sello del Rey, Obispo ú otro prelado (11).

38. El señor Lardizabal (12) tratando de esta materia dice lo siguiente: „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 necesidad de los despojos de los vasallos para enriquecerlas.

39. „Estas razones me inclinaban á creer, que acaso seria util abolir enteramente la pena de confiscacion, 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 Pais de derecho escrito, no hay lugar á la confiscacion en nin-

1 Ley 1. tit. 3. lib. 12. Nov. Rec.

2 Ley 1. tit. 30. lib. 12. Nov. Rec.

3 Ley 15. tit. 21. lib. 12. Nov. Rec.

4 Leyes 3 y 4. tit. 8. lib. 12. Nov. Rec. siendo de notar que al mero falsificador de moneda dentro del reino, solo se le confisca la mitad de los bienes, segun la ley 1. del mismo titulo.

5 Leyes 1 y 2. tit. 10. lib. 12. Nov. Rec. y en la 3 siguiente se ordena la confiscacion solo de la mitad de los bienes al que

hiciera ayuntamiento de gentes contra los referidos.

6 Ley 2. tit. 22. lib. 12. Nov. Rec. segun la cual se confisca solo la mitad de los bienes en la primera reincidencia.

7 Leyes 1 y 2. tit. 20. lib. 12. Nov. Rec.

8 Ley 5. tit. 2. lib. 10. Nov. Rec.

9 Ley 3. tit. 18. Part. 7.

10 Ley 2. tit. 19. Part. 7.

11 Ley 1. tit. 3. lib. 12. Nov. Rec.

12 Cap. 5. l. 5. num. 14 y siguientes.

gun delito que no sea de lesa magestad (1). La ley 2. tit. 26. Part. 7. dice: *que los bienes de los que son condenados por hereges, ó que mueren conociadamente en la creencia de la heregia, deben ser de sus fijos ó de sus descendientes dellos: é si los non ovieren, mandamos que sean de los mas propincos parientes católicos dellos. Pero si por otras razones superiores, que yo no alcanzo, pareciere conveniente conservar la pena de confiscacion en uno ú otro delito muy atroz, á lo menos es cierto que debería restringirse todo lo posible; y aun en los casos en que hubiese de quedar, la razon y la humanidad piden que se haga distincion de bienes, y solo tenga efecto la confiscacion en aquellos que hubiesen sido adquiridos por el mismo delincuente, y no en los que por derecho y sin arbitrio suyo deben transmitirse á los sucesores, á quienes con la confiscacion absoluta se priva sin culpa suya de un derecho legítimamente adquirido. Una ley romana (2), despues de haber dicho que por el delito del padre, pierde el hijo los bienes que le habian de venir por el mismo, añade: *pero aquellos que les vinieren por sus parientes, por la ciudad, ó por la naturaleza de las cosas, deben quedarles ilesos, porque se los dieron sus mayores y no su padre* (3).*

40. „No pretendo tachar de injustas é inicuas las leyes que imponen las confiscaciones. Sé muy bien que el daño que un hijo, por ejemplo, sufre por la confiscacion de su padre, no es pena, que esto seria injusto é 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 á decir, que es una cosa muy inhumana y cruel, precipitar con la confiscacion en el abismo de la miseria á 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 Principe piadoso y benigno, padre mas que señor de sus vasallos; y de quien sin lisonja ni adulacion alguna puede con toda verdad decirse, lo que el ilustre panegirista del grande Emperador Trajano decia en otro tiempo (4). *Es muy grande gloria para los Prín-*

1 Mavart de Vonglans. *Les loix criminelles de France dans leur ordre naturel*, t. 1. lib. 2. tit. 6. num. 4.

2 Ley 3. ff. de interd. et re'eg.

3 *Quæ vero non à patre, sed à genere, à civitate, à rebus natura tribuerentur, ex matre eis incolumia....Non enim*

hæc patrem sed majores eorum eis dedisse.

4 *Præcipua Principum gloria est, ut scepius vindicatur filius, cuius mala cærsa nunquam est nisi sub bono Principe.* Plin. Paneg. cap. 26.

apis, et ita vincendo las mas veces el fisco, cuya causa solo es mala, cuando gobierna un Príncipe bueno."

41. Las naciones septentrionales hacen mucho uso de las penas pecuniarias, aun en ciertos delitos muy opuestos á la seguridad y orden público, como por ejemplo el de homicidio. Esta bárbara costumbre fue muy comun en la edad media entre los germanos, francos y borgoñones, y por eso la hallamos establecida en los mas de nuestros cuadernos municipales. El antiguo fuero de Leon, por ejemplo (*), sujetaba el homicidio á una multa pecuniaria que debía satisfacer el reo si fuese preso dentro de nueve dias desde que cometió el delito; pero si el delincuente lograba huir de su casa ó de la ciudad, frustrar la vigilancia de los sayones, y libertarse de caer en sus manos dentro del plazo de nueve dias, quedaba quitó; y la ley le ofrecia seguridad en la poblacion, previniéndole que solamente cuidase de precaver el furor de sus enemigos. De que se sigue, como dice con mucha razon el señor Marina (1), que la ley dejaba la venganza de la sangre inocente en manos de los parientes y herederos del muerto, y los autorizaba para perseguir al reo despues de probado el delito (**).

42. Asi como la pena pecuniaria será siempre desproporcionada para castigar el homicidio, y otros delitos atroces que perturbán la seguridad pública ó individual, porque no tiene analogia con ellos ni se deriva de su naturaleza, podrá ser al contrario muy util para reprimir el orgullo de los poderosos, que fiados en sus riquezas atropellan al desvalido ó menosprecian las leyes; para castigar al magistrado ú otro empleado público que se deje sobornar, ó no tenga la integridad correspondiente; para contener las transgresiones que se cometan contra las ordenanzas de policía, y en otros casos designados por nuestras leyes. Mas para que estas penas no sean infructuosas, de modo que el rico se burle de ellas, convendría que no se impusiese por pena una cantidad fija, sino una parte ó cuota del haber del delincuente. De este modo habrá cierta igualdad en el castigo para el pobre y para el rico; al contrario, si por una transgresion ó delito se designase, por ejemplo, la pena de veinte

* Cap. 24. *Si quis homicidium fecerit et fugere potuerit de civitate aut de sua domo, et usque ad novem dies captus non fuerit, veniat securus ad domum suam; et vigilet se de suis inimicis et nihil sationi vel alicui homini pro homicidio quod fecit persolvat.... Si infra novem dies cap-*

tus fuerit, et habuerit unde integrum homicidium reddere possit, persolvat illud.

1 Ensayo histórico, num. 286.

** De este punto se vuelve á tratar con mas extension en el tit. 4. cap. 4. §. 1. y siguientes.

dobloner, esta suma seria de poco momento para un hombre acaudalado, y excesiva para un jornalero ó menestral; resultando de aqui, que la pena para aquel era muy leve, y para este muy grave. Resulta ademas otro inconveniente, y es, que el valor de la moneda recibe alteracion, es decir, sube y baja; de modo que será preciso renovar de tiempo en tiempo las penas pecuniarias. Asi que en el dia son muy tenues algunas de las antiguas, que consistian en cierta cantidad de maravedises, porque con el descubrimiento de la América se aumentó el numerario y disminuyó su valor. Los referidos inconvenientes podrian salvarse imponiendo una parte (v. gr. la sexta, cuarta ó tercera, segun la mayor ó menor gravedad del delito) de los bienes del delincuente. Asi alcanzaria con igual proporcion al pobre y rico, y en todas épocas podria ser la misma (*).

43. Si toda esta di-crecion es necesaria para establecer penas pecuniarias, no necesita menos circunspeccion y prudencia el juez para imponer las multas cuando la ley no fija la cantidad, pues una multa indiscreta, como dice el señor Lardizabal (1), 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 ó en parte á los multados, de los medios ó instrumentos necesarios para el ejercicio de su oficio ó profesion, en cuyos casos debe tener lugar aquel axioma comunmente recibido, *el que no tiene bienes pague con su cuerpo*; ó bien si el delito no es de gravedad, podrá imponerse la pena de suspension de alguna prerogativa cívica ú honorífica. Mas tampoco deben ser tan ligeras las penas pecuniarias, que se desprecien, y no produzcan efecto alguno; pues siempre que la utilidad ó complacencia que resulta de un delito, es mayor que el daño ó la incomodidad que causa la pena, los hombres se determinan facilmente á delinquir (**).

44. No debe reputarse como pena pecuniaria el resarcimien-

* La Instruccion de 1803, para el gobierno, administracion y beneficio de los efectos de penas de Cámara, ma dada observar como adicional á la expedida en 27 de diciembre de 1748, dice así en el capítulo 5: „A las personas pudientes se les pondrán penas pecuniarias, en lugar de las afictivas de carcel ó detencion y otras de semejan- te naturaleza por delitos leves; y tambien los tribunales superiores podrán conmutar las penas de presidio en pecuniarias, permitiéndolo la clase de deli-

to; puesto que sobre ser util al aumento de fondos que necesita la administracion de justicia, producirá mas escarmientos, y menos malas consecuencias de muchas familias.”

1 Discurso sobre las penas, cap. 5. §. 5. num. 5.

** Por Real orden de 6 de octubre de 1819 está mandado que en la exaccion de multas y penas pecuniarias impuestas por los juzgados ordinarios, no gocen fuero las personas privilegiadas.

to de los daños y perjuicios que con el delito suele causarse al ofendido ó a su familia, porque esto mas bien que pena es una recompensa dictada por la razon y por la naturaleza misma; si bien por haver una reparacion excesiva, no ha de privarse a los hijos del delincuente, de los alimentos que les son debidos por la naturaleza y por la ley.

45. Examinadas las diversas penas comprendidas en la division que hice en el párrafo 13, resta hablar del apercibimiento, que á veces es una simple correccion, y otras un medio de purgar una culpa leve, ó las sospechas é indicios que en una grave resultan contra alguno, sin habérsele podido probar claramente el crimen ó la complicidad. En este caso tiene el apercibimiento cierta calidad afrentosa que degrada al sugeto en quien recayó la sospecha, y puede entonces considerarse como una pena de cierta gravedad que se acerca á las de infamia.

46. Ultimamente dije en la definicion de la pena, que esta se impone por el mal que uno causó á la sociedad ó á alguno de sus individuos, ya por malicia ó dolo, ya por sola culpa. En estas palabras está indicada la verdadera medida ó cantidad de las penas, la cual no es otra que la de los delitos: esto es, cuanto mayor fuere el daño causado á la sociedad, ó mas agravantes las circunstancias del delito, tanto mayor deberá ser la pena, y por el contrario cuanto menor fuere dicho daño, ó las referidas circunstancias disminuyeren el delito, tanto menor deberá ser la pena, para que se guarde entre esta y aquel la debida proporcion. En suma, cada pena debe derivarse de la naturaleza del delito porque se impone, para que entre los dos haya cierta analogía ó conformidad. La pena pecuniaria, por ejemplo, seria desproporcionada para castigar un asesinato, y al contrario la de muerte seria excesiva ó no guardaria analogía alguna con el delito de la usura. Ademas de esta analogía se deben tener en consideracion para el señalamiento de las penas la calidad y el grado de los delitos de que hablé en el capítulo anterior, segun el dolo ó la culpa que haya intervenido en ellos.

47. No obstante lo que acabo de decir en orden á la proporcion que deben guardar entre sí los delitos y las penas, puede haber delitos y casos en que sea conveniente imponerlas menos análogas. Por ejemplo si los hurtos no dejan de ser frecuentes, porque solo se castigan con penas pecuniarias ó la pérdida de bienes, que son las mas análogas á aquel delito, deben prescribirse otras corporales ó infamantes, mayormente si no tienen bienes los reos, pues no es justo que por su pobreza queden im-

punes. Asimismo debe hacerse una excepcion de la regla general de proporcion que se ha sentado con respecto á aquellos delitos que por su naturaleza son mas fáciles de ocultarse que los demas, y por consiguiente mas difíciles de descubrirse y probarse: la excepcion, digo, de alterar algun tanto la proporcion entre ellos y sus penas é interrumpir el curso de la progresion definiendo al delito mas occultable de calidad menor la pena, que seria proporcionada al delito menos occultable de calidad mayor, y aumentando asi el rigor de la pena lo bastante á compensar la mayor esperanza de la impunidad aneja á la facilidad de la ocultacion, y á la dificultad del descubrimiento y de la prueba, que han de disminuir forzosa y relativamente la eficacia de la pena que debe ponerse á nivel. Con este medio tan sencillo, que no trae consigo ningun inconveniente, al menos considerable, se da á la sancion penal de dichos delitos aquel equilibrio, que sin aumentar la severidad de la pena, destruyria la facilidad de ocultarlos. Los intérpretes han querido corregir la causa del mal con exigir menores pruebas en aquellos delitos que en los demas, lo cual no ha sido otra cosa que corregirlo con otro mal mucho mayor, exponiendo manifiestamente la inocencia, y abriendo una ancha puerta á la calumnia (1).

48. Otras circunstancias hay, que aunque nada influyen en la naturaleza del delito, y por esto pueden llamarse extrínsecas, hacen que en ciertos casos cese la razon general de la ley, ó los fines intentados por las penas, y entonces pueden moderarse, ó tambien remitirse segun las circunstancias. Si uno, por ejemplo, hubiese hecho grandes servicios á la república, y cometiese algun delito, podrian ser tan señalados estos servicios, que por ellos se le remitiese ó moderase justamente la pena. Si el número de delinquentes fuese muy grande, todos deberian ser castigados distintamente; pero la prudencia y el bien comun piden que en semejantes casos el castigo se verifique en pocos, y el miedo llegue á todos. Los autores criminalistas refieren muy individualmente estos y otros muchos casos en que las circunstancias extrínsecas pueden hacer que se remita ó modere la pena, de los cuales unos son ciertos, otros probables y otros absolutamente improbables y falsos (2).

49. En sentir comun de los intérpretes los casos en que deben acrecentarse las penas son los siguientes. Cuando el delin-

1 Gatierr. *Práctica criminal*, tom 3.
Discurso sobre los delitos y las penas, p. 20.

2 Lardizabal en la citada obra, cap 4.
N. 2. num. 62 y 63.

cuente por su estado, oficio y constitucion, debe evitar el delito; y lejos de hacerlo influye, coopera ó concurre de hecho á su perpetracion. Cuando la persona ó cosa ofendida son dignas de obsequio, honor y veneracion; y en vez de prestarles estos respetos se les ofende ó maltrata. Cuando con plena advertencia, de propósito y caso pensado se delinque. Cuando el delincuente es consuetudinario en aquel delito. Cuando el lugar donde se cometió el delito es sagrado, real y digno de respeto ó veneracion. Cuando el delito es nocturno, ó en tiempo santo, ó de penitencia, ó en ocasion en que fluctúa entre angustias y aflicciones el ofendido. Cuando el modo de delinquir es proditorio, con veneno ó en una ejecucion atroz, quitando la vida poco á poco, ó teniendo en tormento largo tiempo al paciente ó ofendido. Cuando hay cúmulo de crímenes, delito sobre delito, y atrocidad sobre atrocidad; en términos que se califique un ánimo estragado y de insaciable inclinacion á delinquir. Cuando el mal es mayor y de mucha trascendencia. Cuando la causa pública está mas interesada en su remedio y castigo. Cuando el delito causa escándalo. Y así otros que agravan la transgresion, ó la hacen mas culpable (1).

50. Por el contrario, los que merecen lenidad ó alivio en la pena, son estos otros. La creencia y opinion de que el hecho cometido no era delito, ó que no se delinquía incurriendo en él. La sencillez, imbecilidad, candor, dolencia y edad del delincuente. La ira, el arrebató u otra pasion violenta que embargue el libre uso del juicio. La debilidad y fragilidad del sexo. La nobleza y alta dignidad del delincuente. La pericia única en su clase, ó sea la insigne habilidad del mismo en algun arte ú oficio, pudiendo ser tal que le redima la vida. La embriaguez, bajo la distincion indicada en el capítulo anterior, párrafo 9. El tra-curso largo de tiempo despues de cometido el crimen, aunque no esté prescrito; y otras semejantes calidades que suelen concurrir en los delitos criminales, las cuales hacen mitigar sus penas (2). Pero siempre estos lenitivos han de regularse por el delito, pues á las veces su gravedad sobrepuja á todos los respetos, y por ella se gobierna el castigo; de tal modo que si aquel es atroz, lo mismo se castiga al noble que al plevayo, á la muger que al hombre, y la causa atemperante se enerva en fuerza de la misma atrocidad (3); bien que en caso de

1 P. Ferrar. verb. *Poena* Matth. contr. 24. num. 17 y sig. contr. 37. num. 24. y contr. 74. num. 40.

2 Ferrar. en el lugar cit.

3. Matth. contr. 29. y sig. *Gom. Var.* lib. 3. cap. 3.

duda debe resolverse por el partido mas benigno.

51. Asi como debe haber una proporcion entre los delitos y las penas (1), no menos debe haberla entre estas mismas; pero tan difícil es encontrar en los códigos penales la una como la otra; y antes por el contrario vemos en ellos acerca de este punto grandes inconsecuencias y absurdos; vemos, por ejemplo, condenada la madre, culpable de infanticidio, a una multa por la primera vez, y al fuego por la segunda; vemos condenados los blasfemos en la multa de algunos sueldos, ó á ser echados en un rio; vemos castigado un contrabando de sal con una multa, ó con las galeras; y vemos conducir á la horca el ladron de cosa cuyo valor no pasa de cinco sueldos, al mismo tiempo que se desuella ó arranca la piel al que ha hurtado cosa de menos valor que aquella tan pequeña cantidad.

52. Si expusiésemos en este lugar las penas establecidas en varios códigos penales segun su orden ó progresion, se advertiria desde luego cuanto se habian apartado sus legisladores de lo que dictan la naturaleza y la razon; pero lejos de pensar en hacer una exposicion desagradable á nuestros lectores, haremos para su instruccion otra que les será mas grata y util, insertando aqui la graduacion y progresion de las penas que se hallan en los dos recientes códigos de Pedro Leopoldo, gran duque que fue de Toscana, y de José II, Emperador de Alemania.

53. „Las penas, dice el primero (2), en que nuestros jueces y tribunales podrán en lo sucesivo condenar á los reos, serán las siguientes. Penas pecuniarias: azotes privados ó secretos: prision, con tal que no pase de un año: destierro de la bailía ó del bailiazgo, y de tres leguas en circuito: destierro del vicariato, y de cinco leguas en derredor: deportacion ó destierro á Volterra y su territorio: destierro á la provincia interior: destierro á Grosseto: destierro de todo el gran ducado, que solo tendrá lugar en los que hayan obtenido la impunidad por descubrir sus cómplices, en los bagabundos, en los saltabancos, demandantes extranjeros, y generalmente en todos los delinquentes extranjeros, y en los calumniadores: argolla sin destierro: argolla con destierro: azotes en público: azotes en público y en un asno: encierro para las mugeres desde el espacio de un año hasta por toda la vida, habiendo de estar todas rapadas y empleadas con precision en labores de que sean capaces, y ademas las

1 Este párrafo y los once siguientes están tomados del citado Discurso del señor Gutierrez, tom. 3. de su Práctica criminal.

2 Párrafo 55 de su nuevo código.

condenadas por toda su vida con traje diferente, y un cartel en este que diga *último suplicio*: trabajos públicos para los hombres por tres, cinco, siete, diez, quince y veinte años, y aun por toda la vida. A la pena de los trabajos públicos está anejo el cartel donde se exprese el nombre del delito, y en los condenados por diez ó mas años, y en los reincidentes de fuga podrá el juez segun las circunstancias de los casos añadir un grillete al pie. El sentenciado por toda su vida á dichos trabajos, cuya pena está reservada para los delitos capitales, ademas del grillete ó una cadena doble, ha de tener los pies desnudos, y un traje de color ó hechura diferente que le distinga de todos los demas; ha de ser empleado en los trabajos mas duros, y llevar escritas en el nombre de su delito las palabras *último suplicio*.

54. El Emperador (1) proscribe la pena de muerte fuera de algunos delitos, contra los cuales ha de pronunciarse en un consejo de guerra, y de ser la horca. Los demas castigos son la cadena, la prision con los trabajos públicos, la prision sola, los azotes ó golpes con vara ó palo, y la picota.

55. Los grados con respecto á la duracion, son de larga duracion en segundo grado, de larga duracion en primer grado, continuos en segundo grado, continuos en primer grado. Por tiempo limitado en segundo grado, y por tiempo limitado en primer grado. Esta duracion no puede ser nunca de menos de un mes, ni pasar de cinco años. La duracion de un castigo por tiempo limitado en segundo grado, no puede exceder jamas de ocho años, ni bajar de cinco. La duracion de un castigo declarado continuo en primer grado, no puede ascender nunca a mas de doce años, ni ser menor de ocho, y la duracion de un castigo continuo en segundo grado, no ha de exceder nunca de quince años, ni bajar de doce. La duracion de un castigo de larga duracion en primer grado, nunca ha de bajar de quince años, ni pasar de treinta; la duracion de una pena de larga duracion en segundo grado, no ha de ser menor jamas de treinta años, y segun las circunstancias podrá prolongarse hasta ciento.

56. El castigo de la cadena se ejecuta así. El delincuente es metido en una áspera y cruel prision, y encadenado estrechamente, de manera que no le queda espacio sino para los movimientos indispensables del cuerpo, y ademas el condenado á la cadena es azotado todos los años para ejemplar del público.

57. De la prision hay tres clases ó grados; la mas rigurosa,

1 En su nuevo código. cap. 2. art. 20 y sig.

la *rigorosa*, y la prision *templada ó moderada*, y en las tres ha de ocuparse el reo en trabajo proporcionado á cada uno de ellos.

58. En la prision mas rigorosa el culpado está sujeto noche y dia en el lugar que se le ha señalado, con un aro ó argolla de hierro por medio del cuerpo, y aun, si lo permite el trabajo á que se le ha obligado, ó lo exige el peligro de que se escape, se le puede cargar mas de hierro. Por otro parte el condenado á tal prision no tiene mas cama que tablas, ni otro alimento que pan y agua, y se halla privado enteramente de comunicacion, no solo con los extraños, sino tambien con sus parientes y conocidos.

59. Un delincuente sentenciado á la prision rigorosa debe ser tratado, segun se ha dicho, con sola la diferencia de que sus grillos han de ser menos pesados, y de que dos dias á la semana ha de dárseles una libra de carne para su sustento.

60. El reo destinado á la prision moderada está sujeto con prisiones menos pesadas; mas son tales sin embargo que no pueda escaparse de ella sin fuerza ó destreza. Se le suministra mejor alimento, pero no se le da otra bebida que agua, y no puede hablar con sus parientes ó conocidos sin graves motivos que han de hacerse presentes, ni sin la presencia del carcelero, segun las circunstancias. La prision moderada puede hacerse menos suave con un ayuno mas riguroso algunos dias de la semana, en los cuales se da al preso solamente una libra de pan.

61. Los trabajos públicos tienen tambien sus grados de aumento, que consisten en la mayor dificultad, en la mayor fatiga, ó en la prolongacion del trabajo. La fijacion ó señalamiento conveniente del grado de aumento se deja al prudente arbitrio del juez, atendidas las circunstancias particulares de cada lugar ó pais."

62. Ademas de la proporcion que deben guardar las penas con los delitos y entre sí mismas, deben tener los requisitos siguientes para que produzcan el buen efecto que se propone el legislador: 1.º que sean irremisibles, esto es, que hayan de imponerse indispensablemente. Es seguro que cuando el hombre sabe positivamente que la ley es inflexible, y que si llega á delinquir, no ha de ser mirado con indulgencia, sino que precisamente ha de seguir el castigo á la perpetracion del delito, se retraerá de cometerle. Si por el contrario falta esta certidumbre, y el malvado se lisonjea con la esperanza de que podrá sustraerse al castigo, entonces dará rienda suelta á sus pasiones. Por consiguiente una pena, aunque sea muy grave ó severa, si no lleva consigo

la circunstancia de ser irremisible, hará menos impresion en el ánimo de un malvado, que otra mas moderada, pero de cuya inevitable aplicacion esté íntimamente persuadido: 2.º que la pena no se imponga por mero antojo ó un bárbaro deseo de hacer padecer para saciar venganzas, sino con un fin necesario ó por lo menos útil al bien del estado. Siendo el principal objeto de toda asociacion política la seguridad de la misma y de los individuos que la componen, síguese como consecuencia necesaria, que este debe ser tambien el primero y general fin de las penas. A este se agregan otros subordinados, cuales son, la correccion del delincuente para hacerle mejor, si puede ser, y para que no vuelva á dañar á la sociedad; el escarmiento y ejemplo para que otros se abstengan de delinquir; la seguridad de las personas y bienes de los ciudadanos; el resarcimiento ó reparacion del perjuicio causado al público ó á los particulares.

63. La enmienda del delincuente, dice el señor Lardizabal (1), es un objeto tan importante, que jamas debe perderle de vista el legislador en el establecimiento de las penas. Pero ¿cuantas veces por defecto de estas, en vez de corregirse el delincuente se hace peor y tal vez incurable, hasta el punto de verse la sociedad en precision de arrojarle de su seno como miembro gangrenado, porque ya no le puede sufrir sin peligro de que inficione á otros con su contagio? La experiencia nos enseña que la mayor parte de los que son condenados á presidios y arsenales vuelven siempre con mas vicios que fueron, y tal vez si se les hubiera impuesto otra pena, hubiera ganado la sociedad otros tantos ciudadanos útiles y provechosos. Esta es una prueba evidente de la indispensable necesidad que hay de casas de correccion, en las cuales se establezcan trabajos y castigos proporcionados á los delitos y delincuentes; pues siendo estos muchos y muy diversos, son muy pocos los géneros que hay de penas, de donde proviene que estas no se pueden proporcionar debidamente á los delitos, de suerte que no sean mayores ni menores de lo que corresponde, como es preciso para que no sean inútiles ni perjudiciales.

64. „En los arsenales y presidios no puede haber mas diferencia que la del mayor ó menor tiempo; pero la cualidad y esencia de la pena siempre es la misma, y todos los condenados á ella son reducidos indistintamente á la misma condicion infame y vil, lo que debe borrar en sus ánimos toda idea de honradez

1. *Discurso sobre las penas*, cap. 3. num. 4, y cap. 5. t. 3. num. 12. y sig.

y probidad: por lo cual es imposible que estas penas puedan ser proporcionadas á todo género de delitos, de donde provienen sin duda los malos efectos que causan. En las casas de correccion, cuyo único objeto debe ser este, pueden establecerse varios trabajos, castigos y correcciones en bastante número para aplicar á cada uno el remedio y la pena que le sea mas proporcionada, y de esta suerte se conseguirá sin duda la correccion de muchos que hoy se pierden por defecto de las penas.

65. „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 algun auxilio de tropa bastaría para gobernarlos.

66. „Es verdad que para algunos sería infructuosa la correccion. En este caso deberán ser condenados á los trabajos públicos, al servicio de las armas, cuando los delitos no sean incompatibles con él, y puedan ser útiles á la tropa los reos: también podrían aplicarse á las fábricas de salitres y de pólvora, y á las salinas, que es trabajo sencillo y de bastante fatiga. En América se destinan muchos reos á los obrages de paños y á las panaderías, aunque en esto hay ciertos abusos originados de la dureza y codicia de algunos dueños de obrages y panaderías; pero estos fácilmente se pueden remediar por un gobierno vigilante, si se tuviese por conveniente hacer semejantes aplicaciones. Podría acaso proporcionarse también, que los hospicios de las capitales de provincia destinasen en su recinto algun lugar fuerte y separado de lo restante de su habitacion en que se encerrasen algunos reos, y se les emplease en aserrar maderas, piedras, y hacer otros trabajos fuertes, para cuyo consumo pueda haber proporcion en las mismas capitales, quedando el producto para los hospicios, y aplicando á los reos el pré que se les había de dar, si fuesen á presidio ó á los trabajos públicos.”

67. Otro de los fines principales de las penas, como se ha indicado, es el escarmiento de los demás, pues como dice el Rey Don Alonso el Sabio: „la justicia non tan solamente debe ser cumplida en los hombres en los yerros que facen, mas aun porque los que la vieren tomen ende miedo é escarmiento.” En efecto el objeto de la justicia criminal, mas que la venganza de lo pasado, es el ejemplo para lo futuro; pues cometida una muerte, por ejemplo, ya no es posible deshacer aquel atentado, ni en-

mendarle por mas tormentos que se hagan padecer al delincuente. Ademas las leyes exentas de odio y de cólera imponen por una dura necesidad de la pena de muerte en tal caso, con cuya ejecucion se priva de otro individuo mas, lo cual siempre es una pérdida para el estado.

68. Para concluir este capítulo pondré como en el anterior ciertas máximas generales relativas á las penas (1).

1.^a La facultad de imponer penas es una atribucion propia del Soberano.

2.^a Las penas se imponen por el mal que el delincuente causa á la sociedad ó á alguno de sus individuos.

3.^a Las penas son corporales, de infamia ó pecuniarias.

4.^a Todas ellas deben guardar la debida proporcion con los delitos y entre sí mismas.

5.^a Esta proporcion debe graduarse por la calidad del delito y sus circunstancias.

6.^a Las penas no han de ser tales que ofendan el pudor ó la decencia pública.

7.^a Tampoco deberán ser excesivamente severas.

8.^a Todas ellas deben tener por objeto la utilidad pública.

9.^a No debe haber remision en aplicarlas cuando lo previene la ley.

1 Para la imposicion de penas debe tenerse presente la Real Orden de 28 de febrero de 1761, por la cual se sirvió mandar su Magestad, que para castigar los delitos que no causen infamia, se apliquen á las armas los que sean aptos para ellas, y que los jueces antes de pronunciar las sentencias

exploren los ánimos de tales delinquentes, para saber si libremente se conforman en servir voluntarios á su Magestad, en cuyo caso se pondrá el consentimiento, y se les admitirá por gracia la oferta, y no se dirá en la filiacion que es por pena.