

30.^a CONFERENCIA

T E M A

Pacheco y el movimiento de la legislación penal en España en el presente siglo.

ORADOR

DON VICENTE ROMERO GIRÓN

Señores:

No he cometido, que yo sepa, delito alguno, ni el respetable público que me escucha tampoco ha incurrido en falta; sin embargo, resulta que la Junta de gobierno de esta ilustre corporación nos ha impuesto pena: á mí la de someterme á una prueba por todo extremo difícil, y á vosotros la de someteros al trabajo, por no decir á la desgracia, de escuchar las desaliñadas frases que he de dirigiros sobre asuntos que se refieren al derecho penal. Si lo poco que yo podré hacer y la mucha benevolencia que me vais á dispensar corrige al supuesto delincuente, podremos darnos por completamente satisfechos.

Propone la Junta de gobierno que se diserte acerca del movimiento penal durante el siglo XIX, recordando y fijando con un jalón indeleble de grata memoria para todos, el punto de mira á que deben dirigirse nues-

tras investigaciones. Me refiero, señores, á quien antes que yo, hace muchos años, ha ocupado esta cátedra rompiendo, por decirlo así, el hielo de las edades pasadas, y marcando á la juventud estudiosa, á la magistratura y al legislador español nuevos rumbos y progresos en la amplia esfera del derecho penal: me refiero, como todos habreis comprendido, al inmortal don Joaquín Francisco Pacheco.

¿Cuál era el estado en que este insigne patricio, y á mi juicio, más notable jurisconsulto y más notable pensador, encontró la ciencia del derecho penal y la legislación penal cuando hacía oír su autorizada voz y dejaba admirar su maravillosa elocuencia en la cátedra de este mismo Ateneo? En la esfera legislativa, nosotros veníamos padeciendo la servidumbre de muchos siglos, servidumbre á que habían contribuido muy especialmente la dislaceración de nuestros elementos nacionales, el estado particularista que habían engendrado las legislaciones forales y en algunos puntos el sistema feudal, y por último la influencia muchas veces poderosa, otras muchas deletérea, del elemento legista simbolizada en una fórmula que todos conoceis; la fórmula en que estaba como concretada la influencia del elemento legista, la *lex regia*.

No es que otras naciones dejasen de sufrir análogos males: acontecía lo propio en Francia, acontecía igualmente en Inglaterra, la cual todavía, á la hora presente, no ha encontrado recursos en la esfera científico-legislativa para poner un remedio positivo á los males que aquejan su legislación penal, aunque los haya encontrado maravillosos en el sentido práctico de sus hombres de gobierno y en la gran lealtad con que rinden tributo sus hombres de ley, sus magistrados, en una palabra, á las exigencias más vulgares de la ciencia. Otros Estados del centro de Europa se encontraban en análoga situación que nosotros: solo había, por decirlo

así, algún lumínar desde el cual partían rayos intensos de luz que vinieron á concentrarse en el foco prodigioso de la inmortal persona de Beccaria. Me refiero á la Italia, á la cual debemos todos en la esfera del derecho, y muy singularmente en la esfera del derecho penal, las más poderosas intuiciones y los más seguros progresos en esta difícil empresa de la disciplina social.

Con el pensamiento que por una grandísima y poderosa intuición tuvo Beccaria, pensamiento que yo me atrevería á decir, con más exactitud de expresión, sentimiento, coincidió también el movimiento de la ciencia en Francia, simbolizado en aquellos grandes resplandores de la Enciclopedia. Nosotros, á la sazón, vivíamos al amparo de los antiguos glosadores, que también los ha tenido el derecho penal: muy pocos, si acaso algún jurisconsulto del siglo xv, pudieron anticiparse en ciertas y determinadas cuestiones del derecho penal á la intuición de Beccaria y á los grandes postulados que de una manera clara y definida vino á fijar tan insigne hombre. Pero esto era una excepción perdida en la soledad, mejor dicho que en la soledad, en la sombra de aquellos tiempos malaventurados, bajo el punto de vista del derecho penal; tiempos que están también simbolizados en la influencia, como dije antes, del elemento político legista, defensor acérrimo y contumáz de la *lex regia*, y en la acción decisiva, casi me atrevería á decir que perniciosa muchas veces, del concepto del derecho romano, mal deslindado acaso por la falta de depuración de textos y, en todo caso, insuficiente entonces como igualmente lo es ahora para determinar los principios del derecho penal, aunque siga conservando el cetro de muchos siglos por lo que hace al derecho civil.

Al ocuparme de este notable movimiento realizado en la ciencia del derecho penal tengo que recordar

para algunos que me están escuchando que hace unos cuantos años sostenía una tesis parecida á la que voy á exponer en esta materia; y afirmaba que toda variación del derecho penal va, por decirlo así, acompañada ó sigue paralelamente á las diversas manifestaciones que la noción del Estado ha tenido en la historia. Pues bien, señores, la influencia de éstos dos factores, el elemento de la Enciclopedia y la acción del pensamiento de Beccaria, coincidió con nuestra restauración política, y en los comienzos del siglo la primera manifestación que tuvo fué la de aquellos artículos verdaderamente inmortales de la Constitución de 1812, cuya exposición, cuya explanación vino á concretarse en el proyecto de Código penal que debió formar la comisión instituída en 1810. Pero aquel estado político duró escaso tiempo; sobrevino la reacción de 1814, y aun cuando hubo, y de esto se conservan algunos restos en nuestros archivos, cierta iniciación por parte del gobierno absoluto para confeccionar una ley penal, no tuvo realidad alguna.

Restaurado el régimen constitucional en 1820, se continuó la obra de 1812; y entonces apareció la primera obra de codificación penal que registra nuestra historia, que es el Código de 1822, cuya duración fué muy escasa. Representa este Código, fundamentalmente examinado y prescindiendo de multitud de detalles, que pudiéramos comparar en su contenido y en su alcance á aquellas sinceridades que se notan en la Constitución de 1812, representa el Código de 1822, que un profesor moderno ha calificado de afrancesado, la influencia de tres corrientes distintas: primera corriente, la más sustancial, la mejor, la que se deriva del movimiento de la Enciclopedia ó de la acción de Beccaria; segunda, la que responde á la influencia ejercida por el movimiento codificador á que dió nombre el emperador Napoleon; y tercera corriente, una muy vaga y como

mantenida en la penumbra, una especie de nebulosa de las ideas y sistemas proclamados por Bentham, maestro y educador de nuestros primeros liberales en este siglo. Pero la obra duró escaso tiempo, y la reacción de 1823 dió al traste con el Código de 1822. Sin embargo, era tal el sentimiento que se había apoderado de la masa popular, de la conciencia pública que, aun en aquellos tiempos en que no era posible ni se permitía ninguna manifestación de la opinión, llegó ésta á imponerse de tal modo que el mismo gobierno de Fernando VII consideró llegado el caso de redactar un Código penal. Esto acontecía por el año 1829, y tenía la comisión de formularlo el que fué autor, y autor muy celebrado por cierto, del Código de Comercio que nos ha regido hasta hace bien poco tiempo. Este Código penal llegó á publicarse, pero no á entrar en vigor. Es desconocido de la generalidad, siendo muy pocos los que han logrado poseer un ejemplar de este proyecto legal; yo puedo decir que no he tenido ocasión más que de leerle rápidamente, merced á la benevolencia de un insigne amigo mío, y la impresión que me ha producido, aunque no la doy como definitiva, porque no la he sometido á un estudio detenido, no es tan desfavorable como la que á otros parece que les ha causado.

Cierto que en los que se llamaban, y se llaman por algunos, delitos de infidelidad á la patria se nota en dicho proyecto de Código un rigor comparable con el rigor desusado y malsano del Código de 1848, cuando, por ejemplo, se ocupa de los atentados contra la autoridad: cierto que en ese proyecto de Código son de notar excesivos rigores en lo que se refiere á los delitos mal llamados religiosos y á los delitos políticos; pero es necesario tener en cuenta el imperio de las circunstancias bajo las cuales se redactaba; y aun cuando yo soy de los que afirman y piensan, y cada día me mantengo más en esta idea, que de todos los ramos de la legislación,

la penal es aquella que necesita más fondo de ciencia, más levadura de profunda investigación: aun cuando yo creo, sin dar á esto una excesiva importancia, que lo que la escuela histórica llama la elaboración de la vida social concretada en las fórmulas del derecho civil, si bien es de gran importancia en esta rama del derecho, por modo alguno lo es tanto en la esfera del derecho penal: aun con estas salvedades y con esta firme convicción que yo tengo acerca del desarrollo y del progreso del derecho penal, sostengo y digo que en lo que se refiere á la verdadera determinación de la materia punitiva, ó sea á la calificación y determinación de los hechos penales, todavía es inevitable en toda la historia del derecho penal la admisión circunstancial del momento histórico en que la ley se redacta y promulga y de las necesidades que viene á llenar.

Pues bien; bajo este punto de vista, este proyecto de 1829, si es censurable para nosotros en estos momentos en esas categorías de delitos, en los delitos esencialmente políticos y en los delitos religiosos, no puede ni debe serlo tan en absoluto, desde el momento en que apreciemos las circunstancias en que se escribió, la situación política del país y las necesidades, políticas también, á que venía á servir; por donde se viene á confirmar el punto de vista fundamental, que indiqué muy de pasada al principio, de la acción constante del desarrollo y modo de ser de la personalidad Estado en la determinación del derecho penal en cada caso.

Sobrevino el movimiento constitucional después de la muerte de D. Fernando VII, y entonces se hicieron otros dos ensayos más de codificación en materia penal, ensayos que responden, como el proyecto de 1829, como el Código de 1822 y como los proyectos de la Constituyente de 1810, á una necesidad sentida por todos y en todo momento. Conser, como he dicho antes, los elemen-

tos legales que venían á componer nuestra legislación penal disconformes entre sí por sus antecedentes, por su origen y por su alcance, en relación con el espacio y con el tiempo, no llegó á formularse ni aun en esa forma de compilación que era el uso de muchos Códigos pasados desde la Ordenanza de Montalvo hasta mediados de este siglo, no llegó á ordenarse, digo, un pensamiento siquiera que pudiera enlazar y coordinar el conjunto de nuestras disposiciones legales dispersas en las Partidas, en la Nueva Recopilación, en los Códigos que se hicieron durante la época de los Reyes Católicos, en algunas otras compilaciones, en el Fuero Real y en la multitud de Fueros municipales.

Pero aun quedó viva y palpitante en la Nueva Recopilación, y sobre todo en la Novísima, la levadura de la legislación anterior, por virtud de lo cual sucedía que el sistema de penas y la definición de los delitos no correspondía en modo alguno al estado social de aquella época; así es que en la esfera legislativa y en la esfera de aplicación, los tribunales, al encontrarse como en el derecho civil con multitud de obras legales, de disposiciones varias de distintos tiempos, aun cuando hubiera la ley de prelación del Ordenamiento de Alcalá, y posteriormente la ley de Toro, los tribunales haciendo uso de un arbitrio que nadie les había concedido, pero que era necesario entonces, vinieron á sustituir á la obra legislativa, que pudiera considerarse vigente, la del arbitrio judicial.

No creais que esto del arbitrio judicial traído á mi discurso, deja de tener un fundamento lógico para las demás ideas que he de procurar exponeros con la mayor claridad posible. Me interesa dejar sentado este punto de la influencia, ya decisiva en aquellos momentos, del arbitrio judicial, conquistado por los Tribunales de justicia, porque este estado legal, en el momento de redactarse el primer Código penal que ha llegado á

regir y á causar estado en nuestra patria, el de 1848, determina quizás una de las notas más salientes de esta obra legal.

Casi todas las obras humanas, y á mi juicio toda obra social, se determinan por un movimiento de acción y de reacción; acción que lleva su contenido de afirmaciones y su contenido de negaciones; reacción, que lleva también su contenido de afirmaciones y de negaciones. Pues esto ha acontecido en el derecho penal, en lo que se refiere al Código de 1848, que es donde se concreta nuestra legislación. El estado de hecho, no de derecho, en que los legisladores de 1848 se encontraron nuestra... no me atrevo á decir legislación penal, porque ya digo que era un estado de hecho, nuestra jurisprudencia penal, nuestra vida penal, para expresarme con más claridad, aun cuando no con rigor técnico jurídico, ese estado era el siguiente: las definiciones de los delitos no correspondían á la realidad social, y los tribunales no las aceptaban; las definiciones de las penas, mucho menos correspondían á la realidad social, y los tribunales las dejaban á un lado; y á esto se había sustituido un arbitrio judicial, que comprendía desde los elementos más comunes de todo delito, desde las cuestiones más abstrusas de la imputabilidad de cada delito, hasta las últimas determinaciones de la pena y de su acción represiva, coercitiva, reformadora, ejemplar, ó como queráis llamarla.

En este estado de cosas, la doctrina y la ciencia habían hecho un nuevo progreso, que se debe principalmente á la Europa latina, y á la acción de un publicista de origen latino, aun cuando la escuela francesa se lo haya apropiado para añadir (ciertamente no lo necesitaba) una gloria más á las muchas que registra en su historia científica. Este movimiento vino á ser simbolizado por Rossi, el cual, más que ningún otro de los tratadistas afiliados á lo que hoy convenimos todos en

llamar escuela ecléctica del derecho penal, representa este movimiento, este principio de combinación, de ponderación, siquiera en el estado científico de las escuelas no sea tan lógico y tan aceptable como cualquier otro, ya se adopte para juzgarlo el criterio de la escuela absoluta, ya se compare con los principios de la escuela meramente relativa.

Y permitidme que en este momento, para gloria nuestra, para satisfacción nuestra, ya que tan pocas podamos registrar en esta materia, ponga yo al lado de la figura colosal de Rossi, la no menos ilustre de nuestro insigne Pacheco. El que crea que Pacheco, sobre todo en las lecciones que pronunció en el Ateneo, es, como algunas veces he oído con gran asombro y con mayor amargura, un plagiario de Rossi, comete un error craso. Han podido coincidir y de hecho han coincidido en puntos de vista, les adornan á ambos las mismas cualidades, no de filósofos, pero sí de pensadores, de hombres profundamente reflexivos á la vez que observadores: se parecen en que las ideas que conciben acuden á su cerebro con una claridad como la luz del mediodía, hasta el punto de que en la exposición de ellas, si es posible una luz más brillante que la del sol en el zénit, todavía la encuentran; pero fuera de esto, fuera de algunas relaciones que se refieren á la corriente general de las ideas, no hay ninguna paridad de opiniones ni de ideas entre Rossi y Pacheco. Uno y otro pertenecen al sistema ecléctico; los dos compensan el principio fundamental científico que les sirve de base en su sistema y en su doctrina con el principio del interés y de la conveniencia social. Hasta aquí llegan las analogías; pero en el principio fundamental, en el principio científico que informa su doctrina, la separación es evidente. Y en honor de la verdad, entre la doctrina de la justicia absoluta que sostiene Rossi, idea grandemente abstracta, vaga y nebulosa, y la doctrina de la

expiación que sostiene Pacheco, yo no soy partidario de ninguna; pero entre las dos, me quedaría con la de la expiación. En este sentido sostengó que el pensamiento de Pacheco, bajo este punto de vista, es superior al de Rossi.

Del sistema de la justicia absoluta ha dado cuenta el progreso científico: el sistema de la expiación todavía palpita en las entrañas de la sociedad europea y ejerce su influencia en el derecho penal. No la acepto, la combato, pero no puedo negar el hecho; lo cual prueba que aun el error tiene su cantidad de acierto y de verdad, y que no hay error absoluto, porque si lo hubiera, tendríamos que negar la idea del derecho, la idea de la Providencia divina, la idea del principio absoluto de Dios, que es principio de afirmación, de verdad, de bondad y de justicia.

Este es para mí, y voy pasando muy de ligero, el mérito del insigne Pacheco. ¿Se reflejaron sus ideas en el Código penal de 1848? Evidentemente; el alma del Código de 1848, sin que yo me atreva (¿cómo me había de atrever?) á inferir el más pequeño agravio á los demás jurisconsultos que le auxiliaron en tan improba tarea, es sin disputa el ilustre Pacheco. Cualquiera que haya leído, y todos de seguro los habreis estudiado, los Comentarios del Código penal de 1848 que escribió don Joaquín Francisco Pacheco, no habrá visto allí unos comentarios en el estricto sentido de la palabra; no son los comentarios, es la exposición de motivos de todos y cada uno de los artículos del Código, invertidos respecto de su colocación en el libro. No esperéis en esa obra, que nos ha servido á todos de guía en nuestros estudios en España, no esperéis por raro accidente encontrar planteada en los Comentarios de Pacheco una de esas cuestiones que pudieramos llamar esencialmente prácticas, hijas de aquel estudio tan distinto al que hace el legislador y propias del criterio práctico

con que tiene que plantearlas el abogado y el juez; por raro accidente, repito, encontrareis nada de esto en los Comentarios de Pacheco; pero cuando querais conocer el alcance del artículo ó de la disposición legal, el motivo de ella, el criterio y el espíritu del legislador, todo eso lo hallareis inmediatamente en los Comentarios.

La materia, como comprenderán los que con tanta benevolencia me escuchan, es tan vasta que no es posible más que apuntar algunas indicaciones, sin poderlas ampliar con todos los detalles que fuera menester; pero la reconocida ilustración de mi auditorio suplirá aquellas omisiones á que me veo por premura del tiempo obligado.

Tenemos como estado anterior de nuestra legislación de 1848 el arbitrio judicial. El arbitrio judicial es la forma embrionaria del mayor progreso á que se puede llegar en el derecho penal: á saber, á la individualización del delito, y consiguientemente de la pena; pero considerado como mero arbitrio, sin más limitaciones, sin más dique, claro está que este estado legal repugna primero á lo que pudiéramos llamar la conciencia del Estado, y segundo, por razón de la falibilidad humana, á la conciencia individual. Estas dos consideraciones obraban, sin duda, en la mente de los legisladores de 1848, y obraban más de lleno (fácilmente se deduce de indicaciones muy claras y muy trasparentes contenidas en las lecciones del insigne Pacheco), en el ánimo de este estadista que vino á influir por modo tan directo en la obra legislativa de 1848. Sucedió, pues, lo que era de esperar.

El Estado en 1848, simbolizado por un exceso de poder, es decir, por la preponderancia de uno de los elementos del Estado mismo, poder como fuerza, poder como acción, no se aquietaba con el dualismo de otro poder en una materia tan sustancial como la sanción y

la garantía de los derechos, entendiéndolo por esta sanción y garantía su encarnación más extensa, esto es, la de los derechos del individuo; no se aquietaba con la concurrencia, dañosa para él, de aquel excesivo poder del elemento judicial que se simbolizaba en el arbitrio potentísimo de los tribunales. Por otro lado, los tribunales son muy respetables; sus fallos, una vez pronunciados, deben considerarse sagrados en la esfera de la conveniencia social y de la conveniencia de todos; pero en la esfera de la especulación y en las profundidades de las relaciones de la vida, el fallo de los tribunales no es suficiente garantía de verdad: es una garantía convencional, necesaria, pero no una garantía absoluta; y contra esta posibilidad de los errores judiciales, que se determinaba más por la influencia que en los mismos tribunales, aun pudiendo obrar arbitrariamente, ejercía el peso de las leyes, se sublevaba la conciencia individual. Y sin embargo, en la conciencia del Estado y en la conciencia individual estaba, que cada delito es un fenómeno *sui generis*, es un fenómeno especial, es un fenómeno que no tiene más que notas comunes y generales con otro, pero es siempre y ante todo una especie.

En esta situación, cuando verdaderamente se imponía la necesidad de mantener la idea de la individualización del delito, pero restaurando á la vez la acción del Estado (en el sentido que se le daba al Estado como poder en aquellos tiempos), y aquietando en parte la conciencia pública, sobrevino la obra legislativa de 1848, que se manifestó en el mismo sentido que la obra del arbitrio judicial, si bien con una forma diametralmente distinta. ¿Cuál era esta forma? Es muy sencillo y con dos palabras lo comprendereis, sin que yo tenga necesidad de mayores ampliaciones: á la especie del arbitrio judicial, á la especie de la individualización del delito, se sustituye la individualización del género,

la individualización, por decirlo así, de la familia; y esto, desde el primer artículo del Código penal hasta el último, en todos ellos lo podeis ver comprobado: en la escala de penas, que se multiplica hasta llegar á un número á que no ha llegado ningún Código, como no sea recientemente el de la república de Honduras, en el agregado de las escalas penales y en el agregado de los grados dentro de cada pena.

Por este procedimiento quería salvarse la integridad del principio que se imponía á todos, porque es un hecho de conciencia que cada delito en sí, si me es permitida la frase, tiene una personalidad propia. Pero era á la vez necesario combinar este principio con las otras exigencias que nacían del estado político y también del científico; de aquí la introducción de este sistema de la multiplicidad de las penas, de las escalas y de los grados en cada pena; á lo cual hay que agregar el adherente inspirado en aquella doctrina que ya se revela en las lecciones del insigne Pacheco, el adherente de las condiciones que habían de reunir las penas, consignando que las penas habían de ser expiatorias, ejemplares, intimidadoras, y en último término reformadoras. De esta suerte se trataba de suplir por medio de artificios el vacío que inevitablemente debía notarse y encontrarse en la aplicación de la ley penal.

Este es el punto de vista que yo encuentro más marcado en las lecciones del insigne Pacheco, para no ocuparme en este momento de otras cuestiones más abstractas, cuales son las que se refieren al origen y fundamento del derecho penal, al origen y fundamento de la pena: aun cuando no debo omitir que, á mi juicio, aquí es donde más claudica nuestro insigne tratadista, sin que yo me atreva á atribuir este error de doctrina tanto á su propio criterio y á su peculiar razonamiento, como á la influencia del medio ambiente en que él y sus con-

temporáneos vivían, al estado científico de toda Europa en aquellos tiempos.

Para Pacheco el delito es un mal y la pena necesariamente debe ser otro mal. Es decir, que á Pacheco, inmediatamente que aparece en su pensamiento con toda claridad la idea del delito como un mal, y mal determinado más por sus signos exteriores que por el contenido mismo psicológico de la acción, desde este momento su pensamiento le lleva al estado primitivo del derecho penal. ¿Quereis una prueba? Recordad cómo empieza á hacer la historia del derecho penal en la introducción ligera que pone á sus célebres Comentarios. No es para el insigne Pacheco, y en esto está en lo cierto, á mi juicio, la idea de venganza y de venganza privada la célula madre, por decirlo así, del derecho penal. La idea de venganza privada es un segundo momento del derecho penal; el primer momento del derecho penal es un movimiento explosivo, un movimiento instantáneo, un movimiento de retorsión del individuo que se siente lesionado contra el que le ofende: la idea de la venganza es ya un movimiento reflexivo. Y en esto estriba quizás y radica todo el pensamiento de la obra penal de Pacheco en lo que se refiere al fundamento; por eso mantiene con tanta eficacia y como primera nota ó cualidad distintiva de la pena la nota de expiatoria, y de intimidadora como segunda, dejando en tercer lugar la nota de ejemplar, y en último término y como un accidente pasajero la nota de reformadora, de enmendadora en lo posible.

Digo que la primera manifestación exterior del fenómeno penal, considerado en su conjunto, es lo que yo llamo una manifestación de explosión. El que haya trabajado alguna cosa sobre lo que se llama psicología infantil, encontrará multitud de ejemplos aplicables á este caso, para determinar con cuanta exactitud Pacheco entreveía cuál es el primitivo origen del hecho pe-

nal: pero yo os voy á llevar también á un ejemplo más asequible, menos abstruso que el de la psicología, más al alcance de todo el mundo, y sobre todo un ejemplo que no sale de la esfera del derecho, que es de lo que nos estamos ocupando ahora. Aun sin haber llegado un niño á poseer materialmente, á tener un objeto que llama su atención y que le agrada, teniéndole ó no teniéndole, como lo retireis de su vista en el momento en que sus impresiones se fijan en aquel objeto y se dirigen á él, como lo retireis de su presencia, ¿qué habreis oido, exclamar á este niño? Yo he hecho la observación multitud de veces. «Esto es mío.» Afirmación rotunda y absoluta, determinante también del principio de la propiedad en cierto modo, y de cómo el principio de la propiedad individual encarna también en la conciencia humana: pero al fin y al cabo, el ejemplo es análogo. Pues esto mismo sucede con lo que se refiere al delito y á la pena; en el primer momento, en el hombre niño, en la primitiva sociedad, en la sociedad infantil, en la sociedad prehistórica, como querais, no hay venganza, no hay más que esta afirmación absoluta: estoy en posesión de lo que creo mi derecho, no me doy cuenta, en ese estado embrionario de la civilización, no me doy cuenta de la razón y del fundamento, tengo conciencia oscura de ello, pero esto me compenetra de tal manera con ese objeto, con ese derecho, con esa propiedad, que en el momento mismo en que encuentro el más ligero ataque, la más pequeña lesión contra esa propiedad y ese derecho, procuro remediarlo y lo remedio inmediatamente. Pues esta es sencillamente la aparición del principio que viene á simbolizar toda la teoría del insigne Pacheco, que no admite el principio abstracto de justicia, que ya es de orden reflejo, que es una investigación de otro género, pero que admite el primer momento de la justicia penal en la manifestación más íntima de la conciencia humana en sus

primeros albores. Y de aquí va Pacheco á la idea fundamental de su doctrina, á la idea de la expiación que tanto vale como retribución, en lo cual, como he dicho antes, se diferencia fundamentalmente de Rossi, y en lo que queda también latente el principio primitivo que simboliza el principio del derecho penal de la individualización del delito; pero, como ya he tenido ocasión de indicar, ni el estado social, ni el histórico, ni las corrientes científicas marcaban este progreso en el derecho penal, cuando se preparaba la confección de la obra legal de 1848.

Pero imponiéndose este principio de caracter histórico, de historia interna de la humanidad, si se me permite llamarlo así, de historia profunda de la conciencia humana y de las consecuencias que se derivan de sus mandatos y de sus imperativos, como este principio venía y viene palpitando en toda la obra, no se le podía ocultar á un hombre de la poderosa intuición, de la perspicacia y del reflexivo caracter de D. Joaquín Francisco Pacheco; y en la necesidad de consagrar este principio, quizás él fué el promovedor más activo en la comisión de Códigos de esa obra artificiosa, que venía á suplir á la realidad por medio de la multiplicidad de penas, de escalas penales y de los grados, para individualizar el género, ya que no pudiese individualizar el caso. Y estaba en lo cierto, históricamente hablando; si damos alguna influencia, ya que no decisiva, por lo menos de importancia, á lo que se llama legislación comparada; porque en honor de la verdad, excepto alguna vaguedad de otro género que se apunta en la obra de Foherbard, que es el primer Código penal que lo formula, y excepto algunas otras indicaciones en la obra de Romagnosi, en todo lo demás, en lo que yo llamo el primer ciclo del derecho penal, que comprende próximamente hasta el año 1860, la construcción de todos los Códigos penales responde á estas ideas; á

lo cual se agrega la influencia, verdaderamente preponderante por aquel entonces, de la política francesa, de la ciencia francesa, que es donde se ha simbolizado más que en ninguna otra el principio ecléctico en materia de derecho penal.

El movimiento que dá origen al segundo ciclo, al que comienza en 1848 como movimiento científico, y en 1860 como movimiento legislativo: el movimiento que presta su efecto y su fuerza á la obra legal en el segundo ciclo ya toma otro carácter, y el carácter que toma es el siguiente: en vez de buscar la esencia del derecho penal en la noción del delito, en vez de hacer que á la noción del delito corresponda la de la pena como una consecuencia del delito, no por lo que es el delito en su manifestación exterior, sino por lo que es en su interioridad, obedece á otra tendencia caracterizada por un enaltecimiento excesivo de la acción y del poder del Estado, no ya como representante y órgano del derecho penal, sino como representante y órgano de la sociedad, por virtud de aquella confusión que venía de la escuela alemana entre el Estado y la sociedad. Y entonces aparece el movimiento de la defensa social, movimiento de la defensa social que no ha tenido una manifestación legislativa entre nosotros ni afortunadamente una manifestación de doctrina, como no sea en algunas vaguedades que algún hombre político en determinado discurso y en momento dado ha podido exponer, quizá por las necesidades de la polémica, y seguramente no por una investigación profunda y científica. Pero este ha sido un movimiento pasajero, que ha venido á quedar oscurecido muy pronto por el verdadero punto de vista que va tomando hoy el derecho penal y que ya tiene sus ejemplares en proyectos de Códigos y en Códigos en que, para fortuna nuestra, bueno es decirlo y bueno es saberlo, no hemos quedado ciertamente muy rezagados. Ahora, y merced á los progresos del sistema

penitenciario, se ha venido á depurar la materia penal, unificando, por decirlo así, la pena; y salvo ciertas necesidades, por convicción firmísima en algunos, por necesidades políticas en los más, de mantener una clase especial de pena, me refiero á la de muerte y á las penas perpétuas, la noción común hoy del derecho penal con aplicación pura y exclusivamente á la pena, radica fundamentalmente en esto: la pena ha dejado de ser fin, es un instrumento, es un medio, no tiene fin en sí misma, es el camino por el cual se llega á un fin, al del restablecimiento del derecho que había perturbado la acción lesiva del mismo. Y en este sentido el movimiento del derecho penal en España va siguiendo una corriente decisiva y muy acentuada. á suprimir la mayor parte de las penas, á consagrar el principio fundamental en materia de penas de que la única posible es la de privación de libertad, por más que se admitan algunas otras; y dentro de la pena de privación de libertad, á conservar el principio de la individualización del delito, principio histórico que viene informando latentemente todo el derecho penal.

En este punto tampoco estamos tan desposeídos de doctrina, puesto que me ocupo del movimiento penal en España: no estamos tan desposeídos, como no lo estuvimos en el primer momento, gracias, ya digo, á la obra del insigne Pacheco; pero aquí lo podemos decir porque todos lo conocemos: deberíamos tener más doctrina, pues para ello tenemos muchos elementos, pero sucede que los hombres que debían ser los propagandistas de la doctrina, los hombres que elaboran profundos pensamientos, los que ejercen marcada influencia en la vida política, desde el extremo más á la derecha hasta el extremo más á la izquierda, esos hombres, por desgracia nuestra, no prestan á esta materia toda la atención que debieran; de suerte que si algunas veces se oyen de sus lábios, muy pocas en la cátedra,

casi siempre en la tribuna parlamentaria, profundas indicaciones, manifestaciones que indican su gran conocimiento de la doctrina penal, en la revista, en el folleto, en el libro, en la palabra escrita, único modo posible y adecuado de propagar doctrina, no tenemos más que contadas excepciones, aunque éstas sean muy honrosas; y sin embargo, la verdad es que muchos hombres políticos, en sus manifestaciones dentro del Parlamento, para el que las haya seguido con un poco de atención, han dado á conocer un verdadero progreso en la esfera científica del derecho penal, progreso que necesariamente ha de refluir en la esfera legislativa.

Por razones que todos los que me escuchan comprenderán, yo tengo que hacer un paréntesis en esta excursión y tengo que omitir todo lo que sea referente al proyecto de Código de 1882; pero no puedo menos de hacer un alto en la última manifestación, ó sea la del proyecto de Código de 1884; que aparte, como dice por cierto uno de los escritores extranjeros que le ha dedicado justas y merecidas alabanzas, aparte la influencia mortífera de los principios políticos en algunos puntos (me refiero á los que afectan á los delitos políticos, á los delitos religiosos, y algo ó bastante, á los delitos cometidos por medio de la palabra), en todo lo demás, fuerza es reconocer que representa un verdadero y notable progreso en nuestra historia legislativa, y consiguientemente representa un verdadero progreso en la historia científica; porque aquí lo podemos decir en familia, el progreso de este Código penal de 1884 se debe, y yo necesito hacer esta franca declaración, que está en lo íntimo de mi conciencia y de mis convicciones, se debe, más que á todo, á la obra, á la propaganda del Sr. D. Luis Silvela.

No he de acusar á este insigne tratadista, que me gusta mucho más como tratadista que como conservador, no le he de acusar de la influencia política que ha infiltrado

en el proyecto del Código de 1884; se lo perdono de buen grado por el gran progreso que simboliza en muchas de sus disposiciones. Por de pronto ya acepta, y á mi juicio debía ir más léjos todavía, la reducción notable de la escala de penas; ha introducido, quizás porque la experiencia de profesor y de abogado le había hecho comprender que era menester en nuestros Códigos, aunque los modernos vayan huyendo de ello, algo de definiciones; ha procurado deslindar los estados primordiales, que pudiéramos llamar así, de lo que se llama genéricamente el delito, distinguiendo con precisión la intención maliciosa de la falta de intención, ó sea de la mera voluntad; ha procurado definir y clasificar causas de delitos que estaban confundidos en la noción genérica del delito y sus derivados, por ejemplo, lo que se refiere al encubrimiento; ha establecido en consonancia con el proyecto de 1882, bases, si no perfectamente científicas, adaptables al estado actual, tan desdichado y lastimoso como todos sabeis, de nuestros establecimientos penales, bases razonables para una reforma; por manera que la pena puede aspirar al que él considera, como catedrático, uno de sus fines primordiales, en lo cual se separa de Pacheco, que lo consideraba como el fin secundario, último ó apenas perceptible.

Yo no sé si la obra que en este momento tiene acometida el poder legislativo dará un paso más, que bien lo ha menester, sobre todos estos proyectos, consagrando con más decisión, con más energía lo que yo llamo el principio de individualización, en el cual tengo fija siempre mi atención, porque considero que no hay eficacia en la justicia penal si ésta no recae sobre el delito con total independencia del género, es decir, sobre el delito, tal como se haya producido.

Y á este propósito, como por la mano, vengo á hacer una ligera indicación respecto de las nuevas corrientes científicas. Yo no he abjurado, y entiendo que no tengo

tiempo de abjurar, porque ya voy siendo viejo, y porque no me lo propongo, yo no he abjurado de mis ideas fundamentalmente correccionalistas; pero digo y declaro, que aun siendo correccionalista decidido, y si se quiere contumaz, no por eso me niego á aquellas insinuaciones y á aquellas influencias que considero beneficiosas para el progreso del derecho penal.

Con esto quiero decir, que yo estoy en términos generales, radicalmente enfrente de la escuela positivista; que yo no soy ni he sido nunca materialista, que yo no niego, sino que afirmo la libertad humana, y que en esta afirmación está todo el contenido de mi doctrina penal, en cuanto creo que por virtud de la libertad humana es por lo que se cometen los delitos, y por virtud de la libertad humana es por lo que existe responsabilidad.

Pero yo no puedo, ni debo negar, que á esta obra de individualización del delito concurre la escuela positivista con una porción de factores que no son de despreciar, sobre todo en lo que se refiere á la materia fundamental de la imputabilidad de las acciones humanas. No es que yo crea, como sostiene la escuela positivista en su más cruda expresión, que un examen anatómico del cuerpo humano nos lleva á la consagración absoluta, definitiva, ciertísima, evidente de que la configuración de tal ó cual miembro en relación con otro, la cantidad mayor ó menor de la masa encefálica, su constitución y otra porción de circunstancias externas, son determinantes fatales de un estado de incorregibilidad, de un estado de enfermedad moral, ó de un estado de deficiencia total de facultades mentales, en el cual no sea apreciable ninguna responsabilidad: no voy hasta aquí, pero entiendo, después de afirmar que debe levantarse firmísima protesta sobre este punto, en vista de ejemplos muy recientes, muy notables y que deben estar pesando sobre la conciencia pública, entiendo que

es llegado el caso de poner mucha atención en los descubrimientos, en las experiencias, en las observaciones de la escuela antropológica, para determinar, por lo menos, cuáles puedan ser verdaderamente las modificaciones del estado de responsabilidad, ó sea del estado de libertad, para apreciar también la condición de ciertas acciones humanas, y la responsabilidad que llevan aneja cuando son infractoras de los preceptos legales, y de las reglas del derecho.

Por eso digo que desearía, para realizar el progreso que viene notándose y anunciándose ya, más en la esfera de la comunicación científica hablada que en la esfera del libro y en la esfera de la jurisprudencia, desearía que, sin abdicar aquellos que cómo yo están firmes en la doctrina que se llama en general espiritualista, sin que nos asusten por oscuros los *a priori*, en los cuales vemos mucha evidencia y mucha realidad, no relegásemos la escuela experimental á un término de degradación á que no es acreedora, sino que la tomásemos como progreso auxiliar de nuestra legislación, para determinar, por lo menos, los estados primordiales de las acciones humanas.

Si la obra legislativa que se prepara, continuando la obra de 1882 y la de 1884 principalmente, aparte las salvedades que por lo que se refiere á mis puntos de vista he hecho, se ayuda de este poderoso auxiliar: si además concurre á ello con toda eficacia una modificación enérgica, decisiva del sistema penitenciario, entonces sí que podremos haber logrado un estado de derecho penal que nos envidien los extranjeros; y así como en otras ocasiones hemos tenido la representación del mundo, ojalá que por estas causas tuviésemos ahora la representación del derecho penal y fuésemos admirados de la Europa culta y de la América, que también marcha por grandes corrientes de desarrollo en la ciencia penal. A esto pueden contribuir las ilustraciones y

pueden contribuir no poco los centros como este; pero ante todo, y sobre todo, precisa la propaganda en la cátedra y la propaganda en el libro. Yo, desde aquí, á aquellos que se dedican á estas materias les dirijo una súplica, y es que con todos los que nos preocupamos profundamente del derecho penal, por considerarlo como la válvula de seguridad de la sociedad humana, concurren á esta obra de progreso, trabajando, proclamando, defendiendo, y sobre todo escribiendo y vulgarizando estas ideas, ya que son patrimonio de todos y principalmente de este ilustre Ateneo.

HE DICHO.



