

A la Sociedad Malagueña
de Ciencias

~~Picardo Lopez~~

10-2-1914.

as Corporaciones malagueñas que
suscriben ofrecen al Sr. Don

Ricardo López Barroso

la presente edición, testimonio fehaciente de
admiración, afecto y gratitud al conferen/
ciante que en un solo curso supo hacer en
Sociedades diversas y sobre temas varios,
trabajos tan profundos como atrayentes. ¶

Sociedad Malagueña de Ciencias

Academia Provincial de Bellas Artes

Círculo Mercantil

Cámara Oficial de Comercio, Industria y
Navegación, de Málaga.

Sociedad Malagueña de Ciencias

BIBLIOTECA

Sala

Estante

Tabla

Número



HE vacilado antes de ceder al amable requerimiento con que amigos, que me suponen adornado de cualidades que solo existen en su inteneión afectuosa, me han puesto en el trance, verdaderamente difícil, para mí, de daros la conferencia de esta noche. Y he vacilado, no por desgano ni falta de afición, que a los que padecemos el mal de la locuacidad, esto de hablar, antes que de molestia, nos sirve de diversión y de agradable esparcimiento; he vacilado, por razones de muy diversa índole.

El caracter, seriamente científico de esta Sociedad, el raro saber y las condiciones excepcionales de los conferenciantes que habeis tenido la suerte de aplaudir, en noches anteriores, la especial composición del auditorio, todo tiende a empequeñecerme y a imponerme silencio. Tened, pues, benevolencia, con quien en tan apurado trance se halla y en tan desconcertada guisa se os dirige.

Quisiera encontrar medios y modos de expresión, tan en armonía con el sentir y el pensar de mis oyentes, que esto que voy a decir, no pudiese parecer nunca disertación empachosa y estirada, sino que, por la clara simplicidad de mis razones, tuviesen mis palabras toda la magia y todo el atractivo de una conversación amistosa. Y me asalta un grave temor. Por condición innata, por un prurito que nunca he de combatir bastante, propendo a levantar sobre bases, a menudo deleznable, un vano artificio de palabrería y una máquina de tópicos y de vulgaridades que si, entre gentes indoctas, se confunden con la elocuencia y si, en planos inferiores de la oratoria, proporcionan éxitos clamorosos y utilitarios, en actos como este, cuando se viene, honradamente, a decir lo que se sabe y a afirmar lo que se juzga verdadero, son mengua del que los emplea y ofensa de quienes los oyen.

Esforcémonos, pues, en discurrir por los alegres cauces de la llaneza, que, como dijo el otro, toda afectación es cosa fea.

Y terminado éste, que pudiéramos llamar, con frase tomada de la vieja preceptiva, exordio explicativo o de principio, vamos a nuestro tema: la ciencia penal en España. Quiero decir algo acerca del desenvolvimiento, en la historia de nuestra civilización, de la ciencia que los modernos llaman Criminología.

En el siglo XVIII, un francés, Mr. Massón, preguntaba, en su *Enciclopedia Metódica*: ¿qué se debe a España? y, contestando a su tendenciosa interrogación, afirmaba, sin rodeos, que Europa nada, absolutamente nada, debe a nuestra España, ni en el orden científico ni en el artístico ni en el literario. Tan descabellada y ofensiva afirmación no levantó, entre los españoles, la protesta clamorosa que su injusticia merecía. ¡Achaque fué, siempre, de nuestra incuria, la pereza en la defensa del pres-

tigio nacional! Además, la tremenda incultura popular que todavía pesaba sobre nuestro país, no obstante los titánicos y patrióticamente encaminados esfuerzos de los gobernantes de entonces, privó de la necesaria y conveniente difusión, a la injuriosa especie del temerario enciclopedista.

Sin embargo, un gobernante ilustre, el Conde de Floridablanca, herido en su patriotismo, encargó a otro gran español de entonces, al más estudiado polígrafo don Juan Pablo Forner, la razonada destrucción de tan grosera y gratuita ofensa nacional.

Grande acierto el de Floridablanca. La minuciosa y elegante refutación del sabio Forner, forma un libro bellísimo titulado: *Oración apologética por la España y su mérito literario*, que debieran leer todos los españoles amantes del saber y de sus glorias legítimas.

Nadie tan indicado como Forner, para acometer con seguridades de triunfo, la difícil empresa de restablecer, con la indispensable preparación y a la luz de una crítica justa y razonable, el desconocido genio nacional.

No podían exigírsele a un escritor de entonces, ni la visión modernísima de la historia ni el sentido crítico que el pasmoso avance científico contemporáneo, permite a los pensadores de hoy, pero algo y aún mucho de todo esto asoma ya, con anticipación sorprendente, en el interesante libro de nuestro apolo-gista.

La diversidad de aptitudes y el adelanto y perfección a que en todas llegó, hacen de este hombre uno de los más interesantes personajes de nuestra historia literaria en el siglo XVIII.

Murió muy joven y, sin embargo, tuvo tiempo para des-collar, como una de sus glorias más brillantes, en la carrera fiscal, a la que perteneció hasta su muerte; para ilustrar la cien-

cia jurídica española con su *Plan de unas instituciones jurídicas de España*, que es dechado de hondo saber y aguda perspicacia; para cultivar la poesía filosófica, dejando, en su raro poema *Las edades del hombre*, muestra gallarda de su inspiración y de su cultura; para adelantarse a todos, absolutamente a todos sus contemporáneos, de dentro y de fuera de España, en la crítica histórica, publicando unas *Reflexiones sobre el modo de escribir la historia*, asombrosas de profundidad y de adivinación, que constituyen, a mi juicio, su mejor título a la inmortalidad. Pues la manera actual de entender y componer la historia no es, en realidad, otra cosa que el desenvolvimiento de las *reflexiones* de Forner; para llevar, a donde nadie, el ingenio y la mordacidad en la sátira literaria y para refutar victoriosamente, con una erudición y un talento admirables, la diatriba apasionada del hispanófobo Massón.

Una sola frustración experimentó nuestro escritor en su afortunada poligrafía. Quiso probar sus talentos en la escena y estrenó en Sevilla, cuyos teatros reorganizó y sacó del abandono, una comedia, *El filósofo enamorado*, descolorida y falta de interés, que le convenció, para siempre, de su ineptitud como autor dramático. En conjunto, la obra de Forner, en pró de las puras y legítimas glorias españolas, es admirable. Sin embargo cayó en el olvido y su ineficacia, desgraciadamente, fué absoluta. Siguieron corriendo, como axiomas, las aseveraciones de Massón y un español, el estafalario abate don José Marchena las repitió, algo atenuadas, en el discurso preliminar por otra parte muy interesante, de sus *Lecciones de filosofía moral y elocuencia*. No hay argumentos contra la pasión. En el día es moneda corriente proclamar la ineptitud o el agotamiento de los españoles y no es lo malo que así piensen los extranjeros, sino que muchos compatriotas nuestros, semicultos, son quienes dan

mayor aliento a tan errónea apreciación. A contribuir, modestamente, a la reparación patriótica de tan equivocado juicio, a continuar, con la humildad que mis condiciones personales me imponen, la obra mal apreciada del sabio Forner, vengo yo esta noche, limitándome, por que otra cosa no sería posible, a una rama especial del arbol de la ciencia, a la que tiene, como objeto exclusivo, la consideración y el estudio del delito y de la pena. Quiero demostrar, con demostración incontestable, que los pensadores españoles, que aplicaron su mentalidad a todos los aspectos del enigma del mundo y de la vida, prestaron su atención luminosa a los interesantes problemas del Derecho Penal, exponiendo conceptos y sustentando opiniones que hoy triunfan, como importadas y novísimas, en los libros más famosos y en las cátedras más autorizadas.

Si me percató yo de que el aburrimiento de mis oyentes no traspasa los límites de lo soportable, acaso, en ocasión distinta, acometa esta misma empresa desde otros puntos de vista científicos.

Dije antes que venía a contribuir, con mis palabras, a una empresa patriótica, paréceme, pues, que debo exponeros, con la necesaria sobriedad, mi concepto del patriotismo. Indudablemente el patriotismo es signo de cultura y virtud estimabilísima, porque aunque la confederación humana y el abrazo fraternal de todos los seres racionales constituyen la más hermosa de las utopías, lo cierto es que tan risueño porvenir no anda muy cercano, de ello es buena prueba la actual regresión a la barbarie más abyecta, y sobre todo estas soñadas y problemáticas revoluciones es forzoso esperarlas andando; pero de esto al patriotismo exclusivista, de esto al pseudo-patriotismo, ridículamente puntilloso y neciamente petulante, hay un abismo que no estoy dispuesto a salvar. Patriota soy, como

el que más, en el alto y noble sentido de la palabra, pero no quiero que se me pueda tomar, en modo alguno, por un cómplice más de la embaucadora leyenda dorada de nuestra grandeza, esplendorosa, única, insuperada, asombro y maravilla del pasado y ejemplo y desesperación del porvenir.

Un relámpago, nada más que un relámpago, decía don Diego Saavedra Fajardo, escritor que nadie ha de atreverse a recusar, que fué nuestra grandeza, y el maestro *Azorín*, comentando al grave autor de las *Empresas políticas*, añade que ni eso, que ni la duración de un relámpago alcanzó nuestro esplendor. España entremetida, por sus reyes, desde el siglo XVI, en empresas extrañas, cuando no opuestas, al interés nacional, fué temida y respetada mientras asombró a Europa con el estruendo pavoroso de sus armas vencedoras; pero como, por causas cuya simple enumeración nos llevaría muy lejos de nuestro propósito, no pudo desarrollar sus energías interiores en sentido compatible con la civilización y el espíritu de los pueblos a que pretendió llevar su influencia, esta duró lo que el poder de sus ejércitos y con el vencimiento vinieron la desconsideración y el desconocimiento y el olvido.

La unidad religiosa, férrea y cruelmente, impuesta y mantenida, por razones políticas, con don Fernando el Católico que fundó en ella la difícil constitución de la unidad nacional; por ambiciones personales, con el Emperador Carlos V; por negro fanatismo y creencia inexplicable en una misión providencial con Felipe II y por rutina perezosa, con sus ineptos sucesores, y sus miserables validos, privó a los ingenios de entonces de todo asomo de libertad y, obligándoles a envolver y disfrazar sus especulaciones y los atrevimientos de su inteligencia entre protestas fervorosas de respeto a un dogma, cuyo olvido podía ser la perdición y hasta la muerte, hizo de todo punto imposi-

ble la creación y la existencia de una ciencia nacional. No tenemos los españoles, doloroso es confesarlo, una ciencia española, aunque la generosidad patriótica de sabios, como Menendez Pelayo, pretenda lo contrario, no tenemos una ciencia sistemáticamente organizada, una ciencia europea, en el sentido que hoy se dá a tal concepto; pero tenemos sí, sabios ilustres, españoles eminentes, ortodoxos unos, envueltos otros en anatema de heterodoxia, que emancipando sus inteligencias del fanatismo ambiente, ilustraron todas las ramas del saber y todos los aspectos de la especulación científica con apreciaciones, descubrimientos y atisbos que son y serán, siempre, asombro de los estudiosos y que en algunas cuestiones constituyen la base y fundamento de teorías y sistemas que corren, por el mundo, con el nombre de autores más afortunados o nacidos en un medio social mas propicio a la propagación y a la celebridad. Esto, precisamente, es lo que nos ocurre a los españoles en la esfera de la ciencia penal. Las teorías modernísimas que hacen de esta ciencia uno de los más dignos objetos de la atención de los inteligentes, las consoladoras verdades de la escuela correccionalista, escuela de regeneración y de esperanza, todo esto que vino a nuestras aulas, como importado de Italia y de Alemania, tiene asombrosos precedentes en nuestros pensadores de los siglos XVI y XVII, comentaristas admirables en el XVIII y en los tiempos que corren, ilustres propagadores que han impreso a la doctrina propagada una modalidad tan personal y tan castiza, que en algún caso, da a sus trabajos toda la importancia y todo el alcance de una teoría propia y original. Así ocurre con el llorado don Francisco Giner, quien al divulgar, en España las ideas correccionalistas, de tal manera las moldea en la turquesa de su propio pensamiento, que bien puede decirse, que crea una escuela correccionalista española.

Una ojeada rápida, con la rapidez que exige la forzada brevedad de estos trabajos, sobre la historia del derecho penal en España, evidenciará la certeza de mi proposición. Pero la historia del derecho penal, por la índole peculiar de esta ciencia, exige un estudio simultáneo y paralelo de su doble aspecto especulativo y práctico, científico y positivo, sin el cual no podríamos llegar a ninguna deducción seria y razonada. La historia del derecho penal ha de estudiarlo como pensamiento científico y como hecho legislativo y ha de consistir, por lo tanto, en la enumeración de sus progresos como ciencia y de sus adelantos como institución jurídica que se traduce en leyes. La primera consideración que se nos ofrece, al intentar este estudio, es la extraña tardanza con que el conocimiento de los delitos y su represión por la pena aparecen constituidos como ciencia. El contenido del derecho penal dice relación a hechos que, indudablemente, aparecieron entre los humanos, con antelación a todos los demás y sin embargo el ser racional llega a la investigación científica de tales hechos, muy luego de haber intentado especulaciones más abstrusas y de haber echado los simientos de disciplinas cuya utilidad era menos diaria y evidente. No hay pueblo, no existe agrupación humana en que, bajo formas más o menos bárbaras y rudimentarias, no aparezca la ley penal. La ciencia penal, no obstante, solo aparece en periodos de civilización relativamente adelantada. No admito, en un sentido absoluto, que la ciencia penal naciera, como generalmente se afirma, en el siglo XVIII, con la obra de Beccaria. Sin los esfuerzos de espíritus generosos y clarividentes que, adelantándose a su tiempo, convirtieron su atención hacia los problemas penales, la obra del insigne milanés hubiera sido empresa sobrehumana; pero restringiendo el alcance de tal afirmación y dando al concepto de ciencia la interpretación

que hoy le damos, es indudable que los esfuerzos diseminados de sus predecesores no merecen tan alta denominación y que, por lo tanto, al ilustre Beccaria hay que concederle la paternidad de la ciencia del delito y de la pena. Dicen los jurisconsultos que, sorprendidos por este fenómeno histórico, han tratado de explicarlo, que así como el derecho civil es la forma analítica del derecho en general, así su fórmula sintética es el derecho penal. Esta explicación, a mi juicio, es razonable y perfectamente admisible. Así se explica, que teniendo el hombre, desde sus orígenes, noción del crimen y ley que lo castigase, haya tardado tanto en conseguir un concepto científico del delito y un fundamento racional de la pena.

La simultaneidad de que antes os hablé no puede ser rigurosa. Al iniciar nuestro estudio, únicamente, se ofrece el hecho legislativo a nuestra consideración. Tres periodos, perfectamente caracterizados y distintos, hallamos en la historia de la legislación penal: el periodo de la venganza privada, el periodo de la venganza divina y de la venganza pública, y el humanitario. Pero no se entienda que esta caracterización sea tal que ninguno de los dichos periodos excluya, de una manera absoluta, las condiciones que informan a los demás. Más claro, en el periodo de las venganzas pública y divina, por ejemplo, aparece este sentimiento, como influencia eminente y decisiva, pero no dejan de percibirse restos de la venganza privada y anuncios del ideal humanitario. En el periodo de la venganza privada, el hombre primitivo, bajo el influjo de la animalidad, reacciona contra el mal que recibe, castigando, no precisamente a quien se lo infiere, sino brutalmente, al primer semejante que halla a su alcance y no en la medida del daño recibido, sino en la que sus fuerzas le permiten, sin noción alguna de la proporción ni de la justicia. Un progreso, con rela-

ción a esta barbarie, es ya la necesidad de dirigir la reacción contra el autor del daño y, todo un ideal de humanidad, la pena del Tali3n que hoy nos parece el extremo de lo cruel y de lo injusto. En el periodo que antes he denominado de la venganza p3blica, el hombre, habiendo comenzado ya el desarrollo de sus nativas aptitudes de sociabilidad, se agrupa en colectividades que, primeramente, tienen un caracter gentilicio y que, poco a poco, se van complicando hasta constituir aquellas monarquías y aquellas rep3blicas de la antigüedad que son el g3rmen y el rudimento de estas nacionalidades de ahora. Como facilmente se comprende, en estos organismos, relativamente adelantados, el concepto del delito y el fundamento de la pena sufren la necesaria transformaci3n. En los pueblos del Asia, gobernados por una teocracia exclusivista y absorbente, el delito era una ofensa a la divinidad y la pena no podía ser otra cosa que el consiguiente desagravio para aplacar la cólera divina, desatada por el sacrilego atrevimiento del criminal. En el Antiguo Testamento, en los preceptos, de caracter penal, contenidos en los libros de Moisés, está la más clara confirmaci3n de esto que digo. En otros pueblos más emancipados de la tiranía teocrática, en los que el ejercicio del poder público no tiene, como único fundamento, la voluntad divina o en aquellos otros en que se invoca el favor celeste, pero el gobierno no se ejerce, necesariamente, por el sacerdocio, el delito pasa a ser un atentado contra el orden social conseguido y la pena es el restablecimiento de dicho orden social perturbado y el castigo del delincuente. El estudio de este aspecto de nuestra historia jurídico-penal, por la complejidad de los elementos que lo integran, por la caprichosa y variable influencia de las tendencias que lo inspiran y por el dilatado predominio que ejerce en la vida de los pueblos, pues se inicia con

las primeras leyes escritas y llega hasta los albores de la revolución francesa, bien puede decirse que no cabe en los límites de una conferencia. Sin embargo, forzoso es intentarlo. Para las lagunas que habrá en mis palabras, así como para todos aquellos momentos en que la necesidad de ser inteligible me obligue a sacrificar la precisión a la claridad, cuento, desde luego, con vuestra benevolencia.

Tres principios indudables, definidos, clarísimamente perceptibles, inspiran el derecho penal de este larguísimo periodo, tanto en su aspecto científico como en el legal; el derecho romano, el derecho germánico y el cristiano, o más propiamente económico. Desentendiéndonos del derecho penal anterior a Roma, el cual, por lo que a España se refiere, se oculta entre tinieblas, no exploradas hasta los tanteos investigadores, realizados por el sabio catedrático de Salamanca señor Dorado Montero, con auxilio de los apuntes del insigne don Joaquín Costa, desentendiéndonos de todo esto que no me permitiría ofreceros una verdad demostrable y hablándoos, únicamente, de lo perfectamente conocido, puede afirmarse que en las primeras investigaciones del delito, realizadas en nuestra ciencia y en la primera ley penal, digna de tal nombre en España, la influencia de los tres citados principios es absoluta y decisiva. En las *Etimologías* de San Isidoro, gloria la más pura de la España visigótica, en aquella verdadera enciclopedia del saber de su época y en el *Fuero Juzgo*, monumento jurídico del siglo VII, aparecen, claras y distintas, las influencias de la cultura jurídica romana, del hosco individualismo germánico y de la mansedumbre, y fraternidad cristianas. Después de aquellas leyes de castas, código de *Eurico* o de *Tolosa*, para los visigodos vencedores, y *Breviario* de *Aniano* o de *Alarico*, para los hispano-romanos, sometidos a la invasión

bárbara, triunfa el principio territorial, con *Recesvinto*, y aparece el *Fuero Juzgo*, primera y gloriosa página de nuestra historia jurídica. Este hermoso código, superior a todo lo conocido hasta entonces en el mundo, se divide en doce libros, y en cuatro de ellos trata de nuestro asunto. Se aspira, en el *Fuero Juzgo*, a la igualdad de los hombres ante la ley, se intenta razonar la legitimidad de la pena, fundándola en la necesidad de intimidar y escarmentar a los malos, para que los buenos puedan vivir tranquilamente, se admite la intención como elemento constitutivo del delito, hablándose ya de homicidios involuntarios, y se pretende poner coto a la barbarie que, declarando transmisible la pena, arrojaba sobre varias generaciones de inocentes, la culpa de un ascendiente criminal. Todo esto, para su época, es una maravilla. La influencia teológica es extraordinaria; confunde con frecuencia el delito y el pecado y castiga, bárbaramente, actos que hoy carecen absolutamente de carácter criminal; pero estos que a nosotros nos parecen horribles lunares, no son, en realidad, otra cosa que consecuencias de la perfecta identificación entre la ciencia y la ley de aquel tiempo.

La invasión de los árabes en España vino a segar en flor este magnífico alborear de nuestras leyes penales. Reducidos los españoles a los gloriosos focos de su reconquista, toda actividad legislativa fué cosa imposible y toda especulación científica sueño irrealizable. Vinieron los triunfos guerreros de aquellos héroes de epopeya, sus territorios se fueron ensanchando y entonces, queriendo los reyes cristianos dar a sus pueblos una ley, trataron de restablecer el *Fuero Juzgo*. Pero a nuevos tiempos, leyes nuevas. El cuadro que a la consideración del historiador ofrece la España de la reconquista hasta los tiempos gloriosos de *Fernando el Santo*, por la extremada confusión de

sus elementos, por sus contrastes de heroísmo caballereesco y de bajeza indigna e inhumana, requiere la belleza insuperable de una página del padre Mariana, no la pintura descolorida de esta palabra mía, torpe y desaliñada. Aquellos reyes, necesitados de todo auxilio material, obligados a soportar la deslealtad y la arrogancia de sus feroces magnates, cuya pujanza les era indispensable, forzados a captarse el vasallage de las villas y ciudades que conquistaban, a costa de exenciones y privilegios, casi siempre incompatibles con la dignidad de su realeza, no fueron, no pudieron ser capaces de reprimir la anarquía que en sus dominios imperaba. Cuadrillas de foragidos, en su mayoría desertores de los ejércitos de la reconquista, asolaban las comarcas tan afanosamente arrancadas al imperio musulmán. Los poderes cristianos, en lucha con la criminalidad desbordada, dictaron disposiciones de bárbara represión. En los Fueros municipales, llamados carta-pueblas porque en muchos se contienen franquicias y privilegios de todo linaje, encaminados a la pronta y atractiva repoblación de lo conquistado, hay que buscar las leyes penales de esta época. Los castigos son verdaderamente pavorosos. La muerte misma viene a ser una dulce esperanza. Lo terrible es la manera de llegar a ella. No hay crueldad, por salvaje que parezca, a que no apele el legislador. El procedimiento, casi único, es el absurdo juicio de Dios.

Hablando de los Fueros municipales, dice el ilustre Pacheco que, en ellos, la penalidad era una lotería y el enjuiciamiento un combate ridículo y una ofensa a la divinidad. En el reinado de Don Alfonso VIII, el de las Navas de Tolosa, los nobles y los Concejos pidieron al monarca la confirmación de sus prerrogativas y franquicias. Así lo concedió el Rey a las ciudades, pero los nobles, aunque recopilaron sus privilegios, no consiguieron para su obra la regia aprobación. Continuaron, sin

embargo, aquellos altivos magnates haciendo observar las leyes de su compilación y así se formó el cuerpo legal conocido por *Fuero viejo de Castilla*. Muy varia es la suerte de este Fuero. En el orden penal continua la barbarie de todos los de su clase y, por una ironía de la historia, solo se ablandan y dulcifican sus castigos, cuando, mas adelante, Don Pedro el Cruel lo modifica y lo corrije y le dá fuerza legal.

En Cataluña, como en toda España, se rompió, con la invasión musulmana, la unidad legislativa del *Fuero Juzgo*. Comenzó, desde entonces, a regirse en lo penal, como en todo, por usos y costumbres que reunió el Conde de Barcelona Ramon Berenguer el Viejo en su código de los *Usajes de Cataluña* y continuó, después de su incorporación a la Corona de Aragón, con legislación independiente de Castilla, hasta el decreto de *Nueva Planta*, con el cual Felipe V puso término a tal estado de cosas absolutamente inadmisibles en lo penal. En medio de este caos surge la figura extraordinaria de Don Alfonso el Sabio. Dos son los monumentos jurídicos que le debemos: el *Fuero Real* y las *Partidas*. Sin la maravilla de las *Siete Partidas*, el *Fuero Real* hubiese bastado para su gloria. Este es ya un Código sistemático, digno de toda admiración. Cifrándonos a la materia de nuestro estudio, contenida en el libro cuarto, vemos que ya se define el delito, se admiten causas de inimputabilidad, se habla de la imprudencia y, en general, se dá un paso gigantesco en el adelanto penal. Los castigos siguen siendo feroces, las penas de mutilación son frecuentes, al escribano falsificador se le cortaba la mano y se le arrancaban los dientes al testigo falso, y se perseguían sañudamente los llamados delitos de religión. Dos puntos importantísimos contiene este Código. Es uno la prohibición de ejecutar la pena de muerte en la mujer, en cinta, hasta que haya dado a luz, pri-

mer precedente, en nuestro derecho, del artículo 105 del vigente *Código penal* y es el otro, el establecimiento del procedimiento de oficio, con el cual puede decirse que se crea la institución del ministerio público. Debemos tener en cuenta que no es lícito aplicar a estos Códigos, nuestro criterio de hombres del siglo XX. La intención de Don Alfonso fué hacer del *Fuero Real* una ley general, para su reino, aunque al principio lo dió como fuero municipal a las villas y ciudades de Aguilar de Campoó, Sahagun, Soria, Burgos, Valladolid y algunas otras. La revoltosa aristocracia de aquel tiempo, amotinada en Lerma, frustró los propósitos del sabio legislador y obligó a aquel desdichado gobernante a restablecer, con el *Fuero viejo*, los odiados privilegios de la nobleza. Las deficiencias que se notaron en la práctica, se trató de corregirlas con lo que, impropriamente, se ha llamado *Leyes del Estilo*, pues más bien que leyes son un conjunto de doctrina dictado por los jueces, al modo de lo que hoy llamamos jurisprudencia. En tiempos tambien de Don Alfonso se publicó un raro libro, llamado *Ordenanzas de las Tafurerías* o casas de juego, debido al maestro Roldán. Pretendió con esto el sabio rey dar garantías al jugador y contener a los tahures, diferenciándose así de todos nuestros códigos posteriores que prohíben el juego, en la letra de la ley, para tolerarlo, en la práctica, con su abominable cortejo de vividores y fulleros. Estas ordenanzas apenas estuvieron en vigor. Y vienen las *Siete Partidas*. No puedo detenerme, muy a pesar mío, en la importancia literaria y filológica de esta obra inmortal, tan insuperable en su género, como la epopeya del Dante o la novela cervantina, en su interés para la historia de las costumbres españolas, en el primor y elegancia de sus inolvidables definiciones ni en su caracter de monumento del derecho civil. Forzosamente he de concretarme al derecho

penal de las *Partidas*. Desgraciadamente en el estudio del delito y de la pena es en donde flaquea la obra jurídica de Don Alfonso. De haber llegado, en lo penal, a las alturas que alcanzó en el derecho civil, nuestra obra legislativa sería la primera del mundo. No obstante lo dicho, la *Partida* séptima, que es la consagrada a nuestro asunto, contiene muy sabias disposiciones y aciertos admirables. De los tres elementos que antes señalé como influyentes en nuestro derecho, en las *Partidas*, aparecen casi borrado y desconocido, el germánico, en todo su esplendor el romano y muy atendido el derecho canónico, pues, en algunos puntos casi se copian las Decretales. La *Partida* séptima divide los delitos: en delitos de fecho, delitos por palabra, delitos por escritura y, por último, delitos por consejo. La clasificación no es muy científica, pero revela un sorprendente afán de sistematización. Trata, después, de los autores y de los cómplices, del delito consumado y de la tentativa, de las eximentes, de las atenuantes y de las agravantes. Todo esto, aunque muy rudimentario, supone un talento y un saber admirables. Las únicas manchas de la ley alfonsina, son la crueldad y desproporción en las penas y el rigor con que se persigue y castiga a los herejes y disidentes. Desgraciadamente, el legislador de las *Partidas* anuncia, ya, los horrores de la Inquisición. Y aquí termina nuestro esplendor legislativo. A partir de este momento, y hasta llegar a nuestro tiempo, España no vuelve a tener un código digno de tal nombre. Se inaugura la era de las recopilaciones que conservaron, entre nosotros, leyes de barbarie medieval hasta muy entrado el siglo XIX. El Código que sigue al de las *Siete Partidas* es el *Ordenamiento de Alcalá* promulgado por Don Alfonso XI. Si se exceptúan algunas disposiciones relativas a los Jueces prevaricadores, a los Alguaciles y merimos que no cumplen con su deber y a los

malos carceleros o guardadores de presos, nada nuevo contiene en materia penal. A no ser por su famosa ley de prelación de Códigos, en la cual dispone que todos los asuntos sean juzgados con arreglo al *Ordenamiento* y que en lo que éste sea insuficiente, tengan vigor los *Fueros municipales* y el *Fuero real* y, en último término, las *Partidas*, no merecería los honores de la mención.

Con los reyes católicos aparece, en España, el Tribunal de la Inquisición y su máquina espantable de dolor y de tormentos. Esta temible institución dá un giro pavoroso a la ley penal y a su procedimiento. En la obra legislativa que, por encargo de estos reyes llevó a cabo el doctor Alonso Díaz de Montalvo, con el nombre de *Ordenanzas reales de Castilla*, conocidas por el *Ordenamiento de Montalvo*, se recogen las leyes anteriores, ya expuestas, algunas pragmáticas de Juan I, Enrique III, Juan II y Enrique IV, y se introduce, como única novedad, la implacable y extremada persecución contra moros y judíos. El fanatismo empieza aquí a hacer, ya, de las suyas. Es afirmación corriente, en nuestras áulas, la de que las *Leyes de Toro*, escritas, según parece, por los jurisconsultos Galindez de Carvajal y Palacios Rubios, y publicadas en el reinado de Doña Juana la Loca, son leyes de carácter exclusivamente civil. Dicha así, en absoluto, tal afirmación no es exacta. Las *Leyes de Toro*, aunque pocos, contienen algunos preceptos de carácter penal referentes al adulterio y a los falsos testimonios. La necesidad de un cuerpo legal, en armonía con las exigencias de los tiempos, era sentida por todo el mundo. El emperador Carlos V ni siquiera la atendió y Felipe II no supo responder a ella, pues su *Nueva Recopilación* no es otra cosa que un intento más, inferior al *Ordenamiento de Montalvo*, que vino a aumentar el daño que trataba de remediar. Con los primeros Borbones,

continuó la anarquía legislativa. Aquel gran ministro del buen rey Fernando VI, que se llamó el Marqués de la Ensenada, quiso remediar el mal, pero no pudo pasar del propósito. Las reclamaciones y las quejas eran unánimes. El clamor de los escritores y el malestar de los tribunales llegaron a tal punto, que el desdichado Carlos IV, en medio de su disparatado y criminal desgobierno, prestó oídos a la opinión y encargó al Magistrado de la Audiencia de Granada Don Juan de la Reguera y Valdelomar, la redacción de un nuevo Código. El buen oidor de la Chancillería granadina se dedicó a la dulce y rutinaria tarea de recopilar las leyes anteriores y, sin aportar una idea nueva y como si las palabras de Beccaria no hubiesen sonado todavía, presentó, a la aprobación real, su *Novísima Recopilación* que se publicó en el año 1805. Con la excepción única de algunas leyes humanitarias del rey Carlos III, siempre bienhechor, esta desventurada recopilación dió al mundo el espectáculo de un pueblo que, teniendo desde el siglo XVI filósofos y jurisconsultos que pidieron, en sus escritos, las reformas más radicales, todavía en pleno siglo XIX, conservaba, en sus leyes penales, toda la barbarie de la edad media.

Para consolar a nuestro patriotismo de esta esterilidad y torpeza legislativas, bastará dirigir nuestra atención a los escritores que, desde el siglo XVI hasta principios del XIX, trataron en sus obras de la reforma penal. Comprendo que abuso de vuestra atención y ello me obliga a abreviar mis razonamientos. En el siglo XVI, un teólogo español, Alfonso de Castro, publicó un libro, considerado como el primer tratado científico de derecho penal. El autor encomia la importancia y transcendencia de las leyes penales que considera más útiles y necesarias que todas las otras, busca el fundamento de la pena, en la necesidad que tiene la sociedad de defenderse y

en el castigo del delincuente y en la ejemplaridad que debe producir. Ya tenemos aquí, consignadas en un libro, las doctrinas de la expiación y de la defensa social. Siguiendo a Santo Tomás de Aquino, acepta y defiende la legitimidad de la pena de muerte y utiliza la sobada metáfora aquella del miembro podrido y del cirujano que lo amputa, tan afortunada, a lo largo de la literatura criminalista, que todavía, hoy, la sacan algunos a relucir como argumento aplastante y definitivo. En el mismo sentido siguen escribiendo teólogos y filósofos de los siglos XVI y XVII, entre otros, el eximio Suares, Vitoria el precursor del derecho de gentes, Fox Morcillo, por no citar más que nombres culminantes. Las ideas de estos pensadores, en general se adelantan a su tiempo, pero la influencia del ambiente les hace transigir con instituciones bárbaras y vergonzosas. El sabio obispo de Lérida Don Antonio Agustín defiende el tormento y la pena de azotes y aunque, ya a fines del siglo XV, el admirable filósofo valenciano Luís Vives protesta contra aquella crueldad, es tal la fuerza de la costumbre, que hasta el siglo XVIII, en que aparece el *Ensayo acerca de la tortura* de Acevedo, no se combatió esta de una manera seria y razonada. Y todavía tuvo defensores el tormento entre los partidarios de la santa Inquisición. El verdadero motivo de orgullo nacional lo encontramos en los escritos de pensadores como Cerdán de Tallada y el jesuita Nieremberg, los cuales, muchísimo antes de la reforma de Beccaría, hablan ya en nombre de la humanidad y se anticipan, de modo sorprendente, a las modernas teorías correccionalistas.

Y vamos a tratar del momento solemne en la historia de la ciencia penal. Los estudios del holandés Hugo Grocio, creador del derecho internacional, las doctrinas filosóficas de Hobbes, Locke y Spinoza, el influjo benéfico del derecho canónico, en

cuanto se inspiraba en las máximas evangélicas, las especulaciones de los enciclopedistas franceses y, sobre todo, la calurosa y elocuentísima diatriba de Voltaire contra los errores judiciales, prepararon la reforma de Beccaria y con ella el advenimiento del glorioso periodo que antes llamé humanitario. El insigne italiano Beccaria, para honra de su patria que parece predestinada a toda suerte de exaltaciones en el arte y en la ciencia, publicó en el siglo XVIII, su libro *Dei delitti e delle pene*, con el cual puede decirse que inauguró la verdadera ciencia penal. Obedeciendo Beccaria a la doctrina de Juan Jacobo Rousseau, entonces en todo su esplendor, funda en el pacto social la legitimidad de la pena y en nombre de la humanidad y de la justicia pide blandura en los castigos, garantías para los procesados y diques contra la arbitrariedad judicial. La resonancia de este libro, en Europa, fué extraordinaria. En todas partes se comentó, con entusiasmo, y tuvo entre sus partidarios a monarcas como Federico II de Prusia, el rey guerrero y filósofo, amigo de Voltaire, pero sus doctrinas no llegaron a traducirse en leyes hasta los códigos de la revolución francesa. En España tuvo la obra de Beccaria la debida repercusión. La tradujo Juan Ribera y el rey Carlos III, atento siempre a toda novedad intelectual, encargó de su estudio al eminente jurisconsulto, miembro de su Consejo y secretario de la real Academia española, Don Manuel de Lardizábal y Uribe, conocido, por su magnífica edición del *Fuero Juzgo*, de todos los abogados que estudian. El resultado de esta comisión fué el *Discurso sobre las penas*, joya la más valiosa de toda nuestra literatura jurídico-penal. En este discurso y en los cuatro tomos de la *Práctica criminal de España* debidos al obscuro jurisconsulto Don José Marcos Gutierrez, aparece, claramente expuesta toda la doctrina correccionalista.

Aquí es forzoso detenerse en un hecho que nos hace muy poco favor a los españoles. Una nación que había tenido y tenía escritores que se anticiparon, en sus obras, a las especulaciones más atrevidas, llega a los primeros años del siglo XIX, viviendo, en el orden jurídico-penal positivo, bajo el imperio de leyes dictadas en la edad media. Este hecho vergonzoso no tiene defensa posible. Cuando en toda Europa se legislaba dentro del periodo humanitario, nosotros seguíamos tristemente aferrados a la época de la venganza divina y de la venganza pública. Hasta las cortes patrióticas de 1810, que abolieron el tormento y la confiscación y la pena de azotes, duró esta ignominia. La Constitución del año doce dió las primeras garantías al ciudadano, pero la ley penal seguía siendo absurda. Al ministro Calatrava cabe la gloria de haber puesto mano en esta apremiante necesidad nacional, consiguiendo de las Cortes de 1822 la aprobación del primer *Código penal* de España. El *Código de Calatrava* divide el hecho criminal en *delitos* y *culpas*. Considera *delitos* las infracciones de carácter criminal realizadas con malicia y a las realizadas sin malicia las llama *culpas*. Esta división y esta nomenclatura no vuelven a aparecer en nuestras leyes penales. En su parte general, complica este *Código* el concepto de autor del delito con innumerables clasificaciones y nombres estrafalarios y en la parte especial se divide en dos grandes grupos: uno que comprende los crímenes contra la sociedad y otro que se refiere a los crímenes contra los individuos. Por su respeto a los privilegios tradicionales y por su servil acatamiento a la realeza, más parece la obra de un déspota que la de un Parlamento; sin embargo, el malvado Fernando VII, sólo por el hecho de proceder de unas Cortes, lo abolió, en cuanto volvió a proclamar el poder personal. Y vuelta a las leyes de la edad media, si bien dulcificadas por las

exigencias de los tiempos y, muchas veces, por el buen sentido de los llamados a aplicarlas.

Nos aproximamos a los límites de nuestro estudio. A mediados del siglo XIX, el famoso criminalista Don Joaquín Francisco Pacheco, inspirándose, acaso demasiado, en la teoría de la expiación, tal como la expone Rossi en su tratado de Derecho Penal, dió en el Ateneo de Madrid sus conocidísimas conferencias. Estas y los trabajos posteriores de Pacheco, contribuyeron poderosamente a la preparación del *Código Penal* de 1848, en cuya redacción intervino y del cual publicó unos comentarios que con los del poeta y jurisconsulto Marqués de Gerona, todavía gozan de autoridad en los bufetes. El código de 1848 es ya una obra científica que cae plenamente dentro del periodo humanitario. Este Código, su reforma del año cincuenta y aún el vigente de 1870 son, esencialmente, una misma cosa. En este último, en el Código vigente, la necesidad de estar de acuerdo con la Constitución democrática de 1869 y la influencia del progreso científico establecen algunas novedades esenciales. El Código de 1870 mantiene la división del hecho criminal en *delitos* y *faltas* iniciada en el del cuarenta y ocho. Se inspira en un criterio ecléctico muy plausible, dá, como fundamento de la pena, la reacción social organizada y, por el tono general de sus preceptos, nos mantiene en un nivel no inferior al de las demás naciones civilizadas. Unicamente el Código penal italiano de 1890 responde a principios científicos de mayor adelanto. De las innumerables leyes especiales que completan el abigarrado conjunto de nuestra legislación penal, nada he de decir, porque todas, en su esencia, obedecen al criterio del *Código*. Unicamente deben llamar nuestra atención las leyes de condena y de libertad condicionales, primeros síntomas de la tendencia correccionalista, en nuestros legisladores.

Cuando Don Julián Sanz del Río volvió de Alemania, trayendo a la Universidad española la filosofía krausista, trajo, también como novedad, la escuela correccionalista alemana. El sabio Don Francisco Giner en traducciones, en folletos, en conferencias, por todos los medios, acometió con tal denuedo la propaganda de la enseñanza correccionalista y la propagó de modo tan nuevo y sugestivo que, como dije antes y para honra nuestra se reconoce en el extranjero, bien puede afirmarse que fundó un correccionalismo español. Esta doctrina que considera al delincuente como un sujeto inepto para la vida del derecho y necesitado de corrección y de enseñanza, y que estudia la pena no como un mal, sino como un bien, no como obligación impuesta, sino como derecho exigible, será la que inspire las legislaciones futuras y es la que informa los escritos de nuestros mejores tratadistas, tales como los estudios penitenciarios, de fama universal, de Doña Concepción Arenal, correccionalista a su modo, como el tratado de *Derecho Penal* de Don Luís Silvela y como las notas y disertaciones de Aramburu y Zuloaga. En los últimos tiempos, los adelantos de la antropología y los progresos de la ciencia social han inaugurado, para la *Criminología*, un último periodo que se denomina periodo científico y que alcanza su mayor intensidad con los escritores italianos Ferri, Garófalo y Lombroso. El más brillante cultivador de esta tendencia en España, es el doctor Rafael Salillas. Una anticipación de lo que podrá ser el derecho penal de este periodo científico, dicen los tratadistas que se ofrece en el proyecto de Código penal para el Imperio Aleman y en el de igual clase para la confederación helvética. Aprovecho el momento para llamaros la atención sobre el contraste que, con las aspiraciones de nuestros regionalistas de toda laya, ofrece esta tendencia unificadora en países, como el Imperio

Aleman, cuya unidad política no es la obra aglutinante de siglos, sino el producto artificial de constituciones y tratados que aún no han cristalizado, definitivamente, en la historia. Nada quiero decir de los comentaristas, como Groizard y Viada que han escrito atendiendo, únicamente, a ser útiles en el ejercicio profesional ni de los autores de libros de texto, publicados con fines universitarios; pero no puedo concluir sin citar, con el respeto que merecen y con la gratitud que les debo, los nombres prestigiosos de los catedráticos Castejón y Cuello y Calón y el del sociólogo Bernaldo de Quirós. Y sobre todos, descollando entre los mejores, al primer penalista español, al sabio profesor de Salamanca Don Pedro Dorado Montero. No alcanzó, hasta ahora, los honores del favor oficial ni ha saboreado el halago de las auras populares, pero a sus libros admirables habrán de acudir, necesariamente, cuantos sientan amor o curiosidad por este linaje de estudios.

He terminado. A todos pido perdón por mis errores y a todos doy las gracias por el inmerecido honor que han venido a dispensarme.

