

26 No pretendo excluir por esto absolutamente los indultos y clemencia del Príncipe. No creo tampoco que la cuestión sobre si pueden concederlos ó no las Potestades Supremas sea tan peligrosa y tan difícil de decidir como pretende el ciudadano de Ginebra (1) que tuvo por más conveniente abandonarla á que la decidiera el que ó nunca pecó, ó nunca tendrá necesidad de indulto. La clemencia, esta virtud, que es la más bella prerrogativa del trono, ejercitada con prudencia y sabiduría puede producir admirables efectos. Cuando tiene peligro es tan visible que no se puede ocultar, y es también muy fácil saberla distinguir de la debilidad y de la impotencia. Hablo, pues, solamente de los jueces, porque la clemencia para perdonar es virtud del legislador, pero no de los depositarios y ejecutores de las leyes. (2)

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

28. Los que tanto aplauden la inconsiderada severidad de las penas de los gobiernos despóticos de la

(1) J. J. Rousseau, *Du Contr. social*, lib. 2., chap. 5.

[2] En Francia tienen los Obispos de Orleans el singular privilegio de conceder indultos. En el año de 1717 salieron por este medio de las prisiones novecientos reos. En el de 1753, conociendo el abuso de este enorme privilegio, y los perjuicios que puede causar, se restringió, determinando los casos en que debe tener lugar. Mr. Brissot de Warville, *Théorie des loix criminelles*, tom. 1, pág. 201. Mejor hubiera sido abolirle por exorbitante y perjudicial al bien público.

Asia (1) y su justicia expeditiva, ó por mejor decir, precipitada y violenta, no saben hacer todo el aprecio que merecen la vida y el honor de los hombres: y sería á la verdad una cosa muy extraña, como sabiamente dice el Presidente Montesquieu (2), que las gentes más ignoradas y bárbaras del Universo hubiesen acertado á pensar mejor que las demás naciones cultas en la cosa que más interesa á los hombres y más les importa saber. Aunque si hemos de dar crédito á dos escritores (3) modernos, que han tenido motivo y pro-

(1) Oleario, en su *Viaje*, pág. 668, refiere haber visto castigar en Persia á un usurero arrancándole los dientes á martillazos. Chardin dice [*Voyage*, tom. 6, pág. 302] que los panaderos que hacen fraude en el peso del pan ó lo venden á más de la tasa, son arrojados en un horno ardiendo. Este mismo delito dice Porter en la obra citada en la nota siguiente, part. 2, pág. 102, que se castiga en Turquía dando de palos al delincuente é imponiéndole una multa por la primera vez, y por la segunda ó tercera es ahorcado en un garfio de hierro que se clava en el dintel de su puerta. *Es muy común*, dice Porter, *tropezar, al pasar por las calles, con el cuerpo de un panadero que permanece colgado por tres dias consecutivos. Sin embargo, no son bastantes estos ejemplos, repetidos casi todas las semanas, para impedir el fraude.* Este es el efecto ordinario de la desproporción en las penas, y tan cierto es que la crueldad de ellas no es el mayor freno para contener los delitos.

(2) *De l'Espr. des loix*, lib. 6, chap. 2.

(3) Mr. Anquetil du Perron, de la Academia Real de las Inscripciones y Bellas Letras, intérprete de S. M. Cristianísima para las lenguas orientales, y el Caballero Porter, que vivió muchos años en Turquía en calidad de Ministro Plenipotenciario de S. M. Británica. Mr. Anquetil, en su obra intitulada *Legislation Orientale*, se propone probar por toda ella que en el Oriente se cultivan las ciencias, las artes, la agricultura y el comercio. Que en Turquía, en Persia y en el Indostán hay leyes escritas y costumbres que tienen fuerza de ley, por las cuales se deciden los negocios, y obligan no sólo á los particulares sino también á los Soberanos, quienes juran observarlas, ó á lo menos se obligan á ello por la misma religión respectiva que profesan. Que estas leyes están recogidas y ordenadas en códigos que son bien conocidos, comentados y citados por los jurisconsultos del país. Tales son el *Alcorán* para los mahometanos, el *Veda* para los Indios, el *Jasa Gengiskhani* para los Tártaros. Que en dichos imperios los particulares poseen en propiedad no sólo bienes muebles, sino también inmuebles y raíces, y está sólidamente establecido el derecho de sucesión de padres á hijos, y por consiguiente, es falso que el Soberano es heredero de todos los vasallos, y que no hay más propietario que él en el Imperio, como vulgarmente se cree.

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

29 Pero sea de esto lo que se quiera, no es ciertamente la crueldad de las penas el mayor freno para contener los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los magistrados, que deben ser inexorables en imponerlas. *Si se examina la*

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

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

Es cierto, en efecto, que los intereses y fines particulares han dirigido la pluma de algunos escritores en este asunto. Miguel Le Febvre escribió un tomo en cuarto bien abultado (*Théâtre de la Turquie*, París, 1686), en el cual se propuso juntar todos los defectos y vicios de los Turcos y de su gobierno con el fin, como él mismo lo dice expresamente en su prefacio, de hacerles despreciables y excitar á los Príncipes cristianos á la conquista de Turquía. «Un Turco animado del mismo espíritu pudiera haber dado á su patria, dice Mr. Anquetil, no uno, sino diez volúmenes en cuarto de nuestros vicios y defectos. ¿Y deberíamos por eso formar un concepto menos favorable que el que tenemos de nosotros mismos?»

Porter en sus *Observaciones sobre la religión, las leyes, el gobierno y costumbres de los Turcos* (part. I, pág. 57, trad. franc.) dice que entre los Musulmanes ha habido compiladores de leyes, los cuales, viendo que el Alcorán no comprendía todos los objetos del gobierno civil, suplieron lo que le faltaba; pero sin derogar en nada su autoridad: y «bajo el título especioso de «Comentarios, dice Porter, y de una extensión de las ideas del «Angel ó del Profeta, han formado un Código completo de leyes «civiles igual y semejante al Código, á las Pandectas ó Digesto,

causa de las relajaciones, dice el mismo Montesquieu (1), *se verá que proviene de la impunidad de los delitos, y no de la moderación de las penas*. En todos los países y tiempos en que se han usado castigos muy crueles,

«tan claro y tan extenso como Cujacio y Domat. Abu Hanife es uno de los primeros y principales comentadores del Alcorán: sus libros y los de sus discípulos son la regla por donde se administra la justicia en toda la extensión de la dominación turca en Europa y en Asia. De esta suerte se fueron aumentando las instituciones civiles y criminales conforme lo pedían los casos y las circunstancias: era indispensable hacer nuevos reglamentos cuando las conquistas, las riquezas y el lujo introdujeron nuevos delitos y nuevos motivos de contestaciones».....

«El ilustre Presidente Montesquieu [continúa Porter], engañado con autoridades equívocas, parece que quiere quitar absolutamente á los Turcos el derecho de propiedad, el de herencia, y el de sucesión, excluye de estos derechos á las mujeres, y reduce á nada, por decirlo así, todas sus leyes civiles. Si le hemos de creer, el despotismo del Gran Señor absorbe en este imperio todo el Código de la legislación. Cuando yo veo el admirable resultado y las juiciosas consecuencias que saca de un principio erróneo este hombre tan ilustrado como ingenioso, no puedo dejar de compadecerme de la condición humana. Este es un triste ejemplo, que prueba cuán sujetos estamos al error, y cuán engañosos suelen ser los más bellos razonamientos. Sin recurrir á los hechos, el capítulo sólo (del Alcorán) intitulado *Las Mujeres* de hubiera dado á conocer con cuánta precisión ha fijado y determinado el Profeta el orden de las sucesiones en las familias, casi respecto de los varones como de las hembras, y por consiguiente cuán seguras están por la autoridad de la ley, y puestas por ella á cubierto del poder del Sultán las propiedades de los particulares. Con poco trabajo se hubiera instruído también en el otro punto. Le habría sido muy fácil informarse del método con que actualmente se determinan los pleitos en los tribunales, y los libros que tienen autoridad en ellos para las decisiones legales. Hubiera visto que hay muchos que especifican y fijan hasta los términos y las circunstancias que hacen legal un contrato, ya se trate de la adquisición de tierras ó de casas, ya de ventas de animales, ó de cualquiera otra especie de mercancías. Es de creer que si hubiera leído estos libros, habría formado del despotismo de Turquía una idea enteramente distinta de la que ha adoptado en sus obras.»

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

[1] *De l'Espr. des loix*, liv. 6, chap. 12.

se han experimentado los más atroces é inhumanos delitos. Así lo atestiguan todas las historias, y así se experimenta en el Japón, en donde compite la crueldad de las penas con la atrocidad de los delitos, y son estos tan frecuentes como si absolutamente no se castigaran, según se refiere en la colección de los viajes que han servido para el establecimiento de la Compañía de las Indias.

30 Así es preciso que suceda por una razón muy natural. Al paso que se aumenta la crueldad de los castigos, se endurecen los ánimos (1) de los hombres, se llegan á familiarizar con ellos, y al cabo de tiempo no hacen ya bastante impresión para contener los impulsos y la fuerza siempre viva de las pasiones. *Los robos en los caminos, dice Montesquieu (2), eran frecuentes en algunos Estados: para contenerlos se inventó el suplicio de la rueda, que los suspendió por algún tiempo; pero después se ha robado como antes en los caminos.*

31 En Moscovia, á los defraudadores de la renta del tabaco se les impone la cruel para llamada Knout (3), que se reduce á azotar al delincuente hasta descubrirle los huesos. Sin embargo, los Moscovitas hacen el contrabando como en otras partes. Los que han examinado con reflexión la historia romana y las diversas revoluciones de este Imperio, han observado que del rigor se pasó á la indolencia, y de la indolencia á la impunidad (4).

(1) *Hujus generis supplicia vulgi animos non tam a saevitia avocant, quam ad quidvis agendum et patiendum effervant; nec acerbitate tam pravos deterret, quam assuetudine spectandi terrorem poenarum imminunt; praesertim si facinorosorum animi adversus vivi doloris cruciatus induruerint; apud vulgus enim imperitum confidentia pertinax constantis fiduciae plerumque laudem accipit.* Buchanan, lib. 10 *Rer. Scotticar.* Habla de las penas que se impusieron á los asesinos de Jacobo I.

[2] *De l'Espr. des loix, liv. 6, chap. 12.*

[3] Briss., *Theor.*, tom. I pág. 161.

[4] V. Montesq., *Considerat. sur les caus. de la grand. des Rom. et de leur décad.*

32 La última cualidad que hemos dicho que deben tener las penas, es ser dictadas por la misma ley. Los publicistas ponen justamente la potestad de imponer penas entre los derechos de la Majestad, que llaman inmanentes, esto es, inseparables de ella: y no carece enteramente de razón Hobbes (1) cuando dice que el imponer pena mayor que la determinada por la ley es una verdadera hostilidad. Sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador. Toda la facultad de los jueces debe reducirse únicamente á examinar si el acusado ha contravenido ó no á la ley, para absolverle ó condenarle en la pena señalada por ella.

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

34 De esta última clase hay muchas en nuestra legislación criminal, y por consiguiente mucho arbitrio en los tribunales y jueces, de donde resulta, como se ha dicho, ó la impunidad de los delitos, ó que un mismo delito se castigue con diversas penas, según la diversidad de jueces, y tal vez en un mismo tribunal en diversos tiempos, y según la diversidad de los que le componen.

35 Es verdad que nuestros legisladores claman contra el no uso de las leyes, declarando que todas las

(1) *Leviath., cap. 28.*

leyes (1) del Reino que expresamente no se hallan derogadas por otras posteriores, se deben observar literalmente sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso. Pero á pesar de tan expresa voluntad, repetidas veces declarada (2) por los Soberanos, la experiencia nos hace ver prácticamente que son muchísimas las leyes penales que, sin haber sido derogadas por otras están, enteramente sin uso alguno, dando lugar por este motivo al arbitrio de los jueces, y lo que es peor, sin que estos le tengan para dejarle de hacer así. No habrá hoy, por ejemplo, un juez que se atreva á mandar cortar la lengua al blasfemo, y la mano al escribano falsario, sin embargo de que estas son las penas impuestas á estos delitos por leyes (3) que no están expresamente derogadas por otras: y si hubiere alguno que quisiera resucitar estas leyes, creo seguramente que los tribunales superiores revocarían la sentencia, y el juez que la dió pasaría en el concepto del público por cruel y temerario. Hállanse, pues, los jueces y tribunales, por defecto de la legislación, en la fatal necesidad y dura alternativa de sufrir la nota de inhumanos, ó de no observar las leyes que han jurado cumplir.

36 Esto es preciso que así suceda, y la razón es clara. Las leyes humanas, como todas las cosas hechas por hombres, están sujetas á las alteraciones y mudanza de los tiempos. De aquí proviene que algunas leyes que cuando se establecieron eran útiles y convenientes, con el transcurso del tiempo dejan de serlo, en cuyo caso ya no es justo que se observen; y serán siempre inútiles los esfuerzos que las leyes hicieren en semejantes casos; porque no está en su potestad el mudar la opinión común de los hombres, las costum-

(1) *Aut. 2, tit. I, lib. 2.*

(2) *L. 3, tit. I, lib. 3 Recop., Aut. I. del mismo tit. y lib. L. 4, tit. 4, libro I. Orden. R.*

(3) *L. 4, tit. 28, Part. 7.-L. 2, tit. 4, lib. 8. Recop.-L. 19, tit. 19, Part. 3.-L. 6, tit. 7, Part. 7.*

bres generales y las diversas circunstancias de los tiempos, todo lo cual ha contribuido á que las leyes pierdan su fuerza y vigor. Así lo conoció el prudente Rey Felipe II, que se explica en estos términos (1): *Asimismo algunas de las dichas leyes (habla de las anteriores á la Nueva Recopilación) como quiera que sean y fuesen claras, y que según el tiempo en que fueron fechas y publicadas parecieron justas y convenientes, la experiencia ha mostrado que no pueden ni deben ser ejecutadas.*

37 Es á la verdad muy justo y muy conveniente á la República que las leyes establecidas y 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 nutrición repara las insensibles pero continuas pérdidas que padece diariamente todo cuerpo viviente. Del mismo modo, para que la legislación se mantenga siempre viva y en todo su vigor como conviene, es preciso que el legislador oportunamente subrogue nuevas leyes, á las que el transcurso del tiempo ha enervado y dejado sin uso. Esta fué la causa de que se hiciera la Nueva Recopilación (2), y esta misma está pidiendo que por la potestad legítima se reforme nuestra jurisprudencia criminal, fijando las penas que parecieren convenientes al estado y circunstancias actuales con toda claridad y precisión, para quitar de esta suerte en cuanto sea posible el arbitrio de los jueces.

38 He dicho en cuanto sea posible, porque muchas veces es preciso dejar á la prudencia del juez la aplicación 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. Así que, haciendo esta apli-

(1) Pragmat. declaratoria de la autoridad de las leyes de la Recop., que está al principio de ella.

(2) Pragmat. declaratoria arriba citada.

cación 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 está solamente en aprender á decorar las letras dellas, mas el verdadero entendimiento dellas*. Esto es, entender y penetrar el sentido de las palabras, y con él la mente del legislador.

39 No creo, pues, que sea tan peligroso como pretende el Marqués de Beccaria (2), el axioma común, *que propone por necesario consultar el espíritu de la ley*. Los inconvenientes contra que justamente declama, de que también hemos hecho mención, no provienen de consultar el espíritu de la ley, sino del arbitrio voluntario y no regulado de los jueces, cuyas causas hemos expuesto igualmente.

40 Cuando la ley es oscura, cuando, atendidas sus palabras, se duda prudentemente si la intención del legislador fué 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 intención, como se previene repetidas veces en nuestras leyes. (3).

41 Si la ley es clara y terminante, si sus palabras manifiestan que el ánimo del legislador fué incluir ó excluir el caso particular, entonces, aunque sea ó parezca dura y contra equidad, debe seguirse literalmente, verificándose en este caso lo que jurisconsulto Ulpiano dice de la disposición de una ley romana (4): Esto es á la verdad sumamente duro; pero así está es-

(1) L. 13, tit. I, Part. 7. Esta ley se tomó de la 17 ff. de Legib.

(2) *Trat. de Delit. y pen.*, 4.

(3) L. 3, tit. 1; l. 62, cap. 10, tit. 4, lib. 2, L. 13, cap. 7, tit. 28, lib. 8, *Recop. Aut.* I. y 2 tit.

(4) *Quod quidem per quamdurum est, sed ita lex scripta est.* L. 12, § I. ff. *Qui & a quibus manum.*

crito en la ley, y no queda más recurso que el de ocurrir al Príncipe para que la corrija, explique ó modere.

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

43 «Non se deben facer las leyes, dice el Rey Alonso (1), si non sobre las cosas que suelen acaescer á menudo. E por ende non ovieron los antiguos cuidados de las facer sobre las cosas que vinieron pocas veces, porque tuvieron *que se podría judgar por otro caso de la ley semejante que se fallase escrito.*» El Príncipe que actualmente nos gobierna piensa del mismo modo. «Mando así mismo, dice en una novísima ley (2), á todos los jueces y tribunales con el más serio encargo, que á los reos por cuyos delitos según la expresión literal ó equivalencia de razón de las leyes penales del reino corresponda la pena capital, se les imponga esta con toda exactitud, sin declinar al extremo de una nimia indulgencia, ni de una remisión arbitraria.» No puede explicarse con más claridad la diferencia que hay entre consultar el espíritu de la ley,

(1) L. 36, tit. 34, Part. 7.

(2) L. 13, cap. 6, tit. 24, lib. 8, *Recop.*

y tomarse los jueces el arbitrio que no deben, y que pretenden concederles algunos autores (1) malamente y con notable detrimento de la república, dando por asentado que todas las penas son arbitrarias, y por consiguiente que pueden alterarlas, aumentarlas ó disminuirlas á su arbitrio.

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

45 Fué uno acusado en Inglaterra por haberse casado con tres mujeres á un tiempo. Examinada la causa por los Jurados, declararon éstos haber cometido el acusado el delito que se le imputaba. Estando ya para ser condenado en la pena impuesta por la ley, el abogado del reo, conociendo el modo de pensar de su nación, alegó que la ley hablaba solamente de los que se casaban dos veces, y por consiguiente no podía comprender á su parte, porque se había casado tres. El

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

razonamiento del abogado hizo toda la impresión que podía desear en el ánimo de los jueces, y el reo quedó absuelto por haber despreciado muchas veces la ley que tanto querían observar (1).

46 Semejante al pasado es el alegato de otro inglés, que, habiendo cortado las narices á un enemigo suyo, y tratándose de imponerle la pena correspondiente, pretendió eximirse de ella con el pretexto de no estar comprendido en la ley, porque ésta sólo habla de mutilación de miembro. El Parlamento, para no cometer una injusticia, hizo antes de determinar la causa un Bill, en el cual declaró solemnemente que las narices deben colocarse en la clase de los miembros del cuerpo. Si el Parlamento hubiera consultado el espíritu de la ley, se habría ahorrado el trabajo de hacer un Bill tan extraordinario y tan poco correspondiente á un Cuerpo de sus circunstancias (2).

(Discurso sobre las penas, cap. II).

DEL TORMENTO

Mentietur in tormentis qui dolorem pati potest: mentietur qui non potest.

QUINTILIANO, *Instit. Orat.*, V, 4.

1. El tormento es comúnmente reputado por una de las pruebas y medios que hay para descubrir la verdad. Por esto extrañará acaso el lector que se trate de él en este Discurso, cuyo objeto son las penas y no las

(1) Briss., *Theor.*, tomo 2., p. 199.

(2) Briss., *tom. I*, pág. 126.

pruebas de los delitos. Pero como yo estoy íntimamente persuadido de que el tormento es una verdadera y gravísima pena, y sólo creo que es una prueba, no de la verdad, sino de la robustez ó delicadeza de los miembros del atormentado, una prueba (permítase esta expresión), una prueba de bomba judicial, por eso me ha parecido que debía tratar de él aquí, después de haber examinado la naturaleza, calidades y circunstancias de las demás penas.

2. Los mismos autores criminalistas más adictos al tormento hablan de él en términos que manifiestan bastante que, si no le tienen por una verdadera pena, le reputan á lo menos por una cosa tan atroz y terrible como la misma muerte. Farinacio (1) y otros autores que cita, dicen que no es lícito atormentar á ninguno sin indicios, en tanto grado, que si algún juez intentase hacerlo, se le puede resistir hasta matarle, sin incurrir en la pena ordinaria. Si esta doctrina es cierta, el tormento es igual á la pérdida de la vida, pues sólo por conservarla es lícito matar al injusto agresor, cuando no se puede defender de otro modo. ¿Y qué prueba es ésta tan dura y tan inhumana que se iguala con la misma muerte? Llámesele prueba, llámesele medio para descubrir la verdad, dénese todos los nombres que se quiera, para paliar su dureza y rigor, lo cierto es que sus efectos son tan terribles y dolorosos como los de las más atroces penas; y si, después de todo esto, esta llamada prueba es inútil para descubrir la verdad, ¿quién no ve que por sola esta razón debería proscribirse enteramente de la República?

3. Lo particular es que el mismo Farinacio, que da licencia para matar impunemente al juez que intenta atormentar sin indicios, dice en otra parte que, si los delitos fueren atroces y los sospechosos hombres

(1) *De Indic., quaest.* 37, n. 118.

de mala fe, se les puede atormentar con indicios menos suficientes ó leves, que según él mismo son aquellos que fácil y ordinariamente pueden no ser indicios, que es casi lo mismo que decir que se puede atormentar sin indicios. Pero en otro lugar lo asegura expresamente, cuya doctrina sigue Quevedo (1), diciendo que el mesonero, ventero, sus domésticos y familiares, siendo viles, «podrán ser atormentados sin indicios por el hurto cometido en los lugares que guardan ó en sus mesones, sólo por esta sospecha, y de que como viles habrán podido cometer esta bajeza, según Farinacio.» No es fácil conciliar la sentencia de ser lícito matar al juez que intentare atormentar sin indicios, con la de que se puede atormentar con sólo la sospecha de que uno puede haber cometido un delito. Pero á estos absurdos y contradicciones se exponen los que quieren defender el tormento (2); y no es extraño, pues las mismas leyes, por la naturaleza misma de las cosas, no han podido dejar de incurrir en cierta especie de contradicción, como se verá después.

4. Si el tormento se mira como pena, no hay caso ninguno en que pueda imponerse. No cuando el delito está plenamente probado, pues sería una tiranía cruel atormentar á un hombre sólo por saber con violencia de su boca lo que ya está legítimamente averiguado. No ignoro que algunos autores dicen que en delitos

(1) *De indicios y tormentos*, parte I, cap. I, pág. 8.

(2) Esto es tan cierto, que obligó á D. Lorenzo Matheu, hombre docto y juicioso, á decir que la tortura es enteramente arbitraria; y los autores tratan de ella con tanta incertidumbre y variedad, que muchos de ellos se contradicen á sí mismos, de suerte que se pueden alegar en pro y en contra sobre un mismo asunto. *Quaestionem aggredimur—dice—meo quidem iudicio prorsus arbitrarium, quum arbitrio boni ac prudentis iudicis relicta sit tota materia torturae, a quo dimanat, quod tam varie a Doctoribus criminalis doctrina passim traditur, ita ut plures sibi metipsis contrarii reperiantur, et non semel, sed saepius qui affirmativam sententiam tumentur, pro negativa adducantur, et e contra, quod cuicumque quaestionem nostrae controversiae speculanti clarissime constabit. Tract. de re crimin., quaest. 26.*

atrocísimos, en que conviene hacer un pronto y ejemplar castigo, se puede atormentar al reo convencido, para que, confesando en el tormento, se ejecute luego la sentencia sin embargo de apelación. ¡Opinión inhumana, que autoriza un medio injusto para cometer otra injusticia, cual es privar al reo de un recurso que la naturaleza ha concedido á todo hombre! Como si todo delito, sea el que fuere, no debiera castigarse con la mayor prontitud posible, pero sin atropellar los derechos de la naturaleza.

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

6. El católico y prudente rey Felipe II, por un edicto criminal de 9 de Julio de 1570, que refiere Van Espen (1), prohibió en los Países Bajos la aplicación del reo á la tortura cuando está plenamente probado el delito, declarando por abuso cualquiera costumbre, estatuto ó uso en contrario.

7. Tampoco puede imponerse el tormento, si se reputa por pena, cuando el delito no está plenamente probado, porque las leyes y la misma razón prohíben que

(1) *Quum probatio certa et indubitata fuerit, inhibemus, ne inflicta in reos tormentis questio adhibeatur, abrogantes etiam in hoc casu quamlibet consuetudinem, statutum aut usum contrarium, quae potius tamquam abusus reputanda sunt.* Van Espen, *Jus Eccles. Univers.*, part. 3, tit. 8, cap. 3, tom. 2, edit. Lovan. Lo mismo se determina en la ley 2, tit. 1, lib. 6, *Fuero Juzgo*. "Si el acusador, dice la ley, ó por sí mismo ó por otro demuestra el fecho todo como andido [como sucedió] á aquel á quien acusó antes que dé el escripto al juyz, así como es de suso dicho, el juyz non le debe mas atormintar, poys [pues] que descubierto es por aquel que lo acusó."

se pueda imponer pena á un hombre mientras se duda si es reo ó inocente, y ninguno puede ser tenido por reo antes de ser legítimamente declarado por la sentencia, y después de esta no se le puede imponer otra pena que la determinada por la ley. ¿Qué se diría de un juez que á un reo indiciado, y no convencido, le condenase á los duros trabajos de un arsenal, para que con la molestia y opresión del trabajo confesase el delito que se le imputaba? Pues no hay otra diferencia entre el tormento y los trabajos del arsenal, sino que los dolores del tormento son más pronto, pero más eficaces para arrancar la confesión que se solicita: y esto mismo hace ver que el tormento es una verdadera pena con nombre de prueba.

8. D. Pedro de Castro, acérrimo defensor y protector de la tortura, dice (1), *que no es necesario quitar al tormento el nombre de pena para salvar lo justo de él, porque la sospecha justa es punible.* Según esto, la sospecha que resulta contra el reo indiciado se castiga con el tormento, y por consiguiente deben quedar enteramente purgados los indicios. ¿Y cómo nos compondrá D. Pedro de Castro con esta doctrina la práctica común, tan definida por él mismo, de declarar en la sentencia de tormento que las probanzas, indicios y presunciones que resultan del proceso queden en todo su vigor y fuerza, para imponer la pena extraordinaria á los reos negativos, siendo un principio constante en el derecho y conforme á la razón que ningún delito se puede castigar dos veces?

9. Pero supongamos que el tormento no es pena, sino una prueba y medio para descubrir la verdad. Digo que es una prueba no sólo sumamente inútil para el fin que se solicita, y una prueba tan desigual, que el inocente siempre pierde, y el delincuente puede ganar: porque ó confiesa el inocente, y es conde-

(1) *Defensa de la tortura, part. 2, pág. 128.*

nado, ó niega, y después de haber sufrido el tormento, que no merecía, sufre también una pena extraordinaria que tampoco merece; pero el delincuente tiene un caso favorable, que es cuando tiene constancia para negar, y se libra de la pena que merecía.

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

11 «Se duda, dice S. Agustín (1), si uno ha cometido un delito, y para saberlo se le pone al tormento. «Si está inocente, sufrirá por un delito incierto una pena ciertísima, no porque se sepa que ha cometido el delito, sino porque no se sabe que no le ha cometido, y de esta suerte la ignorancia del juez muchas veces es causa de la calamidad del inocente. Pero lo más intolerable y digno de llorarse con fuentes de lágrimas es que, atormentando el juez al acusado, «por no quitarle la vida si era inocente, por la miseria de esta misma ignorancia mata atormentado é inocente á aquel mismo que atormentó por no quitarle la vida si acaso estaba inocente: porque si el que

(1) *De civit. Dei, lib. 19, cap. 6.*

«fué injustamente acusado por no poder sufrir los tormentos escogiere la muerte, dirá que cometió el delito que no ha cometido, y después de condenado y muerto aún no sabe todavía el juez si condenó á un inocente ó á un culpable.»

12 Es muy sólido y muy conveniente este razonamiento de San Agustín para dejar de conocer y confesar la grande falibilidad de la prueba del tormento: y de esta falibilidad síguese necesariamente su inutilidad, pues todo medio por el cual no se consigue el fin para que se estableció debe reputarse por enteramente inútil, y en este caso está el tormento. Así parece inferirse de las mismas leyes. El fin de éstas en establecerle fué poder imponer al reo la pena correspondiente, completando con su confesión la prueba que estaba incompleta. Pero las mismas leyes declaran esta confesión por de ningún valor y efecto, puesto que para que le tenga requieren precisamente que se haya de ratificar fuera del tormento, y si en la ratificación niega el reo lo que afirmó en el tormento, debe ser absuelto según la ley (1). He aquí una con-

(1) *Ley 26, Part. 7.* «E si por su consciencia [por su confesión], nin por las pruebas que fueren aduchas contra él, non lo fallare en culpa de aquel yerro sobre que fué acusado, *débelo dar por quito, é dar al acusador aquella mesma pena que daría al acusado.*» *La ley 4, tit. 30, Part. 7,* dice: «E si por aventura negase otro día delante del judgador lo que conociera [lo que había confesado] cuando lo atormentaron... débenlo aun meter otra vez á tormento; é si entonces non conociese el yerro, *débelo el judgador dar por quito.*» *La ley 2, tit. 1, lib. 6, Fuero Juzgo,* dice: *Si el tormintado manifiesta que fizo aquel pecado por ello, é si lo non manifiesta, el que lo acusó debe haber la pena que es dicha en la ley.* Esta pena es que el acusador se haga esclavo del atormentado.

Según el contexto de estas leyes, no alcanzo en qué pudieron fundarse los autores para decir que la absolución que conceden al que no confiesa en el tormento, debe entenderse de la pena ordinaria, más no de la extraordinaria, siendo así que no sólo reputan por suficientemente purgados los indicios, sino que declaran inocente al que no confiesa en el tormento, pues de otro modo no impondrían pena al acusador, que es lo mismo que declararle por calumniador. Sin embargo, no hay otro fundamento para imponer la pena extraordinaria á los reos negativos que la interpretación de los autores.

tradición: solicitar la ley la confesión del reo para condenarle y no darle fé á esta misma confesión.

13 D. Pedro de Castro dice (1) que el pedir la ratificación fuera del tormento no pudo ser por no dar fe á la confesión del reo, sino por puro favor que los legisladores han querido hacerle. De suerte que mira esta providencia de la ley como un acto de supererogación y de pura misericordia. Pero yo creo que es un acto de rigurosa justicia, muy propio de la equidad de los legisladores, y sin el cual sería notoriamente injusta la ley.

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

(1) *Def. de la tort.* pág. 30.

ha introducido por la interpretación de los autores y confirmado por el uso, aunque novísimamente está autorizado este uso entre los soldados por una ordenanza militar. (1)

15 Pregunta Don Pedro de Castro que *¿en qué ley consta que el pedirse la ratificación es por tenerse por de ninguna fé la confesión?* No era necesario que constara de ninguna ley, atendidas las razones que van expuestas. Sin embargo, es muy fácil responderle que consta no menos que de dos leyes, que lo dicen con toda claridad. La una es la ley 4, tit. 30, Part. 7, cuyas palabras son las siguientes: *E si no estonce non conosciere el yerro (el reo) debele el judgador dar por quitto, porque la conosciencia (la confesión) que fué fecha en el tormento, si non fuere confirmada después sin premia, non es valedera.* La otra ley es la 5, tit. 13, Part. 3, que dice así: *Por premia de tormentos ó de feridas ó por miedo de muerte, ó de desonra que quieren facer á los omes, conocen (confiesan) á las vegadas algunas cosas, que de su grado non las conoscerían. E por ende decimos que la conosciencia que fuere fecha en alguna destas maneras, que non debe valer, nin empece al que la yáce. Pero si aquel que fué atormentado conosciere después, de su llana voluntad é sin tormento, aquello mismo que conosció cuando le facían la premia, é infincó después en aquella conosciencia, non le dando después tormentos nin le haciendo menaza de ellos, valdrá bien así como si lo oviese conosció sin premia ninguna. Dar fé á una cosa, y declararla al mismo tiempo inválida, para aquello mismo para que sí da fe, es una contradicción que no conciliará tan fácilmente Don Pedro de Castro: y así es preciso que confiese, ó que estas leyes se contradicen, ó que no dan crédito á la confesión forzada en el tormento.*

(1) Ordenanzas de S. M. para el régimen de sus ejércitos. *Trat.* 8, tit. 5, n. 49.