se esu fatalidad inelud VIc. aulitado d todos los

En esa lucha incesante, y por cierto dolorosa que la sociedad sostiene, desde los más remotos tiempos contra el criminal, aparece el delito y la noción que lo explica; el delito, en el que empleándose para el mal, desde el simple esfuerzo muscular hasta el perfeccionamiento más asombroso de la ciencia y de la industria, el hombre pone á su servicio la audacia, la insidia, la traición y el engaño, para obtener el triunfo de bastardas pasiones, de los más groseros apetitos; es un combate, en fin, en que nuestra especie degenera y decae, y en el que los nobilísimos timbres de nuestra humana naturaleza se desvanecen bajo el imperio del mal.

Pero como en toda lucha hay un adversario, aparece contra el delito y el criminal, después de extinguida la deficiente acción privada, la sociedad reaccionando contra el elemento perturbador, bajo la denominación de defensa social, idea que nos lleva indefectiblemente á la noción de la pena. Cierto es que en este combate que la sociedad ha sostenido contra el delincuente, no han faltado descarríos inspirados por la venganza y, por lo mismo, refinamientos de crueldad y abu-

sos de fuerza, que se observan como indeleble mancha, aun en la legislación de pueblos cultos, que han amenguado y obscurecido el esplendor de la justicia; y aunque no es mi intento alumbrar el sombrío cuadro de esta justicia histórica, no puedo menos que recordar sucintamente lo que el delito y la pena fueron en pasados siglos.

Cierto es que la tradición humana nos señala como un hecho invariable la acción constante de la justicia penal, por cuyo medio se somete á un castigo al que perturba la ley en que se funda la vida social; pero estas transgresiones no se han presentado bajo una forma igual, ni fueron consideradas en todos los pueblos como constitutivas de un delito; por esto es que ni han sido sometidas á la misma pena, ni al mismo procedimiento su averiguación. Semejante hecho, que sin interrupción encuentro consignado en la historia jurídica de la humanidad, ha llegado á persuadirme de que al presente, el derecho penal aún no ha encontrado su fórmula definitiva.

Así es, en efecto, porque el delito se modifica con los tiempos, bajo el influjo de las costumbres y el adelanto de las ciencias. Las formas de la estafa y la modalidad del robo, del homicidio y de análogos hechos, están sometidas á estas influencias, y el criminal sabe explotar á su placer los vicios sociales y las pasiones de sus seme-

jantes, aprovechándose hábilmente de aquellos factores para hacer el mal; ¿no es el teléfono un admirable instrumento para la estafa, en manos hábiles? ¿no es al mismo tiempo más peligroso el uso del revólver, del vitriolo, de los venenos vegetales, de las substancias explosivas y del magnetismo animal? Pero estos hechos que han caído bajo la acción represiva de nuestra codificación actual, no es posible que estuviesen prohibidos y penados por el derecho escrito ó consuetudinario de los griegos, de los romanos ó de los germanos primitivos; en consecuencia, siguiendo las direcciones de esta enseñanza histórica, no he vacilado en afirmar que el derecho penal, aun en nuestra época, no ha encontrado su fórmula definitiva; es el solo ramo del derecho, llamado á sufrir con los tiempos y las costumbres, notable transformación, importantes reformas, mejoramientos sucesivos.

Hay algo más grave aún, si tornamos la vista á lejana época y también á cercanos siglos; en su historia jurídica hallaremos con extrañeza y con asombro, leyes y sentencias que han caído bajo el peso de incontrastable poder, sobre hechos y acciones inocentes, más dignas de conmiseración que de castigo; me refiero á los delitos de hechicería, de magia, brujería y encantamiento. Y no se juzgue que sólo el pueblo crédulo é ignorante daha acogida á estos desvaríos de la humana razón,

porque los fenómenos que determinaban aquellos delitos, eran reconocidos por los sabios más conspicuos, como lo prueban fehacientes documentos que la misma historia nos presenta; comenzando por la Iglesia católica, en ella encontramos la famosa bula de Inocencio VIII que comienza con la frase: Summis desiderantes affectivus; el célebre tratado de los inquisidores Kroemer y Sprenger, las declaraciones de la facultad teológica de Colonia, y por último, para no ser más difuso, las opiniones de talentos tan claros como Trithenius y Paracelso.

Desgraciadamente, el poder de la fantasía y de la superstición, hizo caer é incidir al poder social, en su función represiva, en horrendas crueldades; y no contento con levantar cadalsos, las encendidas hogueras eran el medio de prevenir y castigar aquellos hechos, que nunca la civilización actual podría considerar dignos de castigo, sino más bien daríales el dictado de extravagantes engendros de la pública credulidad.

Por otra parte, los males, los trastornos sociales causados por los delitos contra la religión, y su penalidad, ocupan también preferente lugar en la antigua legislación, á pesar de la expresiva frase de Lactancio: Nihil estenim tam voluntarium quam religio, in quia si animus sacrificantis aversus est jam sublata, jam nula est. Semejantes desaciertos,

que no sé cómo pudieran llamarse humanos, están alumbrados con la siniestra luz de las hogueras, encendidas contra los judíos, moros, herejes y relapsos; y en esta misma tierra que fué de nuestros progenitores, y ahora nuestra patria, se han castigado con el hierro y el fuego aquellos delitos, olvidándose, desconociéndose que en el fuero interno de la conciencia, sólo Dios puede penetrar; pero si estas reminiscencias históricas no bastaran á esclarecer tan abominables hechos, hay un monumento legislativo que nos legó el siglo XIII, y que aun después de consumada nuestra independencia, lo hemos visto aplicar por nuestros tribunales en otro linaje de delitos. En aquel Código registramos, además, preceptos sobre la necromancia, la magia blanca y la negra, los sortilegios y las adivinaciones; y aun á pesar de los adelantos de la civilización, y me es penoso confesarlo, la persecución antisemítica ha vuelto á reproducirse en nuestros tiempos en el centro mismo de la adelantada Europa: paréceme este hecho la estratificación de las manifestaciones criminales de los llamados delitos de religión, observadas en pasadas épocas y castigadas en remotas legislaciones.

Afortunadamente, aunque el hombre es el mismo con sus aspiraciones, con sus errores y sus pasiones, hay en él, sin embargo, ese quid divinum, que esclareciendo su conciencia lo ilumina con la

indeficiente luz de la verdad, acercándolo á esas alturas morales en las que comprendiendo el bien, busca en él su finalidad; y no temo afirmar que la historia viene en mi apoyo en comprobación de estas ideas, si, como es un hecho, los triunfos trabajosamente alcanzados de etapa en etapa por la civilización, son los triunfos obtenidos también por el hombre en su vida intelectual y en su vida moral, en los cuales se condensa todo el saber humano, todo el bien, y con él los beneficios legados como inviolable herencia á la posteridad. Al hablar así, me refiero á las ciencias jurídicas que han fundamentado nuestra actual codificación, en la que, la penalidad, aunque es considerada como el elemento represivo del mal, tiene asimismo por objeto, la regeneración moral y la rehabilitación del delincuente. Segans à abiv obnabilisme

Lo expuesto hasta aquí, basta para dar una idea breve y sucinta, y en términos generales, de lo que ha sido el delito desde remotas épocas; pero como él nos lleva indefectiblemente, después de extinguida la acción privada, á la noción de la defensa social y por ende á la de la penalidad, de ambas paso á ocuparme en el número siguiente.

yamos oido decir en nuestros dias que la sociedad no tiene el decele de casi car al dei acuantes per

afterns merales outles que comprendiendo el biour busco enseles afinais (ada V de temo aliemas que la

historia viona en regere de comprehencia de

Cuando la ley de la necesidad se impone, toda discusión es estéril, resulta baldía; así pasa, en efecto, en las cuestiones que se refieren á la penalidad, puesto que ella ha sido necesaria para la conservación y la vida de todas las sociedades, cualquiera que haya sido su grado de civilización; la persistente tarea de los filósofos y de los moralistas, pretendiendo hallar los fundamentos en que deba descansar el derecho de castigar, nos revela aquel hecho; es la constante lucubración del espíritu humano en la cual aparece, en confusa mezcla, la religión, la ley moral y la ley social con su penalidad, dando vida á una serie de sistemas, que conforme á cada orden de ideas se han establecido para resolver problemas tan trascendentales, como son los que del delito y de la pena tratan. En términos generales, podemos referirnos á la escuela doctrinaria, á la escuela liberal, á la escuela positivista y á otras en que éstas se subdividen, pero todas ellas parten, como idea matriz, 6 del determinismo 6 de la moral espiritualista.

Así, no es de extrañar que nosotros mismos hayamos oido decir en nuestros días, que la sociedad no tiene el derecho de castigar al delincuente; pero siendo la represión una necesidad de vida y de conservación para las sociedades, por demás sería entrar en discusiones que, dado el hecho existente y manifiesto, la paradoja en que aquel sistema soñador quiere fundarse, sería extraña á un estudio serio y concienzudo; por lo tanto, reconocida como tradicional la noción de la penalidad, otras son las cuestiones que sobre ellas se presentan al filósofo, al moralista y al legislador; la primera, aunque sin poner en duda el principio, y solamente para exponerlo, se refiere al derecho que el poder público tiene para castigar el delito, es decir. la justificación de aquel derecho. En cuanto á la responsabilidad penal ó subjetiva, surge el estudio del discernimiento y la libertad; y como corolario de todas estas cuestiones, la que se relaciona con la separación de los dominios de la moral y del derecho, de las cuales me ocuparé después, aunque muy brevemente, porque creo indispensable detenerme en algunas reminiscencias históricas que, por su importancia, siempre aportarán á estos estudios, fructífera enseñanza.

Cuando la acción social se hizo sentir, reaccionando contra el delito, después de haberse extinguido la venganza privada como acción penal, hallamos una fecundidad de inventiva tal, para la represión y el castigo, que no es posible concebir más refinada crueldad, un nuevo género de privaciones, de dolores y de tormentos acumulados sobre el culpable, que desgraciadamente caía bajo la acción de la defensa social. Por un lado, el castigo con todo aquel cortejo de inusitadas y trascendentales penas; por el otro, la intimidación y el terror, producidos á toda costa; tales eran, hasta muy entrada la época moderna, los medios de prevención y represión del delito; por esta razón, no debe extrañarse, que la pena de muerte se prodigara con feroz insistencia, lo cual no bastaba, porque necesario era exacerbarla antes de hacer rodar la cabeza del delincuente bajo el golpe de afilada cuchilla, antes de suspenderle de una cuerda, de despeñarle en el abismo ó de carbonizarle en una hoguera; preciso era dislocar sus miembros, despedazar sus músculos y mutilar con saña cruel su cuerpo para entregarlo exánime al verdugo, quien con redentora mano, debía poner fin á tantos martirios; pero se iba más lejos aún, se le conducía al cadalso, adornado con ridícula vestidura, á rastras, golpeando el suelo con su cabeza, y herido por aceradas y enrojecidas puas, llegaba entre el escarnio y la burla de las gentes al lugar del suplicio; pero apartemos la vista de este cuadro iluminado por siniestra luz y caldeado por miserables pasiones. The ob babblances which actually

Cuando se emplean procedimientos de circunstancias, cuando el empirismo predomina, la cien-

cia, ó no existe, ó se halla obscurecida por impenetrables velos; tal es el hecho predominante que observamos en el terreno de la penalidad, si tornamos nuestros ojos á siglos que pasaron, en los cuales la ciencia penal ni en esbozo aparecía en la conciencia humana; sin embargo, no faltaron algunos rayos luminosos que difundidos por el es-· pacio, nunca llegaron á fundamentar los principios filosóficos en que hoy se levanta el derecho de castigar, tal como ha llegado á formularse en nuestros días. Sin embargo, la breve reseña que ha ocupado antes mi atención, sobre la acerba crueldad de las penas, me lleva á confesar, que su misma prodigalidad, hubo al fin de detener á la sociedad, al contemplar la senda sembrada por ella de dolores y regada por tantas lágrimas; sentimientos más humanitarios y desconocidos hasta entonces vinieron á aminorar en lo posible aquellos tormentos, como se observa en el privilegio clerical de Inglaterra y el arbitrio judicial, que siendo un positivo mal, era menor, cuando la penalidad revestía los deformes caracteres que con tanta precisión y verdad acabo de describir. En síntesis, la barbarie y la arbitrariedad, fueron la única base en la que se levantó todo el derecho de represión en aquellas sociedades; y para no ir muy lejos, apuntaremos estas fechas, desde el siglo XIII al siglo XVIII. contocolit and doctor at owner owner

No es posible desconocer, con las enseñanzas de la historia, la benéfica influencia del Cristianismo llevada á estos problemas de la penalidad; pero á pesar de que él en consolador precepto predicaba la fraternidad y la igualdad, no podía pedírsele, en sus comienzos, la trascendental revolución que progresivamente ha venido operando en el espíritu humano, evolución en la que aquella idea, á la par que la ciencia, han esparcido por el mundo el polen fecundante de su actual civilización. En efecto, nacido el Cristianismo en los momentos en que la barbarie extendía su acerada garra sobre el Imperio romano, no le era posible, por modo alguno, tomar plaza en el orden temporal, porque lejos de las alturas del poder, y objeto de crueles resistencias, su incipiente vida presentábase en la penumbra de obscuros subterráneos, en las tinieblas de las Catacumbas de Roma, de las cuales había de salir triunfante para alumbrar la conciencia humana con la luz de eternas é inmutables verdades. mano tound are lem ovitized in ob

Por lo tanto, la penalidad debía sufrir notable transformación bajo la influencia de la nueva doctrina, que al nacer, se manifestó al mundo con el Cristo, en esta redentora frase: noló mortem pecatoris sed convertatur et vivat. De estos principios, como de inagotable fuente, como manantial purísimo, surge la doctrina filosófica establecida por

San Agustín, en su notable libro De civitate Dei y en el Libero arbitrio, y también la Summa de Santo Tomás, con tan justa razón llamado el ángel de las escuelas. Tales enseñanzas, que aparte de su natural dogmatismo, entrañaban profundas verdades, que no podían ocultarse á la observación de espíritus pensadores, debían igualmente manifestarse en el movimiento filosófico que se operaba en las ciencias morales, y por ende en las políticas, movimiento preparado muy particularmente en el siglo XVIII por sus filósofos, quienes tendiendo al libre examen, y á eliminar de todo estudio científico el dogmatismo religioso, iniciaron la radical renovación que debía cambiar de fase los problemas de la penalidad. A este fin contribuyeron con su gran ingenio, Descartes, D'Aguesseau, Montesquieu, D'Alembert, Diderot, Rousseau y otros sabios ilustres; y aunque á Beccaria se pretenda dar la supremacía en esta nobilísima labor, por haber sido el primero que en su obra titulada "De los Delitos y las Penas," que apareció en 1764, condensara todas las aspiraciones de su época y la necesidad de la reforma, elevando enérgica protesta contra los errores del pasado, lo cierto es que su libro se hizo célebre por su oportunidad, por el medio en que nació, y porque había llegado el momento histórico en que debía desplomarse lo existente, y por desacreditado y caduco caer en el polvo del olvido.

Por aquellas causales, aquel libro se hizo popular y simpático; en él se defendía al oprimido, se limitaba la facultad de castigar, separándose de una manera clara y precisa el poder judicial del legislativo; se proscribían las prisiones arbitrarias, pidiéndose una justa proporción en el castigo de los crímenes y de los delitos; oponíase también al tormento, al derecho de hacer prender á un deudor, y sentaba, al fin, las bases del establecimiento del jurado; pero todas esas doctrinas, eran bien conocidas entonces, y se fundaban en las ideas y en las teorías de los filósofos franceses del siglo XVIII, de quienes el mismo Beccaria se llamó ferviente discípulo, y con particular devoción de Montesquieu, el que, antes de Beccaria, y en 1721 en las "Cartas persas" estableció profundos axiomas sobre la naturaleza y la eficacia de las penas, y después, en los libros 6º y 12º del "Espíritu de las leyes" publicado en 1748, fundó los verdaderos principios del derecho penal, tal como ha llegado á nuestros días.

La Revolución francesa, generada por el movimiento filosófico del siglo XVIII, vino á consagrar la reforma iniciada en la penalidad, y la "declaración de derechos," que desde entonces fundamentó el Derecho público interno de Europa, llevó á la ciencia penal principios nuevos. Así nos lo demuestra su incipiente codificación, nacida con

la República, y sus códigos definitivos, expedidos bajo el primer Imperio, que aunque inspirados en las ideas utilitarias de Bentham, son notables monumentos del saber humano, sobre los cuales se ha levantado toda la legislación de la moderna edad.

vi

La brevísima reseña histórica que antecede, no huelga en estos estudios, si sus enseñanzas han de servirnos de precedente en el desenvolvimiento de la teoría que nos lleva á conocer los fundamentos de la justicia penal.

El derecho de castigar, se deriva indudablemente del derecho que el poder público tiene para gobernar la sociedad; pero bajo este solo aspecto no hallaríamos los verdaderos fundamentos de la justicia penal, sino solamente la idea de defensa, de conservación ó de utilidad social; por lo tanto, necesario es elevarse á la idea de justicia, que debe presidir al derecho en todas sus manifestaciones.

Si volvemos nuestras miradas al fundamento de la sociedad, es decir, á la constitución de la familia, antes de haberse establecido el poder del Estado, la autoridad paterna, pater familiae, tenía un carácter absoluto, y en Grecia aquella frase era sinónima de rey; de esta idea, constituído ya el