taban veneración y homenajes, á los jefes mismos de las tribus invasoras, como después á los reyes, que no sólo la tomaron por consejera única en todas sus deliberaciones, sino también cual exclusiva dispensadora de su autoridad legítima, cuyo ejercicio sólo era viable y duradero cuando la Iglesia lo había consagrado, desvaneciéndose en la muerte ó en el olvido del destierro, si sobre el caían los anatemas y conjuraciones del cielo.

Esta influencia del sacerdocio cristiano explica el carácter eminentemente religioso de los códigos Theodosiano y Justiniano,[1] en los primeros tiempos, como, después, la principal y más característica obra de la época, ó sea el Fuero-Juzgo. Un libro entero de éste, el duodécimo, es consagrado á las persecuciones contra los herejes y los judios, cuyas prácticas supersticiosas, insultos á la religión cristiana é intrigas contra la fe, eran castigados con penas severísimas, como los azotes, la decalvación, la mutilación de una especie particular [2] y la muerte. La Iglesia, dice un renombrado historiador, era una sociedad constituída regularmente, con principios, reglas y disciplina propios, y que experimentaba una ardiente necesidad de extender su imperio y conquistar á los conquistadores..... Jamás sociedad alguna obró, para dominarlo todo y asimilarse el mundo exterior, esfuerzos tales como la Iglesia Cristiana del siglo V al X.[3] No es, pues, de extrañar que, como ese Código, al cual, con desdeñoso y falso criterio histórico, apellida Montesquieu origen exclusivo de todas las máximas, principios y miras de la futura Inquisición de su época,[4] pero que ha merecido calurosísimos encomios como única posible expresión del estado social para que fué sucesivamente expedido, por parte de publicistas de no menos renombrado mérito,[5] se mostrasen igual-

1 *Cód. Just.* 1. I, tít. IV, § 526 y 30.—*Ibid* 1, I, tít. IV.—Cód. *Theod.* lib. IV, IV.
2 *Veretri ex toto amputatione plectetur* (lib. XII, tít. III 1, IV).
3 Guizot, *Hist. de la civilizat. en Europe*, vol. 5, lec. 3.
4 *Esprit des lois*, lib. XXVIII, chap. 1.
5 Gibbon, *Déead. et ruine da l' empire rom*, vol. 4, *chap*. 38.



mente severos en contra de los delitos religiosos, ya no sólo la legislación que se contiene en las célebres *Partidas* de Don Alfonso *el Sabio* y en la *Recopilación*,[1] como que no era España donde exclusivamente había establecido su inexpugnable ciudadela la nueva Fe, sino también las *Capitulares* de Calor-Magno y los Establecimientos de San Luis,[2] las Ordenanzas de Carlos V y los sangrientos tribunales *vehémicos* de Alemania.

La Inquisición misma no tiene, en el orden rigurosamente histórico, otra explicación que satisfaga acerca de su existencia, mantenimiento y desarrollo en las principales naciones de Europa. Nacida á la verdad, de una decisión del Concilio de Verona, reunido en 1184, para combatir la herejía de los *valdenses y albigenzes*, que por otra parte hacían correr graves riesgos á las instituciones políticas y sociales de la Edad Media,[3] fué extendida después, con creces de un vigor que sólo las especialísimas circunstancias de la época pueden motivar, á los judíos y mahometanos, que, aunque ya expulsos de Europa, y muy principalmente de España, todavía causaban la mayor alarma de los gobiernos temporales, quienes, á no dudarlo, tomaron en sus manos el remedio heroico del Papa Inocencio III, para fines más bien terrestres que del orden espiritual,[4] "En lo temporal, dice un historiador, el orden social era entonces tan fundamentalmente católico que toda protesta contra la autoridad exclusiva é inflexible de la Iglesia, constituía un verdadero acto de insurrección política; no creer en nada era conspirar; renunciar á la Iglesia era renegar de la patria europea y romper el lazo social. En lo espiritual, la idea de que la verdad "una y

1 *Partida* 7, tít. 24.—*Nov. Recop.* lib. 12, tít. 1. I, 1.
2 Loiseleur, *Les crimes et les penes.—Establissement*, chaps. CXXIII, LXXXV et CXXIII.
3 Fleury, *Hist. Ecclésiast.*, liv. LXXIII, núm. LIV.—De Maistre, *Lettres.*
4 *Informe sobre el Tribunal de la Inquisición y proyecto del decreto acerca de los tribunales protectores de la Religión, presentado á las Cortes generales y extraordinarias por la Comisión de Constitución*.—Cádiz, 1812.

universal" tiene el derecho de reclamar, por la fuerza, las consecuencias de esa unidad y universalidad, existía en todos los espíritus, y era reconocida aún por sus enemigos el ejercicio de ese derecho terrible en manos de los Pontífices. Así, la heregía de los albigenses comprometía toda la federación cristiana; si el catolicismo recibía una reforma prematura, si la libertad prevalecía antes que la Fe hubiera dado sus frutos, el crecimiento de la Europa quedaba incompleto y abortaba. [1]

Baste, en nuestro concepto, todo lo que precede para comprender no sólo á cuán remotos y hondos orígenes hay que referir la clasificación y penalidad de los delitos religiosos, sino también cómo ya no caben en nuestro actual estado social, tan radicalmente removido por una inmensa revolución intelectual, á la par que política y religiosa, en el sentido de la más amplia libertad del pensamiento, del derecho y de la conciencia. A la unidad, que era el earácter más visible de las sociedades antiguas, ha reemplazado, como un hecho universal y en nombre de una legitimidad prácticamente inatacable, la más pasmosa variedad en todas horas del espíritu, en la marcha entera del entendimiento, en los votos de nuestra voluntad: en el régimen mismo y complexa organización de nuestro sistema de gobierno. Nos encontramos, pues, sin base para la criminología religiosa, en una época en que la Religión ya no es institución gubernativa temporal y ha dejado el Sacerdocio su carácter de exclusivo depositario de la verdad en medio de los pueblos. Nos explicamos el sistema teocrático, cuando las naciones, sin el freno que necesariamente ponen á todos los desórdenes las sociedades constituídas, habríanse entregado á toda suerte de delitos, sin la enérgica é insustituible amenaza de los castigos celestes; pero apenas podemos concebirlo después de que los hombres, imbuídos en las sabias reglas de la moral cristiana y teniendo frente á sí constantemente poderes públicos vigorosos,

1 Laballée, *Hist. des Français*, tom. I, pág. 227.



que á los medios preventivos y represivos directos unen el estímulo al bien por la recompensa de la virtud y la reprobación del vicio, ya no han menester, como de fuerza única, para la obediencia cívica, para el respeto á la ley y la prestación del debido concurso al bienestar social, ni de las falsas invocaciones místicas ni de anatemas formidables, ni de *egerianos* medios, disfraz las más veces de la ineptitud ó impotencia de los antiguos sistemas de gobierno.

Por lo demás, el sistema teocrático hoy, como en la antigüedad, no podría descansar sino sobre el reconocimiento por el Estado de un culto religioso determinado, al cual prestase apoyo oficial, con exclusión de cualesquiera otros, constituídos desde entonces en permanente condición de grave responsabilidad criminal, como opuestos á la organización política. Ahora bien, esto es imposible en nuestros días ante la efectiva multiplicidad de los sistemas religiosos, que ya no es obstáculo para la leal, amistosa é inevitable comunicación de todos los creyentes. "Por el desarrollo del Protestantismo, de la Filosofía y de las Ciencias, dice Taine con dolorosa pero indiscutible verdad, las creencias especulativas se han multiplicado; hay hoy tantas como espíritus que piensan, y como estos se hacen cada día más numerosos, las opiniones se hacen cada día más numerosas también; de donde se sigue que, si el Estado diera la preferencia á alguna, sublevaría contra sí á una infinidad de las otras, lo cual lo conduce, si ha de ser sabio, desde luego, á permanecer neutral: después, á reconocer que no tiene competencia para intervenir. "Nuestros gobiernos actuales no pueden ya fijarse en tal ó cual culto, ni aun en el único verdadero, para derivar de él la extensión de la justicia punitiva, pues tienen de considerar que los otros simbolizan también, á su manera, no sólo las relaciones del hombre con Dios, sino su foro interno, sus reglas de conducta y su norma de vida, enfrente de las autoridades sociales. Cualquiera ley, pues, que hoy día, en el estado actual del mundo, fulminara penas en contra de actos con-

trarios á la Religión, por sólo el hecho de serlo, muy lejos de servir al interés social, fin inmediato de la legislación penal, sublevaría, para destruirlo, todos los elementos humanos, acarreando sobre los pueblos indescriptibles calamidades é impidiendo hasta su progreso intelectual y moral.

"No podemos imponer por la fuerza la Religión," se atrevía ya á decir Theodorico, rey de los Ostrogodos, cuando, sin embargo, era la Iglesia Cristiana institución política poderosísima y había que dejarle el dominio exclusivo de pueblos nacientes, so pena de anegarse la civilización del mundo, desde sus principios, en el diluvio de las invasiones bárbaras; "nadie puede ser forzado á creer á pesar suyo." [1] "Puesto que la Divinidad tolera diversas religiones, decía á su vez otro rey bárbaro, no osamos prescribir una sola. Nos acordamos de haber leído que deben hacerse á Dios sacrificios voluntarios y no por la coacción de la fuerza. Aquel, pues, que intenta obrar de otra manera se opone evidentemente á las órdenes divinas." [2]

Doce siglos más tarde, Cristina de Suecia, reina católica, pondrá el último sello á la paz religiosa de Westphalia con las siguientes palabras: "El proyecto de convertir á los herejes y á los infieles, es muy loable; pero el modo es injusto, y, como Nuestro Señor no se ha servido de este método para convertir al mundo, no debe ser el mejor. Admiro y no comprendo ese celo y esa política superiores á mi capacidad, y estoy satisfecha de no comprenderlos. Amo tanto como á mi vida el interés común de la Iglesia; pero este interés precisamente me hace considerar con dolor lo que sucede, y os confieso que amo bastante á la Francia para deplorar la desolación de un reino tan bello." [3]

He aquí, en nuestro concepto, el único lenguaje posible hoy, aún de parte de las individualidades á quienes se

1 Casiodoro *Variar*, cap. 1, II, cap. 27.
2 *Ibid*, 1, *X*, cap. 26.
3 *Carta á de Terlon, embajador de Francia en Suecia.*



encomienda el ejercicio del Poder Público, porque él se impone con incontrastable fuerza á todo espíritu honrado, libre de la ominosa noche de un fanatismo rabioso.

"El Estado, en nuestra presente civilización, debe reducirse, como lo enseñaba Humboldt, [1] á proteger la independencia nacional afuera, y á mantener la paz, adentro." Todo lo que salga de estos límites, aún haciéndolo en nombre de principios indiscutiblemente buenos, tiene que ser injusto, desde el punto de vista de la teoría pura del derecho para el cual están cerrados siempre esos asilos íntimos del individuo en el santuario de su propia conciencia, y, más que ninguno, el de su sentimiento religioso. Obrar de otra manera es reglamentar, uniformar mecánicamente lo que por su naturaleza misma se substrae á toda legislación positiva y preparar, con una sociedad falta de energía individual, de pensamientos propios y de consciente responsabilidad, una era de desórdenes y reacciones, que á todo trance debe el Estado prevenir. El interés social, he aquí, volvemos á decirlo, verdadero y único objeto del derecho penal humano, contra el cual se han promulgado, sin embargo, en nuestros días, leyes lo mismo para favorecer que para hostilizar determinadas creencias religiosas. Condenamos, pues, las unas y las otras, como igualmente atentatorias al derecho y desencaminadas hacia el interés social.

### § 3 Sistema Moral.

Pero, si no la finalidad religiosa, ¿habrá de tener por objeto el derecho penal la sanción de la ley moral? Es éste el segundo sistema de los que antes indicamos y que aspira á presentarse como una acertada atenuación del anterior. Su más ilustre representante es Kant, cuyo pensamiento sobre el particular está expresado por él mismo en las siguientes palabras: "Si la sociedad estuviese á punto de disolverse: el

1 Humboldt, *Essai sur les limite de l' acction de l' Etat.*

último asesino detenido en una prisión debería ser ejecutado en el momento de esta disolución, á fin de que el culpable sufriese la pena de su crimen." Nada, pues, tampoco, en esta teoría, de interés social, sirviendo de base á las leyes penales y positivas. Dotado el hombre de las ideas absolutas de bien y de mal, ellas bastan por sí solas para que el primero tenga una recompensa, mientras al segundo se le reserva siempre un castigo. Todos llevamos, dentro de nosotros mismos, un tribunal que hace justicia conforme á esas ideas fundamentales, tanto respecto de las propias acciones por medio del remordimiento, como respecto de las ajenas por su indefectible reprobación, sin necesidad de ninguna ley solemnemente promulgada por la sociedad y no pocas veces aún contradiciendo esa misma ley. El derecho de castigar tiene, en consecuencia, por base esa justicia absoluta y no se aplica sino sobre los actos que reprueba la conciencia moral.

Este sistema, verdaderamente fundador de todo el derecho moderno, se ha descompuesto en multitud de escuelas secundarias, representativas, de otros tantos matices de la idea capital del filósofo de Koenisberg. La principal de esas escuelas, llamada *doctrinaria* ó *eléctrica*, profesa, por el órgano autorizadísimo de Guizot y Cousin, el principio de "que el deber es la única base del derecho." "El deber de cada hombre, dice el primero de estos publicistas, aplicado á las relaciones con sus semejantes, es toda la justicia."[1] Lo absoluto de esta doctrina no es aceptado por Rossi, quien define el delito "la violación de un deber exigible y útil al mantenimiento del orden público." En otros términos, no todos los preceptos morales pueden ser erigidos en leyes obligatorias, sino solamente aquellos cuya violación hiere el orden social.[2]

Encontramos en toda la teoría *kantiana* una evidente confusión entre la moral y el derecho, cuyo respectivo campo de aplicación es diverso, como diversas son también sus sanciones y muy más diverso el origen de la una y del otro. Ya Proudhon, doctrinario como Guizot y como Cousin, había sentido toda la inmensa distancia que separa nuestros actos íntimos, personales y privados, sin otra sanción que nuestra propia conciencia, de los actos externos, comunicativos y transcendentes á las relaciones con nuestros semejantes. "Un tiempo vendrá, dice, en que, por el desenvolvimiento de la ciencia social, siendo cada vez mejor determinadas las relaciones de la justicia, las cosas de mero consejo pasarán á los preceptos, como se ve en el contrato de seguros, que tiene precisamente por objeto reemplazar por un derecho positivo el beneficio precario de la caridad." La esperanza nos parece ilusoria, pudiéndose notar que los progresos de la ley penal positiva se manifiestan en sentido contrario á esa absorción que se sueña de la moral por el derecho. ¡Cuántos actos, hoy, á no dudarlo, reprobados por la conciencia y en un tiempo penados por la ley positiva, se han substraído á ésta, por la tristísima experiencia de que es más eficaz, aún para impedir su repetición y menos escandaloso que su castigo material, abandonarlos al público desprecio, ó entregarlos al olvido de la sociedad á quien pretendieron impresionar sus autores! Allí están, como prueba de esto, el suicidio, y en comprobación de lo primero, la prostitución, el incesto y multitud de vicios. Es que habrá siempre radicalísimas diferencias entre el orden moral y el orden de la justicia. Desde la jurisprudencia romana habíase comprendido que *non omne quod licet honestum est*, debiendo existir siempre no pocos actos, á la moral contrarios, cuya impunidad externa es inevitable ó por lo menos preferible á su revelación y publicidad ante los tribunales. ¿Cómo sería calificada por su excesiva nimiedad la ley que castigase la mentira, el incumplimiento de los contratos, la ociosidad de ciertas clases sociales, los pensamientos innobles y tantas otras imperfecciones que la sana moral reprueba?

1 Guizot, *Meditations*.—Cousin, *Du vrai*, etc., 15 lec.
2 Rossi, *Traité de Droit pén.*, lib. 2, ch. 1, t. 1, págs. 243 y siguientes.

Fuera de la incompetencia de semejante ley para sondear los profundos abismos de la conciencia humana, las más veces una serie de sutilísimos pormenores, de concausas antecedentes, concomitantes y subsiguientes al acto en cuestión, haría imposible la penalidad ó por lo menos, colocaríala sobre bases de muy dudosa y deleznable solidez. Considérese tan sólo á este respecto, y no para detenernos en las hondas elucubraciones de los moralistas antiguos y modernos que uno de los fundamentos, seguramente el principal, sobre que descansa la exigibilidad de toda ley positiva es el contenido en el viejo apogtema jurídico *nemo jus ignorare censetur*, se presume que nadie ignora la ley. Ahora bien, ¿podrá sostenerse que esta presunción expresa la verdad, siquiera se trate de la ley penal positiva, en orden á multitud de delitos por ella previstos? ¿Qué sabe el común de los hombres sobre el delito de inhumación clandestina, penado por el art. 882 de nuestro Código relativo? ¿Qué, acerca de la diferencia radicalísima entre el dolo civil y el criminal, constitutiva, sin embargo, de la reconocida por la legislación de todos los pueblos entre la estafa y el incumplimiento de los contratos ó los meros defectos de la voluntad de los contrayentes? Con todo, esos delitos existen; el Código Penal fija castigos para ellos y á nadie se le ha ocurrido exculparlos por la invocación á la Moral, según la cual, á no dudarlo, ellos deberían ser materia de absolución en numerosísimos casos, en que es evidente la ignorancia de las leyes respectivas. Hé aquí, pues, cómo una razón moral cede al imperio de los intereses sociales, que abonan y justifican la presunción de que la ley, una vez promulgada, es conocida por todos los habitantes de una nación. Guizot mismo no ha podido menos que reconocer esta capitalísima diferencia entre la moral y el derecho: "los hombres, dice, nacen bajo el imperio de leyes que no conocen, de obligaciones de que no tienen ninguna idea; bajo el imperio, no sólo de leyes y obligaciones actuales, sino de una multitud de otras eventuales, meramente posibles, á



cuya formación no concurren y que no conocen sino hasta el momento de sufrirlas."[1]

Si de los actos que la conciencia moral condena, pasamos á los que por contrario extremo aprueba y hasta recomienda, la diferencia con el derecho positivo sube de punto y asume, en verdad, dominadora evidencia. Como acertadamente lo enseñaba Jourdan, "la ley humana puede muy bien decir: tú no matarás, tú no robarás, tú respetarás tus compromisos libremente consentidos; pero esa misma ley no puede decir: tú serás bueno, generoso, abnegado; tú no buscarás en todo sino el interés de tus semejantes; tú serás perfecto, en una palabra....." "Los preceptos de la moral, sancionados por la religión, la abnegación y la caridad, hacen santos, mártires y héroes; la sociedad por sus leyes no pretende hacer sino hombres justos, que en la persecución de sus intereses no reclamen sino su derecho y respeten el derecho de otro."[2] Así, pues, volvemos á proclamarlo, toda la materia del castigo por las leyes positivas humanas se encierra en los límites del interés soeial, trazados en vista de la mayor posible alianza entre los individuos y el Estado.

## II

### Fundamento de la justicia represiva.

Establecido que el interés social es el inmediato objeto que debe proponerse la justicia penal positiva independientemente de la sanción moral ó religiosa, úrgenos ya formular un reparo que, á la vez que autorice y justifique aquélla, fije algunas reglas indispensables para impedir su degeneración en la más arbitraria y funesta de las instituciones humanas. Un gran pensador y elocuentísimo orador sagrado de nuestros tiempos (Lacordaire) escribió la siguiente profunda

1 Guizot, *Hist. de lo civil, en Francia*, tom. 7, pág. 71.
2 Jourdan, *Le Droit franc.* págs. 32 y 33.