

---

# DERECHO PENAL

## TÍTULO PRELIMINAR.

1. La parte del derecho español que ántes de la publicacion del Código penal de 1848 definia los delitos y señalaba las penas en que incurrian sus autores, era sin dificultad la más incompleta y defectuosa, y la que en mayor desacuerdo estaba con nuestras civilizacion, con nuestras costumbres y con nuestras prácticas. Poco expresiva en la calificacion de los delitos, dejaba un vacío inmenso en la parte más interesante del derecho, bien se la considere en el orden moral, en el civil ó en el político; y cruel y bárbara en la imposicion de las penas, habia caido en desuso ante la razon y la filosofía, que condenaban doctrinas reprobadas por la humanidad y proscriptas por la ciencia. Así es, que una costumbre introducida con todas las circunstancias necesarias para establecer derecho y autorizada por los altos poderes del Estado, hacia casi siempre arbitrarias las penas, dejando su graduacion á la equidad y á la prudencia de los juzgadores (1).

2. Persuadidos nosotros de que la fijeza de la ley al definir los delitos y consignar las penas debe ser la base del derecho penal, porque de otro modo la vida, la honra y los bienes de los ciudadanos quedan expuestos á la arbitrariedad, á la malicia y á la ignorancia, clamábamos para que nuestro derecho incierto reci-

---

(1) Nuestros Elementos de Derecho penal en sus primeras ediciones.  
Tomo III.

biese las reformas que exigian los buenos principios. No condenábamos por esto la equidad, ó el arbitrio judicial circunscrito dentro de ciertos límites inflexibles: al contrario, lo considerábamos entónces y lo consideramos ahora como el complemento de la ley, que fijando el máximo y el mínimo de las penas, deja á la prudencia de los que juzgan, la ponderacion de las circunstancias que atenúan ó agravan el delito, á las que no puede descender individualmente el legislador (1); doctrina que vemos adoptada en nuestras leyes modernas.

3. Pero la reforma que exigía nuestro derecho penal necesitaba ser radical y absoluta. Las leyes que lo componian eran heterogéneas, mal combinadas y poco conocidas, y en su mayor parte venian de épocas lejanas, de otras costumbres, de otro estado social, y de instituciones políticas diferentes de las que hoy rigen los destinos del Estado. De aquí provenia la opinion pública empezada á alimentar en el último tercio del siglo anterior, de que la formacion de un código penal era una necesidad imperiosa; de aquí los diferentes ensayos para llevar á término la obra.

4. También nosotros, en diversas ocasiones, nos asociamos al clamor general, si bien modificándose con el tiempo nuestras deas, hemos juzgado despues que seria preferible á formular de una vez un sistema completo, ir progresivamente reformando por leyes especiales todo el derecho penal, porque este se compone de materias que no son homogéneas, y que exigen cada una por sí estudios y reglas diferentes.

5. Ampliaremos esta indicacion. En la unidad, en la simetría que con tanto afán buscan los códigos modernos, se sacrifican á nuestro juicio muchas veces la ciencia al arte, las desigualdades reales de los delitos á una regularidad ficticia, la necesidad de continuas clasificaciones para que cada accion punible quede en su familia natural á la inflexibilidad de una clasificacion especulativa y absoluta, las exigencias de pormenores esenciales al método aparente y á la concision, el mérito intrínseco de la obra al mérito literario, la verdad al artificio.

6. A estos inconvenientes, segun nuestra opinion, los códigos penales reunen el de las dificultades que ofrecen para reformar-

---

(1) Los mismos Elementos.

los, aunque la reforma es más frecuentemente necesaria que en los civiles, porque el derecho penal por su índole es mucho más progresivo y variable. Considerados como monumentos de gloria nacional, se concilian una especie de veneracion supersticiosa, que hace decaer el ánimo del que siente y quiere emprender su reforma general, y así de uno á otro tiempo perpetúan los errores en que fueron concebidos; y por otro lado, el que trata de hacer reformas parciales, encuentra obstáculos en la simetría de la obra, y en la relacion, encadenamiento y dependencia de las diferentes partes que la constituyen (1).

7. No se entienda por esto que negamos que todo el sistema penal tiene principios y reglas generales, y que es conveniente que en lugar de estar esparcidos ó repartidos en leyes especiales para cada clase de delitos, se presenten simultáneamente reunidos, formando cuerpo universal de doctrina; pero ya una vez formulados, cada parte del derecho penal exige distinto estudio y diferentes consideraciones.

8. Nada tienen de comun los motivos que acabamos de expresar, con los que empeñaron á la famosa escuela histórica alemana en la oposicion á las codificaciones, durante la contienda filosófica que por tantos años ha dividido á los jurisconsultos. Versaba esta cuestion acerca de si un sistema de derecho nacional, lenta y sucesivamente desenvuelto al compás de las exigencias sociales, en conformidad á las costumbres, segun las doctrinas científicas, y con el auxilio de las prácticas del foro, debia recibir las reformas que necesitaba, paulatinamente y por leyes especiales, ó si era mejor que el legislador concibiese y formulase un sistema completo, que de un solo golpe proscribiera todo lo que no fuera la obra que habia creado en su omnipotencia. No es de este lugar ocuparnos en cuestion tan grave, peculiar al derecho civil, y no extensiva al penal en la intencion de los que en ambos sentidos la sostuvieron: basta advertir, que al hablar de la necesidad de la reforma de nuestro antiguo derecho penal, hemos convenido en que debia ser radical y absoluta, para

---

(1) En la generalidad con que hablamos, no creemos conveniente descender á manifestar la dificultad é inconvenientes especiales que hay en los gobiernos representativos, para la discusion de un código en todos sus pormenores.

conocer que no podíamos en este lugar acogernos á las doctrinas de la escuela histórica.

9. Mas al manifestar francamente nuestra opinion acerca del modo de reformar el derecho penal, no tenemos la pretension de afirmar que es la más acertada. Por el contrario, nos complacemos en reconocer que habia tambien razones poderosas á favor de la codificacion, cuando muy poco ó nada de nuestro antiguo derecho podia conservarse, y cuando era necesario consagrar en la ley los principios de la ciencia y escribir el modo de aplicarlos.

10. Pero todo código supone un sistema, y parece por lo tanto natural que manifestemos en el vestíbulo de la obra, cuál es el que han seguido los ilustres jurisconsultos encargados de formar el que ha sido objeto de nuestras explicaciones, desde que por primera vez empezó á regir en 1848, y al hacer las reformas por que ha pasado sucesivamente hasta su redaccion actual. No podemos, sin salir de los límites estrechos de este tratado, examinar las teorías filosóficas respecto al derecho de castigar, materia de gran profundidad que ha ocupado á escritores eminentes; así, pues, nos contentaremos con algunas ligeras indicaciones, que al paso que puedan servir para ilustrar la cuestion, contribuyan á despertar la atencion de los que quieran dedicarse á esta clase de estudios.

11. Los diversos sistemas acerca del origen del derecho de castigar pueden reducirse á dos diferentes escuelas, subdivididas despues por el distinto modo de desenvolver el principio fundamental que las separa. Unas proclaman como base el principio moral, el principio de lo justo; otras, el principio material, el principio de lo útil. De aquí la nomenclatura de materialistas, sensualistas ó utilitarios, y de espiritualistas, con la que se designa á los que profesan estas diferentes teorías.

12. El principio de la justicia es el que domina en los sistemas que reputan como base del derecho penal, ó el derecho individual de defensa trasladado por cada uno á la sociedad, ó el derecho de defensa que la sociedad considerada colectivamente debe tener con más extension que el individuo, ó por último, el derecho que cada individuo tiene sobre sí mismo y que se supone ha cedido á la sociedad para el caso en que infrinja las leyes que le impone.

13. Por el contrario, el principio de utilidad es más ó menos extensamente la base de todos los sistemas que se fundan, ó en

la utilidad individual, ó en la mayor utilidad del mayor número, ó en la necesidad de impedir con el castigo y la intimidacion la repeticion de los hechos que se consideran criminales.

14. Mas á pesar de la obstinacion con que estas diferentes escuelas han querido dominar exclusivamente, no sólo en la region de las teorías especulativas, sino tambien en el terreno práctico de la vida social, penetrando en el derecho positivo, necesario es decir, que con frecuencia se confunden en sus aplicaciones; y es que al llevar cada escuela el principio que le sirve de base hasta sus últimas consecuencias, tropieza en que el espíritu de sistema, limitado por su naturaleza, no puede abrazar la universalidad de las cosas que en su arrogancia quiso someter á su dominio soberano, y el sentido comun reivindica entónces sus derechos á pesar de todas las especulaciones de los filósofos.

15. Reconociendo nosotros que una y otra escuela deben ejercer su legítima influencia, y que ninguna debe dominar exclusivamente, no podemos admitir la utilidad como principio generador y primitivo del derecho, sino sólo como un dato, como un motivo que debe pesar mucho en el ánimo del legislador. Por el contrario, reputando como base del derecho á la justicia, este sentimiento profundo, grabado en el corazon de todos los seres libres é inteligentes, sin diferencia de países y de épocas, no creemos que debe llevarse este principio hasta las últimas consecuencias, perdiéndonos en el espacio inmenso de la moral, porque los límites de la legislacion son mucho más estrechos.

16. Si cualquiera de los dos principios, espiritualista ó utilitario, se adoptara como inflexible, no podrian ménos de seguirse absurdos que desacreditarian la obra del legislador. La utilidad, en circunstancias dadas, desatendiendo la idea moral y desconociendo la nocion de lo justo y de lo injusto, serviria de pretexto para justificar los más graves excesos: por el contrario, el principio espiritualista llegaria hasta el extremo de confundir el pecado con el delito, la pena con la expiacion, como se ve en el Fuero Juzgo y aún en las Partidas, y al de establecer una inquisicion religiosa que alcanzara, no sólo á los hechos que por su naturaleza no se prestan á coaccion jurídica, sino tambien al pensamiento. La razon nos fortifica contra el principio utilitario; la historia de nuestro derecho penal nos enseña las funestas consecuencias de la exageracion del principio espiritualista.

17. No han estado afiliados exclusivamente en ninguna de estas dos escuelas los antiguos y los nuevos autores del Código penal: partiendo del principio práctico de que la facultad de castigar, que es la sancion de todas las leyes, sin las que no podrían concebirse la sociedad, ni el gobierno, ni los derechos, ni las obligaciones, tiene el mismo origen que los demás derechos sociales y se funda en la necesidad en que se halla el Estado de reprimir á los que le perturban (1), han considerado la justicia y el orden moral como base del derecho, y como fin la conservacion del orden social, proclamando de este modo la justicia relativa como fundamento de su sistema.

18. En efecto, la justicia relativa, en que el elemento de lo justo está modificado por el de lo útil, tiene por objeto la represion de las infracciones que turban el orden social, é impone á los delincuentes la pena que merecen, atendidas la inmoralidad y gravedad del delito, sin que haya derecho de imponerles más, aunque de ello debieran resultar ventajas materiales á la sociedad.

19. Libres así los que formaron el Código del yugo de estos principios exclusivos, pudieron evitar otro peligro á que los exponia la adopcion de cualquiera de los sistemas conocidos con los nombres de socialismo (2) é individualismo; peligro en que pudieron haber incurrido fácilmente, arrastrados por la autoridad de nuestro antiguo derecho penal. Por el contrario, se han mantenido á igual distancia de la exageracion del principio socialista para el que la sociedad es todo y el individuo nada, y del individual, que hace desaparecer el interés social á presencia de las personas. A haber estado inscriptos en la bandera materialista ó espiritualista, cualquiera que fuere el sistema que hubiesen elegido de los que dividen respectivamente á las dos grandes escuelas, no hubieran podido evitar semejante escollo (3).

(1) Nuestros antiguos Elementos de Derecho penal.

(2) La explicacion que damos, fija bastante la significacion que aquí tiene la palabra *socialismo*, diferente de la que agita hoy tanto los espíritus en algunos estados.

(3) En el tomo II de la obra que está publicando el Sr. Groizard y Gomez de la Serna con el título de *El Código penal de 1870, concordado y*

20. Manifestados estos principios capitales, parecia que debíamos descender á emitir nuestra opinion, respecto de los principios de segundo orden que han sido la guía de los autores del Código penal, de la mayor ó menor fidelidad con que los han seguido, y que examináramos el mérito artístico y filológico del

---

*comentado*, se hace una exposicion clara y metódica de los diferentes sistemas proclamados como fundamento del derecho de penar.

También uno de los autores de estos Elementos, en el primero de los artículos sobre *el derecho de penar en los pueblos antiguos germánicos* que publicó en 1859 en la *Revista general de Legislacion y de Jurisprudencia*, hacia la brevísima reseña preliminar, que literalmente copiamos á continuación:

«En la infancia de las sociedades, apenas se tienen algunas ligeras nociones de los principios de la penalidad, y sólo cuando el hombre ha recorrido la escala de la civilizacion puede llegar á comprender sus fundamentos. La penalidad en aquellos siglos es hija de la pasion y del instinto material que impelen al individuo á devolver mal por mal, y á buscar la satisfaccion del daño recibido en el daño mayor causado á su contrario. No es un principio moral, elevado, el que domina en estas sociedades; no es la justicia la que preside á las leyes que tienen por objeto la represion de los hechos culpables; es el deseo de la venganza, deseo ardiente, immoderado, implacable, que sólo se sácia en la persona del ofensor, y que llega á erigirse en derecho y á proclamarse como ley en los códigos de aquellas razas: derecho reconocido, no sólo en las tribus germánicas, sino en todos los pueblos rudos y groseros para quienes no han lucido todavía los albores de la civilizacion, y de cuyo ejercicio nos presentan ejemplos numerosos, lo mismo las naciones del antiguo mundo, que las hordas salvajes que fijan sus moradas en los bosques primitivos del nuevo continente. De aquí las guerras de familia, la solidaridad entre los parientes, el derecho á la par que la obligacion impuesta á los hijos y aún á los herederos de vengar las injurias de su antecesor; de aquí el talion, medio atroz y repugnante de igualar las ofensas, la composicion, que limita y aún extingue las venganzas, el combate que las modifica y ordena, y la multa (*fredum*) que se paga al poder público, en la cual ya se vislumbra una idea, aunque confusa, del verdadero espíritu que llegará á dominar en la legislacion penal. En esta época, aún no existe la pena en la acepcion genuina de esta palabra, sino actos de reaccion ejercidos por los particulares en vindicacion de sus agravios.»

«Se necesita el trabajo de muchos siglos y de muchas generaciones para que germine la idea de un poder independiente de la familia, interesado

mismo Código. Mas como vamos á analizarle, aunque sucintamente, en estos Elementos, no debemos anticipar un juicio que presentaremos en el discurso de la obra.

en la represion de los delitos, y dotado de autoridad bastante para castigar á los culpables. Entonces sucede á la idea de la venganza privada la idea de la venganza pública, á la accion del individuo la accion de la sociedad, y en los hechos de violencia no se ven solamente ofensas inferidas á los particulares, sino transgresiones de la ley del Estado, violaciones del orden social, que se califican ya con el nombre de delitos. Se adquieren nociones ménos confusas y oscuras de la justicia en materia criminal, y se entra en el camino que conduce al conocimiento de los verdaderos principios que ha de seguir el legislador.»

«Sin embargo, todavía ha de pasar largo tiempo ántes que brillen en todo su esplendor y de que se desenvuelvan debidamente. Por muchos siglos se han de ver leyes penales, contrarias á la razon y á la humanidad, atentadas á la represion de los crímenes sin reparar en la moralidad de los medios, confundiendo el delito con el pecado, inventando culpas puramente imaginarias, estableciendo suplicios crueles y desproporcionados, procedimientos absurdos y ridículos, y pruebas para descubrir la verdad que con frecuencia han sido el escollo en que se ha estrellado la inocencia, y tabla de salvacion para el culpable. Larga duracion ha tenido este período en que *la vindicta pública* se ha considerado como el emblema de la justicia social y á cuya sombra se han cometido deplorables excesos hasta en nuestros mismos dias.»

«Pero en el último siglo comienza la reaccion contra las instituciones antiguas, y se advierte un movimiento incesante de reforma, que continúa en el actual. Los filósofos, los publicistas, los jurisconsultos toman parte activa en este movimiento, presentando y desenvolviendo teorías más ó ménos acertadas sobre el derecho de penar, y rivalizando en ardor y en denuedo para derribar el antiguo edificio y levantar sobre cimientos más sólidos el templo de la justicia.»

«Unos buscan el origen de la penalidad en la convencion de los individuos, en un supuesto contrato social, olvidando que el hombre es social por su naturaleza y que á la sociedad ha sido llamado por Dios.»

«Otros hallan el fundamento de aquel derecho en la obligacion de reparar el daño causado por el culpable, confundiendo de este modo la responsabilidad civil con la criminal, el resarcimiento de perjuicios con la imposicion del castigo, y dando, en una palabra, acaso sin advertirlo, el mismo significado á dos ideas distintas, la pena y la reparacion.»

«Los que proclaman la teoría de la conservacion de la sociedad y de

21. Pero el Código no es hoy el único origen de nuestro derecho penal, pues si bien deroga explicitamente *todas las leyes penales generales anteriores á su publicacion*, declara, sin embargo, que *no quedan sujetos á sus disposiciones los delitos que se hallen penados por leyes especiales.* (Arts. 7.º y 626.) Antes de la última reforma, el Código señalaba expresamente algunas de estas excepciones, designando los delitos militares, los de imprenta, los de contrabando y los que se cometian en contravencion á las leyes sanitarias; delitos de que hacia mencion expresa, no para excluir á otros, sino solamente por vía de ejemplo ó demostracion. No se ha considerado necesaria esta expresion en la reforma de 1870. En ello no encontramos inconveniente, porque no era necesario en efecto que el Código, por vía de demostracion, pusiera

su legitima defensa, no advierten que el derecho de defensa, sólo existe á presencia del peligro, que cesa cuando se ha consumado el delito, y que por el contrario, entonces empieza la accion de la justicia, que hiere al culpable á pesar de su arrepentimiento, aunque no se halle ya en estado de dañar, y aunque haya pasado largo tiempo despues de la perpetracion del hecho criminal.»

«Los partidarios de la teoría de la utilidad, que ha producido á su vez otros varios sistemas, desatendiendo la idea moral, desconocen al parecer la nocion de lo justo y de lo injusto, y su principio, seguido en todas sus consecuencias, puede justificar los sangrientos excesos de la anarquía, y los actos más espantosos del despotismo y de la arbitrariedad.»

«Los escritores de la escuela espiritualista, que sólo hallan el fundamento del derecho de penar en los principios de la justicia absoluta, segun la cual el bien debe ser remunerado por el bien y el mal por el mal, no contando para nada con la utilidad, exageran su teoría hasta el extremo de confundir la pena con la expiacion, el delito con el pecado, y hacen completa abstraccion de la parte material de nuestra naturaleza.»

«La justicia relativa, en que el elemento de lo justo está modificado por el de lo útil, tiene por objeto la represion de las infracciones que turban el orden social, é impone á los delincuentes la pena que merecen, atendidas la inmoralidad y gravedad del delito, sin que haya derecho de imponerles más, aunque de ello debieran resultar ventajas materiales á la sociedad. Esta teoría, la más acertada de todas, hija como la anterior de la escuela espiritualista, es el paso más avanzado en los sistemas de la penalidad, y al compararla con el derecho rudo, primitivo de la venganza privada, se verá cuán largo y penoso ha sido el camino que ha tenido que recorrer la humanidad para llegar á este resultado.»

ejemplos que en lugar de servir de regla á los que han de obedecerlo y aplicarlo, tuvieran por único objeto indicar el espíritu que dominaba en él al tiempo de su formación, respecto á otras leyes que debían completar la legislación penal; porque esto, más que un precepto de general observancia, sería una indicación dirigida para lo futuro al poder legislativo, que nos parece completamente ociosa, porque los Cuerpos Colegisladores y la Corona no atenderían en lo sucesivo al espíritu y á las necesidades del tiempo en que se formó el Código, sino á las circunstancias de actualidad que recomendarán las leyes especiales. En cuanto á las leyes generales anteriores al Código de 1848, que desaparecieron á su publicación, aunque no es probable que hubiera quien á la sombra del Código pretendiera resucitarlas, juzgamos acertada su explícita derogación.

22. Ni en esto es posible dar reglas fijas, ni aún estables: hay que abandonarlo á la prudencia del legislador, dominado frecuentemente por ideas opuestas á las que tal vez poco antes prevalecieron. Así ha sucedido entre nosotros: hasta la revolución de Setiembre de 1868, se había considerado siempre que la legislación de imprenta y la definición y penalidad de sus delitos eran puntos eminentemente políticos, y más transitorios que las leyes que se derivan de las condiciones sociales que tienen otro carácter de estabilidad y de firmeza: el Gobierno provisional consideró que debían entrar de lleno dentro de las condiciones del derecho común, y aceptado después este principio por las Cortes Constituyentes, vinieron á formar parte del Código penal todos los delitos cometidos por medio de la imprenta. Pero las antiguas doctrinas han vuelto á prevalecer, y en su consecuencia, los delitos de imprenta han vuelto también otra vez á ser objeto de una legislación especial (1).

23. Había un deseo general de que en el supuesto de conservarse la denominación de delitos militares, aplicable del mismo modo, tanto á los que estaban en activo servicio del ejército ó armada, como á los que no lo estaban, se consignara el principio de que á estos últimos, cuando fueran juzgados por la jurisdicción

---

(1) Rige en esta materia la ley de 7 de Enero de 1879, y han quedado derogadas todas las disposiciones anteriores sobre imprenta que se opongan á ella.

militar, se les aplicaran las penas del Código, y no las señaladas en las Ordenanzas del Ejército ó en otras leyes relativas á la institución de la milicia. Comprendemos bien que esta justa aspiración no cabía dentro del Código penal, que ni directa ni indirectamente trata de los delitos militares, como ántes lo hacía, si bien para eximirlos de sus prescripciones. Pero felizmente ha sido atendida en la ley orgánica del Poder judicial, en la que después de reducirse las jurisdicciones de Guerra y de Marina á justos y rigurosos límites, se establece que cuando se cometan delitos considerados como militares por los militares ó marinos en servicio activo, sean penados con arreglo á las Ordenanzas del Ejército y de la Armada, y que los demás sólo estén sujetos á esta penalidad cuando el delito cometido no estuviere castigado por el Código penal, que es la ley que deberá aplicárseles (1).

---

(1) Artículo 351 de la Ley provisional orgánica del Poder judicial.