

expresamente que mandó escribir las leyes no escritas de sus mayores (1).

No hay razón ninguna para creer que los godos antes de Eurico no tuviesen leyes de esta clase, y lo contrario se deduce no oscuramente del mismo san Isidoro, que, hablando de la reforma que Leovigildo hizo en las leyes, dice que añadió muchas que Eurico había dejado de poner (2). Para decir con propiedad que Eurico omitió y dejó de poner muchas leyes, que esto es lo que en rigor significa la voz *praetermissas* de que usa el santo, era preciso que estuviesen hechas estas leyes antes de Eurico; y con efecto: de Ermanarico, rey de los godos, anterior á la introducción entre ellos del uso de la escritura, dice Jornandes (3) que sujetó muchas y muy belicosas naciones, y las obligó á que obedecieran sus leyes; y Franquenau, ó más bien don Juan Lucas Cortés, citando á Goldasto, dice que Ataúlfo mandó á sus súbditos que juntamente con sus leyes propias obedecieran las romanas; prueba una y otra de que entre los godos hubo leyes antes que el uso de la escritura, y de que Eurico no fué su primer legislador.

El padre Berganza (4), dando á las referidas palabras de san Isidoro su propio y verdadero sentido, dijo con más exactitud: «Eurico fué el primer rey de los godos que mandó recopilar las leyes de sus antecesores y las suyas propias que había mandado promulgar,

(1) «Leges patrum nostrorum quae scriptae non erant condidimus, et pro communi omnium gentis nostrae utilitate... in hoc membranarum scribere iussimus.» Ap. Murator., italic. scrip., tom. I, pág. 2.

(2) «In legibus quoque ea quae ab Eurico incondite constituta videbantur correxit, plurimas leges praetermissas adjiciens, plurisque superfluas auferens.» *Hist. Gothor.*, in Leovigildo.

(3) «Ermanaricus nobilissimus Amalorum in regno successit, qui multas, et belicosissimas Arctos fientes perdomuit, suisque parere legibus facit. Quem merito nonnulli Alexandro Magno comparaverunt maiores.» *De Getar. sive Gothor., orig. et reb. gest.*, cap. 23.

(4) *Antigüed. de Esp.*, tom. I, pág. 4.

y dispuso que fuesen puestas por escrito». Con la misma propiedad dijo también de Eurico el cronicón de Cardaña: *éste puso primero leyes por escrito.*

Si san Isidoro hubiera creído que Eurico había sido el primer legislador de los godos, seguramente no habría dejado de decirlo en obsequio de su nación, cuando en el libro 5 de sus Etimologías trató de los primeros legisladores de los hebreos, griegos, egipcios y romanos; y el no haber puesto entre ellos á Eurico como el primer legislador de su nación es una prueba muy eficaz, aunque negativa, de que no le tuvo por tal.

(Discurso sobre la legislación de los visigodos, cap. I.)

DE LAS CUALIDADES

y circunstancias que deben concurrir en las penas para ser útiles y convenientes.

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

2 Este es puntualmente el fin y objeto de las leyes criminales, tan antiguas por esta razón como la misma sociedad, y de las cuales, como se ha dicho, depende inmediatamente la justa libertad del ciudadano, y por consiguiente su verdadera felicidad. Mas para que es-

tas leyes consigan tan saludable fin, es necesario que las penas impuestas por ellas se deriven de la naturaleza de los delitos; que sean proporcionadas á ellos; que sean públicas, prontas, irremisibles y necesarias; que sean lo menos ríguosas que fuere posible, atendidas las circunstancias: finalmente, que sean dictadas por la misma ley.

3 Si las penas no se derivaren de la naturaleza de los delitos, si no tuvieren cierta analogía con ellos, se transformarán todas las ideas y verdaderas nociones de la justicia; se confundirán las personas con las cosas, la vida del hombre con sus bienes; se apreciarán estos tanto ó más que su honra (1); se redimirán con penas pecuniarias las violencias y delitos contra la seguridad personal: inconveniente en que cayeron muchas de nuestras leyes antiguas, dictadas por el espíritu feudal, y que debe evitarse en toda buena legislación, como se dirá después.

4 Triunfa la libertad, dice el Presidente Montesquieu (2), cuando las leyes criminales sacan las penas que imponen de la naturaleza particular de cada delito, porque entonces cesa todo arbitrio, y la pena no se deriva de la voluntad ó del capricho del legistador, sino de la naturaleza de la misma cosa, y así no es el hombre el que hace violencia al hombre cuando se le castiga, sino sus mismas acciones: reflexiones que había hecho Cicerón (3) mucho tiempo antes.

5 Todos los delitos que pueden cometerse se redu-

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

(2) *De l'esprit des loix*, lib. 12, chap. 4.

(3) *De Leg.*, III. «*Noxiae poena par esto, ut suo vitio quisque plectatur: vis capite, avaritia multa, honoris cupiditas ignominia sanciantur.*»

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

6 No faltan ejemplos de esto en nuestras mismas leyes. *La ley 8, tit. I, lib. I de la Recopilación* prohíbe que se hagan duelos y llantos por los difuntos, desfigurando y rasgando las caras, mesando los cabellos y haciendo otras cosas semejantes, *porque es defendido, dice la ley, por la Santa Escritura, y es cosa que no place á Dios:* y si algunos lo hicieren, se manda á los prelados adviertan á los clérigos, cuando fueren con la cruz á casa del difunto, y hallaren que están haciendo alguna cosa de las dichas, *que se tornen con la cruz, y no entren con ella do estuviere el dicho finado; y á los que lo tal ficieren, que no los acojan en las Iglesias fasta un mes, ni digan las horas cuando entraren haciendo los dichos llantos fasta que hagan penitencia dello.* *La ley 32, tit. 9, Part. I* al que fuere excomulgado, y pasado un año se mantuviese en la excomuni6n, le impone por pena que *si oviere patronadgo en alguna Iglesia, ó otro derecho alguno porque debiese rescebir della, piérdelo por todo aquel tiempo que finca en descomuni6n.*

7 Del mismo modo los delitos contra las costumbres se deben castigar con la privaci6n de las ventajas y beneficios que ofrece la sociedad á los que conservan la pureza de ellas. La vergüenza, el oprobio, el desprecio, la expulsión del lugar serán penas corres-

pondientes: así como lo serán para contener los delitos que perturban la tranquilidad privar á los delincuentes de la misma tranquilidad, ya quitándoles la libertad, ya expeliéndolos de la sociedad que perturban. Por la misma razón debe rehusarse la seguridad al que perturba la de los otros, castigándole con penas corporales, pecuniarias ó de infamia, según que él perturbase la seguridad de la persona, de los bienes ó de la honra de sus conciudadanos.

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

9 Sucede también algunas veces que las penas que se derivan de la naturaleza de los delitos, ó no son bastantes por sí solas para escarmentar al delincuente, ó no se pueden imponer. Las penas religiosas, por ejemplo, podrán tal vez no ser bastantes para contener á los sacrílegos; entonces es necesario usar de penas civiles. El que invade los bienes de otro sin perjudicarle en su persona, debería ser castigado con penas pecuniarias; pero si no tiene bienes, como sucede muchas veces, no debe quedar el delito impune. En todos estos casos y otros semejantes es necesario imponer otras penas; pero procurando siempre apartarse lo menos que sea posible de la analogía que debe haber entre la pena y el delito: regla que no se ha observado en algunas de nuestras leyes. La ley 6, tit. 6, lib. 6 del *Ordenamiento Real* manda que si algunas personas ocuparen las rentas reales, que paguen la dicha toma con las

setenas, y si no tuviere de que lo pagar cumplidamente, que muera por ello. Lo mismo determina la ley I, tit. 17, Part. 2 acerca de los que ocultaren y se apropiaren algunos bienes raíces del Rey. Pero como quiera que sea, las excepciones arriba dichas no falsifican la regla propuesta, pues generalmente hablando siempre es cierto que las penas para ser útiles deben derivarse de la naturaleza de los delitos, por ser el medio más seguro para guardar la debida proporción, que es la otra cualidad que hemos dicho deben tener las penas.

10 Disputan los jurisconsultos sobre la proporción que debe guardarse en la imposición de las penas. Comunmente dicen que la geométrica, á distinción de los contratos, en los cuales debe guardarse la aritmética. Pero esto no es tan constante que muchas veces no se observe lo contrario. En el contrato de sociedad, por ejemplo, se distribuyen las ganancias con proporción geométrica, y para resarcir el daño causado por un delito se usará de la aritmética. Bodino (1), de la mezcla de estas dos proporciones formó otra tercera, que llamó armónica, que es la que según él debe guardarse en la imposición de las penas, y que le impugnan otros autores.

11 Pero, prescindiendo de esta disputa, cuya decisión no es necesaria para nuestro asunto, lo cierto es que entre la pena y el delito debe haber cierta igualdad, á cuya regulación contribuyen todas las circunstancias que constituyen la naturaleza del delito, de las que se tratará en su lugar correspondiente. Esta igualdad es la que llamamos proporción entre la pena y el delito, y la que es absolutamente necesaria, por ser el alma y el principal nervio de toda buena legislación criminal, la cual, faltándole esta proporción, se destruirá por sí misma, á manera de un vasto edificio en el cual los pesos menores se cargasen sobre las

(1) *De Rep.*, lib. 6, c. ult.

más fuertes columnas, y los más enormes sobre las más débiles.

12 La razón misma dicta que el delito grave se castigue con más severidad que el leve (1). Si la ley no hace esta justa distinción en las penas, los hombres tampoco harán diferencia entre los delitos, y de esta injusta igualdad resulta una muy singular contradicción, cual es que las leyes tengan que castigar delitos que ellas mismas han ocasionado, á la manera que de Domiciano refiere Zonaras que imponía la pena de adulterio á las mujeres de que él mismo había abusado.

13 Las leyes, por ejemplo, que imponen pena capital indistintamente al ladrón que roba y asesina en un camino y al que se contenta sólo con robar ¿cuántos asesinatos habrán causado, aunque contra su intención, que no se habrían cometido si se hubiera guardado la debida proporción en las penas? El ladrón que sabe que mate ó no mate ha de sufrir la pena capital por sólo el hecho de haber robado en un camino, quita la vida al que roba, porque este es un medio de ocultar su delito y evitar el castigo, ó á lo menos de dificultar y dilatar su prueba. Y he aquí cómo la misma ley expone la vida del hombre por conservar sus bienes, y obliga á un facineroso á cometer dos delitos, cuando acaso sólo pensaría en uno. Es verdad que el que sale á robar á un camino no sólo quita los bienes, sino que también perturba la seguridad de la persona y la pública que debe haber en los caminos. Pero esto lo que prueba es que semejantes robos deben castigarse con mayor pena que los que no tienen estas circunstancias; mas nunca probará que deba imponerse

(1) Dracón castigaba con la misma pena al que hurtaba una berza y al que cometía un sacrilegio. Con una desproporción tan injusta en las penas no podía durar mucho tiempo la República, y así Solón, más prudente y más humano, derogó todas las injustas leyes de Dracón, y gobernó felizmente á los Atenieçses. Plutarco en la *Vida* de Solón.

la pena capital, porque la seguridad personal consta de muchos grados desde la perturbación de la tranquilidad hasta la privación de la vida, los cuales nunca deben confundirse por las leyes; de otro modo una injuria personal, unos golpes, una herida deberían castigarse con la misma pena que el homicidio.

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

15. Otra contradicción no menos singular que causa la desproporción de las penas es hacer impunes y más frecuentes aquellos mismos delitos que con más cuidado y esfuerzo pretende extirpar la ley. Tal es el efecto que entre nosotros ha causado la pena capital

impuesta al hurto doméstico, al simple cometido en la Corte, y al bancarrota fraudulento, que oculta los bienes ó se alza con ellos. Un hombre á quien un doméstico suyo le hace algún hurto, que sabe que si le acusa y se le prueba le han de imponer la pena capital, conociendo la infinita distancia que hay entre cincuenta pesos (1), por ejemplo, y la vida del hombre más miserable, temiendo los perpetuos remordimientos que le atormentarían si por esta causa hiciese quitarle la vida, y temiendo también la censura de los demás, y la nota en que justamente incurriría por semejante procedimiento, á menos de no estar enteramente poseído de un vilísimo interés y despojado de todo sentimiento de humanidad, no se atreve á denunciar el delito, y se contenta con echar de su casa al que le cometió, el cual con esta confianza va haciendo lo mismo á cuantas partes va, y de esta suerte, en vez de contener los hurtos domésticos, la gravedad de la pena sólo sirve para fomentarlos con la impunidad. La experiencia es la mejor prueba de la verdad de este discurso.

16. Si en lugar de la pena de muerte se impusiera otra proporcionada, los robados no tendrían repugnancia en acusar, ni los testigos en deponer: se evitarían muchos juramentos falsos, se castigarían más seguramente los hurtos, y se corregirían muchos ladrones, que ahora acaso se hacen incorregibles por la impunidad, y de hurtos domésticos pasan á cometer otros delitos más graves. Es verdad que la confianza que es preciso tener en los domésticos les dá más proporción y facilidad para ser infieles, y por consiguiente es ne-

[1] Por un decreto de 13 de Abril de 1764 se manda observar la pragmática de 23 de Febrero de 1734, que es el Auto acordado 19, tít. II, lib. 8, por el cual se impone la pena capital á los hurtos cometidos en la Corte, extendiendo la cantidad de dicha pragmática á cincuenta pesos, y se manda que se practique en todo el Reino y Corona de Aragón, y se comprendan en la pragmática los hurtos ejecutados por los domésticos.

cesario contener con el rigor esta facilidad. De aquí se infiere que los hurtos domésticos deben castigarse con más rigor que los simples, pero esto debe ser guardando siempre la analogía y debida proporción entre la pena y el delito, la cual no se guarda ciertamente imponiéndole la pena capital.

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

18. Un sabio legislador no imitará ciertamente á aquel Emperador griego, de quien refiere Nicéforo que, habiéndose suscitado una grande sedición en Constantinopla, y descubierto el autor de ella, le impuso la pena de azotes, y habiendo este mismo impostor acusado falsamente á algunas personas de autoridad, le condenó á ser quemado. ¡Extraña graduación entre el

delito de lesa majestad y el de calumnia! No es menos extraña la ley de los antiguos Sajones y Burgundiones que castigaba con pena capital el hurto de un caballo, de una colmena de abejas ó de un buey, y con multa pecuniaria la muerte de un hombre (1). Semejantes leyes, al paso que por una parte manifiestan su crueldad, abren por otra una puerta muy ancha á los más atroces delitos.

19 Uno de los fines más esenciales de las penas, como se dirá después, es el ejemplo que con ellas debe darse para que sirva de escarmiento á los que no han delinquido, y se abstengan de hacerlo, y por esta razón hemos dicho que deben ser públicas. «Paladinamente debe ser fecha» (dice una ley de Partida) (2) la justicia de aquellos que ovieren fecho por qué deban morir, porque los otros que lo vieren é lo oyeren, resciban ende miedo é escarmiento (3) diciendo al Alcalde ó el Pregonero ante las gentes los yerros por que los matan. No es ciertamente digna de imitación la costumbre que

(1) *Qui nobilem occiderit ICCCCXL solidis componat. Rueda quod dicitur apud Saxones CXX solidis, & inter premium CXX solidis. . . . Qui caballum furaverit, capite puniatur. Qui alvearium apum intra septem alterius furaverit, capite puniatur. . . . Qui bovem quadrimum, qui duos solidos valet, nocte furto abstulerit, capite puniatur. Lex Saxonum, cap. 2, § I, y cap. 4, § I, 2, 5. apud Lindembrog. Cod. leg. antiq., págs. 475, 476.*

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

[2] *L. II, 31 Part. 7.*

[3] *Animadversiones, quo notiores sunt, plus ad exemplum emendationemque proficiunt. Séneca, De Ira, lib. 3, c. 19. Quotiens noxios crucifigimus, celeberrimae eliguntur viae, uti plurimi intueri, plurimi commoveri hoc metu possint. Quintil., declam. 274. La ley 7, tit. 4, lib. 7 del Fuero juzgo dice: Todo juiz que debe justizar algún malfechor, non lo debe facer en ascuso, mas paladinamente ante todos.*

Herodoto refiere (1) de los Lacedemonios, que ejecutaban los suplicios en medio de las tinieblas de la noche. Los castigos secretos prueban, ó impotencia y debilidad en el gobierno, ó injusticia y atrocidad en la pena (2).

20 Es muy útil y también muy conforme al espíritu de la ley de Partida, que acabamos de citar, la costumbre que hay en Francia, digna de ser adoptada entre nosotros. Cuando se condena allí un reo á la pena capital, se imprime la sentencia (3) con un breve extracto de la causa, y se vende al público el día de la ejecución. Semejantes papeles causarían en el pueblo efectos harto más saludables que los romances de guapos y valentones, llenos de embustes y patrañas, que andan publicando los ciegos por las calles. El producto de ellos podría invertirse con utilidad en beneficio de los pobres de la cárcel.

21 Estas relaciones suplirían también en algún modo la conexión y unión de estas dos ideas, delito y pena, que debería grabarse profundamente en los ánimos, y que regularmente se desvanece por la mucha distancia que suele haber entre la ejecución del delito y la imposición de la pena. Decía un filósofo chino (4) que, como el eco sigue á la voz, y la sombra al cuerpo, la pena debe seguir al delito.

22 La unión de las ideas es el cimiento de la fá-

[1] *In Melpom.*

[2] *Feriat in foro, omnes videant. . . . scelus est in convivio daminare hominem. Séneca, IV Controv. 25. El Emperador Maximiliano I abolió el año de 1512 el famoso tribunal secreto de Westfalia, en el cual se condenaba á un acusado en secreto sin formalidad ninguna, sin oírle ni convencerle. Algunos atribuyen su creación á Carlo Magno, diciendo que lo hizo para domar la dureza de los Sajones. Pero nunca puede haber razón para atropellar el derecho de la naturaleza.*

[3] En Inglaterra se publican las sentencias pronunciadas contra los reos, se hace mención de ellas en los papeles públicos, y hay un diario destinado para dar cuenta de los trials que salen cada mes.

[4] P. Du-Hald., *Descr. de la Chin.*, tom. 2.