

á la sociedad, y ademas por sus circunstancias: v. gr. calidades del ofensor y del ofendido, enlace de obligaciones que concurren entre uno y otro, su edad, estado, condicion, capacidad &c. lugar donde se cometió el delito, motivo que determinó la accion, y otras calidades que se han indicado.

47. Nona: el cómplice es tan delincuente como el reo principal, cuando uno y otro conspiraron de comun y previo acuerdo á un mismo intento, ó cuando la ayuda, proteccion, favor ó sugestion del cómplice fueron causa de que el delito se cometiese; pero de lo contrario será menos criminal.

48. Décima: para perseguir ó acusar los delitos hay cierto término determinado por las leyes.



## 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 clasificándolos se 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.

§. 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 carcel.

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 sugetos que tengan pundonor, y sean capaces de afectarse con la nota del oprobrio.

31. Debe usarse esta pena con economia, 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 privacion 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 analogia 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 si 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 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 delincuentes. 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 causarían 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-

1 Discurso sobre las penas, cap. 2. num. 32.

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 Lardizabal (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 (hablan 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 parecieron 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 T. VII.

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 á 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 conformaríamos 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 Principe* 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. pag. 38. §. 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 Principe* para que la corrija, explique ó modere. Estos son 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 querían 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 habersé 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 así 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, así 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 á su semejanza.” Añade:

1 Pag. 344. §. 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 nome, nin crucificar, nin despeñar.” Pero los copiladores de esta Partida no siempre respondieron á las intenciones del Monarca ni fueron consiguietes 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 inconsiguietes, porque sino se debe afeár 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 despeñar 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: „puédelo enforçar ó quemar ó echar á bestias bravas que lo maten (3).”

10. „La razon y la filosofia 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 dignidad, 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 designales como son las traiciones en los casos de la ley (5)? Así que justísimamente la

1 Ley 4. tit. 28. 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 traidor, há lugar en la traicion que es fecha con tra Rey ó al regno. Ca en la traicion que es fecha contra otro, non pasa la manciella al linage del traidor, 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 ficiere falsa moneda de oro ó de plata, ó de otro metal cualquier, que sea quemado por ello de manera que muerá (\*): » y de los segundos: » Cualquiera que falsase privilegio ó carta, ó bula, ó moneda, ó sello del Papa ó del Rey, ó si lo ficiere falsar á otro; 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 sabios 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 gallo, 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 ligonense en el siglo 13, como se demuestra por una escritura de donacion, otorgada en el año 1220 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 á la esfera, y de la clase inferior: á los primeros si falsea 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 falsedad ó de engaño fuere probado fasta en cien maravedis, pechelos duplados cuemo ladrón. » En materia de cien maravedis arriba, ó sobre delito de alterar el fuero, se agrava la pena: » De cien maravedis arriba, si penso fore en engaño, ó en el liro del fuero alguna cosa radiere ó annadiere, tanyenle el pulgar diestro, y el dño que por ende viniere pechel duplado. »

tias, cosan ó aten la boca del saco, et échenlo en la mar ó en el rio (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 acaesciese 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 cuento como sobredicho es de cada una de estas cosas facen grey, cualquier que tal furto faga debe morir por ello, maguer non oviese usado de facerlo 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 análisis y juicio crítico sin traspasar los limites 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. Añadí 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 aflige 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 pena est nisi invicto*. De-

clam. 11.

6 Discurso sobre las penas, página 20.

7 Acevedo 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 4 y siguientes, demuestra que las supremas potestades tienen un derecho legitimo para imponer la pena capital, siempre que sea conveniente y necesaria al bien de la república; 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. Parecería 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 Buisiris, 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 espectáculos, me contraeré á decir que en el dia se usan en España para quitar la vida á los delinquentes, 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 publica, 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 debería imponerse por delitos, que en sí son viles y denigrativos, pues de lo contrario la pena misma causaría 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 sodomia, *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 contravenirla 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 total 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