

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 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

CAPITULO ALFONSO
DE ARAGON
D. A. N. E. I.

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 ICCXXL 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, § 1, y cap. 4, § 1, 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. Jubeamus, 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, § 1. y cap. 50. § 1. 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, ut 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.

brica del entendimiento humano, y puede con verdad decirse que sobre las tiernas fibras del cerebro está fundada la basa inalterable de los más firmes Imperios. Mas para conservar en el entendimiento la unión de las ideas, deben estas ser realmente inseparables en los objetos. Es, pues, necesario, que la pena siga inmediatamente al delito. Es muy importante que el delito se mire siempre como causa de la pena, y la pena como efecto del delito. Si se quiere mantener el orden público, es necesario observar con vigilancia á los malos, perseguirlos sin intermisión y castigarlos con prontitud.

23 Así lo han creído también nuestros legisladores. Una ley de Partida (1) manda que ninguna causa criminal pueda durar más de dos años. En el Auto acordado 21, tit. II, lib. 8, se manda que todas las causas que se fulminaren, así de oficio como á querrela particular en materia de hurtos, robos, latrocinios cometidos en la Corte y cinco leguas de su rastro, se hayan de sustanciar y determinar precisamente en el término de treinta días. La misma razón hay para extender esta providencia á todos los lugares fuera de la Corte, no siendo el hurto de muchos cómplices, en cuyo caso se deberá fijar un tiempo proporcionado; y aunque no se prescriba el término preciso de treinta días para las demás causas criminales, se deberían cortar muchas dilaciones, que, no siendo necesarias para la justa defensa de los reos, les son á ellos mismos sumamente perjudiciales, igualmente que á la causa pública, á la cual importa que los delitos se castiguen con toda la brevedad posible.

24 Si la prontitud en el castigo hace la pena más útil, también la hace más justa. Cualquier reo, mientras no es convencido y condenado legítimamente, es acreedor de justicia á todos los miramientos que dicta

[1] L. 7, tit. 29, Part. 7.

la humanidad. Débensele excusar, por consiguiente, en cuanto sea posible, las aficciones y ansiedades que trae consigo una larga y penosa incertidumbre de su suerte, la cual se aumenta con la privación de la libertad, con las molestias y vejaciones de la prisión, las cuales deben excusarse enteramente, por ser contrarias al derecho natural, siempre que no sean precisamente necesarias para la seguridad de la persona, ó para que no se oculten las pruebas del delito: porque *la cárcel, dice el Rey Don Alfonso (1), debe ser para guardar los presos, é non para facerles enemiga, nin otro mal, nin darles pena en ella.* Por esta misma razón prohíbe la ley (2) que se pueda condenar á ningún hombre libre á cárcel perpetua; y otra (3) manda que si, después de haber estado un acusado dos años en la cárcel, no se le probase el delito, *que sea sacado de la cárcel en que está preso, é dado por quito.*

25 Pero no bastará la prontitud en la pena para que produzca buenos efectos, si al mismo tiempo no es irremisible, que es la otra cualidad que debe tener. La ciencia cierta de que el que comete un delito ha de ser infaliblemente castigado, es un freno muy poderoso para contener, aun cuando las penas sean moderadas. Por el contrario, la esperanza de la impunidad (4) es un incentivo para el delito, y hace despreciar aun las más rigurosas penas. Toda la indulgencia y humanidad á que es acreedor el reo antes de ser legítimamente convencido, debe convertirse después de su convicción en inflexibilidad y constancia para imponerle la pena establecida por la ley, sin que quede arbitrio ninguno para hacer otra cosa.

(1) L. II, tit. 29, Part. 7.—Ley 8. § 9. ff. de Poen.

(2) L. 4, tit. 41, Part. 7.

(3) L. 7, tit. 29, Part. 7.

(4) *Crescit multitudo peccantium, quum redimendi peccati spes datur, & facile itur ad culpas, ubi est venalis ignoscentium gratia.* Arnob., lib. 7.

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 días 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, traduc. 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. 1 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.