

ble nuestro primer trabajo, ora en los mismos pensamientos, ora en su forma y expresion.

Es, pues, la obra que publicamos hoy, si no un libro nuevo, distinto de nuestra edicion primera, por lo menos un libro muy mejorado, y que creemos sinceramente más digno del objeto á que se consagra, y de las personas que hubieren de consultarle.—Si no hemos hecho más, culpa es de nuestra inteligencia, y de ningun modo falta de nuestro deséo.

## INTRODUCCION.

No hay ley alguna en la historia del género humano que pueda disputar á la ley penal la preferencia en el orden cronológico: no hay ley alguna que aparezca primero que esa ley, desde el nacimiento mismo, desde el primer albor de las sociedades.

Consultemos, si no, á la razon pura; preguntemos á la inteligencia, que es la norma y el principio en estas investigaciones filosóficas. La razon y la inteligencia nos responderán que todavía no se han formulado la propiedad ni su derecho, primera ocasion, cuando no primer origen, de la ley civil:—que todavía no se ha recorrido la época del patriarcado, situacion anterior á toda ley política:—y que ya concebimos desde aquellos momentos la lesion de los bienes y derechos personales, la injuria corporal, la asechanza contra el libre ejercicio de nuestras acciones, el crimen, en fin, en su aspecto primitivo y feroz; y por consiguiente, las ideas de represion, de expiacion, de castigo, bases de toda ley penal, que son sus naturales é imprescindibles resultados.

Tomemos, si se quiere, otro camino diverso, y consultemos á otra distinta autoridad. En vez de preguntarlo á la razon, demandémoslo á los antiquisimos anales del mundo. Abramos el libro donde los consignó la inspiracion divina. Ellos nos confirmarán en la misma idéa, y justificarán la propia observacion que la inteligencia nos habia presentado. En la época misteriosa que precede allí á la poblacion del orbe, un crimen y su castigo constituyen toda la historia de nuestros primeros padres. Arrojados estos en seguida sobre la haz de la tier-

ra, aún no son mas que tres hombres los que por ella vagan, aún se encuentran todos ligados con estrechísimos vínculos, animados del íntimo sentimiento de paternidad y de hermandad; y ved aquí que uno de los tres se hace reo de homicidio, y descubre á la naturaleza asombrada el hasta entónces desconocido espectáculo de la muerte.

Todos los fundamentos, pues, de nuestra credibilidad, así la reflexion como la historia, así la tradicion como el interior convencimiento, todos nos dan por resultado lo que hemos escrito á la cabeza de este Discurso: la ley penal es cronológicamente la primitiva entre las leyes humanas.

Ni podia ser de otro modo. La libertad, innata en el hombre, traía como forzosa ilacion el posible quebrantamiento de las reglas naturales que le rigen: el quebrantamiento de esas reglas era moralmente el delito; desgraciada, pero inevitable consecuencia de aquella libertad. No era menester que transcurriese tiempo, que se desenvolvieran las costumbres, que progresaran y tomaran vuelo los institutos sociales, para que él ostentase en el mundo su fatal presencia: reato necesario de la grandeza y la miseria que nos cupieron en suerte, habia de aparecer con el hombre desde su propio origen, y de seguirle por do quiera, como si fuese su sombra. El mal moral, la culpa, el delito, es uno de los misterios de la creacion: existió desde que fué nacida nuestra especie, y durará sin extinguirse lo que nuestra especie durare. Apareciendo, hubo de producir sin intermision alguna, la idéa del castigo, con todas las que le son accesorias; y estas idéas engendraron inmediatamente la de la ley penal, manifestacion y aplicacion de la justicia divina á los males sociales y en los acontecimientos del mundo.

Reflejos débiles, trasuntos lejanos de esa suprema justicia, el poder de los patriarcas, primero; el poder de los soberanos y de las naciones, despues, declararon los delitos, y señalaron las penas que habian de imponérseles. Esta fué, de seguro, la primera obra de su autoridad. No encontraréis ni en la historia antigua ni en la moderna, ni en el fondo de la Escitia, ni en las islas más remotas de la Australia, sociedad alguna, por primitiva y salvaje que se le suponga, en la que se carezca de leyes penales. Donde quiera se conoce y se distingue el delito: donde quiera se castiga á sus perpetradores, á los culpados en él. Ni es ciertamente menor la importancia de estas leyes á que

vamos aludiendo, que lo son la antigüedad y la universalidad de las mismas. Si en el orden cronológico las hemos llamado las primeras entre las leyes humanas; en el orden del interés social, de la dignidad de nuestra especie, de la alteza de su objeto, del cumplimiento y realizacion de la justicia absoluta, no debemos, no podemos rebajarlas un ápice de esa distinguida y elevada situacion.

Por el fin á que se dirige, nada hay mas necesario que la justicia criminal. Suprimidla, y las sociedades se convierten en un caos. Todos los derechos, aun la propia existencia del hombre, quedan abandonados y sin garantías. Dios no existe para semejantes pueblos.

Por el objeto sobre que recae, nada hay mas digno, nada hay mas eminente que aquella: nada demanda mayor reflexion, mayor consideracion en su ejercicio. No son los bienes temporales que poseemos, sino nosotros propios, nuestra libertad y nuestro ser, la materia en que se hace sentir esa autoridad durísima. Sus extravíos son irreparables: sangre, lágrimas, miseria y orfandad, son el acompañamiento de sus aciertos dolorosos y de sus mas dolorosos errores.

En fin, por su naturaleza y su carácter propios, ella es ó debe ser la mas directa aplicacion de la justicia divina. No hay aquí lo convencional del orden político, lo indiferente del orden civil. El juez que interroga, que condena ó que absuelve al acusado, es la mas propia imágen sobre la tierra del supremo Autor y del terrible Juez del universo. Su autoridad, ó un destello de su autoridad, es aquí la que el hombre ejerce: su fallo y su juicio, ó una palabra de su fallo y de su juicio, son los que éste pronuncia ó debe pronunciar en sus sentencias.

Y sin embargo de cuanto acabamos de decir, esa ley penal tan antigua, esa ley penal de tanto interés, ha sido la última entre todas las leyes, á la cual se han aplicado los grandes progresos de nuestra inteligencia, la última en que se han ocupado los buenos estudios, la última, en fin, acerca de la cual se han formulado teorías dignas de este nombre. La ciencia de las leyes políticas y de las leyes civiles traen su principio desde la filosofía griega, origen de nuestra civilizacion: la ciencia de las leyes criminales no se remonta mas allá del siglo décimo octavo. Bien puede decirse que nuestros padres la han hecho, y que la hemos visto nacer nosotros propios.

Es verdad, ciertamente, que la ley penal no ha aparecido en

sus primeros tiempos, ni aun durante una larga serie de siglos y generaciones, como la concebimos, como la aprobamos, como la formulamos en el día. Es verdad que ninguna otra ley ha permanecido tanto en lo que podemos llamar su estado de infancia. Es verdad que ninguna ha variado tan profunda y frecuentemente como ésta. Es verdad que no hay ninguna que sea por su índole propia, tan progresiva y tan perfectible.

No es así, de seguro, la ley civil. En los objetos que á ella corresponden, en los medios de que se vale, si no puede decirse que el género humano es estacionario del todo, bien se debe afirmar que marcha con pausa, que varía rara vez, que es por largos siglos constante y permanente. La constitucion de la familia y la ordenacion de la propiedad, nada ó apenas nada han variado durante el curso de nuestra historia. En vano han combatido los tiempos contra esa muralla de pórfido: solo le han arrancado fragmentos imperceptibles, cuya falta no compromete en lo mas mínimo su seguridad, ni su firmeza.

Así no puede extrañarse que la ley haya sido, y sea constantemente una misma, en este círculo de que ahora hablamos. Luego que fué encontrada, existió ya, para no trastornarse en sus fundamentos. No hay que buscar otros: no hay que darse en esta materia á la invencion. El derecho de Roma es el derecho de los pueblos modernos, y las sentencias de Ulpiano y de Paulo son los dogmas de nuestro foro. Vanamente han transcurrido trece centurias, y un sinnúmero de revoluciones, desde que la Instituta de Justiniano salió á luz como epitome y compendio de tal justicia: despues de esas revoluciones y de esos siglos, compendio y epitome de semejante justicia es, y nada nuevo ha podido escribirse que la desaloje del preeminente lugar, en que la colocaran sus entendidos contemporáneos.

La legislacion política tiene á la verdad otro y distinto carácter. En ella no es posible la permanencia que acabamos designar como atributo de la precedente: graves modificaciones, cambios radicales, trastornos de capital importancia, son en esta esfera comunes acontecimientos. Agítanse los pueblos, modificanse y se trastornan las clases sociales; y es necesario que tal agitacion se refleje en los gobiernos respectivos. La democracia, la aristocracia, la monarquía, los sistemas mixtos ó templados, se suceden en el mundo con más ó menos rapidez. Aun sin variar muchas veces el nombre ni la totalidad de la forma, se realizan hechos interiores, que conmueven y afec-

tan á la naturaleza de los gobiernos. Corremos en fin incessantemente, corre la humanidad todo el ámbito de un inmenso círculo, cuya circunferencia va tocando por medio de figuras inscritas, ora sencillas y claras, ora confusas y extravagantes.

Pero aquí ha sucedido otra cosa, que no es ménos digna de observacion. La inteligencia humana se dedicó muy desde los principios al exámen de esta ley política; y desde muy luego sorprendió tambien todos sus secretos, y redujo á teorías todas sus posibilidades. En el primer período de nuestra civilizacion y nuestra historia, en el mismo período griego, tenemos ya practicados y explicados cuantos linages de gobernacion habian de producir despues todas las revoluciones de los siglos. Esparta, Atenas y Cartago son los modelos perdurables de lo que ha de hacerse por donde quiera, siempre que se cansen los pueblos de sufrir la pura monarquía. — ¡Tánto era necesario que nada faltase en aquel período, y que apareciese de una vez toda la doctrina social, que hasta los delirios del comunismo tienen su primer palabra en el divino Platon!

De manera, que aun cuando la legislacion política ha cambiado frecuentemente, bien hemos podido decir que se agitaba dentro de ese círculo, sin hacer otra cosa que inscribirse en su circunferencia. Ha sido varia, mas bien que progresiva, en el bueno y filosófico sentido de estas expresiones.

La constantemente progresiva, la constantemente perfectible, pero perfectible y progresiva sobre todo en estos siglos que ahora atravesamos, es la legislacion á que se consagra la presente obra: la legislacion, el derecho penal. Si el gérmen de este derecho precedió á todo otro gérmen análogo; si su aparicion fué la primera entre tales apariciones, tambien su marcha ha sido continua, y su desarrollo y sus adelantos son un hecho distintivo de la moderna civilizacion.

En el principio, en el fundamento de las leyes penales, en el *factum* de la propia penalidad, sintética y supremamente considerada, hay, no solo semejanza, sino cuanta identidad es posible, entre ideas ahora claras, entónces confusas, por todo el curso de nuestra historia. La base del crimen y la del castigo son esencialmente unas mismas, durante la larga sucesion de seis mil años. Nociones ingénitas de la mente humana, necesidades imprescindibles de nuestro ser, condiciones necesarias de la sociedad, han permanecido invariables, como nuestra mente,

como nuestro ser, como la existencia de esa sociedad propia.

Pero cuando se consideran mas de cerca ese crimen y ese castigo; cuando se fija la vista en sus detalles y pormenores; cuando se quiere comparar á estos entre sí, tomándolos de distintas épocas, nada hay ménos igual, ménos parecido que los unos á los otros. La ley penal se ha renovado, se renueva, y no puede dejar de renovarse continuamente en sus formas y preceptos; lo que dispuso en las pasadas edades no es lo que dispone en el día, ni lo que dispondrá en las edades venideras. Declaró delitos que ahora no lo son, y prescindió de otros, á los que tenemos ó tendrán nuestros hijos como tales: empleó castigos que no podrian emplearse actualmente, y no acudió ni echó mano de aquellos que nos parecen á nosotros más propios, mas útiles, mas legítimos. Es, en una palabra, un incesante movimiento lo que constituye la historia, y, por decirlo así, la ley de esta ley. Solo que aquí, á diferencia de lo que sucede en la política, no nos hemos agitado dentro del círculo, ni marchado por figuras inscritas en su circunferencia, sin alcanzar á traspasarla. El horizonte ha sido libre, el camino franco y abierto; y si alguna vez se ha recaído en puntos andados y justamente abandonados, muy en breve ha podido volverse á seguir la conveniente marcha, con progreso verdadero y real, dirigiéndonos á otros espacios á donde nos llevan las nuevas necesidades, y que ilumina mas cada momento la brillante luz de la razon.

Detengámonos todavía en este punto, y conozcamos aún mejor en qué consisten, y de qué proceden esas variaciones analíticas y esa unidad sintética de la ley penal.

Hemos dicho ya que el delito, en sus nociones fundamentales, ha sido y es siempre uno. El delito, en efecto, es el mal, en cuanto accion humana; y la índole del mal, las ideas que le constituyen, ni han dejado de ser en toda ocasion unas propias, ni podrán dejar de serlo, mientras no cambie nuestra naturaleza. El delito es la desobediencia á los preceptos de la ley. El delito es la damnificacion de los derechos humanos. El delito es la conculcacion de las cosas santas. Todo ésto forma y realiza el mal: todo esto se concibe y se comprende en su idea: todo esto ha aparecido y aparecerá como vituperable, como condenable, como punible, en el ánimo y en la conciencia de los hombres, en tanto que los hombres tengan conciencia y tengan razon.

Pero si las nociones fundamentales que acabamos de exponer permanecen en todo tiempo unas y las mismas; sus formas, su extension, su aplicacion, cuanto es transitorio y accidental en ellas, cambia, se modifica y se torna con el eterno giro de las sociedades y de los pensamientos humanos. El mal es uno, uno siempre; pero los males varían, segun las épocas, y los pueblos, y las doctrinas, y las costumbres. Sucédenos aqui lo que tambien sucede en otros análogos y concordantes fenómenos del mundo moral. El deber es uno; pero los deberes son diversos, con arreglo á las edades y á las naciones. El derecho es uno; pero los derechos se aumentan, se disminuyen, se truecan y modifican segun la civilizacion. Lo santo es uno; pero no en todas partes está concebida ni aplicada su idea de la misma suerte, no en todas partes alcanza la santidad á los propios objetos.

Así, la base suprema, como decíamos ántes, el origen racional, el fundamento primitivo del delito, mas ó ménos distintamente percibidos y explicados, son tan inmutables, tan eternos, como la razon: la parte aplicativa y el hecho material del delito propio son tan poco constantes, tan modificables, tan sujetos á variacion y tránsito, como los inmensos accidentes que caracterizan á las sociedades humanas. Cuanto concurre en estas para hacerlas movibles, los intereses y las ideas, las necesidades y las doctrinas, otro tanto concurre en aquel para dar á sus formas una idéntica movilidad.

Esto por lo que hace á las acciones que son objeto de las penas. Pero lo mismo que con ellas sucede, bajo este punto de vista en que las hemos considerado, sucede tambien con los castigos, con las penas propias. Iguales circunstancias existen en su nocion y en sus accidentes. Su idea primitiva es del mismo modo una é idéntica á sí; su aplicacion y su realizacion han dado lugar á los propios cambios que en los delitos acaban de señalarse.

Discurriendo primitiva y fundamentalmente, remontándonos á la idea esencial de la pena ó del castigo, no encontraremos en ella otra cosa, sino la nocion de un mal que se ha de imponer á los culpados, en expiacion y como consecuencia de aquel otro, llamado crimen, por el que conturbaron la sociedad y dañaron á sus semejantes. Esa reaccion que pide el instinto, que aprueba la conciencia, que justifica la razon desapasionada, esa es la que ha constituido, y constituye, y ha de cons-

tituir mientras el mundo existiere, el eterno, indestructible principio de la penalidad. En el mal para el delincuente consiste la esencia del castigo; como en el mal, conocido y voluntario, hecho al inocente y á la sociedad entera, consiste la esencia del crimen. Así, la *materia penal*, los elementos de este género de justicia, son el catálogo de los males de que dispone el legislador, como sancion de sus preceptos, designándolos al juez para que los aplique en cada caso á los infractores de la ley.

Mas esa lista no es eterna y siempre la propia: ese catálogo no puede ménos de ser variable, de ser rectificable al infinito. Cada estado de la sociedad, cada paso en el desarrollo de su civilizacion, cada alto en la marcha ó progresiva ó retrógrada de las idéas, suministran una porcion de males diferentes, ó cambian y trastornan el valor, ya absoluto, ya relativo, de los que hasta entónces se conocieran y apreciaran. El arsenal, pues, de las penas está sujeto á ese flujo y reflujo de las necesidades y de las opiniones. Lo que en otro tiempo importara un gran mal, puede ser en el dia un mal pequeño: lo que en otro tiempo se estimara levisimo castigo, puede ser en el dia pena de gravedad intolerable. Aun aquello que de ninguna suerte debió ocurrir á los antiguos legisladores como elemento de sancion criminal, porque no era mirado contemporáneamente como mal efectivo, tal vez lo será y se ofrecerá en primera línea á legisladores de épocas diversas.

Véase, pues, cómo la movilidad de la forma en las penas no es ménos grande ni ménos notoria que la movilidad de la forma en los delitos. Véase tambien, sin necesidad de grandes cavilaciones, que no ha de ser ménos fecunda. Si bastaba con una de ellas para el incesante movimiento en que hemos hecho consistir la historia de la ley penal, mucho mas autorizados estaremos ahora para hacerlo, despues de la observacion de esa doble causa y del análisis de ese doble y concordante principio.

Mas á pesar de todos estos motivos, que podemos llamar naturales é internos, deseamos que no se pierda de vista aquel otro que anteriormente hemos indicado. Siempre insistiremos en él, señalándole por una de las primeras causas de esta perdurable variacion. La inteligencia humana, que estudió tan perfectamente todo lo relativo á la ley política y á la ley civil, dejó (ya lo hemos dicho) abandonada la penal á los oscuros é instintivos esfuerzos de legisladores ó apasionados ó ignoran-

tes. Faltó aquí el torrente de luz que iluminara á aquellas otras leyes: faltó el espíritu de sistema y de ciencia, que en aquellas otras se habia ensayado. Completamente ciega la antigüedad acerca de la naturaleza del mal y de su origen, misterio que no podia declararle su filosofía pagana, no comprendió la verdadera índole del delito ni la de la pena, y no sintió, como era consiguiente, la gravedad y la importancia de las teorías que lo regulasen.

El instinto solo, y cuando más esas escasas derivaciones de la ley política, fueron, pues, en los primitivos tiempos los únicos fundamentos de la penal. Ninguna coordinacion, ninguna reflexion, ningun espíritu de proporcion ni de concordancia presidieron á su obra. Si la razon ilustrada que hoy nos dirige en estos estudios, encuentra y señala á las veces acierto en aquellas leyes criminales, si justifica con sus meditaciones y científicas consideraciones lo que el mero instinto inspiró á nuestros antepasados; consiste únicamente en que el instinto es por lo comun una insigne guia, siempre que no se halla extraviado por pasiones de mal género; y en que los que siguen sus inspiraciones suelen acertar en muchos casos, aún sin saber por qué aciertan, y sin tener la conciencia de lo que hacen. Son empíricos, que administran medicamentos útiles, y que curan graves enfermedades, careciendo de toda idea de medicina. Son oradores salvages, que conmueven, careciendo de toda idéa sobre los afectos humanos. Es la naturaleza, y no la ciencia, quien ha hecho su obra.

Tal fué la ley penal: tal y de semejante índole la encontramos, cuando queremos considerarla en los momentos de su aparicion, y aun en muy largos períodos de su historia. Entre lo que era entónces, y lo que es y debe ser en el dia, apenas hay otros puntos de semejanza que esas bases capitales, nociones ingénitas del crimen abstracto y de la pena en general, cuyo carácter no admite variacion en tanto que dure nuestra especie. Pero por lo demás, comparando lo de entónces con lo de ahora, los crímenes son ordinariamente distintos, y las penas diferentes, cuanto es posible que unos y otros lo sean, en el estrecho círculo de las acciones humanas que producen el mal, y de los males de que puede disponer el legislador. Y en cuanto á la parte científica, á la ordenacion de un sistema filosófico, á la proporcion y medida de los unos con los otros males, ya de los crímenes con los castigos, ya