

pena de muerte seguía aplicada á los que robasen en cualquier parte del reino cinco ovejas, ó valor de una peseta en Madrid: y en este punto no solo estaba la aplicación en las leyes, sino que pocos años há se ejecutaban estas con una severidad draconiana. La sodomía y la heregía eran también crímenes mortales; y las hogueras de la Inquisición se han encendido mas de una vez para los judaizantes y los hechiceros.

Hé aquí lo que habíamos adelantado en seis siglos, los últimos de los cuales habían sido de grandeza, de poder, de ilustración.

Y aun todavía nos falta una pincelada esencial en este cuadro, todavía nos falta referir una disposición característica, que ya hemos indicado, pero que no debe quedar confusa ni olvidada en la historia de nuestra ley penal.—Cuando llegó un momento en que no solo la conciencia común se sublevó contra el sistema de sus leyes, sino en que muchas de estas fueron materialmente inaplicables, por los cambios ocurridos en toda la faz de la sociedad; entónces, el legislador tomó el partido mas breve y mas sencillo, y dejando de buscar y de señalar él la pena que correspondiese á cada crimen, autorizó á los tribunales para que prudencial, esto es, arbitrariamente, impusiesen el castigo ó corrección que creyesen mas adecuado, ó mas merecido, según la índole y naturaleza del delito que se les presentara.

Así, ninguna nueva y mas exacta definición del crimen; las mismas ó casi las mismas penas que en los siglos medios; y por complemento, la arbitrariedad, reconocida y ordenada como principio en nuestros tribunales: hé aquí la idea perfecta del derecho penal que nos ha regido hasta los momentos presentes.

Si semejantes absurdas instituciones han podido sufrirse, si la sociedad entera no ha lanzado de continuo un grito de horror contra tan bárbaro peso como era el que le aquejaba, esto es fácil de concebir y de explicar, cuando se consideran los muchos concordantes motivos que lo han ocasionado. El hábito de verlos constantemente, de no haber conocido su principio, quita una parte de su dureza á los mas duros preceptos, porque nos familiariza con sus disposiciones; ni aun cree el mayor número que lo que siempre contempló de una manera, pueda ser, á la verdad, de otra manera distinta. Después de esto, el objeto de la legislación penal son los hombres

criminales; y ha sido necesario todo el gran progreso moderno de la filosofía, para que en esos hombres se reconozca real y verdaderamente prójimos, dignos de nuestra consideración, dignos de nuestro interés. No hace tanto tiempo que á cualquier acusado se le consideraba como á un enfermo de peste, con quien no era un deber la caridad: no hace tanto tiempo que, repugnando la propia conciencia lo que las leyes penales establecían, inclinábase, sin embargo, la frente delante de sus preceptos, y se atribuía á estos mismos una superioridad misteriosa de experiencia y de razón, que no consentía dejar de respetarlos. La santidad característica de la ley balanceaba la impiedad ó el error de sus disposiciones.

Y después de todo, esa arbitrariedad misma erigida en sistema, dulcificando hasta cierto punto los mas crudos castigos de las antiguas leyes, aplicando en medio de su barbarie el contrapeso del buen sentido y de la humanidad, servía de lenitivo á la inmensidad de sus males, y hacía mas llevadera su subsistencia. La arbitrariedad, que es en este punto la injusticia y el desórden, era, sin embargo, un bien, como correctivo de otra injusticia mayor, de la barbarie del precepto. ¡A tal punto de confusión se había llegado, que aquella, un mal, era remedio de otro mayor mal; y que sin lo vago y anárquico, lo fijo y lo permanente se habría encontrado insoportable!

Mas no se crea que esta desgraciada situación ha sido en los tiempos modernos propia y peculiar de nuestra España. Toda Europa marchaba por el mismo camino; toda se ha igualado en esta materia por el mismo nivel. Procediendo en toda ella la ley, primero, de la legislación romana, y después, de las costumbres que trajeron los pueblos germánicos, en toda ella han existido los mismos orígenes, y han producido frutos semejantes á los de la Península. La barbarie, la ignorancia, el feudalismo, generales fueron por donde quiera. Si nosotros hemos tenido alguna institución particular, la Inquisición por ejemplo, cuyo efecto fuera desastroso; en otras naciones ha habido también hechos particulares, que han producido para la legislación idénticos resultados. Aun en cierto tiempo les hemos llevado ventajas, y sobresalido por la ilustración en medio de todas. Las partidas no tienen nada igual, no digamos en Alemania, en Francia, en Inglaterra, pero ni aun en Italia misma. El siglo de los Reyes Católicos y de Carlos I, brilla entre cualesquiera otros siglos de esta parte del mundo.

Era, pues, una misma la condicion de todos los países europeos en la materia de que vamos hablando. Las repúblicas de Italia no respetaban más los derechos del hombre, que los estados monárquicos de esta parte de los Alpes. En Francia se atormentaba como en Castilla, se quemaba como en Castilla, y se despedazaba á un reo vivo entre cuatro caballos, lo cual nunca se hizo en Castilla. En Inglaterra, si habian tenido la fortuna de conservar un principio de humanidad y de justicia en el procedimiento, la ley penal era tan bárbara y atroz como podia serlo en cualquiera otra parte. Allí sucedia en realidad con el jurado, lo que ha sucedido entre nosotros con la facultad arbitraria concedida á los tribunales: cuando la ley señalaba un castigo repugnante, el jurado absolvía, declarando no culpable al reo. Desórden tambien como el que notábamos entre nosotros; pero desórden que, lo mismo que aquí, tenia á su favor la humanidad, y se recomendaba á la indulgencia de todos los hombres, que sintiesen algo en su corazon.

Ahora bien: ¿era posible que semejante situacion se eternizase? ¿Era posible que esa bárbara y anárquica rutina, que por tantos siglos venia constituyendo la jurisprudencia, no tuviese, en fin, su término providencial, sustituyendo á semejantes leyes otras leyes dignas de este nombre, y llenándose aquel vacío de doctrinas, con doctrinas que satisficiesen la humanidad y la razon? Cuando la filosofía moderna cambiaba la faz del mundo, cuando su espíritu inquiria el por qué de todas las cosas, cuando la razon ascendia á un solio mas elevado que los solios de los Reyes; imposible era que sus efectos no alcanzasen á la esfera de esta ley, y que esta ley no se reformara y progresara, en medio de la reforma y del progreso comun.

Tarde quizá, mas tarde que en otras materias, llegó ese acontecimiento que la inteligencia señalaba como preciso; pero llegó en fin, como no podia ménos de llegar. A la segunda mitad del siglo XVIII el lombardo Beccaria somete al tribunal del corazon la obra del absurdo y de la ignorancia; poco despues el inglés Bentham, la somete al tribunal del análisis. Al mismo tiempo la revolucion francesa conmueve y trastorna el mundo. Al reconstituirse aquel estado, Napoleon ordena su inmortal código. La teoría toma posesion de los hechos. La doctrina filosófica es ya la base del derecho penal.

Pasamos ligeramente sobre estos acontecimientos, porque son historia contemporánea. El progreso de la legislacion pe-

nal, el cambio inmenso que en sus doctrinas y en sus disposiciones se ha verificado de ochenta años á esta parte, de nadie es ciertamente desconocido. Las teorías modernas sobre esta materia llenan y satisfacen el mundo. Los códigos ó las leyes se han multiplicado por donde quiera. Cae la obra de los pasados siglos, y se eleva en su lugar la obra del siglo presente. La atencion pública se dedica con preferencia á este objeto; y la razon universal dice sin contradiccion lo que hemos dicho nosotros al principio de este Discurso: ni en el orden cronológico, ni en el orden de íntima y verdadera importancia, hay ley alguna que aparezca primero, ni que tan alto se eleve, como la ley penal. Ella es la primitiva, ella es la mas alta y digna de todas.

Cuando este movimiento que acabamos de describir, nació, y creció, y se realizó en medio de Europa; nuestra España aunque colocada en sus límites extremos, no pudo dejar de seguirlo, no pudo ser extraña á su influencia. La levadura filosófica fermentó tambien en su seno. La ilustracion se derramó por sus provincias. Los Ministros de nuestros Reyes Borbones auxiliaron y favorecieron la aparicion y la dilatacion de la luz. El Consejo de Castilla consintió que las obras de Beccaria y de Filangieri corriesen en castellano, y las defendió contra el Santo Oficio que las amenazaba. Campomanes y Jovellanos proclamaron la necesidad de las reformas; y la del derecho penal iba comprendida, como otras mil, en sus intentos. Lardizábal, otro magistrado, se hacia el auxiliar de aquellos inmortales escritores. El mismo Bentham pasaba los Pirineos desde principios de nuestro siglo, ántes de que estallase la revolucion en nuestras provincias, ántes de 1808 y 1810.

No hay necesidad de decir si en las épocas ó en las situaciones que esas dos fechas inauguran, se fijaría la atencion en la ley penal. El gobierno de José Bonaparte, procedente del imperial de Francia, queria de seguro importarnos los códigos de aquel Estado; á la manera que nos queria importar otras mil instituciones del propio origen. Si él hubiese continuado, las leyes francesas habrian sido traducidas: toda la legislacion napoleónica habria venido á regir de este lado del Pirineo. Por lo que hace á las Córtes de Cádiz, casi desde el primer momento de su reunion indicaron en este particular el propósito que las animaba: solo la imperiosa y preferente necesidad de la guerra pudo ser parte para que no llevaran á cabo su glo-

rioso pensamiento. Aun así, ya consagraron algunos artículos en su constitucion de 1812 á la administracion de la justicia criminal, y fijaron principios, dignos de la altura á que se habia elevado esta parte de la ciencia del derecho.

El hecho es que, desde por aquellos años, la necesidad de la reforma estaba completamente sentida, y no podia tardar la reforma misma en realizarse. Ya en los tiempos que corríamos, era la opinion, mas que nunca lo habia sido, la reina del mundo; y cuando verdaderamente se pronunciaba por cualquier idéa, ésta no podia ménos de triunfar y de elevarse á la dominacion. Pues que la conciencia pública condenaba sin piedad lo existente, lo existente debia muy luego desaparecer.

Queremos ocuparnos aquí de una nueva y científica dificultad que en el presente siglo se ha suscitado acerca de las reformas legislativas. Verdad es que, en rigor, ha sido algo mas reciente que la época á que vamos aludiendo: en 1808 y 1810 no surgia aún esta controversia, pero nació de allí á poco, y quizá se la presentia en aquellos mismos instantes. El abuso de las reformas racionalistas se habia palpado ya en algunos países, y era natural y sencillo que apareciese la teoría llamada histórica, á la cual hemos hecho mas arriba una ligerísima alusion.—Hablemos, pues, de tan importante materia.

Cuando en el siglo anterior la célebre filosofía reformadora, llamada la filosofía por antonomasia, consiguió alzarse con el dominio del pensamiento, y decretó en su triunfo la revision de todas las legislaciones; arrastrada por el espíritu revolucionario, que era su espíritu; llevando instintivamente por objeto el mayor trastorno y la mayor perfeccion posible de la sociedad, no pudo ni aun poner en duda por un solo instante que eran códigos nuevos, cuerpos completos, legislaciones enteras, las que reclamaba la humanidad, y las que ella estaba destinada á proporcionar al mundo. Su pensamiento natural, sencillo, necesario, fué el de acabar con todo lo existente, en cuanto lo existente era del todo condenable, y levantar un edificio de nueva planta en lugar del que derruía. Y volvemos á decir que ese espíritu y ese intento no eran de índole perversa, ni indicaban el horrible placer de una destruccion reflexiva y criminal: procedia en ello el sistema filosófico con una cándida espontaneidad, con una conviccion tan profunda como inocente, con una perfecta consecuencia de la idéa que le habia traído, del fin providencial adonde en-

caminaba sus pasos. El nombre de ese fin y de esa idéa era este solo nombre: *revolucion*.

Por eso la asamblea nacional de Francia hizo la constitucion de 1781, y no un mero *bill* de derechos, como las cámaras inglesas de 1688: por eso el primer cónsul Bonaparte hizo redactar en el Consejo de Estado los célebres códigos civil y criminal que han llevado su nombre, el nombre de Código-Napoleon.

Pero cuando pasó el primer empuje revolucionario, y la razon desapasionada pudo calcular las consecuencias de aquel, fué natural cosa que se presentaran algunas dudas sobre la conveniencia de todo lo que se habia emprendido, particularmente en la forma en que se habia emprendido. ¿No se habia llevado muy allá el instinto de destruccion y el sistema del trastorno completo? ¿No se habian pasado en este punto los límites racionales? ¿No se habian comprometido las mismas reformas, por el giro revolucionario que las ordenara y presidiera? ¿Habia necesidad de tanto, y no era injusto cuanto no fuera preciso?—Hé aquí lo que en todas las materias que habian sido objeto de la revolucion, pensó y dudó, y no pudo ménos de pensar y dudar, la inteligencia humana.

Contra el elemento racional, que desbordadamente corriera, y que sin límite lo habia inundado todo, se levantó el elemento histórico, que sostenia la conservacion de cuanto pudiera conservarse. Cayó en descrédito para muchos la causa constitucional de 1790, con cuanto le era adherente; y cobró favor la imitacion del *bill* de derechos de Inglaterra, y de cuanto le era análogo. La necesidad de la reforma no se extinguió de seguro; pero se le fijaron otros límites y otro proceder. Ya no se quiso destruir sino lo ménos posible, y conservar todo lo que no fuera absolutamente condenable. A la época del liberalismo, sucedió la época que se ha llamado doctrinaria. A la constitucion de la asamblea nacional, sucedió la carta de Luis XVIII.

Este fenómeno natural, indispensable, que traia en política la eterna ley de las reacciones, se verificaba tambien en la esfera de la legislacion. Lo que en aquella representaban la constitucion y la carta que acabamos de citar, representaban en esta segunda la codificacion y las leyes especiales, el sistema de la escuela racional y el de la escuela histórica. Proponíase el primero hacer nuevos y completos códigos, reformar plena-

mente las legislaciones, que tenia en gran parte, cuando no en todo, por malas: sostenia el segundo que era necesario no tocar en su generalidad á lo que habia hecho santo y legitimo la sucesion de los tiempos, y que podia alcanzarse todo bien, y mayor aun que por el otro arriesgado camino, derogando y modificando cada una de por sí, y con la detencion conveniente las leyes especiales que lo necesitasen.

Esta contienda, que hace algunos años se formuló en Alemania, y que de allí ha corrido por todos los pueblos europeos, tuvo por principales sostenedores, de la una parte, á Savigny y á sus discípulos; y de la otra á Thibaut y á los suyos, á la escuela de Bentham, á la mayoría de los jurisconsultos franceses, españoles é italianos.

Llevados naturalmente nosotros á decir sobre ello algunas pocas palabras, nos queremos limitar exclusivamente á lo que es objeto de nuestro Discurso, á la legislacion española, y en particular á la legislacion penal. Concretando la cuestion de esta suerte, dejámosla abierta y sin resolver en todas sus demás fases, que, cierto, no son poco numerosas.

Y no nos valdrémos de seguro para decidirla en pro de la codificacion, de una observacion que hemos apuntado de antemano; á saber, el ningun progreso que nuestra ley penal ha tenido por espacio de seis siglos, durante los cuales solo se habian intentado esas leyes especiales que Savigny recomienda. Pudiera oponérsenos sin duda que el mal era de las ideas y de los tiempos; y que si aquellas leyes no habian hecho progresar nuestra legislacion, el intento de todo un código tampoco habria traído consecuencias mas útiles. No queremos discutir este argumento, aunque del todo no nos convence; y lo pasamos como decisivo, bien que en nuestro concepto no lo sea. Damos que en el siglo XVI, XVII, XVIII, no haya podido hacerse un buen código. Pero ¿no es posible en el siglo XIX? Pero ¿no lo reclama hoy el estado de nuestra legislacion? Pero ¿no sería con él más completa, á la vez, y mas fácil su reforma? ¿En dónde estaban, por último, ni las dificultades ni las desventajas de este propósito?

Que no se intente una variacion completa cuando existemuchos que deba conservarse, es un principio que indica el buen sentido, y que la razon mas severa aprueba y sanciona. Ni en derecho, ni en política, ni en ningun objeto, en fin, de los que pueden hacer y deshacer los hombres, es útil ni oportuno un

trastorno radical, una destruccion de lo que existe, siempre que lo que existe es bueno ó siquiera soportable. La agitacion, la destruccion, el trastorno, son males ya de por sí, que acaban con los hábitos, que dan por tierra con los mas santos prestigios, que acostumbra á un sendero lleno de vacilacion y de zozobra. ¿Quién ha de decir lo contrario? ¿Quién no ha de conocer tan evidente verdad?

Pero esa doctrina no tiene aplicacion en el estrecho caso en que hemos colocado nuestro debate. De la legislacion penal española, nada era digno de respeto, nada era digno de conservacion, ninguna parte se podia reservar para la regla de la sociedad futura. Toda, toda entera, se necesitaba trastornarla. Habíamos menester escribir los principios de la ciencia, que no estaban escritos: habíamos menester ordenar sus aplicaciones, que no estaban ordenadas ni hechas. El carro de la destruccion y de la reforma debia pasar sobre el edificio ruinoso, porque no habia en él apenas un arco, apenas una columna, que pudiera ni debiera conservarse.

Dejemos, pues, esa disputa de las escuelas racional é histórica, ó para otros países, ó para otras legislaciones. En España, y tratándose de las leyes criminales, el sistema de la codificacion, el sistema del cambio absoluto, era el único legitimo y el único posible. Aun en cualquier país, semejantes leyes son y han de ser siempre las mas transitorias, y, como tales, las que con mas facilidad han de poderse reducir á estos grandes cambios. Pero aquí y en el siglo presente, no encontramos ninguna razon sincera, que pudiese detener esta obra. Necesitábase salir del caos, y hacer la luz: pues ¿por qué, siendo posible, no habia de ser ésta completa y universal? ¿Por qué no se habia de sentar una base científica, á la cual nos convidaban todas nuestras circunstancias?

Hicieron, pues, lo que debian los gobiernos españoles, que desde 1808 acá se han sucedido, en dedicar á la legislacion criminal sus atenciones y su desvelo: hicieron lo que debian en promover la formacion de un código penal, como nuestras necesidades públicas lo reclamaban. Si hay algun mal en ello, solo consiste en que ántes no se hubiese realizado.

Verificóse, sí, en 1822. Las primeras córtes que se reunieron despues del grito liberal de 1820, emprendieron este propósito con un celo digno de toda honra y alabanza. La comision encargada de proponerlo trabajó tan asiduamente, y el congreso

se aplicó á discutirlo con tanto empeño, como ya en estos tiempos no vemos trabajar ni á congresos ni á comisiones. En pocos meses, la una y el otro dieron terminada su obra. Sancionada por el rey, publicóse y comenzó á regir como ley del estado.

No nos proponemos aquí hacer un juicio detallado de semejante código. Ha tomado esta introduccion mayores proporciones que las que hubiéramos querido, y ansiamos sinceramente por ponerla fin. Dirémos, solo, por tanto, algunas palabras, dejando para las Concordancias y los Comentarios que han de seguirse, la explanacion y la comprobacion de nuestro juicio.

El código de 1822 es un código científico. La ciencia del derecho y la buena filosofía inspiran la mayor parte de sus disposiciones. Digno del siglo, mejoraba inmensamente la situacion penal de la nacion. Pero es á veces demasiado duro: transige demasiado con antiguas preocupaciones españolas, muy vivas aún en aquella edad, y casi borradas en la que corre-mos: es, por último, difuso, y sacrifica la claridad, la sencillez, el mérito legislativo, á pretensiones artísticas y aun vanidoso aparato literario. Hay en él algo del Fuero Juzgo y de las Partidas, envuelto con el carácter del Código-Napoleon. —Volvemos á decir que en el progreso de esta obra se multiplicarán las ocasiones de juzgarlo en cada uno de sus preceptos, y de comprobar lo que hemos emitido sumariamente en estas pocas palabras.

De cualquier modo que sea, el gobierno liberal de España habia cumplido animosa y vivamente con su deber. Á los dos años de su establecimiento daba medianamente resuelta una cuestion, que tantos siglos de poder absoluto no habian concebido siquiera. que la filosofía del décimo-octavo no habia planteado.

Pero la desgracia de su origen debia recaer muy luego sobre la obra. La proscripcion general contra todo lo que habia hecho el liberalismo, no podia eximir de sus rudas, bárbaras condenaciones, al nuevo y adelantado código. En la necia y universal reaccion de 1823, estaba escrito que quedase ahogada aquella obra de la inteligencia. Parecia mejor sin duda á los vencedores el contexto de la sétima Partida, y la edificante humanidad de las pragmáticas de Felipe V, que lo que se habia decretado en nombre de la libertad y de los imprescriptibles derechos de nuestra especie. Mirado como hijo de

la Constitucion, compartió aquel código el terrible anatema que pesaba sobre su madre.

Sin embargo de ésto, era tanta, tan urgente, tan visible, la necesidad de la reforma que él habia acometido, que aun proscribiéndole y declarándole nulo, no podia menos el gobierno, cualquiera que fuese, de tratar de sustituirle, y de reemplazar de algun modo su obra. No valia el sublevarse contra las tendencias revolucionarias que habian dado el ser á tal opinion: no valia el enfurecerse contra el liberalismo, cuyo espíritu animaba á la nueva ciencia del derecho penal. La ciencia no dejaba de existir por eso: la necesidad no era ménos notoria: la opinion no era ménos omnipotente. Pudo la reaccion acabar con ese código, porque le habian hecho las córtes; pero tuvo que nombrar una junta ó comision de magistrados, para que prepararan otro con el cual se satisficiera su mismo objeto.—La anarquía legislativa y la ignorancia se confesaban vencidas: la ciencia recibia su consagracion de sus propios adversarios.

Cuando se acababa de preparar este segundo proyecto de ley penal, murió el Rey Fernando VII, y ocurrieron las grandes novedades políticas de 1833. En 1834 se volvieron á abrir las córtes. El sistema liberal triunfaba y dominaba de nuevo. Á esas córtes se presentó el proyecto de que acabamos de hacer conmemoracion. Si ellas no llegaron á discutirle, impedidas por otros más urgentes trabajos, la luz pública se apoderó de él, y la opinion de los hombres entendidos pudo juzgarle y calificarle.

Sobre este mismo proyecto no dirémos más sinó que hacia desear infinitas mejoras. Trabajado por el gobierno absoluto, y para el gobierno absoluto, conociáansele bien su origen y su objeto. Ciertamente era mejor que lo antiguo; pero nada moderno hemos visto tan incompleto y tan defectuoso. Si le hubieran discutido, habrian tenido que hacerle de nuevo las córtes.

Otro distinto, preparado despues por una nueva comision, y redactado hácia el año de 1839 ó 1840, no ha llegado nunca á publicarse, ni á presentarse á los cuerpos colegisladores. Justo es, sin embargo, decir, para los que tienen de él alguna noticia ó idéa, que esta obra ha sido muy superior á la precedente, y digna sin la menor duda de la ciencia del derecho y de la época en que se redactaba. Una crítica general podria hacerse de ella, y consiste en su extraordinaria concision. El